



Vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Juridische mogelijkheden binnen het mededingingsrecht voor vrijwillige aansluitingen

Radboud Universiteit



Vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Juridische mogelijkheden binnen het mededingingsrecht voor vrijwillige aansluitingen

Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Nijmegen: 31 juli 2017

Prof. mr. drs. Mark Heemskerk (Radboud Universiteit Nijmegen)

Met medewerking van :

Prof. mr. Johan van de Gronden (Radboud Universiteit Nijmegen)

Prof. mr. René Maatman (Radboud Universiteit Nijmegen)

Radboud Universiteit
Onderzoekcentrum Onderneming & Recht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Radboud Universiteit KvK 41055629
Postbus 9049
6500 KK Nijmegen

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	3
Inhoudsopgave	6
HOOFDSTUK 1	
Inleiding en onderzoeksvragen	12
HOOFDSTUK 2	
Wettelijke mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakingpensioenfondsen.....	17
HOOFDSTUK 3	
Vrijwillige aansluiting als onderdeel van de taakafbakening	31
HOOFDSTUK 4	
Vrijwillige aansluitingen: niet in strijd met het mededingingsrecht?	43
HOOFDSTUK 5	
Conclusies.....	60
BIJLAGEN	65
BIJLAGE I	
Brief 22 december 2016 met aankondiging extern onderzoek.....	66
BIJLAGE II	
Relevante wettelijke bepalingen.....	75
BIJLAGE III	
Rechtspraakregister.....	78
BIJLAGE IV	
Literatuurlijst.....	79

SAMENVATTING

1 *Doel juridisch onderzoek vrijwillige aansluiting*

Doel van dit juridisch onderzoek naar vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is om inzicht te verkrijgen in:

- (1) de juridische mogelijkheden en beperkingen van vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en;
- (2) juridische risico's van deze vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor het mededingingsrecht (houdbaarheid van de verplichtstelling).

2 *Mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

Werkgevers en werknemers die onder de *verplichte werkingssfeer* vallen van een bedrijfstakpensioenfonds nemen op grond van de Wet Bpf 2000 verplicht deel aan de pensioenregeling in de bedrijfstak. Daarnaast staat de Pensioenwet in twee gevallen *vrijwillige aansluitingen* toe van werkgevers bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds:

- (1) vrijwillige aansluiting buiten de statutaire werkingssfeer (artikel 121 Pensioenwet);
- (2) vrijwillige aansluiting *na uitbreiding* van de statutaire werkingssfeer (artikel 121a Pensioenwet).

3 *Pensioenwet begrenst mogelijkheden tot vrijwillige aansluiting*

Vrijwillige aansluiting door een werkgever bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is volgens de Pensioenwet slechts mogelijk wanneer:

- (i) het bedrijfstakpensioenfonds die mogelijkheid in de statuten heeft opgenomen én;
- (ii) er een aantoonbare relatie is van de activiteiten van de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten met de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds.

De Pensioenwet bepaalt dat er een aantoonbare relatie is indien één van de volgende drie situaties zich voordoet:

- (a) de werkgever sluit zich vrijwillig aan nadat hij onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel (historische band);
- (b) er is een groepsverhouding tussen de werkgever die zich vrijwillig aansluit en een andere werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt (groepsverhouding);
- (c) de werkgever volgt ten minste de loonontwikkeling en de sociale fondsen in de bedrijfstak.

Slechts in die gevallen kan een werkgever zich vrijwillig aansluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Bovendien moet het bedrijfstakpensioenfonds vrijwillige aansluiting toestaan volgens zijn statuten en bereid zijn een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met de werkgever in kwestie. De werkgever is vrij in zijn keuze voor een andere pensioenuitvoerder. Er is vrije concurrentie op de markt van pensioenuitvoerders voor die groep werkgevers. Zij kunnen zich zowel vrijwillig aansluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds als bij een andere pensioenuitvoerder.

4 *Waarborgen eerlijke concurrentie op pensioenmarkt door begrenzing vrijwillige aansluiting*

De juridische begrenzings die zijn aangebracht voor vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormen onderdeel van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Die wettelijk gereguleerde taakafbakening beoogt een gelijk speelveld te creëren tussen pensioenuitvoerders. Het is één van de bouwstenen binnen de taakafbakening die er voor moet zorgen dat er geen oneerlijke concurrentie tussen pensioenuitvoerders ontstaat, gegeven de bijzondere taak voor pensioenfondsen.

5 *Evenwicht tussen eerlijke concurrentie en bijzondere taak pensioenfondsen*

Bedrijfstakpensioenfondsen hebben een bijzondere taak als organisaties die collectiviteit en solidariteit in de bedrijfstak bewerkstelligen. De pensioenwetgeving beoogt te waarborgen dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen op de resterende zakelijke markt voor pensioenuitvoerders geen concurrentievoordeel benutten ten opzichte van andere pensioenuitvoerders. De begrenzing aan de mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting moet het evenwicht waarborgen tussen de contractsvrijheid van sociale partners op de resterende zakelijke markt voor pensioenuitvoerders enerzijds en een gelijk speelveld tussen de pensioenuitvoerders anderzijds. Dat moet gebeuren binnen de grenzen van het Europees en nationaal mededingingsrecht.

6 *Blijft de vrijwillige aansluitingsmogelijkheid binnen het mededingingsrecht?*

A *Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is gerechtvaardigde beperking mededinging*

Het Europees recht (waaronder het Verdrag voor de Werking van de Europese Unie) en het nationaal mededingingsrecht (waaronder de Mededingingswet) stellen grenzen aan de mogelijkheden om concurrentie te beperken.

Uit Europese rechtspraak blijkt dat het exclusieve recht van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om pensioenafspraken in de bedrijfstak uit te voeren niet in strijd is met het mededingingsrecht. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vervullen samengevat een essentiële sociale functie. Relevant daarbij is de mate van solidariteit en financieel evenwicht in het bedrijfstakpensioenfonds. Het bedrijfstakpensioenfonds kan zonder de verplichtstelling niet goed opereren op economisch aanvaardbare voorwaarden.

De rechtvaardiging van de beperking van de mededinging door het exclusieve recht voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is dus juridisch getoetst voor de *verplichte deelname* aan het bedrijfstakpensioenfonds.

De *vrijwillige aansluiting* door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormt een beperkt risico voor de houdbaarheid van de verplichtstelling. Effecten van vrijwillige aansluitingen voor de houdbaarheid van de verplichtstelling zijn niet getoetst bij de (Europese) rechter. Het risico van vrijwillige aansluitingen voor de houdbaarheid van de verplichtstelling lijkt momenteel beperkt. De wetgeving biedt zeer beperkte mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen door de eis dat er een aantoonbare relatie moet zijn met de bedrijfstak. Alles overziend achten wij de kans klein dat de vrijwillige aansluitingen er bij de huidige regels toe leiden dat de verplichte deelneming in strijd is met het mededingingsrecht.

De wetgever kan dat risico uitsluiten door vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet langer toe te staan. Indien het vertrekpunt is om vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds niet te verbieden, kan de wetgever het risico verkleinen door ringfencing voor te schrijven voor de vrijwillige aansluitingen. Die maatregel

kan bewerkstelligen dat het financieel evenwicht van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds in de *verplichte kring van werkgevers* niet uit balans raakt. Het risico dat de verplichtstelling in gevaar komt door de vrijwillige aansluitingen wordt groter wanneer de wetgever de huidige voorwaarden voor vrijwillige aansluiting versoepelt.

B Vrijwillige aansluiting: geen inbreuk mededinging

De mogelijkheid van *vrijwillige* aansluitingen door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is in beginsel geen inbreuk op het mededingingsrecht. Werkgevers die zich wegens hun aantoonbare relatie met de bedrijfstak vrijwillig kunnen aansluiten bij het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kunnen ook kiezen voor een andere pensioenuitvoerder.

C Misbruik van machtspositie door verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds niet bewezen

Het mededingingsrecht verbiedt eveneens dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen misbruik maken van hun dominante machtspositie in de bedrijfstak bij de vrijwillige aansluitingen (leveraging). Misbruik vereist:

- (1) dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een economische machtspositie hebben op de relevante pensioenmarkt én
- (2) dat zij misbruik maken van die machtspositie.

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen proberen vanuit hun exclusieve recht om de pensioenregeling uit te voeren in de bedrijfstak hun macht uit te breiden buiten hun verplichtgestelde domein via vrijwillige aansluitingen. Relevant is of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen schaalvoordelen behalen doordat zij al een deel van de pensioenmarkt bedienen door de verplichte deelneming van werkgevers in de bedrijfstak. Dat kan leiden tot lagere uitvoeringskosten en tariefstelling dan andere aanbieders.

Economisch marktonderzoek moet uitwijzen of daarvan sprake is. Relevant is dat de bewijslast rust op de partij die zich beroept op misbruik van de machtspositie en dat de pensioenwetgeving vrijwillige aansluitingen door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen slechts in drie situaties mogelijk maakt. Voor pensioenuitvoerders is er op de markt vrije concurrentie ten aanzien van werkgevers die zich vrijwillig kunnen aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds. Werkgevers zijn vrij in hun keuze voor een pensioenuitvoerder.

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN ONDERZOEKSVRAGEN

- 1.1 Aanleiding onderzoek vrijwillige aansluiting bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*
- 1.2 Juridisch onderzoek naast economisch marktordeningsonderzoek*
- 1.3 Onderzoeksvragen*
- 1.4 Afbakening juridisch onderzoek*
- 1.5 Onderzoeksmethode juridisch onderzoek*
- 1.6 Opbouw rapportage*

HOOFDSTUK 2 WETTELIJKE MOGELIJKHEDEN VRIJWILLIGE AANSLUITING BIJ VERPLICHTGESTELDE BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN

- 2.1 *Inleiding*
- 2.2 *Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds*
 - 2.2.1 *Wettelijke mogelijkheid tot verplichtstelling in een bedrijfstak*
 - 2.2.2 *Voldoende draagvlak vereist voor aanvraag verplichtstelling in bedrijfstak*
 - 2.2.3 *Gevolgen van verplichtstelling*
- 2.3 *Bedrijfstakpensioenfonds en werkingssfeer*
 - 2.3.1 *Inleiding*
 - 2.3.2 *Bedrijfstak en bedrijfstakpensioenfonds*
 - 2.3.3 *Wettelijke verplichting tot omschrijving statutaire werkingssfeer van de bedrijfstak*
 - 2.3.4 *Statutaire versus verplichte werkingssfeer*
- 2.4 *Vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer*
 - 2.4.1 *Wettelijke regulering van vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer*
 - 2.4.2 *Begrenzing van de vrijwillige aansluiting door werkgevers buiten de werkingssfeer*
 - 2.4.3 *Aanvullende voorwaarden voor vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer*
- 2.5 *Werkgever volgt loonontwikkeling en sociale fondsen in de bedrijfstak*
- 2.6 *Groepsverhouding met werkgever die onder werkingssfeer valt*
- 2.7 *Historische band werkgever met bedrijfstak*
- 2.8 *Juridische grenzen aan vrijwillige aansluiting bij uitbreiding werkingssfeer*
 - 2.8.1 *Uitbreiding van de werkingssfeer door het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*
 - 2.8.2 *Aanleiding tot beoordeling vrijwillige aansluiting door uitbreiding werkingssfeer*
 - 2.8.2.1 *PGB als aanjager van discussie over grenzen vrijwillige aansluiting*
 - 2.8.2.2 *Uitbreiding werkingssfeer verplichtstelling blijft mogelijk*
 - 2.8.3 *Wettelijke begrenzing van de uitbreiding van de werkingssfeer*
 - 2.8.4 *Redenen voor wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting*
- 2.9 *Conclusie onderzoeksvragen vrijwillige aansluiting*
 - 2.9.1 *Vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds is wettelijk mogelijk*
 - 2.9.2 *Begrensde mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting verplicht bedrijfstakpensioenfonds*
 - 2.9.3 *Redenen voor (beperking van de) vrijwillige aansluitingen*

HOOFDSTUK 3 VRIJWILLIGE AANSLUITING ALS ONDERDEEL VAN DE TAAKAFBAKENING

- 3.1 *Inleiding*
- 3.2 *De taakafbakening tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders*
 - 3.2.1 *Wat is de taakafbakening?*
 - 3.2.2 *Aanleiding voor de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars*
 - 3.2.3 *Verschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars*
 - 3.2.4 *Doelstellingen van de taakafbakening*
- 3.3 *Wettelijke regels met het oog op de taakafbakening*
 - 3.3.1 *Pensioenfondsen genereren solidariteit en collectiviteit*
 - 3.3.2 *Bijzondere positie van pensioenfondsen op de pensioenmarkt*
 - 3.3.3 *Regels over de taakafbakening in de Pensioenwet*
- 3.4 *Domeinafbakening*
 - 3.4.1 *De gesloten kring van aangesloten werkgevers*
 - 3.4.2 *Uitzondering: het open domein voor het algemeen pensioenfonds*
- 3.5 *Verbod nevenactiviteiten voor pensioenfondsen*
 - 3.5.1 *Pensioenfondsen voeren pensioenactiviteiten uit*
 - 3.5.2 *Kernactiviteiten pensioenfondsen*
 - 3.5.3 *Buitengrenzen nevenactiviteiten*
 - 3.5.4 *Toegestane nevenactiviteiten*
- 3.6 *Productafbakening bij pensioenfondsen*
 - 3.6.1 *Productafbakening: productbeperking en producteisen*
 - 3.6.2 *Pensioenfondsen moeten een basispensioenregeling uitvoeren*
 - 3.6.3 *Vrijwillige pensioenregelingen slechts mogelijk als aanvulling op de basispensioenregeling*
 - 3.6.4 *Solidariteitseisen aan pensioenproducten van pensioenfondsen*
 - 3.6.4.1 *Solidariteitseisen aan uitkeringsovereenkomsten*
 - 3.6.4.1.1 *Solidariteitseisen aan basispensioenregeling uitkeringsovereenkomst*
 - 3.6.4.1.2 *Solidariteitseisen aan vrijwillige pensioenregelingen*
 - 3.6.4.2 *Solidariteitseisen aan kapitaalovereenkomsten*
 - 3.6.4.2.1 *Solidariteitseisen aan basispensioenregeling kapitaalovereenkomsten*
 - 3.6.4.2.2 *Solidariteitseisen aan vrijwillige pensioenregelingen*
 - 3.6.4.3 *Solidariteitseisen aan premieovereenkomsten*
 - 3.6.4.3.1 *Solidariteitseisen aan basispensioenregeling premieovereenkomsten*
 - 3.6.4.3.2 *Solidariteitseisen vrijwillige pensioenregelingen premieovereenkomsten*
- 3.7 *De vrijwillige aansluiting als onderdeel van de taakafbakening*
 - 3.7.1 *Vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
 - 3.7.2 *Vrijwillige aansluitingen begrensd wegens taakafbakening en mededingingsrecht*
- 3.8 *Het verbod op ringfencing voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
 - 3.8.1 *Het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is één financieel geheel*

- 3.9 *Marktordeningsbepalingen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
- 3.9.1 *Specifieke bepalingen voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
- 3.9.2 *Grenzen aan gebruik naam verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
- 3.9.3 *Beperking gegevensverstrekking aan derden*
- 3.9.4 *Beperkte informatieverstrekking door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
- 3.10 *Conclusie*

HOOFDSTUK 4 VRIJWILLIGE AANSLUITING NIET IN STRIID MET HET MEDEDINGINGSRECHT?

- 4.1 *Inleiding*
- 4.2 *Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en het mededingingsrecht*
 - 4.2.1 *Verplichtstelling is een exclusief recht*
 - 4.2.2 *Relevantie vrijwillige aansluiting voor het mededingingsrecht*
- 4.3 *Relevante regels uit het mededingingsrecht*
 - 4.3.1 *Doelstellingen van Europees en Nederlands mededingingsrecht*
 - 4.3.2 *Belangrijkste normen mededingingsrecht voor houdbaarheid van de verplichtstelling*
- 4.4 *Het kartelverbod*
 - 4.4.1 *De verplichtstelling en het kartelverbod*
 - 4.4.2 *De CAO-exceptie volgens Europese rechtspraak*
 - 4.4.3 *De CAO- en pensioenvrijstelling in de Mededingingswet*
 - 4.4.4 *Vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds immuun voor kartelverbod?*
- 4.5 *Strijd met mededingingsrecht door exclusief recht bedrijfstakpensioenfonds?*
 - 4.5.1 *Verplicht bedrijfstakpensioenfonds: inbreuk op mededingingsrecht?*
 - 4.5.2 *Rechtvaardiging mogelijk voor diensten van algemeen economisch belang*
 - 4.5.2.1 *Essentiële sociale functie van verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*
 - 4.5.2.2 *Effect vrijwillige aansluiting op toetsing houdbaarheid verplichtstelling?*
 - 4.5.2.3 *Verdere beperking risico vrijwillige aansluiting voor houdbaarheid verplichtstelling?*
 - 4.5.3 *Belang van vrijwillige aansluiting voor houdbaarheid verplichtstelling*
- 4.6 *Misbruik van machtspositie door verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds?*
 - 4.6.1 *Het misbruikverbod*
 - 4.6.2 *Voorwaarden voor aannemen misbruik machtspositie*
 - 4.6.3 *Marktafbakening*
 - 4.6.3.1 *Productafbakening*
 - 4.6.3.2 *Plaatsafbakening*
 - 4.6.4 *Relevante markt voor vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
 - 4.6.4.1 *Uitleg van de relevante pensioenmarkt*
- 4.7 *Machtspositie voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen?*
- 4.8 *De beperkte mogelijkheden voor misbruik door vrijwillige aansluiting*
- 4.9 *Misbruik van de machtspositie door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen?*
 - 4.9.1 *Wanneer is er misbruik van een machtspositie?*
 - 4.9.2 *Vormen van misbruik*
 - 4.9.3 *Misbruik machtspositie door gebruikmaking verplichtstelling bij vrijwillige aansluiting?*
 - 4.9.4 *Misbruik door concurrentie via vrijwillige aansluiting bewijzen*
- 4.10 *Conclusie*

HOOFDSTUK 5 CONCLUSIES

- 5.1 *Doel juridisch onderzoek vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
- 5.2 *Conclusie onderzoeksvragen vrijwillige aansluiting*
 - 5.2.1 *Mogelijkheden tot vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*
 - 5.2.2 *Juridische grenzen aan de mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen*
 - 5.2.3 *Redenen voor (begrenzing van) vrijwillige aansluitingen*
- 5.3 *Verhouding vrijwillige aansluiting tot de taakafbakening*
 - 5.3.1 *Vrijwillige aansluiting is onderdeel van de taakafbakeningswetgeving*
 - 5.3.2 *Taakafbakeningsregels als waarborg gelijk speelveld pensioenuitvoerders*
- 5.4 *Blijft de vrijwillige aansluitingsmogelijkheid binnen het mededingingsrecht?*
 - 5.4.1 *Grenzen van het mededingingsrecht*
 - 5.4.2 *Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is gerechtvaardigde beperking mededinging*
 - 5.4.3 *Vrijwillige aansluiting is geen inbreuk mededinging*
 - 5.4.4 *Toetsing misbruik van machtspositie via vrijwillige aansluitingen vergt marktonderzoek*

HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN ONDERZOEKSVRAGEN

1.1 *Aanleiding onderzoek vrijwillige aansluitingen bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*

Aanleiding voor dit juridisch onderzoek naar vrijwillige aansluitingen van werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is een toezegging van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer. In haar brief van 22 december 2016¹ heeft de staatssecretaris aangekondigd dat zij een extern onderzoek zal laten uitvoeren naar vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen (bijlage 1).

In de brief staat dat als volgt verwoord:

“Naast de beperking van vrijwillige aansluitingen voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die fuseren met tijdelijke afgescheiden vermogens, zal ook door middel van een extern onderzoek worden bekeken in hoeverre vrijwillige aansluitingen plaatsvinden, of dit in de praktijk tot problemen leidt en zo ja of het wenselijk zou zijn dat hier beperkingen of randvoorwaarden aan verbonden worden. De mogelijkheid van vrijwillige aansluiting is een uitzondering op de afspraken uit de taakafbakening en kan daardoor oneigenlijke markteffecten tot gevolg hebben.”

1.2 *Juridisch onderzoek naast marktordeningsonderzoek*

Het aangekondigde extern onderzoek naar vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen bestaat uit twee deelonderzoeken:

- (1) het juridisch onderzoek en;
- (2) het marktordeningsonderzoek.

Dit onderzoek is gericht op de juridische mogelijkheden voor werkgevers tot vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de daarmee gepaard gaande vragen over taakafbakening en de houdbaarheid van de grote verplichtstelling en het mededingingsrecht (het juridisch onderzoek). Naast het juridisch onderzoek wordt onderzoek verricht naar de economische effecten op de marktordering van vrijwillige aansluitingen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op de markt van de pensioenuitvoering (het marktordeningsonderzoek).

Centraal in dit juridisch onderzoek staat de vrijwillige aansluiting van werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De Pensioenwet biedt verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen de mogelijkheid om aansluiting mogelijk te maken voor werkgevers die niet verplicht hoeven deel te nemen. Die wettelijke mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen leiden tot spanning met andere wettelijke voorschriften. Concreet gaat het volgens de brief onder meer om:

- (1) de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars en;
- (2) de houdbaarheid van de verplichtstelling in het kader van het mededingingsrecht.

Het doel van het juridische onderzoek is om inzicht te krijgen in:

¹ Kamerstukken II 2015/16, 32 043, nr. 351.

- (1) de juridische mogelijkheden van vrijwillige aansluitingen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de wettelijke redenen voor die vrijwillige aansluiting;
- (2) de mogelijke juridische risico's van vrijwillige aansluitingen voor de taakafbakening en de juridische houdbaarheid van de grote verplichtstelling.

In dit onderzoek worden daartoe die wettelijke mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in kaart gebracht (hoofdstuk 2). Tevens wordt de verhouding van de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen tot de wettelijke regels over de taakafbakening uitgewerkt (hoofdstuk 3). Daarnaast wordt in dit rapport de verhouding tussen vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen tot het mededingingsrecht geanalyseerd (hoofdstuk 4).

1.3 Onderzoeksvragen

Bij de aanvraag voor dit juridisch onderzoek zijn de volgende juridische onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Welke mogelijkheden hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen te realiseren en wat zijn de regels die voor een dergelijke aansluiting gelden?
2. Welke redenen zijn er voor het toestaan van deze vrijwillige aansluitingen?
3. Hoe verhouden deze vrijwillige aansluitingen zich tot de afspraken uit de taakafbakening, het Nederlandse en Europese mededingingsrecht en de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling?

1.4 Afbakening juridisch onderzoek

Voor de goede orde merken wij op dat dit juridisch onderzoek is beperkt tot de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De aansluiting van werkgevers bij vrijwillige bedrijfstakpensioenfondsen valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.² Juridische vragen die in het verlengde liggen van de onderzoeksvragen (of daarbuiten), laten wij buiten beschouwing.³

Tevens merken wij op dat dit onderzoek is beperkt tot toetsing van de vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in het kader van het Europese en nationale mededingingsrecht. De verhouding van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds en de vrijwillige aansluiting daarbij tot het vrij verkeer van diensten vormt geen onderdeel van dit onderzoek.

1.5 Onderzoeksmethode juridisch onderzoek

Dit juridisch onderzoek is overwegend gebaseerd op primaire rechtsbronnen zoals wet- en regelgeving en jurisprudentie. Beantwoording van de onderzoeksvraag naar de wettelijke

² Voorbeelden van niet verplichtgestelde (vrijwillige) bedrijfstakpensioenfondsen zijn SBZ (zorgsector) en PNO Media (mediasector).

³ Ter illustratie wijzen wij op de maatschappelijke vraag of de eisen met betrekking tot taakafbakening in het beste belang zijn van deelnemers en gepensioneerden en hoe deze zich verhouden tot voor het pensioenfonds relevante verplichtingen die voortvloeien uit goed opdrachtnemerschap en zorgplichten. Vgl. ook de artikelen 80 lid 2 en 120 lid 2 Pw. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/04/12/kamerbrief-halfjaarlijkse-rappel-toezeggingen>.

mogelijkheden en – redenen voor vrijwillige aansluiting begint bij een analyse van de geldende pensioenwetgeving.

De daaraan ten grondslag liggende redenen zijn onderzocht door analyse van rechtsbronnen, in het bijzonder de parlementaire geschiedenis van de wettelijke voorschriften over vrijwillige aansluiting. Dezelfde methode geldt voor de analyse van de wet- en regelgeving over de taakafbakening en de mededinging. Vanzelfsprekend is tevens aangesloten bij andere rechtsbronnen, zoals literatuur en openbare rapporten.

Van belang is dat de wet- en regelgeving ten aanzien van de mededingingsregels naar Nederlands recht en Europees recht zijn vormgegeven. Beantwoording van onderzoeksvraag drie is slechts mogelijk door analyse van die Europese regelgeving over het mededingingsrecht. De juridische ruimte voor de inbreuk die de verplichtstelling vormt op het mededingingsrecht wordt mede ingekleurd door Europese jurisprudentie, die in dit onderzoek is betrokken.

Het onderzoek is uitgevoerd door prof. mr. drs. Mark Heemskerk, met medewerking van prof. mr. Johan van de Gronden en prof. mr. René Maatman. Zij zijn allen verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen.⁴ De bevindingen in dit rapport zijn een zo goed mogelijke weergave van het geldend recht.⁵

1.6 Opbouw van deze rapportage

Dit onderzoek over de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is opgebouwd uit drie delen en vijf hoofdstukken.

Deel I is de inleiding. Hoofdstuk 1 introduceert de onderzoeksvragen over de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de afbakening van het juridisch onderzoek. Hoofdstuk twee introduceert de wettelijke mogelijkheden, -beperkingen en -redenen voor vrijwillige aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen en de achtergronden daarvoor.

Deel II plaatst de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in verhouding tot de nationale wet- en regelgeving over taakafbakening én de (inter)nationale wet- en regelgeving op mededingingsrechtelijk terrein.

In hoofdstuk drie staat de verhouding tussen vrijwillige aansluiting en de taakafbakening tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders centraal. In hoofdstuk vier wordt de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen getoetst aan het Europese en nationale mededingingsrecht en (Europese) rechtspraak.

Deel III wordt gevormd door de conclusies. In hoofdstuk vijf zijn de onderzoeksvragen beantwoord.

⁴ Johan van de Gronden is hoogleraar Europees recht aan de Radboud Universiteit, René Maatman is hoogleraar vermogensbeheer en pensioenvraagstukken aan de Radboud Universiteit en advocaat te Amsterdam, Mark Heemskerk is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit en advocaat te Amsterdam.

⁵ Dat laat onverlet dat de onderzoekers op onderdelen persoonlijk een andere opvatting kunnen hebben.

