

JAR 2018/90, Hoge Raad, 02-03-2018, ECLI:NL:HR:2018:300,  
ECLI:NL:PHR:2017:1221, 16/05243 (annotatie)

<b>Instantie:</b> Hoge Raad
<b>Datum uitspraak:</b> 02-03-2018, 27-10-2017
<b>Publicatie:</b> JAR 2018/90 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 5, 2018
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. B.C.L. Kanen</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:300</a> , <a href="#">ECLI:NL:PHR:2017:1221</a>
<b>Zaaknummer:</b> 16/05243, 16/05243
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:300</a></li> <li>• AR-Updates.nl 2018-0259</li> <li>• NJB 2018/550</li> <li>• RvdW 2018/297</li> <li>• <a href="#">ECLI:NL:PHR:2017:1221</a></li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Arbeidsrecht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Streefkerk</li> <li>• mr. De Groot</li> <li>• mr. Du Perron</li> <li>• mr. Kroeze</li> <li>• mr. Sieburgh</li> </ul>
<b>Partijen:</b> De vereniging Bovag te Bunnik, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. S.F. Sagel, tegen Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek te 's-Gravenhage, verweerster in cassatie, advocaat: mr. P.S. Kamminga.  Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Bovag en PMT.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">Wet Bpf 2000 - 1</a></li> <li>• <a href="#">Wet Bpf 2000 - 2</a></li> <li>• <a href="#">Wet Bpf 2000 - 3</a></li> <li>• <a href="#">Wet Bpf 2000 - 4</a></li> <li>• <a href="#">Wet Bpf 2000 - 8</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 1</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 2 lid 2 sub a</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 23 lid 2</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 25</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 35 lid 1</a></li> <li>• <a href="#">Pw - 105 lid 2</a></li> <li>• <a href="#">Rv - 329</a></li> </ul>

### Inhoudsindicatie

Verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kan bindend besluiten over de verdeling van de pensioenpremie tussen

werkgevers en werknemers

## Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

## Samenvatting

De zaak betreft een geschil tussen PMT, het bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak Metaal en Techniek (MT), en Bovag, een werkgeversvereniging binnen één van de sectoren van die bedrijfstak. Deelneming in PMT is voor de gehele bedrijfstak verplicht gesteld op grond van art. 2 Wet Bpf 2000. De cao's voor de bedrijfstak MT worden gesloten door de sociale partners die samenwerken in de Vakraad. Binnen de Vakraad komen ook pensioenregelingen tot stand. Bovag maakt sinds 2010 geen deel meer uit van de Vakraad en onderhandelt sindsdien zelfstandig met werknemersorganisaties over een eigen cao voor de betreffende sector. In dat kader heeft Bovag een cao gesloten waarin onder meer was bepaald dat de werkgever de helft van de door hem verschuldigde pensioenpremie kan verhalen op de werknemer door inhouding op het salaris. In het pensioen- en uitvoeringsreglement van PMT was daarentegen bepaald dat het bestuur van PMT het percentage vaststelt waarvoor de werkgever dit recht van verhaal heeft. Het door het bestuur van PMT vastgestelde percentage was lager dan het percentage van 50% in de hiervoor genoemde cao van Bovag. Nadat PMT het verzoek van Bovag om de betreffende sector uit te zonderen van de standaardpremieverdeling had afgewezen, hebben partijen hun geschil direct aan het Hof Arnhem-Leeuwarden voorgelegd (prorogatie). Het hof heeft voor recht verklaard dat PMT bevoegd was de premiebesluiten te nemen en dat de Bovag-werkgeversleden verplicht zijn tot naleving daarvan. In cassatie klaagt Bovag onder meer dat het hof heeft miskend dat aan sociale partners, dat wil zeggen Bovag en de relevante werknemersorganisaties, de bevoegdheid toekomt om in het kader van cao-onderhandelingen bindende afspraken te maken over de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers en dat zij niet gehouden was de premiebesluiten van PMT na te leven.

Bij de beoordeling van de klachten geeft de Hoge Raad eerst een vooropstelling over het stelsel van de Wet Bpf 2000 en de Pensioenwet (r.o. 3.3.2-3.3.7). De Hoge Raad overweegt vervolgens dat uit het stelsel van art. 2 Wet Bpf 2000 en art. 4 Wet Bpf 2000 voortvloeit dat, na verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven, de onderhandelings- en contracteeruimte op het gebied van de arbeidsvoorwaarden betreffende het pensioen zowel tussen individuele werkgevers en werknemers als tussen afzonderlijke werkgevers- en werknemersorganisaties aanzienlijk is beperkt. Het pensioenreglement, en daarmee de inhoud van de pensioenregeling, wordt vanaf dat moment immers vastgesteld en gewijzigd op een wijze zoals voortvloeit uit de afspraken tussen de sociale partners in de bedrijfstak en zoals voorzien in de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds. Datzelfde geldt voor het uitvoeringsreglement. Het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds kan aan de statuten en reglementen bovendien de bevoegdheid ontleen om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee aan de inhoud van de pensioenregeling), en aan het uitvoeringsreglement. De deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers, zijn verplicht om aldus vastgestelde reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven (r.o. 3.3.8). Als, zoals in het onderhavige geval, het pensioenreglement en het uitvoeringsreglement aan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds de bevoegdheid verlenen de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers vast te stellen, bestaat voor individuele werknemers en werkgevers en voor afzonderlijke werkgevers- en werknemersorganisaties geen ruimte om zelfstandig een andere verdeling van de pensioenpremie overeen te komen (r.o. 3.3.9). Het hof is dus uitgegaan van een juiste rechtsopvatting. De klachten van Bovag falen.

NB. De onderhavige bodemprocedure werd voorafgegaan door een kort geding. Ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag stelde PMT in het gelijk (Rb. Den Haag 4 december 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:15029](#)). In het daaropvolgende hoger beroep werd echter Bovag in het gelijk gesteld. Het Hof Den Haag overwoog daartoe (onder meer) dat Bovag en haar leden door het besluit van PMT zijn geschaad in hun fundamentele recht om op basis van

collectieve onderhandelingen een premieverdeling voor de betreffende sector overeen te komen (Hof Den Haag 31 maart 2015, **ECLI:NL:GHDHA:2015:711**). Het Hof Arnhem-Leeuwarden en de Hoge Raad oordelen hierover dus anders en stellen PMT (alsnog) in het gelijk.

## **Uitspraak**

### **Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Timmerman)

#### **1. De feiten**

Partijen hebben hun geschil op grond van een prorogatieovereenkomst van 23 juli 2015 voorgelegd aan het Hof Arnhem-Leeuwarden. Uit het tussenarrest van 15 december 2015 blijkt dat het hof is uitgegaan van de hiernavolgende feiten.<sup>1</sup> In het feitenrelaas komt een aantal begrippen voor die ik onder onderdeel 3 van deze conclusie uitleg.

1.1. PMT is een bedrijfstakpensioenfonds. De bedrijfstak bestaat uit een viertal sectoren: de sector Metaal en Techniek, de sector Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (hierna de sector MvT), de sector Tank en Was en de sector Zeilmakerijen. Deelname aan PMT is voor de bedrijfstak Metaal en Techniek als geheel verplicht gesteld op grond van art. 2 Wet Bpf 2000.

1.2. Bovag is een werkgeversvereniging binnen de sector MvT. Zij behartigt de belangen van haar leden, onder meer op het gebied van arbeidsvoorwaarden. De leden van Bovag vallen onder de verplichtstelling van art. 2 Wet Bpf 2000.

1.3. De cao's voor de bedrijfstak Metaal en Techniek worden gesloten door de sociale partners samenwerkend in de Stichting Vakraad Metaal en Techniek (hierna de Vakraad). Binnen de Vakraad worden ook regelingen voor pensioenen afgesloten.

1.4. De cao voor de bedrijfstak Metaal en Techniek is afgesloten voor de periode van 1 mei 2013 tot en met 28 februari 2015. Aan de cao ligt het "Akkoord in de Metaal en Techniek 2013/2015" van 11 oktober 2013 ten grondslag, waarin onder andere het volgende is vermeld:

#### **"2. INKOMEN**

(...)

2.4. Naar aanleiding van de VPL-brief van DNB moeten de kosten van de overgangsmaatregelen en pensioenregeling worden gesplitst. In het kader van de uitvoering heeft PMT de Vakraad verzocht om een heldere mandatering ter zake. Deze mandatering wordt in de loop van de maand oktober door de Vakraad opgeleverd.

2.5. De kosten van de huidige overgangsmaatregelen worden per 1 januari 2014 volledig ten laste van de werkgever gebracht.

(...)

#### **7. OVERGANGSREGELINGEN EN PENSIOEN**

(...)

De eerder genoemde mandatering met betrekking tot de overgangsmaatregelen zal onderdeel uitmaken van een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst (BUO) die de verhouding van sociale partners in de Vakraad en het bestuur PMT omschrijft en waarin door sociale partners – die verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de regeling – duidelijke uitvoeringsregels worden vastgelegd ten behoeve van het bestuur van PMT. (...).

1.5. Bovag maakt sinds 2010 geen deel meer uit van de Vakraad. Bovag onderhandelt sindsdien zelfstandig met de

vakorganisaties over een eigen cao voor de sector MVT. De onderhandelingen vinden plaats in de Stichting Bedrijfsraad (hierna de Bedrijfsraad).

1.6. Bovag heeft op 28 januari 2013 met de vakorganisaties een “Principe-akkoord in de Motorvoertuigen- en Tweewielerbranche 2012/2014” (hierna het Principeakkoord MVT) gesloten waarin onder andere het volgende is bepaald:

“De werkgevers- en werknemersorganisaties, samen werkend in de Bedrijfsraad voor het Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf, hebben een principeakkoord bereikt met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden CAO ingaande op 1 oktober 2012. De bedrijfstak kent circa 12.500 bedrijven en 81.000 werknemers. Het betreft de CAO voor het Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf. (...)”

## 7. PENSIOEN

Cao-partijen hebben de intentie om de onderstaande twee afspraken te continueren voor de lopende Cao-periode: (...)

De afspraken in dit Cao-akkoord zijn gemaakt in een periode waarin een nieuwe pensioenregeling in ontwikkeling is. Indien bij de totstandkoming van de nieuwe pensioenregeling (PMT) een verhoging van de werkgeverslasten leidt tot een afspraak over een lagere loonontwikkeling van werknemers, dan verwerken partijen in de Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijven dit in nadere afspraken over de compensatie daarvan in de vorm van bijvoorbeeld reductie van de structurele loonsverhoging, vakantie-uren dan wel andere arbeidsvoorwaardelijke elementen.(...)”.

1.7. Bovag heeft een cao (hierna de “cao MVT”) afgesloten voor de periode van 1 oktober 2012 tot en met 31 oktober 2014. In art. 97 lid 2 van de cao MVT is bepaald dat de werkgever voor elke werknemer de krachtens het pensioenreglement vastgestelde premie verschuldigd is. De werkgever heeft voor de helft van de door hem verschuldigde premie recht van verhaal op de werknemer door middel van inhouding bij elke uitbetaling van het salaris.

1.8. PMT hanteerde een Pensioenreglement 2014, een Uitvoeringsreglement 2014 en Beleidsregels 2014. In het Pensioenreglement 2014 van PMT is onder andere het volgende bepaald:

“1.2 Verdeling premie

(...)

b. De Werkgever heeft het recht om een door het Bestuur te bepalen percentage van de voor de Deelnemer betaalde (gekorte) premies voor de in hoofdstuk II (Pensioenaanspraken) gedefinieerde pensioensoorten – door inhouding bij elke uitbetaling van het salaris – te verhalen op de betreffende Deelnemer. (...)”.

1.9. In het Uitvoeringsreglement 2014 van PMT is onder andere het volgende bepaald:

“II. Financiering

1. Premieheffing

1.1

Vaststelling premie

1.2

Verdeling premie

(...)

b. De Werkgever heeft het recht om een door het Bestuur te bepalen percentage van de voor de Deelnemer betaalde

(gekorte) premies voor de in artikel 1.3.2 gedefinieerde pensioensoorten – door inhouding bij elke uitbetaling van het salaris – te verhalen op de betreffende Deelnemer.(...)”.

