



M.F. (Marianne) van Gelder (PGGM)

J.M.W.H. (Joep) Heijmans (APG)

L.A.J. (Laurie) Kuijpers (Loyens &amp; Loeff)

E.H.E. (Emmie) Lewin (PGGM)

Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

De Vereniging van Pensioenjuristen heeft als doelstelling om een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van het pensioenrecht. Dit artikel beschrijft een knelpunt in het pensioenrecht en is geschreven door leden van een werkgroep van de Vereniging van Pensioenjuristen. Gekozen is voor de vorm van een Q&A waarin wordt ingegaan op het individuele bezwaarrecht bij een collectieve waardeoverdracht. Deze Q&A is gebaseerd op wetgeving, jurisprudentie, literatuur en standpunten van de toezichthouders. Daarbij ligt de focus op collectieve regelingen uitgevoerd door pensioenfondsen en binnen het kader van de Pensioenwet. Om de Q&A praktisch en leesbaar te houden, wordt niet verwezen naar de bronnen. Aan het einde van de bijdrage is een opsomming gegeven van de bronnen die wij hebben gebruikt. Om dezelfde reden spreken we regelmatig over ‘pensioenen’ waar wij doelen op ‘pensioenaanspraken en pensioenrechten’.

# Individueel bezwaarrecht versus collectief belang bij collectieve waardeoverdracht; theorie en praktijk

## I. INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

### 1.1 WELK PROBLEEM MOET ER WORDEN OPGELOST?

**D**oor de jaren heen worden pensioenregelingen op diverse momenten aangepast. Het gaat om aanpassingen die zijn ingegeven vanuit veranderende wet- en regelgeving en om wijzigingen die hun oorsprong vinden in aanpassingen van arbeidsvoorwaarden. Door deze wijzigingen ontstaat er een knip in pensioenregelingen: oude en nieuwe pensioenrechten- en aanspraken

waarop een eigen regime van toepassing blijft. Een vergelijkbaar probleem speelt bij consolidatie (en liquidatie) van pensioenfondsen. Het gevolg is een complexe (uitvoering van een) pensioenregeling. Een regeling die daardoor ook minder begrijpelijk is voor de deelnemer. Vanuit die optiek is het wenselijk om het verleden achter te kunnen laten. Daarvoor is het nodig om de verschillende pensioenen samen te kunnen voegen in een nieuwe pensioenregeling. Dit samenvoegen van pensioenen – ook ‘collectief invaren’ genoemd – speelt ook een belangrijke rol bij de totstandkoming van het nieuwe pensioenstelsel. Dan is



er namelijk op grote schaal sprake van het naast elkaar ontstaan van oude en nieuwe pensioenen. Dit onderwerp heeft ook de aandacht van het kabinet. Minister Koolmees is voornemens om samen met het pensioenveld en toezichthouder DNB een waarderingskader op te zetten voor dit collectief invaren.

### 1.2 WAAROM MOETEN PENSIOENREGELINGEN EIGENLIJK KUNNEN WIJZIGEN?

Een pensioenregeling is een duurovereenkomst voor de langere termijn. Juist dat gegeven brengt met zich mee dat het mogelijk moet zijn om gedurende de rit wijzigingen door te voeren. De pensioenregeling moet immers mee kunnen bewegen met allerlei ontwikkelingen. Denk hierbij aan het harmoniseren van oude regelingen en overgangsrecht, bijvoorbeeld het omzetten van prepensioen in ouderdomspensioen en het omzetten van niet ruilbaar partnerpensioen in ruilbaar partnerpensioen.

Op die manier blijft de pensioenregeling uitvoerbaar en uitlegbaar. Zonder de mogelijkheid van het kunnen aanpassen van in het verleden opgebouwde pensioenen, komt de uitvoering van een pensioenregeling onder druk te staan. Een noodzakelijke aanpassing van een pensioenregeling kan worden gerealiseerd met een wijziging van de pensioenovereenkomst. Die rol ligt bij (vertegenwoordigers van) werkgevers en werknemers. Naast deze collectieve sociale partners en de pensioenuitvoerder zijn ook de individuele deelnemers, gewezen deelnemers, ex-partners, pensioengerechtigden en toezichthouder DNB betrokken. Zie hiervoor onder III.

### 1.3 ALS EEN PENSIOENREGELING WIJZIGT, WAAROM ZOU JE DAN OOK PENSIOENAANSPRAKEN OVER HET VERLEDEN ÜBERHAUPT WILLEN WIJZIGEN?

Een wijziging van een pensioenregeling waarbij het verleden onaangetaast blijft, leidt tot het ontstaan van

delen opgebouwd pensioen op grond van verschillende pensioenregelingen. In de communicatie richting de deelnemer moet het juiste pensioen worden getoond. Dit betreft dan een optelling van de aanspraken uit de diverse regelingen. Dit maakt zowel de berekening als de weergave van pensioenen foutgevoeliger. Ook komt het de uitlegbaarheid niet ten goede, terwijl begrijpelijkheid van de communicatie naar belanghebbenden hoog in het vaandel staat. Men moet immers weten hoe hoog zijn pensioen en dat van zijn nabestaanden is in elke mogelijke situatie.

Naast de communicatie speelt ook het kostenaspect een rol. Het in stand houden van diverse regelingen betekent dat de pensioenuitvoerders hun pensioenadministratie daar op in moeten richten. Dat kan inhouden dat bepaalde systemen nog maar voor een beperkte groep in stand gehouden moeten worden. Dat kan leiden tot onevenredig hoge uitvoeringskosten.

Tot slot kan het zijn dat een fonds gesplitst moet worden als het verleden niet mag worden gewijzigd. Bijvoorbeeld als de oude regeling een zekerheidsmaat kent (bij een uitkeringsovereenkomst onder het huidige Financieel Toetsingskader) en de nieuwe pensioenregeling niet meer (bij een ambitieovereenkomst of premieovereenkomst). Dan moet die oude relatief dure regeling in stand gehouden worden voor een groep die steeds kleiner wordt. Dit leidt tot vervallen van de solidariteit tussen generaties met als gevolg dat het pensioenresultaat voor met name bestaande opbouw minder wordt.

