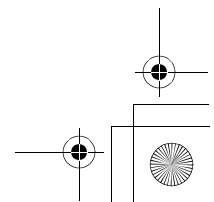
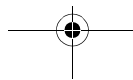
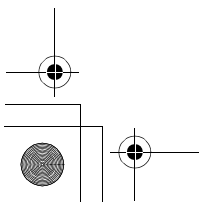
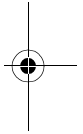
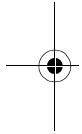
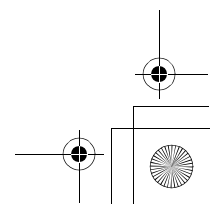
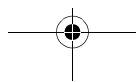
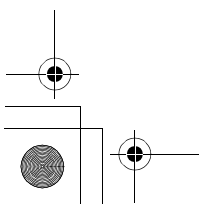
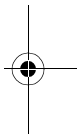
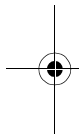
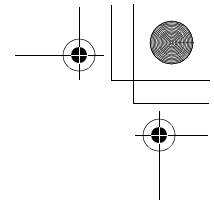
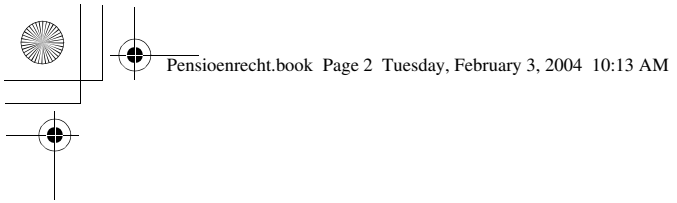
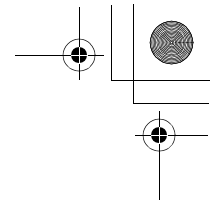
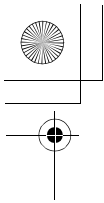


Inleidingen voor de Vereniging van Pensioenrecht op 9 september 2003



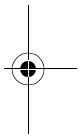
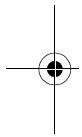




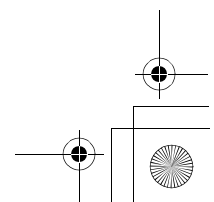
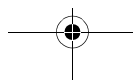
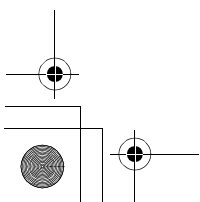
*Publicaties van de Vereniging voor Pensioenrecht*

**14**

## **De nieuwe Pensioenwet Voorbeschouwingen**



2004  
Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers  
Amersfoort



Grafische vormgeving Bert Arts BNO

Technische realisatie GrafData Deventer

© 2004, Vereniging voor Pensioenrecht

Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers

Postbus 2511, 3800 GB Amersfoort, tel. (033) 450 15 50, fax (033) 450 15 00.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

## *Inhoudsopgave*

### **De territoriale werking van de nieuwe Pensioenwet / 7**

*Mr. P.F. Doornik*

*Mr. H.W.L.A. de Lange*

*Mr. Th. Ostermann*

*Mr. J.M. Riemsdijk cpl*

*Mr. R.J.G. Veugelers*

### **Bescherming werknemers bij wanfinanciering**

#### **Geen premie, geen pensioen?**

#### **Aansprakelijkheid nalatigheid premiebetaling werkgever / 36**

*Mr.drs. M.P. van't Zet*

#### **Pensioen en faillissement. De bescherming van de werknemer kan veel beter! / 61**

*Mr. C.P.R.M. Dekker*

### **Wijziging van een pensioenregeling / 79**

*Mr. T. Dimmendaal*

*Mr. H.J. van Geest*

*Mr. M.F. van Gelder*

*P.J. van der Heide*

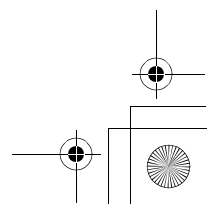
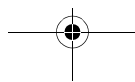
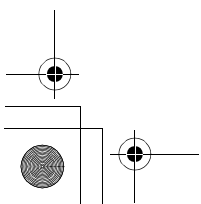
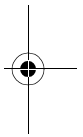
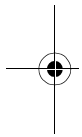
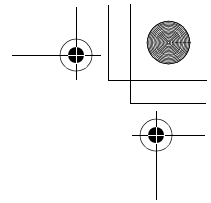
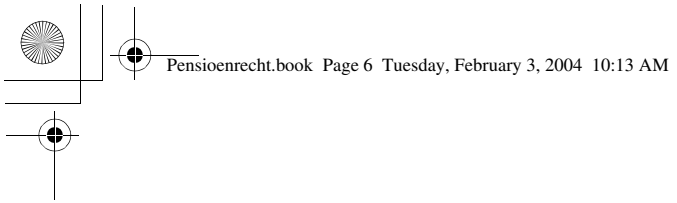
*Mr. L. van Hijkoop*

*Mr. W.F.E. Klaassen*

*Mr. A.W. Rutten*

*Mr. E. Schols-van Oppen*

*Mr. I.R.W. Witte*



## **De territoriale werking van de nieuwe Pensioenwet**

*Mr. P.F. Doornik*  
*Mr. H.W.L.A. de Lange*  
*Mr. Th. Ostermann*  
*Mr. J.M. Riemsdijk cpl*  
*Mr. R.J.G. Veugelers*

## 1 INLEIDING

In deze bijdrage wordt ingegaan op de bepalingen van de (komende) Pensioenwet (hierna: Pw) inzake de territoriale werkingssfeer, voorzover deze nu bekend zijn vanuit de ambtelijke conceptteksten.

Het is van belang dat de bepalingen, die regelen wat rechtens is in situaties met een internationaal aspect, voldoende robuust zijn voor een toekomst die zeker een toenemende internationalisering zal kennen, zowel Europees als mondiaal. De Pw dient naar ons oordeel de internationalisering te faciliteren en niet te belemmeren. Daarbij dient te worden bedacht dat op dit moment al sprake is van geschillen over de toepasselijkheid van het recht in dergelijke internationale situaties; geschillen die niet zelden leiden tot langdurige en kostbare procedures. Daarom is deze bijdrage ook een pleidooi voor zoveel mogelijk duidelijkheid met betrekking tot de territoriale werking in de Pw.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een korte algemene introductie. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de bepalingen die thans, onder de Pensioen- en spaarfondsenwet, gelden inzake de territoriale werkingssfeer. De voorgestelde bepalingen met betrekking tot de territoriale werkingssfeer in de Pw zijn opgenomen en besproken in paragraaf 4. De fiscale dimensie komt aan de orde in paragraaf 5. Paragraaf 6 geeft kort de knelpunten weer. In paragraaf 7 ten slotte zijn enige aanbevelingen uitgewerkt.

## 2 ALGEMEEN

In de pensioenpraktijk doen zich allerlei situaties voor waarin sprake is van internationale aspecten (ook wel: grensoverschrijdende situaties). Te denken valt aan de uitzending van een werknemer naar een vestiging van de werkgever in het buitenland (al dan niet binnen de Europese Unie), de indiensttreding van een werknemer bij een vestiging van een buitenlandse werkgever in Nederland, de indiensttreding van een werknemer die in Nederland woont bij de buitenlandse vestiging van een in het buitenland gevestigde werkgever enzovoort. Er zijn vele varianten op het internationale thema te bedenken. De vraag is telkens of en in welke omvang de Pw van toepassing is op de arbeidsvoorwaarde pensioen in dergelijke arbeidsverhoudingen met een internationale dimensie. Deze vraag wordt met zekerheid in de toekomst van meer belang in het licht van een toenemende internationalisering van arbeidsrelaties.



Hierna volgt eerst een beschrijving van de huidige wet- en regelgeving als kader en perspectief van de op dit moment voorgestelde bepalingen van de Pw. Een uitgebreid en lezenswaardig exposé over de PSW in internationale situaties is overigens gegeven in de Pensioenmonografie 'Pensioen in een internationaal kader'.<sup>1</sup>

### 3            **PENSIOEN- EN SPAARFONDSENWET: HUIDIGE SITUATIE**

#### 3.1         **Algemeen**

De Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) kent geen afgeronde set bepalingen over de territoriale werkingssfeer.<sup>2</sup> Sterker: betoogd kan worden dat de PSW geen enkele concrete afbakening in positieve zin bevat inzake de territoriale werkingssfeer. Wellicht omdat internationale kwesties in de tijd van de totstandkoming van de PSW (1950) minder een issue waren dan nu.

Hetgeen rechtens geldt moet worden geconstrueerd aan de hand van hetgeen wel is geregeld en wel met name uit de bepalingen inzake de pensioentoezegging (Pw: pensioenovereenkomst) en enkele bepalingen die aangeven wanneer de PSW juist niet van toepassing is.

#### 3.2         **Pensioentoezegging**

In dit verband is in de eerste plaats de pensioentoezegging relevant. De pensioentoezegging is aan de orde in artikel 2, lid 1, PSW. Indien een werkgever aan personen verbonden aan zijn onderneming, toezeggingen omtrent pensioen doet is deze verplicht de uitvoering daarvan aan een bedrijfstakpensioenfonds of ondernemingspensioenfonds over te dragen dan wel een verzekeringsovereenkomst te sluiten (uitvoeringsplicht, in de Pw: onderbrengingplicht). Op dat moment ook is de PSW van toepassing.<sup>3</sup>

- 1 I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal kader*, Pensioen Monografieën 4, Kluwer 1998.
- 2 Mr.dr.s. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW, herziening PSW?', *Pensioenmagazine* 2002/4.
- 3 Mr. P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, tweede druk, Kluwer 1997, p. 276.

Het begrip pensioentoezegging wordt gedefinieerd in artikel 1 van het Besluit pensioentoezegging.<sup>4</sup> De begrippen werkgever en werknemer zijn gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder e en f als respectievelijk:

- het hoofd van een onderneming of, zo deze een rechtspersoon is die rechtspersoon zelve, en
- ieder die in dienst van deze onderneming is.

De pensioentoezegging wordt in het algemeen juridisch geduid als een overeenkomst welke tot stand komt tussen werkgever en werknemer via aanbod (werkgever) en aanvaarding (werknemer).<sup>5</sup> De werkelijkheid is, als bekend, diffuser onder andere door het fenomeen van de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen (waardoor de toezegging in bepaalde sectoren een gegeven is) en het feit dat pensioen als een arbeidsvoorwaarde deel uitmaakt van (verstopt is in) een pakket arbeidsvoorwaarden.

In deze bepalingen zit geen enkele territoriale afbakening van de PSW. Volgens de letterlijke tekst van de PSW is het zo dat als er een arbeidsverhouding is tussen een werkgever en een werknemer waarbij sprake is van een pensioentoezegging (alles in de zin van de PSW) de PSW van toepassing is. Waarschijnlijk is de wetgever er destijds van uitgegaan dat sprake zou zijn van een Nederlandse werkgever of een Nederlandse werknemer of een Nederlandse arbeidsverhouding. Doordat dit niet uitdrukkelijk is opgenomen bestaat er onduidelijkheid over de territoriale reikwijdte van de PSW.

Deze bepalingen missen een internationale dimensie en leiden in theorie derhalve tot een volledige toepasselijkheid van de PSW. De internationale dimensie komt eerst aan de orde bij artikel 2, lid 1 juncto lid 3, onderdeel b, PSW. Deze artikelen luiden als volgt:

1. Een werkgever, die aan personen, verbonden aan zijn onderneming, toezeggingen omtrent pensioen doet of vóór de inwerkingtreding van dit artikel gedaan heeft, is verplicht ter uitvoering daarvan:

- 4 Besluit van 23 december 1996, *Stb.* 1997, 36, houdende regelen voor de toepassing van de Pensioen- en spaarfondsenwet, artikel 1: Er is een toezegging omtrent pensioen indien een arbeidsverhouding bestaat of heeft bestaan tussen een werkgever en een aan zijn onderneming verbonden persoon en voor zover in deze arbeidsverhouding wordt voorzien in pensioen over de periode waarin de arbeidsverhouding bestaat of over perioden na het einde van de arbeidsverhouding.
- 5 O.a. prof.dr. E. Lutjens, *De PSW, Wetshistorisch overzicht en commentaar*, Kluwer 1998, p. 27/28 en mr. P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, tweede druk 1997, Kluwer, p. 87.

- a. hetzij toe te treden tot een bedrijfstakpensioenfonds;
- b. hetzij aan de onderneming een ondernemingspensioenfonds te verbinden;
- c. hetzij voorzieningen te treffen overeenkomstig het bepaalde in het vierde lid; een en ander met inachtneming van de bepalingen van deze wet.

3. Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing op een toezegging welke een werkgever doet aan zijn werknemers, die voor de onderneming buiten Nederland werkzaam zijn of bestemd zijn voor dadelijke tewerkstelling buiten Nederland, behalve indien zij hun woonplaats in Nederland hebben, onderscheidenlijk behouden.

Het artikel bevat derhalve een uitzondering in internationale situaties op de werking van de PSW in geval van een pensioentoezegging. Uit de bepaling kan worden afgeleid dat de PSW (althans in ieder geval artikel 2, lid 1, PSW) niet van toepassing is zodra sprake is van:

- een Nederlandse of buitenlandse werkgever;
- die een pensioentoezegging doet aan een werknemer;
- die in het buitenland werkt of gaat werken, en
- die niet in Nederland woont.

Anders gezegd: indien sprake is van een pensioentoezegging van een werkgever aan een werknemer in een volledig internationale situatie is mogelijk voldoende voor de toepasselijkheid van de PSW dat de werknemer in Nederland woont.<sup>6</sup> Dit leidt tot de absurde situatie dat de PSW zelfs van toepassing is als de enige band met Nederland wordt gevormd door het woonachtig zijn in Nederland. Tot deze conclusie moet een grammaticale interpretatie leiden. Vanzelfsprekend laat dit onverlet dat buitenlandse rechtsstelsels ook bepalingen kunnen bevatten inzake de toepasselijkheid van rechtsstelsels.

Deze ruime uitleg past binnen de waarborgfunctie van de PSW, te weten een sterke bescherming van de pensioenaanspraken van de werknemer. Echter, deze grammaticale uitleg van artikel 2, lid 3, onderdeel b en daarmee nog ruime uitleg van de PSW voor wat betreft de territoriale werking is omstreden. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat er meer

6 Mr.dr.s. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW; herziening PSW?', *Pensioenmagazine* 2002/ 4, p. 19 en I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal karakter*, Pensioen Monografieën 4, Kluwer 1998, p. 20.

nodig is om de PSW van toepassing te laten zijn dan de enkele woonplaats van de werknemer. Met andere woorden, dat er meer voor nodig is dan een pensioentoezegging aan een in Nederland woonachtige werknemer om de PSW van toepassing te laten zijn.

In het algemeen wordt aangenomen dat dit meerdere *in elk geval* is het verrichten van werkzaamheden door een werknemer voor een werkgever bij een onderdeel van de onderneming in Nederland. Ongeacht waar de desbetreffende werkgever formeel zijn zetel heeft.

Voorts wordt aangenomen dat het meerdere *tevens* kan zitten in de vestigingsplaats van de werkgever: de werkgever dient ondernemingsactiviteiten te hebben in Nederland van waaruit de werknemer in het buitenland arbeid verricht. Dit is een verdergaande beperking van de toepasselijkheid van de PSW.<sup>7</sup>

#### *Samenvattend*

Gesteld kan worden dat de enige beperkende bepaling met betrekking tot de territoriale werkingssfeer de internationale situatie is waarin de werknemer zowel woont als werkt in het buitenland. Daarbij is de vestigingsplaats van de werkgever niet relevant.

In de literatuur wordt echter aangenomen dat de territoriale werkingssfeer van de PSW verder beperkt is in die zin dat het werk verbonden moet zijn met Nederland. Dit spreekt voor zich ingeval de werknemer werkt in Nederland. In beginsel geldt dan niet de uitzondering uit artikel 2, lid 3, onderdeel b, PSW zodat de PSW van toepassing is.

Ingeval wel sprake is van de uitzondering op dit artikel (dus: de werknemer werkt in het buitenland) dan wordt aangenomen dat er naast de woonplaats van de werknemer in Nederland ook sprake moet zijn van een vestiging van de werkgever in Nederland. Dan is de vestigingsplaats van de werkgever dus wel relevant.

Naar ons oordeel is deze benadering vanuit de waarborgfunctie van de PSW minder krachtig, maar wel logisch gelet op het feit dat de arbeidsvoorwaarde pensioen zo in elk geval op enige wijze gekoppeld blijft aan de Nederlandse arbeidsmarkt.

7 I.C.M. van de Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal karakter*, Pensioen Monografieën 4, Kluwer 1998, p. 19-22, prof.dr. E. Lutjens, *De PSW, Wetshistorisch overzicht en commentaar*, Kluwer 1998, p. 45 en mr.dr.s. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW; herziening PSW?', *Pensioenmagazine* 2002/4, p. 18/19.

Bij het bovenstaande gelden nog de volgende kanttekeningen.

### 3.3 Detachering en voortzetting van de pensioenregeling

In de eerste plaats is de PSW met ingang van 6 juli 2001 aangevuld met enige bepalingen inzake voortzetting van de pensioenregeling bij detachering binnen de Europese Unie (EU).<sup>8</sup>

Toegevoegd zijn na artikel 32c de artikelen 32d tot en met 32h PSW waarvan in deze relevant zijn de artikelen 32g juncto artikel 32d.

In artikel 32g PSW is bepaald:

#### *Artikel 32g*

1. Een gedetacheerd werknemer kan tijdens de detachering blijven deelnemen aan de pensioenregeling.
2. Indien tijdens de detachering in Nederland de betaling van bijdragen in een andere lidstaat wordt voortgezet, worden de in Nederland gedetacheerde werknemer en diens werkgever vrijgesteld van de verplichting tot het betalen van bijdragen in Nederland.

Artikel 32d definieert het begrip 'gedetacheerd werknemer' in onderdeel e als een werknemer die in een andere lidstaat wordt gedetacheerd om daar te werken en die krachtens titel II van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen die zich binnen de gemeenschap verplaatsen (PbEG L 149), onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong.

Deze regelgeving betreft dus de detachering van werknemers binnen de EU. Doelstelling van de richtlijn en daarmee van de wijzigingen in de PSW is het zoveel mogelijk wegnemen van de belemmeringen voor de mobiliteit van de werknemers binnen de EU, zodat het recht op vrij verkeer daadwerkelijk kan worden uitgeoefend met betrekking tot het behoud van verworven aanspraken.<sup>9</sup>

- 8 Wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 98/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PbEG L 209), *Stb.* 2001, 301.
- 9 TK 27 649, nr. 3, p. 1.

Effect van deze bepalingen is dat de Nederlandse werknemer die tijdelijk in een lidstaat werkt de deelneming in een pensioenregeling in het land van oorsprong kan voortzetten. Tevens geldt dat deze werknemer niet gedwongen kan worden om tegelijkertijd deel te nemen in de pensioenregeling in de andere lidstaat.

Voor iemand die vanuit het buitenland in Nederland gedetacheerd is geldt dat, wanneer hij deelnemer blijft in de regeling van het land van oorsprong, hij niet verplicht kan worden om deel te nemen in de Nederlandse pensioenregeling waarbij de werkgever bij wie hij gedetacheerd is aangesloten is.<sup>10</sup>

In hoeverre grijpt deze regelgeving in op de territoriale werkingssfeer van de PSW? Daarover merkt de memorie van toelichting het volgende op:

‘Wanneer de deelneming in de Nederlandse pensioenregeling wordt voortgezet en het betreft een pensioenregeling waarop de PSW van toepassing is, dan blijft ook tijdens de detachering de PSW van toepassing. In dat geval gaat het immers om de voortzetting van een bestaand deelnemerschap, gebaseerd op een bestaande pensioentoezegging. Artikel 2, derde lid, onderdeel b, van de PSW is niet van toepassing. Dat artikel bepaalt dat de verplichting om een pensioentoezegging uit te laten voeren door een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar niet geldt, wanneer er sprake is van een toezegging welke een werkgever doet aan werknemers die voor de onderneming buiten Nederland werkzaam zijn of bestemd zijn voor dadelijke tewerkstelling buiten Nederland, behalve indien zij hun woonplaats hebben, onderscheidenlijk behouden.’<sup>11</sup>

Voor een werknemer die naar Nederland wordt gedetacheerd geldt in principe de PSW (werk in Nederland voor een werkgever met een vestiging in Nederland). Indien echter wordt deelgenomen aan een pensioenregeling in het land van detachering en betrokkene geeft te kennen aan die pensioenregeling te willen deelnemen, dan zou de PSW niet van toepassing moeten zijn. Helaas blijft de wetgever hierover in het vage. Uit de toelichting kan worden afgeleid dat dit inderdaad de bedoeling is.<sup>12</sup> Dit

<sup>10</sup> TK 27 649, nr. 3, p. 7.

<sup>11</sup> TK 27 649, nr. 3, p. 7.

<sup>12</sup> TK 27 649, nr. 5, p. 8.

ligt in de rede gelet op de doelstelling van de wetgeving; te weten het verwijderen van onnodige belemmeringen voor arbeidsmobiliteit. In die zin heeft artikel 32g PSW een beperkende werking op de territoriale werkingssfeer van de PSW.

Als de uit Nederland gedetacheerde werknemer te kennen geeft niet onder de geldende pensioenregeling te willen blijven vallen, maar onder een pensioenregeling in het werkland (en dit gebeurt ook daadwerkelijk) kan verdedigd worden dat de PSW toch van toepassing blijft. Immers, omdat sprake is van detachering mag worden aangenomen dat betrokkene blijft wonen in Nederland en de werkgever heeft een vestiging in Nederland: er is voldaan aan de noodzakelijke vereisten voor toepasselijkheid PSW.

Als de vanuit het buitenland gedetacheerde werknemer te kennen geeft deel te willen nemen aan de pensioenregeling in Nederland, dan moet de PSW ook geacht worden op hem van toepassing te zijn.