1.10. In de Beleidsregels 2014 van PMT is onder andere het volgende bepaald:

## “XII. Financiering

### 1. Premieheffing

#### 1.2.b. Verdeling premie

Met ingang van 1 januari 2014 heeft de werkgever het recht om ten hoogste 36,8% van de voor de betreffende deelnemer te betalen premie over pensioengrondslag I in te houden bij elke uitbetaling van het salaris van deze Deelnemer. Van de te betalen premie over pensioengrondslag II kan de werkgever ten hoogste 46,8% inhouden op het salaris van de deelnemer.”

1.11. De wijziging van de verdeling van de pensioenpremie per 1 januari 2014 naar (maximaal) 36,8% voor de werknemer en (minimaal) 63,2% voor de werkgever was voor Bovag niet acceptabel. De premieverdeling per 1 januari 2014 hield een wijziging in van de sinds 1 april 2013 door PMT gehanteerde – en toen ook nog voor Bovag acceptabele – verdeling, te weten (minimaal) 53,2% van de premie voor de werkgever en (maximaal) 46,8% van de premie voor de werknemer. Het initiatief voor de wijziging van de verdeling van de pensioenpremie kwam van de Vakraad.

1.12. Naar aanleiding van het Principe-akkoord MvT hebben de bij dit akkoord betrokken partijen afgesproken dat de oude premieverdeling – (minimaal) 53,2% voor de werkgever en (maximaal) 46,8% voor de werknemer – toegepast zou blijven in de periode tussen 1 januari 2014 en 31 maart 2014. In die periode zouden zij onderhandelen over de in het Principeakkoord MvT genoemde compensatie. PMT heeft deze tijdelijke oplossing geaccepteerd. Eind maart 2014 is het overleg tussen Bovag en de werknemersorganisaties over een compensatieregeling mislukt.

1.13. Per brief van 22 juli 2014 heeft Bovag het bestuur van PMT verzocht om rekening te houden met de belangen van Bovag en de pensioenpremierverdeling in de cao MvT. In deze brief was het volgende te lezen:

“Zoals u bekend is, heeft de deelsector Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf een eigen cao (cao MvT). Deze cao MvT loopt qua inhoud en looptijd niet synchroon met de cao in de deeltijdsector Metaal en Techniek (cao M&T). Ook is bij u bekend het verschil van inzicht dat sociale partners bij de cao MvT hebben over de pensioenpremierverdeling in de branche. Beide cao's vallen onder de werkingssfeer van PMT (...) Wij verzoeken u rekenschap te geven van onze belangen en waar mogelijk in de afspraken die u eventueel met sociale partners in de deelsector M&T gaat maken, daar rekening mee te houden. (...)”

1.14. Op 25 september 2014 is een “Principe-akkoord Pensioen voor de Techniek” (hierna het Pensioenakkoord voor de Techniek) tot stand gekomen voor de sectoren Metaal en Techniek en Metalektr in de Vakraad en in de Stichting Raad van Overleg in de Metalektr (hierna de ROM) met betrekking tot één nieuwe pensioenregeling voor de Techniek. Die regeling gaat op 1 januari 2015 in. In het Principeakkoord Pensioen is onder andere het volgende vermeld:

“De Sociale Partners willen daarbij het volgende in dit Akkoord vastleggen:

### I. Algemene afspraken

a. Sociale Partners hebben een Pensioenakkoord voor de Techniek gesloten over een nieuwe pensioenregeling voor de Bedrijfstakken Metaal en Techniek en Metalektr ingaande per 1 januari 2015. Onder de bedrijfstakken Metaal en Techniek en Metalektr worden verstaan de bedrijfstakken, die thans in de huidige verplichtstelling van PMT en PME zijn genoemd.

(...)

e. Het Pensioenakkoord voor de Techniek is gesloten voor een periode van 5 jaar:

vanaf 1 januari 2015 tot en met 31 december 2019. (...)

#### IV Overgangsregelingen VPL

a. De Overgangsregelingen VPL geldende in de bedrijfstakken Metaal en Techniek en Metalektro worden niet gewijzigd ten opzichte van de huidige regelingen. (...)

#### c. Premieverdeling

De overeengekomen premies voor de Overgangsregelingen VPL komen volledig voor rekening van de werkgever. Werknemers zijn derhalve geen eigen bijdrage verschuldigd. (...)"

1.15. Per brief van 3 november 2014 heeft Bovag het bestuur van PMT het hiernavolgende verzocht:

"Het gaat ons om een helder antwoord op de volgende vraag: is PMT bereid in het binnenkort vast te stellen pensioenreglement voor 2015 en in nog eerder (?) te verspreiden communicatie de premieverdeling in de branche Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf (verder MvT) aparte aandacht te geven. Wat ons betreft is een andere pensioenregeling voor de MvT niet aan de orde. In de Metaal & Techniek (verder: M&T) afspraken kunnen we ons vinden (met uitzondering van de premieverdeling dus)

Wat wij concreet vragen:

- Zonder de branche MvT uit van de standaard premieverdeling paragraaf in pensioenreglement, beleidsregels en communicatie;
- Geef in die documenten aan dat de premieverdeling 53,2% voor de werkgever en 46,8% voor de werknemers is over de totale OP en VPL premie in de branche MvT (dit is sinds april 2013 zo);
- Maak zo nodig duidelijk dat de sociale partners in de branche MvT gaan over deze verdeling, omdat het immers onderdeel van de vaste loonruimte discussie is en zij over de verdeling voor de toekomst nog in gesprek zijn (hopelijk is dat nog maar even);
- Als PMT de vorige 3 aandachtsstreepje een te lastige opgave vindt: geef dan in de premieverdelingsparagraaf, beleidsregels en communicatie aan dat sociale partners in de MvT over de premieverdeling in de branche MvT zelf nader zullen communiceren (...)."

1.16. PMT heeft het verzoek van Bovag per brief van 20 november 2014 afgewezen. In de brief van PMT staat het volgende:

"Op 3 november jl heeft u ons een brief gezonden waarin u PMT vraagt om in het pensioenreglement, de beleidsregels en de communicatie de Motorvoertuigentechniek uit te zonderen waar het de premieverdeling betreft. U wilt dat PMT een andere premieverdeling vastlegt en communiceert aan de branche Motorvoertuigentechniek.

Uw verzoek is, zoals al eerder aangekondigd, besproken in de bestuursvergadering van PMT op 18 november jl.

Het bestuur heeft besloten uw verzoek niet te honoreren. Het premiebesluit is gebaseerd op afspraken van sociale partners die over de inhoud van de pensioenregeling gaan. Deze besluiten zijn vastgelegd in het pensioenreglement en vallen onder de verplichtstellingsbeschikking, waaraan elke partij zich gebonden weet.

PMT heeft u en de vakorganisaties die betrokken zijn bij de CAO Motorvoertuigentechniek het jaar 2014 gegeven om een aanvullende Cao-afpraak, zoals reeds eerder in die CAO was overeengekomen, te maken omtrent kostenontwikkelingen en premieverdeling. Ondanks toezeggingen is die afspraak niet gerealiseerd.

PMT heeft thans de wettelijke taak tijdig en volledig belanghebbenden te informeren over de inhoud van de nieuwe pensioenregeling, inclusief de premieverdeling in 2015. (...)"

1.17. Op 18 december 2014 hebben de Vakraad en PMT een "Overeenkomst inzake de Uitvoering Overgangsbepalingen VPL" gesloten. Eveneens op 18 december 2014 zijn de ROM, de Vakraad, PME en PMT een Bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst aangegaan.

1.18. In de Beleidsregels 2015 van PMT is onder andere het volgende vermeld:

"Hoofdstuk LX. Financiering

(...)

#### *IX. 1.4 Verdeling premie*

Met ingang van 1 januari 2015 heeft de werkgever het recht om ten hoogste 46,30% van de voor de betreffende deelnemer te betalen premie over pensioengrondslag I (*pensioengrondslag tot Salarisgrens*) in te houden bij elke uitbetaling van het salaris van deze Deelnemer. Van de te betalen premie over pensioengrondslag II (*pensioengrondslag boven de Salarisgrens*) kan de werkgever ten hoogste 46,8% inhouden op het salaris van de deelnemer."

1.19. Bovag kon zich bij deze uitkomst niet neerleggen.

## **2. Het procesverloop**

2.1. Bovag heeft een kort geding-procedure bij de Rechtbank Den Haag aangespannen, waarin zij in het ongelijk is gesteld.<sup>2</sup> Bovag heeft hoger beroep ingesteld en is toen door het Hof Den Haag in het gelijk gesteld.<sup>3</sup>

2.2. PMT heeft in de bodemprocedure op 17 juli 2015 Bovag gedagvaard. Partijen zijn overeengekomen hun geschil bij wijze van prorogatie direct aan het Hof Arnhem-Leeuwarden voor te leggen (art. 329 Rv). PMT heeft gevorderd dat het hof voor recht zal verklaren:

1. dat PMT bevoegd was de premiebesluiten 2014 en 2015 te nemen, zoals deze besluiten luiden;
2. dat deze besluiten niet onrechtmatig zijn jegens Bovag en/of de leden-werkgevers van Bovag;
3. dat de Bovag-werkgeversleden verplicht zijn tot naleving van deze besluiten en;
4. dat PMT bevoegd was hierover te communiceren.

2.3. Het hof heeft op 15 december 2015 een tussenarrest gewezen. Bij eindarrest van 17 mei 2016 heeft het hof voor recht verklaard dat PMT bevoegd was de premiebesluiten 2014 en 2015 te nemen, behoudens voor zover deze betrekking hebben op de VPL-premie en voorts dat de Bovag-werkgeversleden verplicht zijn tot naleving van deze besluiten.<sup>4</sup> De daarnaast door PMT gevorderde verklaringen voor recht dat de hiervoor vermelde besluiten niet onrechtmatig zijn en dat PMT bevoegd was hierover te communiceren zijn door het hof afgewezen wegens een gebrek aan belang aan de zijde van PMT.

2.4. Het hof heeft in het eindarrest, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen:

"2.19. Op het gebied van pensioenen brengt de hiervoor vermelde wettelijke verplichtstelling mee dat individuele werkgevers in de bedrijfstak (in dit geval de bedrijfstak Metaal en Techniek) geen keuze (meer) hebben of hun werknemers deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds, althans voor zover deze werknemers werkzaam zijn in ondernemingen waarin uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden worden verricht zoals omschreven in de verplichtstellingsbeschikking. Op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 leven de deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur

van het bedrijfstakpensioenfonds na. De deelnemer in artikel 4 Wet Bpf is blijkens de definitie in artikel 1 Wet Bpf 2000 de deelnemer als bedoeld in artikel 1 Pw, te weten de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder. Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof mee dat op het gebied van de pensioenen bij deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds er geen onderhandelingsruimte en contracteervrijheid meer bestaat tussen (individuele) werkgevers en (individuele) werknemers. De statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds zijn leidend en bindend voor de onder de verplichtstellingsbeschikking vallende werkgevers en werknemers.

2.20. De in artikel 4 Wet Bpf omschreven verplichting van de werkgevers om de statuten, reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van in dit geval PMT na te leven, laat onverlet dat het hof dient te toetsen of de door PMT voor 2014 en 2015 vastgestelde premiebesluiten in overeenstemming zijn met de hiervoor vermelde reglementen en besluiten van PMT. Concreet gaat het hierbij om de pensioenreglementen, de uitvoeringsreglementen en de beleidsregels van PMT.

[...]

2.25. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is het hof van oordeel dat PMT ten aanzien van de in rechtsoverweging 2.21 (...) vermelde 'reguliere' pensioensoorten mocht besluiten zoals zij dat voor 2014 en 2015 heeft gedaan. Dat deze besluiten niet in overeenstemming met artikel 8.4. van de [...] statuten zijn genomen, is gesteld noch gebleken. Bovag was dan ook op grond van artikel 4 Wet Bpf gehouden deze besluiten na te leven.