### 1.4 WAT IS HET BELANGRIJKSTE KNELPUNT?

Het belangrijkste knelpunt bij het samenvoegen van pensioenen is de vereiste individuele instemming. Dat samenvoegen wordt namelijk gekwalificeerd als een interne collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83 Pensioenwet. En dat artikel verplicht de pensioenuitvoerder om ieder 'individu' de mogelijkheid te geven om bezwaar te maken. Voor pensioenbegunstigden die bezwaar maken, gaat de samenvoeging van pensioen niet door. Voor hen moet het 'oude' pensioen ongewijzigd blijven.

De gewenste vereenvoudiging van het samenvoegen van oude en nieuwe pensioenen kan dus alleen gerealiseerd worden als alle betrokkenen daarmee instemmen. Pensioenbegunstigden hebben nu de facto een

Het feit dat rekenfactoren kunnen wijzigen is inherent aan uitstel en vervroeging



individueel vetorecht bij een voorgenomen collectieve waardeoverdracht.

Het is in de praktijk niet realistisch om ervan uit te gaan dat niemand bezwaar maakt. Onder 1.3 is aangegeven dat het blijven administreren van en communiceren over meerdere pensioenregelingen voorkomen moet worden.

De bezwaarmogelijkheid komt voort uit de beschermingsgedachte van de Pensioenwet, die onder andere tot uitdrukking is gebracht in artikel 20. In onderdeel II gaan wij hierop in.

### 1.5 BIJDE RECENTE WETWIJZIGING OVER INTERNE COLLECTIEVE WAARDEOVERDRACHT GEEN UITKOMST?

Nee. De Wet waardeoverdracht klein pensioen biedt op dit punt slechts uitkomst voor één specifieke situatie. En wel het mogen samenvoegen van pensioenen met een verschillende pensioenrichtleeftijd. Als aan de in de wet gestelde voorwaarden wordt voldaan, is voor 'herrekening' van pensioenen naar een nieuwe pensioenrichtleeftijd individuele instemming niet nodig. Zie vraag 2.14 voor de voorwaarden.

De wet biedt dus geen uitkomst voor het 'omrekenen' van pensioenaanspraken. Onder omrekenen verstaan we het samenvoegen van pensioenen, waarbij een verschuiving kan plaatsvinden tussen pensioensoorten. Een omrekening van pensioenen is niet toegestaan zonder individuele instemming.

Doordat de wetgever alleen een uitzondering op het instemmingsvereiste maakt voor de herrekening van de pensioenen bij wijziging van de pensioenrichtleeftijd, lijkt de mogelijkheid tot omrekenen van pensioenen eerder nog meer beperkt.

## II. BESCHERMING VAN PENSIOENRECHTEN: WETTELIJK KADER

### 2.1 BESTAAT ER NAAR NEDERLANDS RECHT EEN 'EIGENDOMSRECHT' OP PENSIOEN?

Nee. Artikel 5:1 BW kent de volgende definitie van eigendom: "Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben." Dit artikel regelt echter niet het eigendom van pensioen. Pensioenaanspraken en pensioenrechten kwalificeren namelijk als voorwaardelijke vorderingsrechten. De

pensioenvordering is dus wel een vermogensrecht maar geen 'zaak' waarop een eigendomsrecht kan rusten.

### 2.2 EN NAAR EUROPEES RECHT?

Ja. Artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermt het eigendomsrecht op pensioen. Artikel 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is tevens relevant voor de bescherming van eigendom van pensioen en biedt bescherming tegen de inbreuk op het eigendomsrecht. Beide Europeesrechtelijke artikelen gaan uit van het *possession*-begrip en bieden de facto dezelfde bescherming voor het eigendomsrecht op pensioen. Ook de toets of er sprake is van een inbreuk op de *possession* is gelijk.

### 2.3 IS ER VERSCHIL TUSSEN JURIDISCHE EN ECONOMISCHE EIGENDOM?

Ja. Ook economen hanteren, net als juristen, een eigen economisch eigendomsbegrip. Wat beide eigendomsbegrippen gemeen hebben, is dat ze niet in het Nederlandse recht zijn gedefinieerd. Van economisch eigendom wordt gesproken als de waarde van een goed (deels) in een ander vermogen zit dan van de juridisch rechthebbende.

Het onderscheid is van belang om te voorkomen dat stakeholders onbedoeld langs elkaar heen praten.

### 2.4 WELKE WERKING HEEFT HET EUROPESE RECHT OP HET NEDERLANDSE RECHT?

Artikel 1 EP EVRM heeft een verticale werking. Dit betekent dat alleen een lidstaat wegens schending van artikel 1 EP EVRM in rechte kan worden betrokken. Kort gezegd kunnen, onder meer, natuurlijke personen de Nederlandse overheid aanspreken met een beroep op artikel 1 EP EVRM. Nationale rechters kennen overigens soms ook indirect horizontale werking toe aan het protocol. Dan sijpelt deze norm dus door in privaatrechtelijke geschillen tussen bijvoorbeeld een deelnemer en een pensioenfonds.

Het Handvest heeft een ruimer bereik dan het EP EVRM. Dit houdt in dat personen niet alleen tegenover de overheid, maar ook jegens de pensioenuitvoerder beschermd zouden zijn tegen een inbreuk op het eigendomsrecht (*possession*). Wel merken wij op dat met de directe horizontale werking voorzichtig moet worden omgegaan. Uit jurisprudentie kan



weliswaar een directe horizontale werking worden afgeleid maar vooralsnog ontbreekt echter de expliciete bevestiging hiervan.