Bovenstaande structuur laat zich weergeven in een matrix:

	<i>Werknemer kiest pensioenregeling land van oorsprong</i>	<i>Werknemer kiest pensioenregeling land van detachering</i>
Van Nederland naar lidstaat	PSW van toepassing	PSW niet van toepassing
Van lidstaat naar Nederland	PSW niet van toepassing	PSW van toepassing

#### *Samenvattend*

Het bepaalde in de artikelen 32d en 32g grijpt in op de territoriale werkingssfeer van de PSW. Dit is het geval in de situatie dat een gedetacheerde werknemer uit een andere lidstaat in Nederland komt werken, maar ervoor kiest de eigen pensioenregeling voort te zetten. In dat geval wordt de territoriale werkingssfeer van de PSW beperkt.

Voorts is dit het geval indien de Nederlandse werknemer bij detachering in een andere lidstaat kiest voor een pensioenregeling in die lidstaat, ervan uitgaande dat deze werknemer geacht kan worden in Nederland te zijn blijven wonen.

Overigens lijkt de toepassing van deze artikelen binnen de normale toepassing van de regels te blijven. In de wetsgeschiedenis noch in de literatuur is veel aandacht aan deze bepalingen besteed. Kennelijk heeft de wat

onduidelijke samenhang tussen de recent ingevoegde artikelen en de bestaande structuur van de territoriale werking in de praktijk nog niet voor problemen gezorgd.

Ten slotte zijn in het kader van het bepalen van de territoriale werkingssfeer van de PSW nog relevant de Beleidsregels ontheffingen PSW van de PVK.<sup>13</sup>

### 3.4 Beleidsregels ontheffingen PSW

Artikel 29 PSW luidt:

#### *Artikel 29*

1. De Pensioen- & Verzekeringskamer kan desgevraagd in bijzondere gevallen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 2, 3, 3a, 5, eerste lid, 6, 6a, 8, eerste tot en met vierde, achtste en negende lid, 8b, 9b, tweede lid, 10b, eerste tot en met derde lid, 32a, onderdeel c en artikel 32ba, eerste lid, onderdeel f, ontheffing verlenen, indien die kamer van oordeel is, dat de belangen van personen die betrokken zijn bij een pensioen- of spaarregeling voldoende gewaarborgd zijn. De ontheffing kan geen betrekking hebben op een verzoek om afkoop van pensioen of een aanspraak op pensioen, anders dan met het oog op verwerving van aanspraken op pensioen jegens een in het buitenland gevestigde instelling, en een verzoek om ontheffing van het voorschrift van gelijke behandeling wat betreft het verlenen van toeslagen.
2. De ontheffing kan onder beperkingen worden verleend en daaraan kunnen voorschriften worden verbonden; zij kan voorts worden gewijzigd en ingetrokken.
3. De Pensioen- & Verzekeringskamer stelt beleidsregels vast met betrekking tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing en publiceert die regels in de Staatscourant.

<sup>13</sup> Regeling van 1 juli 1996, *Stcrt.* 1996, 125, houdende beleidsregels van de Verzekeringskamer tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing van de in het eerste lid van artikel 29 van de Pensioen- en spaarfondsenwet genoemde bepalingen, zoals deze regeling laatstelijk is gewijzigd bij regeling van 1 december 2000, *Stcrt.* 2000, 236.



Laatstgenoemde regels zijn gepubliceerd in de Beleidsregels ontheffingen PSW.<sup>14</sup> Van belang daarbij is vooral artikel 2, lid 1, onderdeel e juncto artikel 2, lid 2, onderdelen a en e en artikel 2, lid 4 van de Beleidsregels.

Samengevat is daarin bepaald dat de PVK ontheffing verleent van artikel 2, lid 1, PSW (uitvoering van de pensioentoezegging met inachtneming van de bepalingen van de PSW) aan de werkgever om de pensioenregeling bij een buitenlandse instelling te laten uitvoeren. Deze vrijstelling wordt dan gegeven in de volgende situaties:

- de werkgever doet een toezegging of heeft dat gedaan aan een uit het buitenland afkomstige persoon, die door een in het buitenland gevestigde onderneming tijdelijk bij de Nederlandse werkgever is gedetacheerd;
- de buitenlandse onderneming moet met de Nederlandse werkgever in een groep zijn verbonden (dit kan ook een buitenlands filiaal zijn); en wel onder de navolgende voorwaarden:
  - de werknemer moet hebben ingestemd met het verzoek om ontheffing;
  - de ontheffing geldt voor een periode van vijf jaar, vanaf het moment dat de werknemer in Nederland werkzaam wordt;
  - de pensioenopbouw in de buitenlandse pensioenregeling dient te worden voortgezet door de Nederlandse werkgever;
  - bij de aanvraag dienen de bescheiden te worden overgelegd waaruit ten genoegen van de PVK blijkt dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor ontheffing (bijvoorbeeld de tijdelijke arbeidsovereenkomst of een detachingsverklaring).

Het gaat om de situatie dat een werknemer door een buitenlandse groepsmaatschappij tijdelijk in Nederland is gedetacheerd en op grond van de Nederlandse arbeidsvoorwaarden recht heeft op pensioen. Bedoeling van de ontheffing is dat voor wat betreft de pensioenopbouw de bestaande situatie kan voortduren. De Nederlandse werkgever betaalt dus bij wijze van uitvoering van zijn pensioentoezegging de premies aan de pensioenuitvoerder van de uitzendende buitenlandse werkgever.

14 Regeling van 1 juli 1996, *Stcrt.* 1996, 125, houdende beleidsregels van de Verzekeringkamer tot het nemen van beslissingen ter zake van ontheffing van de in het eerste lid van artikel 29 van de Pensioen- en spaarfondsenwet genoemde bepalingen, zoals deze regeling laatstelijk is gewijzigd bij regeling van 1 december 2000, *Stcrt.* 2000, 236.

Belangrijke beperkingen zijn dat de ontheffing alleen geldt in het geval van detachering binnen (internationaal) concernverband en dat ze tot vijf jaar is gemaximeerd.

In de literatuur wordt betwijfeld of de uitzending binnen concernverband dient plaats te vinden.<sup>15</sup> Hoe dat ook zij: de Beleidsregels ontheffingen beperken de territoriale werkingssfeer van de PSW. Aangenomen mag worden dat nu de bestaande pensioenregeling van betrokkene wordt voortgezet en specifiek een bepaling inzake premiebetaling geldt, de genoemde bepalingen van de PSW niet gelden.

#### *Samenvattend*

De Beleidsregels ontheffingen bevatten een beperking van de territoriale werking van de PSW in die zin dat in geval van detachering van een werknemer naar Nederland (in principe in concernverband), waarbij geen sprake is van een EU-detachering, de PVK ontheffing kan verlenen van een aantal bepalingen van de PSW.

Na een beschrijving van de huidige structuur is de vraag op welke wijze het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de bepalingen inzake de territoriale werkingssfeer denkt te gaan vorm te geven.

## 4 PENSIOENWET

### 4.1 Algemeen

Vooropgesteld wordt dat de conceptteksten met betrekking tot de Pw doortrokken zijn van de gedachte dat in het kader van aanvullende pensioenen sprake is van een driehoeksverhouding. In deze driehoeksverhouding is sprake van een relatie tussen werkgever en werknemer die beheerst wordt door de arbeidsovereenkomst en de pensioenovereenkomst die daarvan deel uitmaakt. Het begrip pensioentoezegging is daarmee vervangen door het begrip pensioenovereenkomst.<sup>16</sup> De relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder wordt beheerst door de zogenoemde uitvoeringsovereenkomst.<sup>17</sup> De relatie tussen pensioenuitvoerder en

15 Ook: mr.dr.s. R.M.J. de Greef, 'Voortgezette pensioenopbouw en territoriale werking van de PSW; herziening PSW?', *Pensioenmagazine* 2002/4, p. 21.

16 In artikel 1:3, lid 1, onder a, Pw gedefinieerd als: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.

17 In artikel 1:3, lid 1, onder b, Pw gedefinieerd als: de overeenkomst tussen een werkgever en een pensioenuitvoerder over de uitvoering van een of meer pensioenovereenkomsten.

werknemer ten slotte wordt bepaald door het pensioenreglement. Dit concept komt terug in de bepalingen over de territoriale werking. Verder is hier van belang de pensioenovereenkomst en de rechtskeuze.

#### 4.2 Territoriale werking Pensioenwet bij pensioenovereenkomsten

In de Pw is naar ons oordeel (nog steeds) geen sprake van een algemene regeling voor de territoriale werking van de Pw, er is alleen sprake van specifieke bepalingen voor de situatie van detachering.

De relevante bepaling in deze is als artikel 2:4 opgenomen in Hoofdstuk 2 (het zogenoemde toepassingsgebied van de Pw), paragraaf 2.1 (Toepasselijkheid van de wet).

In artikel 2:4 is het volgende bepaald:

*Artikel 2:4. Voortzetting toepasselijkheid bij detachering*

Deze wet blijft bij het ontbreken van een rechtskeuze van toepassing ten aanzien van een werknemer die buiten Nederland wordt gedetacheerd, mits er sprake is van detachering voor de tijdsduur als omschreven in titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de gemeenschap verplaatsen.

Ook relevant is de daaropvolgende bepaling 2:5 (opgenomen in paragraaf 2.2):

*Artikel 2:5. Uitsluiting van de toepasselijkheid van de wet*

1. Deze wet is niet van toepassing op pensioenovereenkomsten waarvoor op grond van een andere wet of daarop berustende bepalingen regels zijn gesteld.
2. Deze wet wordt bij het ontbreken van een rechtskeuze niet van toepassing ten aanzien van een werknemer die vanuit het buitenland in Nederland wordt gedetacheerd voor de tijdsduur als omschreven in titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van de Europese gemeenschappen van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de gemeenschap verplaatsen.

Uit de ambtelijke conceptteksten van de Pw blijkt dat men feitelijk de bestaande artikelen van de PSW met betrekking tot de toepasselijkheid van de wet heeft willen doorvertalen naar de Pw. Evenals in de huidige PSW staat dit niet met zoveel woorden in tekst of toelichting van de wet, maar vloeit voort uit de samenhang met artikel 4:1 van de Pw. Daarin is de onderbrengings- (voorheen: uitvoerings-)plicht van de werkgever geformuleerd: *de werkgever draagt zorg voor de onderbrenging van de pensioenovereenkomst door het sluiten en in stand houden van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder.*

In aanvulling op deze aan de pensioenovereenkomst gekoppelde basisregeling geldt het fenomeen van de rechtskeuze.

#### 4.3 Territoriale werking Pensioenwet bij pensioenovereenkomsten: rechtskeuze

Afgezien van de basisregeling met als kapstok de pensioenovereenkomst is gekozen voor een andere systematiek dan in de huidige PSW. Noch de uitzondering van artikel 2, lid 3, onderdeel b noch de voorwaarden ingevolge artikel 2, lid 1, onderdeel e, Beleidsregels ontheffingen PVK zullen nog worden gehanteerd. In plaats daarvan wordt in de ambtelijke conceptteksten aansluiting gezocht bij het op 19 juni 1980 in Rome gesloten Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Europees Overeenkomsten Verdrag, hierna: EVO).

Op grond van artikel 3 EVO geldt het beginsel van de vrijheid van rechtskeuze wanneer de (arbeids)overeenkomst buitenlandse aanknopingspunten heeft. Bij gebreke van een rechtskeuze geldt artikel 6, lid 2, EVO. Daar in staat welk recht de arbeidsovereenkomst beheerst, te weten:

- a. het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land is tewerkgesteld, of
- b. het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze werknemer niet in één-zelfde land zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst verbonden is met een ander land, in welk geval het recht van het andere land van toepassing is.

In artikel 6, lid 1, EVO is tevens bepaald dat de rechtskeuze er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid

van artikel 6 bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.

Volgens de opstellers van de ambtelijke conceptteksten ligt het voor de hand om ook in het kader van de pensioenovereenkomst aansluiting te zoeken bij het EVO en wel omdat de arbeidsovereenkomst uitgangspunt is voor de pensioenovereenkomst. Dit betekent concreet dat bij internationale situaties een rechtskeuze mogelijk is waarbij de Pw eventueel niet meer van toepassing zal zijn.

Deze aansluiting ligt, in tegenstelling tot wat in de ambtelijke conceptteksten wordt gesteld, evenwel niet zo voor de hand, zeker niet met de invoering van het begrip 'pensioenovereenkomst'. De tekst van artikel 6 EVO spreekt immers uitdrukkelijk over een 'arbeidsovereenkomst' en het komt voor dat één der partijen bij het EVO niet zomaar dit begrip kan 'oprekken' naar dat van een 'pensioenovereenkomst', ook niet indien al te verdedigen is dat het huidige begrip 'pensioentoezegging' onderdeel zou uitmaken van de arbeidsovereenkomst en daarmee onder het bepaalde in artikel 6 EVO valt.

In dit kader wordt overigens opgemerkt dat contractspartijen op basis van artikel 3, lid 1, EVO een rechtskeuze kunnen overeenkomen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan<sup>18</sup> en derhalve verschillende delen van de arbeidsovereenkomst onderwerpen aan verschillende rechtssystemen. Uit literatuur lijkt te volgen dat dit niet tot 'een versplintering' van de overeenkomst zou mogen leiden, met andere woorden, het gedeelte van de overeenkomst dat wordt afgesplitst moet een logisch geheel vormen. Dit laatste lijkt ten aanzien van de pensioenovereenkomst c.q. de pensioentoezegging in de arbeidsovereenkomst nog wel verdedigbaar omdat het een arbeidsvoorwaarde is dat een geheel eigen en uitgebreid stelsel van wet- en regelgeving kent. Is derhalve onderkend dat het daarmee mogelijk is dat partijen overeenkomen dat op de arbeidsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is en op de pensioenovereenkomst dan wel de pensioentoezegging die onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst het recht van een ander land?

18 Met een fraai woord ook wel aangeduid als 'subjectieve dépeçage'.

#### 4.4 Rechtskeuze: dwingende bepalingen en bepalingen van dwingend recht

In de toelichting wordt opgemerkt wat rechtens is bij een rechtskeuze voor een ander recht dan het Nederlandse.

Ingevolge artikel 6, lid 2, EVO<sup>19</sup> kan de werknemer niet de bescherming verliezen welke hij geniet op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat ingevolge artikel 6, lid 2, EVO van toepassing zou zijn bij gebreke van een rechtskeuze. Dit betekent dat de dwingendrechtelijke bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van de Pw – ook bij rechtskeuze voor een ander recht dan het Nederlandse – van toepassing blijven. Dwingende bepalingen, ook wel regels van openbare orde genoemd, zijn bepalingen waarvan partijen niet bij overeenkomst mogen afwijken, met name regels ter bescherming van een zwakke partij.

Naast de in artikel 6 van het EVO genoemde ‘dwingende bepalingen’ zijn er ook nog ‘bepalingen van bijzonder dwingend recht’ genoemd in artikel 7 van het EVO. Het gaat om normen waaraan een land zoveel belang hecht dat deze worden toegepast zodra het geval enige band met zijn grondgebied heeft, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst. In artikel 7 worden de bepalingen van bijzonder dwingend recht niet opgesomd, iedere rechter moet zelf bepalen of daarvan in een bepaald geval sprake is.

Deze keuze om niet aan te geven welke bepalingen van de Pw dwingendrechtelijk van aard zijn, is in onze optiek onwenselijk en creëert bovendien rechtsonzekerheid.

Daarenboven wordt in de conceptteksten opgemerkt dat indien partijen een rechtskeuze maken – en daarbij overeenkomen dat Nederlands recht van toepassing is op de pensioenovereenkomst – zij tevens kunnen afspreken dat er een detachering voor een langere periode zal plaatsvinden. Indien een dergelijke afspraak wordt gemaakt (dit valt binnen de contractvrijheid van partijen) dan ontstaat de mogelijkheid dat lokaal recht van toepassing wordt. In geval van een conflict kan een buitenlandse rechter van oordeel zijn dat er buitenlands recht van toepassing is. Ook hierover wordt rechtsonzekerheid gecreëerd.

19 Indien al rechtstreeks van toepassing. Zie paragraaf 4.3.

#### 4.5 Pw en ontbreken rechtskeuze

Bij het ontbreken van een rechtskeuze blijft de Pw van toepassing wanneer de werknemer de arbeid tijdelijk in het buitenland verricht.

Het EVO-verdrag laat invulling van het begrip tijdelijk over aan de rechter. In de Pw is ervoor gekozen aan te sluiten bij het begrip gedetacheerd werknemer dat nu al in de PSW (artikel 32d) is opgenomen ter implementatie van Richtlijn 98/49/EG. Voor de definitie van het begrip gedetacheerd werknemer is in de richtlijn weer aangesloten bij titel II van de Verordening 1408/71. Met andere woorden: bij het ontbreken van een rechtskeuze is de Pw van toepassing wanneer de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in Nederland verricht of wanneer hij die arbeid slechts tijdelijk in het buitenland verricht. Het begrip tijdelijk is ingevuld via een verwijzing naar het detachingsbegrip op grond van Verordening 1408/71. Ingevolge de verordening is er sprake van tijdelijk indien de uitzending maximaal twaalf maanden duurt, met de mogelijkheid van verlenging van deze termijn met twaalf maanden indien de lidstaat op wiens grondgebied de gedetacheerde werknemer werkzaam is hiervoor toestemming geeft.

#### 4.6 Detachering in Nederland zonder rechtskeuze

Artikel 2:5 beperkt de werkingssfeer van de Pw verder.

In de situatie dat een werknemer vanuit het buitenland tijdelijk in Nederland werkt op detachingsbasis is de Pw, bij het ontbreken van een rechtskeuze, niet van toepassing. Indien een werknemer in Nederland gedetacheerd is voor een periode die langer is dan twaalf maanden, maar maximaal 24 maanden, is daarvoor toestemming van het toezichthoudend orgaan nodig.

Indien detachering voor een langere periode dan 24 maanden wordt overeengekomen, kunnen de bevoegde autoriteiten van beide landen een afwijkende regeling overeenkomen.

Kennelijk wordt hier voorzien in een taak van de PVK om ontheffing van de Pw te verlenen in geval van werken in Nederland voor een periode langer dan 24 maanden in het geval geen rechtskeuze is gemaakt voor het Nederlands recht, dus de Pw.

### *Samenvattend*

Het vertrekpunt in de Pw is identiek aan de PSW: zodra een pensioenovereenkomst bestaat in de zin van de Pw bestaat er een onderbrengingsplicht en is de Pw van toepassing.

Hierna lopen Pw en PSW uiteen omdat niet langer sprake is van een wettelijk bepaalde uitzondering op de toepasselijkheid. Impliciet uitgangspunt is kennelijk de plaats waar de werknemer zijn werk gewoonlijk verricht; niet langer wordt gerefereerd aan het woonplaatsbegrip.

Indien zich een internationale situatie voordoet is er een rechtskeuze mogelijk voor het toepasselijke recht. Geopteerd kan worden voor de Pw, maar de Pw kan ook worden uitgesloten, dus de territoriale werkingsfeer kan worden beperkt met uitzondering van de dwingendrechtelijke bepalingen die dienen ter bescherming van de werknemer.

Bij het ontbreken van een rechtskeuze geldt dat de Pw van toepassing blijft in geval van tijdelijk werken in het buitenland waarbij dit begrip is ingevuld via de termijn die geldt voor de gedetacheerd werknemer in de zin van Verordening 1408/71 (12 of 24 maanden). In het geval dat een buitenlands werknemer in Nederland komt werken geldt een beperking van de Pw langs dezelfde lijn. Dus: bij een rechtskeuze voor een ander stelsel dan de Pw geldt de Pw niet (behalve de dwingendrechtelijke bepalingen) en bij het ontbreken van een rechtskeuze zal het recht van het land van herkomst in ieder geval gedurende de eerste 12 of 24 maanden gelden met (waarschijnlijk) een ontheffingsmogelijkheid door de PVK. Welke bepalingen als dwingendrechtelijk moeten worden aangemerkt, wordt in de concepttekst van de Pw niet aangegeven.

In het kader van het vraagstuk van de territoriale werking van de Pw wordt door de wetgever ook nog aandacht besteed aan de toepasselijkheid van de Pw op de uitvoeringsovereenkomst (uitvoeringsreglement bij bedrijfstakpensioenfondsen) en het pensioenreglement.

#### **4.7 Territoriale werking uitvoeringsovereenkomst**

De uitvoeringsovereenkomst geldt blijkens de conceptteksten in de verhouding tussen werkgever en pensioenuitvoerder.

Relevante bepaling in deze is artikel 4:9 Pw:



*Artikel 4:9. Toepasselijk recht*

In de uitvoeringsovereenkomst waarin bij de totstandkoming of op een later tijdstip wordt gekozen voor ander dan Nederlands recht, wordt de volgende clause opgenomen: ongeacht het gekozen rechtstelsel is ten aanzien van deze uitvoeringsovereenkomst in ieder geval de Pensioenwet van toepassing.

Tevens is voorzien in aanvullende bepalingen inzake de uitvoeringsovereenkomsten met een pensioenuitvoerder/pensioenfonds uit een andere lidstaat (paragraaf 4.3). De artikelen 4:10 en 4:11 staan in dat verband pro memorie.

Artikel 4:9 is gebaseerd op artikel 2a van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW. Blijkens de toelichting op deze regelen strekt artikel 2a ertoe te waarborgen dat, ongeacht het op de verzekeringsovereenkomst (in EG-verband) toepasselijke recht, de situatie tevens wordt beheerst door de bepalingen van de PSW. Doelstelling van het opnemen van een soortgelijke bepaling in de Pw is zekerheid verkrijgen dat in internationale situaties waarin gekozen wordt voor de toepasselijkheid van een ander rechtstelsel dan het Nederlandse, toch de Pw van toepassing is op de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder. De bedoeling is dat de Pw daarmee in elk geval territoriale werking heeft bij internationale uitvoeringsovereenkomsten (in nationale situaties is dat vanzelfsprekend).