2.26. Zoals hiervoor is overwogen bevat hoofdstuk II onder 2 van de pensioenreglementen 2014 en 2015 een opsomming van de pensioensoorten ten aanzien waarvan PMT bevoegd was én de voor de deelnemer geldende premie vast te stellen én het door de werkgever te verhalen deel van deze premie op de werknemer. De VPL-premie is niet vermeld in de opsomming van hoofdstuk II onder 2 van de pensioenreglementen 2014 en 2015, zodat PMT ten aanzien van de VPL-premie niet bevoegd was te besluiten zoals zij dat voor 2014 en 2015 heeft gedaan. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat op grond van artikel 65 lid 1 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet een geldelijke, vastgestelde uitkering die op basis van artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 wordt overeengekomen geen pensioen is als bedoeld in de Pensioenwet of de Wet Verplichte beroepspensioenregeling voor zover deze nog niet is gefinancierd. PMT heeft niet betwist dat financiering van deze aanspraken (nog) niet heeft plaatsgevonden.

2.27. In artikel 8 lid 1 Wet Bpf is bepaald dat de door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage voor alle deelnemers gelijk is of voor alle deelnemers een gelijk percentage bedraagt van het loon dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen, met dien verstande dat er voor verschillende vormen van pensioen en voor verschillende pensioenregelingen verschillende bijdragen kunnen worden vastgesteld. Bovag heeft met een beroep op artikel 8 Wet Bpf aangevoerd dat verschillende doorsneepremies zijn toegestaan en dat PMT ten aanzien van haar een afwijkende werknemersbijdrage in de pensioenpremie had moeten vaststellen.

[...]

2.29. Uit de hiervoor geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de doorsneepremie het meest vergaande instrument is om solidariteit in de regeling te bewerkstelligen, niet alleen binnen een onderneming of tussen de werknemers maar ook tussen de ondernemingen in een bedrijfstak. Op grond van de hiervoor vermelde wetsgeschiedenis is niet uitgesloten dat binnen een bedrijfstakpensioenfonds verschillende doorsneepremies worden gehanteerd, doch voorwaarde daarbij is wel dat de regelingen waarvoor een verschillende doorsneepremie geldt inhoudelijk verschillend zijn. Die situatie doet zich niet voor, aangezien het in de onderhavige zaak gaat om een en dezelfde pensioenregeling. Het beroep van Bovag op artikel 8 Wet Bpf faalt.

2.30. In artikel 105 lid 2 Pw is bepaald dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en ervoor zorgen dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

2.31. Bovag heeft, meer subsidiair en kort samengevat, aangevoerd dat PMT voor de jaren 2014 en 2015 voor haar een uitzondering had moeten maken. Het hof is van oordeel dat die enkele omstandigheid, te weten de weigering van PMT om aan de wensen van Bovag tegemoet te komen – ten koste van de solidariteit binnen de

bedrijfstak – onvoldoende is om op grond daarvan aan te nemen dat Bovag zich niet op evenwichtige wijze vertegenwoordigd heeft kunnen voelen door PMT. Bovag heeft, om haar moverende redenen, ervoor gekozen een eigen weg in te slaan binnen de sector MvT. Dat PMT, door haar opstelling destijds in de overleggremia, mede heeft bijgedragen aan deze keuze, doet niet af aan het feit dat Bovag deze keuze heeft gemaakt en ook niet wenst terug te komen op deze keuze. Het beroep op artikel 105 lid 2 Pw faalt.

2.32. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen zal het hof voor recht verklaren dat PMT bevoegd was de premiebesluiten 2014 en 2015 te nemen, behoudens voor zover deze betrekking hebben op de VPL-premie en voorts dat de

Bovag-werkgeversleden verplicht zijn tot naleving van deze besluiten.”

2.5. Bovag heeft bij dagvaarding van 16 augustus 2016, derhalve tijdig, beroep in cassatie ingesteld. PMT heeft op 2 december 2016 geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Bovag heeft vervolgens op 10 maart 2017 een schriftelijke toelichting op de cassatiedagvaarding ingediend. PMT heeft op dezelfde datum een document getiteld “Aantekeningen houdende schriftelijke toelichting ingediend”. Bovag heeft hierna een repliekschrift ingediend op 31 maart 2017. PMT heeft ten slotte een dupliekschrift ingediend.

### **3. De bespreking van het cassatiemiddel**

3.1. Het draait in deze zaak om de vraag of het verplicht gestelde PMT niet alleen de hoogte van de verschuldigde pensioenpremie bindend mag bepalen, maar ook het percentage van de bijdrage van de werknemers aan deze premie dat de werkgevers op het loon van de werknemers mogen inhouden. Het hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Bovag voert in cassatie een aantal bezwaren tegen deze beslissing aan.

#### ***Het systeem van de Pensioenwet (Pw)***

3.2. Een bedrijfstakpensioenfonds is een pensioenfonds ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak (art. 1 Pw). Een bedrijfstakpensioenfonds is een “pensioenuitvoerder” (art. 1 Pw).

3.3. Onder “pensioenovereenkomst” wordt verstaan: “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen” (art. 1 Pw). Art. 2 lid 2, sub a, Pw bepaalt dat met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld: de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling.

3.4. Een “pensioenregeling” is een regeling op grond van een pensioenovereenkomst (art. 1 Pw). Een “pensioenreglement” is de door de pensioenuitvoerder opgestelde regeling met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer (art. 1 Pw).

3.5. Onder “uitvoeringsovereenkomst” wordt verstaan: de overeenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder over de uitvoering van een of meer pensioenovereenkomsten (art. 1 Pw). Onder “uitvoeringsreglement” wordt verstaan: de door een bedrijfstakpensioenfonds opgestelde regeling voor de verhouding tussen pensioenuitvoerder en werkgever (art. 1 Pw).

3.6. Art. 23 lid 1, sub a, Pw bepaalt het volgende:

“1. De werkgever brengt een pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onder door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij:

a. een pensioenuitvoerder;”

Lid 2 bepaalt het volgende:

“De in het eerste lid opgenomen verplichting van de werkgever tot het sluiten en in stand houden van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst geldt niet bij uitvoering door een bedrijfstakpensioenfonds:

a. mits de werkgever gehouden is of zich verbonden heeft door lid te zijn van een werkgeversvereniging tot naleving van de statuten en reglementen van dit bedrijfstakpensioenfonds; en

b. een uitvoeringsreglement door het bedrijfstakpensioenfonds is opgesteld dat voldoet aan de eisen die in artikel 25 ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst zijn gesteld.”

3.7. Art. 24 Pw bepaalt dat de werkgever de verschuldigde premie voldoet.

3.8. Hoofdstuk 4 van de Pensioenwet bevat algemene bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder. Art. 32 Pw bepaalt dat een pensioenuitvoerder tot taak heeft een pensioenovereenkomst uit te voeren op basis van een uitvoeringsovereenkomst of een uitvoeringsreglement.

3.9. Art. 35 Pw bepaalt het volgende:

“1. De pensioenuitvoerder stelt een pensioenreglement vast in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.”

3.10. In de memorie van toelichting staat hierover het volgende:

“Eerste lid

Het pensioenreglement geeft weer welke rechten en verplichtingen de pensioenuitvoerder enerzijds en de aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden anderzijds jegens elkaar hebben op basis van de afspraken die zijn opgenomen in de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst. Na een wijziging van de pensioenovereenkomst, zal bezien moeten worden in hoeverre de uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement aangepast moeten worden. Ten aanzien van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt voor de volledigheid nog gewezen op artikel 2, tweede lid, onderdeel a, waarin is bepaald dat met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld de rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling. Tevens zal bij dergelijke pensioenfondsen een uitvoeringsreglement worden gehanteerd. Op grond van artikel 43, eerste lid, onderdeel a, moet op verzoek het pensioenreglement door de pensioenuitvoerder worden verstrekt.”<sup>5</sup>

3.11. Doorgaans bepalen de sociale partners (werkgevers- en werknemersorganisaties) de inhoud van de pensioenovereenkomst in de cao. Het (bedrijfstak)pensioenfonds voert deze uit.

3.12. Hoofdstuk 5 van de Pensioenwet is getiteld “Algemene bepalingen met betrekking tot pensioenfondsen”. Afdeling 5.1 bevat bepalingen over de organisatie van het bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds.

3.13. Art. 105 lid 2 Pw bepaalt het volgende:

“De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.”

In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet wordt hierover het volgende opgemerkt:

“Het bestuur van bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen is het hoogste en

eindverantwoordelijke orgaan en als zodanig verantwoordelijk voor de uitvoering van de door werkgever(s) en werknemer(s) gemaakte afspraken over pensioenen. *Het bestuur stelt – als eindverantwoordelijk orgaan – het pensioenreglement vast waarin de door de werkgever(s) en werknemer(s) overeengekomen inhoud van de pensioenovereenkomst wordt vastgelegd* [cursivering A-G]. Het bestuur van een pensioenfonds dient er voor te zorgen dat er voldoende middelen zijn om aan de pensioenverplichtingen die voortkomen uit die pensioenovereenkomst te voldoen. *Het bestuur moet zich bij de uitvoering van de pensioenovereenkomst mede richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de werkgever(s) en ervoor zorgen dat deze groepen zich door het bestuur op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen* [cursivering A-G].”<sup>6</sup>

3.14. Art. 105 lid 2 Pw is gericht tot de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen. Overtreding van dit voorschrift kan leiden tot een bestuurlijke boete (zie art. 176 lid 1 Pw). Voorts kan het voorschrift een rol spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van door het bestuur van het pensioenfonds genomen besluiten. Het bestuur is immers wettelijk verplicht om bij het uitoefenen van zijn taak met de belangen van alle belanghebbenden op een evenwichtige wijze rekening te houden. Het gaat hierbij om een open norm. Op welke wijze in concreto met de betrokken belangen rekening behoort te worden gehouden, hangt af van onder meer de zwaarte van de wederzijdse belangen, de aard van de te nemen besluiten en van de overige omstandigheden van het geval.

#### **Verplichtstelling op grond van de Wet Bpf 2000**

3.15. Art. 2 lid 1 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) bepaalt het volgende:

“Onze Minister kan op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn, verplichtstellen.”

3.16. De Wet Bfp 2000 biedt de mogelijkheid om na een verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven een dwingend element toe te voegen aan de pensioenregels van de Pw. Dit blijkt bij voorbeeld uit art. 4 Wet Bpf 2000. Dit wetsartikel bepaalt het volgende:

“De deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.”

Deze “nalevingsplicht” is een rechtsgevolg van de verplichtstelling.<sup>7</sup>

3.17. Art. 2 Wet Bpf 2000 lijkt op art. 2 van de Wet algemeen verbindendverklaring (hierna Wet AVV). Op grond van art. 2 Wet AVV is de Minister van Sociale Zaken bevoegd om bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst, die voor een – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, algemeen verbindend te verklaren.

3.18. Uit het Toetsingskader AVV<sup>8</sup> volgt dat de Wet AVV géén toepassing vindt op bepalingen over pensioen. In het Toetsingskader AVV, dat op 6 december 2013 in de Staatscourant is gepubliceerd, staat hierover het volgende:

“Niet voor aw in aanmerking komen:

*Cao-bepalingen over pensioenen. Pensioenen zijn voorzieningen met een eigen, door de Pensioenwet bepaald regime. Voor pensioenen bestaat analoog aan het algemeen verbindend verklaren van cao-bepalingen de ‘verplichte deelname’ op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (WBpf 2000) [cursivering A-G].”*

3.19. Verplichtstelling op grond van art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000 is slechts mogelijk bij een gezamenlijke aanvraag van werkgevers- en werknemersorganisaties die voldoende representatief zijn. Zij bepalen eveneens de werkingssfeer, de

inhoud van de statuten en de reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds en de ingangsdatum.<sup>9</sup>

3.20. In de laatste versie van de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000 staat onder meer het volgende:

“Reden hiervoor is dat een besluit in het kader van de verplichtstelling grote gevolgen heeft voor een bedrijfstak, in beginsel voor onbepaalde tijd. *Voldoende draagvlak binnen de bedrijfstak voor zo'n besluit is daarom van belang*

[cursivering A-G].

Mede vanwege de grote betekenis van zo'n besluit voor een bedrijfstak, moet het bij een aanvraag om verplichtstelling op grond van de Wet Bpf 2000 gaan om een gezamenlijke aanvraag van werkgevers en werknemers, 'het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak'. *Bij de beoordeling van de representativiteit wordt daarom zowel gekeken naar de werkgevers- als naar de werknemerspartijen* [cursivering A-G].