### 2.5 WORDT SCHENDING VAN HET EIGENDOMSRECHT SNEL AANGENOMEN?

Nee. Gelet op de rechtspraak over artikel 1 EP EVRM lijkt de kans klein dat een vordering jegens de Staat op basis van een onrechtmatige inbreuk op eigendomsrechten door wijziging van het wettelijk kader toegewezen zal worden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) neemt namelijk niet snel een schending van artikel 1 EP EVRM aan in het kader van pensioenen. Bij een vermeende inmenging op een eigendomsrecht toetst het EHRM of de inbreuk onrechtmatig is aan de hand van een vast schema:

- 1 is er sprake van een possession, ofwel een eigendomsrecht;
- 2 zo ja, is er sprake van inmenging; en
- 3 zo ja, is die inmenging gerechtvaardigd?

Een inbreuk wordt geacht gerechtvaardigd te zijn als de inbreuk is voorzien bij wet, een algemeen belang dient en proportioneel is. Bij dit laatste criterium geldt dat er een eerlijke balans moet bestaan tussen het belang van het individu dat wordt geraakt door de inmenging van de Staat en het algemene belang dat met de wijziging wordt gediend. Er mag geen *individual and excessive burdens* zijn. In zijn algemeenheid wordt – volgens rechtspraak door het EHRM – niet snel aangenomen dat er sprake is van schending van het proportionaliteitsvereiste. Vooralsnog lijkt het Hof van Justitie aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het EHRM. Een apart, eigen raamwerk voor het Handvest is er nog niet.

### 2.6 HOE IS DE WIJZIGING EN BESCHERMING VAN PENSIOENAANSPRAKEN GEREĞULEERD IN DE PENSIOENWET?

In de Pensioenwet kennen we de bescherming via de artikelen 19 en 20. Op artikel 19, dat in feite de verbintenisrechtelijke bescherming van pensioen inhoudt, gaan we niet in. We focussen in deze bijdrage namelijk op de opgebouwde pensioenaanspraken en ingegane rechten omdat daar het belangrijkste knelpunt zit.

De belangrijkste regel in dit verband is neergelegd in artikel 20. Dit artikel bepaalt dat in geval van een wij-

ziging van de pensioenovereenkomst de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenen niet worden gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134 Pensioenwet. Artikel 20 heeft alleen betrekking op opgebouwde aanspraken en niet op verworven risicoaanspraken, voorwaardelijke aanspraken en toekomstige aanspraken; deze kunnen wél worden gewijzigd. Artikel 20 Pensioenwet is dwingend recht. Hiermee strijdige rechtshandelingen zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

### 2.7 HOE WAS DIT VÓÓR DE INVOERING VAN DE PENSIOENWET GEREĞELD?

De Pensioen- en spaarfondsenwet kende geen met artikel 20 Pensioenwet vergelijkbaar wijzigingsverbod. Voor invoering van de Pensioenwet bestond er dus geen specifiek wettelijk kader dat regels stelde over de wijziging van pensioenen.

### 2.8 WAT WAS DE GEDACHTE VAN DE WETGEVER BIJ INVOERING VAN ARTIKEL 20 PENSIOENWET?

In het artikel zelf is een verbod op wijziging opgenomen. Volgens de Memorie van Toelichting op artikel 20 is het artikel echter voornamelijk bedoeld om aantasting van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken te voorkomen. Deze inconsistentie tussen tekst en toelichting maakt het lastig om de exacte reikwijdte van artikel 20 te overzien. Aantasten is immers niet hetzelfde als wijzigen.

Uitzonderingen op het verbod van artikel 20 Pensioenwet zijn onder meer verschillende vormen van waardeoverdracht.

### 2.9 WAT IS HET VERSCHIL TUSSEN INTERNE EN EXTERNE WAARDEOVERDRACHT?

Interne waardeoverdracht ziet op een overdracht van de waarde bij dezelfde pensioenuitvoerder. Een voorbeeld hiervan is de herrekening van de pensioenen naar een latere pensioenleeftijd. Bij interne waardeoverdracht geldt onder meer het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid.

Een externe waardeoverdracht houdt in dat de waarde van de opgebouwde aanspraken wordt overgedragen naar een nieuwe pensioenuitvoerder. Ook bij externe collectieve waardeoverdracht geldt het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid.



Een waardeoverdracht wijzigt de pensioenovereenkomst niet. Zo nodig moet eerst de pensioenovereenkomst worden gewijzigd. En deze wijziging moet voldoen aan artikel 19 Pensioenwet, dat in feite de verbintenisrechtelijke bescherming impliceert van pensioen. Dit laten we in deze bijdrage buiten beschouwing.

## 2.10 BESCHERMT DE EIS VAN COLLECTIEVE ACTUARIËLE GELIJKWAARDIGHEID PENSIOEN VAN EEN AANTASTING ALS BEDOELD IN ARTIKEL 20 PENSIOENWET?

Nee. Het enkele feit dat pensioenen collectief actuariëel neutraal worden herrekend naar andere aanspraken, kan op individueel niveau namelijk wel degelijk leiden tot wijziging of zelfs aantasting daarvan. Dat is zeker het geval als er omzetting plaatsvindt naar een andere pensioensoort. Of als er aan een pensioenaanspraak een nog in de toekomst gelegen voorwaarde is verbonden. Collectief actuariëel beschouwd, blijft er niets aan de spreekwoordelijke pensioensrijkstok hangen. Ofwel, de totale waarde blijft gelijk. Op individueel niveau echter kan het zijn dat iemand meer of minder of in elk geval andere (bijvoorbeeld minder zekere) aanspraken heeft dan voorheen. Wij menen dat een dergelijke wijziging ook een aantasting impliceert.

## 2.11 HOE ZIT HET DAN BIJ EEN HERREKENING NAAR EEN NIEUWE PENSIOENRICHTLEEFTIJD?

De wetgever heeft dit geregeld als een vorm van waardeoverdracht met een uitzondering op de eis van individuele instemming. Deze uitzondering op de hoofdregel is bedoeld als codificatie van een brief van de toenmalige staatssecretaris Klijnsma van januari 2013, maar lijkt in haar werking beperkter te zijn dan de 'Klijnsma-route' van 2013. Klijnsma zag deze herrekening niet als een waardeoverdracht, maar als vorm van uitstel en vervroegen. Wij delen haar standpunt.