**4.8 Territoriale werking in verhouding werknemer/pensioenuitvoerder**

In de toelichting wordt opgemerkt dat de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst en dat er geen aparte overeenkomst is tussen partijen. Tevens wordt opgemerkt dat het belangrijk is dat de in Nederland geldende wetgeving op pensioenterrein, die tot doel heeft de werknemer te beschermen, ook van toepassing is wanneer sprake is van een buitenlandse pensioenuitvoerder. De clause over de toepasselijkheid van de Pw die in de uitvoeringsovereenkomst moet worden opgenomen werkt door in de verhouding tussen deelnemer en pensioenuitvoerder.

Deze redenering doet merkwaardig aan. Het lijkt eerder in de rede te liggen dat indien op de pensioenovereenkomst de Pw van toepassing is deze ook van toepassing is op de relatie tussen pensioenuitvoerder en werkne-

mer. De pensioenuitvoerder doet in beginsel immers niets anders dan het uitvoeren van hetgeen tussen werknemer en werkgever is overeengekomen en dat lijkt ook te impliceren het toepassen van de Pw-bepalingen indien van toepassing.

Voordat wij komen tot enige overwegingen en aanbevelingen met betrekking tot de voorliggende Pw-teksten willen wij nog aandacht besteden aan de fiscale dimensie, niet in het minst omdat het van belang is dat de civiele bepalingen over de toepasselijkheid van de Pw zich zo goed mogelijk verhouden met de fiscale wet- en regelgeving in internationale situaties.

## 5 FISCALE ASPECTEN

### 5.1 Wisselwerking civiele en fiscale bepalingen pensioenen

De territoriale werking zoals deze blijkt uit de huidige PSW en zoals deze in de ambtelijke conceptteksten van de Pw is voorgesteld, heeft een wisselwerking met de fiscaliteit. De fiscale normen die in de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964) zijn neergelegd<sup>20</sup> geven de normen aan waarbinnen pensioenregelingen moeten blijven teneinde de belangrijke fiscaal gewenste gevolgen te bereiken. Voorzover deze fiscale normen stringenter zijn dan de civiele, moet men dus oppassen. Indien met gebruikmaking van de civiele regelgeving de fiscale normen worden overschreden, leidt dit tot (zware) fiscale sancties. De fiscaal gewenste gevolgen kunnen kort omschreven worden door de zogenoemde omkeerregel.

De omkeerregel houdt in, dat als de aanspraak op pensioen voldoet aan de normen van de Wet LB 1964, de waarde van de aanspraak onbelast blijft voor de heffing van loonbelasting. Daar staat tegenover, dat de toekomstige uitkeringen uit de aanspraak zijn onderworpen aan de heffing van loonbelasting. Gevolg hiervan is, dat de werkgeversbijdrage in een dergelijke pensioenregeling onbelast is. Bovendien is de werknemersbijdrage aftrekbaar voor de bepaling van het fiscale loon. De uitkeringen die in de toekomst aan de werknemer of diens nabestaanden toekomen zijn onderworpen aan heffing van loonbelasting. Hier schuilt met name in internationale verhoudingen het belang van de Nederlandse overheid.

<sup>20</sup> In Hoofdstuk IIB, artikelen 18 t/m 19f.

Indien belastingvrijstelling wordt verleend voor de bijdragen tijdens de actieve periode van de werknemer, is het gewenst en in zekere zin logisch om belasting over de toekomstige uitkeringen te kunnen heffen. In beginsel wordt in Nederland slechts belasting geheven over pensioenuitkeringen van inwoners van Nederland. In de meeste gevallen is op grond van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met andere landen het heffingsrecht over dergelijke pensioeninkomsten gegeven aan het land waar de werknemer woont. In zoverre valt de 'logica' van heffing over de uitkeringen dus weg.

Werknemers die in een ander land gaan werken, en werknemers die in Nederland komen werken, al dan niet tijdelijk, besteden veel aandacht aan de vragen die dan opkomen omtrent hun pensioenrechten. Hoe zorgt ieder voor een ongestoorde pensioenopbouw? Bij de Belastingdienst leeft echter veelal de gedachte dat misbruik in internationaal verband moet worden voorkomen. Daar is de regelgeving dan ook op gericht. Natuurlijk is in een aantal gevallen grensverkennend gehandeld door belastingplichtigen door gebruik te maken van de internationale regels. Werknemers gingen voor korte duur 'in het buitenland wonen' en kochten hun pensioen vervolgens af. Ook probeerden werknemers hun pensioenkapitaal door de Nederlandse pensioenuitvoerder over te laten dragen naar een buitenlandse pensioenuitvoerder, waarna het zicht van de Nederlandse Belastingdienst op dit pensioenkapitaal aanzienlijk slechter werd. Vervolgens kon de Belastingdienst moeilijk controleren wat er met dit pensioenkapitaal gebeurde. We hebben het dan echter over een minderheid van de internationale situaties.

Zolang een pensioenregeling op de normale wijze ten uitvoer wordt gelegd, zou de Nederlandse Belastingdienst zich hier niet druk over moeten maken. Immers, het heffingsrecht is dan veelal weggegeven aan het land waar de werknemer woont. Als er echter constructies werden bedacht om het pensioenrecht op de een of andere wijze direct tot uitkering te laten komen aan de gerechtigden, dan maakt de Belastingdienst zich daar natuurlijk wel druk om. Dit is immers niet de bedoeling van het verstrekken van de faciliteit van de eerder beschreven omkeerregel. Het doel hiervan is namelijk het vergemakkelijken van het vormen van een inkomensvoorziening voor de oude dag.

## 5.2 Fiscale regels inzake territorialiteit

Het Nederlandse fiscale stelsel heeft een vrij duidelijk afgebakend gebied waarop dit stelsel van toepassing is. Deze regelgeving is geheel verschillend van de territorialiteitsomschrijving in de PSW respectievelijk de Pw.

De fiscale afbakening berust niet alleen op de nationale fiscale wetgeving, maar ook op de vele verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en Europeesrechtelijke regelgeving. Er zijn echter wel enkele verwijzingen in de fiscale wetgeving naar de PSW. Deze betreffen onder meer de mogelijkheden die binnen de PSW bestaan tot het overdragen van pensioenkapitaal van een in Nederland gevestigde uitvoerder naar een in het buitenland gevestigde uitvoerder<sup>21</sup> en het mogen continueren van een buitenlandse pensioenregeling door een werknemer die (tijdelijk) in Nederland komt werken.<sup>22</sup> In al deze gevallen worden in de fiscale regelgeving nog extra eisen aan deze situaties gesteld om uiteindelijk de begunstigende fiscale gevolgen te kunnen genieten. Ik noem er enkele, te weten:

- Met betrekking tot het mogen continueren van een buitenlandse pensioenregeling met fiscale begunstiging in Nederland: de werknemer is voordat hij in Nederland werkzaam wordt, reeds deelnemer aan de buitenlandse pensioenregeling en zet de deelneming voort. Voorts moet het resultaat van de buitenlandse opbouw vergelijkbaar zijn met het resultaat waartoe een opbouw volgens de bepalingen van de Wet LB 1964 zou leiden. Er moet bovendien sprake zijn van een in het buitenland gebruikelijke regeling, die volgens de belastingwetten van dat land, welke naar aard en strekking overeenstemmen met de Nederlandse loonbelasting en inkomstenbelasting, als een pensioenregeling wordt beschouwd. Daarnaast wordt vereist dat de Nederlandse inhoudingsplichtige een pensioentoezegging doet ingevolge de buitenlandse pensioenregeling.<sup>23</sup>
- Ten aanzien van de mogelijkheid om pensioenkapitaal naar een buitenlandse uitvoerder te laten overdragen: de werknemer dient een substantiële dienstbetrekking in het buitenland te aanvaarden, waarbij het overdragen van pensioenkapitaal naar de buitenlandse uitvoerder van de aldaar toegezegde pensioenregeling dient ter reparatie van een op te lopen pensioenbreuk. Bovendien moet over de pensioenuitkeringen te zijner tijd in het buitenland belasting worden geheven, er moet sprake zijn van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met

21 Zie artikel 18, lid 1, sub b, Wet LB 1964.

22 Zie besluit van 24 september 2002, nr. CPP2002/1640M, voorwaarde 2.3.

23 Zie het besluit als vermeld in noot 21.

het andere land en de bevoegde inspecteur moet akkoord zijn met de hoogte van het over te dragen kapitaal.<sup>24</sup>

Civielrechtelijk bestaande mogelijkheden kunnen dus niet altijd zonder fiscale sancties worden benut. De vraag is, of het acceptabel is dat in het kader van de fiscale wetgeving dergelijke zwaardere eisen worden gesteld dan de eisen die voortvloeien uit de PSW en in de toekomst uit de Pw.

Indien de PSW c.q. de Pw voldoende waarborgen kent, die ertoe leiden dat het pensioen uiteindelijk zal worden uitgevoerd zoals dit oorspronkelijk is bedoeld tijdens de opbouwfase, dan zouden nadere fiscale eisen niet nodig moeten zijn. Het feit dat er bijvoorbeeld geen belastingverdrag met het land zou zijn gesloten, waar de werknemer naar toe gaat, zou geen beletsel moeten zijn voor een waardeoverdracht. Immers, de landen waar wel een dergelijk verdrag mee is gesloten zullen in het algemeen het heffingsrecht over een dergelijk pensioenrecht hebben gekregen. Bovendien heeft Nederland met zoveel landen verdragen gesloten, dat men zich kan afvragen of het ontbreken van een land op deze lijst tot nadelen voor een werknemer moet gaan leiden. Anderzijds moet er wel een gerechtvaardigd belang van de werknemer zijn om tot de waardeoverdracht over te gaan. Dit gerechtvaardigde belang zou dan reeds bij de uitvoering van de PSW c.q. de Pw (in de zin van toestemming c.q. ontheffing) moeten worden getoetst.

Het voorgaande komt er dus op neer, dat bij een diepgaander beoordeling van een overdracht van pensioenkapitaal naar het buitenland voor toepassing van de PSW c.q. de Pw, fiscaal geen verdere beperkingen of toetsingen behoeven te worden aangebracht. Daar komt nog bij, dat de voortschrijdende ontwikkelingen binnen het Europese recht dwingen tot een steeds verdergaande vrijlating van het kapitaalverkeer ten aanzien van pensioenkapitalen. De meest recente ontwikkeling op dit gebied is het Skandia-arrest van 26 juni 2003. Hierin besliste het Europese hof, dat het Zweden niet vrijstond om een fiscale faciliteit te onthouden aan een pensioenregeling die werd uitgevoerd door een buitenlandse uitvoerder, welke regeling verder exact gelijk was aan pensioenregelingen die bij in Zweden gevestigde uitvoerders werden ondergebracht en die deze fiscale faciliteit wel genoten.

24 Zie het Besluit van 16 juli 2002, nr. CPP2002/192M.

Ook ten aanzien van de mogelijkheden om een uit het buitenland komende werknemer de deelname aan de buitenlandse pensioenregeling te laten continueren c.q. de uit Nederland uitgezonden werknemer de deelname aan de Nederlandse pensioenregeling te laten beëindigen om in het buitenland een regeling te kunnen accepteren, zou een nadere fiscale toets niet nodig zijn als de regelgeving binnen de PSW c.q. de Pw meer doordacht zou zijn. Het is dan ook wenselijk voor de verdere ontwikkeling van de Pw om in samenspraak met het Ministerie van Financiën te komen tot een zodanige formulering, dat geen nadere fiscale regelgeving meer benodigd is.

## 6 KNELPUNTEN

### *Ontbreken van een hoofdregel*

In de conceptteksten voor de Pw wordt uitsluitend aangegeven welk recht van toepassing is bij detachering. De teksten bevatten geen algemene bepaling op basis waarvan kan worden vastgesteld of de Pw al dan niet van toepassing is. Het is daardoor voor een groot aantal grensoverschrijdende situaties niet duidelijk of de Pw straks van toepassing zal zijn. In de volgende situaties bestaat onduidelijkheid of de Nederlandse Pw of de Belgische c.q. Duitse pensioenwetgeving van toepassing is.

1. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de in Nederland woonachtige werknemer, die bij een Belgische onderneming werkt?
2. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de in België wonende werknemer, die in Nederland werkt?
3. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in België woont en in Nederland werkt ten behoeve van een Belgische onderneming?
4. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont en in België werkt ten behoeve van een Nederlandse werkgever?
5. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont en werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Duits pensioenfonds of een Duitse pensioenverzekeraar?
6. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Duitsland woont en werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Nederlands pensioenfonds of een Nederlandse pensioenverzekeraar?
7. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Nederland woont, in Duitsland werkt en waarvan de pensioentoezeg-

ging wordt uitgevoerd door een Belgisch pensioenfonds of een Belgische pensioenverzekeraar?

8. Welke pensioenwetgeving is van toepassing op de werknemer, die in Duitsland woont, in België werkt en waarvan de pensioentoezegging wordt uitgevoerd door een Nederlands pensioenfonds of een Nederlandse pensioenverzekeraar?

Gezien de bovenstaande voorbeelden is het van belang dat in de Pw een duidelijke regeling wordt opgenomen, op basis waarvan bepaald kan worden of in de genoemde internationale situaties de Nederlandse Pw al dan niet van toepassing is.

#### *Rechtskeuze en dwingendrechtelijke bepalingen*

In de nieuwe detacheringsregeling, die is opgenomen in de Pw, is bepaald dat bij een detachering ook een rechtskeuze kan worden gemaakt (artikel 2:4 Pw). In de toelichting bij dit artikel is bepaald, dat de van toepassing zijnde dwingendrechtelijke bepalingen niet opzij kunnen worden gezet door de genoemde rechtskeuze. Het is echter onduidelijk welke bepalingen uit de Pw als dwingendrechtelijk moeten worden aangemerkt. Het is wenselijk om exact aan te geven welke bepalingen dwingendrechtelijk van toepassing zijn, zodat lange procedures hieromtrent vermeden kunnen worden.

## 7 AANBEVELINGEN

#### *Uitgangspunten*

Voor het doen van aanbevelingen is het van belang om de volgende uitgangspunten in acht te nemen.

Duidelijkheid wanneer de Pw wel en wanneer de Pw niet van toepassing is.

- Geen onnodige belemmeringen voor internationale verhoudingen.
- Rechtsbescherming voor de werknemers.

#### *Rechtsbescherming voor de werknemers*

Om zoveel mogelijk duidelijkheid te creëren zal bepaald moeten worden welke werknemer beschermd dient te worden:

- De werknemer, die in Nederland woonachtig is?
- De werknemer, die bij een Nederlandse werkgever werkzaam is?
- De werknemer, die in Nederland werkt?

In het kader van de duidelijkheid lijkt het wenselijk om primair de werknemer, die in Nederland werkzaam is, te beschermen. Dit leidt waarschijnlijk tot de minste conflicten met pensioenwetgeving in de ons omringende landen.

*Algemene bepaling*

In de nu bekende teksten ontbreekt een algemene regel op basis waarvan bepaald wordt in welke gevallen de Nederlandse Pw van toepassing is. Om in deze leemte te voorzien kan de volgende bepaling worden opgenomen:

‘Behoudens enige rechtskeuze is deze wet van toepassing op in Nederland werkzame werknemers en/of in Nederland gevestigde pensioenuitvoerders.’

Door op te nemen dat partijen een afwijkende rechtskeuze kunnen maken, wordt de nodige flexibiliteit gecreëerd die in internationale verhoudingen wenselijk is.

*Bepaling ter bescherming van de werknemers*

Op basis van de Europese pensioenrichtlijn (Richtlijn 2003/41/EG) van 3 juni 2003 is bepaald dat pensioenfondsen in een lidstaat, pensioenregelingen van een werkgever in een andere lidstaat moeten kunnen uitvoeren. Daarbij is bepaald dat de sociale en arbeidswetgeving van de lokale lidstaat gerespecteerd moet worden. Verder is in deze richtlijn een aantal minimumeisen opgenomen, waaraan een pensioenfonds dient te voldoen. De Pw dient in overeenstemming te zijn met de pensioenrichtlijn en dient hier ook op aan te sluiten.

In het kader van de rechtsbescherming van de werknemers kan de volgende bepaling in de Pw worden opgenomen:

‘Ongeacht enige rechtskeuze, zijn de navolgende bepalingen (...) van toepassing op werknemers, die in Nederland werkzaam zijn.’

Voorzover meer flexibiliteit voor gedetacheerde werknemers wenselijk is, kan worden opgenomen dat de genoemde verplichte rechtsbescherming niet geldt voor gedetacheerde werknemers.

Om vervolgens een duidelijke aansluiting aan de Europese pensioenrichtlijn te creëren zullen in dit artikel de bepalingen moeten worden ge-



noemd, die in de Europese pensioenrichtlijn worden aangeduid met de sociale en arbeidswetgeving. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de non-discriminatiebepalingen.

*Bepaling ter bescherming van pensioenuitvoerders*

Op grond van de Europese pensioenrichtlijn is het aan een Nederlands pensioenfonds toegestaan om pensioenregelingen van buitenlandse ondernemingen uit te voeren. Om deze mogelijkheid op een zo flexibel mogelijke wijze in de Pw op te nemen, kan de volgende bepaling worden opgenomen:

‘Ongeacht enige rechtskeuze zijn de bepalingen (...) van toepassing op ieder pensioenfonds dat in Nederland gevestigd is.’

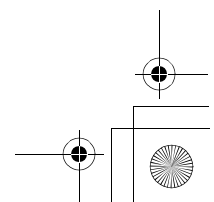
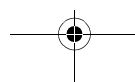
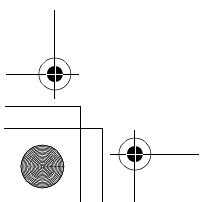
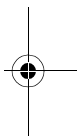
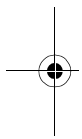
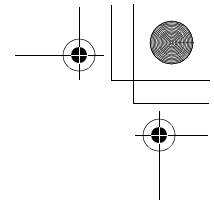
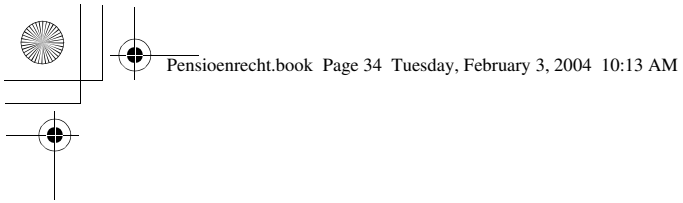
In deze bepaling kan dan worden verwezen naar de bepalingen waaraan een pensioenfonds moet voldoen op basis van de genoemde Europese pensioenrichtlijn.

*Fiscaal*

Voor wat betreft de fiscale paragraaf zou een stelsel, waarbij geen nadere voorwaarden in de fiscale regelgeving meer nodig zijn, de voorkeur verdienen. Daarvoor is vereist, dat de wetgever zich in het kader van de opstelling van de Pw rekenschap geeft van de standpunten van de Staatssecretaris van Financiën. Vervolgens moet er een oplossing worden gezocht die in de sfeer van de Pw reeds alle (redelijke) belangen dekt, zodat nadere fiscale voorwaarden achterwege kunnen blijven.

*Conclusie*

Door het opnemen van de voorgestelde bepalingen zal de Pw meer duidelijkheid bieden, zo min mogelijk belemmeringen opleveren bij grensoverschrijdende situaties en een adequate rechtsbescherming aan de werknemers bieden.



## **Bescherming werknemers bij wanfinanciering**

### **Geen premie, geen pensioen? Aansprakelijkheid nalatigheid premiebetaling werkgever**

*Mr.drs. M.P. van't Zet\**

### **Pensioen en faillissement. De bescherming van de werknemer kan veel beter!**

*Mr. C.P.R.M. Dekker\*\**

\* Martin van't Zet is als senior beleidsmedewerker werkzaam bij de Vereniging van Bedrijfs-  
takpensioenfondsen (VB). Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

\*\* Kees-Pieter Dekker is als advocaat pensioenrecht verbonden aan Loyens & Loeff advocaten  
te Rotterdam. Hij is auteur van het onderdeel 'Pensioen & Faillissement' van het Praktijk-  
boek Curatoren, lid van de Vereniging voor Pensioenrecht en de International Pension and  
Employee Benefits Lawyers Association.

## INLEIDING

In de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) staat de waarborging van de pensioentoezegging centraal. Een deelnemer in een pensioenregeling mag erop vertrouwen dat de pensioenpremies, benodigd voor de opbouw van de aanspraken, ook daadwerkelijk aan de pensioenuitvoerder worden afgedragen. In de praktijk komt het echter voor dat de werkgever nalatig is met premiebetaling. Dit artikel gaat in op de bescherming die de PSW in deze gevallen voor de deelnemer biedt.<sup>1</sup> Hierbij wordt ook stilgestaan bij de eventuele aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder bij gebreken in de premiebetaling. Het blijkt dat de bescherming van de belangen van deelnemers bij wanbetaling door de werkgever in de huidige PSW tekort schiet. Daarom worden aanbevelingen gedaan ter verbetering van de in ontwikkeling zijnde Pensioenwet, de opvolger van de PSW.

Over de aansprakelijkheid bij nalatigheid van premiebetaling door de werkgever is niet veel gepubliceerd. Juist op dit terrein komen in de praktijk echter schrijnende gevallen voor.<sup>2</sup> Het niet afdragen van pensioenpremies door de werkgever vergroot het risico op nadelige gevolgen voor de pensioenaanspraken van de werknemer, aangezien deze voor een groot deel door premiebetaling worden opgebouwd.<sup>3</sup> Zo kan de werkgever een pensioentoezegging doen (met werknemersbijdrage), maar vervolgens stelselmatig geen pensioenpremie inhouden op het salaris van de werknemer. Nog vervelender is het als de werkgever wél premie inhoudt maar deze, evenmin als de werkgeverspremie, niet aan de pensioenuitvoerder afdraagt. Een derde situatie doet zich voor wanneer de werkgever een werknemer met pensioentoezegging ten onrechte niet aanmeldt bij de pensioenuitvoerder. Aan premiebetaling wordt dan niet eens toegekomen.