Dit is anders dan bij een verzoek om AVV. Dat kan op basis van de wet worden ingediend door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen van werkgevers of werknemers.

De representativiteit in het kader van de Wet Bpf 2000 wordt beoordeeld ten aanzien van de werkingssfeer waarvoor verplichtstelling, wijziging of gehele of gedeeltelijke intrekking wordt gevraagd. [...]

*Sociale partners hebben bij de omschrijving van de werkingssfeer de mogelijkheid om bepaalde categorieën werknemers of bedrijven van de werkingssfeer uit te zonderen. Deze vallen dan buiten de werkingssfeer van het bpf en buiten het besluit tot verplichtstelling en worden daarom niet meegenomen in de beoordeling van de representativiteit* [cursivering A-G].<sup>10</sup>

3.21. Verlach maakt in zijn noot onder het kort geding-vonnis van de Rechtbank Den Haag in de onderhavige zaak een vergelijking met de Wet AVV. Hij merkt het volgende op: “Zoals een cao kan inbreken op een individuele arbeidsovereenkomst, kan een verplichte bedrijfstakpensioenfondsregeling inbreken op een cao (of een individuele arbeidsovereenkomst wat dat betreft).”<sup>11</sup>

3.22. Een verplichtstelling op grond van art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000 beperkt de vrije marktwerking binnen een bedrijfstak. In een Nota naar aanleiding van het verslag wordt het volgende opgemerkt over het instrument van verplichtstelling:

“Zoals reeds eerder gesteld vindt het kabinet het een groot goed wanneer iedereen in Nederland die werkt, een aanvullende pensioenregeling heeft. Om dit te bevorderen wordt de pensioenopbouw fiscaal gefaciliteerd en bestaat het instrument van verplichtstelling. Het is echter in eerste instantie een zaak van sociale partners, die afspraken kunnen maken over de totstandkoming van een pensioenregeling en de inhoud ervan.

De bemoeienis van de overheid strekt zich ten aanzien van de aanvullende pensioenen in eerste instantie niet verder uit dan het scheppen van waarborgen op het moment dat een pensioentoezegging is gedaan. Die waarborgen worden geboden door de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Daarnaast is er het instrument van de verplichtstelling waarbij de overheid op verzoek van sociale partners kan overgaan tot verplichtstelling van deelname voor een gehele bedrijfstak.

Omdat via dit instrument wordt ingegrepen in de vrije marktwerking in de tweede pijler vindt het kabinet het van belang dat bij die pensioenfondsen in de regeling dan in ieder geval sprake moet zijn van een vergaande vorm van solidariteit. *Via die solidariteit wordt gerealiseerd dat ongeacht gezondheid, leeftijd of geslacht een pensioen kan worden opgebouwd tegen een redelijke prijs. De solidariteit is daarmee voor het kabinet niet een doel op zich, maar een rechtvaardiging voor de inbreuk op de vrije markt door het gebruik van het instrument van verplichtstelling* [cursivering A-G]. Met dit instrument wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de pensioenopbouw door zoveel mogelijk werknemers.<sup>12</sup>

3.23. In de memorie van antwoord van het toenmalige kabinet aan de leden van Eerste Kamer staat het volgende over het instrument van verplichtstelling:

*“Het instrument van de verplichtstelling dient ter ondersteuning van de arbeidsvoorwaardelijke afspraken betreffende aanvullende pensioenregelingen zoals die worden gemaakt tussen de sociale partners in een bedrijfstak. Aan die primaire verantwoordelijkheid van sociale partners wat betreft de arbeidsvoorwaarden wordt alom grote waarde gehecht [cursivering A-G]. Dit mag blijken uit het advies van de Sociaal Economische Raad betreffende de wijziging van de Wet Bpf (SER, nr. 99/07) en de discussie in de Tweede Kamer over de begrenzing van de reikwijdte van de verplichtstelling, die er uiteindelijk toe geleid heeft dat het voorstel van het kabinet om een grens te stellen aan die reikwijdte via amendering uit het wetsvoorstel verdwenen is.”<sup>13</sup>*

3.24. Op grond van art. 12 van de Wet Bpf 2000 zal ten minste een maal per vijf jaar worden beoordeeld of voor de verplichtstelling nog voldoende draagvlak bestaat. Op deze manier wordt veilig gesteld dat de basis voor een

verplichtstelling – een belangrijke meerderheid van het bedrijfsleven in de bedrijfstak ondersteunt de

verplichtstelling – gewaarborgd wordt.<sup>14</sup>

### **De doorsneepremie**

3.25. Art. 8 Wet Bpf 2000 bepaalt het volgende:

*“1. De door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage is voor alle deelnemers gelijk of bedraagt voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen, met dien verstande dat er voor verschillende vormen van pensioen en voor verschillende pensioenregelingen verschillende bijdragen kunnen worden vastgesteld [cursivering A-G].*

2. Het eerste lid is niet van toepassing op de door of voor deelnemers verschuldigde bijdragen ten behoeve van vrijwillige pensioenvoorzieningen.

*3. In afwijking van het eerste lid worden voor verschillende pensioenregelingen die worden uitgevoerd door hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds geen verschillende bijdragen vastgesteld indien die pensioenregelingen dezelfde of nagenoeg dezelfde inhoud hebben [cursivering A-G].*

4. Het derde lid is niet van toepassing indien bij een bedrijfstakpensioenfonds sprake is van een regeling die voor alle deelnemers geldt en de actuariële waarde van de uit die regeling voortvloeiende verplichtingen ten minste twee derde van de actuariële waarde van de uit het totaal van de pensioenregelingen van het fonds anders dan regelingen voor nabestaanden- of invaliditeitspensioen, voortvloeiende verplichtingen met uitzondering van de uit de vrijwillige pensioenvoorzieningen voortvloeiende verplichtingen, betreft.”

3.26. Dit wetsartikel schrijft als gevolg van de verplichtstelling niet alleen de nalevingsplicht, maar ook doorsneepremie voor.<sup>15</sup> Deze is een premie, die uniform voor een gehele groep vastgesteld wordt, zonder rekening te houden met individuele verschillen (met uitzondering van salaris). Ik verwijs naar de memorie van toelichting:

*“Onder de doorsneepremie wordt begrepen de totale pensioenpremie die door de werkgever wordt afgedragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. De doorsneepremie wordt naar rato van de loonsom of van de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de aangesloten werkgevers en is inclusief de eventuele werknemersbijdrage. Onderscheid in bijdrage op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid is niet toegestaan [cursivering A-G].”<sup>16</sup>*

3.27. Van belang is ook hetgeen op p. 17 van de memorie van toelichting staat:

“Artikel 8 (Bijdrage)

Door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage

De ‘zinsnede door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage’ geeft aan dat de doorsneepremie zowel voor het werkgevers- als het werknemersdeel van de bijdrage verplicht is als deze beide aan de orde zijn, het woordje ‘of’ moet in dit geval gelezen worden als ‘en/of’. In de situatie dat zowel een werkgevers- als een werknemersdeel verschuldigd is zal het niet mogelijk zijn om de delen met elkaar te compenseren, *ze zullen ieder afzonderlijk aan de verplichting van de doorsneepremie moeten voldoen* [cursivering A-G]. De verplichting tot het hanteren van een doorsneepremie geldt ook indien er slechts sprake is van een werkgeversdeel.”

3.28. In de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet Bpf 2000 wordt het volgende opgemerkt met betrekking tot de doorsneepremie:

*“De doorsneepremie is het meest vergaande instrument om solidariteit in de regeling te bewerkstelligen, niet alleen binnen een onderneming of tussen de werknemers maar ook tussen de ondernemingen in de bedrijfstak. Het kabinet is van mening dat met de eis van doorsneepremie een wezenskenmerk van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt vastgelegd. In de praktijk zal het vastleggen van deze voorwaarde in een wettelijke bepaling weinig problemen opleveren, omdat vrijwel alle verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen reeds zo’n doorsneepremie hanteren. Met het vastleggen van deze eis wordt wettelijk gewaarborgd dat dit ook in de toekomst zo zal zijn. De solidariteit die hiermee wordt gerealiseerd is naar de mening van het kabinet een rechtvaardiging voor de beperking van de marktwerking in de tweede pijler die via het instrument van verplichtstelling, mede door toedoen van de overheid, plaatsvindt. [cursivering A-G].*

In het wetsvoorstel wordt in het bepaalde ten aanzien van de doorsneepremie de mogelijkheid gecreëerd om binnen een bedrijfstakpensioenfonds verschillende doorsneepremies te hanteren. Voorwaarde daarbij is wel dat de regelingen waarvoor een verschillende doorsneepremie geldt inhoudelijk verschillend is. De leden van de VVD- en SGP-fracties vragen naar de reden hiervan.

*In een bedrijfstakpensioenfonds kunnen verschillende subsectoren verenigd zijn. Er kan in verband met flexibiliteit behoefte zijn aan meerdere collectieve regelingen binnen een bedrijfstakpensioenfonds. In de huidige situatie, maar ook op basis van onderhavig wetsvoorstel is dit toegestaan. In theorie is het mogelijk dat de subsectoren verschillende deelnemersbestanden hebben en een bepaalde subsector een gunstiger bestand heeft dan de andere.*

*Met de beperking dat verschillende doorsneepremies alleen mogelijk zijn wanneer de inhoud van de regelingen verschillend is, wordt beoogd te voorkomen dat de bedrijfstakbrede solidariteit wordt uitgekleeft. Het onderscheiden van diverse deelnemersbestanden binnen een bedrijfstakpensioenfonds met als enige doel onderscheid in doorsneepremie aan te brengen wordt hierdoor onmogelijk. Wanneer solidariteit met andere subsectoren door sociale partners niet gewenst is, moet maar een afzonderlijk bedrijfstakpensioenfonds voor dat deel worden opgericht. Gezien de (toenemende) behoefte aan flexibiliteit, ook in pensioenregelingen bij bedrijfstakpensioenfondsen, is het niet ondenkbaar dat diverse regelingen binnen een bedrijfstakpensioenfonds aanwezig zijn. Er zijn diverse bedrijfstakpensioenfondsen waarin meerdere sectoren aanwezig zijn. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het ABP, PGGM en het bpf voor de Bouwnijverheid [cursivering A-G].”<sup>17</sup>*

3.29. Mijns inziens heeft de wetgever met tot de voorgeschreven doorsneepremie beoogd om *actuarieel* bepaalde premies te verbieden. Onderscheid in bijdrage op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid is niet toegestaan, omdat dit de solidariteit binnen een bedrijfstak zou uithollen. Kent de bedrijfstak een sector met een in actuarieel opzicht gunstiger deelnemersbestand, dan mag weliswaar voor deze sector een andere (lagere) doorsneepremie gelden, maar alleen als deze sector ook een eigen, andere pensioenregeling heeft. De doorsneepremie is in de loop van de jaren een controversieel onderdeel van het pensioengebouw geworden. Deze zorgt voor solidariteit tussen jonge en oude deelnemers in een pensioenfonds. Actuarieel gezien kan de premie die voor een jongere deelnemer betaald dient te worden lager zijn dan die voor een oudere werknemer. De premie voor de jongere werknemers kan immers langer renderen. Dit is een van de redenen waarom het idee van een doorsneepremie momenteel in de maatschappelijke discussie onder druk staat.<sup>18</sup>

### **Beoordeling van het cassatiemiddel**

3.30. Het namens Bovag ingediende cassatiemiddel bevat drie onderdelen.

### **Onderdeel 1**

3.31. Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 2.19 van het eindarrest van het hof en meer in het bijzonder tegen de volgende zin:

“Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof mee dat op het gebied van de pensioenen bij deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds er geen onderhandelingsruimte en contracteervrijheid meer bestaat tussen (individuele) werkgevers en (individuele) werknemers.”