Als de herrekening naar de nieuwe pensioenrichtleeftijd actuariëel neutraal gebeurt én er is een mogelijkheid tot vervroeging naar de oorspronkelijke leeftijd, dan kan er naar onze mening ex ante geen sprake zijn van een verboden aantasting. Op het moment zelf gebeurt de herrekening immers actuariëel neutraal. Als de pensioenaanspraak later wordt vervroegd, kunnen de actuariële factoren echter anders zijn. Dat kan overigens zowel ten nadele als ten voor-

dele zijn van de deelnemer. Als het ten nadele is, moet dit volgens ons ook ex post – dus achteraf bezien – niet alsnog tot een verboden aantasting leiden. Het feit dat rekenfactoren kunnen wijzigen, is immers inherent aan uitstel en vervroeging. Hierbij wordt er wel vanuit gegaan dat dit slechts kleine verschillen in het pensioenresultaat kan geven.

## 2.12 WAT HOUDT DE UITZONDERING VAN ARTIKEL 83 OP HET VERBOD VAN ARTIKEL 20 PENSIOENWET IN?

Artikel 20 kent als gezegd de uitzondering voor een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever of – bij bedrijfstakpensioenfondsen – van partijen die de pensioenregeling zijn overeengekomen.

We focussen hier op de collectieve interne variant van artikel 83 waarbij ook opgebouwde aanspraken worden geconverteerd naar de gewijzigde pensioenovereenkomst.

Belangrijke wettelijke voorwaarden daarbij zijn:

- seksenutraliteit en collectieve actuariële gelijkwaardigheid; en
- het recht van aanspraakgerechtigden om bezwaar te maken (instemming).

Die individuele bezwaarmogelijkheid bij een interne collectieve waardeoverdracht is het grootste obstakel bij voorgenomen consolidaties of stelselwijzigingen. Hierdoor hebben in het huidig wettelijk kader individuen in feite een 'vetorecht' voor collectieve conversie. Dat is de kern van het probleem.

De eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid borgt dat er op collectief niveau geen aanspraken worden aangetast. Het enkele feit dat dat op individueel niveau soms anders ligt, zou naar onze mening niet moeten betekenen dat elk individu dan 'dus' een vetorecht moet hebben.

## 2.13 WELKE WIJZE VAN INSTEMMING IS VEREIST VOOR DE WAARDEOVERDRACHT VAN ARTIKEL 83 PENSIOENWET?

De instemming van de aanspraakgerechtigden met de waardeoverdracht is vereist om de waardeoverdracht daadwerkelijk te kunnen uitvoeren. De instemming houdt de gedraging in dat geen bezwaar wordt gemaakt tegen het verzoek tot waardeoverdracht. De



instemming hoeft dus niet uitdrukkelijk te geschieden en kan plaatsvinden met de zogenoemde 'negatieve optie'. Wel is van belang dat de pensioenuitvoerder voldoende en precieze informatie verstrekt om de aanspraakgerechtigden te kunnen houden aan het niet maken of niet hebben gemaakt van bezwaar.

#### **2.14 IS ER EEN UITZONDERING OP HET INDIVIDUELE INSTEMMINGSVEREISTE VAN 83 PENSIOENWET PW?**

Ja, in het derde lid. Het is – onder voorwaarden – mogelijk om zonder individuele instemming van de aanspraakgerechtigden de pensioenaanspraken 'om te zetten' in pensioenaanspraken die zijn berekend op basis van een hogere leeftijd. Zie vragen 1.5 en 2.11.

#### **2.15 WAT BETEKENT DE SABIC-ZAAK IN DIT VERBAND?**

Het pensioenfonds Sabic had na verhoging van de pensioenleeftijd van 65 naar 67 jaar besloten het opgebouwd pensioen middels een interne collectieve waardeoverdracht te herrekenen. Ondanks bezwaar van enkele deelnemers werd de waardeoverdracht toch doorgevoerd. In die zin betreft dit een specifieke casus.

De kantonrechter oordeelde dat de waardeoverdracht nietig was. De deelnemers die op 65 jaar met pensioen gingen werden namelijk geconfronteerd met een lager pensioen dan voor de wijziging. Het pensioenfonds had voor een actuariële herrekening gekozen waarbij ouderdompensioen werd uitgeruild tegen nabestaandenpensioen. De reden hiervoor was het weer in balans brengen van de onderlinge verhouding tussen de waarde van het opgebouwde ouderdompensioen, het nabestaandenpensioen en het wezenpensioen. Het ouderdompensioen zou hierdoor echter worden aangetast wanneer de ingangsdatum van het pensioen wordt vervroegd naar 65 jaar.

In feite ging het hier dus niet (alleen) om herrekening in verband met verhogen van de pensioenleeftijd, wat nu in artikel 83 Pensioenwet mogelijk is gemaakt, maar ook om een uitruil tussen pensioensoorten zonder instemming. De rechter oordeelt dat dit niet mogelijk is, geheel in lijn met het verbod op wijziging uit artikel 20 Pensioenwet. Daarmee is deze zaak een illustratie van het knelpunt dat wij signaleren in deze bijdrage.

#### **2.16 ZIJN ER NOG ANDERE SITUATIES WAAR GEEN INDIVIDUELE INSTEMMING WORDT GEVRAAGD?**

Ja. Artikel 84 Pensioenwet bepaalt dat de pensioenuitvoerder in geval van liquidatie verplicht is tot waardeoverdracht van de pensioenaanspraken naar een andere uitvoerder. In een dergelijk geval is er geen individuele instemming vereist. Anders zou een individu immers een vetorecht hebben om een liquidatie tegen te houden en dat is niet de bedoeling. Bij liquidatie kan er namelijk simpelweg niemand achterblijven bij de oude pensioenuitvoerder, want die houdt op te bestaan.