HOOFDSTUK 2 WETTELIJKE MOGELIJKHEDEN VRIJWILLIGE AANSLUITINGEN BIJ VERPLICHTGESTELDE BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDSEN

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk identificeren wij de wettelijke mogelijkheden en de redenen om een vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds mogelijk te maken. Voor een goed begrip van vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bespreken wij eerst de juridische eisen die bepalen wanneer aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds verplicht is (paragraaf 2). Vervolgens gaan wij in paragraaf 3 in op de eisen aan de omschrijving van de bedrijfstak en de werkingssfeerbepaling. In paragraaf 4 bespreken wij de *eerste* mogelijkheid die de wetgever biedt aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds om ondernemingen zich te laten aansluiten. Het gaat daar om vrijwillige aansluiting zonder uitbreiding van de werkingssfeer. Daarbij gaan wij in op de specifieke voorwaarden die de wetgever stelt aan de mogelijkheid voor vrijwillige aansluitingen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds:

- (1) volgen van loonontwikkeling en sociale fondsen door de werkgever (paragraaf 5);
- (2) een groepsverhouding met een werkgever die onder de werkingssfeer valt (paragraaf 6);
- (3) een historische band wegens vroegere verplichte aansluiting van de werkgever (paragraaf 7).

In paragraaf acht bespreken wij de *tweede* mogelijkheid die de wetgever verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds biedt om tot vrijwillige aansluitingen te komen: vrijwillige aansluiting na uitbreiding van de werkingssfeer. Daarvoor gelden dezelfde voorwaarden. In de slotparagraaf presenteren wij onze conclusies ten aanzien van:

- de juridische mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen door werkgevers bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds;
- de redenen voor de juridische begrenzingen aan vrijwillige aansluitingen.

2.2 Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

2.2.1 *Wettelijke mogelijkheid tot verplichtstelling in een bedrijfstak*

Deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan wettelijk verplicht zijn voor alle werkgevers en werknemers die in de bedrijfstak werkzaam zijn. De minister van SZW kan slechts tot zo'n 'grote' verplichtstelling overgaan op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak. Verplichtstelling is dus niet van rechtswege opgelegd door de minister maar gebeurt uitsluitend op verzoek van sociale partners in de bedrijfstak. Bovendien moet dat georganiseerde bedrijfsleven een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen.⁶ Het georganiseerde bedrijfsleven moet bestaan uit voldoende representatieve werkgevers- én werknemersvertegenwoordiging.

2.2.2 *Voldoende draagvlak vereist voor aanvraag verplichtstelling in een bedrijfstak*

De werknemersvertegenwoordiging is in beginsel voldoende representatief indien uit de statuten de bevoegdheid blijkt om afspraken over arbeidsvoorwaarden te maken voor werknemers in de bedrijfstak.⁷ De werkgeversvertegenwoordiging is in beginsel voldoende representatief wanneer 60% van de werknemers in de bedrijfstak in dienst is bij verzoekende werkgeversorganisaties. Beneden de 50% is geen verplichtstelling mogelijk. Tussen de 50 en 55% is verplichtstelling slechts mogelijk bij

⁶ Artikel 2 Wet Bpf 2000.

⁷ Indien er bij de verzochte verplichtstelling een zienswijze wordt ingebracht tegen de representativiteit van werknemersorganisaties wordt de organisatiegraad van de werknemersorganisaties in relatie tot de bedrijfstak beoordeeld.

bijzondere omstandigheden. Tussen de 55 en 60% is er voldoende representativiteit voor verplichtstelling, tenzij er onvoldoende draagvlak is of een scheve verdeling.⁸

2.2.3 Gevolgen van verplichtstelling

Besluit de minister van SZW tot verplichtstelling, dan wordt de deelname in het bedrijfstakpensioenfonds verplicht voor iedereen (werkgevers en werknemers) in de omschreven bedrijfstak. Iedereen die onder de werkingssfeer van de bedrijfstak valt, is dan op grond van de wet gebonden aan de statuten en reglementen van dat bedrijfstakpensioenfonds en daarop gebaseerde besluiten van het pensioenfondsbestuur.⁹ Dat geldt ook voor ongebonden werkgevers en werknemers die geen lid zijn van een vakbond.¹⁰ Deelnemers in de bedrijfstak krijgen pensioenaanspraken. Voor werkgevers en werknemers gelden premieverplichtingen die voortvloeien uit de verplichtstelling en de reglementen van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.¹¹ Als voornaamste redenen voor de verplichtstelling wordt aangegeven dat het:

- (1) concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen binnen een bedrijfstak voorkomt en
- (2) zorgt voor een (adequaat) aanvullend pensioen voor iedereen werkzaam in de bedrijfstak.¹²

2.3 Bedrijfstakpensioenfonds en werkingssfeer

2.3.1 Inleiding

Voor een goed begrip van de wettelijke mogelijkheden en –redenen voor vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is het nuttig om eerst te bepalen:

- (1) wanneer sprake is van een bedrijfstak en
- (2) wat de werkingssfeer is van een bedrijfstakpensioenfonds.

De werkingssfeerbepaling moet duidelijk maken wie van de in de bedrijfstak werkzame personen verplicht moet deelnemen.

2.3.2 Bedrijfstak en bedrijfstakpensioenfonds

Een bedrijfstakpensioenfonds is volgens zowel de Pensioenwet als de Wet Bpf 2000 'een pensioenfonds ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak'.¹³ De wet maakt duidelijk dat het domein van een bedrijfstakpensioenfonds niet beperkt hoeft te zijn tot één bedrijfstak. Met de wettelijke definitie markeert de Pensioenwet de markt voor bedrijfstakpensioenfondsen. Dat is de domeinafbakening (zie hoofdstuk 3). Het domein van het bedrijfstakpensioenfonds kan dus meerdere bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak bestrijken. De wet laat zelfs ruimte voor een ongelimiteerd aantal bedrijfstakken. De wettelijk vereiste belangrijke meerderheid en representativiteit voor verplichtstelling *per bedrijfstak* vormen een rem op die in beginsel ongelimiteerde uitbreiding. Zonder draagvlak c.q. representativiteit in de

⁸ Zie Besluit toetsingskader wet Bpf 2000 en de Regeling betreffende aanvragen op grond van de Wet Bpf 2000.

⁹ Artikel 4 Wet Bpf 2000.

¹⁰ Zoals werkgevers die geen lid zijn van een werkgeversvakbond, vergelijk artikel 9 WCAO. Voor ongebonden of ongeorganiseerde werknemers zie artikel 14 WCAO.

¹¹ In voorkomende gevallen staan premieverplichtingen (ook) in de collectieve arbeidsovereenkomst of de individuele arbeidsovereenkomst.

¹² M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2015, M. Heemskerk, Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen, WPNR 2013/6968; E. Lutjens, De Wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfstakpensioenfondsen, Kluwer, Deventer 1999.

¹³ Artikel 1 Pensioenwet; artikel 1 onder f Wet Bpf 2000; vergelijk *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 3, p. 163.

bedrijfstak wordt de verplichtstellingsaanvraag immers niet gehonoreerd door de minister.¹⁴

2.3.3 Wettelijke verplichting tot omschrijving statutaire werkingssfeer van de bedrijfstak

De werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds moet in de statuten zijn opgenomen. Dat volgt uit artikel 111 lid 1 onder a en lid 2 Pensioenwet:

‘In de statuten van een pensioenfonds worden in ieder geval bepalingen opgenomen betreffende:

a. het doel van het pensioenfonds, waaronder een omschrijving van de werkingssfeer;

(...)

2. De omschrijving van de werkingssfeer, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vindt ten aanzien van een bedrijfstakpensioenfonds plaats door het omschrijven van de bedrijfsactiviteiten van de bedrijfstak.’

Hieruit blijkt dat de statuten van het pensioenfonds de bedrijfsactiviteiten van de bedrijfstak moeten omschrijven. De regering vond dat er duidelijkheid moest zijn over het werkerterrein van (bedrijfstak)pensioenfondsen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een specifieke omschrijving van de bedrijfsactiviteiten is vereist.¹⁵ De vóór 2007 gangbare omschrijving «bedrijven of instellingen die in het leven zijn geroepen door en/of in aanmerkelijke mate werken ten behoeve van de bedrijfstak», is te weinig concreet. Daardoor is niet duidelijk welke bedrijven of instellingen er onder vallen. Ook een opsomming van de namen van bedrijven die behoren tot de beoogde bedrijfstak voldoet niet.¹⁶

Een werkingssfeerbepaling kan meerdere bedrijfstakken of onderdelen van bedrijfstakken omvatten. Een bekend praktijkvoorbeeld is het bedrijfstakpensioenfonds Grafische Bedrijven (PGB). Uit de verplichtstellingsbeschikking blijkt dat PGB meerdere afgebakende verplichtgestelde bedrijfstakken omvat, namelijk Grafimedia, Kartonnage en flexibele verpakkingenbedrijf, Bereide verf- en drukinktindustrie en de Zeevisserij.¹⁷ Sociale partners omschrijven de werkingssfeer. Zij benoemen de bedrijfsactiviteiten binnen de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling wordt aangevraagd.¹⁸

2.3.4 Statutaire versus verplichte werkingssfeer

Een bedrijfstakpensioenfonds moet de werkingssfeer dus vermelden in de statuten. Deze statutaire werkingssfeer kan ruimer zijn dan de werkingssfeer die geldt voor de verplichtstelling. Anders gezegd: de verplichtstelling kan gelden voor een *deel* van de statutaire werkingssfeer. Om te beoordelen of sprake is van verplichte deelneming moet dus de in de Staatscourant gepubliceerde werkingssfeerbepaling van de verplichtstellingsbeschikking worden geraadpleegd.

De statutaire werkingssfeer kan dus meer of andere bedrijfstakken of onderdelen daarvan omvatten, die niet verplicht zijn. Het bedrijfstakpensioenfonds is dan bevoegd om de pensioenregeling uit te voeren voor bedrijven die niet onder de verplichtstelling vallen maar wel onder de statutaire werkingssfeer.

¹⁴ Zie artikel 2 Wet Bpf 2000 en Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, Stcrt. 2011, 22 535.

¹⁵ Zie over het begrip bedrijfstak E.J. Offerhaus, *Bedrijfspensioenfondsen* (diss. Rotterdam), Van Veen 1953, p. 20-22; E. Luttjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU Amsterdam), Zwolle, Tjeenk Willink 1989, p. 93-96.

¹⁶ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 68.

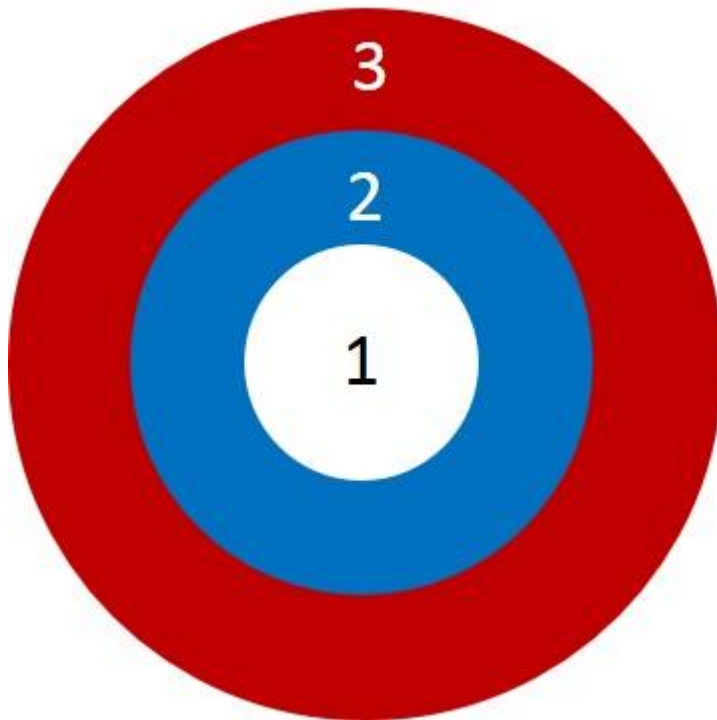
¹⁷ Staatscourant 20 november 2015, nr. 41 715.

¹⁸ Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

De reikwijdte van het domein van de bedrijfstakpensioenfondsen bestaat uit drie onderdelen:

1. Verplichte werkingssfeer bedrijfstak
2. Statutaire werkingssfeer bedrijfstak (inclusief niet verplichtgesteld deel)
3. Toegestane aansluiting buiten werkingssfeer bedrijfstak

Figuur 2.1 Domein bedrijfstakpensioenfondsen in drie lagen



Laag 1 verplichtgestelde werkingssfeer

Laag 2 vrijwillige aansluiting *binnen* statutaire werkingssfeer

Laag 3 vrijwillige aansluiting *buiten* statutaire werkingssfeer

Grafisch is dit vormgegeven in figuur 2.1 als drie concentrische cirkels.¹⁹ De binnenste laag (1) is de kern: de verplichtgestelde werkingssfeer. De tweede laag is de vrijwillige aansluiting binnen de statutaire werkingssfeer. De derde en buitenste laag is de vrijwillige aansluiting buiten de statutaire werkingssfeer.

Dit onderzoek gaat uitsluitend over de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen (lagen twee en drie).

¹⁹ Vgl. L. Kok, S. van der Lecq, E. Lutjens, N. Rosenboom, B. Tieben, I. Witte, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds, SEO Amsterdam september 2015 (hierna ook: SEO 2015).

2.4 Vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer

2.4.1 Wettelijke regulering van vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer

Vóór 1 januari 2007 waren regels over vrijwillige aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen door werkgevers niet in de pensioenwetgeving vastgelegd. Een advies van de Stichting van de Arbeid uit 1998 maakt duidelijk dat de toenmalige toezichthouder (de Verzekeringskamer) een acceptatiebeleid voerde. Dat beleid kwam er op neer dat de activiteiten van de vrijwillige aansluiters een aantoonbare relatie moesten hebben met de activiteiten van ondernemingen in de desbetreffende bedrijfstak op basis van de werkingssfeer.²⁰ De Pensioenwet bepaalde voor het eerst enerzijds expliciet dat vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen door een werkgever mogelijk was en stelde anderzijds de grenzen aan die mogelijkheid.

2.4.2 Begrenzing van de vrijwillige aansluiting door werkgevers buiten de werkingssfeer

De Pensioenwet maakt het mogelijk voor ondernemingen die niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen om zich in bepaalde specifieke gevallen vrijwillig aan te sluiten bij het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dat is vanaf 1 januari 2007²¹ vastgelegd in artikel 121 Pensioenwet:

‘Een bedrijfstakpensioenfonds kan een uitvoeringsovereenkomst sluiten met een werkgever die niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, maar die zich op vrijwillige basis bij het bedrijfstakpensioenfonds wil aansluiten, indien:

- a. de loonontwikkeling bij deze werkgever ten minste gelijk is aan die in een bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en de werkgever deelneemt in de sociale fondsen van dezelfde bedrijfstak;*
- b. er sprake is van een groepsverhouding tussen de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten en een andere werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt; of*
- c. dit aansluitend gebeurt aan een periode waarin de werkgever wel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel.’*

Uitgangspunt van de Pensioenwet is dus dat vrijwillige aansluiting niet mogelijk is, tenzij voldaan is aan één van de drie in artikel 121 Pensioenwet genoemde situaties. Voldoet een werkgever aan één van deze drie voorwaarden, dan is vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds mogelijk. Voldoet een werkgever niet aan één van deze drie voorwaarden, dan is vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer niet toegestaan. Zo’n vrijwillige aansluiting is in strijd met de Pensioenwet.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de beperkingen aan de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting zijn ingegeven door de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars (uitgebreide achtergrond daarover is te vinden in hoofdstuk 3).²²

De regering gaf in navolging van een advies van de Stichting van de Arbeid over de taakafbakening aan dat sprake dient te zijn van een *‘aantoonbare relatie van de activiteiten van de vrijwillige aansluiters met de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds.’* Daarmee kwam zij terug op het

²⁰ StvdA 30 november 1998, nr. 1998/7, p. 16.

²¹ Artikel 48 Invoerings- en aanpassingswet PW bepaalt dat op 1 januari 2007 bestaande vrijwillige aansluitingen in stand blijven indien niet voldaan is aan de (toen) nieuwe voorwaarden.

²² Kamerstukken II 30 413 2005-06, 3, p. 4.

eerder ingenomen standpunt dat vrijwillige aansluiting mogelijk was via een verzoek van representatieve sociale partners in de bedrijfstak.²³

Het criterium van de aantoonbare relatie met de activiteiten in de bedrijfstak is uitgewerkt in de drie uiteindelijk in de wet benoemde gevallen:

- (1) volgen loonontwikkeling en sociale fondsen van de bedrijfstak door de werkgever;
- (2) werkgever is binnen een groep verbonden met onderneming die onder werkings sfeer valt;
- (3) historische band van de werkgever met het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.

2.4.3 Aanvullende voorwaarden voor vrijwillige aansluiting buiten werkings sfeer

De wetgever scheidt slechts de *mogelijkheid* voor vrijwillige aansluitingen buiten de werkings sfeerbepalingen. Het is aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zelf of zij ook daadwerkelijk gebruik willen maken van die mogelijkheid. De mogelijkheid van vrijwillige aansluiting moet tevens in de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds staan. Dat volgt uit artikel 111 lid 3 Pensioenwet:

‘Een bedrijfstakpensioenfonds dat aan werkgevers de mogelijkheid biedt om zich vrijwillig aan te sluiten bepaalt in zijn statuten onder welke voorwaarden deze vrijwillige aansluiting mogelijk is.’

Voor voorbeelden van die door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen opgenomen statutaire bevoegdheid tot vrijwillige aansluiting verwijzen wij naar de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds Bouwnijverheid²⁴, Zorg en Welzijn²⁵ en PME.²⁶

Het ligt voor de hand dat een bedrijfstakpensioenfonds dat vrijwillige aansluitingen wenst te accommoderen de wettelijke criteria volgt. Het staat een bedrijfstakpensioenfonds echter vrij deze criteria aan te scherpen of aan te vullen met extra criteria.

Tot slot is vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds slechts mogelijk door een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met de werkgever. In die uitvoeringsovereenkomst moet de reden voor vrijwillige aansluiting staan, zo bepaalt artikel 25 lid 2 onder e Pensioenwet:

‘In de uitvoeringsovereenkomst wordt, voor zover overeengekomen, een regeling opgenomen met betrekking tot de volgende onderwerpen:

(...) e. de aansluitingscriteria op grond waarvan de vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds heeft plaatsgevonden.’

Tabel 2.1 Wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting buiten werkings sfeer

Wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting buiten werkings sfeer	Wettelijke basis
1 Wettelijke eisen voor vrijwillige aansluiting	121 Pensioenwet
2 Vrijwillige aansluiting in statuten bedrijfstakpensioenfonds	111 lid 3 Pensioenwet
3 Uitvoeringsovereenkomst met werkgever	23 jo. 25 lid 2 Pensioenwet

²³ Kamerstukken II 30 413 2005-06, 3, p. 72; StvdA 30 november 1998, Advies Hoofdlijnen voor een andere regeling van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars.

²⁴ <https://www.bpfbouw.nl/images/statuten-bpfbouw.pdf>

²⁵ <https://www.pfzw.nl/Documents/brochures-werkgevers/statuten-en-reglementen.pdf>

²⁶

https://www.metalektropensioen.nl/client/pme/upload/downloads/Downloadspagina/Reglementen/Statuten_PME_01-01-2015.PDF

Zo staan in artikel 7 van het uitvoeringsreglement van PME (grootmetaal) de criteria genoemd voor vrijwillige aansluiting.²⁷ Daarin kan bijvoorbeeld staan dat aan dezelfde regelingen wordt deelgenomen als de verplicht aangesloten ondernemingen. Niet ongebruikelijk is een bepaling dat bij beëindiging van de vrijwillige deelname verzekeringstechnisch nadeel moet worden betaald aan het bedrijfstakpensioenfonds.²⁸ Bij het pensioenfonds Zorg en Welzijn staan in artikel 2.3 van het uitvoeringsreglement regels over contractuele aansluiting van werkgevers, onder meer een aansluitingsperiode van 10 jaar.²⁹ De formulering in artikel 13 van het uitvoeringsreglement van het bedrijfstakpensioenfonds Bouwnijverheid noemt de bevoegdheid om vrijwillige aansluitingen te realiseren binnen de wettelijke grenzen.³⁰

2.5 Werkgever volgt loonontwikkeling en sociale fondsen in de bedrijfstak

Vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is mogelijk indien de werkgever minimaal de loonontwikkeling volgt van de bedrijfstak én deelneemt aan de sociale fondsen in de bedrijfstak. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat bij meer dan één bedrijfstak vrijwillige aansluiting mogelijk is zolang minimaal de loonontwikkeling en sociale fondsen van één en dezelfde bedrijfstak wordt gevolgd.³¹

2.6 Groepsverhouding met werkgever die onder werkingssfeer valt

Vrijwillige aansluiting is eveneens mogelijk bij een groepsverhouding tussen een werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt en de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten. De onderneming heeft bijvoorbeeld een groepsverhouding met een bedrijf dat onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt. De regering vond het verdedigbaar dat de onderdelen van de groep die niet onder het bedrijfstakpensioenfonds vallen – omdat zij bedrijfsactiviteiten verrichten die niet onder de statutaire werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen – de mogelijkheid krijgen om zich vrijwillig aan te sluiten bij dat bedrijfstakpensioenfonds. De vrijwillige aansluiting kan ook in stand blijven indien de onderneming de groep verlaat, wegens de historische band met de groep.³²

2.7 Historische band werkgever met bedrijfstak

Vrijwillige aansluiting is daarnaast mogelijk indien een bedrijf dat wél bij een bedrijfstakpensioenfonds was aangesloten, buiten de werkingssfeer van dat fonds komt te vallen na aanpassing van de werkingssfeer van het fonds. Na de verplichte deelneming blijft vrijwillige aansluiting mogelijk. De historische band met het fonds rechtvaardigt dat. Een tweede voorbeeld van een vrijwillige aansluiting die is toegestaan is de situatie waarin een verzelfstandigd onderdeel van een bedrijf dat onder de werkingssfeer valt, na afsplitsing van het bedrijf niet langer onder de werkingssfeer valt. Ook daar rechtvaardigt de historische band voortzetting van de aansluiting. De regering achtte de mogelijkheid van voortzetting bij het bedrijfstakpensioenfonds in het belang van de deelnemers.³³

²⁷https://www.metalektropensioen.nl/client/pme/upload/downloads/Downloadspagina/Reglementen/PME303_Bedrijfstakuitvoeringsreglement_voor_de_Techniek.pdf

²⁸ Over de uitleg daarvan zie HR 6 november 2015, NJ 2016, 169 (PNO Media).

²⁹ <https://www.pfzw.nl/Documents/brochures-werkgevers/statuten-en-reglementen.pdf>

³⁰ <https://www.bpfbouw.nl/images/Uitvoeringsreglement-bouwnijverheid.pdf>

³¹ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 73.

³² Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 73.

³³ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 73.

2.8 Juridische grenzen aan vrijwillige aansluiting bij uitbreiding werkingssfeer

2.8.1 *Uitbreiding van de werkingssfeer door het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*

Hiervóór bespraken wij de wettelijke mogelijkheid voor bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen voor werkgevers mogelijk te maken die niet (langer) onder de werkingssfeer vallen. Een tweede mogelijkheid voor vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is die waarbij de werkgever valt onder de *statutaire* werkingssfeer.

Tot 1 januari 2016 was vrijwillige aansluiting mogelijk zolang de onderneming maar onder die werkingssfeer viel of door uitbreiding van de statutaire werkingssfeer daaronder werd gebracht. Gechargeerd gesteld kon een bedrijfstakpensioenfonds dat bewerkstelligen door:

- (1) een ruime statutaire werkingssfeer; of
- (2) uitbreiding van die werkingssfeer met als doel werkgevers de mogelijkheid te bieden om zich vrijwillig aan te sluiten.

De enige wettelijke begrenzing voor vrijwillige aansluiting via de statutaire werkingssfeer was dat die werkingssfeer moest aangeven welke bedrijfstak of welk onderdeel van de bedrijfstak het betrof. Die wettelijke eis stelt de definitie van bedrijfstakpensioenfonds immers in de Pensioenwet. Een bedrijfstakpensioenfonds kon dus door uitbreiding van de werkingssfeer vrijwillige aansluitingen mogelijk maken door andere bedrijfstakken op te nemen in de statutaire werkingssfeer. Zo kon PGB ondernemingen uit meerdere sectoren zich vrijwillig laten aansluiten bij PGB. Dat staat los van de *verplichtstelling* in verschillende bedrijfstakken die onder de PGB vallen zoals Grafimedia, Kartonnage en flexibele verpakkingenbedrijf tot Bereide verf- en drukinktindustrie en Zeevisserij. Deze bedrijfstakken zijn aangesloten door de verplichtstelling aan te passen.

2.8.2 *Aanleiding tot beoordeling vrijwillige aansluiting door uitbreiding werkingssfeer*

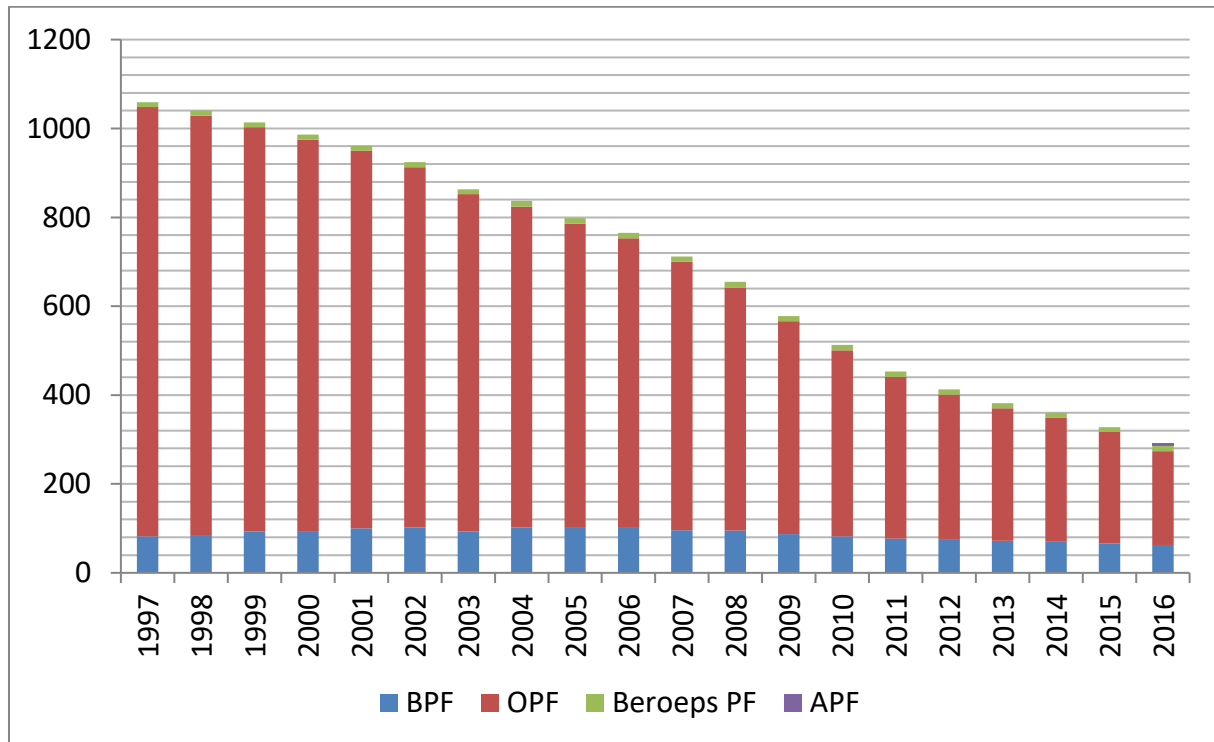
De consolidatie bij pensioenuitvoerders zorgde voor verschuivingen in de markt van pensioenuitvoerders. Het aantal pensioenfondsen is in 2017 onder de 300 gezakt (272).³⁴ In 1997 waren het er nog 1064. Met name het aantal ondernemingspensioenfondsen is de afgelopen decennia sterk gedaald, van 957 in 1997 tot 215 eind 2016 (zie figuur 2.1). Het aantal bedrijfstakpensioenfondsen daalde in die periode van 67 naar 54.³⁵ Naar verwachting houdt de consolidatie verder aan.³⁶

³⁴ <https://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiële-instellingen/pensioenfondsen/register/index.jsp>

³⁵ Aanhangsel Handelingen II 2016-17, 855.