3.32. Het eerste subonderdeel klaagt dat de beslissing van het hof in rov. 2.19 getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof daarmee heeft miskend dat, mede in aanmerking genomen het grondrecht op vrije collectieve onderhandelingen zoals verankerd in onder meer art. 6 ESH, de door het hof aangehaalde bepalingen uit de Wet Bpf 2000 er niet aan in de weg staan, dat aan de sociale partners – dat wil zeggen, in dit geval, Bovag en de relevante werknemersorganisaties – de bevoegdheid toekomt om in het kader van cao-onderhandelingen op basis van de Wet cao te onderhandelen, en bindende afspraken te maken over de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers. Subonderdeel 2 voert aan dat gegrondbevinding van de klacht in subonderdeel 1 ook de beslissing in rov. 2.25 van het arrest vitiesert. Hierbij merkt Bovag nog op dat het recht op collectief onderhandelen een fundamenteel (grond)recht is. Bovag verwijst naar Verdrag 87, Verdrag 98 en Verdrag 154 van de International Labour Organization, het IVBPR, art. 22 IVESCR, art. 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, art. 6 ESH, art. G ESH, de punten 12 tot 14 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werknemers en naar art. 11 EVRM. Ook verwijst Bovag naar de uitspraak EHRM 12 november 2008 (Demir en Baykara/Turkije), *RvdW* 2009/662, rov. 154. In de onderhavige kwestie is volgens Bovag niet voldaan aan de beperkingsgronden van art. G ESH en art. 11 lid 2 EVRM.

3.33. Ik meen dat uit de Pw voortvloeit dat een pensioenfonds de bevoegdheid heeft om een pensioenregeling die in vrije collectieve onderhandelingen tot stand gekomen is, via door hem vast te stellen reglementen en besluiten uit te voeren (zie onderdeel 3.9-11 van deze conclusie). Het primaat voor het vaststellen van een pensioenregeling ligt dus bij de sociale partners. Mijns inziens brengt de Wet Bpf 2000 als wettelijke regeling met eigen normerende werking een beperking van de vrijheid van onderhandelen voor sociale partners mee. Van belang is in dit verband onder andere de nalevingsplicht, zoals die is geregeld in art. 4 Wet Bpf 2000 (zie 3.16 van deze conclusie): werkgevers dienen bij een verplichtstelling de statuten, reglementen en besluiten van het pensioenfonds na te leven. Dit wetsartikel bevat geen uitzondering op de nalevingsplicht voor werkgevers die een eigen cao hebben afgesloten met daarin afspraken voor het pensioen die afwijken van het geheel van regels die in het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds gelden. Die nalevingsplicht geldt dus onverkort. Ik wijs erop dat aan de voor een bepaalde bedrijfstak verplicht gestelde pensioenregels steeds een afspraak van een aantal sociale partners ten grondslag dient te liggen. Deze afspraak wordt door de verplichtstelling een brede verplichtende werking gegeven. Het primaat van de vrije onderhandelingen geldt nog steeds en de inbreuk op de vrijheid van onderhandelen is als gevolg hiervan beperkt. Die inbreuk treft alleen werkgevers die niet betrokken zijn bij de onderhandelingen die ten grondslag liggen aan de verplicht gestelde pensioenregels. Het bedrijfstakpensioenfonds blijft dus in beginsel slechts de vertaler van pensioenafspraken die de wel bij de onderhandelingen betrokken sociale partners hebben tot stand gebracht.

3.34. In de wetsgeschiedenis is aangeduid dat het systeem van verplichtstelling inbreuk op de vrijheid van onderhandelen maakt met name met het oog op de solidariteit en het voorkomen van onheuse concurrentie binnen de bedrijfstak (zie onderdeel 3.22 van deze conclusie). De wetgever wil kennelijk in het geval van verplichtstelling, die alleen tot stand komt op verzoek van de representatieve sociale partners, zoiets als een *race to the bottom* voorkomen.<sup>19</sup> Dit motief lijkt mij relevant juist in een geval als het onderhavige waarin Bovag een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden voor werknemers lijkt na te streven. Bovag wenst immers een hoger verhaalsrecht op de werknemers. Het gaat hier mijns inziens om een legitiem doel van de wetgever.

3.35. Dit alles betekent m.i. dat, indien sociale partners achter het bedrijfstakpensioenfonds een bepaalde premieverdeling zijn overeengekomen en het bedrijfstakpensioenfonds hieraan vervolgens uitvoering geeft, de overeengekomen premieverdeling deel uitmaakt van de verplicht gestelde pensioenvoorziening die voor de gehele

bedrijfstak geldt.

3.36. Ik wijs op nog een ander punt. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft de bevoegdheid om een tussen sociale partners overeengekomen premieverdeling aan de bedrijfstak op te leggen, maar hoeft dit mijns inziens niet te doen.<sup>20</sup> Ik verwijs naar de briefwisseling tussen Bovag en PMT die van deze mogelijkheid lijkt uit te gaan (zie onderdeel 1.13-1.16 van deze conclusie). Lutjens wijst nog op een ander verschijnsel: “Het enkele feit dat een werkgever komt te vallen onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds, betekent niet automatisch – vanwege de aard van de verplichtstelling – dat daarmee die gunstiger afspraken zijn vervallen of opzijgezet. Die gunstiger afspraken blijven in beginsel gelden als bovenwettelijke gunstiger afspraken [...] Een gunstigere afspraak over de premie dan opgenomen in de statuten of het reglement of in een cao is toegestaan indien de statutaire en reglementaire bepalingen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds of de cao-bepalingen als minimumregeling zijn te beschouwen. [...]. Net als bij cao's kan worden aangenomen dat afwijkingen ten gunste van de werknemer van statutaire en reglementaire bepalingen over de premie zijn toegestaan, tenzij de statuten en reglementen uitdrukkelijk anders bepalen”.<sup>21</sup>

3.37. Het middel werpt de vraag op of beperking op de vrijheid van onderhandelen die uit de Wet Bpf 2000 voortvloeit gegeven diverse internationale regelingen toelaatbaar is. Voor zover het onderdeel een rechtstreeks beroep heeft willen doen op de ILO-verdragen nrs. 87, 98 en 154 treft dit geen doel. Het recht op collectief onderhandelen bestaat volgens deze Verdragen enkel tegenover de overheid. Uit deze verdragen kunnen vakbonden geen afdwingbaar recht op collectief onderhandelen afleiden.<sup>22</sup> Art. 8 IVESCR is niet aan te merken als een “een ieder verbindende bepaling” in de zin van art. 94 Grondwet.<sup>23</sup>

3.38. Het beroep op art. 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie faalt gelet op art. 51 lid 1 van het Handvest. Ingevolge deze bepaling is het Handvest gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie, alsmede tot de lidstaten.<sup>24</sup>

3.39. Van art. 6 ESH heeft alleen het laatste, vierde lid rechtstreekse werking.<sup>25</sup> Dit artikellid garandeert “het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht”. Onder collectief optreden moeten collectieve acties worden verstaan, waaronder het stakingsrecht, zoals lid 4 benadrukt. De strekking van deze bepaling is het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen.<sup>26</sup> Een vakorganisatie kan de onwil van een werkgever om collectief te onderhandelen proberen te doorbreken door een staking uit te roepen. Art. 6 lid 4 ESH garandeert dus niet rechtstreeks een (grond)recht op collectief onderhandelen. Het beroep art. 6 ESH faalt.

3.40. Art. 22 lid 1 IVPBPR bepaalt dat een ieder het recht heeft op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. Art. 11 lid 1 EVRM bepaalt dat een ieder recht heeft op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. Uit geen van beide bepalingen kan ik een “grondrecht op collectief onderhandelen” afleiden. De EHRM-uitspraak Demir en Baykara/Turkije waarop het onderdeel een beroep doet, ziet op een andere kwestie dan in casu, namelijk het recht om een vakbond op te richten.

3.41. Zoals onder 3.17 van deze conclusie is uiteengezet, is het middel van verplichtstelling vergelijkbaar met het middel van algemeenverbindendverklaring onder de Wet AVV. Nu van algemeenverbindendverklaring niet kan worden gezegd dat dit een ontoelaatbare beperking inhoudt van de vrijheid van onderhandeling,<sup>27</sup> kan dit mijns inziens evenmin van de verplichtstelling worden gezegd. Dat spreekt te meer aan, omdat de bedrijfstakpensioenregeling die PMT aan de bedrijfstak heeft opgelegd bescherming aan de werknemers die onder het regime van Bovag vallen geeft.

3.42. Het voorgaande betekent dat de klacht van subonderdeel 1 geen doel treft. De klacht in subonderdeel 2 bouwt voort op de klacht in subonderdeel 1. Deze klacht treft daarom evenmin doel.

## Onderdeel 2

3.43. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 2.29 van het eindarrest. Het onderdeel voert aan dat de beslissing van het hof in rov. 2.29 klaarblijkelijk aldus moet worden verstaan dat het hof van mening is (dat art. 8 Wet Bpf 2000 meebrengt)

dat slechts dan een verschillende premieverdeling kan gelden voor groepen van werknemers en werkgevers, binnen verschillende sectoren van één bedrijfstak waarvoor een verplichtstellingsbeschikking in de zin van de Wet Bpf 2000 geldt, voor zover die groepen van werknemers en werkgevers vallen onder (bij dat bedrijfstakpensioenfonds ondergebrachte) pensioenregelingen die inhoudelijk verschillend zijn. Het onderdeel klaagt dat het hof daarmee heeft miskend dat per sector binnen een bedrijfstak een verschillende premieverdeling kan gelden voor werknemers en werkgevers die op grond van een verplichtstellingsbeschikking in de zin van de Wet Bpf 2000 allen deelnemen in één en dezelfde pensioenregeling waarvoor deelname verplicht is gesteld voor de gehele bedrijfstak.

3.44. De klacht in onderdeel 2 wordt als volgt toegelicht door Bovag. Het hof heeft zich bij de uitleg van de zinsnede “de door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage” gebaseerd op de wetsgeschiedenis van art. 8 Wet Bpf 2000 (*Kamerstukken II*, 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 17) en hieruit afgeleid dat art. 8 Wet Bpf 2000 met zich brengt dat ook de *werknemersbijdrage* voor alle deelnemers in alle sectoren binnen een bedrijfstak aan de eis van de doorsneepremie moet voldoen, tenzij sprake is van inhoudelijk verschillende pensioenregelingen. Hiermee heeft het hof evenwel miskend dat, wanneer men de wetsgeschiedenis van art. 8 Wet Bpf 2000 *in zijn geheel* beziet, daaruit voortvloeit dat met de doorsneepremie die op grond van art. 8 Wet Bpf 2000 moet worden gehanteerd, uitsluitend wordt bedoeld op de *totale* door de werkgever af te dragen pensioenpremie, en dat de verplichting om een doorsneepremie te hanteren er derhalve niet aan in de weg staat dat per sector binnen een bedrijfstak een verschillende premieverdeling kan gelden voor werknemers en werkgevers die op grond van een verplichtstelling deelnemen in dezelfde pensioenregeling, *tenzij* die verschillende premieverdeling zijn oorsprong vindt in *persoonskenmerken* (geslacht, leeftijd, gezondheid). Het onderdeel voert aan dat aan de met de doorsneepremieplicht beoogde solidariteit geenszins afbreuk wordt gedaan indien er per sector binnen een bedrijfstak een verschillende premieverdeling – zoals overeengekomen in het kader van collectieve onderhandelingen – wordt gehanteerd voor werknemers en werkgevers die op grond van een verplichtstellingsbeschikking deelnemen in één en dezelfde pensioenregeling. Een uitleg als voornoemd vindt volgens het onderdeel ook steun in de wetsgeschiedenis en in de juridische literatuur. Vgl. *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 4 en *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27073, nr. 6, p. 9.

3.45. Ik meen dat het hof terecht heeft geoordeeld dat art. 8 Wet Bpf 2000 alleen verschillende doorsneepremies toelaat bij inhoudelijk verschillende pensioenregelingen. Dat oordeel is in overeenstemming met de tekst van art. 8 Wet Bpf en de daarbij gemaakte opmerkingen in de parlementaire stukken (zie onderdeel 3.27 en 3.28 van deze conclusie). Om deze reden faalt onderdeel 2.