- 1 Dit artikel is een onderdeel van de bijdrage die de werkgroep financiering van de Vereniging van Pensioenrecht heeft geleverd aan de studiedag over de nieuwe Pensioenwet op 9 september 2003. De auteur dankt de medewerkgroepsleden voor het constructief commentaar op eerdere versies.
- 2 Zie bijvoorbeeld de beschreven situaties in Ombudsman Pensioenen, *Jaarverslag 1995-1996*, Den Haag 1997, p. 31 en *Jaarverslag 1997-1998*, Den Haag 1999, p. 10, 26-27.
- 3 Gesteld kan worden dat aantasting van de pensioenaanspraken niet direct plaatsvindt omdat bij de pensioenuitvoerder voldoende reserves aanwezig dienen te zijn. Zoals bekend zijn door de dalende beurskoersen de reserves van pensioenuitvoerders geslonken. Een beroep op reserves ligt dan ook minder voor de hand. Bovendien geeft dit geen antwoord op de juridische vragen uit dit artikel.

Wanbetaling van de pensioenpremie is in de voorbereidende fase van de Pensioenwet verschillende malen aan de orde geweest.<sup>4</sup> Inmiddels is bekend dat premiebetaling door de werkgever een prominente plaats in deze nieuwe wet zal innemen.<sup>5</sup> De OESO adviseert in recente ontwerprichtlijnen inzake bescherming van pensioenrechten, gebreken in de premiebetaling zo snel mogelijk te melden aan de deelnemers.<sup>6</sup>

### PROBLEEMSTELLING

Kernvraag in dit artikel is of de deelnemer in een pensioenregeling voldoende beschermd wordt in geval van gebreken in de premiebetaling door de werkgever.<sup>7</sup> Heeft de deelnemer voldoende mogelijkheden om de ontstane schade te verhalen, en zo ja, tot wie kan hij zich wenden? De kernvraag valt uiteen in een aantal deelvragen:

- Wat zijn de wettelijke bepalingen rondom de premiebetaling door de werkgever?
- Wat zijn de informatieverplichtingen voor de verschillende partijen, betrokken bij de pensioentoezegging, in geval van nalatigheid van premiebetaling?
- Zijn er verschillen te onderscheiden in de mate van aansprakelijkheid tussen de verschillende pensioenuitvoerders?
- In hoeverre is er een eigen verantwoordelijkheid voor de deelnemer?

Een aparte categorie is de nalatige premiebetaling die leidt tot faillissement of surseance van betaling. De bescherming van pensioenrechten bij faillissement is echter een zelfstandig leerstuk en komt in dit artikel verder niet aan de orde.<sup>8</sup>

- 4 Zowel de Projectgroep Voorlichting en Medezeggenschap (1994) als het Cluster Juridische Vraagstukken (1998) hebben zich eerder beziggehouden met vraagstukken rondom wanbetaling van de premie. Met de aanbevelingen is echter weinig gedaan.
- 5 Zoals blijkt uit conceptteksten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over hoofdstuk 4 van de Pensioenwet (artikel 4:2 tot en met 4:8) die op 13 augustus 2003 voor commentaar aan de pensioenkoepels zijn voorgelegd. Benadrukt wordt dat het hierbij slechts om ambtelijke stukken gaat die nog niet met de politiek verantwoorde lijke bewindspersonen zijn afgestemd.
- 6 OESO, *Revised Guidelines for the Protection of Rights of Members and Beneficiaries in Occupational Pension Plans*, guideline 4.3, Parijs 2003, p. 12.
- 7 De begrippen deelnemer en werknemer lopen in dit artikel door elkaar heen. De categorie deelnemers bevat echter naast werknemers ook slapers en gepensioneerden.
- 8 Zie recent HR 24 januari 2003, PJ 2003/29 (IMK Nederland), waarin bepaald is dat premievordering voor affinanciering geen voorrecht is. Zie ook *Pensioen en faillissement in: Loon, juridisch-fiscaal periodiek voor de relatie werkgever-werknemer*, september 1996, afl. 13, p. 250-259.

## WETTELIJKE BEPALINGEN PREMIEBETALING WERKGEVER

### Premiebetaling hoofdverbintenis werkgever

De pensioentoezegging in de zin van de PSW wordt algemeen gezien als een driepartijenverhouding.<sup>9</sup> Er ontstaan verbintenissen tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder.<sup>10</sup> De werkgever doet een pensioentoezegging aan zijn werknemer en is op grond van artikel 2, lid 1, PSW verplicht om de uitvoering van deze pensioentoezegging onder te brengen bij een bedrijfstakpensioenfonds, ondernemingspensioenfonds of verzekeraar. De grondslag van de driepartijenverhouding wordt gevormd door de rechtsfiguur van het derdenbeding.<sup>11</sup> De werkgever bedingt in zijn overeenkomst met de pensioenuitvoerder voor de werknemer pensioenrechten die deze rechtstreeks geldend kan maken.

De hoofdverbintenis van de werkgever is de tijdige afdracht aan de pensioenuitvoerder van zijn eigen premiebijdrage en die van de deelnemers aan de pensioenregeling.<sup>12</sup> Aangezien de PSW geen bepalingen kent die specifiek toezien op de eigen bijdrage van de werknemer, ontleent de werkgever zijn bevoegdheid om de pensioenpremie van de werknemer op hun loon in te houden aan artikel 7:631, lid 3 jo. lid 4, BW. Bovendien brengt artikel 11, lid 1, sub j, onder 1, Wet LB 1964 met zich mee dat de werknemersbijdrage slechts niet tot het loon behoort als deze door de werkgever wordt ingehouden. Gezien het fiscale belang voor de werknemer rust er op de werkgever dus een extra verantwoordelijkheid op de werkgever om de premie inhouding op de juiste wijze vorm te geven en uit te voeren.

De algemene juridische norm dat contractuele verplichtingen moeten worden nagekomen is, wat betreft premiebetaling, in artikel 2, lid 5, PSW neergelegd. Op grond hiervan is de werkgever gehouden zorg te dragen

- 9 TK 1950-1951 17 30, nr. 5, p. 18. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer 1997, p. 113-125.
- 10 De C-polis bekleedt een uitzonderingspositie. Hier ontstaat geen driepartijenverhouding maar dient de werknemer zelf zijn toezegging bij een pensioenuitvoerder onder te brengen. Er is daarmee geen contractuele relatie tussen werkgever en verzekeraar. (Van Zelst, *Pensioen- en Spaarfondsenwet*, Deventer 1994, p. 62) Gezien het specifieke karakter van de C-polis en het feit dat deze verzekeringsvorm niet terugkeert in de Pensioenwet wordt hier in het artikel niet op ingegaan.
- 11 Artikel 6:253 lid 1, Burgerlijk Wetboek (BW).
- 12 Van Huizen, De Lange, *Pensioenverzekering*, Zwolle 1994, p. 28.

dat degene aan wie hij de uitvoering van de pensioentoezegging heeft toe-  
 vertrouwd, de overeengekomen bijdragen ontvangt. Ook artikel 4, lid 1,  
 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW bepaalt dat de werkgever de  
 financiële middelen verstrekt alsmede de inlichtingen die de verzekeraar  
 nodig heeft om de verplichtingen te kunnen nakomen die op hem rusten.

De werkgever dient over de premiebetaling volgens artikel 3a, lid 1, PSW  
 een schriftelijke overeenkomst aan te gaan met de pensioenuitvoerder.  
 Uit deze bepalingen kan niet expliciet worden afgeleid dat de werkgever  
 ook verantwoordelijk is voor de afdracht van werknemerspremies en pre-  
 mies voor eventuele vrijwillige producten.<sup>13</sup> Artikel 3a, lid 2, PSW bevat  
 voorschriften waaraan een financieringsovereenkomst moet voldoen, zo-  
 als het tempo van de premiebetaling.<sup>14</sup> De financieringsregeling is door-  
 gaans een onderdeel van de verzekeringsovereenkomst tussen werkgever  
 en pensioenuitvoerder. De naleving van premiebetalingsverplichtingen  
 uit statuten en reglementen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioen-  
 fondsen vloeit echter voort uit de wet (artikel 4 Wet Bpf 2000).<sup>15</sup>

#### Betalingsvoorbehoud werkgever

Op grond van artikel 2, lid 7, PSW kan de werkgever zich de bevoegdheid  
 voorbehouden om bij ingrijpende wijzigingen van omstandigheden zijn  
 bijdrage te beëindigen of te verminderen. In dit geval moet de werkgever,  
 de pensioenuitvoerder én de deelnemer(s) zo spoedig mogelijk schrifte-  
 lijk informeren. Wanneer dit niet gebeurt, kan het betalingsvoorbehoud  
 later niet alsnog worden ingeroepen.<sup>16</sup> In de parlementaire geschiedenis  
 is aangegeven dat onder 'een ingrijpende wijziging van de omstandighe-  
 den' kan worden verstaan dat de financiële positie van de werkgever de  
 betaling van de bijdragen niet langer toelaat.<sup>17</sup>

13 In de ambtelijke stukken voor de Pensioenwet wordt dit wel expliciet vastgelegd (artikel  
 4:2). Ook wordt aangegeven dat de werkgever niet verantwoordelijk is voor premieaf-  
 dracht bij vrijwillige voortzetting door de werknemer na einde dienstverband.

14 In principe moet binnen tien dagen na afloop van elk kalenderkwartaal de werkgevers-  
 premie en de premie die in die periode op het loon van de werknemers is ingehouden  
 door de werkgever worden voldaan aan de pensioenuitvoerder. Bij rechtstreeks verze-  
 kerde regelingen is overigens veelal gebruikelijk dat verzekeringspremies bij vooruitbe-  
 taling verschuldigd zijn. De termijnen uit de PSW sluiten hierbij niet steeds logisch aan.

15 De gebondenheid aan de statuten en reglementen door een werkgever die vrijwillig  
 toetreedt tot een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zou echter wél een  
 contractueel fundament dienen te hebben. Zie ook Ktr. Den Haag 23 april 1997, *PJ* 1997/54  
 en aantekening van Dijkhoff.

16 Rb. Den Bosch 31 juli 1998, *PJ* 1998/74.

17 TK 1971-1972, 11 529, nr. 3, p. 6, en nr. 5, p. 4.

Het is de vraag in hoeverre de werkgever zich bij gebreken van de premiebetaling op dit artikel kan beroepen. Verdedigd kan worden dat bij voorwaardelijke pensioentoezeggingen het beroep op voorbehoud alleen werkt voor de toekomst en dan uitsluitend nog niet betaalde pensioenpremie betreft.<sup>18</sup> Een voorbehoud op premiebetaling voor reeds verworven pensioenaanspraken verhoudt zich slecht met de dwingendrechtelijke affinancieringsplicht in de PSW. Het financiële voorbehoud van de werkgever wordt dan immers ingeroepen nadat de affinancieringsplicht voor de pensioenuitvoerder al is ontstaan. De aanspraak op affinanciering is niet meer toekomstig maar reeds gefixeerd en bestaand.<sup>19</sup> Bij verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan de werkgever überhaupt geen beroep doen op een betalingsvoorbehoud ex artikel 2, lid 7, PSW. De werkgever blijft tegenover het fonds verplicht tot betaling van zowel de werkgevers- als werknemersbijdragen.

### Specifieke bepalingen bedrijfstakpensioenfonds

Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft extra mogelijkheden om niet-betaalde premie te innen. Het kan op basis van artikel 21 Wet Bpf 2000 zelfstandig een dwangbevel opleggen zonder tussenkomst van de rechter. De striktere bepalingen zijn te verklaren doordat bedrijfstakpensioenfonds een grote mate van solidariteit kennen. Zo leidt de verplichting tot het hanteren van een doorsneepremie tot subsidiëring van de ene werkgever door de andere in een bedrijfstak. Deze vorm van solidariteit is alleen houdbaar bij strikte naleving van premiebetaling. Ook kan worden gewezen op maatschappelijk ongewenste gevolgen als de verstoring van de concurrentieverhoudingen of arbeidsverhoudingen tussen ondernemingen in een bedrijfstak en de lastenstijging die optreedt wanneer werkgevers zich aan het betalen van premies onttrekken.<sup>20</sup> Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dient daarom een actief beleid te voeren gericht op naleving door de werkgever van diens (betalings-)verplichtingen, alsmede het (correct) aanmelden van werknemers die onder de werkingssfeer van de pensioenregeling vallen.<sup>21</sup>

18 Vergelijk artikel 3:38, lid 2, BW. De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht.

19 Lutjens, 'Wijziging pensioenregeling', in: *Pensioen&Praktijk*, september 1996, p. 8.

20 TK 1980-1981, 16 530, nr. 3. p. 3, 4 en 22.

21 Langemeijer, *Verplichte bedrijfspensioenfonds*, Deventer 2000, p. 88-93.



## INFORMATIEVERPLICHTINGEN INGEVAL NALATIGHEID PREMIEBETALING WERKGEVER

### Informatieplicht werkgever

Zowel bij pensioenregelingen ondergebracht bij pensioenfondsen als bij verzekeraars is de werkgever op basis van artikel 3a, lid 4, PSW verplicht om binnen drie maanden, na afloop van de maand dat betaald had moeten worden, de niet-betaling van premies schriftelijk te melden aan degenen 'wier pensioen of aanspraak op pensioen daardoor wordt getroffen'. Naast actieve deelnemers kan dit ook gepensioneerden en slapers betreffen, bijvoorbeeld door beperking van indexatie bij pensioenfondsen.

Wellicht heeft de werkgever ook zonder expliciete wettelijke of contractuele verplichting op grond van 'goed werkgeverschap' als bedoeld in artikel 7:611 BW, aanvullende informatieverplichtingen. Bijvoorbeeld eerder dan binnen de voorgeschreven drie maanden aan de werknemer melden dat sprake is van een achterstand in premiebetaling. Goed werkgeverschap impliceert dat een werkgever toereikende informatie verstrekt om te voorkomen dat de werknemer verkeerde verwachtingen heeft.<sup>22</sup> Tot nu toe wordt het bestaan van zulke aanvullende verplichtingen niet snel aangenomen.<sup>23</sup>

De werkgever heeft bij betalingsonmacht geen meldingsplicht ten opzichte van een verzekeraar of pensioenfonds, tenzij bij (financierings)overeenkomst anders overeengekomen.<sup>24</sup> Uit de administratie van de pensioenuitvoerder blijkt overigens snel genoeg of sprake is van betalingsachterstand. Voor verplichte bedrijfstakpensioenfondsen bestaat wederom een uitzondering. Artikel 23, lid 2, Wet Bpf 2000 luidt dat, indien een werkgever niet in staat is te betalen hij dit, binnen veertien dagen na de vervaldatum, meedeelt aan het bedrijfstakpensioenfonds.<sup>25</sup>

22 Lutjens, *Beschikbare premie, voorlichting en aansprakelijkheid*, in: Serie Pensioenactualiteiten nr. 17, Amsterdam 2001, p. 51.

23 Langemeijer, *Informatieverplichtingen en gevolgen van nalatigheid daarbij*, in: Serie Pensioenactualiteiten nr. 2, Amsterdam 1997, p. 19.

24 Behalve wanneer de werkgever een beroep doet op het financieringsvoorbehoud ex artikel 2, lid 7, PSW. Eerder is echter betoogd dat een financieringsvoorbehoud voor reeds verkregen pensioenaanspraken niet mogelijk zou moeten zijn.

25 Zie ook artikel 2, lid 1, Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000, *Stb.* 2000, 631.

### Informatieplicht pensioenuitvoerder

De pensioenuitvoerder heeft geen informatieplicht richting deelnemers wat betreft niet-premiebetaling. Werknemers kunnen eventueel via hun vertegenwoordigers in pensioenfondsbesturen op de hoogte zijn van een betalingsachterstand. Vooral bij ondernemingspensioenfondsen is dit een reële mogelijkheid. Verder krijgt de werknemer op basis van artikel 17 PSW jaarlijks een opgave van de te bereiken reglementaire aanspraken. Een verplichting om tussentijds een overzicht van de afgefinancierde aanspraken te verstrekken, ontbreekt. Wel krijgt de deelnemer op verzoek conform artikel 17a PSW een overzicht van de opgebouwde aanspraken. Het is echter de vraag of de deelnemer hieruit een premieachterstand kan afleiden.

Indien een werkgever zijn verplichting tot premiebetaling aan een pensioenfonds niet binnen één maand na afloop van de in artikel 3a, lid 2, PSW gestelde termijnen nakomt, is iedere pensioenfondsbestuurder verplicht om dit binnen dertig dagen te melden aan de Pensioen- & Verzekeringkamer (PVK).<sup>26</sup> De achtergrond van die verplichting is te voorkomen dat de binding van het pensioenfonds met de werkgever een belemmering opwerpt voor tijdig handelen. Bijvoorbeeld door de werkgever ruimte te bieden om op financiële adem te komen.

Indien een pensioenregeling is ondergebracht bij een verzekeraar geldt de meldingsplicht richting de PVK niet. Daarnaast kan de PVK aan bedrijfstakpensioenfondsen ontheffing verlenen voor de meldingsplicht van artikel 3a, lid 3, PSW. Hiervoor is wel een strenge maningsprocedure vereist, het gebruiken van dwangbevelen, een voorziening voor dubieuze debiteuren waaruit onbetaald gebleven premies worden voldaan en de nog te bespreken mogelijkheid tot vergoeding van onbetaald gebleven premies op grond van de Werkloosheidswet (WW).<sup>27</sup> De PVK heeft op grond van artikel 23b PSW de bevoegdheid om werkgevers en pensioenuitvoerders een bestuurlijke boete op te leggen bij het niet voldoen aan de meldingsvoorschriften uit de PSW. Ook kan de PVK sinds 2000 de deelnemersraad, centrale organisaties van sociale partners of bij Koninklijk Besluit aangewezen relevante belangenorganisaties, inlichten over aanwijzingen die zij heeft gegeven.

<sup>26</sup> Artikel 3a, lid 3, PSW.

<sup>27</sup> Artikel 3 Beleidsregels ontheffingen PSW, *Stct.* 1996, 125.

*Overzicht: huidige informatieverplichtingen bij wanbetaling werkgever.*

Aan wie? Van wie?	Werknemer	OPF/niet ver- plicht BPF	Verpl. BPF	Verzekeraar	PVK
Werkgever	Binnen drie maanden (art. 3a, lid 4, PSW)  NB.: eerder op grond van goed werkgever-schap (art. 7:611 BW)?	Geen, tenzij contractueel overeengekomen  NB.: wel direct bij voorbehoud premies toekomst (art. 2, lid 7, PSW)	Binnen twee weken (art. 23 Wet Bpf)	Geen, tenzij contractueel overeengekomen  NB.: wel direct bij voorbehoud premies toekomst (art. 2, lid 7, PSW)	Geen
Pensioen- fonds – OPF – BPF	Geen	X	X	Afhankelijk van overeenkomst herverzekering	Binnen dertig dagen (art. 3a, lid 3, PSW)
Verzekeraar	Geen, tenzij contractueel overeengekomen	n.v.t.	n.v.t.	X	Geen
PVK	Geen, wel mogelijkheid informeren belanghebbenden (art. 23 PSW)	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	X

**Informatieplicht in de praktijk**

In de praktijk blijkt veelal een gebrekkige informatievoorziening richting werknemer over wanbetaling van premies.<sup>28</sup> Werkgevers hebben soms grote moeite om zich aan de termijn van artikel 3a, lid 4, PSW houden.<sup>29</sup> Premieachterstanden van meer dan een jaar, waarbij de werkgever nalaat om de werknemers te informeren, komen voor.

In sommige gevallen doet de werkgever de mededeling aan de werknemers liever zelfs helemaal niet. Het is gemakkelijker te bezuinigen op de pensioenpremie dan op het directe loon. Het niet afdragen van pensioen-

<sup>28</sup> Ombudsman Verzekeringen, *Jaarverslag 2002*, Den Haag 2003, p. 30.

<sup>29</sup> Janse en De Lange, *Pensioenopbouw in gevaar bij betalingsonmacht werkgever*, in: *Pensioenmagazine* 2003, p. 7.

premie merkt de werknemer niet meteen, zeker niet als de pensioenpremie wel op het salaris wordt ingehouden. Een melding aan de werknemers kan tot arbeidsonrust leiden. Bovendien kan de betalingsonmacht van tijdelijke aard zijn. Het korte tijd niet betalen van pensioenpremies helpt een werkgever soms door een economisch dal heen, waarmee eventueel ontslag van de werknemers wordt voorkomen. Het is vanuit deze opvattingen dat de melding van de werknemers nogal eens achterwege blijft.<sup>30</sup>

Verder is met de meldingsplicht aan de PVK niet beoogd dat de PVK stappen tegen de werkgever onderneemt. Het is meer een onderdeel van de algemene informatie die de PVK nodig heeft voor haar toezichthoudende taak.<sup>31</sup> De PVK legt daarom zelden of nooit sancties op. Feitelijk is alleen de werkgever gehouden om de werknemers op de hoogte te stellen van het niet afdragen van premie.

Vooraf bij bedrijfstakpensioenfondsen komt het, afhankelijk van de sector, in meer of mindere mate voor dat werkgevers hun onderneming en/of werknemers niet aanmelden. Werkgevers weten niet altijd dat er sprake is van een verplichte aansluiting. Sommigen onttrekken zich bewust aan de verplichtstelling. Van informatievoorziening richting werknemers is in deze gevallen uiteraard geen sprake.

### AANSPRAKELIJKHEID VOOR WANBETALING IN EEN DRIEPARTIJENVERHOUDING

Aangegeven is dat in de pensioentoezegging en de uitvoering daarvan drie relaties zijn te onderkennen: werkgever-werknemer, werkgever-pensioenuitvoerder en deelnemer/ werknemer-pensioenuitvoerder. In elk van deze relaties is sprake van bepaalde aansprakelijkheden bij gebreken in de premiebetaling.

#### Relatie werkgever en werknemer

De pensioentoezegging ligt veelal vast in een pensioenreglement en kan privaatrechtelijk gezien worden als een overeenkomst tussen werkgever en werknemer. De aansprakelijkheid voor gebreken in de premiebetaling ligt dan ook in eerste instantie bij de werkgever. Hij is op grond van arti-

<sup>30</sup> Lutjens, 2001, p. 40.