³⁶ FD Pensioen pro 16 januari 2017, Consolidatie gaat gestaag verder.

Figuur 2.2 Ontwikkeling aantal pensioenfondsen 1997-2016



Een groot aantal werkgevers heeft de uitvoeringsovereenkomst met het ondernemingspensioenfonds opgezegd. Mogelijke oorzaken daarvoor zijn:

- de wens van derisking van ondernemingen (verkleinen bijbetalingsrisico's en volatiliteit pensioenlasten voor ondernemers, IFRS-proof maken van pensioenverplichtingen),
- de lagere dekkinggraden en bijbetalingsverplichtingen van werkgevers,
- strengere eisen aan het besturen van pensioenfondsen.³⁷

Schaalvoordelen en verlaging van de uitvoeringskosten bij een grotere omvang dragen bij aan de consolidatiewens.³⁸

De Pensioenwet eist dat de pensioenovereenkomst na opzegging wordt ondergebracht bij een andere pensioenuitvoerder.³⁹ Het aantal wettelijk toegelaten pensioenuitvoerders is toegenomen met de komst van de PPI in 2011 en het algemeen pensioenfonds in 2016.

2.8.2.1 PGB als aanjager van discussie over grenzen vrijwillige aansluiting

Toen veel bedrijven en branches zich aansloten bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de Grafische Bedrijven (PGB), onder meer door uitbreiding van de statutaire werkingsfeer, ontstonden er vragen over de concurrentie en taakafbakening tussen pensioenuitvoerders. Door vrijwillige aansluiting na uitbreiding van de werkingsfeer konden bedrijven en branches zich aansluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds die niet of nauwelijks verbonden waren met de bedrijfstak

³⁷ T. Huijg, P. Vestering, De-risking door aanpassing van de pensioenregeling, TFR 2014, 7/8.

³⁸ Kamerstukken II 2016-17, 32 043, 351.

³⁹ Artikel 23 Pensioenwet. Mogelijk is eveneens dat er een nieuwe uitvoeringsovereenkomst bij dezelfde pensioenuitvoerder wordt overeengekomen.

waarvoor de verplichtstelling gold.⁴⁰ De markt voor pensioenuitvoerders – met name de verzekeraars – was kritisch of er nog een gelijk speelveld was tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, verzekeraars en het te introduceren algemeen pensioenfonds. Anders gezegd: de uitbreiding van de werkingssfeer door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zette de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars op scherp.

De zorg is dat mogelijkheden van vrijwillige aansluiting voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen oneigenlijke markteffecten tot gevolg hebben.⁴¹ Een en ander leidde er toe dat de staatssecretaris tijdens de behandeling van de Verzamelwet Pensioenen 2014 aankondigde het aansluitingsbeleid van PGB te bekijken.⁴² Bij brief van 1 december 2014 constateerde zij dat de pensioenwetgeving niet in de weg stond aan het feit dat de statutaire werkingssfeer ruimer is dan de verplichtstelling. Dat betekent dat PGB op basis van die pensioenwetgeving als pensioenuitvoerder kan optreden voor (meerdere) ondernemingen/bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak die niet onder de verplichtstelling vallen.

De staatssecretaris plaatste kanttekeningen bij de wijze waarop het aansluitingsbeleid van PGB plaatsvond, mede in relatie tot de introductie van het algemeen pensioenfonds:

‘Dat betreft vooral het feit dat PGB op de zakelijke markt van uitvoering van pensioenregelingen van werkgevers uiteindelijk concurreert om dezelfde deelnemers met verzekeraars, waarbij PGB haar verplichtstelling gebruikt om andere pensioenfondsen op te nemen, terwijl verzekeraars in die concurrentie de met een verplichtstelling samenhangende voordelen niet hebben.’⁴³

Vanwege die concurrentie was het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet toegestaan zich om te vormen tot een algemeen pensioenfonds of die pensioenregelingen van andere ondernemingen uit te voeren.⁴⁴ De regering had de toepassing van de uitbreiding via de statutaire werkingssfeer niet voorzien. Daarom kondigde de staatssecretaris aan dat bij introductie van het algemeen pensioenfonds nadere voorwaarden zouden worden verbonden aan het aansluitingsbeleid van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, dat plaatsvindt via een (voortdurende) uitbreiding van de statutaire werking met een (deel van een) bedrijfstak.

De staatssecretaris verzocht PGB bij brief van 19 mei 2014 om tot die nadere regelgeving ‘de grootst mogelijke terughoudendheid te betrachten bij het realiseren van uitbreidingen via een voortdurende aanpassing van de statutaire werkingssfeer.’ Dat gold zowel voor nieuwe aansluitingen als voor aansluitingen waarover PGB in overleg was.

2.8.2.2 Uitbreiding werkingssfeer verplichtstelling blijft mogelijk

Uitbreiding van de werkingssfeer van de verplichtstelling blijft mogelijk. Datzelfde geldt voor vrijwillige aansluiting door een werkgever buiten de werkingssfeer conform artikel 121 Pensioenwet.⁴⁵

In 2015 werden er kritische Kamervragen gesteld over het aansluitingsbeleid van PGB naar aanleiding van de uitbreiding van de werkingssfeer door PGB met de Zeevisserij. Specifiek werd gevraagd hoe

⁴⁰ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 9, p. 32.

⁴¹ Vergelijk Kamerstukken II 2016-17, 32 043, 351, p. 10.

⁴² Handelingen II 2013/14, nr. 102, item 8.

⁴³ Kamerstukken II 2014-15, 32 043, 237; vergelijk Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 9, p. 33.

⁴⁴ Het is een algemeen pensioenfonds evenmin toegestaan om verplichtgestelde regelingen uit te voeren, nog los van het feit dat de verplichtstelling onlosmakelijk is gerelateerd aan het bedrijfstakpensioenfonds.

⁴⁵ Kamerstukken II 2014-15, 32 043, 237, p. 2.

die uitbreiding zich verhield tot de verzochte terughoudendheid aan PGB.⁴⁶

De uitbreiding naar Zeevisserij⁴⁷ was echter geen vrijwillige aansluiting maar onderdeel van de (gewijzigde) verplichtstelling.⁴⁸ Zolang bij verplichtstelling sprake is van representativiteit (aanvraag door een belangrijke meerderheid conform de Wet BPF en het Toetsingskader Wet Bpf 2000) is de verplichtstelling rechtsgeldig, zo oordeelde de staatssecretaris. Kortom: verplichtstelling door uitbreiding van de werkingssfeer met een nieuw(e) (onderdeel van een) bedrijfstak blijft mogelijk.

2.8.3 Wettelijke begrenzing van de uitbreiding van de werkingssfeer

Zoals de staatssecretaris had aangekondigd, werden bij de introductie van het algemeen pensioenfonds nadere regels geïntroduceerd over de vrijwillige aansluiting. De regering besloot om de wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen *zonder uitbreiding van de werkingssfeer* ook te laten gelden bij de vrijwillige aansluiting *bij uitbreiding van de werkingssfeer*. Dat achtte de regering wenselijk 'in het kader van een gelijk speelveld'.⁴⁹ Die overweging duidt op de taakafbakening tussen pensioenuitvoerders (pensioenfondsen en verzekeraars). Dat de regering tevens oog heeft voor de marktordening blijkt uit de opmerking dat de introductie van het algemeen pensioenfonds het aantal vrijwillige aansluitingen bij bedrijfstakpensioenfondsen kan beïnvloeden.

Vanaf 1 januari 2016 luidt artikel 121a Pensioenwet als volgt:

“Artikel 121 is van overeenkomstige toepassing bij uitbreiding van de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds met een bedrijfstak of deel van een bedrijfstak waarbij deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds voor in die bedrijfstak werkzame personen niet verplicht is gesteld.’

Uitbreiding van de werkingssfeer is mogelijk indien:

- (1) de loonontwikkeling ten minste gelijk is aan die van de verplichtgestelde bedrijfstak van het bedrijfstakpensioenfonds en de werkgever(s) deelnemen aan de sociale fondsen van die bedrijfstak of
- (2) de werkgever een groepsverhouding heeft met een werkgever die al onder de werkingssfeer valt,
- (3) aansluitend aan een periode waarin de werkgever onder de werkingssfeer viel.⁵⁰

Daarmee gelden voor beide vormen van vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen uniforme eisen. In de wetsgeschiedenis is expliciet overwogen dat de eisen niet gelden voor vrijwillige aansluitingen door uitbreiding van de werkingssfeer vóórdat artikel 121a in werking is getreden (1 januari 2016). De meerwaarde van zo'n terugwerkende kracht stak volgens de regering schril af tegen de complexiteit en kosten van het ongedaan maken van reeds gerealiseerde aansluitingen via uitbreiding van de statutaire werkingssfeer.⁵¹

2.8.4 Redenen voor wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting

De hiervoor genoemde wettelijke eisen aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die hun werkingssfeer uitbreiden beperken de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting. Uit de

⁴⁶ Aanhangsel Handelingen II 2014-15, 2800.

⁴⁷ FD pensioen pro 9 april 2015, BPF Zeevisserij stapt over op DC.

⁴⁸ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 13, p. 10-11.

⁴⁹ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 3, p. 17.

⁵⁰ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 3, p. 33.

⁵¹ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 13, p. 11.

wetgeschiedenis blijkt dat die beperkingen zijn ingegeven door de taakafbakening en de marktordening tussen pensioenuitvoerders.

De volgende passage uit de wetgeschiedenis onderstreept dat de concurrentie met verzekeraars en het algemeen pensioenfonds mede redengevend is voor de inperking van de mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds:

“ (...) het feit dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds op de zakelijke markt van uitvoering van pensioenregelingen van werkgevers uiteindelijk concurreren om dezelfde deelnemers met verzekeraars, waarbij het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds haar verplichtstelling gebruikt om andere (onderneming)pensioenfonds op te nemen die niet direct tot de bedrijfstak lijken te behoren, terwijl verzekeraars in die concurrentie de met een verplichtstelling samenhangende voordelen niet hebben.

In dit wetsvoorstel is mede daarom opgenomen dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds niet is toegestaan zich om te vormen tot, of hun pensioenregelingen uit te laten voeren door, een algemeen pensioenfonds. Enerzijds heeft dit als voordeel dat voor alle betrokkenen de duidelijkheid en transparantie van het proces wordt vergroot. Immers, de aanpassing van de statutaire werkingssfeer betreft ook een vrijwillige (zijnde niet onder de verplichtstelling vallende) aansluiting en er valt niet in te zien waarom hier de eisen van artikel 121 Pensioenwet niet zouden moeten gelden. Anderzijds wordt voor het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een gelijkwaardige en transparante uitgangspositie ten opzichte van het algemeen pensioenfonds gecreëerd. Dat is in het belang van de deelnemers.”

Tegelijkertijd vervullen bedrijfstakpensioenfonds een nuttige rol bij de consolidatie.⁵² In de brief van 22 december 2016 wijst de staatssecretaris er op dat sociale partners en de Pensioenfederatie aangeven dat het in het belang kan zijn van deelnemers van fondsen die zoeken naar schaalvergroting via vrijwillige aansluitingen om zich via die route aan te sluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.⁵³

Sociale partners hebben, door vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds onder omstandigheden toe te staan, meer keuzevrijheid bij welke pensioenuitvoerder zij het aanvullend pensioen onderbrengen. Schaalvergroting langs die weg is zonder meer mogelijk voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.⁵⁴ De eisen (loonontwikkeling, groepsverhouding of historische band) gelden bij uitbreiding van de werkingssfeer met een ‘vrijwillig’ deel.⁵⁵ Volgens de regering leidden de eisen aan zo’n vrijwillige aansluiting tot een evenwichtige situatie. Enerzijds gelden nadere voorwaarden aan de uitbreiding van de statutaire werkingssfeer, anderzijds hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds andere opties om hun rol in de consolidatie van pensioenfonds te blijven vervullen.

De brief van 22 december 2016 noemt als reden voor de begrenzing van de mogelijkheden van de vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds tevens de houdbaarheid van de verplichtstelling (zie daarover hoofdstuk 4).

⁵² Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 9, p. 32

⁵³ Kamerstukken II 2015/16, 32 043, nr. 351.

⁵⁴ Voor ondernemingspensioenfonds bestaat die mogelijkheid tot uitbreiding niet, vergelijk Kamerstukken 2014-15, 34 117, 9, p. 31.

⁵⁵ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 3, p. 17.

2.9 Conclusie onderzoeksvragen vrijwillige aansluiting

2.9.1 *Vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is wettelijk mogelijk*

Welke mogelijkheden hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen te realiseren en wat zijn de regels die voor een dergelijke aansluiting gelden?

Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen moeten op grond van artikel 111 Pensioenwet in de statuten hun werkingssfeer omschrijven aan de hand van bedrijfsactiviteiten. Deze *statutaire* werkingssfeer kan ruimer zijn dan het gedeelte waarvoor deelname verplicht is gesteld (verplichte werkingssfeer). De Pensioenwet biedt verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen twee mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting van werkgevers:

- (1) vrijwillige aansluiting binnen de *statutaire* werkingssfeer (of door uitbreiding daarvan) [artikel 121a Pensioenwet];
- (2) vrijwillige aansluiting *buiten* de werkingssfeer (artikel 121 Pensioenwet).

2.9.2 *Begrenste mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting bij verplicht bedrijfstakpensioenfonds*

Eenzijds is vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dus mogelijk met werkgevers die buiten de werkingssfeer vallen. Anderzijds is vrijwillige aansluiting mogelijk op grond van (of na uitbreiding van) de statutaire werkingssfeer door het bedrijfstakpensioenfonds. De Pensioenwet begrenst de mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting van werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Vrijwillige aansluiting is slechts mogelijk wanneer er een aantoonbare relatie is van de activiteiten van de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten met de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds.

Volgens de Pensioenwet is die aantoonbare relatie er in drie limitatieve gevallen:
De werkgever:

- (a) volgt ten minste de loonontwikkeling in de bedrijfstak en neemt deel aan de sociale fondsen; of
- (b) heeft een groepsverhouding met een werkgever die onder de werkingssfeer valt
- (c) viel voorafgaand aan de vrijwillige aansluiting onder de werkingssfeer.

2.9.3 *Redenen voor (beperking van de) vrijwillige aansluitingen*

Uit dit onderzoek blijkt dat de wettelijke regels over vrijwillige aansluiting de *juridische grenzen* markeren die de wetgever heeft gesteld aan vrijwillige aansluiting. Tot 1 januari 2007 waren er niet tot nauwelijks beperkingen aan de mogelijkheid van vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Vanaf 1 januari 2007 is de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer beperkt. Vanaf 1 januari 2016 is de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting op grond van de statutaire werkingssfeer (of door uitbreiding daarvan) beperkt.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de redenen voor die juridische grenzen aan vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich concentreren op de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars en de marktordening. De wetgever wenst te waarborgen dat sprake is van een gelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen op de resterende zakelijke markt voor pensioenuitvoerders geen concurrentievoordeel krijgen ten opzichte van andere pensioenuitvoerders. Tegelijkertijd wordt gewezen op de nuttige rol die vrijwillige aansluiting vervult bij de voortgaande consolidatie op de markt voor pensioenuitvoering. Op die manier zou een evenwicht ontstaan tussen de

contractsvrijheid van sociale partners op de zakelijke markt voor pensioenuitvoerders en het wenselijke gelijke speelveld tussen de pensioenuitvoerders.

HOOFDSTUK 3 VRIJWILLIGE AANSLUITING ALS ONDERDEEL VAN DE TAAKAFBAKENING

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de verhouding tussen vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars centraal. Doel van dit hoofdstuk is om duidelijk te maken hoe de vrijwillige aansluiting van werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich verhoudt tot de afspraken uit de taakafbakening. In paragraaf twee lichten wij toe wat de taakafbakening is en wat de redenen voor deze taakafbakening zijn. Paragraaf drie gaat in op de wettelijke regels over de taakafbakening en de samenhang tussen die regels. Vervolgens lichten wij de verschillende regels toe die het wettelijk kader voor de taakafbakening vormen. Gelet op het feit dat dit onderzoek zich concentreert op de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen concentreren wij ons op de taakafbakening tussen *bedrijfstakpensioenfondsen* en verzekeraars.

De domeinafbakening komt aan de orde in paragraaf vier. Vervolgens bespreken wij het verbod van nevenactiviteiten voor pensioenfondsen in paragraaf vijf. Daarna volgt in paragraaf zes een analyse van de productafbakening. In paragraaf zeven staan wij stil bij het gebod voor bedrijfstakpensioenfondsen om één financieel geheel te vormen. De in hoofdstuk twee besproken vrijwillige aansluiting als onderdeel van de regels over taakafbakening vatten wij kort samen in paragraaf acht. In paragraaf negen behandelen wij enkele marktordeningsregels die specifiek gelden voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, zoals beperkingen aan naamgebruik en gegevensverstrekking. Dit hoofdstuk sluiten wij af met een conclusie hoe de vrijwillige aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen zich verhoudt tot de afspraken uit de taakafbakening.

3.2 De taakafbakening tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders

3.2.1 Wat is de taakafbakening?

De Pensioenwet bevat een paragraaf met als titel: taakafbakening. In de brief van 22 december 2016 die de aanleiding vormt voor dit onderzoek (bijlage 1) staat dat taakafbakening de onderlinge verhouding regelt tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars. De taakafbakening houdt volgens die brief in dat pensioenuitvoerders zich beperken tot afgebakende domeinen en producten. De brief meldt eveneens dat het behoud van de taakafbakening en het beperken van de uitzonderingen hierop essentieel is voor de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling (zie daarover hoofdstuk 4).⁵⁶

3.2.2 Aanleiding voor de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars

Aanleiding voor de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars is volgens de regering het voorkomen van oneerlijke concurrentie en misbruik van de machtspositie die diverse pensioenfondsen (dankzij de verplichtstelling) hebben. De verplichtstelling zorgt er voor dat verzekeraars in beginsel zijn uitgesloten van een deel van de pensioenmarkt.⁵⁷ Bij een onbelemmerd marktoptreden van pensioenfondsen zou er volgens de regering een reële kans ontstaan op oneerlijke concurrentie en misbruik van machtspositie. Dat zou de bijzondere positie van pensioenfondsen en de verplichtstelling in gevaar brengen. Om die reden is het overheidsbeleid er

⁵⁶ Kamerstukken II 2015/16, 32 043, nr. 351.

⁵⁷ De mogelijkheid van vrijstelling van de verplichtstelling conform het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (VBB) laten wij verder buiten beschouwing.

op gericht om de vrijheid van pensioenfondsen op de vrije markten te beperken. Onderdeel van dat beleid zijn de taakafbakeningsafspraken. Er zijn bijvoorbeeld restricties gesteld aan (1) het domein (welke werkgevers zich bij een pensioenfonds mogen aansluiten) en (2) de producten die pensioenfondsen mogen uitvoeren (zie daarover paragraaf 3.4 en 3.7).⁵⁸

De marktwerking en de concurrentieverhoudingen tussen pensioenuitvoerders is een voortdurend aandachtspunt in de vormgeving van het pensioenbeleid. De discussie richt zich in het bijzonder op de grenzen die wet- en regelgeving stellen aan de activiteiten die pensioenfondsen mogen verrichten. Die juridische grenzen zijn gesteld om te voorkomen dat pensioenfondsen op oneerlijke wijze concurreren met verzekeraars (of andere pensioenuitvoerders)⁵⁹ op de pensioenmarkt.

3.2.3 *Verschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars*

Pensioenfondsen en verzekeraars concurreren beiden op dezelfde pensioenmarkt. Er gelden verschillende regels voor pensioenfondsen en verzekeraars. Die verschillen zijn ingegeven door de verschillende karakters van beide instellingen. Door de verschillende regels zou potentieel concurrentievoordeel kunnen ontstaan voor pensioenfondsen of verzekeraars omdat de marktpositie anders is.⁶⁰

Het meest markante verschil tussen verzekeraars en pensioenfondsen doet zich voor bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Daar zijn verzekeraars immers uitgesloten van de pensioenmarkt, namelijk voor het deel van de verplichtstelling. Voorbeelden van andere regels voor pensioenfondsen en verzekeraars zijn het ontbreken van een vergunningvereiste voor pensioenfondsen (met uitzondering van het algemeen pensioenfonds).⁶¹

De financiële regels voor de pensioenuitvoering verschillen eveneens. Voor pensioenfondsen geldt het Financieel Toetsingskader (FTK) uit de Pensioenwet. Er geldt door andere solvabiliteitseisen aan pensioenfondsen dan aan verzekeraars een zekerheidsmaatstaf van 97,5% voor pensioenfondsen en 99,5% voor verzekeraars.⁶² In de Wet op het Financieel Toezicht (Wft) staan de regels over het toezicht op verzekeraars. Zo is een vergunning nodig voor markttoegang en stelt de wet eisen aan de producten van verzekeraars en de financiële opzet (waaronder solvabiliteitseisen) van verzekeraars. Die regels zijn niet van toepassing op pensioenfondsen die pensioenovereenkomsten uitvoeren (artikel 1:8 lid 1 Wft).

Het meest in het oog springende verschil in de uitvoering van de pensioenregeling is de mogelijkheid die pensioenfondsen hebben om pensioenaanspraken en -pensioenrechten te korten (artikel 134 Pensioenwet). Verzekeraars hebben die mogelijkheid niet. Ook de bestuursamenstelling, bestuurstaken en financiële eisen zijn anders voor pensioenfondsen. Daarnaast zijn er de regels over de taakafbakening die pensioenfondsen in acht moeten nemen (zie paragraaf 3.3 en verder).

⁵⁸ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 69.

⁵⁹ Wij richten ons in het vervolg om redenen van efficiency op de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Andere pensioenuitvoerders, zoals premiepensioeninstellingen, buitenlandse verzekeraars of pensioeninstellingen uit andere lidstaten (IORP's) laten wij verder buiten beschouwing.

⁶⁰ Asser-Lutjens 7-XI, nr. 705; I. Witte, Het algemeen pensioenfonds en de taakafbakening, Netspar 2015, 33.

⁶¹ Het algemeen pensioenfonds vereist een vergunning, zie artikel 112a Pensioenwet, hoofdstuk 8a Besluit Uitvoering Pensioenwet.

⁶² Kamerstukken II 2005-06, 3, p 5; Richtlijn 2009/138/EG, overweging 64, artikel 101, 104 (Solvency II).

3.2.4 Doelstellingen van de taakafbakening

De taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars beoogt samengevat twee doelen te bereiken:

- (1) voorkomen van oneerlijke concurrentie op de pensioenmarkt;
- (2) faciliteren van pensioenfondsen om de bijzondere, sociale taak uit te voeren.⁶³

Eenzijds beoogt de wetgever pensioenfondsen de mogelijkheid te bieden om hun bijzondere, sociale taak uit te voeren. In de wetsgeschiedenis is aangegeven dat het bestaansrecht van pensioenfondsen is gelegen in de vormgeving van solidariteit, overigens zonder te benoemen wat solidariteit precies is.⁶⁴ Elders heet het dat collectiviteit en solidariteit de traditionele wezenskenmerken zijn van pensioenfondsen.⁶⁵ Anderzijds moeten de taakafbakeningsregels er voor zorgen dat pensioenfondsen andere pensioenuitvoerders geen oneerlijke concurrentie aandoen.⁶⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat die regels eind vorige eeuw in het leven zijn geroepen 'om te komen tot een houdbare verplichtstelling.'⁶⁷

3.3 Wettelijke regels met het oog op de taakafbakening

3.3.1 Pensioenfondsen genereren solidariteit en collectiviteit

Zowel bij als voor de invoering van de Pensioenwet heeft de regering aangegeven dat het bestaansrecht van pensioenfondsen is gelegen in het vermogen om solidariteit te genereren.⁶⁸ Blijkbaar is de gedachte dat pensioenfondsen een meerwaarde hebben op de pensioenmarkt door solidariteit en collectiviteit te genereren. Dat rechtvaardigt een andere positie met andere regels, zo lijkt de impliciete veronderstelling van de wetgever.

Ook vóór inwerkingtreding van de Pensioenwet werden pensioenfondsen niet als verzekeraar aangemerkt. Zo werden zij uitgezonderd van de toezichtswetgeving die voor verzekeraars gold.⁶⁹ Daarbij werden al eisen gesteld aan wat pensioenfondsen wel en niet mochten uitvoeren. Tevens golden er solidariteitseisen bij pensioenfondsen en extra solidariteit(seisen) bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.⁷⁰

3.3.2 Bijzondere positie van pensioenfondsen op de pensioenmarkt

Bij de vormgeving van de regels over de taakafbakening heeft het kabinet aangegeven dat pensioenfondsen een bijzondere positie innemen op de markt van pensioenen. Het kabinet heeft

⁶³ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 24, p. 70; I. Witte, Het algemeen pensioenfonds en de taakafbakening, Netspar 2015/33, p. 33. P.M. Tulfer, Pensioenen, fondsen en verzekeraars, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 1997, p. 354-355, E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers (diss. VU Amsterdam), Zwolle, Tjeenk Willink 1989, p. 344.

⁶⁴ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 25 met verwijzing naar Kamerstukken II 1998-99, nr. 26 537, nr. 1 en 2.

⁶⁵ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 70.

⁶⁶ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 24, p. 70.

⁶⁷ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 24, p. 3.