3.46. Ten overvloede wijs ik erop dat een pensioenfonds en de sociale partners een zekere vrijheid hebben om een pensioenregeling als standaardregeling waarvan niet afgeweken mag worden in te richten of als minimumregeling op te zetten waarvan ten gunste van de werknemers wel kan worden afgeweken (zie onderdeel 3.36 van deze conclusie). Ook is het m.i. toegelaten dat een pensioenfonds de regeling van het verhaalsrecht overlaat aan cao-afspraken die door sociale partners op dit punt worden gemaakt. Ook is nog denkbaar dat het pensioenfonds aan de betrokken werkgever ruimte laat om het verhaalsrecht binnen een bepaalde bandbreedte die het pensioenfonds bepaalt wordt uitgeoefend. Het is, zoals vaak in het arbeidsrecht, uiteindelijk allemaal niet in beton gegoten. Wel brengt het systeem van de verplichtstelling en van de doorsneepremie mee dat het pensioenfonds voor wat betreft de pensioenregelingen een bepaalde rol binnen een bedrijfstak heeft. Die rol van het pensioenfonds heeft in het onderhavige geval meegebracht dat PMT een (minimum-)regeling voor het verhaalsrecht op de werknemers heeft tot stand gebracht die in de gehele sector Metaal en Techniek geldt.

### **Onderdeel 3**

3.47. Onderdeel 3 richt een gemengde rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 2.31 van het eindarrest. Het onderdeel voert aan dat Bovag ten processe heeft gewezen op een zeer groot aantal feiten, omstandigheden en argumenten, die meebrengen dat een aparte premieverdeling voor de sector MvT dient te worden vastgesteld en dat PMT, door daaraan geen medewerking te verlenen, de verplichting van art. 105 lid 2 Pw heeft geschonden.

3.48. Het onderdeel wijst op de hiernavolgende feiten, omstandigheden en argumenten (onder vermelding van de vindplaats in de processtukken):

– Op grond van art. 105 lid 2 Pw dient PMT zich te richten naar de belangen van de verschillende bij het fonds

betrokken stakeholders; Bovag en de door haar vertegenwoordigde werkgevers zijn dergelijke stakeholders;

- PMT dient dus bij de besluitvorming haar belangen en de belangen van alle stakeholders af te wegen;
- PMT heeft geen enkel belang bij een uniforme premieverdeling. Het fonds kan niet nagaan of de door haar voorgestane premieverdeling wordt nageleefd en is evenmin in staat naleving van de door haar voorgestane premieverdeling te handhaven.
- Tegenover dit gebrek aan belang voor PMT staat het evidente belang van Bovag: de door PMT voorgestane premieverdeling leidt tot forse extra kosten voor de werkgevers aan de zijde van Bovag (ca. 40 miljoen euro per jaar), het onjuiste standpunt van PMT speelt de vakbonden waarmee Bovag onderhandelt over een nieuwe cao ten onrechte in de kaart, en vakbonden misbruiken de opstelling van PMT.
- Er is sprake van een inbreuk van PMT op een recht van Bovag en de vakbonden.
- PMT legt de rekening van de lagere werknemersbijdrage bij de achterban van BOVAG.
- Met een dergelijk handelen miskent PMT de belangen van Bovag, als onderdeel van het georganiseerd bedrijfsleven en als vertegenwoordiger van werkgevers in de sector MvT. Daarmee ontnemt PMT Bovag het recht op collectieve onderhandelingen in de zin van artikel 6 Europees Sociaal Handvest.
- Art. 8 Wet Bpf 2000 staat niet in de weg aan een separate premieverdeling voor de sector MvT.

3.49. Het onderdeel klaagt dat als het hof de aangevoerde feiten, omstandigheden en argumenten, in rov. 2.31 niet inhoudelijk heeft besproken omdat hij van mening is dat de weigering van PMT om de door Bovag gewenste uitzondering te maken – ongeacht de feiten en omstandigheden van het geval en ongeacht de kracht van de argumenten die Bovag heeft aangedragen voor het maken van dat onderscheid – hoe dan ook niet met zich kan brengen dat PMT met die weigering de uit art. 105 lid 2 Pw volgende (zorg)verplichting heeft geschonden, dat oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Zulks omdat het hof dan heeft miskend dat het feit dat PMT heeft geweigerd om de gevraagde uitzondering te maken, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval en de voor die uitzondering aangevoerde argumenten, wel degelijk kan leiden tot het oordeel dat Bovag zich op goede gronden niet deugdelijk vertegenwoordigd voelde in de zin van art. 105 lid 2 Pw en dat PMT haar uit hoofde van die bepaling op haar rustende (zorg)verplichting heeft geschonden.

3.50. Het onderdeel dient mijns inziens te falen. Het hof heeft een voldoende inzichtelijke en begrijpelijke belangenafweging gemaakt en heeft die afweging tot hoofdzaken beperkt. Het hof heeft daarbij in overeenstemming met wat de wetgever voor ogen stond veel gewicht toegekend aan de solidariteit binnen de bedrijfstak Metaal en Techniek. Ook heeft het hof benadrukt dat Bovag om haar moverende redenen een eigen weg is ingeslagen en ook niet op die keuze wil terugkomen. Kennelijk wil het hof daarmee aanduiden dat Bovag het in zekere zin aan zich zelf te wijten heeft dat zij zich niet deugdelijk vertegenwoordigd acht. Dat zijn beide belangrijke gezichtspunten die het door het hof gegeven oordeel begrijpelijk maken. Ten overvloede merk ik nog op dat ik na lezing van het dossier niet de indruk heb gekregen dat PMT de hoogte van het verhaalsrecht op de werknemers voor door de werkgevers aan PMT betaalde premies heeft bepaald met het uitsluitende doel om Bovag in de wielen te rijden.

#### **4. De conclusie**

De conclusie strekt tot verwerping.

#### **Hoge Raad**

##### *1. Het geding in feitelijke instantie*

(...; red.)

## 2. Het geding in cassatie

(...; red.)

## 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) PMT is het bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak Metaal en Techniek. De bedrijfstak bestaat uit verschillende sectoren, waaronder de sector Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (hierna: de sector MvT). Deelneming in PMT is voor de gehele bedrijfstak Metaal en Techniek verplicht gesteld op grond van art. 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000).

(ii) Bovag is een werkgeversvereniging binnen de sector MvT.

(iii) De cao's voor de bedrijfstak Metaal en Techniek worden gesloten door de sociale partners die samenwerken in de Stichting Vakraad Metaal en Techniek (hierna: de Vakraad). Binnen de Vakraad komen ook regelingen over pensioenen tot stand.

(iv) Bovag maakt sinds 2010 geen deel meer uit van de Vakraad en onderhandelt sindsdien zelfstandig met werknemersorganisaties over een eigen cao voor de sector MvT. Deze onderhandelingen vinden plaats binnen de Stichting Bedrijfsraad.

(v) Bovag heeft op 28 januari 2013 met werknemersorganisaties een "Principe-akkoord in de Motorvoertuigen- en Tweewielerbranche" (hierna: Principe-akkoord MvT) gesloten. Daarin is het volgende bepaald:

"De afspraken in dit Cao-akkoord zijn gemaakt in een periode waarin een nieuwe pensioenregeling in ontwikkeling is. Indien bij de totstandkoming van de nieuwe pensioenregeling (PMT) een verhoging van de werkgeverslasten leidt tot een afspraak over een lagere loonontwikkeling van werknemers, dan verwerken partijen in de Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijven dit in nadere afspraken over de compensatie daarvan in de vorm van bijvoorbeeld reductie van de structurele loonsverhoging, vakantie-uren dan wel andere arbeidsvoorwaardelijke elementen. (...)"

(vi) Bovag heeft een cao gesloten voor de periode van 1 oktober 2012 tot en met 31 oktober 2014. Daarin is onder meer bepaald dat de werkgever voor de helft van de door hem verschuldigde pensioenpremie recht van verhaal heeft op de werknemer door inhouding bij elke uitbetaling van het salaris.

(vii) PMT hanteerde een Pensioenreglement 2014 en een Uitvoeringsreglement 2014. Beide reglementen bepalen dat de werkgever het recht heeft een door het bestuur van PMT te bepalen percentage van de voor een deelnemer betaalde pensioenpremies, door inhouding bij elke uitbetaling te verhalen op de desbetreffende deelnemer.

(viii) In de Beleidsregels 2014 van PMT is bepaald dat (met ingang van 1 januari 2014) de werkgever het recht heeft om ten hoogste 36,8% van de voor de desbetreffende deelnemer te betalen premie over pensioengrondslag I, en ten hoogste 46,8% van de te betalen premie over pensioengrondslag II in te houden bij elke uitbetaling van het salaris van de deelnemer.

(ix) De Vakraad heeft het initiatief genomen voor de hiervoor onder (viii) vermelde premieverdeling. Voor Bovag was deze premieverdeling niet acceptabel. Deze verdeling hield een wijziging in van de sinds 1 april 2013 door PMT gehanteerde (en toen ook voor Bovag nog acceptabele) verdeling op grond waarvan ten hoogste 46,8% van de premie

kon worden verhaald op de deelnemer.

(x) De partijen bij het hiervoor onder (v) genoemde Principe-akkoord MvT hebben afgesproken dat de oude premieverdeling toegepast zou blijven worden in de periode tussen 1 januari 2014 en 31 maart 2014. In die periode zouden partijen onderhandelen over de in dat akkoord genoemde compensatie. Deze oplossing is door PMT geaccepteerd. Het overleg tussen Bovag en de werknemersorganisaties over een nadere compensatieregeling is eind maart 2014 mislukt.

(xi) Bij brief van 22 juli 2014 heeft Bovag het bestuur van PMT verzocht rekening te houden met de belangen van Bovag bij het maken van afspraken over de pensioenpremieverdeling.

(xii) Op 25 september 2014 is in de Vakraad een "Principe-akkoord Pensioen voor de Techniek" tot stand gekomen voor de bedrijfstak Metaal en Techniek.

(xiii) Bij brief van 3 november 2014 heeft Bovag het bestuur van PMT verzocht de sector MvT uit te zonderen van de standaardpremieverdeling in het (vast te stellen) pensioenreglement, de beleidsregels en de te verspreiden communicatie daarover.

(xiv) PMT heeft het verzoek van Bovag afgewezen op de grond dat het premiebesluit is gebaseerd op afspraken tussen de sociale partners die over de inhoud van de pensioenregeling gaan, en dat deze afspraken zijn vastgelegd in het pensioenreglement en vallen onder de verplichtstelling.

(xv) In de Beleidsregels 2015 van PMT is bepaald dat de werkgever het recht heeft om ten hoogste 46,3% van de voor de desbetreffende deelnemer te betalen premie over de pensioengrondslag I, en ten hoogste 46,8% van de te betalen premie over pensioengrondslag II, in te houden op het salaris van de deelnemer.

3.2. In de onderhavige procedure, waarin partijen op de voet van art. 329 Rv het geschil direct aan het hof hebben voorgelegd, heeft PMT, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat het hof voor recht zal verklaren dat PMT bevoegd was de premiebesluiten 2014 en 2015 te nemen en dat de Bovag-werkgeversleden verplicht zijn tot naleving van deze besluiten. Het hof heeft bij eindarrest deze verklaringen voor recht afgegeven en daartoe als volgt overwogen:

"2.19. Op het gebied van pensioenen brengt de hiervoor vermelde wettelijke verplichtstelling mee dat individuele werkgevers in de bedrijfstak (in dit geval de bedrijfstak Metaal en Techniek) geen keuze (meer) hebben of hun werknemers deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds, althans voor zover deze werknemers werkzaam zijn in ondernemingen waarin uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden worden verricht zoals omschreven in de verplichtstellings-beschikking. Op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 leven de deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na. De deelnemer in artikel 4 Wet Bpf is blijkens de definitie in artikel 1 Wet Bpf 2000 de deelnemer als bedoeld in artikel 1 Pw, te weten de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder. Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof mee dat op het gebied van de pensioenen bij deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds er geen onderhandelingsruimte en contracteervrijheid meer bestaat tussen (individuele) werkgevers en (individuele) werknemers. De statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds zijn leidend en bindend voor de onder de verplichtstellingsbeschikking vallende werkgevers en werknemers.