Als voorwaarde stelt artikel 84 onder meer de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Uit deze eisen kan worden afgeleid dat de wetgever met de waardeoverdracht bij liquidatie een wijziging van de reeds opgebouwde aanspraken heeft voorzien.

#### **2.17 MAAR ARTIKEL 84 PENSIOENWET WORDT NIET GENOEMD ALS UITZONDERING IN ARTIKEL 20?**

Dat klopt. Artikel 83 is wél een uitzondering op het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet, maar artikel 84 niet. De aannahme is blijkbaar dat bij liquidatie de pensioenregeling inclusief de reeds opgebouwde pensioenaanspraken ongewijzigd wordt overgenomen door de nieuwe pensioenuitvoerder. Dat is natuurlijk een illusie.

In de praktijk zullen regelingen altijd in bepaalde opzichten van elkaar verschillen. En in die situatie verwacht toezichthouder DNB dat nog vóór de collectieve waardeoverdracht op grond van artikel 84 naar de nieuwe pensioenuitvoerder een wijziging van de pensioenregeling plaatsvindt bij de oude pensioenuitvoerder. Gevolgd door een conversie van reeds opgebouwde pensioenaanspraken via de collectieve interne waardeoverdracht op grond van artikel 83 Pensioenwet. En dus mét instemming. Dat maakt deze route eveneens een doodlopend pad.

#### **2.18 WAT IS HET RISICO ALS PENSIOENFONDSEN WÉL HERREKENEN C.Q. OMREKENEN?**

Artikel 20 Pensioenwet is dwingend recht. Hiermee strijdige rechtshandelingen zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Overtreding geeft dus een claimrisico. Dit houdt kort gezegd in dat de aanspraakgerechtigden bij



de herrekening of omrekening van de pensioenaanspraken in een (eventuele) juridische procedure de nietigheid van de rechtshandeling in kunnen roepen. Juridisch-technisch is het gevolg hiervan dat de herrekening/omrekening van de pensioenaanspraken geacht wordt nooit te hebben plaatsgevonden. De pensioenuitvoerder zou dan voor de nagenoeg onuitvoerbare taak staan om de herrekening/omrekening ongedaan te maken.

### III. SPELERS IN DIT PENSIOENVELD

#### 3.1 WIE WIJZIGEN EEN PENSIOENREGELING?

De bewoording van de Pensioenwet doet vermoeden dat een pensioenovereenkomst een zaak is tussen één werkgever en één werknemer. In de praktijk worden pensioenregelingen bijna altijd collectief overeengekomen en gewijzigd door collectieve vertegenwoordigers van werkgever(s) en werknemers. Vaak vertegenwoordigen werknemersorganisaties de werknemers aan de cao-tafel. Waar dit niet zo is, heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht. Hoe dat gaat bij verschillende pensioenuitvoerders wordt hieronder uitgewerkt.

#### 3.2 IS DAT BIJ ALLE PENSIOENUITVOERDERS HETZELFDE?

Nee. Wie precies 'collectieve werkgever(s) en werknemers' zijn, verschilt per pensioenuitvoerder.

Bij een bedrijfstakpensioenfonds gaat het om de werkgeversorganisatie(s) en werknemersorganisatie(s) in een sector. Primair gaat het om de organisaties aan de cao-tafel. Op deze hoofdregel zijn wel uitzonderingen. In sommige gevallen delegeren deze sociale partners aan de cao-tafel de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenregeling aan het pensioenfondsbestuur. Meestal zijn werkgeversorganisatie(s) en werknemersorganisatie(s) ook dan aan zet. Veel bedrijfstakpensioenfonds hebben namelijk een paritair of paritair gemengd bestuur. Als sociale partners niet in het bestuur vertegenwoordigd zijn, is er een belanghebbendenorgaan, waar sociale partners ook weer in vertegenwoordigd zijn. Het belanghebbendenorgaan adviseert over wijziging van reglementen.

Wijzigingen in het pensioenreglement gelden voor de aangesloten werkgevers en hun werknemers. Voor de verplicht aangesloten werkgevers volgt dit uit de Wet

BPF 2000. Als bij een (verplicht) BPF ook sprake is van losse contractueel aangesloten werkgevers – die niet vertegenwoordigd worden door bij de wijziging betrokken sociale partners – geldt voor de contractueel aangesloten werkgevers veelal een beding in de uitvoeringsovereenkomst dat toekomstige wijzigingen in het pensioenreglement ook voor hen gelden. Als in zo'n situatie een individuele werkgever zich – na instemming van de ondernemingsraad – contractueel aansluit bij een (verplicht) bedrijfstakpensioenfonds, committeert deze werkgever zich daarmee aan toekomstige wijzigingen die door de bij het pensioenfonds betrokken sociale partners worden geïnitieerd. De contractueel aangesloten werkgever en zijn werknemers liften dan automatisch met deze wijzigingen mee.

Bij een ondernemingspensioenfonds zijn het primair de werkgever en de bij de onderneming betrokken werknemersorganisatie(s) die de regeling aangaan en wijzigen. Als sociale partners de pensioenregeling binnen het kader van de cao wijzigen, heeft de ondernemingsraad geen instemmingsrecht. Anders wel.

Als een werkgever een pensioenregeling bij een verzekeraar of PPI onderbrengt of wijzigt, heeft de ondernemingsraad instemmingsrecht. Ook hier geldt dat dat niet het geval is wanneer sociale partners de pensioenregeling binnen het kader van de cao wijzigen. Deze situatie laten wij verder buiten beschouwing.