<sup>31</sup> TK 1985-1986/1986-1987 19 638, nr. 3, p. 14, nr. 6, p. 12, nr. 9, p. 8.

kel 2, lid 5, PSW gehouden ervoor te zorgen dat de pensioenuitvoerder de overeengekomen bijdragen tijdig ontvangt. Hieraan voorafgaand is het uiteraard van belang dat de werkgever op correcte wijze heeft voldaan aan zijn onderbrengingsplicht van de pensioentoezegging bij een pensioenuitvoerder. Het niet naleven van deze verplichtingen kan voor de werknemer aanleiding zijn om van de werkgever nakoming en/of schadevergoeding te eisen op grond van onrechtmatige daad respectievelijk toerekenbare tekortkoming in de nakoming.<sup>32</sup> Door het achterwege laten van premieafdracht, of aanmelding, pleegt de werkgever wanprestatie tegenover de werknemer.<sup>33</sup> Dit geeft de werknemer een vorderingsrecht tot herstel van schade waarvoor een verjaringstermijn geldt van vijf jaar vanaf het moment van bekend worden met de schade, met een maximum van twintig jaar.<sup>34</sup> Het gaat hierbij om een subjectieve bekendheid van de benadeelde.<sup>35</sup>

Aangesproken tot hervatting van de premiebetalingen kan de werkgever zich er niet op beroepen dat hij zich voor de premie alleen tegenover de pensioenuitvoerder heeft verbonden.<sup>36</sup> Ingeval werknemerspremies, achteraf gezien onterecht, niet op het loon zijn ingehouden, behoudt de werkgever in principe het recht dat bij een latere loonbetaling alsnog te doen.<sup>37</sup> Daarbij wordt er wel van uitgegaan dat als inhouding regel is, de werkgever in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid handelt door gebreken in de premiebetaling op werknemers te verhalen als hen niets te verwijten valt en zij niet behoefden te weten dat er een fout werd gemaakt. Ook mogen werknemers de alsnog te betalen premie korten ter compensatie van gederfde fiscale voordelen die zij zouden hebben genoten als wel was ingehouden.<sup>38</sup>

Naast een vordering op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad zouden bestuurders van ondernemingen eventueel ook hoofdelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden op grond artikel 2:9 BW.<sup>39</sup> Hiervoor is

32 Artikel 6: 162 BW respectievelijk artikel 6:74 BW.

33 Lutjens, *De PSW, wetshistorisch overzicht en commentaar*, Deventer 1998, p. 70.

34 Artikel 3:311 BW. HR 10 september 1993, NJ 1993, 736 (Timmermans/Bouwbedrijf Van Bergen). Zie ook Wessels, *verhaal werknemer bij niet nakoming werkgever van betalingsverplichtingen jegens het bedrijfspensioenfonds*, in: TPV, december 1993, p. 118-120.

35 Rechtbank Utrecht 12 juli 2000, PJ 2000/70 (Detam/Coenen).

36 Hof Den Haag 24 april 1966, NJ 1966, 36.

37 Ktr. Den Haag 25 juli 1960, NJ 1962, 198 en Hof Amsterdam 17 november 1994, PJ 1995/57.

38 HR 3 januari 1997, PJ 1997/11 (Albada Jelgersma/Prudential Bache).

39 HR 4 oktober 2002, JOL 2002, 521 (PPS BV).

wel ernstige verwijtbaarheid van individuele bestuurders nodig en dat blijkt in de praktijk moeilijk aan te tonen.<sup>40</sup>

### Relatie werkgever en pensioenuitvoerder

Kenmerkend voor de relatie tussen werkgever en de pensioenuitvoerder is dat de pensioenuitvoerder uitvoert wat tussen werkgever en werknemer is afgesproken. De afspraken tussen werkgever (of sociale partners) en pensioenuitvoerder, liggen vast in een verzekeringsovereenkomst, contract of verplichtstellingsbesluit.

#### *Werkgever en verzekeraar*

Aan deze pensioenverzekeringsovereenkomst ontleent de verzekeraar in principe een contractueel vorderingsrecht tegenover de werkgever. Gangbaar is echter dat in verzekeringsvoorwaarden is geregeld dat de verzekeraar bij wanbetaling niet overgaat tot incassomaatregelen. Op grond van artikel 4, lid 2 jo. lid 12, Regelen heeft de verzekeraar bij gebreken in de premiebetaling de mogelijkheid de verzekeringen premievrij te maken, danwel te laten vervallen een maand na afloop van de drie maanden waarbinnen de werkgever aan de werknemer mededeling had moeten doen van gebreken in de premiebetaling. Hiermee wordt beoogd dat werknemers ten minste één maand op de hoogte zijn van de premieachterstand voordat de verzekeraar de dekking beëindigt. Een verzuim van de werkgever op dit punt raakt de verzekeraar echter niet. Het verval of de premievrijmaking is namelijk niet gekoppeld aan het feit of de werkgever daadwerkelijk de werknemers informeert, maar aan het eindigen van de driemaandstermijn van artikel 3a PSW. Veelal laat de verzekeraar de verzekering vervallen of premievrij maken, met ingang van de oorspronkelijke premievalidatum, zo mogelijk onder verrekening van een premie voor het inmiddels gelopen risico.

De pensioenverzekeringsovereenkomst wordt traditioneel gezien als een onvolmaakt wederkerige overeenkomst tussen werkgever en verzekeraar. De werknemer is voor de verzekeraar geen contractspartij.<sup>41</sup> Op basis hiervan wordt afgeleid dat de verzekeraar de achterstallige premie niet voor de werknemer kan vorderen, maar bij betalingsachterstand de polis omzet in een premievrije verzekering met lagere uitkeringen. Op

<sup>40</sup> Wezeman, *De bestuurder en commissaris onder vuur; enkele opmerkingen over persoonlijke aansprakelijkheid voor falend beleid en toezicht bij nv's en bv's*, in: Dossier, nr. 48, oktober 2001, p. 36.

<sup>41</sup> Van Huizen, De Lange, p. 30.

zichzelf lijkt er echter geen enkel bezwaar tegen te bestaan om dit in de betreffende verzekeringsovereenkomst anders te regelen. De veelgehulde opvatting dat de levensverzekeringsovereenkomst een onvolmaakte wederkerige overeenkomst zou zijn berust niet op een wettelijke regel, maar op de praktijk van de vormgeving van levensverzekeringsovereenkomsten. De vormgeving van de overeenkomst is dan ook geen gevolg van de zwakke incassopositie van de verzekeraar, maar de oorzaak daarvan! Het is overigens verklaarbaar waarom deze vorm ooit zo is gekozen. De werkgever als verzekeringnemer, tevens voor het grootste deel premiebetaler, was bij uitstek degene die kon beoordelen of de gesloten verzekering nog aan zijn actuele behoefte voldeed. Vandaar het gevolg van: no pay, no cure, zonder dat door de verzekeraar aangedrongen wordt op de nakoming van de overeenkomst. Het is duidelijk dat deze klassieke redenering acceptabel was voor individueel gesloten (risico)-verzekeringen, maar dat een dergelijke redenering geen enkele functie meer heeft bij huidige pensioenverzekeringen. Overeenkomsten met schadeverzekeraars voor arbeidsongeschiktheidspensioen worden bijvoorbeeld wel als volmaakte wederkerig beschouwd. De schadeverzekeraar kan daarom via de rechter tot incasso van de verschuldigde premies overgaan.

Naast de vermeende onvolmaakte wederkerigheid van pensioenverzekeringsovereenkomsten is het tevens de vraag of de opvatting juist is dat bij een derdenbeding in de pensioenverzekeringsovereenkomst de werknemer geen partij wordt. De werkgever en de verzekeraar beogen door hun financieringsovereenkomst aan de werknemer rechten toe te kennen. Waarom zou dat niet kunnen als de werknemer tot deze overeenkomst toetreedt? De gehele driepartijenverhouding kent namelijk als grondslag de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. In de literatuur is dan ook wel voorgesteld om de driepartijenverhouding die ontstaat door uitvoering van de pensioentoezegging als driepartijenovereenkomst van eigen aard te kwalificeren.<sup>42</sup>

#### *Werkgever en pensioenfonds*

Algemeen wordt aangenomen dat bij pensioenfonds sprake is van een volmaakte wederkerige overeenkomst met de werkgever. De werkgever schendt verplichtingen tegenover het pensioenfonds door wanbetaling of door werknemers onterecht niet aan te melden. Bij ontdekking van de na-

<sup>42</sup> Een overzicht van de verschillende standpunten in de literatuur met betrekking tot de driepartijenverhouding is te vinden in Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle 1989, p. 287-292. Zie ook Tulfer, 1997, p. 145.

latigheid heeft de juridische actie veelal de vorm van een vordering tot nakoming van de (juiste) premieverplichting.

Gezien de organisatorische band tussen de onderneming en het hieraan verbonden ondernemingspensioenfonds blijft de werkgever zelden opzettelijk in gebreke met premiebetaling. Het ondernemingspensioenfonds zal dan ook niet snel juridische stappen nemen tegen de werkgever. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds hebben, zoals gezegd, de mogelijkheid om zonder rechterlijke tussenkomst via een dwangbevel over te gaan tot incasso. Werkgevers kunnen bovendien op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor tijdige premiebetaling. Deze aansprakelijkheid is ingevoerd om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Behalve het bedrijfstakpensioenfonds hebben ook de concurrenten die wél premie betalen belang bij nakoming. Meestal hoeven zij niet in actie te komen, omdat het fonds dat al doet.

Er bestaan derhalve gradaties in de mate waarin de verschillende pensioenuitvoerders vorderingsmogelijkheden hebben tegenover de werkgever bij gebreken in de premiebetaling. Dat betekent tegelijkertijd ook dat er gradaties zijn in de mate waarin pensioenuitvoerders actie richting werkgever moeten ondernemen.

#### Relatie deelnemer/werknemer en pensioenuitvoerder

De rechtsverhouding tussen de pensioenuitvoerder en de deelnemer dient een weerspiegeling te zijn van de door de werkgever aan de werknemer gedane toezegging. Bij betalingsonmacht van de werkgever, of het niet aanmelden van werknemers, maakt het voor het uiteindelijke resultaat niet uit of de werkgever door de pensioenuitvoerder dan wel de deelnemer aansprakelijk wordt gesteld. Het echte probleem wordt daarmee overigens vaak niet opgelost omdat de vergoeding van de schade uit het meestal ontoereikende of ontbrekende vermogen van de werkgever moet plaatsvinden. Daarom is het van belang om na te gaan of de pensioenuitvoerder (mede-)aansprakelijk kan worden gesteld voor wanbetaling van de werkgever.

##### *Aansprakelijkheid bestuurders pensioenuitvoerders*

Allereerst kan worden gedacht aan de situatie dat de pensioenuitvoerder zelf onrechtmatig handelt ten opzichte van de deelnemer. Deze situatie doet zich voor wanneer in economische moeilijke perioden de pensioenuitvoerder de benodigde premies, al dan niet van tevoren afgestemd met



de (aangesloten) werkgever(s), niet of later opeist. In dit geval handelt het pensioenfondsbestuur mogelijk onzorgvuldig ten opzichte van de deelnemers, hetgeen in strijd is met artikel 5, lid 4, PSW (onevenwichtige belangenbehartiging). Ook het met medeweten en goedkeuring van een verzekeraar laten oplopen van een premieachterstand kan als een onrechtmatige daad ten opzichte van de werknemer worden opgevat. In deze gevallen kan de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW ook voor pensioenuitvoerders ingevuld worden.<sup>43</sup> Deze aansprakelijkheid bestaat echter tegenover de 'getroffen' pensioenuitvoerder en niet tegenover de deelnemers als derden.

#### *Aansprakelijkheid verzekeraars*

Hierboven werd al geconstateerd dat verzekeraars niet aansprakelijk zijn jegens deelnemers bij wanbetaling van de werkgever. Verzekeraars kunnen evenmin door de deelnemer gedwongen worden tot incasso van de verschuldigde premies. Bij rechtstreeks verzekerde regelingen heeft wanbetaling daarmee rechtstreekse invloed op de hoogte van de verzekerde aanspraken van de individuele deelnemer. De rechten van gepensioneerden en slapers bij rechtstreeks verzekerde regelingen kunnen overigens niet aangetast worden.

#### *Aansprakelijkheid pensioenfondsen*

Een bepaling zoals artikel 4, lid 2, Regelen ontbreekt voor pensioenfondsen in de PSW. Daarom wordt veelal aangenomen dat het pensioenfonds het risico van niet betaalde premies, als verlengstuk van sociale partners, draagt. De kosten worden door de collectiviteit opgevangen en mogen niet worden afgewenteld op de individuele deelnemer.<sup>44</sup> Ook wordt erop gewezen dat pensioenfondsen, in tegenstelling tot verzekeraars, de plicht hebben om na te gaan of alle werknemers die vallen onder de werkingssfeer van een pensioenregeling ook daadwerkelijk worden aangemeld. Verder ontbreekt voor pensioenfondsen in de PSW een bepaling als artikel 16a Regelen waarin verzekeraars niet verplicht zijn tot waardeoverdracht indien de werkgever aanvullende bijdragen moet betalen en de financiële toestand van de werkgever dat niet toelaat.<sup>45</sup>

43 De Kluiver, *Vermogensbeheer en aansprakelijkheid van de pensioen-beheerder*, in: Serie Financieel Pensioenrecht, nr. 1, Amsterdam 1997, p. 11-28.

44 Tweede Kamer 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 40.

45 Breuker, *De aansprakelijkheid van de pensioenverzekeraars*, in: Serie Pensioenactualiteiten nr. 10, Amsterdam 1999, p. 24-28.

Anderzijds geldt dat pensioenfondsen, evenals verzekeraars, zich zouden kunnen beroepen op de opschortingsrechten uit artikel 6:262 en 6:52 BW.<sup>46</sup> Ook in een meerpartijenverhouding is het niet uitgesloten dat de ene partij (pensioenfonds) aan de andere partij (deelnemer) de jegens die partij gepleegde wanprestatie van een derde partij (werkgever) tegenwerpt.<sup>47</sup> Een dergelijk beroep kan het pensioenfonds niet inroepen wanneer onvoorwaardelijk, dus zonder voorbehoud van nakoming door de werkgever van de financieringsverplichting, pensioenaanspraken aan de deelnemer zijn toegekend. Daarom komen in statuten en reglementen van verschillende pensioenfondsen bepalingen voor dat geen pensioenaanspraak wordt verkregen als geen premie is betaald. Met andere woorden: geen premie, geen pensioen(recht).

Uit de DAF-zaken komt echter naar voren dat de strekking van de PSW zich verzet tegen het bestaan van 'geen premie-geen pensioen'-bepalingen bij pensioenfondsen. De PSW is immers in het leven geroepen om pensioenaanspraken onafhankelijk te maken van de ontoereikende financiering van een onderneming. De voor verzekeraars in artikel 4, lid 2, Regelen omschreven uitsluiting van aansprakelijkheid gaat voor pensioenfondsen dan ook niet op.<sup>48</sup> Het pensioenfonds moet de toegezegde verplichtingen nakomen, ook als niet de gehele premie is voldaan.<sup>49</sup> Wanneer geen voorbehoud is gemaakt ingeval het pensioenfonds de affinanciering niet betaald krijgt, is het fonds voor de in het reglement toegezegde verplichtingen aansprakelijk, ook al zijn niet alle aanspraken volledig gefinancierd.<sup>50</sup> 'Geen premie-geen pensioen'-bepalingen zouden daarom niet aan werknemers tegengeworpen mogen worden.

Discussie is nog mogelijk of 'geen premie-geen pensioen'-bepalingen ingeroepen kunnen worden wanneer het pensioenfonds redelijkerwijs alles heeft gedaan om de premie bij de werkgever te innen. Voorbeelden zijn een strikte incassopraktijk, een frequente informatievoorziening aan deelnemers over wanbetaling (één keer in de vier weken is bij enkele fondsen gebruikelijk) en het dreigen met het 'mobiliseren' van organisaties van sociale partners (wordt ook gehanteerd door sommige fondsen). Een beroep op een 'geen premie-geen pensioen'-bepaling zou, wanneer

46 Van Huizen, De Lange, 1994, p. 43.

47 Artikel 6: 279 BW.

48 Ktr. Eindhoven 25 januari 1996, *PJ* 1996/39 (Stichting Behartiging Belangen DAF/Stichting Arbeidsongeschiktheidsfonds DAF personeel).

49 Ktr. Eindhoven 24 april 1997, *PJ* 1997/45 (Van Hout/Stichting Arbeidsongeschiktheidsfonds DAF personeel) en ook Rechtbank Den Bosch 31 juli 1998, *PJ* 1998/74.

50 Hof Arnhem 21 april 1998, *PJ* 1998/79 (Pensioenfonds Holec/GTI).

deze acties zonder resultaat blijven, gerechtvaardigd kunnen worden. Wel vergt dit inzicht in het handhavings- en incassobeleid van het pensioenfonds. Voor bedrijfstakpensioenfondsen zouden hiertoe de voorwaarden van het handhavingsbeleid ten aanzien van premiebetaling, alsmede de sanctie voor het ten onrechte niet aanmelden van werknemers, moeten worden opgenomen in de Wet Bpf 2000. De vraag blijft evenwel hoe 'geen premie-geen pensioen'-bepalingen zich verhouden tot het karakter van de verplichtstelling. De betreffende werknemer kan immers bij het bedrijfstakpensioenfonds een pensioenclaim neerleggen op basis van verplichte deelname aan het fonds.

Uiteindelijk kunnen ook deelnemers in een pensioenfonds nadeel ondervinden van gebreken in de premiebetaling door de werkgever. Het pensioenfonds kan, mits duidelijk omschreven in statuten en reglementen, collectief de rechten van deelnemers wijzigen wanneer de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding geeft (artikel 7, lid 1, sub i, PSW). Dit instrument lijkt verwant aan artikel 4, lid 2, Regelen. Een beroep op dit artikel staat echter volledig los van de financiële positie van de verzekeraar. De verzekeraar kan in elk individueel geval van wanbetaling eenzijdig en op relatief eenvoudige wijze de aanspraken premievrij maken. Of er eventueel nog reserves zijn, is niet relevant. Overigens zal een pensioenfonds alleen bij massale wanbetaling beroep doen op artikel 7, lid 1, sub i, PSW. Veelal blijkt dat vermindering van rechten bij pensioenfondsen pas wordt toegepast wanneer andere sturingsinstrumenten (beleggings-, premie -en indexeringsbeleid, alsmede wijziging van de regeling zelf) geen soelaas meer bieden.

#### *Overnemen betalingsplicht UWV*

De werknemer kan wellicht nog een derde instantie aanspreken op uitbetaling van de misgelopen premies. Bij betalingsonmacht van de werkgever heeft de werknemer namelijk op grond van artikel 61 jo. artikel 64c WW recht op uitkering van de pensioenpremies door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). De bedragen die hiervoor in aanmerking komen, omvatten ook de aan pensioenuitvoerders verschuldigde pensioenpremies. Een voorwaarde voor het recht op uitkering is wel dat de werknemer door het niet betalen van pensioenpremies 'geldelijk nadeel' ondervindt. Indien sprake is van premievrijstelling wegens arbeidsongeschiktheid, en derhalve geen pensioenpremies door de werkgever verschuldigd zijn, vindt geen uitkering door het UWV plaats.<sup>51</sup> Verder

51 CRvB 24 mei 1994, *Rechtspraak Sociale Verzekering* 1994/253.

is het UWV van mening dat als de hoogte van het pensioen niet afhankelijk is van de betaalde premie, geen sprake is van geldelijk nadeel en daarom de achterstallige pensioenpremie niet vergoed kan worden. Het UWV wil in de praktijk dan ook weten of in het pensioenreglement bepalingen voorkomen dat zonder premie-afdracht ook pensioenrechten worden verleend. Tot slot komt slechts de pensioenpremie over ten hoogste een jaar voor overneming door het UWV in aanmerking.

### EIGEN VERANTWOORDELIJKHEID WERKNEMER

De deelnemer heeft dus vorderingsmogelijkheden op de werkgever en eventueel het pensioenfonds of het UWV. De vraag die resteert is in hoeverre de deelnemer zelf een onderzoeksplicht heeft naar de stand van de premiebetaling of de aanmelding bij de pensioenuitvoerder. In het algemeen mogen in pensioenverhoudingen niet al te hoge eisen aan de werknemer worden gesteld. Ten opzichte van een professionele wederpartij als werkgever en pensioenuitvoerder dient de werknemer beschermd te worden.

Voor het aannemen van een onderzoeksplicht bij de deelnemer is bovendien van belang of de werknemer de informatie over de premiebetaling op redelijke wijze kan achterhalen. Bepalingen in het BW zoals artikel 3:35 (opgewekte verwachtingen) en artikel 3:248 BW (redelijkheid en billijkheid) vragen om een actieve houding van de werknemer. In de praktijk is het, mede gezien zijn afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de werkgever, moeilijk om relevante informatie te verkrijgen. In de meeste gevallen dekt een jaarlijkse, of op verzoek tussentijds, verstrekte pensioenopgave de lading niet. Ook een verzekeraar zal niet gauw geneigd zijn de informatie aan de werknemer te geven, aangezien de werknemer niet als partij bij de overeenkomst tussen werkgever en verzekeraar wordt beschouwd. Bovendien riskeert de verzekeraar een conflict met de werkgever, die zich in zijn goede naam aangetast ziet.

Slechts in een enkel geval wordt uitgegaan van een eigen onderzoeksplicht van de werknemer. Bijvoorbeeld in de situatie dat de werkgever geen pensioenpremie op het salaris van de werknemer inhoudt, terwijl dit wel in de arbeidsovereenkomst staat. Na een aantal maanden zou dit een gemiddelde werknemer moeten opvallen, waarna hij vervolgens de werkgever kan aanspreken. Ook indien de werknemer op de hoogte is van een betalingsachterstand wordt deze geacht zo spoedig mogelijk actie richting de werkgever te nemen. Het onvoldoende achter de broek zitten

van de werkgever kan later als een benadelingshandeling (artikel 24, lid 6, WW) ten opzichte van het UWV worden gezien met het risico van korting op de over te nemen premie.<sup>52</sup> Een eerste keer geen tijdige premiebetaling hoeft niet meteen tot actie te leiden. Na twee jaar betalingsverzuim moet door de werknemer echter niet meer worden afgewacht.