⁶⁸ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 25 met verwijzing naar Kamerstukken II 1998-99, nr. 26 537, nr. 1 en 2.

⁶⁹ Vergelijk artikel 13 lid 3-5 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (oud).

⁷⁰ Regeling taakafbakening pensioenfondsen, Stcrt. 22 december 2000, 249, p. 2-3.

tevens aangegeven dat die afbakening een bepaalde mate van solidariteit vereist om de bijzondere positie te rechtvaardigen:

‘Het kabinet is van mening dat het geheel, te weten de solidariteit die de PSW al in zich draagt en de hierboven staande aanvullende solidariteitscriteria voldoende solidariteit genereert om de bijzondere positie die pensioenfondsen op de markt van de pensioenen innemen te rechtvaardigen.’⁷¹

Blijkbaar hecht de regering er aan dat bij het aanvullend pensioen solidariteit kan worden georganiseerd door pensioenfondsen. Daarom lijkt het logisch dat de regering solidariteit als maatstaf hanteert voor pensioenfondsen om als zodanig te mogen opereren.

3.3.2 Regels over taakafbakening in de Pensioenwet

De Pensioenwet heeft een aparte paragraaf ingericht voor de regels over de taakafbakening. Die regels gelden vanaf 1 januari 2007. Daarmee gaf de Pensioenwet een directe wettelijke basis ten opzichte van de voorgaande Regeling taakafbakening pensioenfondsen, die vanaf 1 juni 2001 tot 1 januari 2007 gold en vergelijkbare regels bevatte. In de Pensioenwet zijn die regels nader uitgewerkt, uitgebreid en verduidelijkt.⁷²

Tabel 3.1 Onderdelen taakafbakening

Taakafbakeningsregels	Wettelijke grondslag
Domeinafbakening	1 Pensioenwet
Verbod nevenactiviteiten	116 PW
Vrijwillige pensioenregeling	117 PW
Productafbakening	118-120 PW
Vrijwillige aansluiting verplicht Bpf	121 en 121a
Verbod op ringfencing	123

Hieronder gaan we in op de verschillende wettelijke voorschriften over taakafbakening uit de Pensioenwet.

3.4 Domeinafbakening

3.4.1 De gesloten kring van aangesloten werkgevers

De domeinafbakening is een beperking van de kring van werkgevers (het domein) die zich bij een pensioenfonds kunnen aansluiten.⁷³ De domeinafbakening voor bedrijfstakpensioenfondsen is ten eerste ingegeven door de reikwijdte van het begrip bedrijfstakpensioenfonds. Het domein van bedrijfstakpensioenfondsen is de werkingsfeerbepaling (zie daarover hoofdstuk 2).

Deelname is verplicht voor het gedeelte waarvoor de werkingsfeer verplicht is gesteld in het verplichtstellingsbesluit. Het domein voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen staat open voor ondernemingen die onder de statutaire werkingsfeer vallen. De uiterste reikwijdte van het domein wordt bepaald door de vrijwillige aansluitingen na uitbreiding van de statutaire werkingsfeer (artikel 121a) en vrijwillige aansluitingen buiten de werkingsfeer (artikel 121

⁷¹ Kamerstukken II 1998-99, 26 537, 2, p. 4.

⁷² Regeling taakafbakening pensioenfondsen, Stcrt. 22 december 2000, 249.

⁷³ K. Bitter in: E. Lutjens, Pensioenwet, analyse en commentaar, Deventer: Kluwer 2013, p. 849.

Pensioenwet). Daar is aansluiting slechts mogelijk indien voldaan is aan één van de wettelijke eisen (1) volgen loonontwikkeling en sociale fondsen; (2) groepsverhouding met werkingssfeer (3) historische band (uitgebreid zie hoofdstuk 2).

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben dus geen open domein.

3.4.2 *Uitzondering: het open domein voor het algemeen pensioenfonds*

Hierboven beschreven wij de domeinafbakening. Daarbij lag de nadruk op de buitengrens voor werkgevers die zich vrijwillig aansluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. De buitengrens voor aansluiting bij een ondernemingspensioenfonds is de band tussen de onderneming of de groep⁷⁴ en het pensioenfonds. Vanaf 1 januari 2016 is de buitengrens losgelaten voor het algemeen pensioenfonds (APF). Dat is als het ware een open pensioenfonds. Het marktoptreden van het algemeen pensioenfonds is niet beperkt tot een gesloten kring of domein. In die zin heeft een algemeen pensioenfonds vergelijkbare mogelijkheden als een verzekeraar. De regering meende dat dit nodig was zodat het algemeen pensioenfonds zich kan richten op realisatie van schaalvoordelen van verschillende groepen werkgevers en werknemers. De vereiste binding tussen ondernemingen en andere pensioenfondsen geldt daar dus niet.⁷⁵ Het algemeen pensioenfonds heeft geen toegang tot het domein van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsenregeling.

3.5 **Verbod nevenactiviteiten voor pensioenfondsen**

3.5.1 *Pensioenfondsen voeren pensioenactiviteiten uit*

Pensioenfondsen moeten zich beperken tot hun kernactiviteiten: pensioen(uitkeringen) en daarmee verband houdende activiteiten. Voor pensioenfondsen geldt een verbod van nevenactiviteiten. Artikel 116 Pensioenwet bepaalt vanaf 1 januari 2007⁷⁶ dat een pensioenfonds alleen activiteiten verricht in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. De Europese pensioenfondsenrichtlijn overweegt dat pensioenfondsen (IORP's) hun activiteiten beperken tot activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en daarmee verband houdende werkzaamheden.⁷⁷ Doel van de bepaling is bescherming van deelnemers en pensioengerechtigden⁷⁸ en het waarborgen van een goede uitvoering van kerntaken.

3.5.2 *Kernactiviteiten pensioenfondsen*

Wat kerntaken van een pensioenfonds zijn is in 2003 onderzocht door de Commissie Staatsen in het rapport "Het pensioenfonds als taakorganisatie".⁷⁹ Daarbij werden onderscheiden:

- (1) algemene risicobeheersing en fondsbeheer;
- (2) administratieve uitvoering van een pensioenregeling;
- (3) beleggen en beheren van financiële middelen en;
- (4) informatieverstopping aan deelnemers.

Pensioenfondsen mogen alleen pensioenactiviteiten verrichten in de tweede pijler. Daarom zal altijd

⁷⁴ Zoals bedoeld in artikel 2:24b BW.

⁷⁵ Kamerstukken II 2014-15, 34 117, 3, p. 6, 16.

⁷⁶ Daarvoor was een vergelijkbaar voorschrift opgenomen in artikel 4 lid 6 PSW.

⁷⁷ Richtlijn 2003/41, artikel 7 en overweging 17.

⁷⁸ Richtlijn 2003/41, overweging 17.

⁷⁹ Rapport van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen, Het pensioenfonds als taakorganisatie, Amsterdam, 27 oktober 2003.

sprake zijn van enige vorm van solidariteit, aldus de regering. Pensioenfondsen mogen geen individuele verzekeringsproducten uitvoeren of concurreren op die markt.⁸⁰

3.5.3 Buitengrenzen nevenactiviteiten

Een voorbeeld uit de jurisprudentie maakt duidelijk dat het kan voorkomen dat een pensioenfonds het verbod van nevenactiviteiten overtreedt. Eind 2016 oordeelde het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) dat het pensioenfonds GFSF het verbod van nevenactiviteiten overtrad door zogenoemde dividendarbitrage.⁸¹ In essentie gedroeg het pensioenfonds zich als ondernemer door beleggingsconstructies te hanteren, waarbij met grote sommen geld die niet afkomstig zijn uit de premiereserve beleggingsactiviteiten werden ontplooid van een omvang die de premiereserve vele malen oversteeg en waarvan de opbrengsten voor het grootste deel werden afgedragen aan andere partijen.

3.5.4 Toegestane nevenactiviteiten

De regering heeft een aantal activiteiten die formeel geen aanvullend pensioen zijn, maar daar dicht tegenaan schuren, specifiek toegestaan voor pensioenfondsen.⁸² Het gaat dan bijvoorbeeld om een spaarregeling voor gemoedsbezwaarden⁸³, VUT⁸⁴ en VPL (VUT, prepensioen en levensloop). Andere voorbeelden zijn zogenoemd voorwaardelijk pensioen,⁸⁵ bestemmingsdepots voor indexatie (indexatiedepots) en premiedepots. Deze nevenactiviteiten zijn toegestaan om dat dat er een nauwe samenhang is met pensioen.

3.6 Productafbakening bij pensioenfondsen

3.6.1 Productafbakening: productbeperking en producteisen

Een ander onderdeel van de taakafbakening is de productafbakening: beperkingen aan de pensioenproducten die pensioenfondsen mogen uitvoeren. Daarbij maken wij onderscheid tussen enerzijds de beperkingen aan de productuitvoering (wat mogen en moeten pensioenfondsen uitvoeren) en anderzijds de *eisen* aan het (pensioen)product. De wet bepaalt namelijk enerzijds dat pensioenfondsen altijd een basispensioenregeling moeten aanbieden. Zonder die basispensioenregeling is er voor pensioenfondsen geen mogelijkheid om vrijwillige pensioenregelingen aan te bieden (beperking product, zie paragraaf 3.6.2 en 3.6.3). Anderzijds stelt de Pensioenwet eisen aan de inhoud van het pensioenproduct dat pensioenfondsen uitvoeren (paragraaf 3.6.4). Die solidariteitseisen zijn criteria die pensioenfondsen moeten hanteren voor uitkeringsovereenkomsten, kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten. De solidariteitscriteria zijn ontleend aan de vóór de Pensioenwet geldende Regeling taakafbakening pensioenfondsen.⁸⁶ Voor verzekeraars gelden die solidariteitseisen niet.⁸⁷

3.6.2 Pensioenfondsen moeten een basispensioenregeling uitvoeren

Een van de beperkingen voor pensioenfondsen is het verbod om vrijwillige pensioenregelingen uit te

⁸⁰ Kamerstukken II 1998-99, 26 537, 2, p. 2.

⁸¹ CBB 15 november 2016, PJ 2017/3 (GSFS).

⁸² Artikel 6 Besluit FTK, Stb. 2006, 710.

⁸³ Artikel 2 lid 6 Pensioenwet.

⁸⁴ Artikel 2 lid 4 Pensioenwet.

⁸⁵ Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004.

⁸⁶ Zie met name artikel 5 Regeling Taakafbakening pensioenfondsen

⁸⁷ Kamerstukken I 2006-07, 30 413, C, p. 20.

voeren zonder basispensioenregeling. De noodzaak dat een pensioenfonds een basispensioenregeling uitvoert, blijkt al uit de definitie van pensioenfonds in de Pensioenwet:

‘een stichting die niet een premiepensioeninstelling is, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling (onderstreping MH).’

De basispensioenregeling is in de Pensioenwet gedefinieerd als de collectieve regeling of het deel van de regeling waaraan de werknemer op basis van de pensioenovereenkomst gehouden is deel te nemen.⁸⁸ Feitelijk is dit voorschrift geen beperking maar een gebod aan pensioenfondsen om een basispensioenregeling uit te voeren. De basispensioenregeling is een collectieve pensioenregeling. Bij een basispensioenregeling heeft de werknemer na het sluiten van de pensioenovereenkomst geen keuze om wel of niet deel te nemen aan de basispensioenregeling.⁸⁹ Hij neemt dan deel aan de basispensioenregeling.

Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is deelname aan de basispensioenregeling verplicht. De verplichtstelling is van rechtswege gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst.⁹⁰ Bij vrijwillige aansluiting is niet de verplichtstelling de bron voor de pensioenovereenkomst. Ook dan geldt dat het pensioenfonds een basispensioenregeling moet uitvoeren.

3.6.3 Vrijwillige pensioenregelingen slechts mogelijk als aanvulling op de basispensioenregeling

Een vrijwillige pensioenregeling mag volgens artikel 117 Pensioenwet slechts worden uitgevoerd als aanvulling op de basispensioenregeling.⁹¹ Een pensioenfonds mag dus niet stand-alone ‘losse’ vrijwillige pensioenregelingen uitvoeren. Doelstelling van deze beperking is voorkoming van oneerlijke concurrentie tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders.

Een vrijwillige pensioenregeling is in de Pensioenwet gedefinieerd als het deel van de pensioenregeling waarbij de werknemer op basis van zijn pensioenovereenkomst een keuze heeft om deel te nemen.⁹² Ook het nettopensioen mag slechts als vrijwillige pensioenregeling worden aangeboden.⁹³ Keuzes *binnen* de basispensioenregeling – zoals het wettelijk recht om in voorkomende gevallen ouderdomspensioen uit te ruilen in nabestaandenpensioen⁹⁴ – vormen geen vrijwillige pensioenregelingen.

3.6.4 Solidariteitseisen aan pensioenproducten van pensioenfondsen

De Pensioenwet stelt inhoudelijke eisen aan de pensioenregelingen die pensioenfondsen uitvoeren. De gemene deler van die wettelijke producteisen is dat zij solidariteit herbergen: het zijn solidariteitseisen. Gelet op de argumentatie dat pensioenfondsen solidariteit genereren en daardoor een bijzondere positie innemen, oogt het niet vreemd dat solidariteitseisen gesteld worden aan pensioenfondsen. De eisen zijn anders ingevuld voor uitkeringsovereenkomsten, kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten. Bovendien zijn de eisen gesplitst voor de basispensioenregeling en de vrijwillige pensioenregeling. De eisen zijn niet nieuw: ze dateren al uit

⁸⁸ Artikel 1 Pensioenwet.

⁸⁹ Vergelijk Asser-Lutjens 7-XI, nr. 105.

⁹⁰ Artikel 2 lid 2 Pensioenwet jo. art. 4 Wet Bpf 2000.

⁹¹ Voor een algemeen pensioenfonds is het mogelijk om de basispensioenregeling en de vrijwillige pensioenregeling gescheiden uit te voeren door beide regelingen onder te brengen in een eigen collectiviteitkring, dat laten wij verder buiten beschouwing (artikel 117 lid 5 Pensioenwet).

⁹² Artikel 1 Pensioenwet. Een algemeen pensioenfonds mag vrijwillige pensioenregelingen uitvoeren in een andere collectiviteitkring, zie artikel 117 lid 5-7 Pensioenwet.

⁹³ Vergelijk 117a en 117 lid 2-4 Pensioenwet.

⁹⁴ Vergelijk artt. 60-62 Pensioenwet.

de vorige eeuw. In het definitieve standpunt inzake de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars⁹⁵ staat 'dat de pensioenproducten die worden aangeboden door pensioenfondsen naast de 'Psw-solidariteit'⁹⁶ moeten voldoen aan een van de aanvullende solidariteitscriteria.'

3.6.4.1 Solidariteitseisen aan uitkeringsovereenkomsten

3.6.4.1.1 Solidariteitseisen aan basispensioenregeling uitkeringsovereenkomst

Is de pensioenovereenkomst een uitkeringsovereenkomst (zoals een middelloonregeling) dan moet *in de basispensioenregeling* ofwel de werkgever ten minste 10% van de actuariële kosten van de basispensioenregeling bijdragen ofwel de werknemerspremie voor de basisregeling voor alle deelnemers gelijk zijn of een gelijk percentage van het pensioengevend loon zijn (doorsneepremie).⁹⁷ Het pensioenfonds kan de solidariteitseis in de werkgeversbijdrage⁹⁸ of in de werknemersbijdrage tot uiting brengen. De werknemerspremie mag voor verschillende pensioensoorten en verschillende basispensioenregelingen verschillen.

Solidariteitseisen basispensioenregeling uitkeringsovereenkomst pensioenfonds

- | | |
|---|---|
| 1 | ≥10% werkgeversbijdrage basispensioenregeling of; |
| 2 | doorsnee werknemerspremie |

Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds bepaalt artikel 8 Wet Bpf 2000 dat er in de basispensioenregeling een doorsnee werknemerspremie geldt. Om die reden is het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds uitgezonderd.⁹⁹ De wet maakt hier geen onderscheid tussen vrijwillige en verplichte aansluitingen bij bedrijfstakpensioenfonds.

3.6.4.1.2 Solidariteitseisen aan vrijwillige pensioenregeling

Een vrijwillige pensioenvoorziening in de vorm van een uitkeringsovereenkomst moet voldoen aan één van de volgende voorwaarden: (1) ≥10% werkgeversbijdrage of (2) doorsneepremie of (3) indexatiekosten die ten laste komen van de collectiviteit van het pensioenfonds waarbij dezelfde indexatievoorwaarden gelden als in de basispensioenregeling.¹⁰⁰

Solidariteitseisen vrijwillige pensioenregeling uitkeringsovereenkomst pensioenfonds

- | | |
|---|---|
| 1 | ≥10% werkgeversbijdrage vrijwillige pensioenregeling |
| 2 | Doorsnee werknemerspremie |
| 3 | Indexatiekosten t.l.v. collectiviteit pensioenfonds én zelfde voorwaarden basispensioenregeling |

⁹⁵ Kamerstukken II 1998/99, 26 537, nr. 2.

⁹⁶ Wat de PSW solidariteit exact inhoudt, staat niet toegelicht.

⁹⁷ Artikel 118 lid 1 Pensioenwet.

⁹⁸ Indien een pensioenfonds kiest voor een minimale werkgeversbijdrage van 10% of meer als aanvullend solidariteitscriterium voor een vrijwillige pensioenregeling moet zij dit schriftelijk aan de deelnemers en de toezichthouder melden, zie artikel 118, 119 en 120 lid 3 Pensioenwet.

⁹⁹ Artikel 118 lid 4 Pensioenwet.

¹⁰⁰ Artikel 118 lid 2 Pensioenwet.

3.6.4.2 Solidariteitseisen aan kapitaalovereenkomsten

3.6.4.2.1 Solidariteitseisen aan basispensioenregeling kapitaalovereenkomsten

De solidariteitseisen aan een basispensioenregeling in de vorm van een kapitaalovereenkomst zijn dezelfde als bij een uitkeringsovereenkomst. Dat betekent ofwel een werkgeversbijdrage van $\geq 10\%$ in de basispensioenregeling ofwel een doorsnee werknemerspremie.

3.6.4.2.2 Solidariteitseisen aan vrijwillige pensioenregelingen

Een pensioenfonds mag een vrijwillige pensioenregeling in de vorm van een kapitaalovereenkomst slechts uitvoeren indien hij ofwel een werkgeversbijdrage van $\geq 10\%$ in de basispensioenregeling hanteert ofwel bij einde deelname dezelfde voorwaarden gelden als in de basispensioenregeling.¹⁰¹

Solidariteitseisen vrijwillige pensioenregeling kapitaalovereenkomst pensioenfonds

- 1 $\geq 10\%$ werkgeversbijdrage vrijwillige pensioenregeling of;
- 2 einde deelname conform basispensioenregeling

Het tweede criterium brengt mee dat bij omzetting van het kapitaal in een pensioenuitkering of pensioenaanspraak in de basispensioenregeling dat ook in de vrijwillige pensioenregeling gebeurt.

3.6.4.3 Solidariteitseisen aan premieovereenkomsten

3.6.4.2.1 Solidariteitseisen aan basispensioenregeling premieovereenkomsten

Een pensioenfonds mag een basispensioenregeling in de vorm van een premieovereenkomst alleen uitvoeren wanneer er een minimale werkgeversbijdrage is van 10% of meer.¹⁰²

3.6.4.2.2 Solidariteitseisen vrijwillige pensioenregeling premieovereenkomsten

Een pensioenfonds mag een vrijwillige pensioenregeling in de vorm van een premieovereenkomst uitvoeren indien aan één van de volgende eisen is voldaan: (1) minimale werkgeversbijdrage van 10% of (2) einde deelname conform basispensioenregeling.

Solidariteitseisen vrijwillige pensioenregeling premieovereenkomst pensioenfonds

- 1 $\geq 10\%$ werkgeversbijdrage vrijwillige pensioenregeling of;
- 2 einde deelname conform basispensioenregeling

Het pensioenkapitaal dat is ontstaan bij einde deelname dient te worden omgezet in pensioenrechten of -aanspraken indien dat gebeurt bij de uitkeringsovereenkomst als basispensioenregeling. Is de basispensioenregeling een kapitaalovereenkomst of

¹⁰¹ Artikel 119 Pensioenwet.

¹⁰² Artikel 120 lid 1 Pensioenwet.

premieovereenkomst dan wordt het bij einde deelname ontstane pensioenkapitaal omgezet in het verzekerd kapitaal conform de basispensioenregeling.

3.7 De vrijwillige aansluiting als onderdeel van de taakafbakening

3.7.1 Vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

In hoofdstuk twee is uitgebreid stilgestaan bij de juridische grenzen voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Op deze plaats volstaan wij met de constatering dat de Pensioenwet twee mogelijkheden biedt voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen:

- (1) vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer en;
- (2) vrijwillige aansluiting op grond van (of na uitbreiding van) de statutaire werkingssfeer.

3.7.2 Vrijwillige aansluitingen begrensd wegens taakafbakening en mededingingsrecht

De mogelijkheid van vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is in zekere zin een verruiming van de domeinafbakening. De vrijwillige aansluiting is immers mogelijk buiten de werkingssfeer of op grond van (of na uitbreiding van) de statutaire werkingssfeer. Dat maakt de wettelijke bepalingen over vrijwillige aansluiting een uitzondering op de domeinafspraken uit de taakafbakening. Actueel is met name de vrijwillige aansluiting van ondernemingen die de uitvoeringsovereenkomst met hun ondernemingspensioenfonds hebben opgezegd. Door uitbreiding van de statutaire werkingssfeer zouden die ondernemingen zich bij het bedrijfstakpensioenfonds kunnen aansluiten. In de brief van 22 december 2016 staat dat vrijwillige aansluitingen oneigenlijke markteffecten tot gevolg kunnen hebben. Daarom zijn er in beide gevallen wegens de taakafbakening tussen bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars grenzen gesteld aan die mogelijkheden. Die grenzen zijn gesteld om een ongelijk speelveld op de pensioenmarkt tegen te gaan. De wettelijke eisen aan vrijwillige aansluitingen beogen mede een houdbare verplichtstelling te waarborgen (zie daarover hoofdstuk 4).¹⁰³

3.8 Het verbod op ringfencing voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

3.8.1 Het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is één financieel geheel

Bij een bedrijfstakpensioenfonds dat meerdere pensioenregelingen uitvoert is er altijd financiële solidariteit tussen de pensioenregelingen binnen het pensioenfonds. Die pensioenregelingen binnen het bedrijfstakpensioenfonds moeten namelijk één financieel geheel vormen, zo bepaalt artikel 123 lid 1 Pensioenwet. Dat betekent dat er geen gescheiden vermogens zijn voor de verschillende pensioenregelingen. Enkel administratieve vermogensscheiding is toegestaan. Door dit verbod op ringfencing is er kruissubsidiëring tussen de pensioenregelingen. Het is niet mogelijk om één pensioenregeling te korten terwijl er nog voldoende vermogen is vanuit de andere pensioenregelingen.¹⁰⁴ Anders gezegd: er is één grote solidariteitskring. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het verbod van ringfencing bij de Pensioenwet nieuw is ingevoerd. De regering gaf aan dat solidariteit één van de wezenskenmerken is van pensioenfondsen dat op de markt moeilijk georganiseerd kan worden.¹⁰⁵ Een deelnemer aan een pensioenregeling bij het bedrijfstakpensioenfonds deelt dus de lusten en lasten, omdat uiteindelijk sprake is van één

¹⁰³ Kamerstukken II 2015/16, 32 043, nr. 351.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 3, p. 71.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2005-06, 30 413, 17, p. 5, 7, nr. 24, p. 70-71.

financieel geheel. Ook vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kennen geen gescheiden vermogen. Zij worden door de aansluiting onderdeel van de solidariteitskring. Gedifferentieerd korten is onder omstandigheden mogelijk.¹⁰⁶ Een algemeen pensioenfonds houdt verplicht per collectiviteitkring een afgescheiden vermogen aan.¹⁰⁷

3.9 Marktordeningsbepalingen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

3.9.1 Specifieke bepalingen voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Over de taakafbakening tussen met name verzekeraars en pensioenfondsen zijn in de Pensioenwet bepalingen opgenomen in een paragraaf over taakafbakening. Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn daarnaast specifieke marktordeningsbepalingen opgenomen.¹⁰⁸ Enerzijds kunnen bedrijfstakpensioenfondsen door vrijwillige aansluitingen in concurrentie treden met andere pensioenuitvoerders. Anderzijds kunnen dochterondernemingen van bedrijfstakpensioenfondsen de markt betreden om financiële (verzekerings)producten aan te bieden die samenhangen met de bedrijfstakpensioenregeling. De marktordeningsbepalingen moeten zo veel mogelijk gelijke concurrentieverhoudingen geven tussen bedrijfstakpensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars. Daarom zijn beperkingen opgelegd aan bedrijfstakpensioenfondsen bij gebruikmaking van naam en gegevensverstrekking aan derden of rechthebbenden.¹⁰⁹

3.9.2 Grenzen aan gebruik naam bedrijfstakpensioenfonds

Het bedrijfstakpensioenfonds moet er voor zorgen dat een ander lichaam¹¹⁰ geen gebruik maakt van de naam van het bedrijfstakpensioenfonds bij het aanbieden andere (verzekerings)producten.¹¹¹ Deze bepaling beoogt te voorkomen dat andere lichamen – waaronder vennootschappen - in het economisch verkeer de naam van het bedrijfstakpensioenfonds gebruiken om economisch voordeel te halen bij het aanbieden van eigen producten.¹¹²

3.9.3 Beperking gegevensverstrekking aan derden

Artikel 6 Wet Bpf 2000 verbiedt bedrijfstakpensioenfondsen om gegevens te verstrekken aan derden. Deze maatregel beoogt bevoordeling te voorkomen van verzekeraars die aan bedrijfstakpensioenfondsen zijn gelieerd. Het verbod geldt niet bij waardeoverdracht en noodzakelijke verstrekking voor de uitvoering van de pensioenregeling.¹¹³ Uit de rechtspraak is het voorbeeld bekend van aan bedrijfstakpensioenfondsen gelieerde ondernemingen die een levensloopregeling gingen uitvoeren. Die bedrijven verwezen naar het bedrijfstakpensioenfonds, terwijl de bedrijfstakpensioenfondsen gegevens over deelnemers verstrekten en informatie over de

¹⁰⁶ Zie Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:550 (PMA).

¹⁰⁷ Zie over het verbod van ringfencing R.H. Maatman, A. Steneker, Ringfencing van pensioenvermogens, Netspar NEA paper 20, Tilburg, Netspar 2009; Asser-Lutjens 7-XI nr. 272, 711.

¹⁰⁸ In de wandelgangen ook wel de markt- en overheidsbepalingen genoemd, zie B.J. Drijber, Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 22 maart 2007.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 1997-98, 24 036, 98.

¹¹⁰ Zie de definitie van lichamen in artikel 1 lid 1 onder h Wet Bpf 2000.

¹¹¹ Artikel 5 Wet Bpf 2000.