Bij een algemeen pensioenfonds (APF) zijn er verschillende mogelijkheden. Een werkgever kan met instemming van de ondernemingsraad een eigen pensioenvoorziening in een eigen kring onderbrengen en wijzigen. Of – eveneens met instemming van de ondernemingsraad – de pensioenvoorziening onderbrengen bij een bestaande kring en op basis van een beding in de uitvoeringsovereenkomst meeliften met wijzigingen vanuit het APF. Maar ook een cao-tafel kan de pensioenvoorziening voor een hele branche bij een eigen kring van een APF onderbrengen (zij het zonder verplichtstelling). Net als bij een bedrijfstakpensioenfonds zullen dan werkgeversorganisatie(s) en werknemersorganisatie(s) in de sector de pensioenregeling wijzigen.

Bij beroepspensioenfonds zijn het de beroepsverenigingen die de regeling vormgeven en wijzigen. Ook deze situatie laten wij buiten beschouwing.



## Het gaat om het collectief belang versus het individueel belang

### 3.3 ZIJN DIT FUNDAMENTELE VERSCHILLEN?

Ja. Deze opsomming maakt duidelijk dat er wezenlijke verschillen zijn tussen pensioenfondsen en andere pensioenuitvoerders. Het bestaansrecht van pensioenfondsen is volgens de Memorie van Toelichting op de Pensioenwet de risicodeling tussen generaties. Dit vergt evenwichtige afweging van de belangen van de verschillende generaties door vertegenwoordigers. Om dit te bewerkstelligen gelden er veel voorschriften voor pensioenfondsen om dit waar te kunnen maken. Naar zal blijken, leidt dit ook tot een bijzondere positie in het vraagstuk dat in deze Q&A centraal staat.

Voor pensioenfondsen gelden voorschriften voor pensioenfondsbestuur die voor andere uitvoerders niet gelden. Bij pensioenfondsen zijn de sociale partners altijd betrokken, terwijl dit voor andere pensioenuitvoerders niet per se geldt. Ook het Financieel Toetsingskader geldt specifiek voor pensioenfondsen, net als het voorschrift tot evenwichtige afweging van belangen en het voorschrift doelen en uitgangspunten vast te leggen. Om deze reden spitsen wij onze analyse toe op pensioenfondsen. Ons knelpunt gaat immers in feite ook om een afweging van belangen, namelijk het collectief belang versus een individueel belang.

### 3.4 WAT IS DE ROL VAN HET PENSIOENFONDS?

Behalve collectieve vertegenwoordigers van werkgever(s) en werknemers is ook het pensioenfonds bij het aangaan en wijzigen van een pensioenregeling betrokken.

Het pensioenfonds moet immers toetsen of de (gewijzigde) regeling past binnen wet- en regelgeving, of de regeling uitvoerbaar is en – zeker bij wijziging van een regeling – of er sprake is van evenwichtige afweging van alle betrokken belangen. Maar ook of er consistentie bestaat tussen de beoogde pensioenuit-

komsten, de beschikbare premie en de gewenste risicohouding.

### 3.5 WAT DOEN DE FONDSORGANEN?

Pensioenfondsen (bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en APF-en) hebben – afhankelijk van het gekozen bestuursmodel – een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan.

In een verantwoordingsorgaan zijn deelnemers en pensioengerechtigden vertegenwoordigd. Een verantwoordingsorgaan mag advies geven over het wijzigen van het pensioenreglement.

In een belanghebbendenorgaan zijn naast deelnemers en pensioengerechtigden ook werkgevers vertegenwoordigd. Ook een belanghebbendenorgaan mag advies geven over het wijzigen van het pensioenreglement.

De wijziging van een pensioenregeling wordt dus in beginsel primair door sociale partners aan de caotafel afgesproken en door het pensioenfondsbestuur getoetst. Daarna geven vertegenwoordigers van werknemers en pensioengerechtigden in het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan er ook advies over.

### 3.6 WIE ZIJN BETROKKEN BIJ EEN WIJZIGING VAN EEN PENSIOENREGELING WAARBIJ OOK BESTAANDE PENSIOENEN VERANDEREN?

Een wijziging van een regeling is meestal een wijziging voor de toekomst, waarbij bestaande pensioenen ongewijzigd blijven. Er zijn echter situaties waarbij ook bestaande aanspraken en rechten geraakt worden door de wijziging. Voorbeelden uit de huidige praktijk zijn:

- Overdracht naar een andere pensioenuitvoerder op initiatief van de werkgever.
- Overdracht naar een andere pensioenuitvoerder bij liquidatie van een pensioenfonds.
- Verhoging van de pensioenrichtleeftijd in lijn met het fiscale kader.

Daarnaast zijn situaties waarin wijziging van bestaande aanspraken en rechten ook wenselijk zou kunnen zijn. Bijvoorbeeld bij wijziging van het pensioencontract waarbij de aanspraken en rechten minder zeker worden. In die situatie kan het voordelen hebben voor de risicodeling tussen generaties en het



indexeringsperspectief van bestaande aanspraken en rechten om deze wijziging mee te maken. Het gaat dan vooral om het voorkomen van het benadelen van bestaande aanspraken en rechten door behoud van solidariteit.

Maar ook bij het harmoniseren van oude regelingen en overgangsrecht. Denk aan het omzetten van pensioenen in ouderdomspensioenen, het omzetten van niet ruikbaar partnerpensioenen in ruikbaar partnerpensioenen, het omzetten van inbouwregelingen naar franchiseregelingen en dergelijke. Daarbij gaat het vooral om vereenvoudiging van regelingen ten behoeve van de uitvoerbaarheid en uitlegbaarheid.

In deze situaties zijn naast de collectieve sociale partners en de pensioenuitvoerder ook de individuele deelnemers, gewezen deelnemers, ex-partners en pensioengerechtigden én toezichthouder DNB betrokken.