### CONCLUSIES

Geconcludeerd wordt dat de bescherming van de belangen van deelnemers in een pensioenregeling tekortschiet ingeval sprake is van wanbetaling van premies door de werkgever.

#### **Matige wettelijke bescherming en gebrekkige informatievoorziening**

Deze zwakke positie wordt allereerst veroorzaakt door de matige wettelijke bescherming zelf. Op basis van de Regelen en, indirect, de PSW, kunnen aanspraken van deelnemers door respectievelijk verzekeraars en pensioenfondsen worden beperkt bij gebreken in de premiebetaling. Ook 'geen premie-geen pensioen' bepalingen bij verschillende pensioenfondsen leiden ertoe dat de bescherming wegvalt. Het beroep op de UWV voor overname van de betalingsplicht is slechts een tijdelijke oplossing, waarbij ook nog sprake moet zijn van geldelijk nadeel.

Een tweede element voor de zwakke positie van de deelnemer is de gebrekkige informatievoorziening over wanbetaling. De werknemer is te afhankelijk van de informatieplicht van zijn werkgever om erachter te komen dat de premie niet betaald wordt. De werknemer heeft op zich voldoende mogelijkheden om met het BW in de hand op te treden, maar moet toch eerst rook zien voordat hij actie kan ondernemen. De werkgever meldt een betalingsachterstand vaak te laat en pensioenuitvoerders hebben geen meldingsplicht richting deelnemers. Zelfs al zou de werknemer actief op onderzoek willen gaan, is het moeilijk de relevante informatie op redelijke wijze te achterhalen. De rol van de PVK is tot dusverre passief.

<sup>52</sup> Rechtbank Groningen 7 juni 2000, PJ 2000/67. In casu hadden de werknemers mededeling van de pensioenuitvoerder gekregen inzake de betalingsonmacht.

### Bescherming deelnemer bij wanbetaling verbeteren

Nu de Pensioenwet op stapel staat, is het zaak om kritisch de positie van deelnemers bij gebreken in de premiebetaling te bezien. Zowel artikel 4, lid 2, Regelen als 'geen premie-geen pensioen'-bepalingen staan haaks op de doelstelling van de PSW. Te weten de bescherming van de belangen van de werknemers aan wie een pensioentoezegging is gedaan. Uitgangspunt bij de Pensioenwet zou moeten zijn dat de werknemer niet klem mag komen te zitten in de driehoeksverhouding werkgever-werknemer-pensioenuitvoerder. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om de werknemer te straffen voor wanbetaling van premies door de werkgever of het niet aanmelden bij een pensioenuitvoerder. De werknemer mag erop vertrouwen dat de werkgever zijn verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder nakomt.

### Gevolgen wanbetaling voor deelnemer onafhankelijk van type pensioenuitvoerder

Vanuit de rechtspositie van de deelnemer gezien, is het vreemd dat een pensioenfonds wel overgaat tot dwanginvordering en een verzekeraar niet. De onvolmaakt wederkerigheid van de pensioenverzekeringsovereenkomst bij verzekeraars kan zeer worden betwijfeld evenals het niet partij worden van de deelnemer bij deze soort van overeenkomsten. Bovendien is het de vraag of artikel 4, lid 2, Regelen niet tot een te passieve houding bij verzekeraars leidt inzake het voorkomen van gebreken in de premiebetaling van de werkgever.

Tussen pensioenfondsen en verzekeraars bestaan verschillen in doelstelling, functie en verantwoordelijkheden. Verzekeraars verbinden zich, anders dan bij pensioenfondsen, op tijdelijke contractuele basis en in principe met winstoogmerk, om pensioenregelingen uit te voeren. Bij pensioenfondsen is er een sterkere binding van sociale partners tussen inhoud en uitvoering van de pensioenregeling. Verder is het principe van de solidariteit bij pensioenfondsen nadrukkelijker aanwezig.<sup>53</sup> Toch rechtvaardigen deze verschillen niet dat wanbetaling van premies bij pensioenregelingen ondergebracht bij verzekeraars andere consequenties heeft dan regelingen ondergebracht bij pensioenfondsen. Dit is niet in lijn met de rechtsontwikkeling waarbij verzekeraars ook steeds meer een

53 Zie uitgebreid de verschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars in de brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer op 13 maart 2001, TK 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 22-41.

bepaalde zorgplicht wordt toebedacht en, in verdergaande mate dan eerder gedacht, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor gebreken in de uitvoering van de pensioenregeling.<sup>54</sup>

### Inspanningsverplichting pensioenuitvoerders

Zowel pensioenfondsen als verzekeraars behoren een van de werkgever onafhankelijke positie te hebben met de daarbij behorende verantwoordelijkheden. Als pensioenuitvoerders (in)direct nalaten om de werkgever aan zijn verplichtingen te houden, moeten zij daar de gevolgen van dragen. Een inspanningsverbintenis voor alle pensioenuitvoerders is derhalve op zijn plaats. Bijvoorbeeld door in een vroeg stadium de werknemer en eventuele derden op de hoogte te stellen van de wanbetaling zodat acties mogelijk zijn. Daarnaast zijn pensioenuitvoerders beter dan deelnemers of gepensioneerden toegerust om de schade te dragen en eventueel te verhalen. Zonodig kan door pensioenuitvoerders gereserveerd worden voor het kredietrisico van werkgevers.

### AANBEVELINGEN VOOR DE PENSIOENWET

De volgende aanbevelingen voor de Pensioenwet dienen de positie van de deelnemer bij wanbetaling door de werkgever te verbeteren.

#### 1 Verduidelijking bestaande beschermingsbepalingen werknemer

Artikel 2, lid 5, PSW is van belang bij een onrechtmatige daadsactie jegens de werkgever. In het kader van de Pensioenwet is het daarom wenselijk dat dit artikel duidelijker aangeeft dat de verplichting tot premiebetaling aan de pensioenuitvoerder rust op de werkgever *jegens de werknemer*. Dit versterkt de rechtszekerheid van de werknemer. In artikel 2, lid 7, PSW zou expliciet moeten worden bepaald dat een voorbehoud op premiebetaling slechts mogelijk is voor toekomstige aanspraken.

54 Sessink, 'Over zeggenschap en aansprakelijkheid van pensioenuitvoerder, analyse van tegengestelde opvattingen van Lutjens en Breuker', in: *Pensioen & Praktijk*, nr. 6, 2000, p. 19-23 en Bouwman/Veugelers, *Informatieverstrekking en aansprakelijkheid*, Vereniging voor Pensioenrecht, Den Haag 2002.

## 2      **Aanpassing aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij gebreken premiebetaling**

Het equivalent van artikel 4, lid 2, Regelen in de Pensioenwet moet het sluitstuk zijn van een reeks acties ondernomen door de verzekeraar. Hetzelfde geldt voor 'geen premie-geen pensioen'-bepalingen bij pensioenfondsen. Uitgangspunt in de Pensioenwet dient een vooropgestelde risicoaansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder te zijn. De pensioenuitvoerder is (mede-)aansprakelijk voor het tekort dat ontstaat door wanbetaling van de werkgever, *tenzij* de pensioenuitvoerder aantoont dat alles in het werk is gesteld om de premies te incasseren en daarmee het risico op tekorten voor de deelnemer te voorkomen of te verkleinen. Zeker in situaties waarin sprake is van samenspanning tussen werkgever en werknemer tegenover het pensioenfonds kan een beroep op 'geen premie-geen recht' als uitzondering op de hoofdregel, wél gerechtvaardigd zijn. In elk geval zullen pensioenuitvoerders, verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voorop, hun handhavingsbeleid aan derden duidelijk moeten maken om zich te beroepen op eventuele disculpatie.

Om te voorkomen dat pensioenuitvoerders aansprakelijk worden gesteld voor niet, of niet juist, aanmelden van werknemers door de werkgever (waar de pensioenuitvoerder part noch deel heeft gehad) is de 'eerste dag'-melding een optie.<sup>55</sup> De werkgever moet hierbij een dienstverband uiterlijk vóór de eerste arbeidsdag aan de pensioenuitvoerder en mogelijke andere instanties als de Belastingdienst en het UWV melden. Voor de pensioenuitvoerder is dit een verbetering wat betreft het kennen van werkgevers en de bij hun werkzame werknemers. Werknemers komen minder snel voor onaangename verrassingen te staan.

## 3      **Verbeterde incassomaatregelen verzekeraars**

Het is terecht dat, naarmate de mogelijkheden van pensioenuitvoerders om gebreken in de premiebetaling door de werkgever te herstellen groter worden, pensioenuitvoerders in toenemende mate aansprakelijk zijn (en vice versa).<sup>56</sup> Door de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en verzekeraar als een volmaakt wederkerige overeenkomst te kwalificeren, wordt bereikt dat ook de verzekeraar de werkgever, wegens wanprestatie, kan aanspreken. Omdat nu reeds valt te betwijfelen of pensioenverzeke-

55 Vgl. Rapport Samenwerking UWV en Belastingdienst, Haalbaarheid, Kosten, Personeel, Den Haag, april 2003, p. 13.

56 Breuker, 1999, p. 11.



ringen onvolmaakt wederkerig zijn, staat het niet op voorhand vast of de Pensioenwet of andere wetten hierover bepalingen moet bevatten. Nader juridisch onderzoek op korte termijn over de onvolmaakt wederkerige overeenkomst bij pensioenverzekeringen is wenselijk.

#### 4 Verscherping informatieverplichtingen aan deelnemers

Het risico van het niet informeren van de werknemer over betalingsverzuim moet zo klein mogelijk worden gemaakt. Als relatief onafhankelijk ten opzichte van werkgever en werknemer is de pensioenuitvoerder geschikter om te informeren dan de werkgever. Daar komt bij dat de werkgever alleen de actieve deelnemers kan informeren, omdat hij geen arbeidsrechtelijke relatie meer heeft met gepensioneerden en slapers. Naast het melden van de betalingsachterstand dient ook specifiek aangegeven te worden wat hiervan de gevolgen zijn voor de pensioenaanspraken. Het komt de duidelijkheid ten goede dit in één bericht aan de betrokkenen te doen.

Erkend wordt dat een meldingsplicht voor pensioenuitvoerders leidt tot hogere uitvoeringskosten. Complicerende factor is ook dat vooral verzekeraars in de meeste gevallen geen adresgegevens hebben van deelnemers. Hiertoe zou de werkgever (vooraf) de adresgegevens aan de verzekeraar moeten verstrekken.

In het kader van meer en betere communicatie met de deelnemers zijn hogere uitvoeringskosten echter gerechtvaardigd. Bovendien zal enkel de dreiging van een meldingsplicht door de pensioenuitvoerder er al voor kunnen zorgen dat de premiebetaling door de werkgever sneller plaatsvindt.

Een stap in de goede richting zou zijn om in de opdrachtbrief tussen werkgever en pensioenuitvoerder, zoals voorgesteld in de Pensioenwet, een procedure op te nemen over de handelwijze bij betalingsachterstand. Het zo spoedig mogelijk informeren, liefst eerder dan de PSW-termijn van drie maanden, van werknemers door de pensioenuitvoerder dient hiervan onderdeel uit te maken.<sup>57</sup> Bij wanbetaling aan een bedrijfstakpensioenfonds worden de deelnemers geïnformeerd die in dienst zijn van die desbetreffende werkgever. Verzekeraars hoeven alleen de actieve deelnemers te informeren omdat bij wanbetaling de rechten van gepensioneer-

57 Zie ook SER-advies Nieuwe Pensioenwet, Den Haag 2001, p. 190.

den en slapers bij rechtstreeks verzekerde regelingen niet aangetast kunnen worden.

De informatieverplichting kan echter achterwege worden gelaten wanneer van tevoren reeds vaststaat dat de pensioenuitvoerder, bijvoorbeeld via een reservering voor debiteurenrisico, het risico van wanbetaling op zich neemt. In dit geval kan de deelnemer nooit de dupe worden van gebreken in de premiebetaling en leidt een meldingsplicht tot overbodige uitvoeringskosten én bovendien tot onnodige verwarring bij de deelnemer.

## 5 Verhoging toezicht informatieverplichtingen

Evenals pensioenfondsen moeten verzekeraars een meldingsplicht jegens de PVK krijgen wat betreft wanbetaling van premies. De PVK moet bovendien eerder, als stok achter de deur, maatregelen nemen tegen pensioenuitvoerders én werkgevers die hun informatieverplichtingen niet nakomen. Een informatieplicht van de PVK aan deelnemers, zoals voorgesteld door de Projectgroep Voorlichting en Pensioenen, lijkt daarentegen niet erg efficiënt en werkt bovendien vertragend.<sup>58</sup> Minder bewerkelijk is het om als PVK gebruik te maken van de bestaande wettelijke mogelijkheid om de deelnemers via hun vertegenwoordigers in verschillende organisaties te informeren over door haar gegeven aanwijzingen. Tot slot kan gedacht worden aan uitbreiding van artikel 17 PSW. De werknemer zou, naast de hoogte van het te bereiken reglementaire pensioen, ook het recht moeten krijgen op een overzicht van zijn afgefinancierde aanspraken.

## TOT SLOT

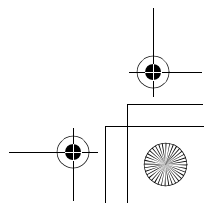
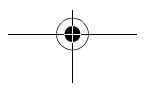
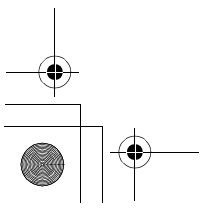
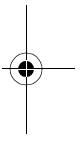
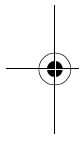
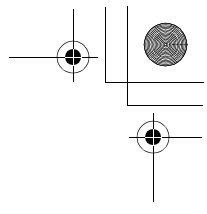
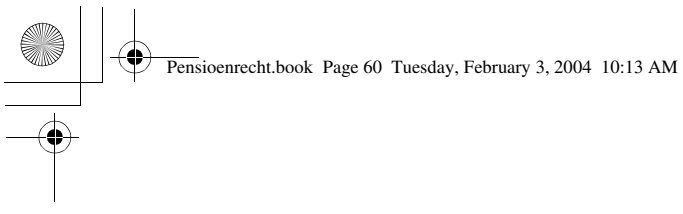
Elke maatregel om de positie van deelnemers te verbeteren bij wanbetaling, leidt onvermijdelijk tot (administratieve) kosten voor werkgever en/of pensioenuitvoerder. De hoogte van deze kosten wordt ook beïnvloed door factoren als de mate van wanbetaling in een onderneming of sector, de grootte van het werknemersbestand of de verzekerde populatie, enzovoort. Tegenover toenemende kosten voor werkgever en/of pensioenuitvoerder staan afnemende kosten voor de deelnemer. Niet alleen kosten in financiële zin, gederfde oudedagsvoorziening of kosten voor

58 Eindrapportage Projectgroep Voorlichting en Pensioenen, 6 oktober 1994, p. 7.

nieuwe verzekering, maar ook immateriële kosten als leed en geschaad vertrouwen in de pensioensector.

Het is vanuit een rechtseconomische optiek interessant om te bekijken welke juridische maatregelen leiden tot de meest acceptabele bescherming van deelnemers tegen zo laag mogelijke uitvoeringskosten. Het is wellicht voor een pensioenuitvoerder met een grote verzekerd bestand efficiënter om een reservering voor debiteurenrisico aan te houden, waardoor dure informatieverplichtingen over eventuele wanbetaling achterwege kunnen blijven. Voor een pensioenuitvoerder met een kleiner verzekerde populatie kan het tegenovergestelde het geval zijn. Daarnaast geldt dat hoe effectiever het handhavings- en incassobeleid van een pensioenuitvoerder is, hoe minder kosten voor een reservering debiteurenrisico of communicatiekosten over wanbetaling nodig zijn.

Uiteraard blijft het uiteindelijke doel de bescherming van de deelnemer. Dit kan echter via verschillende manieren bereikt worden. We zullen moeten afwachten hoe op het punt van gebreken in de premiebetaling het definitieve voorstel voor de Pensioenwet er uit komt te zien.



## INLEIDING

Op 24 januari 2003 heeft de Hoge Raad in het IMK-arrest<sup>1</sup> een antwoord gegeven op de vraag welke plaats, op de faillissementsdatum, reeds openstaande affinancieringsverplichtingen op de rangorderegeling innemen. De strekking van het arrest is dat dergelijke verplichtingen als concurrente vordering moeten worden aangemerkt.<sup>2</sup>

Dit arrest laat duidelijk zien dat de bescherming van de belangen van de werknemers aan wie een pensioentoezegging is gedaan, zeker in geval van faillissement, nog tekortschiet, regelingen als een verbod op uitstelfinanciering ten spijt. Deze slechte(re) positie wordt nog eens versterkt door de mogelijkheden die de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) en de Regelen Verzekeringsovereenkomsten PSW (Regelen) bieden om aanspraken te minderen. In dit verband kan gedacht worden aan een statutaire bepaling ex artikel 7, lid 1, aanhef en onder i, PSW of aan artikel 4, lid 2, Regelen.

Nu de parlementaire behandeling van de Pensioenwet (hierna: Pw) in zicht komt, is het goed om kritisch de positie van de werknemers – zeker in geval van faillissement – te bekijken. Immers, ‘geen premie-geen recht’-bepalingen<sup>3</sup> staan eigenlijk haaks op de doelstelling van de PSW, te weten de bescherming van de belangen van de werknemers aan wie een pensioentoezegging is gedaan.

In dit onderdeel zal eerst een overzicht worden gegeven van de huidige positie van de werknemers aan wie een pensioentoezegging is gedaan, in geval van faillissement van de werkgever.<sup>4</sup> Vervolgens zullen aanbevelingen worden gedaan op grond waarvan de positie van deelnemers verbeterd kan worden.

- 1 HR 24 januari 2003, C01/182HR, PJ 2003/29.
- 2 In *ArbeidsRecht* 2003, 31 geeft mr. M.R. Martin aan dat naar zijn mening deelnemers in een defined contribution-regeling wel een gerechtvaardigd beroep zouden kunnen doen op de preferentie van artikel 3:288, aanhef en onder e, eerste zinsdeel BW. Zie in reactie: mr. C.P.R.M. Dekker, *ArbeidsRecht* 2003, 58. In deze bijdrage zal hier nader op worden ingegaan.
- 3 Artikel 4, lid 2, Regelen is – voor wat betreft het deel dat ziet op het verstrekken van de financiële middelen – een ‘geen premie-geen recht-bepaling’. Voor meer informatie over het gebruik van ‘geen premie-geen recht’-bepalingen door, met name, pensioenfondsen, wordt verwezen naar de bijdrage van mr. M. van 't Zet.
- 4 Er zal uitsluitend worden stilgestaan bij het faillissement van de werkgever. Er zal dus geen aandacht worden besteed aan de verplichte herverzekering ingeval de sponsor wegvalt of de korting van de aanspraken wegens ontoereikend vermogen van het pensioenfonds. Toepassing van deze artikelen kan ook zonder dat de werkgever faillieert.

## PREMIEBETALINGSVERPLICHTINGEN

Tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder<sup>5</sup> bestaat een driepartijenverhouding. De werkgever doet een pensioentoezegging aan zijn werknemer (verhouding 1) en is, op grond van artikel 2, lid 1, PSW verplicht om de uitvoering van deze pensioentoezegging over te dragen aan een (bedrijfstak- of ondernemings-)pensioenfonds of een verzekeraar (verhouding 2). Daarbij bedingt de werkgever dat de werknemer zijn aanspraken op pensioen te gelde kan maken jegens de pensioenuitvoerder (verhouding 3).

Op grond van artikel 2, lid 5, PSW is de werkgever gehouden om ervoor te zorgen dat de pensioenuitvoerder de overeengekomen bijdragen ontvangt. Dit dient de werkgever te doen overeenkomstig de door artikel 3a PSW vastgestelde betalingstermijn. Het niet naleven van deze verplichting kan voor de werknemer aanleiding zijn om de werkgever in rechte aan te spreken op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) respectievelijk niet toerekenbare tekortkoming in de nakoming (artikel 6:74 BW).<sup>6</sup>

Artikel 3a PSW geeft bovendien aan wat er dient te gebeuren indien de werkgever nalaat om de verschuldigde premies binnen de gestelde termijn te voldoen. Als de uitvoering is overgedragen aan een pensioenfonds, dan geldt dat *iedere* bestuurder van het pensioenfonds ex artikel 3a, lid 3, PSW verplicht is om de Pensioen- & Verzekeringskamer (PVK) te informeren, die op grond van artikel 23b PSW een bestuurlijke boete kan opleggen. Voor rechtstreeks verzekerde regelingen geldt deze mededelingsplicht niet, hetgeen als een gemis kan worden beschouwd.

Het verzuim van de werkgever heeft bovendien tot gevolg dat – ingevolge artikel 3a, lid 4, PSW – binnen drie maanden na afloop van de overeengekomen betalingstermijn, de werkgever de deelnemers in de pensioenregeling over de betalingsachterstand dient te informeren.<sup>7</sup> Deze informatieplicht geldt in beginsel niet als de werkgever een beroep heeft gedaan

5 In dit onderdeel wordt het begrip pensioenuitvoerder gebruikt voor pensioenfondsen én verzekeraars, tenzij de tekst noodzaakt tot het gebruik van 'pensioenfonds' of 'verzekeraar'.

6 P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, tweede druk, Deventer 1997, p. 120.

7 Het is onduidelijk waarom de werkgever zijn werknemers moet informeren over het feit dat de werkgever zijn financiële verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder niet is nagekomen. Dat een dergelijke mededeling arbeidsonrust tot gevolg kan (zal?) hebben is evident. Ik vraag mij dan ook in gemoede af welke werkgever zich houdt aan deze wettelijke verplichting. Volgens mij is deze bepaling dan ook meer een dode letter.

op artikel 2, lid 7, PSW (mits de werkgever bij de toezegging dit voorbehoud schriftelijk heeft gemaakt), omdat de werkgever in dat geval de deelnemers onverwijld dient te informeren.