¹¹² Hof Amsterdam 15 juli 2008, PJ 2009, 68 (PGGM).

¹¹³ Artikel 6 lid 2 onder b en c Wet Bpf 2000.

inhoud van de levensloopregeling van dochterbedrijven. De door DNB opgelegde boetes bleven in stand bij het CBB.¹¹⁴

3.9.4 *Beperkte informatieverstrekking door bedrijfstakpensioenfondsen*

Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen mogen slechts informatie verstrekken over de eigen pensioenregeling of algemene informatie.¹¹⁵ Onder algemene informatie wordt verstaan informatie over wettelijke pensioenbepalingen of socialezekerheid.¹¹⁶ De bepaling beoogt te voorkomen dat bedrijfstakpensioenfondsen reclame maken voor gelieerde verzekeraars.¹¹⁷

3.10 **Conclusie**

De vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is één van de onderdelen van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars. De regering probeert door de regels over taakafbakening de bijzondere positie van pensioenfondsen op de pensioenmarkt te faciliteren als organisaties die collectiviteit en solidariteit waarborgen zonder dat er oneerlijke concurrentie is op de pensioenmarkt. De regels over taakafbakening zijn mede ingegeven om te komen tot een houdbare verplichtstelling die niet in strijd is met het mededingingsrecht.

In dit hoofdstuk staan diverse onderdelen van die wettelijke regels beschreven. Zo is onder meer ingegaan op de domeinafbakening (welke werkgevers mogen zich aansluiten bij pensioenfondsen) en de productafbakening. Pensioenfondsen moeten zich beperken tot pensioenactiviteiten en een basispensioenregeling aanbieden. Tevens gelden er minimale solidariteitseisen aan de uitvoering van pensioenregelingen. Bij bedrijfstakpensioenfondsen vormen meerdere pensioenregelingen één financieel geheel (financiële solidariteit).

Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn in de Wet Bpf 2000 om redenen van marktordening bovendien beperkingen gesteld aan het gebruik van de naam en informatieverstrekking aan derden en deelnemers. In hoofdstuk twee beschreven wij al de begrenzings die zijn aangebracht voor vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat is één van de bouwstenen die moet waarborgen dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen verzekeraars geen oneerlijke concurrentie kunnen aandoen. De verhouding van die voorschriften tot de houdbaarheid van de verplichtstelling en het Europese en nationale mededingingsrecht bespreken wij in het volgende hoofdstuk.

¹¹⁴ CBB 1 april 2008, PJ 2008/42 (PGGM); CBB 1 april 2008, PJ 2008/43 (ABP); CBB 30 januari 2009, PJ 2009/50.

¹¹⁵ Artikel 7 Wet Bpf 2000.

¹¹⁶ Kamerstukken II 1999-00, 27 073, 6, p. 23.

¹¹⁷ Kamerstukken II 1999-00, 27 073, 6, p. 13-14.

HOOFDSTUK 4 VRIJWILLIGE AANSLUITING NIET IN STRIID MET HET MEDEDINGINGSRECHT?

4.1 Inleiding

Centraal in dit hoofdstuk staat de verhouding tussen vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en het mededingingsrecht. Daarin besloten ligt de vraag wat de invloed is van de vrijwillige aansluitingen op de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling.

Paragraaf twee gaat over de verhouding tussen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de regels over mededinging. Daarin wordt de relevantie geschetst van de vragen over de vrijwillige aansluiting voor het mededingingsrecht. Het gaat bijvoorbeeld om de toetsing van de houdbaarheid van de verplichtstelling en de toetsing aan potentieel misbruik van een machtspositie door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds door vrijwillige aansluitingen toe te staan.

In paragraaf drie wordt ingegaan op de Europese en nationale mededingingsregels die bepalen of de verplichtstelling houdbaar is. Aan de orde komen het kartelverbod (paragraaf 4.4), rechtvaardiging voor het geven van een exclusief recht door de overheid (paragraaf 4.5) en het verbod misbruik te maken van een machtspositie (paragraaf 4.6). Wanneer er sprake is van een machtspositie voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en misbruik bespreken wij in paragraaf 4.7 t/m 4.9. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie (paragraaf 4.10).

4.2 Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en het mededingingsrecht

4.2.1 *Verplichtstelling is exclusief recht voor bedrijfstakpensioenfondsen*

Dit rapport gaat over de *vrijwillige aansluiting* van werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.¹¹⁸ Zoals aangegeven in hoofdstuk 2 (zie paragraaf 2.2) kan de minister van SZW op aanvraag van een belangrijke meerderheid van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak de pensioenregeling én deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds verplicht stellen.

Het resultaat van die verplichtstelling is dat andere pensioenuitvoerders zoals verzekeraars voor dat verplichtgestelde deel zijn uitgesloten. Zij kunnen niet concurreren op dat deel van de pensioenmarkt. Aan het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is door de overheid een exclusief recht verleend om de pensioenregeling uit te voeren. Dat blijkt uit het verplichtstellingsbesluit. Andere pensioenuitvoerders van pensioenovereenkomsten zijn uitgesloten van dat deel van de pensioenmarkt.¹¹⁹ In de brief van 22 december 2016 staat dat als volgt verwoord:

‘Werkgevers en werknemers die bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zijn aangesloten zijn gebonden aan het specifieke bedrijfstakpensioenfonds waarin deelname verplicht is voorgeschreven op verzoek van de sociale partners die een meerderheid in die bedrijfstak vertegenwoordigen. Een andere pensioenuitvoerder is het niet toegestaan deze pensioenregeling uit te voeren. De bijzondere positie van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds komt dus tot uitdrukking in het exclusieve recht om de binnen de betreffende bedrijfstak geldende pensioenregeling uit te voeren.’

¹¹⁸ De verplichtstelling voor beroepsgenoten in een beroepspensioenfonds en de daarbij behorende wetgeving (Wet verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling, Wvnb) valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

¹¹⁹ Dat is slechts anders indien werkgevers in aanmerking komen voor vrijstelling, zie daarover het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

4.2.2 *Relevantie vrijwillige aansluiting voor het mededingingsrecht*

De uitsluiting van andere pensioenuitvoerders mag niet in strijd zijn met het mededingingsrecht. In dit hoofdstuk komt dat mededingingsrecht en relevante rechtspraak aan de orde. Meer specifiek richt dit onderzoek zich op de volgende twee vragen:

- (1) of de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling in gevaar brengt;
- (2) of de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen leidt tot misbruik van een machtspositie.

Daarbij is relevant dat de vrijwillige aansluiting geen onderdeel vormt van de verplichtstelling én dat vrijwillige aansluiting slechts beperkt mogelijk is (uitgebreid zie hoofdstuk 2). Eenvoudig geformuleerd: voor de vrijwillige aansluiting is concurrentie mogelijk op de pensioenmarkt door andere pensioenuitvoerders. Beantwoording van bovenstaande vragen vereist eerst een uiteenzetting van de van toepassing zijnde regels uit het mededingingsrecht.

4.3 **Relevante regels uit het mededingingsrecht**

4.3.1 *Doelstellingen van Europees en nationaal mededingingsrecht*

Om te kunnen toetsen of de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen de verplichtstelling in gevaar brengt of leidt tot misbruik van machtspositie is inzicht in het mededingingsrecht vereist. Het voor die toetsing¹²⁰ relevante mededingingsrecht is vastgelegd in zowel Europees recht (het Werkingsverdrag van de EU of VWEU) als in nationaal recht (de Mededingingswet¹²¹). Het mededingingsrecht gaat over een goed werkende markt. Het mededingingsrecht stelt juridische grenzen aan het commerciële gedrag van ondernemingen en overheden.

Het Europese mededingingsrecht is gericht op het realiseren van werkzame concurrentie op de interne markt.¹²² Het uitgangspunt van de Mededingingswet is dat concurrentie goed is voor het efficiënt functioneren van de nationale economie en zo bijdraagt aan de welvaart.¹²³ Beide mededingingsnormen (zowel Europees als nationaal) zijn van toepassing.¹²⁴ Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen worden op grond van Europese rechtspraak namelijk gezien als ondernemingen voor wie de mededingingsregels gelden (zie paragraaf 4.4.1). Zo kunnen Europese

¹²⁰ Bespreking van het gehele mededingingsrecht is niet beoogd, voor een overzicht zie J. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, nog niet gepubliceerd, 2017. J.E. Appeldoorn, H.H.B. Vedder, *Beginselen van Europees en Nederlands mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013.

¹²¹ Wet van 22 mei 1997, Stb. 1997, 242 houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging.

¹²² HvJ EG 25 oktober 1977, C 26/76, *Jur.* 1977, 1875 (Metro); HvJ EG 6 oktober 2009, zaken C-501, 515, 519/06 P, *Jur.* p. I-9291, NJ 2010/80 (GlaxoSmithKline), r.o. 18; HvJ EU 4 juni 2009, zaak C8/08, *Jur.* I-4259 (T-mobile), r.o. 38.

¹²³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 4, 21.

¹²⁴ HvJ EG 13 februari 1969, zaak C 14/68, *Jur.* 1969, p. 1 (Walt Wilhelm). Over de verhouding tussen nationaal en Europees mededingingsrecht zie Verordening (EG) 2001/3, met name artikel 3. Uitgebreid J. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, hoofdstuk 2, nog niet gepubliceerd.

mededingingsregels gaan over mededinging tussen lidstaten (Europese markt) en nationale mededingingsregels over mededinging op de Nederlandse markt.

Tabel 4.1 Voornaamste bronnen van mededingingsrecht voor toetsing verplichtstelling

Mededingingsrecht	Juridische basis
Europees mededingingsrecht	Art. 101-106 VWEU
Nederlands mededingingsrecht	Mededingingswet

Het feit dat het mededingingsrecht Europees recht is en grotendeels in een Europees verdrag is vastgelegd, brengt mee dat eventuele strijdigheid van de verplichtstelling niet op te lossen is door aanpassing van de Nederlandse wetgeving. Uitgangspunt volgens klassieke rechtspraak van het Europees Hof¹²⁵ is dat het EU-recht een eigen rechtsorde vormt, waarbij EU-bepalingen voorrang hebben boven het nationale recht. Het betekent eveneens dat Europese wetgeving en Europese rechtspraak beslissend is. Dat laat onverlet dat nationale regels – bijvoorbeeld die over taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars – van invloed kunnen zijn op de vraag of het Europees mededingingsrecht wordt geëerbiedigd.

4.3.2 Belangrijkste normen mededingingsrecht voor houdbaarheid van de verplichtstelling

Het mededingingsrecht is gebaseerd op vele normen.¹²⁶ In het kader van dit onderzoek zijn relevant:

- (1) het kartelverbod;
- (2) exclusief recht aan verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en;
- (3) misbruikverbod machtspositie door verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

Op grond van het kartelverbod mogen ondernemingen geen concurrentiebeperkende afspraken maken. Het door de overheid verlenen van een exclusief recht aan een onderneming is eveneens gereguleerd. Ondernemingen met een economische machtspositie mogen van deze positie geen misbruik maken.

¹²⁵ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Jur. 1963, p. 5 (Van Gend en Loos); HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Jur. 1964, p. 1199 (Costa/ENEL); HvJ EG 13 februari 1969, zaak C 14/68, Jur. 1969, p. 1 (Walt Wilhelm).

¹²⁶ Van de Gronden, Mededingingsrecht in de EU en Nederland, n.n.g. noemt drie pijlers: het kartelverbod, het misbruikverbod en het concentratieverbod. Het concentratieverbod valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek en wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten. Datzelfde geldt voor het verbod van staatssteun, dat is gericht tot lidstaten die uit staatsmiddelen bekostigen (artikel 107 VWEU). Dat is bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet aan de orde, vergelijk ook SEO, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds, SEO Amsterdam 2015, p. 26.

Tabel 4.2 Wettelijke grondslagen relevante normen mededingingsrecht voor verplichtstelling

	Europees recht	Nederlands recht
Kartelverbod	101 VWEU	6 Mw
Exclusief recht	106 VWEU	11, 25 Mw ¹²⁷
Misbruikverbod	102 VWEU	24 Mw

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds er toe leidt dat de verplichtstelling niet langer houdbaar is.¹²⁸ Beantwoording van die vraag vereist allereerst inzage in de vragen of:

- (i) de tussen sociale partners overeengekomen verplichte pensioenregeling in strijd is met het kartelverbod (101 VWEU);
- (ii) het door de overheid verleende exclusief recht aan het bedrijfstakpensioenfonds in strijd is met het mededingingsrecht (overtreding art. 106 lid 1 jo. 102 VWEU);
- (iii) de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds leidt tot misbruik van de machtspositie (overtreding art. 106 lid 1 jo. 102 VWEU)

4.4 Het kartelverbod

De verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds betekent dat de inhoud van de pensioenregeling door sociale partners is afgesproken én dat de pensioenuitvoerder verplicht is. Dat roept de vraag op of:

- (i) dat verboden prijsafspraken over pensioen zijn (de verplichte pensioenregeling);
- (ii) het door de overheid verlenen van een uitsluitend recht aan een bedrijfstakpensioenfonds toegestaan is (de verplichte pensioenuitvoerder).

4.4.1 De verplichtstelling en het kartelverbod

Het kartelverbod is zowel uitgewerkt in het Europees recht als in de Mededingingswet. Het VWEU bepaalt in artikel 101:

‘Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (...)’

Artikel 6 van de Mededingingswet bevat een nagenoeg gelijklopende bepaling die zich richt op de Nederlandse markt. Het kartelverbod is gericht tot ondernemingen. Relevant is dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen door het HvJ EG zijn aangemerkt als een onderneming, ook al zijn het

¹²⁷ Artikel 106 lid 1 VWEU heeft geen equivalent in Nederlands recht, artikel 106 lid 2 VWEU over de diensten van algemeen economisch belang heeft dat wel in de genoemde artikelen 11 en 25 Mededingingswet.

¹²⁸ Zie daarover ook Asser-Lutjens 7-XI 2016, 268-271; J.M.M. Sluijs, Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbepalingen, diss. VU 2004, Deventer: Kluwer; SEO 2015, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds, SEO, Amsterdam 2015; M. van der Poel, De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen, VU 2013

stichtingen zonder winstoogmerk. Bedrijfstakpensioenfondsen verrichten economische activiteiten op de pensioenmarkt en concurreren met verzekeraars op die markt. Om die reden oordeelde de Europese rechter dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen ondernemingen waren.¹²⁹ Een jaar later oordeelde het HvJ EG dat ook een verplichtgesteld *beroepspensioenfonds* een onderneming is.¹³⁰

Uit latere rechtspraak blijkt dat het Hof bij wettelijke socialezekerheid - zoals ziektekosten- of zorgverzekeringen¹³¹ of arbeidsongevallen- en beroepsziektenverzekeringen¹³² - kan oordelen dat het sociaal doel in combinatie met solidariteit en staatstoezicht kan maken dat er geen sprake is van een onderneming volgens het mededingingsrecht.¹³³ Het enkele feit dat er een sociaal doel is of wettelijke socialezekerheid is onvoldoende om buiten het bereik van het mededingingsrecht te vallen. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die aanvullend pensioen uitvoeren – geen wettelijke socialezekerheid – is de lijn van de Europese rechter duidelijk: zij gelden als onderneming en vallen onder het mededingingsrecht.

4.4.2 De CAO-exceptie volgens Europese rechtspraak

Uit rechtspraak van het Europees Hof blijkt dat collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden in sommige gevallen immuun zijn voor het kartelverbod.¹³⁴ Dat is het geval wanneer:

- (a) de afspraken het resultaat zijn van collectief overleg tussen vakbonden enerzijds en werkgeversorganisaties of werkgevers anderzijds en;
- (b) deze afspraken betrekking hebben op arbeids- of werkgelegenheidsvoorwaarden.

Deze CAO-exceptie is door het Europees Hof eveneens van toepassing verklaard bij verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds:

‘Het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, valt niet onder artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG).’¹³⁵

Anders gezegd: de verplicht voorgeschreven voorwaarden van de arbeidsvoorwaarde pensioen zijn uitgezonderd van het kartelverbod. Vaste rechtspraak is dat een arbeidsvoorwaardelijke voorziening die tot stand is gekomen door collectieve onderhandelingen tussen sociale partners, bijdraagt aan de

¹²⁹ HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), r.o. 84; vergelijk HvJ 16 november 1995, zaak C 244/95, Jur. 1995 I-04013, (*Fédération Française*) voor onderneming die vrijwillige deelname in aanvulling op verplicht basispensioenstelsel uitvoert.

¹³⁰ HvJ EG 12 september 2000, zaak C 80-184/98, Jur. 2000, p. I-6497, AB 2001, 129 (*Pavlov*).

¹³¹ HvJ EU 11 juli 2006, C- 205/03, Jur. I -06295 (*FENIN*); HvJ 17 februari 1993, zaak C-159 en 160/91, Jur. I-00367 (*Poucet en Pistre*); HvJ EU 16 maart 2004, zaak C 264, 306, 354 en 355, Jur. 2004, I-02493 (*AOK ziekenfonds*).

¹³² HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, Jur. I-00691 (*Cisal*).

¹³³ HvJ EU 5 maart 2009, C-350/07, Jur. I-01513 (*Kattner*).

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*) en HvJ EG 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:437, *NJ* 2000/233 (*Drijvende bokken*), HvJ EG 21 september 2000, *NJ* 2001/151 (*Van der Woude*). Uitgebreid, zie M.S. Wirtz, *Collisie van cao's en mededingingsrecht*, diss. Utrecht, Deventer, Kluwer 2006, p. 183 e.v.

¹³⁵ HvJ EG 21 september 1999, C 219/97, *NJ* 2000, 233 (*Drijvende Bokken*).

verbetering van de arbeidsvoorwaarden.¹³⁶ De Europese rechter oordeelde in het Albany-arrest dat de doelstellingen van de sociale politiek van sociale partners die collectief onderhandelen ter verbetering van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden kunnen prevaleren boven de beperking van de mededinging die eigen is aan collectieve afspraken. De verplichtstelling zorgt er voor dat alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau verkrijgen en draagt daarmee rechtsreeks bij aan de verbetering van hun arbeidsvoorwaarden, aldus het Hof.¹³⁷

4.4.3 De CAO- en pensioenvrijstelling in de Mededingingswet

In artikel 16 Mededingingswet is een vrijstelling van het kartelverbod opgenomen voor collectieve arbeidsovereenkomsten, bedrijfstakpensioenregelingen en beroepspensioenregelingen.¹³⁸ De wet neemt tot uitgangspunt dat het recht van sociale partners om te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten dient te prevaleren boven de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen die daaruit voortvloeien. Zowel het Hof van Justitie EU als de ACM¹³⁹ gaan er van uit dat overeenkomsten die in het kader van onderhandelingen tussen de sociale partners worden gesloten en die ertoe strekken de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers te verbeteren, naar hun aard en doel niet onder het kartelverbod vallen.

4.4.4 Vrijwillige aansluiting verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds immuun voor kartelverbod?

Gelet op het bovenstaande is helder dat de verplichte pensioenregeling geen strijd oplevert met het kartelverbod. Datzelfde geldt voor de vrijwillige aansluiting, voor zover de vrijwillige aansluiting het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners en betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden en sociaal beleid. Met andere woorden: ook de vrijwillige aansluiting moet voldoen aan de Albany-rechtspraak. In dat geval is er geen schending van het kartelverbod. Bij vrijwillige aansluiting is er keuzevrijheid voor werkgevers. Zij zijn niet gehouden aan de pensioenregeling van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds en hebben de vrijheid om een andere pensioenregeling, een andere pensioenuitvoerder of zelfs geen pensioenregeling overeen te komen.

4.5 Strijd met mededingingsrecht door exclusief recht bedrijfstakpensioenfonds

4.5.1 Verplicht bedrijfstakpensioenfonds: inbreuk op Europees mededingingsrecht?

De verplichtstelling door de minister van SZW van de pensioenregeling aan het bedrijfstakpensioenfonds op verzoek van een representatieve meerderheid van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak betekent dat het bedrijfstakpensioenfonds een exclusief recht verkrijgt. Het bedrijfstakpensioenfonds is als het ware monopolist in de bedrijfstak. Slechts wanneer werkgevers in aanmerking komen voor vrijstelling, zijn zij niet verplicht deel te nemen.¹⁴⁰

¹³⁶ HvJ EG 21 september 1999, NJ 2001/151 (Van der Woude); HvJ EU 4 december 2014, NJ 2015/24 (FNV Kiem), r.o. 22 en 23 met vindplaatsen. M.E.C. Boumans, Het FNV Kiem-arrest en de verplichte deelname van zelfstandigen in een bpf, TPV 2016/21.

¹³⁷ HvJ EG 21 september 1999, ECLI:C:EU:1999:430 (Albany), r.o. 59, 63.

¹³⁸ Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (*Stb.* 2007, 284).

¹³⁹ De Autoriteit Consument en Markt (ACM) gaat er van uit dat art 6 Mw niet van toepassing is op de cao's die voldoen aan de criteria geformuleerd door het HvJ EU in de Albany-rechtspraak.

¹⁴⁰ Zie het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

Het Europees mededingingsrecht bevat een verbod voor lidstaten om maatregelen te nemen die in strijd zijn met de mededinging. Dat volgt uit artikel 102 jo. 106 lid 1 VWEU¹⁴¹:

‘De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.’

Als gezegd verkrijgt het bedrijfstakpensioenfonds van de overheid als enige het bijzondere of uitsluitende recht¹⁴² om de pensioenregeling in de bedrijfstak uit te voeren. Immers, verzekeraars kunnen niet concurreren op de vrije pensioenmarkt. Verzekeraars worden belet om te voldoen aan de vraag naar pensioenproducten die kan bestaan bij werkgevers. Hierdoor wordt artikel 106 lid 1 juncto lid 2 VWEU geschonden.¹⁴³ Het exclusieve recht voor het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is alleen toegestaan wanneer daarvoor een rechtvaardiging bestaat.

4.5.2 *Rechtvaardiging mogelijk voor diensten van algemeen economisch belang*

De verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen is door de Europese rechter niet in strijd met het mededingingsrecht geoordeeld in de genoemde arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken uit 1999.¹⁴⁴ Het Europees mededingingsrecht kent een rechtvaardiging voor de beperking van het mededingingsrecht die het exclusief recht van de verplichtstelling meebrengt. Die rechtvaardiging is alleen mogelijk voor diensten van algemeen economisch belang.¹⁴⁵ Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kwalificeren als zo’n dienst van algemeen economisch belang. Zij vallen alleen onder de mededingingsregels voor zover toepassing van die regels de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Een en ander blijkt uit artikel 106 lid 2 VWEU¹⁴⁶:

‘De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. (...)’

4.5.2.1 *Essentiële sociale functie van verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*

Uit het Albany-arrest blijkt dat de Europese rechter van mening is dat het aanvullend pensioen een essentiële sociale functie vervult in het Nederlandse pensioenstelsel, mede gelet op de geringe hoogte van de AOW. Relevant achtte het Hof eveneens dat zonder het exclusief recht risicoselectie kon plaatsvinden. Bij een vertrek van ‘goede risico’s’ zou het bedrijfstakpensioenfonds met de ‘slechte’ risico’s blijven zitten en de haar opgedragen bijzondere taak niet tegen economisch aanvaardbare voorwaarden kunnen vervullen. Dat gold te meer aangezien het aanvullend pensioen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen gekenmerkt werd door een hoge mate van

¹⁴¹ In de Mededingingswet is er geen equivalent voor artikel 106 lid 1 VWEU.

¹⁴² Vergelijk de definitie in artikel 25a MW.

¹⁴³ HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); r.o. 95-97.

¹⁴⁴ HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*); HvJ EG 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*); vergelijk HR 16 februari 2001, NJ 2001/202, PJ 2001/17; HvJ EG 21 september 1999, C 219/97, NJ 2000, 233 (*Drijvende Bokken*).

¹⁴⁵ Het is in beginsel aan de lidstaten om te bepalen of een bepaalde taak als een taak van algemeen economisch belang moet worden aangemerkt, zie bijvoorbeeld zaak C-157/94 (*Commissie/Nederland*), *Jur.* 1997, p. I-5699.

¹⁴⁶ Het Nederlandse equivalent is vastgelegd in artikel 11 Mw.

solidariteit. Dergelijke voorwaarden waardoor het pensioenfonds minder concurrerend zou zijn dan de dienst van een verzekeraar, rechtvaardigden mede het uitsluitend recht van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, aldus het Hof.¹⁴⁷ Overigens oordeelde het HvJ EG een jaar later in het Pavlov-arrest dat ook de verplichte deelneming aan een beroepspensioenregeling niet in strijd was met het mededingingsrecht.¹⁴⁸

In een zaak waarbij een onderneming een exclusief recht kreeg om een Franse collectieve ziektekostenverzekering uit te voeren, oordeelde het HvJ EU in 2011 eveneens dat er geen strijd met het mededingingsrecht was.¹⁴⁹ Die verplichtstelling was volgens het HvJ mede gerechtvaardigd vanwege de hoge graad van solidariteit als gevolg van met name het forfaitaire karakter van de bijdragen en de verplichting om alle risico's te aanvaarden. Er werd voor iedereen een uniforme premie van € 40 geheven, onafhankelijk van de leeftijd, de gezondheidstoestand of de bijzondere risico's verbonden aan de functie van de werknemer. Het Hof benadrukt ook hier dat zonder het verplichtend karakter verzekeren met een laag risicoprofiel zouden overstappen naar een andere uitvoerder, waardoor de 'slechte' risico's zouden overblijven. Dat zou de verplichtstelling economisch onmogelijk maken aangezien het orgaan door de hogere kosten niet langer een goede dekking tegen een aanvaardbare prijs kon aanbieden. Betekenis kwam ook toe aan het feit dat de verhouding tussen premieniveau en de dekking (uitkering) niet evenredig waren en dat in sommige gevallen prestaties werden verricht zonder dat premies daarvoor waren betaald. De parallel tussen deze rechtvaardiging voor 'verplichtstelling van ziektekostenverzekering en het exclusief recht daartoe' met de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfondsregeling is evident.

Samengevat is de beperking van het mededingingsrecht die de verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds meebrengt, gerechtvaardigd omdat het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een essentiële sociale functie vervult. Het zorgt er voor dat iedereen in de bedrijfstak een aanvullend pensioen heeft. Belangrijk is ook de aanwezigheid van solidariteit en dat zonder de verplichtstelling het bedrijfstakpensioenfonds niet volgens economisch aanvaardbare voorwaarden haar taak kan vervullen.¹⁵⁰ Het exclusieve recht om de pensioenregeling uit te voeren in de bedrijfstak betekent ook een wettelijke taak. Het bedrijfstakpensioenfonds moet kunnen aantonen dat de mededinging de vervulling van de toegekende bijzondere taak zou verhinderen. Niet noodzakelijk is dat het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van het bedrijfstakpensioenfonds wordt bedreigd.¹⁵¹

4.5.2.2 Effect vrijwillige aansluiting op toetsing houdbaarheid verplichtstelling?

De *vrijwillige aansluiting* door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormt een beperkt risico voor de houdbaarheid van de verplichtstelling. Vrijwillige aansluitingen zouden een uitstralend effect kunnen hebben op de beoordeling van de rechtvaardiging voor de beperking van de mededinging. Anders gezegd: de aanwezigheid van de mogelijkheid van vrijwillige aansluitingen naast de verplichtstelling kan leiden tot een andere mededingingsrechtelijke beoordeling.