2.20. De in artikel 4 Wet Bpf omschreven verplichting van de werkgevers om de statuten, reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van in dit geval PMT na te leven, laat onverlet dat het hof dient te toetsen of de door PMT voor 2014 en 2015 vastgestelde premiebesluiten in overeenstemming zijn met de hiervoor vermelde reglementen en besluiten van PMT. Concreet gaat het hierbij om de pensioenreglementen, de uitvoeringsreglementen en de beleidsregels van PMT.

2.21. (...)

De artikelen 1.1 en 1.2 van hoofdstuk II van het uitvoeringsreglement 2014 zijn gelijklopend aan de artikelen 1.1 en 1.2 van hoofdstuk XII van het pensioenreglement 2014. De bevoegdheid van het bestuur van PMT om ten aanzien van deze pensioensoorten [onder meer het ouderdomspensioen en het partnerpensioen, HR] voor 2014 een premiebesluit te nemen vloeit voort uit artikel 16.1. en 16.3. van de in rechtsoverweging 2.5 vermelde statuten van PMT.

2.22. (...)

In artikel 1.5 van hoofdstuk IX van het Pensioenreglement 2015 is onder het kopje 'Verdeling premie' bepaald dat de werkgever het recht heeft een door het bestuur van PMT te bepalen percentage van de voor de deelnemer (dat is de werknemer die onder de verplichtstellingsbeschikking valt) betaalde (gekorte) premies voor een aantal limitatief omschreven pensioensoorten [onder meer het ouderdomspensioen en het partnerpensioen, HR] te verhalen op de betreffende deelnemer. (...)

(...)

2.24. Op grond van artikel 4 onder e van de statuten van de Vakraad (...) tracht de Vakraad zijn doel (hof: de bevordering van goede sociale verhoudingen in de metaalnijverheid) te bereiken door het voldoen aan hem bij statuten en/of reglementen, van andere organen of instellingen op het gebied van de metaalnijverheid opgelegde verplichtingen. In artikel 17.1. van de statuten van PMT van 6 februari 2007 is bepaald dat besluiten betreffende het vaststellen en wijzigen van het pensioenreglement niet in werking treden dan na goedkeuring door de Vakraad. In artikel 16.3. van de statuten van PMT van 18 februari 2011, 12 oktober 2011, 12 november 2012 en 1 juli 2014 is onder andere bepaald dat het bestuur slechts tot wijziging van het in artikel 16.1. genoemde reglement (hof: het pensioenreglement) zal besluiten, nadat de Vakraad in staat is gesteld daarover te adviseren. (...) Het hof acht (...) van doorslaggevend belang dat PMT voor 2015 een zelfstandig premiebesluit heeft genomen. Daartoe was zij op grond van de artikelen 16.1. en 16.3. van haar (...) statuten ook bevoegd. Dat PMT de vaststelling van de Vakraad heeft overgenomen, althans het advies van de Vakraad heeft opgevolgd, doet geen afbreuk aan deze bevoegdheid en kan zonder nadere toelichting door Bovag, die ontbreekt, niet de conclusie rechtvaardigen dat PMT op deze wijze misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt.

2.25. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is het hof van oordeel dat PMT ten aanzien van de (...) 'reguliere' pensioensoorten mocht besluiten zoals zij dat voor 2014 en 2015 heeft gedaan. Dat deze besluiten niet in overeenstemming met artikel 8.4. van de (...) statuten zijn genomen, is gesteld noch gebleken. Bovag was dan ook op grond van artikel 4 Wet Bpf gehouden deze besluiten na te leven.

(...)

2.27. (...)

Bovag heeft met een beroep op artikel 8 Wet Bpf aangevoerd dat verschillende doorsneepremies zijn toegestaan en dat PMT ten aanzien van haar een afwijkende werknemersbijdrage in de pensioenpremie had moeten vaststellen.

2.28. Met betrekking tot de vraag of PMT voor Bovag een afwijkende werknemersbijdrage in de pensioenpremie had mogen/moeten vaststellen, verwijst het hof naar de volgende passages in de wetsgeschiedenis: (...).

2.29. Uit de hiervoor geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de doorsneepremie het meest vergaande instrument is om solidariteit in de regeling te bewerkstelligen, niet alleen binnen een onderneming of tussen de werknemers maar ook tussen de ondernemingen in een bedrijfstak. Op grond van de hiervoor vermelde wetsgeschiedenis is niet uitgesloten dat binnen een bedrijfstakpensioenfonds verschillende doorsneepremies worden gehanteerd, doch voorwaarde daarbij is wel dat de regelingen waarvoor een verschillende doorsneepremie geldt inhoudelijk verschillend zijn. Die situatie doet zich niet voor, aangezien het in de onderhavige zaak gaat om een en dezelfde pensioenregeling. Het beroep van Bovag op artikel 8 Wet Bpf faalt.

2.30. In artikel 105 lid 2 Pw is bepaald dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken

deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en ervoor zorgen dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

2.31. Bovag heeft, meer subsidiair en kort samengevat, aangevoerd dat PMT voor de jaren 2014 en 2015 voor haar een uitzondering had moeten maken. Het hof is van oordeel dat die enkele omstandigheid, te weten de weigering van PMT om aan de wensen van Bovag tegemoet te

komen – ten koste van de solidariteit binnen de

bedrijfstak – onvoldoende is om op grond daarvan aan te nemen dat Bovag zich niet op evenwichtige wijze vertegenwoordigd heeft kunnen voelen door PMT. Bovag heeft, om haar moverende redenen, ervoor gekozen een eigen weg in te slaan binnen de sector MvT. Dat PMT, door haar opstelling destijds in de overleggremia, mede heeft bijgedragen aan deze keuze, doet niet af aan het feit dat Bovag deze keuze heeft gemaakt en ook niet wenst terug te komen op deze keuze. Het beroep op artikel 105 lid 2 Pw faalt.”

3.3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het oordeel van het hof in rov. 2.19 van zijn eindarrest getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat daarin is miskend dat aan sociale partners – dat wil zeggen Bovag en de relevante werknemersorganisaties – de bevoegdheid toekomt om in het kader van cao-onderhandelingen bindende afspraken te maken over de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers.

Gegrondbevinding van deze klacht raakt volgens onderdeel 1 ook de oordelen van het hof in rov. 2.25 dat PMT voor de “reguliere” pensioensoorten mocht besluiten zoals zij dat voor 2014 en 2015 heeft gedaan en dat Bovag dan ook op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 gehouden was deze besluiten na te leven.

3.3.2. Bij de beoordeling van deze klacht wordt het volgende vooropgesteld omtrent het stelsel van de Wet Bpf 2000 en de Pensioenwet (hierna: Pw).

3.3.3. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan op de voet van art. 2 Wet Bpf 2000 op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt, deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht stellen voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn.

3.3.4. Art. 2 lid 2, onder a, Pw bepaalt dat de rechtsbetrekking die voortvloeit uit de dienstbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling, met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld. Een pensioenovereenkomst is ingevolge art. 1 Pw hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen. De grondslag voor deelneming in het pensioenfonds is bij deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van verplichtstelling derhalve niet een pensioenovereenkomst, maar de verplichtstelling.

3.3.5. Het bedrijfstakpensioenfonds stelt als pensioenuitvoerder een uitvoeringsreglement op. Het uitvoeringsreglement is ingevolge art. 1 Pw een regeling met betrekking tot de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werkgever. Ingevolge art. 23 lid 2 Pw wordt in het uitvoeringsreglement in ieder geval een regeling opgenomen met betrekking tot de in art. 25 Pw vermelde onderwerpen.

3.3.6. Het bedrijfstakpensioenfonds stelt als pensioenuitvoerder bovendien een pensioenreglement op. Het pensioenreglement is ingevolge art. 1 Pw een regeling met betrekking tot de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de deelnemer. Het bedrijfstakpensioenfonds waarin deelneming is verplicht gesteld, stelt ingevolge art. 35 lid 1 Pw in verbinding met art. 2 lid 2, onder a, Pw het pensioenreglement vast in overeenstemming met de rechtsbetrekking die voortvloeit uit de dienstbetrekking tussen werkgever en werknemer met betrekking tot pensioen, en met het uitvoeringsreglement.

3.3.7. Art. 3 Wet Bpf 2000 bepaalt dat onder meer art. 4 Wet Bpf 2000 van toepassing is zolang de verplichtstelling (als bedoeld in art. 2 Wet Bpf 2000) duurt. In art. 4 Wet Bpf 2000 is bepaald dat de deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers, de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het

bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds naleven. De reglementen omvatten in ieder geval het door het bedrijfstakpensioenfonds vastgestelde pensioenreglement en uitvoeringsreglement. Door de in art. 4 Wet Bpf 2000 genoemde besluiten kan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds nadere invulling geven aan deze reglementen.

3.3.8. Uit het stelsel van art. 2 Wet Bpf 2000 en art. 4 Wet Bpf 2000 vloeit voort dat, na verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven, de onderhandelings- en contracteerruimte op het gebied van de arbeidsvoorwaarden betreffende het pensioen zowel tussen individuele werkgevers en werknemers als tussen afzonderlijke werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties aanzienlijk is beperkt. Het pensioenreglement, en daarmee de inhoud van de pensioenregeling, wordt vanaf dat moment immers vastgesteld en gewijzigd op een wijze zoals voortvloeit uit de afspraken tussen de sociale partners in de bedrijfstak en zoals voorzien in de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds. Datzelfde geldt voor het uitvoeringsreglement. Het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds kan aan de statuten en reglementen bovendien de bevoegdheid ontleen om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee aan de inhoud van de pensioenregeling), en aan het uitvoeringsreglement. De deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers, zijn verplicht om de aldus vastgestelde reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds, na te leven.

3.3.9. Als, zoals in het onderhavige geval, het pensioenreglement en het uitvoeringsreglement aan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds de bevoegdheid verlenen de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers vast te stellen, bestaat voor individuele werknemers en werkgevers en voor afzonderlijke werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties geen ruimte om zelfstandig (derhalve buiten het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds om) een andere verdeling van de pensioenpremie overeen te komen. Het hof is derhalve uitgegaan van een juiste rechtsopvatting. De hiervoor in 3.3.1 weergegeven klachten van onderdeel 1 falen.

3.4.1. Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.29 dat niet is uitgesloten dat binnen een bedrijfstakpensioenfonds verschillende doorsneepremies worden gehanteerd, doch dat voorwaarde daarbij is dat de regelingen waarvoor een verschillende doorsneepremie geldt, inhoudelijk verschillend zijn. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat per sector binnen een bedrijfstak een verschillende premieverdeling kan gelden voor werknemers en werkgevers die op grond van een verplichtstellingsbeschikking in de zin van de Wet Bpf 2000 allen deelnemen in dezelfde pensioenregeling.

3.4.2. Het onderdeel kan wegens gebrek aan belang niet tot cassatie leiden en behoeft daarom geen behandeling. In deze zaak was het bestuur van PMT op grond van het pensioenreglement en het uitvoeringsreglement als enige instantie bevoegd te besluiten over de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers, zodat voor Bovag geen ruimte bestond om met de werknemersorganisaties in de sector een andere verdeling van de premie overeen te komen (zie hiervoor in 3.3.8-3.3.9).

3.5.1. Onderdeel 3 klaagt onder meer dat het oordeel van het hof in rov. 2.31 dat het beroep van Bovag op art. 105 lid 2 Pw niet slaagt, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, onder meer gezien de door Bovag aangevoerde argumenten dat de door PMT voorgestane premieverdeling nadelig is voor Bovag-werkgevers en dat art. 8 Wet Bpf 2000 niet in de weg staat aan een separate premieverdeling voor de sector MvT.

3.5.2. Art. 105 lid 2 Pw bepaalt dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen, zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en ervoor zorgen dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

3.5.3. De norm van evenwichtige belangenbehartiging die voortvloeit uit art. 105 lid 2 Pw, geldt ook bij de vaststelling van de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers in het geval de bevoegdheid tot die vaststelling toekomt aan het bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds.

Het oordeel van het hof dat het beroep van Bovag op art. 105 lid 2 Pw niet slaagt, is niet onbegrijpelijk.