De niet nakoming van de betalingsverplichting kan – in geval sprake is van een rechtstreeks verzekerde regeling – tot gevolg hebben dat de verzekeraar de verzekeringen premievrij maakt op grond van artikel 12, lid 7, Regelen.

In dit kader speelt ook nog artikel 4 van de Regelen een rol. Op grond van artikel 4, lid 1, Regelen geldt dat de verzekeringnemer verplicht is om de verzekeraar de financiële middelen alsmede alle inlichtingen te verstrekken die nodig zijn voor de uitvoering van de pensioentoezegging. Laat de verzekeringnemer dit na, dan is de verzekeraar niet aansprakelijk. Betreft het een niet-nakomen van de betalingsverplichtingen, dan mag de verzekeraar – ex artikel 4, lid 2, Regelen – de aanspraken korten tot dat deel dat van de aanspraken dat is gefinancierd.

In dit verband wordt verwezen naar de C-polis. Daar is de werknemer zowel verzekerde als verzekeringnemer. Consequente toepassing van artikel 4 Regelen zou betekenen dat de werknemer *zelf* de financiële middelen aan de verzekeraar zou moeten verstrekken. Dit artikel kan – voor wat betreft de C-polis – niet zo worden uitgelegd. Het Nederlandse systeem is zodanig dat de bijdrage van een werknemer wordt betaald door inhouding op het brutoloon. De praktijk wijst uit dat de werknemersbijdrage – ook in een C-polis – feitelijk niet anders is dan het verhalen door de werkgever van een deel van de totale premie. De werkgever blijft immers – ingevolge artikel 2, lid 5, PSW – gehouden om de bijdragen aan de pensioenuitvoerder te doen. In dit kader wordt voorts opgemerkt dat in de meeste pensioenbrieven een kwijtingsbepaling is opgenomen inhoudende dat de werkgever verplicht is tot betaling van de totale premie en dat de werkgever wordt gekwetend als hij aan deze verplichting heeft voldaan.

### PENSIOEN EN FAILLISSEMENT – EEN KORT OVERZICHT

Als een werkgever in staat van faillissement wordt verklaard, dan wordt beslag gelegd op het gehele vermogen van de failliet en beoogt de Faillissementswet (Fw) een gemeenschappelijk verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens schuldeisers te verwezenlijken.<sup>8</sup>

8 HR 15 april 1955, NJ 1955, 542.

Daar waar het gaat om de verhouding 'pensioen en faillissement' kan een vordering betrekking hebben op:

- de reeds verschuldigde maar nog niet betaalde premies;
- eventuele indexeringen.

### PREMIEVORDERINGEN

Voor de beantwoording van de vraag welke premievorderingen kunnen worden ingediend is bepalend de soort pensioentoezegging. Als de werknemer deelneemt in een eindloonregeling, dan kan de vordering betrekking hebben op de reeds verschuldigde maar nog niet betaalde premies voor de financiering van de aanspraken die betrekking hebben op de verstreken diensttijd ('backservice koopsommen') alsmede de reeds verschuldigde maar nog niet betaalde premies voor de opbouw van de aanspraken in het jaar van faillissement ('coming service premie').

In geval van een middelloonregeling bestaat de premie uit de coming service premie. Voor de deelnemer in een beschikbarepremieregeling geldt dat de premie uitsluitend kan bestaan uit de – voor het jaar van het faillissement – vastgestelde premie.

### INDEXERINGSVORDERINGEN

In dit verband moet gekeken worden naar indexeringen die wel al reeds zijn toegekend maar nog niet zijn gefinancierd, alsmede naar de vraag of sprake is van een voorwaarde of onvoorwaardelijke indexeringsbepaling. In het hierna volgende deel zal beschreven worden op welke wijze genoemde vorderingen behandeld dienen te worden in geval van een faillissement. Alvorens daartoe over te gaan zal eerst aandacht worden besteed aan de rangorderegeling in faillissement.

### DE RANGORDEREGELING

In geval van een faillissement kunnen drie groepen schulden worden onderscheiden:

1. boedelschulden;
2. bevoorrechte schulden;
3. concurrente schulden.



## BOEDELSCHULDEN

Boedelschulden zijn schulden die ontstaan door een handeling van de curator of krachtens de wet en geven een rechtstreekse vordering op de boedel.

De premieverplichtingen die ontstaan als gevolg van de beëindiging van de dienstbetrekking door de curator alsmede de premieverplichtingen voor de werknemers die op verzoek van de curator meehelpen bij de afwikkeling van een faillissement zijn boedelschulden. Deze ontstaan namelijk als gevolg van een handeling van de curator. Voor wat betreft de verplichting tot affinanciering van de premievrije aanspraken naar het niveau van tijdsevenredigheid is dit uitdrukkelijk bepaald in het arrest *Frima q.q. ca Blankers-van Gennip*.<sup>9</sup> Dit arrest geeft bovendien een antwoord op de vraag wanneer de verplichting tot affinanciering van premievrije aanspraken tot een niveau van tijdsevenredigheid ontstaat.

### IN HET KORT: DE CASUS

Als gevolg van het faillissement van haar werkgever, wordt mevrouw Blankers door de curator ontslagen. Door dit ontslag heeft zij recht op een premievrije tijdsevenredige aanspraak. Er blijkt een achterstand te zijn in de financiering van premievrij naar tijdsevenredig.

Mevrouw Blankers stelt dat – nu de curator haar heeft ontslagen – deze affinancieringsverplichting een boedelschuld is. De curator betwist dit argument en stelt dat de verplichting om tot affinanciering over te gaan ontstaat op het moment dat je deelnemer wordt in de pensioenregeling. Op dat moment, zo is de redenering van de curator, worden de rechten en verplichtingen vastgelegd en weet je als werknemer dus waar je recht op hebt.

De Hoge Raad geeft uiteindelijk mevrouw Blankers gelijk, zodat sinds dit arrest duidelijk is dat de affinancieringsverplichting ontstaat op het moment van beëindiging van het dienstverband. Is de beëindiging toe te rekenen aan een handeling van de curator, dan vormt de affinancieringsverplichting een boedelvordering.

<sup>9</sup> HR 12 november 1993, NJ 1994, 229.

## IMK ARREST – CONCURRENTE VORDERINGEN<sup>10</sup>

Gedurende lange tijd bleef de vraag onbeantwoord op welke wijze premieverplichtingen (waaronder affinancieringsverplichtingen) behandeld dienden te worden indien deze waren ontstaan vóór faillissementsdatum en op de faillissementsdatum nog niet waren voldaan. Waren dit bevoorrechte vorderingen of concurrente vorderingen.

Wat betreft de affinancieringsverplichtingen heeft de Hoge Raad op 24 januari 2003 duidelijkheid gegeven middels het in de inleiding genoemde IMK-arrest. Op grond van dit arrest worden affinancieringsverplichtingen die op faillissementsdatum reeds bestonden, niet als bevoorrechte vordering aangemerkt. In deze procedure werd een beroep gedaan op het voorrecht van artikel 3:288, aanhef en onder d, BW en het voorrecht van artikel 3:288, aanhef en onder e, BW.<sup>11</sup>

### Artikel 3:288, aanhef en onder d, BW

Het beroep op artikel 3:288, aanhef en onder d, BW werd, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 1195 oud BW<sup>12</sup>, ongegrond verklaard. Geparafraseerd weergegeven oordeelt de Hoge Raad dat artikel 3:288, aanhef en onder d, BW alleen van toepassing is in niet door de PSW gedekte gevallen. Dit zijn in ieder geval de situaties die vallen onder artikel 2, lid 3, aanhef en onder a, b en d, PSW. Opgemerkt wordt dat de werking van artikel 3:288, aanhef en onder d, BW is beperkt tot de ‘... werknemer, niet zijnde een bestuurder van de rechtspersoon bij wie hij in dienst is...’. De directeur-groootaandeelhouder die bestuurder is, kan dus geen beroep doen op artikel 3:288, aanhef en onder d, BW, ook al voert deze directeur-groootaandeelhouder zijn pensioenregeling in eigen beheer uit. De directeur-groootaandeelhouder die *niet* als bestuurder kan worden gekwalificeerd maar zijn pensioenregeling wel in eigen beheer uitvoert, zou naar mijn mening wel een beroep kunnen doen op artikel 3:288, aanhef en onder d, BW.

- 10 Ik beperk mij in dit onderdeel tot de hoofdzaak van het geschil en het arrest. Voor de lezer die meer wil weten verwijs ik naar de tekst van het arrest en de – in mijn ogen lezenswaardige – conclusie van A-G Keus.
- 11 Dit arrest geeft tevens een uitleg over – wat lange tijd – onbekend terrein was, te weten de uitleg van artikel 3:288, aanhef en onder d respectievelijk e, BW.
- 12 Dit is de voorloper van artikel 3:288, aanhef en onder d, BW. Met de invoering van dit artikel werd geen wijziging beoogd.

### Artikel 3:288, aanhef en onder e, BW

Het beroep op artikel 3:288, aanhef en onder e eerste zinsdeel BW, werd eveneens ongegrond verklaard. Uit het arrest, gelezen in samenhang met de conclusie van A-G Keus, blijkt dat de vordering tot affinanciering weliswaar een vordering in geld is, doch het is geen vordering jegens de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst, zoals door artikel 3:288, aanhef en onder e, BW wordt geëist. De vordering van een premievrije tijds-evenredige aanspraak wordt geldend gemaakt jegens de pensioenuitvoerder en niet jegens de werkgever. De enige vordering die de werknemer, in dat verband, jegens de werkgever kan doen gelden is die van nakoming van de affinancieringsverplichting van de werkgever jegens de pensioenuitvoerder.<sup>13</sup> Dit is echter geen vordering uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, maar een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming in de nakoming.

Het beroep op het tweede zinsdeel van artikel 3:288, aanhef en onder e, BW, werd – overigens terecht – ongegrond verklaard omdat de affinancieringsverplichting wel te maken heeft met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst maar niet is geregeld in de bepalingen van het BW betreffende de arbeidsovereenkomst.

De strekking van dit arrest, gelezen in samenhang met de conclusie van A-G Keus, kan ook worden toegepast op deelnemers in een beschikbare-premiereregeling. Hun aanspraken op een premievrij kapitaal kunnen ook alleen maar geldend worden gemaakt jegens de pensioenuitvoerder en niet jegens de werkgever.<sup>14</sup> Van enig gerechtvaardigd beroep van deelnemers in een beschikbare-premiereregeling, op artikel 3:288, aanhef en onder e, BW, kan naar mijn mening dan ook geen sprake zijn.

### INDEXERINGSVORDERINGEN

Indien sprake is van reeds toegekende maar nog niet gefinancierde indexeringen dan kunnen deze indexeringen niet worden teruggevorderd wegens onverschuldigde betaling. Een eventuele vordering ter zake de financiering zal door de pensioenuitvoerder moeten worden ingediend en is naar mijn mening concurrent.

<sup>13</sup> Onderdeel 2.14 conclusie A-G Keus.

<sup>14</sup> Anders M.R. Martin die deelnemers in een dc-regeling wel een mogelijk gerechtvaardigd beroep op artikel 3:288, aanhef en onder e, eerste zinsdeel, BW toedicht, welke mogelijkheid naar mijn mening niet wordt ondersteund door de tekst van het arrest.

Een probleem is dat artikel 8, lid 6, PSW respectievelijk artikel 9, lid 5, Regelen eisen dat gewezen deelnemers gerechtigd zijn tot dezelfde index<sup>15</sup> als gepensioneerden.

Een vordering van de gewezen deelnemers tot verhoging van hun tijds-evenredige rechten met de – aan gepensioneerden – toegekende index kan naar mijn mening alleen concurrent zijn. Artikel 3:288, aanhef en onder c, BW is niet van toepassing omdat een – aan een gewezen deelnemer – toegekende index niet valt onder de categorie ‘reeds vervallen termijnen van ingegaan pensioen’.

Weliswaar kan verdedigd worden dat een – aan een gewezen deelnemer – toegekende index valt onder de in artikel 3:288, aanhef en onder d, BW genoemde categorie ‘*in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen*’ maar de Hoge Raad heeft bepaald dat artikel 3:288 aanhef en onder d BW uitsluitend van toepassing is op niet door de PSW gedekte situaties. Als de pensioentoezegging mede inhoudt een – al dan niet voorwaardelijke – aanpassing van de ingegane pensioenen en premievrije aanspraken, dan dient de uitvoering van deze indexeringstoezegging te worden overgedragen aan een (bedrijfstak- of ondernemings)pensioenfonds of een verzekeraar. Er is dan sprake van door de PSW gedekt gevallen, zodat artikel 3:288, aanhef en onder d, BW niet van toepassing is.

Artikel 3:288, aanhef en onder e, BW is niet van toepassing omdat de indexering te gelde gemaakt wordt jegens de pensioenuitvoerder en er dientengevolge – naar analogie van de redenering van de Hoge Raad in het IMK-arrest – geen sprake kan zijn van een vordering op grond van de arbeidsovereenkomst jegens de werkgever, noch van toepassing van bepalingen van het BW die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst.

15 Beide artikelen gebruiken het woord ‘toeslag’. Over het onderscheid indexering – toeslag zal hier niet nader op worden ingegaan.

## INDEXERING NA FAILLISSEMENT

Voor wat betreft de indexeringen van de opgebouwde pensioenaanspraken *na* de datum van faillissement zal een onderscheid gemaakt moeten worden tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke indexeringsverplichtingen.

### Voorwaardelijke indexeringen

In geval sprake is van een voorwaardelijke indexeringsverplichting zal – ook na de datum van faillissement – voldaan moeten worden aan de voorwaarde wil een index worden toegekend. Meestal is de toekenning van de indexeringen afhankelijk van de in het fonds aanwezige middelen.

### Onvoorwaardelijke indexeringen

In geval van een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting<sup>16</sup> ligt dit anders. De indexeringsverplichting is daarin een onlosmakelijk onderdeel van de pensioentoezegging. Uit de beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam van 27 september 2001<sup>17</sup> blijkt dat, in geval van een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting, de pensioenuitvoerder moet zorgen voor voldoende middelen om de indexeringsverplichting na te kunnen komen, ook al kan de hoogte van de jaarlijks toe te kennen index niet op voorhand worden vastgesteld.

Betoogd kan worden dat werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door de curator, en recht hebben op een onvoorwaardelijke indexering van hun tijdsevenredige aanspraken, een vordering kunnen indienen bij de curator indien blijkt dat de pensioenuitvoerder geen of onvoldoende middelen heeft voor de nakoming van deze indexeringsverplichting. Deze vordering zou dan als boedelvordering moeten worden aangemerkt.

- 16 Uit het Kemira arrest (HR 20 april 2001, C99/210) volgt dat uit het schriftelijk vastleggen van een verplichting om het indexeringsbeleid van een vorig pensioenfonds te volgen tot gevolg kan hebben dat sprake is van een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting, als is vastgesteld wat dit beleid feitelijk inhield. Overigens blijkt uit dit arrest ook dat een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting ook betrekking kan hebben op de indexeringen van toekomstige jaren, zelfs als onduidelijk is hoe hoog deze toekomstige indexeringen zijn.
- 17 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 27 september 2001, NJ 2001, 674.

Werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vóór de datum van faillissement hebben eveneens recht op onvoorwaardelijke indexering van hun tijdsevenredige rechten. Zij kunnen, eveneens als blijkt dat de pensioenuitvoerder geen of onvoldoende middelen heeft, een vordering indienen bij de curator. Naar mijn mening is deze vordering concurrent.<sup>18</sup>

### POSITIE DEELNEMERS MEDE NA IMK-ARREST

Het IMK-arrest laat zien dat, in geval van faillissement, de bescherming van de belangen van een deelnemer in een pensioenregeling tekort schiet.

Deze slechte(re) positie wordt versterkt door de PSW en de Regelen, op grond waarvan het mogelijk is dat de aanspraken van deelnemers worden beperkt. In eerste instantie kan gedacht worden aan een statutaire regeling ex artikel 7, lid 1, aanhef en onder i, PSW, op grond waarvan de rechten van (gewezen) deelnemers en overige belanghebbenden (gepensioneerden) kunnen worden gewijzigd indien de financiële positie van het fonds hiertoe noodzaakt.

Daarnaast geldt, op grond van artikel 4, lid 2 en artikel 12 Regelen, dat een verzekeraar kan besluiten om de verzekeringen premievrij te maken respectievelijk te laten vervallen dan wel om de aanspraken te verminderen tot dat deel dat volledig is gefinancierd.

Hoewel in de PSW een wettelijke basis dienaangaande ontbreekt, kennen ook pensioenfondsen een, met artikel 4, lid 2, Regelen, vergelijkbare bepaling, althans voor wat betreft de gevolgen wegens het niet verstrekken van financiële middelen. In de praktijk zullen pensioenfondsen die een dergelijke 'geen premie-geen recht'-bepaling in hun statuten of reglementen hebben opgenomen eerst dan een beroep op deze bepaling doen als alle premie incassopogingen vruchteloos zijn gebleken.

18 Het IMK-arrest geeft duidelijk de reikwijdte aan van de preferenties van de artikelen 3:288, aanhef en onder d, BW, en 3:288, aanhef en onder e, BW. In beide gevallen concludeer ik dat een beroep op deze preferenties niet mogelijk is ingeval van een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting voor werknemers van wie de arbeidsovereenkomst is beëindigd voor de pensioendatum. Artikel 3:288 aanhef en onder d BW niet omdat sprake is van een door de PSW gedekte situatie en artikel 3:288, aanhef en onder e, BW niet omdat de indexeringsvordering te gelde wordt gemaakt jegens de pensioenuitvoerder en het daarom geen vordering op grond van de arbeidsovereenkomst is.

Artikel 4, lid 2, Regelen staat op gespannen voet met de doelstelling van de PSW, welke doelstelling ook wordt overgenomen in de Pw. Het zal de deelnemer bovendien wrang blijken dat hij, in geval van faillissement, dubbel wordt gestraft enkel en alleen omdat zijn werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 2, lid 5, PSW niet nakomt.<sup>19</sup> Als eerste worden eventuele vorderingen tot affinanciering van de premievrije aanspraken tot het niveau van tijdsevenredigheid of tot nabetaling van de verschuldigde maar nog niet afgedragen premies als een concurrente vordering gezien. De kans dat een deelnemer dan nog een deel van zijn vordering voldaan ziet is nagenoeg nihil. Daarna kan de deelnemer nogmaals gestraft worden doordat de verzekeraar – met een enkele verwijzing naar artikel 4, lid 2 respectievelijk artikel 12 Regelen – de verzekeringen premievrij kan maken en aldus de aanspraken kan verlagen tot dat deel dat volledig is gefinancierd.

De werking van artikel 4, lid 2, Regelen kan verklaard worden uit het feit dat een pensioenverzekering een species is van het genus levensverzekering en een levensverzekeringsovereenkomst een onvolmaakt wederkerige overeenkomst is. Als de premies uit hoofde van een levensverzekering niet worden betaald, heeft de verzekeraar de bevoegdheid om de polis te wijzigen van een premiebetalende polis naar een premievrije polis met verlaagde aanspraken.<sup>20</sup> Dit beginsel noopt derhalve niet tot het voeren van een actief incassobeleid, wat een verkeerd uitgangspunt is. Immers, door zich actief op de pensioenmarkt te begeven gaan pensioenverzekeraars zich bezighouden met de uitvoering van sociaal beleid c.q. sociaal recht. Dit brengt verplichtingen met zich, inhoudende dat verzekeraars nadelige gevolgen niet op de individuele werknemers zouden mogen afwentelen.

Pensioenfondsen daarentegen maken in het financiële verkeer met de bij hen aangesloten werkgevers gebruik van financieringsovereenkomsten waarvan zij – in rechte – nakoming kunnen vorderen. Besturen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben bovendien de mogelijkheid om – ex artikel 21 e.v. Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 – middels een dwangbevel over te gaan tot incasso, zonder dat het bedrijfstakpensioenfonds eerst naar de rechter moet stappen.

19 Ik laat een gerechtvaardigd beroep van de werkgever op artikel 2, lid 7, PSW buiten beschouwing.

20 Ph.H.J.G. van Huizen en P.M.C. de Lange, *Pensioenverzekering*, tweede druk, Zwolle 1994, p. 30.

De vraag is of het onderscheid tussen verzekeraars en pensioenfondsen wel juist is en of dit onder de Pw niet verbeterd zou moeten worden<sup>21</sup>, zeker als men gaat kijken hoe de praktijk werkt.

Premieachterstanden van meer dan een jaar, waarbij de werkgever – ex artikel 3a, lid 4, PSW nalaat om de werknemers te informeren – komen in de praktijk voor. Net als situaties waarbij een werkgever in liquiditeitsproblemen verkeert en – met instemming van de verzekeraar – besluit om de betaling van de premies voor de pensioenverzekering van de werknemers uit te stellen maar – eveneens met instemming van de verzekeraar – wel besluit om de premies voor de pensioenverzekeringen van haar directeuren wel op tijd te betalen. Naar mijn mening kan er geen rechtvaardiging worden aangevoerd voor het verschil tussen pensioenfondsen en verzekeraars daar waar het betreft de premie incasso.

#### PAULIANEUZE HANDELINGEN – ALGEMEEN<sup>22</sup>

Bijzonder aandacht wordt nog besteedt aan paulianeuze handelingen. Dit zijn handelingen die worden verricht vlak voor faillissement en die tot doel hebben om de schuldeisers te benadelen.

Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de actio pauliana van de artikelen 3:45 e.v. BW en de faillissementspauliana van de artikelen 42 e.v. Fw. Op grond van de artikelen 3:45 e.v. BW kunnen alle benadeelde schuldeisers de vernietiging van de rechtshandeling vorderen. Artikel 3:46 BW noemt een aantal situaties op grond waarvan een vermoeden van benadeling wordt verondersteld.