Eventuele effecten van vrijwillige aansluitingen op de rechtvaardiging voor de verplichtstelling zijn

¹⁴⁷ HvJ EG 21 september 1999, ECLI:C:EU:1999:430 (Albany), r.o. 105-110.

¹⁴⁸ HvJ EG 12 september 2000, zaak C 80-184/98, Jur. 2000, p. I-6497, AB 2001, 129 (Pavlov).

¹⁴⁹ HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-437/09, PJ 2011/57 (AG2R).

¹⁵⁰ Vgl. Asser-Lutjens 7-XI, 268; M. Heemskerk, Van pensioen(crisis) tot pensioen(r)evolutie, oratie Nijmegen, BJU 2013.

¹⁵¹ HvJ EG 23 oktober 1997, C-157-160/94, Jur. 1997, p. I-5699 (*Commissie/Nederland e.a.*).

niet getoetst bij de (Europese) rechter en om die reden een juridisch risico. De essentiële functie van een aanvullend pensioen voor alle verplicht aangesloten werkgevers zonder prijsconcurrentie en de solidariteit in de bedrijfstak is niet beoordeeld voor een potentieel effect van de vrijwillige aansluitingen.

Voorstelbaar is dat het financieel evenwicht en de mate van solidariteit bij het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds verandert als gevolg van de vrijwillige aansluitingen. Daardoor zou het wellicht voor het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds niet langer noodzakelijk zijn om tegen economisch aanvaardbare omstandigheden pensioen uit te voeren. Anders gezegd: ondermijnt de vrijwillige aansluiting bij het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds de rechtvaardiging voor de beperking van de mededinging?

De gevolgen van een negatieve impact van de mogelijkheid van vrijwillige aansluitingen voor de houdbaarheid van de verplichtstelling zijn groot, gelet op het belang van de verplichtstelling in de Nederlandse pensioensector.

Toch achten wij het risico beperkt dat de vrijwillige aansluitingen er voor zorgen dat de verplichte bedrijfstakpensioenregeling in strijd is met het mededingingsrecht. Zo zijn de mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen thans wettelijk begrenst tot drie limitatief benoemde situaties. Een relevante factor is of vrijwillige aansluitingen invloed hebben op het financieel evenwicht van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Gelet op de beperkte wettelijke mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen lijkt dat onwaarschijnlijk. Een andere mitigerende component is de wettelijke eis dat er voor vrijwillige aansluitingen een aantoonbare relatie moet zijn van de werkgever met de bedrijfstak. Alles overziend achten wij de kans dat de vrijwillige aansluitingen er voor zorgen dat de verplichte deelname in strijd is met het mededingingsrecht klein. Uitbreiding van de mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting kan leiden tot een nieuwe afweging.

4.5.2.3 Verdere beperking risico vrijwillige aansluiting voor houdbaarheid verplichtstelling?

Verdere beperking of uitsluiting van dat risico kan de wetgever realiseren door vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet langer toe te staan. Dat zou betekenen dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen slechts pensioen mogen uitvoeren dat onder de verplichte werkingssfeer valt. De wet moet dan worden aangepast en bestaande vrijwillige aansluitingen moeten worden beëindigd door opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met de werkgevers.¹⁵²

Alternatief kan de wetgever het risico dat vrijwillige aansluiting de houdbaarheid van de verplichtstelling in gevaar brengt beperken door ringfencing voor te schrijven voor de vrijwillige aansluitingen. Zo kan het financieel evenwicht in de verplichte kring van werkgevers niet uit balans raken.¹⁵³ Dan zouden gescheiden vermogens ontstaan voor de verplicht aangesloten werkgevers en de vrijwillig aangesloten werknemers. Dat onderscheid in twee (of meer) collectiviteitkringen zou ingericht kunnen worden zoals bij het algemeen pensioenfonds.

¹⁵² De vraag of dat met terugwerkende kracht kan of moet, althans of dat wenselijk zou zijn, laten wij buiten beschouwing.

¹⁵³ De effecten daarvan voor de houdbaarheid van de verplichtstelling vormen geen onderdeel van dit onderzoek, vergelijk Kamerstukken II 2014-15, 34 117, nr. 35, 36, 38. B.J. Drijber, Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 22 maart 2007, acht het risico van afschaffing van de ringfencing klein, Kamerstukken II 2006-07, 30 413, 96, bijlage, p. 25-26.

Voor zover verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen naast verplichte deelname ook vrijwillige aansluitingen verzorgen, kan relevant zijn dat de Europese Transparantierichtlijn voorschrijft dat er gescheiden boekhoudingen moeten worden gevoerd voor ondernemingen die verschillende activiteiten hebben.¹⁵⁴ Bij een uitleg waarbij de vrijwillige aansluitingen gezien worden als een afzonderlijke activiteit zouden verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen verplicht zijn om gescheiden boekhoudingen aan te houden. Dat gaat minder ver dan het faciliteren van afgescheiden vermogens binnen één rechtspersoon (de stichting bedrijfstakpensioenfonds).¹⁵⁵

4.5.3 *Belang van vrijwillige aansluiting voor houdbaarheid verplichtstelling*

De vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zelf lijkt weinig risico's mee te brengen voor de mededinging. Immers, de rechtvaardiging is slechts vereist voor het gedeelte dat verplicht is gesteld. De vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen valt niet onder het kartelverbod. Er is evenmin een exclusief recht verleend aan het bedrijfstakpensioenfonds voor ondernemingen met de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting. Werkgevers kunnen kiezen voor andere pensioenuitvoerders. Daar is mededinging/concurrentie met andere pensioenuitvoerders. Substitutie van een pensioenovereenkomst is goed mogelijk voor de werkgever.

De vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kan wel relevant zijn voor de beoordeling of een bedrijfstakpensioenfonds misbruik maakt van zijn dominante machtspositie in de bedrijfstak door van daaruit zoveel mogelijk vrijwillige aansluitingen tot stand te brengen. Het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zou dan de dominante monopoliepositie die het heeft als gevolg van de verplichte deelneming als hefboom moeten gebruiken (leveraging). Relevant is ook of het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds schaalvoordelen behaalt doordat het al een deel van de pensioenmarkt bedient door de verplichte deelneming van werkgevers in de bedrijfstak. Schaalvoordelen kunnen er toe leiden dat het lagere uitvoeringskosten heeft dan andere aanbieders en een andere tariefstelling kan realiseren.¹⁵⁶

4.6 **Misbruik van machtspositie door verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds?**

4.6.1 *Het misbruikverbod*

Ondernemingen met een economische machtspositie mogen van deze positie geen misbruik maken. Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat op een bepaalde markt over veel macht beschikt, mag die macht niet gebruiken om de mededinging te vervalsen. Het Europees mededingingsrecht bevat in artikel 102 VWEU een verbod om misbruik te maken van een machtspositie:

¹⁵⁴ Artikel 2 onder e Richtlijn 2006/111, Pb EG, L 318/17.

¹⁵⁵ De goederenrechtelijke moeilijkheden van ringfencing/afgescheiden vermogens binnen één rechtspersoon laten wij buiten beschouwing, vergelijk R.H. Maatman, A. Steneker, Ringfencing van pensioenvermogens, Netspar NEA paper 20, Tilburg, Netspar 2009; Asser-Lutjens 7-XI nr. 272, 711.

¹⁵⁶ J. Boone, E. van Damme, Marktwerking in de pensioensector?, Netspar NEA paper 5, Netspar 2007. Wij wijzen er op dat pensioenfondsen verplicht zijn om minimaal een kostendeekkende premie vast te stellen, zie artikel 128 Pensioenwet.

‘Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.’

Het nationale equivalent van dit Europees misbruikverbod is neergelegd in artikel 24 Mw. Daarin staat dat het ondernemingen verboden is misbruik te maken van een economische machtspositie. Uit het Albany-arrest volgt dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds voor het mededingingsrecht geldt als onderneming.¹⁵⁷ Het misbruikverbod heeft rechtstreekse werking. Misbruik van de machtspositie door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is dus verboden. De bewijslast daarvoor rust op de partij of autoriteit die stelt dat het misbruikverbod is geschonden.¹⁵⁸

4.6.2 Voorwaarden voor aannemen misbruik machtspositie

Uit Europese rechtspraak volgt dat er een economische machtspositie is wanneer de positie van een onderneming deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen, doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en consumenten te gedragen.¹⁵⁹ De Nederlandse mededingingswet kent een vergelijkbare definitie.¹⁶⁰ Het misbruikverbod is geschonden indien de volgende criteria van toepassing zijn (zie tabel 4.2):¹⁶¹

Tabel 4.2 Beoordelingsstappen misbruik machtspositie

1	marktafbakening
2	economische machtspositie vaststellen
3	misbruik van de machtspositie op de markt vaststellen

Bij de vormgeving en interpretatie van het Nederlandse mededingingsrecht is aangesloten bij het Europese mededingingsrecht en - rechtspraak.

4.6.3 Marktafbakening

Om vast te stellen of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds misbruik maakt van een economische machtspositie moet eerst de relevante pensioenmarkt worden bepaald.¹⁶² Die marktafbakening gebeurt door productafbakening en plaatsafbakening (geografisch).¹⁶³ Het bepalen van de relevante markt in het kader van de mededinging kan in de praktijk buitengewoon lastig zijn. De Europese Commissie heeft definities gegeven van de productmarkt en de geografische markt.¹⁶⁴ De relevante pensioenmarkt bespreken wij in paragraaf 4.6.4.

4.6.3.1 Productafbakening

¹⁵⁷ HvJ EG 21 september 1999, ECLI:C:EU:1999:430 (Albany); vergelijk artikel 1 onder f Mededingingswet.

¹⁵⁸ Zie artikel 1 lid 3 jo. 2 Verordening (EG) nr. 1/2003.

¹⁵⁹ HvJ EG 14 februari 1978, C 27/76, *Jur.* I, p. 207 (*United Brands*), r.o. 65.

¹⁶⁰ Vergelijk artikel 1 i Mw.

¹⁶¹ Uitgebreid, J. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, hoofdstuk 4, nog niet gepubliceerd.

¹⁶² HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, 461 (*Hoffmann-La Roche*) r.o. 28.

¹⁶³ HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA 3745 (tankstation Texel).

¹⁶⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5.

De productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, prijzen of gebruik waarvoor ze zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar (substitueerbaar) worden beschouwd. Voor de toetsing of er bij de vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen misbruik is, lijkt het logisch om uit te gaan van het aanvullend pensioen (productafbakening). Pensioenfondsen mogen immers geen andere producten dan aanvullend pensioen uitvoeren. Uit Europese rechtspraak volgt dat de posities die ondernemingen innemen op de markt in percentages tot uitdrukking worden gebracht. Voorstelbaar is eveneens dat de relevante productmarkt het aanvullend pensioen in de bedrijfstak is. Afnemers in de bedrijfstak kunnen immers niet uitwijken naar een andere pensioenregeling.

4.6.3.2 Plaatsafbakening

Bij de plaatsafbakening lijkt de Nederlandse markt voor aanvullend pensioen een logisch vertrekpunt. Het gaat om het gebied waarbinnen sprake kan zijn van een machtspositie en misbruik daarvan.¹⁶⁵ De definitie van de relevante geografische markt is 'het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.' De Nederlandse markt voor aanvullende pensioenen lijkt het gebied, waarin de concurrentievoorwaarden voor de pensioenuitvoerders homogeen zijn.¹⁶⁶ Daarvoor geldt ook de Nederlandse pensioenwetgeving. Nagegaan moet worden welke bedrijven (pensioenuitvoerders) met elkaar concurreren op de Nederlandse pensioenmarkt. Dat zijn de volgens de Pensioenwet toegelaten pensioenuitvoerders. Indien het vertrekpunt is dat de relevante markt de Nederlandse markt voor aanvullend pensioen is, kan het marktaandeel van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds worden vastgesteld.

4.6.4 Relevante markt voor vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Bij de afbakening van de relevante markt met het oog op de mededinging kan meewegen dat de pensioenmarkt al verdeeld is juist door de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen. Grof gezegd is zo'n 75% van de pensioenmarkt al toebedeeld aan zo'n 51 verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Door het uitsluitend recht is er op dat deel van de pensioenmarkt juist geen concurrentie. Er is geen substitutie mogelijk want deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds is verplicht. Bij de beoordeling van de aanwezigheid van een economische machtspositie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de uitleg van de relevante markt van belang.

4.6.4.1 Uitleg van de relevante pensioenmarkt

Voor het bepalen van de relevante pensioenmarkt zijn meerdere uitlegmogelijkheden. Zo valt te onderscheiden:

- (1) de totale pensioenmarkt;
- (2) de vrije pensioenmarkt;
- (3) de pensioenmarkt in de bedrijfstak.

Evident lijkt dat het in ieder geval gaat om de markt voor aanvullend pensioen.

Ad 1 De totale pensioenmarkt

¹⁶⁵ HvJ 16 december 1975, 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Jur.* 1975, p. 2008 (*Suikerunie*); SEO, Amsterdam 2015, p. 21.

¹⁶⁶ HvJ EG 14 februari 1978, C 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*), r.o. 39.

Bij de totale pensioenmarkt als relevante pensioenmarkt gaat het om het marktaandeel op de gehele Nederlandse markt voor aanvullend pensioen. Het individueel marktaandeel van bijvoorbeeld het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) of het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW) is groter dan het marktaandeel van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel. Een marktaandeel van meer dan 50% voor één verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op de totale pensioenmarkt lijkt er niet te zijn. De uitleg waarbij de relevante pensioenmarkt de totale pensioenmarkt is, betekent dat de kans op een economische machtspositie niet groot is (zie paragraaf 4.7).

Ad 2 De vrije pensioenmarkt

Is de relevante pensioenmarkt het deel dat in vrije concurrentie toegankelijk is voor alle pensioenuitvoerders (de 'vrije markt' met uitsluiting van de verplichtgestelde deelname) dan ziet het marktaandeel van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds er veel marginaler uit. Het marktaandeel zou dan beperkt zijn tot de vrijwillige aansluitingen. In dat geval is de kans op een economische machtspositie zeer gering.

Ad 3 De pensioenmarkt in de bedrijfstak

Bij een uitleg van de relevante markt als de pensioenmarkt per bedrijfstak ontstaat er hoogstwaarschijnlijk voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een marktaandeel van bijna 100%. Alle werkgevers zijn immers verplicht aangesloten, tenzij er een vrijstelling van toepassing is. In dat geval is een economische machtspositie waarschijnlijk en moet worden beoordeeld of vrijwillige aansluitingen leiden tot *misbruik* van die machtspositie (zie paragraaf 4.7). Het HvJ EG heeft in rechtspraak de onmogelijkheid van substitutie gehanteerd als criterium voor het bepalen van de relevante markt.¹⁶⁷ Voor het vaststellen van potentieel misbruik van een machtspositie in de bedrijfstak en de leveraging naar de vrijwillige aansluitingen nemen wij tot uitgangspunt dat dit de relevante markt is.

4.7 Machtspositie voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds?

Nadat de relevante markt is vastgesteld, kan getoetst worden of het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds daarop een machtspositie inneemt. Het vertrekpunt voor de economische machtspositie zoals ook gedefinieerd in de Mededingingswet is afkomstig uit het *United Brands*-arrest van het HvJ EU:

'...een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen'.¹⁶⁸

Om een machtspositie te hebben dient het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een dominante positie in te nemen op de relevante pensioenmarkt. Uitgaand van de bedrijfstak als relevante markt, zouden verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een dominante positie innemen.

¹⁶⁷ HvJ EG 14 februari 1978, C 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*).

¹⁶⁸ HvJ EG 14 februari 1978, C 27/76, *Jur.* I, p. 207 (*United Brands*), r.o. 65.

Bovendien dient het zich in belangrijke mate onafhankelijk te kunnen gedragen jegens concurrenten afnemers en consumenten. Uit het Akzo-arrest volgt dat er een gerede kans is dat een onderneming een machtspositie heeft bij een marktaandeel van 50% of meer.¹⁶⁹ Andere factoren kunnen mede bepalen of sprake is van een machtspositie. Onder meer de aanwezigheid van toetredingsdrempels (belemmeringen om toe te treden of uit te breiden op de pensioenmarkt) of tegenwicht van concurrenten (restconcurrentie) kunnen van belang zijn.¹⁷⁰ Uitgaand van de bedrijfstak als relevante pensioenmarkt, is er een dominante positie voor het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.

Verzekeraars kunnen concurreren met verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, voor zover het gaat om de markt voor vrijwillige aansluitingen. Datzelfde geldt voor overige pensioenuitvoerders. De laatste jaren zijn er juist andere typen aanbieders toegelaten op de pensioenmarkt, waaronder de premiepensioeninstelling (2011) en het algemeen pensioenfonds (2016). Zij kunnen eveneens in concurrentie treden met ondernemingen die zich vrijwillig zouden kunnen aansluiten bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

Dat neemt niet weg dat zich risico's kunnen voordoen. Een bedrijfstakpensioenfonds kan een machtspositie hebben op de markt wegens de verplichtstelling. Het misbruikverbod van 102 VWEU en artikel 24 Mededingingswet is dan van toepassing. Het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds betreedt als dominante onderneming de pensioenmarkt voor vrijwillige aansluitingen.

4.8 De beperkte mogelijkheden voor misbruik door vrijwillige aansluiting

Zoals in hoofdstuk twee toegelicht hebben die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen wettelijk beperkte mogelijkheden om het vrije deel van de pensioenmarkt te betreden (zie artikel 121 en 121a Pensioenwet). Zij kunnen slechts in concurrentie treden met verzekeraars en andere pensioenuitvoerders voor zover er een aanwijsbare relatie is met de bedrijfstak, in de vorm van een historische band, een groepsverhouding of het volgen van de lonen en sociale fondsen in de bedrijfstak.

Voor zover er sprake is van misbruik van de machtspositie door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen via vrijwillige aansluitingen, is dat slechts mogelijk op een klein deel van de pensioenmarkt. Vrijwillige aansluiting kan namelijk alleen bij een aantoonbare relatie met de bedrijfstak. Voor het overige is het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen niet toegestaan om te concurreren met andere pensioenuitvoerders. In die zin worden bedrijfstakpensioenfondsen uitgesloten van een deel van de pensioenmarkt.

4.9 Misbruik van de machtspositie door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen?

4.9.1 Wanneer is er misbruik van een machtspositie?

Het enkele feit dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een economische machtspositie zou hebben, is niet verboden. Het mededingingsrecht is slechts overtreden, wanneer sprake is van *misbruik* van die machtspositie. Volgens het Hoffmann-La Roche arrest van het HvJ EG vallen onder

¹⁶⁹ HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 (Akzo Chemie/Commissie EG), Jur. 1991, p. I-3359.

¹⁷⁰ C. Bellamy, *European Union Law of Competition*, zevende editie, Oxford: Oxford University Press 2013; SEO, p. 21-22.

misbruik:

‘gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan’.¹⁷¹

Op dominante ondernemingen in de markt rust een bijzondere verantwoordelijkheid: zij mogen geen beleid voeren die een bestaande c.q. zwakke mededingingsstructuur aantasten.¹⁷² Concurrenten mogen niet benadeeld worden in hun concurrentiemogelijkheden. Consumenten mogen niet worden beperkt in de keuzemogelijkheden om producten of diensten af te nemen.¹⁷³

4.9.2 Vormen van misbruik

Vele vormen van misbruik zijn mogelijk. Het Europees Verdrag noemt in artikel 102 enkele niet-limitatieve voorbeelden van misbruik, zoals:

- onredelijke prijzen en -voorwaarden;
- beperkingen van de productie, afzet of technologische ontwikkelingen
- koppelverkoop.

Het mededingingsrecht kent een rijke rechtspraak op dit punt, die buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt.¹⁷⁴ Ten aanzien van de vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldt dat daar vrije concurrentie is met alle andere toegestane pensioenuitvoerders. Ondernemingen die in aanmerking komen voor vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kunnen eveneens kiezen voor een verzekeraar, algemeen pensioenfonds, premiepensioeninstelling, buitenlandse pensioeninstelling of een andere toegelaten pensioenuitvoerder. Noemenswaardig is of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vanuit hun exclusieve recht om de pensioenregeling uit te voeren in de bedrijfstak hun macht kunnen uitbreiden buiten hun verplichtgestelde domein via vrijwillige aansluitingen. Voorstelbaar is dat zij schaalvoordelen behalen doordat zij al een deel van de pensioenmarkt bedienen door de verplichte deelneming van werkgevers in de bedrijfstak. Dat kan leiden tot lagere uitvoeringskosten en tariefstelling dan andere aanbieders. Economisch marktonderzoek moet dat uitwijzen.

4.9.3 Misbruik machtspositie door gebruikmaking verplichtstelling bij vrijwillige aansluiting?

Voorstelbaar is de gedachte dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds misbruik kan maken van haar bestaande positie op de pensioenmarkt om vrijwillige aansluitingen tot stand te brengen ten nadele van concurrenten op de pensioenmarkt. Zoals aangegeven is de potentie van dat misbruik beperkt omdat de Pensioenwet slechts in beperkte gevallen vrijwillige aansluiting mogelijk maakt.

¹⁷¹ HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, 461 (*Hoffmann-La Roche*) r.o. 91.

¹⁷² Zie C. Bellamy, *European Union Law of Competition*, zevende editie, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 786-787.

¹⁷³ HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, 461 (*Hoffmann-La Roche*).

¹⁷⁴ Uitgebreid, zie J. van de Gronden, H 4.

Uit Europese rechtspraak blijkt dat er situaties zijn waarin ondernemingen aan wie een exclusief recht is toegekend misbruik van hun machtspositie kunnen maken.¹⁷⁵ Met andere woorden, de verplichtstelling zou er toe kunnen leiden dat het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds misbruik van de positie maakt of tot misbruik wordt gebracht.

Een voorbeeld uit de rechtspraak waarin mogelijk misbruik van een machtspositie is getoetst bij een onderneming dat eveneens een exclusief recht had, is het Ambulanz Glöckner-arrest.¹⁷⁶ Daar had een onderneming het alleenrecht om ambulancevervoer in spoedeisende gevallen te verrichten in een Duitse deelstaat. Voor ziekenvervoer in niet-spoedeisende gevallen kwamen ook andere ondernemingen in aanmerking. De Duitse deelstaat in kwestie was evenwel alleen bereid hiervoor een vergunning te verlenen, indien het ambulancebedrijf dat het vervoer in spoedeisende gevallen verrichte, hiermee instemde. Zo kon de onderneming met het alleenrecht andere bedrijven die wilden toetreden op een aanpalende markt uitsluiten. Dit was misbruik volgens het Hof, omdat de afzet ten nadele van de verbruikers werd beperkt. Dit voorbeeld betekent overigens niet dat vrijwillige aansluiting in combinatie met de verplichtstelling misbruik van de machtspositie door het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds meebrengt. Het voorbeeld toont aan dat misbruik mogelijk is en getoetst moet worden naast de toegestane verplichtstelling. Anders dan in de Duitse zaak heeft het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds geen vetomogelijkheid maar is er juist concurrentie voor ondernemingen die in aanmerking komen voor vrijwillige aansluiting.

Dat gezegd zijnde, kunnen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen proberen vanuit hun dominante positie op de markt hun macht uit te breiden. Of dat het geval is, hangt af van het concrete beleid van het bedrijfstakpensioenfonds. Dat vergt economisch marktonderzoek.

4.9.4 Misbruik door concurrentie via vrijwillige aansluiting bewijzen

Zoals gezegd rust de bewijslast voor de aanwezigheid van een misbruik van de machtspositie door verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die vrijwillige aansluitingen toestaan op de autoriteit of partij die meent dat sprake is van misbruik. Zij zullen:

- (a) de relevante pensioenmarkt in kaart moeten brengen;
- (b) de economische machtspositie van het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds moeten aantonen;
- (c) misbruik door het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds moeten vaststellen.

4.10 Conclusie

Het Europees en nationaal mededingingsrecht stelt grenzen aan de mogelijkheden om concurrentie te beperken. Uit Europese rechtspraak blijkt dat de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenfondsen niet in strijd is met het mededingingsrecht.

¹⁷⁵ HvJ EG 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161, NJ 1993, 592 (Höfner) r.o. 29; HvJ EG 5

oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, *Jurispr.* blz. I-5077, r.o. 18; HvJ EG 12 februari 1998, zaak C-163/96, *Jur.* 1998, p. I-533 (*Raso*), r.o. 27; HvJ EG 21 september 1999, arresten *Albany*, *Brentjens* en *Drijvende Bokken*, r.o. 93.

¹⁷⁶ HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Jur.* I-8089, NJ 2002, 164 (Ambulanz Glöckner).

De rechtvaardiging van de verplichtstelling is gebaseerd op de situatie zonder vrijwillige aansluitingen. De *vrijwillige aansluiting* door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormt een beperkt risico voor de beoordeling van de houdbaarheid van de verplichtstelling. Het effect van de aanwezigheid van vrijwillige aansluitingen op de solidariteitseisen en het financieel evenwicht is namelijk nog niet juridisch getoetst.

Dat risico voor de houdbaarheid van de verplichtstelling achten wij beperkt, onder meer wegens de wettelijk zeer beperkte mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen en de eis dat er een aantoonbare relatie moet zijn met de bedrijfstak.

Verdere beperking van dat risico kan de wetgever vormgeven door vrijwillige aansluitingen niet langer toe te staan of door ringfencing voor te schrijven voor de vrijwillige aansluitingen.

De mogelijkheid van vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zelf lijkt geen inbreuk op het mededingingsrecht, juist aangezien werkgevers daar kunnen kiezen voor een pensioenuitvoerder.

Het mededingingsrecht verbiedt echter eveneens dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen bij vrijwillige aansluitingen misbruik maken van een eventuele machtspositie. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen proberen vanuit hun dominante positie op de markt in de bedrijfstak hun macht uit te breiden (leveraging). Voorstelbaar is dat schaalvoordelen verkregen door de verplichtstelling er toe leiden dat bedrijfstakpensioenfondsen lagere uitvoeringskosten realiseren en tot een lagere tariefstelling komen. Relevant is dat maar een klein deel van de pensioenmarkt toegankelijk is voor bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen tot stand te brengen. Economisch marktonderzoek moet uitwijzen of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen misbruik maken van een machtspositie.