De enkele omstandigheid dat PMT heeft geweigerd aan de wensen van Bovag tegemoet te komen, welke

tegenoetkoming ten koste zou gaan van de solidariteit binnen de bedrijfstak, is onvoldoende om aan te nemen dat Bovag zich niet op evenwichtige wijze vertegenwoordigd heeft kunnen voelen door PMT. Dat de door PMT voorgestane premieverdeling nadelig was voor de Bovag-werkgevers, behoefde het hof niet tot een ander oordeel te leiden.

Aan het stelsel van de Wet Bpf 2000 is immers inherent dat een premieverdeling, ook bij een evenwichtige belangenbehartiging, voor de ene groep werkgevers, mede in het licht van de overige arbeidsvoorwaarden die die groep is overeengekomen, nadeliger gevolgen kan hebben dan voor de andere groep werkgevers. De verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor een of meer bepaalde groepen van personen die in een bedrijfstak werkzaam zijn, stoelt immers op de solidariteit binnen die bedrijfstak. Dat de door PMT in het kader van de premieverdeling gehanteerde percentages op zichzelf onevenwichtig zouden zijn, is niet aangevoerd.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Bovag in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van PMT begroot op € 856,34 aan verschotten en

€ 2.200,= voor salaris.

#### **Noot**

Premieverdeling betreft een arbeidsvoorwaardelijke afspraak tussen werkgever en werknemer (Asser/Lutjens 7-XI 2016/396). Centrale vraag in dit arrest is of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (PMT) bindend een premieverdeling kan vaststellen. Met andere woorden: in hoeverre kan de contractsvrijheid voor sociale partners ten aanzien van de premieverdeling worden beperkt door een verplicht bedrijfstakpensioenfonds? De hoven Den Haag (PJ 2015,87 m.nt. Van Riemsdijk) en Arnhem-Leeuwarden (PJ 2016/86 met annotatie van W. van Heest) kwamen tot tegenovergestelde oordelen. De Hoge Raad oordeelt dat de contractsvrijheid beperkt kan worden door de verplichtstelling.

#### ***Pensioenrecht algemeen***

Uitgangspunt in het pensioenrecht is dat sociale partners de pensioenovereenkomst vormgeven en dat pensioenfondsen deze uitvoeren. Het bedrijfstakpensioenfonds stelt een uitvoerings- en een pensioenreglement op die de rechtsbetrekking tussen het bedrijfstakpensioenfonds en werkgever respectievelijk tussen het bedrijfstakpensioenfonds en werknemer uitwerken. Taak van het bedrijfstakpensioenfonds is immers om op basis van het uitvoeringsreglement een pensioenovereenkomst (en de rechtsbetrekking tussen werknemer en werkgever op grond van een verplichtstelling wordt daarmee gelijkgesteld op basis van art 2 Pw) uit te voeren en ervoor te zorgen dat het pensioenreglement in overeenstemming met de pensioenovereenkomst is (art. 32 en art. 35 PW en bijvoorbeeld ook Asser/Lutjens 7-XI 2016/289 ). Dat zou pleiten voor het standpunt van Bovag, dat de contractsvrijheid zou moeten prevaleren en dat zij dus niet gebonden zijn aan de door PMT vastgestelde premieverdeling.

Toch oordeelt de Hoge Raad dat de onderhandelings- en contracteerruimte op het gebied van pensioen tussen sociale partners aanzienlijk is beperkt bij een verplichtstelling. Dat heeft te maken met de systematiek van de verplichtstelling

en de cruciale rol van de doorsneepremie daarbij.

### ***Systematiek verplichtstelling***

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan op voet van art. 2 Wet Bpf 2000 op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak (dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt) deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplichtstellen voor een of meer bepaalde groepen in de betrokken bedrijfstak. Hoewel de wetgever erkent dat voor pensioen het primaat bij de sociale partners ligt, was de wenselijkheid van pensioenopbouw voor zoveel mogelijk mensen een rechtvaardiging voor overheidsbemoeienis (Kamerstukken II 1999/00, 27073, 6, p. 4).

Artikel 4 Wet Bpf 2000 bepaalt dat deelnemers en werkgevers de statuten en reglementen (waaronder het uitvoeringsreglement en het pensioenreglement) en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur moeten naleven. Het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds kan aan de statuten en reglementen de bevoegdheid ontleen om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee aan de inhoud van de pensioenregeling), en aan het uitvoeringsreglement. De deelnemers en werkgevers zijn verplicht om dit na te leven.

Artikel 8 Wet Bpf 2000 schrijft ter waarborging van solidariteit een doorsneepremie voor: "De door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage is voor alle deelnemers gelijk of bedraagt voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon ...". De zinsnede "door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage" geeft volgens de memorie van toelichting aan dat de doorsneepremie zowel voor het werkgevers- als het werknemersdeel van de bijdrage verplicht is, ieder afzonderlijk dus (Kamerstukken II 1999/00, 27073, 3, p. 17). Deze solidariteit en het voorkomen van onheuse concurrentie ("race to the bottom") is een rechtvaardiging voor de inbreuk op de vrije markt door het gebruik van het instrument van verplichtstelling (Kamerstukken II 1999/00, 27073, 6, p. 4).

### ***Verplichtstelling versus recht op collectief onderhandelen***

De A-G geeft ruim aandacht aan de solidariteit. De Hoge Raad doet dat niet en oordeelt simpelweg dat er geen ruimte bestaat voor sociale partners om zelfstandig een verdeling van de pensioenpremie overeen te komen, als, zoals in dit geval, het pensioenreglement en het uitvoeringsreglement aan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds de bevoegdheid verlenen de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgevers en werknemers vast te stellen en daarvan gebruik wordt gemaakt.

Ik kan mij echter niet aan de indruk onttrekken dat het uitgangspunt van solidariteit bij verplichtstelling wel heeft meegespeeld als argument om de vrijheid van collectieve onderhandelingen niet te laten prevaleren. Die solidariteit is immers de voornaamste reden voor het HvJ EU om de inbreuk op het mededingingsrecht te rechtvaardigen (HvJ EU in Albany, C-67/96, Jur 1999, p. I-5751, Brentjes, C-115-117/97, Jur 1999, p. I-6025 en Drijvende bokken, C-219/97, Jur 1999, p. I-5121). Als aan die solidariteit getornd wordt, is het de vraag of de verplichtstelling nog wel toelaatbaar zou zijn onder het Europese recht.

Ook wijdt de Hoge Raad geen woorden aan het beroep op het recht op collectieve onderhandelingen. Het is echter wel een terechte vraag of beperking van de vrijheid van onderhandelen die uit de verplichtstelling voortvloeit toelaatbaar is gelet op internationale verdragen. De A-G gaat hier uitgebreid op in en concludeert dat dit toelaatbaar is. De Bovag kan geen rechtstreeks beroep doen op de ILO-verdragen omdat het recht op collectief onderhandelen op grond hiervan enkel bestaat tegenover de overheid. Bovendien sluit de systematiek van de verplichtstelling juist aan bij het doel van ILO, te weten het bevorderen van sociale rechtvaardigheid. Verplichtstelling voorkomt een race to the bottom. Art. 8 IVESCR is volgens de A-G niet aan te merken als een 'een ieder verbindende bepaling' in de zin van art. 94 Grondwet (HR 6 december 1983, , NJ 1984, 557, r.o. 5.2). Van art. 6 ESH heeft alleen het vierde lid rechtstreekse werking (HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.2). Dit garandeert het recht op collectief optreden, waaronder het stakingsrecht. De strekking van deze bepaling is het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van

het recht op collectief onderhandelen (HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252, m.nt. Verhulp, r.o. 3.5.2.), maar niet het garanderen van een recht op collectief onderhandelen. Ook uit het IVBPR en het EVRM volgt geen 'grondrecht op collectief onderhandelen', aldus de A-G.

Overigens lijkt de spanning tussen de verplichtstelling en het recht op collectief onderhandelen groter dan zij in werkelijkheid is. Verplichtstelling op grond van art. 2 Wet Bpf 2000 is slechts mogelijk bij een gezamenlijke aanvraag van werkgevers- en werknemersorganisaties die voldoende representatief zijn. Zij bepalen eveneens de werkingssfeer, de inhoud van de statuten en de reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds en de ingangsdatum. Het primaat van de vrije onderhandelingen geldt dus nog steeds en de inbreuk op de vrijheid van onderhandelen treft alleen werkgevers die niet betrokken zijn bij de onderhandelingen die ten grondslag liggen aan de verplicht gestelde pensioenregels, aldus ook de A-G. Dat is vergelijkbaar met een algemeenverbindendverklaring van een cao. Ook daarvan wordt aangenomen dat dit geen ontoelaatbare beperking inhoudt van de vrijheid van onderhandeling (Definitive Report van het Committee on Freedom of Association van de International Labour Organization (ILO), nr. 351 (november 2008), rov. 1159-1161, geannoteerd door K. Boonstra in TRA 2009, 29).

mr. B.C.L. Kanen, advocaat/partner bij Liberdock Advocaten in Amsterdam

## Voetnoten

1  
Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 15 december 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:9543](#).

2  
Rb. Den Haag (k.g.) 5 december 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:15029](#), PJ 2015/2, m.nt. Gerlach.

3  
Hof Den Haag (k.g.) 31 maart 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:711](#), PJ 2015/87, m.nt. Van Riemsdijk

4  
Ook deze uitspraak is gepubliceerd en voorzien van een annotatie: Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:3725](#), PJ 2016/86, m.nt. Van Heest.

5  
*Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 199.

6  
*Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 75.

7  
*Kamerstukken II* 1999/00, 27073, 3, p. 16.

8  
Het Toetsingskader AVV is gebaseerd op art. 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht en is voor het eerst gepubliceerd in 1998.

9  
M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 95.

10  
Zie *Stcrt.* 2011, 22535, p. 3-4. Zie ook Asser/Lutjens 7-XI 2016/281.

11  
Rb. Den Haag (k.g.) 5 december 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:15029](#), PJ 2015/2, m.nt. Gerlach.

12  
*Kamerstukken II* 1999/00, 27073, 6, p. 4.

13  
*Kamerstukken I* 2000/01, 27073, 24b, p. 5-6.

14  
Zie *Stcrt.* 2011, 22535, p. 5. Zie ook art. 12 van de Wet Bpf 2000.

15  
Zie over de doorsneepremie: A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 183 en p. 67. Zie voorts Asser/Lutjens 7-XI 2016/7.5. Zie voorts M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 95.

16  
*Kamerstukken II* 1999/00, 27073, 3, p. 4.

17  
*Kamerstukken II* 1999/00, 27073, 6, p. 8-9.

18  
Zie hierover uitvoerig: Asser/Lutjens 7-XI 2016/444.

19

Zie hierover de noot van Van Riemsdijk onder Hof Den Haag, 31 maart 2015, PJ 2015/87.

**20**

Zie ook de in de vorige voetnoot genoemde annotatie van Van Riemsdijk.

**21**

Zie Asser/Lutjens, 7/XI-2016/396.

**22**

Zie overigens ook: F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context* (Monografieën sociaal recht, nr. 43), Deventer: Kluwer 2007, p. 302.

**23**

HR 6 december 1983, **ECLI:NL:HR:1983:AB9594**, NJ 1984, 557, rov. 5.2.

**24**

Zie ook M. de Mol, 'De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *SEW* 2006, nr. 11, p. 463.

**25**

HR 30 mei 1986, **ECLI:NL:HR:1986:AC9402**, NJ 1986, 688, m.nt. P.A. Stein, rov. 3.2: "Art. 6 lid 4 is – in tegenstelling tot de meeste andere bepalingen van het ESH en met name ook tot de overige leden van dit artikel – zo geredigeerd dat de betrokken verdragsstaten niet een verplichting tot regelgeving wordt opgelegd, maar integendeel aldus dat werknemers en werkgevers zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen."

**26**

HR 31 oktober 2014, **ECLI:NL:HR:2014:3077**, NJ 2015/252 (FNV/Enerco), m.nt. Verhulp, rov. 3.5.2.

**27**

Zie ook het Definitive Report van het Committee on Freedom of Association van de International Labour Organization (ILO), nr. 351 (november 2008), rov. 1159-1161, geannoteerd door K. Boonstra in *TRA* 2009, 29.

---