### 3.7 WAT IS DE ROL VAN DNB?

Het wijzigen van bestaande pensioenen als gevolg van het wijzigen van een pensioenregeling wordt gekwalificeerd als een interne collectieve waardeoverdracht. Deze collectieve waardeoverdracht moet worden voorgelegd aan DNB. DNB kan een verbod opleggen. DNB toetst daarbij in ieder geval op de evenwichtigheid van de gevolgen voor alle betrokken groepen belanghebbenden en op de collectieve actuariële gelijkwaardigheid en gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

### 3.8 WELKE ROL HEBBEN DE INDIVIDUELE BELANGHEBBENDEN?

Bij een wijziging van bestaande pensioenen zijn niet alleen werkgevers en werknemers betrokken, maar kunnen ook gewezen deelnemers en pensioengerechtigden worden geraakt. Uit de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet en de Wet op de ondernemingsraden, blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat zowel fondsorganen als ondernemingsraden ook de belangen van deze groepen meewegen.

Daarnaast heeft de wetgever individuele instemming geregeld. Deelnemers, gewezen deelnemers, ex-partners en pensioengerechtigden moeten allemaal individueel geïnformeerd worden en 'in de gelegenheid gesteld worden om bezwaar te maken'. Deze wettelijke formulering biedt de ruimte om actief om instemming

met de wijziging te vragen, maar ook om de negatieve optie te hanteren: 'wie zwijgt, stemt toe'. Maar welke van deze twee mogelijkheden een pensioenuitvoerder ook kiest, er zullen altijd mensen zijn die niet instemmen met de wijziging.

### 3.9 HOE VERHOUDT INDIVIDUEEL INSTEMMINGSRECHT ZICH MET EVENWICHTIGE AFWEGING VAN BELANGEN?

Op dit moment mag iedere individuele belanghebbende bezwaar maken tegen een wijziging van zijn pensioenaanspraken en -rechten. De wetgever weegt tot nu toe op dit punt persoonlijke belangen kenmerkend per definitie zwaarder dan het collectief belang. Het is de vraag of op die manier wel een goede evenwichtige afweging van belangen op collectief niveau mogelijk is. Bovendien lijkt dit niet nodig om de bestaande belangen afdoende te beschermen. Gezien de vele waarborgen die voorafgaan aan een wijziging van bestaande pensioenen, stellen we de vraag aan de orde of dit wel in alle gevallen proportioneel is. Dat wil zeggen: of de bezwaarmogelijkheid geen erg zwaar middel is om het ook door ons onderschreven doel, te weten bescherming van de deelnemer, te bereiken. In de conclusie gaan we in op onze visie hierop.

## IV. CONCLUSIE EN VOORSTEL

### 4.1 WELKE SITUATIES MOETEN DRINGEND WORDEN OPGELOST?

Sommige wijzigingen zijn alleen zinvol als iedereen meedoet. Bijvoorbeeld als wijziging van de pensioenregeling nodig is om een collectieve waardeoverdracht te kunnen realiseren naar een andere pensioenuitvoerder zodat een pensioenfonds kan liquideren. Deze gang van zaken wordt geblokkeerd als niet iedereen meedoet. Hetzelfde geldt als een wijziging beoogt de uitvoering en communicatie voor allen te vereenvoudigen. Een wijziging voor alleen de toekomst is dan niet genoeg; juist regelingen uit voorgaande jaren die nog altijd effect hebben moeten dan 'opgeruimd' worden. Als SER en kabinet alsnog een pensioenakkoord sluiten en pensioenuitvoerders willen overgaan op een nieuwe regeling, dan kan het voor het behoud van de risicodeling tussen generaties nodig zijn om deze nieuwe regeling ook op bestaande aanspraken en rechten toe te passen. Ook dan is het nodig dat dit voor allen geldt.



Een veto van een enkeling of een kleine groep zou anders een belangrijke collectieve wijziging voor het gehele collectief tegen kunnen houden. En daarmee een collectief belang dwarsbomen.

Wij zoeken dus vooral een oplossing voor de volgende drie specifieke situaties.

- Vereenvoudiging van pensioenregelingen.
- Consolidatie (en liquidatie) van pensioenfondsen.
- Overstap op een geheel nieuw pensioenstelsel.

#### 4.2 MOET DE WETGEVER DE BESCHERMING VAN PENSIOEN DAN LOSLATEN?

Nee, dat is uiteraard niet de bedoeling. Bescherming van pensioen is juist de kerndoelstelling van de Pensioenwet. Volgens de toelichting op deze wet moet namelijk gewaarborgd zijn dat de pensioenen daadwerkelijk geëffectueerd worden én dat dit op een effectieve en efficiënte wijze plaatsvindt.

Naar onze mening kan de bescherming echter doorschieten zodat die uiteindelijk *niet* in het belang is van alle deelnemers. Soms moet een belang van een individu naar onze mening wijken voor een collectief belang. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een collectieve totstandkoming of een collectieve wijziging van pensioenregeling. Als er sprake is van conflicterende belangen, is het nodig dat partijen bij de pensioenovereenkomst een goede afweging kunnen maken. Daarnaast zijn er andere beschermingsmechanismen dan een individueel vetorecht.

#### 4.3 IS ER EEN OPLOSSING?

Ja, wij denken van wel. In ieder geval voor pensioenfondsen. En wel in de vorm van een mogelijkheid voor sociale partners om op collectief niveau ook bestaande pensioenen te kunnen wijzigen. Dit uiteraard onder de voorwaarden dat bestaande pensioenen niet onevenredig worden geschaad of dat individuen te zwaar worden belast. De bescherming kan worden gerealiseerd door een combinatie van procedurele waarborgen en materiële keuzes.

In bepaalde situaties zou de Pensioenwet het voor pensioenfondsen mogelijk moeten maken dat sociale partners op collectief niveau bestaande pensioenaanspraken en -rechten kunnen onderbrengen in een nieuwe, gewijzigde pensioenregeling bij dezelfde of een andere uitvoerder. Door middel van een waardeoverdracht zonder individueel bezwaarrecht.

## Is de bezwaarmogelijkheid geen erg zwaar middel om bescherming werknemers te bereiken?

In plaats van het individuele bezwaarrecht komt er dan een reeks van dwingende voorschriften om bestaande belangen te beschermen.