HOOFDSTUK 5 CONCLUSIES

5.1 Doel juridisch onderzoek vrijwillige aansluiting bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds

Bij de aanvraag voor dit juridisch onderzoek zijn de volgende juridische onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Welke mogelijkheden hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen te realiseren en wat zijn de regels die voor een dergelijke aansluiting gelden?
2. Welke redenen zijn er voor het toestaan van deze vrijwillige aansluitingen?
3. Hoe verhouden deze vrijwillige aansluitingen zich tot de afspraken uit de taakafbakening, het Nederlandse en Europese mededingingsrecht en de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling?

Naast dit juridisch onderzoek wordt economisch onderzoek verricht naar de effecten op de marktordening van vrijwillige aansluitingen bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op de markt van de pensioenuitvoering (het marktordeningsonderzoek).

5.2 Conclusie onderzoeksvragen vrijwillige aansluiting

5.2.1 *Mogelijkheden tot vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

Welke mogelijkheden hebben verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om vrijwillige aansluitingen te realiseren en wat zijn de regels die voor een dergelijke aansluiting gelden?

De Pensioenwet biedt twee mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen:

- (1) vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer;
- (2) vrijwillige aansluiting op grond van (*of na uitbreiding van*) de statutaire werkingssfeer.

Het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds moet de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting dan wel hebben opgenomen in de statuten en bereid zijn een uitvoeringsovereenkomst te sluiten met de werkgever die zich vrijwillig wenst aan te sluiten. Bovendien is vrijwillige aansluiting slechts mogelijk voor een beperkte groep werkgevers.

5.2.2 *Juridische grenzen aan de mogelijkheden voor vrijwillige aansluiting*

De Pensioenwet stelt namelijk juridische grenzen aan de kring van werkgevers die zich vrijwillig kan aansluiten bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat domein lijkt op het eerste gezicht groot omdat vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zowel mogelijk is voor werkgevers die buiten de werkingssfeer vallen als voor werkgevers die (na uitbreiding) onder de statutaire werkingssfeer vallen. In werkelijkheid is die kring beperkt.

Vrijwillige aansluiting is namelijk alleen toegestaan wanneer er een aantoonbare relatie is van de activiteiten van de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten met de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds.

De Pensioenwet bepaalt dat die aantoonbare relatie er alleen is in de volgende drie limitatieve gevallen (zie tabel 5.1)

De werkgever:

- (a) volgt ten minste de loonontwikkeling in de bedrijfstak en neemt deel aan de sociale fondsen; of
- (b) heeft een groepsverhouding met een werkgever die onder de werkingssfeer valt
- (c) viel voorafgaand aan de vrijwillige aansluiting onder de werkingssfeer.¹⁷⁷

Tabel 5.1 Wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting bij verplicht bedrijfstakpensioenfonds

Wettelijke eisen aan vrijwillige aansluiting

- 1 Volgen loonontwikkeling en sociale fondsen bedrijfstak door werkgever of;
- 2 Groepsverhouding met werkgever die onder de werkingssfeer valt of;
- 3 Werkgever heeft een historische band met de bedrijfstak.

Uitgangspunt van de Pensioenwet is dus dat vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen door een werkgever niet mogelijk is, tenzij voldaan is aan één van de drie in de wet genoemde situaties.

5.2.3 Redenen voor (begrenzing van) vrijwillige aansluitingen

Uit dit onderzoek blijkt dat de wettelijke regels over vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met name gaan over de *juridische grenzen* die de wetgever heeft gesteld aan vrijwillige aansluiting.

Tot 1 januari 2007 waren er niet tot nauwelijks wettelijke beperkingen aan de mogelijkheid van vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Vanaf 1 januari 2007 is de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting buiten de werkingssfeer wettelijk beperkt. Vanaf 1 januari 2016 is de mogelijkheid tot vrijwillige aansluiting op grond van de statutaire werkingssfeer (of uitbreiding daarvan) wettelijk beperkt.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de redenen voor die juridische grenzen zijn ingegeven door de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars en de mededinging. De wetgever wenst te waarborgen dat sprake is van een gelijk speelveld tussen pensioenuitvoerders. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen op de resterende zakelijke markt voor pensioenuitvoerders geen concurrentievoordeel krijgen ten opzichte van andere pensioenuitvoerders.

Tegelijkertijd wordt gewezen op de nuttige rol die vrijwillige aansluiting vervult bij de voortgaande consolidatie op de markt voor pensioenuitvoering. Op die manier zou een evenwicht ontstaan tussen de contractsvrijheid van sociale partners op de zakelijke markt voor pensioenuitvoerders en het wenselijke gelijke speelveld tussen de pensioenuitvoerders.

¹⁷⁷ Artikel 121 jo. 121a Pensioenwet.

5.3 Verhouding vrijwillige aansluiting tot de taakafbakening

5.3.1 Vrijwillige aansluiting is onderdeel van de taakafbakeningswetgeving

De vrijwillige aansluiting bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is één van de onderdelen van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars.

Andere onderdelen van die taakafbakening zijn de domeinafbakening (welke werkgevers mogen zich aansluiten bij pensioenfondsen) en de productafbakening (zie tabel 5.2: onderdelen wettelijke regels taakafbakening). Zo moeten pensioenfondsen zich beperken tot pensioenactiviteiten, moeten zij een basispensioenregeling aanbieden en gelden er minimum solidariteitseisen aan de uitvoering van pensioenregelingen.

Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormen meerdere pensioenregelingen één financieel geheel (financiële solidariteit). Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn in de Wet Bpf 2000 om redenen van marktordening bovendien beperkingen gesteld aan het gebruik van de naam en informatieverstrekking aan derden en deelnemers.

Tabel 5.2 Onderdelen wettelijke regels taakafbakening

Taakafbakeningsregels	Wettelijke grondslag
Domeinafbakening	1 Pensioenwet
Verbod nevenactiviteiten	116 PW
Vrijwillige pensioenregeling	117 PW
Productafbakening	118-120 PW
Vrijwillige aansluiting verplicht Bpf	121 en 121a PW
Verbod op ringfencing	123 PW

5.3.2 Taakafbakeningsregels als waarborg gelijk speelveld pensioenuitvoerders

De regels over taakafbakening zijn mede ingegeven om te komen tot een gelijk speelveld en een houdbare verplichtstelling. De regering probeert door taakafbakeningsregels de bijzondere positie van pensioenfondsen op de pensioenmarkt te faciliteren als organisaties die collectiviteit en solidariteit waarborgen zonder dat er oneerlijke concurrentie is op de pensioenmarkt.

De juridische begrenzings die zijn aangebracht voor vrijwillige aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vormen één van de bouwstenen van de taakafbakening die moet waarborgen dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen verzekeraars geen oneerlijke concurrentie kunnen aandoen.

5.4 Blijft de vrijwillige aansluitingsmogelijkheid binnen het mededingingsrecht?

5.4.1 Grenzen van het mededingingsrecht

Het Europees recht (het VWEU) en het nationaal mededingingsrecht (Mededingingswet) stellen grenzen aan de mogelijkheden om concurrentie te beperken. Relevant voor dit onderzoek zijn onder meer het kartelverbod, de regels over het verlenen van een exclusief recht en het misbruikverbod van een machtspositie (zie tabel 5.3).

Tabel 5.3 Wettelijke grondslagen relevante normen mededingingsrecht voor verplichtstelling

	Europees recht	Nederlands recht
Kartelverbod	101 VWEU	6 Mw
Exclusief recht	106 VWEU	11 Mw
Misbruikverbod	102 VWEU	24 Mw

5.4.2 *Verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is gerechtvaardigde beperking mededinging*

De pensioenafspraken die zijn gebaseerd op collectieve onderhandelingen door sociale partners vallen niet onder het kartelverbod van artikel 101 VWEU. Het verlenen van een exclusief recht aan bedrijfstakpensioenfondsen om die pensioenafspraken uit te voeren betekent een beperking van de mededinging (artikel 106 VWEU). Andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars, zijn immers uitgesloten van dat deel van de pensioenmarkt. Zij kunnen niet aan de vraag naar bepaalde pensioenproducten van werkgevers voldoen.

Voor diensten van algemeen economisch belang is er een rechtvaardiging mogelijk voor die beperking van de mededinging. Uit Europese rechtspraak blijkt dat de verplichte deelneming aan bedrijfstakpensioenfondsen niet in strijd is met het mededingingsrecht. De verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds vervult namelijk een essentiële sociale functie in het Nederlandse pensioenstelsel. Zonder de verplichte deelname kon risicoselectie plaatsvinden waardoor het pensioenfonds de opgedragen bijzondere taak niet tegen economisch aanvaardbare voorwaarden kon vervullen. Mede door een hoge mate van solidariteit zou het pensioenfonds minder concurrerend zijn dan andere pensioenuitvoerders op de markt, aldus het HvJ EG.

De rechtvaardiging van de verplichtstelling is louter gebaseerd op de verplichte deelname. Het effect van de *vrijwillige aansluiting* door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen op de houdbaarheid van de verplichtstelling is nog niet getoetst door de rechter.

Het risico van de vrijwillige aansluitingen voor de houdbaarheid van de verplichtstelling is klein, onder meer door de wettelijk zeer beperkte mogelijkheden voor vrijwillige aansluitingen. De wet eist dat er een aantoonbare relatie moet zijn met de bedrijfstak voordat vrijwillige aansluiting mogelijk is. Alles overziend achten wij de kans dat de vrijwillige aansluitingen er voor zorgen dat de verplichte deelname in strijd is met het mededingingsrecht klein.

Verdere beperking van dat risico kan de wetgever realiseren door vrijwillige aansluitingen niet langer toe te staan of door ringfencing voor te schrijven voor de vrijwillige aansluitingen.

5.4.3 *Vrijwillige aansluiting is geen beperking mededinging*

De beperkte mogelijkheid van *vrijwillige* aansluitingen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is waarschijnlijk geen inbreuk op het mededingingsrecht.

De beperkte kring werkgevers die in aanmerking komt voor vrijwillige aansluiting bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kan immers ook kiezen voor een andere pensioenuitvoerder. Andere pensioenuitvoerders kunnen dus concurreren met de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor die groep werkgevers.

5.4.4 Toetsing misbruik van machtspositie via vrijwillige aansluitingen vergt marktonderzoek

Het mededingingsrecht verbiedt dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen misbruik maken van hun dominante positie op de (relevante) markt door hun macht uit te breiden via vrijwillige aansluitingen (leveraging), bijvoorbeeld door schaalvoordelen verkregen door de verplichtstelling te benutten. Dan zouden verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen:

- (a) een economische machtspositie moeten hebben op de relevante pensioenmarkt én
- (b) misbruik moeten maken van die machtspositie.

Economisch marktonderzoek moet uitwijzen of daarvan sprake is. Relevant is dat de bewijslast rust op de partij die zich beroept op misbruik van de machtspositie en dat de pensioenwetgeving vrijwillige aansluitingen door werkgevers bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen slechts in drie situaties mogelijk maakt. Voor pensioenuitvoerders is er op de markt vrije concurrentie ten aanzien van werkgevers die zich vrijwillig kunnen aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds. Werkgevers zijn daar immers vrij in hun keuze voor een pensioenuitvoerder.

Bijlagen

I Brief staatssecretaris Klijnsma d.d. 22 december 2016 met aankondiging extern onderzoek

II Relevante wettelijke bepalingen vrijwillige aansluiting, taakafbakening en mededingingsrecht

III Rechtspraakregister

IV Literatuurlijst

Bijlage I

Brief staatssecretaris Klijnsma d.d. 22 december 2016 met aankondiging extern onderzoek

32 043 Toekomst pensioenstelsel

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 december 2016

Met deze brief informeer ik uw Kamer conform mijn toezegging gedaan tijdens het algemeen overleg Pensioenen van 24 november jl. (Kamerstuk 32 043, nr. 349), en mede namens de Minister van Financiën, over de randvoorwaarden die het kabinet voorstaat om fusies tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijk afgescheiden vermogens mogelijk te maken.

Schaalvergroting wordt steeds belangrijker

In de pensioensector wordt schaalvergroting steeds belangrijker. De leden Lodders (VVD) en Vermeij (PvdA) hebben hierbij regelmatig aandacht gevraagd voor de specifieke situatie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Alvorens hier nader op in te gaan, wordt eerst kort de context geschetst met betrekking tot de behoefte aan schaalvergroting.

Deze schaalvergroting wordt gedreven door een veelheid aan uitdagingen waarvoor sociale partners en pensioenfondsen staan. Zo zien een aantal fondsen zich geconfronteerd met een vergrijzend deelnemersbestand. In sommige bedrijfstakken is sprake van een afnemend aantal werkgevers. Sommige fondsen denken na over het efficiënter inrichten van het bestuur van het fonds. Daarnaast heeft bij veel fondsen de aandacht voor de uitvoeringskosten een prominenter plaats gekregen. De uitvoeringskosten zijn van belang omdat deze gevolgen kunnen hebben voor het pensioenresultaat van de deelnemers.

Door te streven naar schaalvergroting kunnen pensioenfondsen deze uitdagingen beter het hoofd bieden. Zo kunnen de kosten die worden gemaakt voor het bestuur en de ondersteuning daarvan verlaagd worden. Ook kan er bij uitbesteding van taken sprake zijn van een betere onderhandelingspositie als gevolg van de schaalgrootte. Dit kan van toepassing zijn op bijvoorbeeld de kosten voor het vermogensbeheer en de administratiekosten.

Het kabinet en de Nederlandsche Bank (DNB) onderschrijven het belang van schaalvergroting met als doel het verlagen van de uitvoeringskosten voor sommige pensioenfondsen, omdat dit in het belang van de deelnemers kan zijn. Mede met de introductie van het algemeen pensioenfonds en de regels omtrent de indexatiedepots heeft het kabinet zich hier de afgelopen jaren voor ingezet.

Mogelijkheden voor schaalvergroting

Er zijn verschillende mogelijkheden voor pensioenfondsen om tot schaalvergroting te komen. Dit kan variëren van minder vergaande samenwerkingsverbanden – bijvoorbeeld de uitvoering van de pensioenregeling uitbesteden aan de uitvoeringsorganisatie van een ander pensioenfonds – tot zeer vergaande vormen waarbij sprake is van een integratie van twee of meerdere fondsen zoals een fusie. Een fusie is een zeer complex traject. Er is een samenvoeging van twee besturen tot een bestuur, van de vermogens van de twee pensioenfondsen tot een vermogen en van het vermogensbeheer en de pensioenadministratie.

Afhankelijk van het soort pensioenfonds staan sommige mogelijkheden wel tot beschikking van sociale partners en andere mogelijkheden juist niet. Zo hebben werkgevers met een ondernemingspensioenfonds bijvoorbeeld wel de mogelijkheid om hun pensioenregeling uit te laten voeren door een algemeen pensioenfonds maar niet de mogelijkheid om een ander pensioenfonds op te nemen door aanpassing van de verplichtstelling.

Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft andersom bijvoorbeeld wel de mogelijkheid een ander pensioenfonds op te nemen door aanpassing van de verplichtstelling, maar niet de mogelijkheid om de pensioenregeling uit te laten voeren door een algemeen pensioenfonds. Dit is het gevolg van de bijzondere positie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en afspraken die als gevolg daarvan zijn gemaakt in de taakafbakening. Deze afspraken zijn naar de mening van het kabinet belangrijk en goed verklaarbaar. Echter, zowel ondernemingspensioenfondsen als verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben de behoefte om tot schaalvergroting te komen. Deze brief verkent daarom de randvoorwaarden van een conceptwetsvoorstel voor schaalvergroting door middel van fusie voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijke afgescheiden vermogens.

De bijzondere positie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Werkgevers en werknemers die bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zijn aangesloten zijn gebonden aan het specifieke bedrijfstakpensioenfonds waarin deelname verplicht is voorgeschreven op verzoek van de sociale partners die een meerderheid in die bedrijfstak vertegenwoordigen. Een andere pensioenuitvoerder is het niet toegestaan deze pensioenregeling uit te voeren. De bijzondere positie van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds komt dus tot uitdrukking in het exclusieve recht om de binnen de betreffende bedrijfstak geldende pensioenregeling uit te voeren.

De rechtvaardiging hiervan ligt in het feit dat het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds een essentiële sociale taak uitvoert. Het zorgt ervoor dat alle werknemers in een bedrijfstakpensioenfonds een adequaat pensioen opbouwen en voorkomt concurrentie binnen de bedrijfstak op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dit komt tot uitdrukking in de solidariteit tussen de werkgevers en tussen de deelnemers die deelnemen in het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds.

Aan dit exclusieve recht middels de verplichtstelling zijn ook voorwaarden verbonden. Uit de verplichtstelling vloeit namelijk ook de taakafbakening tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders voort. Als onderdeel van de taakafbakening zijn afspraken gemaakt over de producten die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen aanbieden en de terreinen waarop ze zich mogen begeven. Dit om oneerlijke concurrentie tussen uitvoerders te voorkomen. Indien deze taakafbakening niet wordt bewaakt komt ook de verplichtstelling in gevaar. Het exclusieve recht van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is immers primair gericht op de werknemers en werkgevers in de eigen bedrijfstak.

De verplichtstelling is daarmee van groot belang voor de vele deelnemers in de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die Nederland kent. Als de rechtvaardiging voor de verplichtstelling vervalft, dan kunnen zij daar nadeel van ondervinden, doordat zij mogelijk niet meer worden gestimuleerd een adequaat pensioen op te bouwen. Zodoende hecht het kabinet ook in een toekomstig pensioenstelsel waarde aan de verplichtstelling¹.

Samenvattend: het kabinet moet een balans creëren. Het kabinet is enerzijds welwillend ten opzichte van het creëren van nieuwe mogelijkheden voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om voldoende schaalgrootte te bereiken. Anderzijds moet het kabinet zorgvuldig en nauwgezet kijken naar mogelijke veranderingen die de rechtvaardiging van de verplichtstelling potentieel kunnen ondergraven, ook door het verstoren van de huidige marktverhoudingen.

¹ Kamerstuk 32 043, nr. 263.

(On)mogelijkheid tot fuseren van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Bij alle mogelijkheden die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben om tot schaalvergroting te komen is een afweging aan de orde. Dit betreft de afweging tussen enerzijds de complexiteit van het komen tot schaalvergroting en anderzijds de resultaten die daarmee behaald kunnen worden. Simpel gezegd: een fusie is complexer en dus moeilijker te realiseren, maar biedt tegelijkertijd potentieel de meeste besparingen op de uitvoeringskosten. Het is uiteindelijk aan sociale partners, in samenspraak met de betrokken pensioenuitvoerders en het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan van het pensioenfonds, om op basis van dit soort afwegingen een keuze te maken of men tot schaalvergroting wil komen, en zo ja, over de manier waarop men tot schaalvergroting wil komen.

Als sociale partners opteren voor een fusie van pensioenfondsen dan zijn de dekkingsgraden van groot belang. Er kunnen bij een fusie effecten optreden voor specifieke groepen deelnemers. Bijvoorbeeld ten aanzien van belangrijke parameters van de pensioenregeling zoals de premie, het opbouwpercentage, het beleggingsbeleid en het indexatiebeleid. Op grond van de Pensioenwet moet ook bij een fusie sprake zijn van evenwichtige belangenbehartiging. Onderdeel daarvan is dat bij een fusie sprake hoort te zijn van gelijke dekkingsgraden en dat de fusie niet nadelig mag zijn voor specifieke groepen deelnemers. Een verschil in dekkingsgraden moet daarom in ieder geval worden weggelaten, wil er sprake zijn van evenwichtige belangenbehartiging en het voorkomen van nadelige effecten voor specifieke groepen deelnemers.

Hiervoor kunnen verschillende instrumenten worden ingezet, waaronder het inzetten van een toeslagendepot als bedoeld in artikel 15a van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen. Alle instrumenten hebben echter gemeen dat in de huidige situatie de fondsen de vermogens in één keer moeten fuseren op een van te voren vastgelegd moment waarop de dekkingsgraden gelijk zijn. Dat kan tot moeilijkheden leiden, omdat de dekkingsgraad voor de fondsen die willen fuseren veelal initieel niet gelijk is, in aanloop naar de fusie verder uit elkaar kan lopen en bovendien ook van verschillende factoren afhangt.

Op zich kunnen twee verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen fuseren met elkaar. In dat geval is onder meer een aanpassing van de verplichtstellingen van de betrokken fondsen nodig. In de praktijk vormt de huidige financiële positie van veel verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een drempel voor dergelijke fusies, omdat het lastig is om de voor een reguliere fusie benodigde gelijktrekking van dekkingsgraden te realiseren. Vanuit de Pensioenfederatie en sociale partners is daarom aangegeven dat er behoefte is om aan de huidige mogelijkheden voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een extra mogelijkheid toe te voegen: een fusie met tijdelijk financieel afgescheiden vermogens.

Met tijdelijke afgescheiden vermogens kan de fusie aanvangen terwijl de vermogens op een later moment worden geïntegreerd. Het verschil in dekkingsgraad kan daardoor op een later moment en mogelijk geleidelijker worden overbrugd. Het einddoel blijft een fusie met uiteindelijk een volledige integratie van het vermogen. Dat betekent dat de tijdelijk afgescheiden vermogens worden samengevoegd als het verschil in dekkingsgraden is weggelaten binnen de hieronder nader gemotiveerde maximale termijn voor het aanhouden van financieel afgescheiden vermogens.

Hierbij moet worden opgemerkt dat afgescheiden vermogens evenwel niet stroken met het principe van één financieel geheel van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en het uitgangspunt van solidariteit dat een van de fundamenten vormt van de verplichtingstelling. Zodoende is het van belang fusies van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen – met tijdelijke afgescheiden vermogens – aan voorwaarden te verbinden.

Oplossing: het hanteren van tijdelijke afgescheiden vermogens bij een fusie

Het kabinet heeft in de afgelopen periode intensief contact gehad met sociale partners en de Pensioenfederatie ten aanzien van hun wens om tijdelijk afgescheiden vermogens te mogen hanteren bij een fusie tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

De indruk van het kabinet is dat fusies van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijk afgescheiden vermogen in beginsel mogelijk zouden kunnen worden gemaakt, zeker gelet op de positie van kleine en middelgrote verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Wel zal

daarbij voldaan moeten worden aan een aantal randvoorwaarden. Met de mogelijkheid om tijdelijk afgescheiden vermogens aan te houden in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, wordt een doelgerichte uitzondering op het uitgangspunt van onderlinge financiële solidariteit binnen het fonds gemaakt. Het is daarom in het belang van de deelnemers in het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds om de vormgeving van deze tijdelijke afgescheiden vermogens aan nadere voorwaarden te verbinden. Daarnaast is zoals eerder aangegeven ook het zo veel mogelijk voorkomen van een verstoring van de huidige marktverhoudingen een belangrijk aandachtspunt. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat de huidige wet- en regelgeving hier nog geen ruimte voor biedt.

Alvorens in te gaan op de randvoorwaarden acht het kabinet het wenselijk aan te geven dat het amendement Lodders/Vermeij² een belangrijke rol heeft gespeeld bij het agenderen en entameren van de problemen die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen op hun pad vinden bij het zoeken naar schaalvergroting. Gezien de risico's die de Raad van State heeft gesignaleerd bij de vormgeving van het amendement³ heeft het kabinet gekeken naar een mogelijke andere vormgeving, waarbij echter wel de intentie van het amendement overeind blijft.

Hieronder worden de randvoorwaarden geschetst zoals het kabinet die voor ogen heeft voor de formulering van een conceptwetsvoorstel om fusies tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijke afgescheiden vermogens mogelijk te maken.

Randvoorwaarden voor fusie met tijdelijk afgescheiden vermogens

1. Het fusieplan moet een aantal specifieke elementen bevatten en, samen met de financiële en bedrijfsmatige opzet van het nieuwe fonds, voorafgaand aan de fusie aan DNB worden voorgelegd ter goedkeuring:

Zoals eerder aangegeven ligt het primaat tot het besluit voor schaalvergroting bij sociale partners. Hiertoe stellen de besturen van de betreffende pensioenfondsen en de sociale partners die voor de separate fondsen de verplichtstelling aanvragen een fusieplan op. Dit wordt ingediend bij DNB. Het kabinet vindt het van belang dat DNB de voorgenomen fusie toetst. Waar nodig zullen de bevoegdheden van DNB daarvoor nader worden uitgewerkt. In het fusieplan komen in ieder geval de hieronder staande elementen a tot en met c aan de orde. Met deze elementen ontstaat een consistente systematiek waarbij sociale partners het primaat hebben met betrekking tot het te nemen besluit en DNB met betrekking tot de beoordeling van het besluit en de daarbij optredende prudentiële effecten.

a) Motivatie fusie en evenwichtige belangenafweging

Het is van belang dat sociale partners motiveren waarom de betrokken fondsen logische fusiepartners zijn en hoe wordt toegewerkt naar een gelijke dekkingsgraad door de inzet van verscheidene instrumenten, bijvoorbeeld het premiebeleid of een indexatiedepot. Indien een van de betrokken fondsen een belanghebbendenorgaan heeft ingesteld, moet het belanghebbendenorgaan hebben ingestemd met de voorgenomen fusie. Indien een van (of meerdere van) de betrokken fondsen een verantwoordingsorgaan heeft ingesteld moet het fusieplan vermelden wat het advies van het verantwoordingsorgaan is van alle van de te fuseren verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Beargumenteerd dient te worden op welke punten het advies van de verantwoordingsorga(a)n(en) is overgenomen, op welke punten is afgeweken en de redenen daarvoor.

Ook zal DNB toetsen of in het fusieplan is voldaan aan een evenwichtige belangenafweging over de verschillende groepen deelnemers en of de belangen van de deelnemers in voldoende mate zijn gewaarborgd bij de maatregelen die worden voorgesteld om het verschil in dekkingsgraad weg te werken. Ten aanzien van de evenwichtige belangenbehartiging zal nader worden bekeken of het nodig is om DNB extra wettelijke mogelijkheden te geven om dit te toetsen en om welke bevoegdheden dit dan zou gaan.

² Kamerstuk 34 117, nr. 17.

³ Kamerstuk 34 117, nr. 38.

b) Haalbaarheid fusieplan

Sociale partners geven in het fusieplan gemotiveerd aan waarom de fondsen binnen een termijn van vijf jaar op basis van realistische aannames naar elkaar toe kunnen groeien in dekkingsgraad. DNB toetst of het fusieplan voldoet aan de (wettelijk vastgelegde) eisen en of het fusieplan «concreet en haalbaar» is. Dit houdt onder meer in dat de eindfusie voldoende realistisch is binnen de gestelde termijn. Het verschil in dekkingsgraad is niet leidend, hoewel een groter verschil uiteraard moeilijker overbrugbaar is.

c) Beheerste en integere bedrijfsvoering

Het fusieplan werkt nader uit hoe de bedrijfsvoering van het gefuseerde verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds eruit komt te zien. Hoe wordt bijvoorbeeld het beleggingsbeleid, de administratie en het bestuur georganiseerd? Daarbij zal het fusieplan ook moeten uitwerken hoe op deze en andere te bepalen elementen tot een integratie van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt gekomen en hoe bij het niet slagen van de fusie de fondsen weer uit elkaar gaan. DNB zal daarbij een oordeel geven over de opzet van het nieuwe fonds, zowel materieel (beoordeling aangepaste statuten en andere fondsstukken), als prudentieel (financiële opzet) en qua beheersing. Daarbij zal DNB er nadrukkelijk op toezien dat elk afgescheiden vermogen wordt gezien als de voortzetting van het oude verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds (waardoor het niet mogelijk zal zijn het risicoprofiel te verhogen als gevolg van de fusie).

In het kader van de beschrijving van een beheerste en integere bedrijfsvoering zal DNB een risico-analyse verlangen. Deze risico-analyse is vereist vanwege de wens om te fuseren met tijdelijke afgescheiden vermogens. In het kader van die risico-analyse zullen de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die wensen te fuseren zelf moeten vaststellen welke bedrijfsrisico's relevant zijn en of die aanleiding geven om het niveau van het fusievermogen te verhogen. DNB zal in dit kader een programma van werkzaamheden willen ontvangen, dat aangeeft hoe de continuïteit wordt gewaarborgd in normale, matig tegenvallende en zwaar tegenvallende omstandigheden. Er wordt een beleid verwacht op basis waarvan adequaat kan worden omgegaan met dergelijke uiteenlopende perspectieven. Dit beleid moet worden vastgelegd in procedures en maatregelen ter beheersing van relevante risico's en worden geïntegreerd in de bedrijfsprocessen. Hiermee is aangegeven, dat – op grond van de eigen risicobeoordeling – de bedoelde financiële waarborgen ter dekking van de onderkende risico's hoger kunnen uitvallen dan de uitkomst conform het minimumvereiste van het fusievermogen zoals hieronder wordt beschreven. Van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die wensen te fuseren wordt in voorkomend geval derhalve verwacht dat het de uitkomst van de eigen risicobeoordeling als maatgevend beschouwt voor het niveau van het aan te houden fusievermogen.

Het kabinet zal nader bezien of de bestaande wettelijke verankering voldoende aanknopingspunten biedt voor het toezicht van DNB.

Bevoegdheden DNB bij fusie van pensioenfondsen

DNB beschikt over bevoegdheden om een verbod op te leggen tot liquidatie of collectieve waardeoverdracht op grond van prudentiële overwegingen. Als het echter een voorgenomen fusie of splitsing betreft, dan ontbreekt een dergelijke bevoegdheid van DNB. Het kabinet constateert dat een fusie of splitsing vergelijkbaar is met een liquidatie of collectieve waardeoverdracht en acht het wenselijk dat DNB wettelijke bevoegdheden krijgt, ook waar dit fusies van ondernemingspensioenfondsen, beroepspensioenfondsen, vrijwillige bedrijfstakpensioenfondsen en verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zonder afgescheiden vermogens betreft. Dit zal indien mogelijk betrokken worden bij het wetsvoorstel over de fusies met tijdelijk afgescheiden vermogens. Het is wel van belang dat dit element het wetsvoorstel niet ophoudt.

2. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen tijdelijk financieel afgescheiden vermogens aanhouden:

Om effecten op de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling te beperken moet er sprake zijn van een tijdelijke situatie. Er wordt een doelgerichte uitzondering op het uitgangspunt van onderlinge financiële solidariteit beoogd die noodzakelijk is om een verschil in dekkingsgraad van fondsen geleidelijk te overbruggen.

Er kan derhalve alleen voor een beperkte periode sprake zijn van afgescheiden vermogens. Het doel is dat deze tijdelijke afgescheiden vermogens worden samengevoegd op het moment dat de dekkingsgraden gelijk zijn, waarbij het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds één financieel geheel wordt.

Het kabinet kiest er daarbij voor om een koppeling te leggen aan het minimum vereist eigen vermogen (MVEV). Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die in onderdekking verkeren (en dus niet over het MVEV beschikken), zullen moeten (blijven) werken aan het herstel richting dit MVEV in maximaal vijf jaar. Een fonds mag maximaal vijf jaar in onderdekking verkeren, omdat anders onvoorwaardelijk kortingen moeten worden doorgevoerd. Om die reden is na het ontstaan van de wettelijke mogelijkheid tot fusie met tijdelijke afgescheiden vermogens ook een termijn van maximaal 5 jaar van toepassing: binnen deze termijn moet worden toegewerkt naar een gelijke dekkingsgraad. Mocht het niet mogelijk zijn om binnen 5 jaar de dekkingsgraden gelijk te trekken, dan bestaat een eenmalige verlengingsmogelijkheid met 1 jaar, indien blijkt dat maatregelen die anders zouden moeten worden genomen onevenwichtig zijn voor bepaalde groepen deelnemers. Het pensioenfondsbestuur verzoekt DNB uitstel te verlenen van maximaal 1 jaar, waarbij wordt aangegeven hoe zij in die periode alsnog het dan aanwezige dekkingsgraadverschil op een evenwichtige wijze gaan overbruggen. Een andere optie is dat het pensioenfondsbestuur DNB verzoekt om nog maximaal twee jaar afgescheiden vermogens te mogen aanhouden waarna zij moeten overgaan tot splitsing in afzonderlijke fondsen. Sociale partners en het pensioenfondsbestuur zullen een van deze twee keuzes moeten maken, indien blijkt dat fusie binnen vijf jaar niet mogelijk is.

Voorkomen moet worden dat er de facto een praktijk van continue afgescheiden vermogens ontstaat, gegeven de implicaties voor de houdbaarheid van de verplichtstelling die dit zou kunnen hebben.

3. Deze mogelijkheid om tijdelijk afgescheiden vermogens aan te houden wordt wettelijk beperkt tot 3 verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen:

Een fusie kan plaatsvinden tussen maximaal drie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dit sluit zo nauw mogelijk aan bij de huidige marktsituatie, waardoor de markteffecten beperkt kunnen blijven. Daarmee wordt eveneens voorkomen dat de complexiteit van de fusie toeneemt.

Uitbreiding van de verplichtstelling tijdens de periode waarin tijdelijk afgescheiden vermogens worden aangehouden wordt niet toegestaan om dezelfde redenen. Als de fusie voltooid is en de tijdelijke afgescheiden vermogens weer vervallen, zal de werkingssfeer van het nieuwe verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds gelijk moeten zijn aan de werkingssferen van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zoals die was ten tijde dat de fusie aanving. Gelet op de mogelijke impact op de deelnemers in de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen, de houdbaarheid van de verplichtstelling, de marktordening en de passendheid van de regeling voor de doelgroep zal het kabinet het functioneren van deze regeling na tweeënhalfjaar tegen het licht houden om te bezien of aanpassingen noodzakelijk zijn.

4. Er is sprake van een duidelijke samenhang tussen de bedrijfstakken van de fuserende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen:

De solidariteit binnen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds komt ook tot uitdrukking in de samenhang en verbondenheid tussen de deelnemers (aan de) pensioenregeling. In haar brief van 2 juli 2015 heeft het kabinet reeds aangegeven dat de verbondenheid tussen verschillende bedrijfstakken niet altijd direct duidelijk is en dat er vragen zijn of de verbondenheid voor de hand ligt⁴.

De samenhang is van extra belang bij een fusie met tijdelijk afgescheiden vermogens. Op het moment dat twee of drie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen fuseren met tijdelijk afgescheiden vermogens resulteert dat in extra juridische risico's voor de solidariteit. Dit wordt beperkt door middel van de randvoorwaarde dat er sprake moet zijn van een duidelijke samenhang tussen de twee of drie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die willen fuseren.

⁴ Aangangsel Handelingen II 2014/15, nr. 2800.

Sociale partners hebben een belangrijke rol bij de schaalvergroting van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Zij hebben het primaat bij het bepalen van de (verplichtgestelde en statutaire) werkingssfeer, uiteraard binnen de wettelijke kaders. Sociale partners maken in dit kader ook afwegingen over de samenhang tussen het eigen fonds en mogelijke aansluiters, of het nu een individuele werkgever, een onderneming of een andere bedrijfstak betreft. Deze afwegingen zijn echter niet altijd geëxpliciteerd en daardoor voor betrokkenen en belanghebbenden niet altijd te achterhalen.

Dit is wel wenselijk. Om die reden wordt een motivatievereiste van toepassing. Dit betekent dat sociale partners expliciteren waarom er bij een fusie tussen twee of drie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen sprake is van samenhang. Dit wordt aangegeven in het fusieplan. Gezien het adviesrecht van het verantwoordingsorgaan over een fusie van het pensioenfonds (artikel 115a, derde lid, sub g van de Pensioenwet) zal ook in de adviesaanvraag de samenhang expliciet moeten worden gemotiveerd. Hetzelfde geldt ten aanzien van het instemmingsrecht van een belanghebbendenorgaan.

5. Vrijwillige aansluitingen worden tijdelijk beperkt.

De taakafbakening regelt de onderlinge verhouding tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders, zoals verzekeraars. De taakafbakening houdt in dat pensioenuitvoerders zich beperken tot afgebakende domeinen en producten. Het behoud van de taakafbakening en het beperken van de uitzonderingen hierop is essentieel voor de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling.

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben twee manieren om aansluitingen te realiseren. De eerste manier is via een uitbreiding van de verplichtstelling. De tweede manier is via vrijwillige aansluitingen: dit kan zowel een vrijwillige aansluiting zijn van een individuele werkgever conform artikel 121 van de Pensioenwet als een uitbreiding van de statutaire werkingssfeer met een gehele bedrijfstak.

De taakafbakening staat er dus niet aan in de weg dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen over de mogelijkheid beschikken om op vrijwillige basis werkgevers en andere pensioenfondsen aansluiting te verlenen. Dit kan effecten hebben op de markt voor pensioenuitvoering – omdat daarmee de onderlinge verhouding tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders verandert – en daarmee op de houdbaarheid van de verplichtstelling. Dat brengt risico's met zich mee, die vergroot worden op het moment dat er sprake is van een mogelijkheid voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om tijdelijk afgescheiden vermogens aan te houden.

De markteffecten concentreren zich vooral op een specifiek soort vrijwillige aansluitingen, te weten de uitbreiding van de statutaire werkingssfeer door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds met als doel om ondernemingspensioenfondsen in een bedrijfstak te laten aansluiten. Zodra de statutaire werkingssfeer is uitgebreid kunnen meerdere andere ondernemingspensioenfondsen binnen de nieuw opengezette werkingssfeer toetreden. Per 1 januari 2016 zijn er met artikel 121a van de Pensioenwet eisen verbonden aan het uitbreiden van de statutaire werkingssfeer.

Sociale partners en de Pensioenfederatie geven aan dat het in het belang kan zijn van deelnemers van fondsen die zoeken naar schaalvergroting via vrijwillige aansluitingen om zich via die route aan te sluiten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dit is wel een complicerende factor in het kader van de uitvoerbaarheid en haalbaarheid van het fusietraject. Voor de houdbaarheid van de verplichtstelling is het daarnaast wenselijk dat – zo lang er sprake is van afgescheiden vermogens – aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen beperkingen worden gesteld in de mogelijkheden om de statutaire werkingssfeer uit te breiden.

Uitbreiding statutaire werkingssfeer toetsen op niveau individuele werkgever

Sinds 1 januari 2016 is er een extra randvoorwaarde ingevoerd voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die de statutaire werkingssfeer willen uitbreiden: het eerder genoemde artikel 121a van de Pensioenwet. Toetsing hiervan vindt eenmalig plaats op het niveau van (het deel van) de bedrijfstak waarmee de statutaire werkingssfeer wordt uitgebreid bij het eerste

toetredende ondernemingspensioenfondsen. Daarna vindt geen toetsing meer plaats op het niveau van individuele werkgevers.

Bij een fusie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijke afgescheiden vermogens zal een vrijwillige aansluiting van een werkgever binnen de statutaire werkingssfeer worden getoetst op het niveau van de individuele werkgever. Dit geldt niet alleen voor uitbreidingen van de statutaire werkingssfeer tijdens de fusie, maar ook voor toekomstige vrijwillige aansluitingen die binnen de reeds opengestelde statutaire werkingssfeer vallen. Hiermee wordt echter nadrukkelijk geen terugwerkende kracht beoogd. Verlenging van een contract van een individuele werkgever die reeds voor de fusie op vrijwillige basis was aangesloten via openstelling van statutaire werkingssfeer bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds wordt daarom ook niet opnieuw getoetst.

Eerste definitie statutaire werkingssfeer is gelijk aan voormalige statutaire werkingssferen

Op het moment dat twee of drie verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen fuseren met tijdelijk afgescheiden vermogens, dan ontstaat er de facto een nieuw verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dit nieuwe verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zou dan enkel de statutaire werkingssferen van de twee of drie voormalige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen moeten hebben. Omdat het een nieuw verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds betreft is echter geen sprake van een «uitbreiding» van de statutaire werkingssfeer (die gebonden is aan de voorwaarden van artikel 121a uit de Pensioenwet), maar eerder van een «eerste definitie» van de statutaire werkingssfeer (waaraan geen voorwaarden zijn verbonden in de Pensioenwet). Die zou in theorie ongelimiteerd zijn en dus een bredere werkingssfeer kunnen hebben dan de gecombineerde werkingssferen van de twee of drie voormalige verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat is onwenselijk vanuit het perspectief van de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling, het beperken van markteffecten en het voorkomen van complexiteit van de fusie. Daarom kan een eerste definitie van de statutaire werkingssfeer van het nieuwe bedrijfstakpensioenfonds niet breder zijn dan de oorspronkelijke statutaire werkingssferen van de gefuseerde verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

Extern onderzoek vrijwillige aansluitingen

Naast de beperking van vrijwillige aansluitingen voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die fuseren met tijdelijke afgescheiden vermogens, zal ook door middel van een extern onderzoek worden bekeken in hoeverre vrijwillige aansluitingen plaatsvinden, of dit in de praktijk tot problemen leidt en zo ja of het wenselijk zou zijn dat hier beperkingen of randvoorwaarden aan verbonden worden. De mogelijkheid van vrijwillige aansluiting is een uitzondering op de afspraken uit de taakafbakening en kan daardoor oneigenlijke markteffecten tot gevolg hebben. Dit onderzoek zal zo snel mogelijk worden opgepakt en parallel aan het wetsvoorstel worden uitgevoerd.

6. Geen verdere afscheiding pensioenvermogens.

Zonder deze randvoorwaarde is het risico aanwezig dat de huidige collectiviteit (in casu betreft het dan het gehele verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds) wordt onderverdeeld in kleinere collectiviteiten (bijvoorbeeld langs de lijnen van een pensioenregeling of een deelgroep van deelnemers). In dat geval is er sprake van minder solidariteit, wat druk zet op de houdbaarheid van de verplichtstelling. Daarom mogen enkel de huidige collectiviteiten (het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds 1, 2 en eventueel 3 (tijdelijk)) afgescheiden vermogens kennen en is daarbinnen geen afscheiding van vermogens mogelijk.

7. Er is een fusievermogen.

Het uitvoeren van verschillende financieel afgescheiden vermogens brengt een aantal aandachtspunten met zich mee. Gezamenlijke kosten (bijvoorbeeld ten aanzien van de bedrijfsvoering) moeten worden voldaan. Daarnaast moet voorkomen worden dat vorderingen ten behoeve van de pensioenvermogens van deelnemers van een collectiviteitkring kunnen worden verhaald op (pensioenvermogens van) deelnemers van de andere collectiviteitkring.

Het algemeen pensioenfonds kent daartoe een weerstandsvermogen, dat de weerstand van de pensioenuitvoerder algemeen pensioenfonds waarborgt.

Ook bij een fusie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijk afgescheiden vermogens zijn deze aandachtspunten relevant. Daarom is een vermogen vereist dat de continuïteit van het pensioenfonds waarborgt gedurende de periode waarin afgescheiden vermogens worden aangehouden (een zogeheten «fusievermogen»). Er is in principe maatwerk mogelijk ten aanzien van de liquiditeit van het fusievermogen. Bij de uitwerking van het wetsvoorstel zal bekeken worden op welke manier dit maatwerk precies kan worden vormgegeven. De excassokostenvoorzieningen van (een of meer van) de fuserende verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen worden gebruikt om het fusievermogen te bewerkstelligen. Het uitgangspunt daarbij is om de gevolgen voor de dekkingsgraad zo veel mogelijk te beperken.

De hoogte van het fusievermogen is als volgt. Het fusievermogen bedraagt ten minste € 500.000 plus 0,2 procent van de waarde van het beheerde pensioenvermogen indien dat meer bedraagt dan € 250 miljoen, met een maximum van € 20 miljoen. Tevens dient te zijn voorzien in de dekking van de aansprakelijkheidsrisico's via ofwel een percentage van 0,1 procent van de waarde van het beheerde pensioenvermogen ofwel een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of een vergelijkbare voorziening (bankgarantie).

Op het moment dat de fusie is voltooid is er geen fusievermogen meer nodig.

8. Er is een goederenrechtelijke scheiding van vermogens.

Het scheiden van vermogens kan twee doelen hebben. Allereerst een interne administratieve scheiding. Dan wordt voor verschillende soorten pensioenregelingen binnen één financieel geheel een aparte administratie bijgehouden. Ten tweede een externe juridische scheiding van vermogens (dit is een zogeheten goederenrechtelijke scheiding van vermogens), waarbij de vermogens niet alleen administratief maar ook financieel gescheiden worden. In dat geval is sprake van financieel afgescheiden vermogens en wordt geregeld dat derden, waaronder mogelijke schuldeisers, alleen vorderingen kunnen verhalen ten opzichte van dat afgescheiden vermogen waarop de vordering rust. Hiermee wordt voorkomen dat schulden op deelnemers van een andere collectiviteitkring kunnen worden verhaald. Bij een fusie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is derhalve sprake van een tijdelijke goederenrechtelijke scheiding van vermogens.

9. Er is een rangregeling.

Hiermee wordt aangegeven in welke volgorde eventuele vorderingen verhaald kunnen worden. Daarmee wordt bepaald dat de deelnemers preferente schuldeisers zijn. Bij een fusie van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijke afgescheiden vermogens is er een rangregeling.

Vervolg

De hierboven geschetste randvoorwaarden acht het kabinet noodzakelijk om te komen tot verantwoorde regeling voor het toestaan van fusies van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen met tijdelijk afgescheiden

vermogens voor deelnemers, daarbij gelet op het behoud van de verplichtstelling en het gelijke speelveld met andere pensioenuitvoerders. Het kabinet zal deze hoofdlijnen vertalen naar wet- en regelgeving. Het streven is een wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in te dienen zodat invoering per januari 2018 tot de mogelijkheden blijft behoren.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. Klijnsma

Bijlage II

Relevante wettelijke bepalingen vrijwillige aansluiting, taakafbakening en mededingingsrecht

Pensioenwet

Artikel 121. Vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds

Een bedrijfstakpensioenfonds kan een uitvoeringsovereenkomst sluiten met een werkgever die niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, maar die zich op vrijwillige basis bij het bedrijfstakpensioenfonds wil aansluiten, indien:

- a. de loonontwikkeling bij deze werkgever ten minste gelijk is aan die in een bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en de werkgever deelneemt in de sociale fondsen van dezelfde bedrijfstak;
- b. er sprake is van een groepsverhouding tussen de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten en een andere werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt; of
- c. dit aansluitend gebeurt aan een periode waarin de werkgever wel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel.

Artikel 121a. Uitbreiding werkingssfeer verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds

Artikel 121 is van overeenkomstige toepassing bij uitbreiding van de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds met een bedrijfstak of deel van een bedrijfstak waarbij deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds voor in die bedrijfstak werkzame personen niet verplicht is gesteld.

VWEU

Artikel 101

1 Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- b. het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- c. het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- d. het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- e. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

2 De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

3 De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische

of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

- a. beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
- b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Artikel 102

Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Artikel 106

- 1 De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.
- 2 De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
- 3 De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.

Mededingingswet

§ 1. Verbod van mededingingsafspraken

Artikel 6

- 1 Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhindert, beperkt of vervalst.
 - 2 De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.
 - 3 Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
- a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of

b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

4 Een onderneming of ondernemersvereniging die zich op het derde lid beroept, bewijst dat aan dat lid is voldaan.

§ 2. Uitzondering in verband met het vervullen van bijzondere taken

Artikel 11

Voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, geldt artikel 6, eerste lid, voor zover de toepassing van dat artikel de vervulling van de aan die onderneming of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Artikel 16

Artikel 6, eerste lid, geldt niet voor:

a. een collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst,

b. een overeenkomst in een bedrijfstak tussen een of meer werkgeversorganisaties en een of meer werknemersorganisaties uitsluitend met betrekking tot pensioen als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet,

c. een overeenkomst of besluit van een organisatie van beoefenaren van een vrij beroep houdende uitsluitend de deelname aan een beroepspensioenregeling als bedoeld in artikel 1 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling, indien overeenkomstig artikel 5 van die wet, met betrekking tot een zodanige regeling een verzoek is ingediend tot verplichtstelling door Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het verzoek niet is afgewezen.

§ 1. Verbod van misbruik van economische machtsposities

Artikel 24

1 Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

2 Het tot stand brengen van een concentratie als omschreven in artikel 27 wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.

Bijlage III Rechtspraakregister

HvJ EG/EU

HvJ EU 4 december 2014, NJ 2015/24 (FNV Kiem)
HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-437/09, PJ 2011/57 (AG2R)
HvJ EG 6 oktober 2009, zaken C-501, 515, 519/06 P, *Jur.* p. I-9291, NJ 2010/80 (GlaxoSmithKline)
HvJ EU 5 maart 2009, C-350/07, *Jur.* I-01513 (Kattner)
HvJ EU 4 juni 2009, zaak C8/08, *Jur.* I-4259 (T-mobile)
HvJ EU 11 juli 2006, C- 205/03, *Jur.* I -06295 (FENIN)
HvJ EU 16 maart 2004, zaak C 264, 306, 354 en 355, *Jur.* 2004, I-02493 (AOK ziekenfonds)
HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00, *Jur.* I-00691 (Cisal)
HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Jur.* I-8089, NJ 2002, 164 (Ambulanz Glöckner)
HvJ EG 12 september 2000, zaak C 80-184/98, *Jur.* 2000, p. I-6497, AB 2001, 129 (Pavlov)
HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*);
HvJ EG 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*)
HvJ EG 21 september 1999, C 219/97, NJ 2000, 233 (Drijvende Bokken)
HvJ EG 21 september 1999, NJ 2001/151 (Van der Woude);.
HvJ EG 12 februari 1998, zaak C-163/96, *Jur.* 1998, p. I-533 (*Raso*)
HvJ EG 23 oktober 1997, C-157-160/94, *Jur.* 1997, p. I-5699 (*Commissie/Nederland e.a.*)
HvJ EG 16 november 1995, zaak C 244/95, *Jur.* 1995 I-04013, (Fédération Française)
HvJ EG 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, *Jurispr.* blz. I-5077
HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159 en 160/91, *Jur.* I-00367 (Poucet en Pistre)
HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 (Akzo Chemie/Commissie EG), *Jur.* 1991, p, I-3359
HvJ EG 23 april 1991, ECLI:EU:C:1991:161, NJ 1993, 592 (Höfner)
HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, *Jur.* 1979, 461 (*Hoffmann-La Roche*)
HvJ EG 14 februari 1978, C 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*)
HvJ EG 25 oktober 1977, C 26/76, *Jur.* 1977, 1875 (Metro)
HvJ EG 16 december 1975, C 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Jur.* 1975, p. 2008 (*Suikerunie*)
HvJ EG 13 februari 1969, zaak C 14/68, *Jur.* 1969, p. 1 (Walt Wilhelm)
HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, *Jur.* 1964, p. 1199 (*Costa/ENEL*)
HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, *Jur.* 1963, p. 1 (Van Gend en Loos)

Hoge Raad

HR 6 november 2015, NJ 2016, 169 (PNO Media)
HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA 3745 (tankstation Texel)
HR 16 februari 2001, NJ 2001/202, PJ 2001/17

CBB

CBB 15 november 2016, PJ 2017/3 (GSFS)
CBB 30 januari 2009, PJ 2009/50
CBB 1 april 2008, PJ 2008/42 (PGGM)
CBB 1 april 2008, PJ 2008/43 (ABP)

Hof

Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:550 (PMA)
Hof Amsterdam 15 juli 2008, PJ 2009, 68 (PGGM)

Bijlage IV Literatuurlijst

- J.E. Appeldoorn, H.H.B. Vedder, *Beginselen van Europees en Nederlands mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013
- J. Boone, E. van Damme, *Marktwerking in de pensioensector?*, Netspar 2007, NEA 2007/5.
- C. Bellamy, *European Union Law of Competition*, zevende editie, Oxford: Oxford University Press 2013
- M.E.C. Boumans, *Het FNV Kiem-arrest en de verplichte deelname van zelfstandigen in een bpf*, TPV 2016/21
- B.J. Drijber, *Grenzen en mogelijkheden vanuit mededingingsrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief*, 22 maart 2007
- J. van de Gronden, *Mededingingsrecht in de EU en Nederland*, nog niet gepubliceerd, 2017
- M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, BJU Den Haag 2015
- M. Heemskerk, *Van pensioen crisis tot pensioen(re)evolutie*, oratie Nijmegen, BJU 2013
- M. Heemskerk, *Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen*, WPNR 2013/6968
- T. Huijg, P. Vestering, *De-risking door aanpassing van de pensioenregeling*, TFR 2014, 7/8
- L. Kok, S. van der Lecq, E. Lutjens, N. Rosenboom, B. Tieben, I. Witte, *Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregelingen en het algemeen pensioenfonds*, SEO Amsterdam september 2015
- E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen, Deventer: Wolters Kluwer 2016
- E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013
- E. Lutjens, *De wet Bpf*, Kluwer, Deventer 1999
- E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU Amsterdam), Zwolle, Tjeenk Willink 1989
- R.H. Maatman, A. Steneker, *Ringfencing van pensioenvermogens*, Netspar NEA paper 20, Tilburg, Netspar 2009
- E.J. Offerhaus, *Bedrijfspensioenfondsen* (diss. Rotterdam), Van Veen 1953
- Rapport van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen, *Het pensioenfonds als taakorganisatie*, Amsterdam, 27 oktober 2003.
- J.M.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van sociale zekerheidsbepalingen*, diss. VU, Deventer: Kluwer 2004

Stichting van de Arbeid 30 november 1998, Advies Hoofdlijnen voor een andere regeling van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars, 1998/7, Den Haag

P.M. Tulfer, Pensioenen, fondsen en verzekeraars, Deventer: Kluwer 1997

M.S. Wirtz, Collissie tussen cao's en mededingingsrecht, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2006

I. Witte, Het algemeen pensioenfonds en de taakafbakening, Netspar 2015/33