Pensioenfondsen moeten aantoonbaar gemotiveerd:

- Een evenwichtige afweging maken van alle belangen.
- Kiezen voor het toepassen of achterwege laten van overgangsrecht of compensatie. Daarbij een toelichting waarom/wanneer/aan de hand van welke criteria er wel/geen sprake is van een te zware belasting voor (groepen) individuen.
- Rechtvaardigen waarom er voorkomend geval sprake is van ongelijke behandeling naar leeftijd.

Verder moeten zij:

- In beeld brengen wat de gevolgen zijn voor diverse groepen belanghebbenden. Dit kan bijvoorbeeld zijn naar status (deelnemer, pensioenge-rechtigde etc.) naar leeftijd of afhankelijk van de toepasselijkheid van bepalingen uit historische pensioenreglementen.
- Laten zien welke alternatieven zijn overwogen, welke risico's of nadelen behoud van de oude, bestaande regeling met zich mee brengt en welke argumenten hebben geleid tot de beoogde verandering.
- Instemming hebben van verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan.
- In het bijzondere geval dat een wijziging van de pensioenregeling niet gebaseerd is op een (delegatiebepaling vanuit een) cao-afpraak of op een verplichtstelling, is ook instemming van de ondernemingsraad nodig.
- Helder en begrijpelijk communiceren over de gevolgen voor individuele rechthebbenden.



## In plaats van individueel bezwaarrecht dwingende voorschriften gewenst

Daarnaast moet er voldaan worden aan de overige wettelijke eisen van interne waardeoverdracht zoals bijvoorbeeld de collectieve actuariële gelijkwaardigheid en het hebben van instemming van toezicht-houder DNB.

Onder voorwaarde dat het wettelijk kader hierop wordt aangepast, zien wij voldoende aanknopingspunten om te verdedigen dat hier sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk op het Europese Eigendomsrecht. Een inbreuk wordt immers geacht gerechtvaardigd te zijn als de inbreuk is voorzien bij wet, een algemeen belang dient en proportioneel is.

### LITERATUURLIJST

- 1 Brief van toenmalig Staatssecretaris Klijnsma van 17 januari 2013, Kamerstukken I 2012/13, 33 290 N
- 2 Brief van Staatssecretaris Koolmees van 20 november 2017, Kamerstukken II 2017, 34 765, 19
- 3 Brief van Staatssecretaris Koolmees van 1 februari 2019, Kamerstukken I 2019, 32 043, N
- 4 J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijke leerstuk, TPV 2012, 2
- 5 L.G.J. Bessems, J.W.M.H. Heijmans en E.S. Hoogendijk, *Juridische basis gewenst voor omrekening pensioenaanspraken naar één pensioenleeftijd*, Pensioen Magazine 2015, 122
- 6 J.W.M.H. Heijmans en E.S. Hoogendijk, *Wetsvoorstel waardeoverdracht klein pensioen: oplossing voor de pensioenpraktijk?*, Pensioen Magazine 2017, 135
- 7 M.F. van Gelder en E.H.E. Lewin, *Individueel bezwaarrecht versus collectief belang*, TPV 2017/14
- 8 C.A. Hoekstra, *Handhaving verhouding 100:70 bij collectief uitstel heeft hoge prijs*, Pensioen Magazine Februari 2018
- 9 H.M. Kapelle, *Brief Klijnsma vervult wens Pensioenfederatie niet*, TPV 2013/3
- 10 Q&A Collectieve waardeoverdracht tussen pensioenfondsen
- 11 M. Heemskerk en J.R.C. Tangelder, *Pensioen wijzigen, klem tussen eigendomsrecht en vetorecht*, Pensioen Magazine december 2016
- 12 E. Lutjens, *Opties voor invaren*, TPV 2013/14
- 13 E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer 4<sup>e</sup> druk 2013
- 14 E. Lutjens, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen, Deventer: Wolters Kluwer 2016
- 15 <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-237082.jsp> (Factsheet over harmonisatie via 83 Pw)
- 16 <http://www.toezicht.dnb.nl/2/6/50-236754.jsp> (Factsheet over CWO en 83 Pw)
- 17 <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-236752.jsp> (Factsheet over CWO bij liquidatie en 84 Pw)
- 18 <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-237299.jsp>. (met link naar toelichting op het meldingsformulier CWO artikel 84 Pw)
- 19 J.W. de Bruin e.a., *Het verveesde pensioenfonds, en nu?*, Vereniging voor pensioenrecht, Den Haag 2013
- 20 L.A.J. Kuijpers, *Pensioenrechtspraak*, Presentatie VULA 26 september 2018
- 21 J.R.C. Tangelder, *Naar een duidelijk eigendomsbegrip*, Netspar Design Paper 107 September 2018
- 22 R.H. Maatman, *Invaren, invaarproblematiek en tussenvariant*, TPV 2014/17
- 23 H. van Meerten, *Invaren: ten onrechte geen aandacht voor het Handvest*, TPV 2014/24
- 24 Rapport Pensioenfederatie Commissie Toekomst Pensioenstelsel, onderzoeksgroep Juridisch-fiscaal, november 2016
- 25 T. Barkhuizen en T. Huijg, *Al of niet verplicht invaren van bestaande pensioenrechten*, TPV 2012/2
- 26 E. Lewin, *Vier beginselen uit de Pensioenwet: hoe varen we verder?*, Het verzekeringsarchief 1-2012
- 27 M.J.C.M. Van der Poel, *Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen*, TPV 2018/29
- 28 Publicatie van de Vereniging van Pensioenjuristen, *Wijziging van de pensioenregeling*, 2014

### JURISPRUDENTIE

- Rechtbank Midden-Nederland 29 oktober 2014, PJ 2018/181 m.nt. M.J.C.M. van der Poel  
 Rechtbank Limburg 8 november 2017, PJ 2018/3 (Sabic)  
 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 december 2016, PJ 2017/5, m.nt. M.J.C.M. van der Poel  
 EHRM 24 oktober 2013, PJ 2014, 43  
 HvJ EU 15 januari 2014, zaak C-176/12 (AMS)