Op grond van de faillissementspauliana van de artikelen 42 e.v. Fw kan de curator bepaalde handelingen buitenrechtelijk vernietigen. Op grond van artikel 47 Fw is het mogelijk dat de voldoening van opeisbare vorderingen wordt vernietigd.

21 Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen en P.M.C. de Lange, t.a.p.

22 Het gaat in dit kader te ver om uitgebreid de pauliana te beschrijven. Volstaan wordt derhalve met een korte beschrijving en verwijzing naar de relevante wetsartikelen.



## PREMIEBETALINGEN EN DEKKINGSGRAAD – PAULIANEUZE HANDELINGEN?

De vraag kan worden gesteld of betalingen aan een pensioenfonds – met een dekkingsgraad die gelijk is aan dan wel uitstijgt boven de door de PVK gestelde normen – als paulineus kunnen worden gekwalificeerd.

Als deze betalingen worden gedaan op grond van een – tussen werkgever en pensioenfonds gesloten financieringsovereenkomst – zal deze vraag in beginsel ontkennend worden beantwoord.

Voor een geslaagd beroep op de actio pauliana is nodig dat sprake is van een *onverplichte* rechtshandeling waarvan de schuldenaar wist althans behoorde te weten dat dit zou leiden tot benadeling van de overige schuldeisers (artikel 3:45 BW). Aangezien sprake is van een – uit een overeenkomst voortvloeiende – verplichting, en dus van een verplichte rechtshandeling, zal niet worden voldaan aan de primaire eis voor een beroep op de actio pauliana.

Als de werkgever aan de pensioenuitvoerder een bedrag betaalt – bijvoorbeeld om een indexeringsdepot te verbeteren – zonder dat daar een basis voor bestaat, dan is deze handeling paulianeus indien daardoor de overige schuldeisers worden benadeeld.

Bijzondere aandacht moet worden besteed aan de artikelen 47 en 48 Fw. Op grond van deze artikelen kan een curator de voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar vernietigen indien de curator aantoonst dat de schuldeiser (i.c. het pensioenfonds) wist dat het faillissement van de schuldenaar al was aangevraagd of dat de betaling het gevolg is van overleg tussen schuldenaar en schuldeiser dat ten doel had om de schuldeiser door die betaling te begunstigen boven andere schuldeisers.

Op zich zou de curator een premiebetaling in het zicht van het faillissement op grond van artikel 47 Fw kunnen aantasten. Daar biedt dit artikel voldoende ruimte voor. Feit is wel dat de curator de wetenschap van de schuldeiser respectievelijk de bedoeling van het vooroverleg zal moeten bewijzen.

## DOORSTART NA FAILLISSEMENT

Als de curator van mening is dat de failliete onderneming of de onderneming van de failliete vennootschap nog voldoende levensvatbaar is, dan kan de curator besluiten tot een doorstart in welk geval de activiteiten worden verkocht.

De vraag kan worden gesteld of in een dergelijk geval sprake is van de overgang van een onderneming ex artikel 7:662 e.v. BW en dus of premieachterstanden (waaronder backservice verplichtingen) overgaan op de verkrijger.

De toepassing van de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW wordt – in geval van faillissement – door artikel 7:666, lid 1, BW uitdrukkelijk uitgesloten. Achterliggende gedachte hierbij was dat veel potentiële kopers afzagen van het overnemen van de onderneming van een failliete werkgever vanwege de – vaak – grote achterstallige verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst.<sup>23</sup> In het arrest Abels<sup>24</sup> heeft het HvJ EG uitdrukkelijk bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is in geval van faillissement.

Afgezien van het feit dat de uitsluiting van artikel 7:664 BW tot gevolg heeft dat de nieuwe werkgever niet opgezaald wordt met openstaande premieverplichtingen, waaronder backservice-verplichtingen<sup>25</sup>, is de belangrijkste consequentie dat de nieuwe werkgever in beginsel vrij is om een andere pensioentoezegging te doen.

Indien de werkzaamheden van de failliete onderneming vielen onder de reikwijdte van een verplicht gesteld bedrijfspensioenfonds en de doorstart brengt hierin geen verandering, dan moet de nieuwe werkgever dus de uitvoering van de pensioentoezegging overdragen aan het verplicht gestelde bedrijfspensioenfonds, tenzij de nieuwe werkgever ontheffing weet te krijgen van deze verplichte deelneming.

23 Opgemerkt wordt dat rechten en verplichtingen uit hoofde van een pensioentoezegging eerst sinds 1 juli 2002 van rechtswege mee overgaan.

24 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

25 Op grond van de wetsgeschiedenis van wetsvoorstel 27 469 (MvA EK, p. 5) kan worden geconcludeerd dat de overheid van mening is dat onder de noemer 'rechten en verplichtingen uit hoofde van een pensioentoezegging' ook vallen de backservice-verplichtingen.

## DE PW – RUIMTE VOOR VERBETERING

Tussen pensioenfondsen en pensioenverzekeraars bestaan een aantal fundamentele verschillen. Hierbij kan gedacht worden aan het principe van de solidariteit bij pensioenfondsen en de mogelijkheid bij verzekeraars om een pensioenverzekering voor één persoon af te sluiten.

Toch rechtvaardigen deze fundamentele verschillen niet dat een pensioenfonds, op grond van een financieringsovereenkomst of krachtens de wet, wel kan overgaan tot gerechtelijke of dwanginvordering en een pensioenverzekeraar niet, vanwege het enkele feit dat een pensioenverzekering als een onvolkomen wederzijdse overeenkomst wordt gezien. Dit betekent dat deelnemers in de regeling van een pensioenfonds beter af zijn. Als er geen premie wordt betaald, dan kan altijd via de rechter of via een dwangbevel worden overgegaan tot incasso. Bovendien dient de premieachterstand te worden gemeld aan de Pensioen- & Verzekeringskamer die op haar beurt weer acties kan ondernemen.

Het is in strijd met de redelijkheid door de werknemer te straffen voor het niet nakomen van de premiebetalingsverplichtingen van zijn werkgever jegens de pensioenuitvoerder, helemaal als dit niet nakomen gebeurt met medeweten en goedkeuring van de pensioenverzekeraar. Dit laatste zou in elk geval al reden kunnen zijn om de verzekeraar aansprakelijk te houden voor eventuele tekorten. Immers, afgezien van het feit dat niet nakoming van de premiebetalingsverplichtingen door de werkgever een onrechtmatige daad jegens de werknemer oplevert, is de houding van de verzekeraar net zo onrechtmatig jegens de werknemer.

De bescherming van de werknemers aan wie een pensioentoezegging is gedaan moet, zeker op het gebied van de premie-incasso, beter.

Tenzij de fundamentele verschillen zich tegen gelijke toepassing verzetten<sup>26</sup>, behoren pensioenfondsen en pensioenverzekeraars met elkaar gelijkgesteld te worden. De stelling van sommige pensioenverzekeraars dat hun taak geen andere is dan het aanbieden en administreren van een verzekering gaat niet op. Uit artikel 2, lid 1, PSW volgt al dat een verzekeraar een pensioenuitvoerder is. In de Pw, althans volgens de ambtelijke stukken, wordt dit verduidelijkt in artikel 1:8, aanhef en onder f.

<sup>26</sup> Hierbij moet gedacht worden aan het feit dat een pensioenfonds optreedt voor een collectiviteit terwijl een pensioenverzekeraar ook voor een enkele persoon kan optreden.

## 1 Nieuwe positie artikel 4, lid 2, Regelen<sup>27</sup>

Artikel 4, lid 2, Regelen – of het equivalent in de Pw – moet het sluitstuk zijn van een reeks van acties ondernomen door de pensioenuitvoerder.

De invoering van de Pw zou er tevens toe moeten leiden dat er een wettelijke basis komt voor pensioenfondsen die een ‘geen premie-geen recht’-bepaling hebben.

Uitgangspunt bij de herpositionering is de vooropgestelde aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder is aansprakelijk voor het tekort dat is ontstaan als gevolg van het niet nakomen van de premiebetalingsverplichtingen door de werkgever, *tenzij* de pensioenuitvoerder kan aantonen dat het alles in het werk heeft gesteld om de premies te incasseren en aldus het risico op tekorten voor de deelnemer te verkleinen.

Een pensioenuitvoerder behoort een van de werkgever onafhankelijke positie te hebben, met de daarbij behorende verantwoordelijkheden.<sup>28</sup> Als een pensioenuitvoerder (in)direct nalaat om de werkgever aan zijn verplichtingen te houden, dan zal de pensioenuitvoerder daar de gevolgen van moeten dragen. Het blijft tenslotte verkeerd om deze gevolgen af te wentelen op de werknemer die er immers op mag vertrouwen dat de werkgever zijn verplichtingen jegens de pensioenuitvoerder uit hoofde van zijn pensioentoezegging nakomt.

## 2 Verbeterde incassomaatregelen

Van Huizen en De Lange<sup>29</sup> stellen – naar mijn mening terecht – dat het vreemd is dat, als de werkgever de uitvoering van een arbeidsongeschiktheidspensioen overdraagt aan een schadeverzekeraar, de schadeverzekeraar wel via de rechter tot incasso van de verschuldigde premies kan overgaan. Waarom zou dit voor pensioenverzekeringen – anders dan die voor het arbeidsongeschiktheidspensioen – niet kunnen gelden?

<sup>27</sup> Het hierna volgende geldt m.m. ook voor ‘geen premie-geen recht’ bepalingen.

<sup>28</sup> De bestuursleden van een pensioenfonds moeten rekening houden met een evenwichtige belangenbehartiging. Dit uitgangspunt kan nog wel eens in een ‘spagaat’ resulteren bij – met name – de werkgeversleden in het bestuur. Zij zullen niet met veel plezier aansturen op procedures jegens de werkgever terwijl zij aan de andere kant ook rekening moeten houden met de belangen van de actieve deelnemers en gewezen deelnemers.

<sup>29</sup> Ph.H.J.G. van Huizen en P.M.C. de Lange, t.a.p.

Het beginsel van de onvolmaakte wederkerige overeenkomst dient, wat betreft pensioenverzekeringen, te worden verlaten.

De uitvoeringsovereenkomst die de Pw voorstaat, zal, zo blijkt uit de voorstellen voor de Pw, in elk geval een regeling bevatten inzake de premiebetalingsverplichtingen. Door de uitvoeringsovereenkomst als een volmaakte wederkerige overeenkomst te kwalificeren wordt bereikt dat de verzekeraar de werkgever, wegens wanprestatie, in rechte kan aanspreken.

### 3 Rol toezichthouder

Op grond van artikel 3a, lid 3, PSW zijn de bestuurders van een pensioenfonds verplicht om premieachterstanden te melden aan de PVK. Op grond van artikel 3a, lid 4, PSW geldt een mededelingsplicht aan de (gewezen) deelnemers en overige belanghebbenden in een pensioenregeling. De meldingsplicht aan de PVK geldt niet voor verzekeraars, hetgeen als een omissie moet worden gekwalificeerd.

Aangezien de ambtelijke stukken van de Pw uitdrukkelijk bepalen dat een pensioenverzekeraar een pensioenuitvoerder is, zal een pensioenverzekeraar dus ook een meldingsplicht jegens de PVK moeten krijgen.

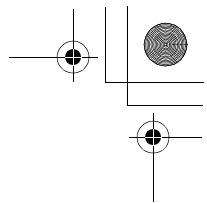
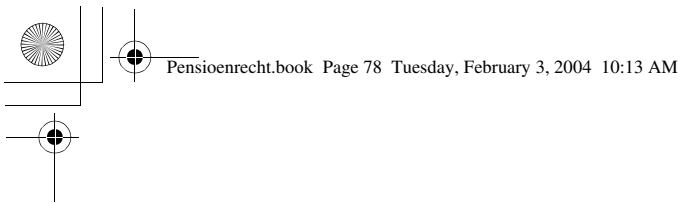
De mededelingsplicht aan de (gewezen) deelnemers en overige belanghebbenden dient bij de pensioenuitvoerder te worden neergelegd. Door het over te laten aan de werkgever, zal de mededelingsplicht veel eerder een dode letter worden.

De PVK moet bovendien middelen krijgen om maatregelen te nemen tegen de *werkgever* die zijn verplichtingen uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst niet nakomt.

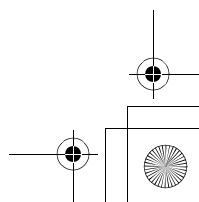
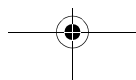
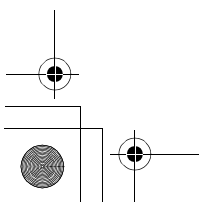
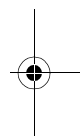
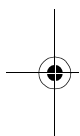
### 4 (Gedeeltelijke) invoering wetsvoorstel 22 942

Op grond van dit – op 30 november 1992 ingediende – wetsvoorstel zouden pensioenuitvoerders een bevoorrechte vordering kunnen indienen op grond van, onder andere, artikel 3a PSW. Artikel 3a PSW regelt de verplichting tot het aangaan van een financieringsovereenkomst.

De pensioenuitvoerder is de aangewezen instelling om een preferente vordering in te dienen. De werknemer zou dit wel kunnen doen doch dan



geldt dat een eventuele betaling rechtstreeks aan de pensioenuitvoerder moet worden overgemaakt, ter voorkoming van de heffing van loonbelasting.



## Wijziging van een pensioenregeling

*Mr. T. Dimmendaal*  
*Mr. H.J. van Geest*  
*Mr. M.F. van Gelder*  
*P.J. van der Heide*  
*Mr. L. van Hijkoop*  
*Mr. W.F.E. Klaassen*  
*Mr. A.W. Rutten*  
*Mr. E. Schols-van Oppen*  
*Mr. I.R.W. Witte*

## 1 INLEIDING

Een eenmaal gedane pensioentoezegging kan – gezien het feit dat dit in de praktijk regelmatig gebeurt – gewijzigd worden. Gek genoeg vindt men daarover niets terug in de huidige Pensioen- en spaarfondsenwet. In de Pensioenwet zal dit anders zijn, zij het – uitgaande van hetgeen daar op dit moment over bekend is – op (te) beperkte schaal. Waarschijnlijk zal daarin worden opgenomen dat een pensioenregeling, zonder instemming van de werknemer, door de werkgever alleen dan kan worden gewijzigd indien de mogelijkheid daartoe is opgenomen in de pensioenovereenkomst en er sprake is van een zwaarwegend belang van de werkgever. Niets is echter nog bekend over het treffen van een wettelijke regeling over hoe om te gaan met alle andere (veel voorkomende) vormen van wijziging. Mocht dit niet gebeuren, dan is dat een gemiste kans.

Wat ook in de Pensioenwet zal worden geregeld – en dat is een ontwikkeling die we alleen maar kunnen toejuichen – is het feit dat bij een wijziging van de pensioenregeling, de reeds opgebouwde aanspraken niet kunnen worden aangetast tenzij die wijziging samengaat met interne waardeoverdracht, de toepassing van een korting of een betalingsvoorbehoud van de werkgever. Wat betreft een mogelijke toegestane aantasting als gevolg van interne waardeoverdracht kan men zich overigens afvragen of dit nu wel een goede ontwikkeling is. Ons lijkt dat in dat geval dezelfde regels dienen te gelden als bij een externe waardeoverdracht. Ook bij de uitzondering voor wat betreft het betalingsvoorbehoud kan een kanttekening worden geplaatst. Nu geldt dat uitsluitend voor de toekomst, ten aanzien dus van nog niet verworven rechten. Tot op heden was het overigens wel het beleid van de Pensioen- & Verzekeringskamer dat reeds opgebouwde aanspraken niet kunnen worden aangetast, maar in de PSW zul je het niet terugvinden.

In dit stuk willen wij enkele aspecten die bij het wijzigen van een pensioenregeling aan de orde zijn, nader belichten. Omdat de pensioentoezegging een onderdeel is van de arbeidsovereenkomst, het betreft immers een toezegging inzake pensioen van de werkgever aan de werknemer, is het een arbeidsvoorwaarde. In dat kader is het interessant – bij gebrek aan een apart pensioenrechtelijk kader – te bekijken in hoeverre de arbeidsvoorwaarden binnen een arbeidsovereenkomst tussentijds aangepast kunnen worden. Het ligt voor de hand dat de wijziging van een pensioentoezegging op vergelijkbare wijze en onder dezelfde voorwaarden kan plaatsvinden. Hierop zal in hoofdstuk 2 nader worden ingegaan.



Hoofdstuk 3 gaat over de wijziging van een pensioenregeling met gevolgen voor reeds verkregen rechten: de wijziging met terugwerkende kracht. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 ten slotte zal worden ingegaan op de specifieke wijzigingsaspecten bij respectievelijk een wijziging van een direct verzekerde regeling, de pensioenregeling bij een ondernemingspensioenfonds en een bij een bedrijfstakpensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling. Hoofdstuk 7 vormt met een kort nawoord de afsluiting.

## 2 WIJZIGING VAN ARBEIDSVOORWAARDEN

### 2.1 De pensioentoezegging als onderdeel van de arbeidsovereenkomst

Voor het beantwoorden van de vraag of een werkgever de bestaande arbeidsvoorwaarden kan wijzigen, vormt de inhoud van de arbeidsovereenkomst het uitgangspunt. In die zin is de arbeidsovereenkomst een verbintensscheppende overeenkomst waarvoor de algemene regels van het overeenkomstenrecht gelden. Dit betekent dat de tussen de partijen gemaakte afspraken moeten worden uitgelegd indien deze onduidelijk zijn geformuleerd. Daarbij komt het niet alleen aan op de taalkundige uitleg. In het Haviltex-arrest<sup>1</sup> bepaalde de Hoge Raad dat het bij de uitleg van overeenkomsten gaat om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan hetgeen is overeengekomen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In hetzelfde arrest gaf de Hoge Raad aan dat het bij de uitleg van een overeenkomst mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van partijen mag worden verwacht. Als een door een professionele contractant opgestelde beding onduidelijk is, ligt het voor de hand dit beding in het voordeel van de wederpartij uit te leggen. Als de uitleg van de partijafspraken geen duidelijkheid geeft, geldt de aanvullende werking van (de wet, de gewoonte en) de redelijkheid en billijkheid.<sup>2</sup>

Partijen zijn in beginsel gebonden aan hetgeen zij met elkaar zijn overeengekomen. De wet bepaalt echter dat een tussen partijen overeengekomen regel niet geldt voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.<sup>3</sup> Het gaat hier om de zogenoemde derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het woord 'onaanvaardbaar' duidt erop dat er een duidelijke

1 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

2 Artikel 6:248, lid 1, BW.

3 Artikel 6:248, lid 2, BW.

terughoudendheid betracht moet worden als een van de beide partijen wil afwijken van hetgeen tussen hen is overeengekomen. Verder bepaalt de wet dat de rechter op verzoek van een van de partijen de gevolgen van de overeenkomst kan wijzigen als er sprake is van – voor partijen – onvoorziene omstandigheden. Deze onvoorziene omstandigheden moeten van dien aard zijn dat van de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verwacht kan worden dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft.<sup>4</sup> Een wijziging vindt niet plaats als de onvoorziene omstandigheden voor rekening komen van degene die de overeenkomst wil wijzigen. Er wordt algemeen aangenomen dat de regeling omtrent onvoorziene omstandigheden een bijzondere toepassing is van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit de rechtspraak kan afgeleid worden dat de rechter zich terughoudend moet opstellen bij het wijzigen van overeenkomsten op grond van onvoorziene omstandigheden.<sup>5</sup>

Werkgever en werknemer zijn uiteraard vrij in onderling overleg de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Problemen doen zich slechts voor indien een der partijen de overeenkomst wil wijzigen en de andere partij daar niet (zonder meer) mee instemt.

Hoofregel hierbij is dat de overeenkomst niet eenzijdig gewijzigd kan worden en dat individuele instemming van de werknemer vereist is. Anders ligt dit als in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingbeding is opgenomen. Is een dergelijk beding niet opgenomen, dan kan in bepaalde omstandigheden op grond van redelijkheid en billijkheid een wijziging niettemin plaatsvinden.

De pensioentoezegging is tevens een duurovereenkomst. Daarmee heeft de pensioentoezegging een bijzondere positie binnen de arbeidsovereenkomst. Bij duurovereenkomsten geldt eveneens dat partijen zich niet zomaar eenzijdig aan hun verplichtingen kunnen onttrekken. Zij kunnen echter hun contractuele gebondenheid in beginsel wel beëindigen door opzegging als de overeenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan. De redelijkheid en billijkheid speelt hierbij een grote rol.

<sup>4</sup> Artikel 6:258 BW.

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493.

## 2.2 Wijziging van de arbeidsovereenkomst

### 2.2.1 Uitleg van de overeenkomst

Bepaalde wijzigingen van de arbeidsovereenkomst kunnen wellicht door uitleg van de overeenkomst totstandkomen (Haviltex-criterium). In het verleden heeft deze discussie gespeeld toen bepaalde vergoedingen door werkgevers niet meer belastingvrij verstrekt konden worden.<sup>6</sup> Nagegaan werd of partijen een netto- dan wel brutovergoeding bedoeld hadden. Daarbij zal met name van belang zijn of de werkgever al dan niet expliciet een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de fiscale behandeling van de betreffende arbeidsvoorwaarde. Voor pensioenregelingen kan hetzelfde gaan spelen als de fiscale facilitiëring beperkt wordt en/of voor VUT- en prepensioenregelingen de fiscale facilitiëring zelfs geheel komt te vervallen.

### 2.2.2 Vormen van wijziging van de arbeidsovereenkomst

Als de werkgever de wijziging van de arbeidsovereenkomst niet kan baseren op een uitleg van de overeenkomst, wordt het van belang te kijken of en in hoeverre de werkgever de arbeidsovereenkomst op andere wijze kan wijzigen. Daarbij gelden bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht (met name boek 6 BW) en de specifieke bepalingen in het arbeidsrecht in boek 7 BW. Algemeen wordt aangenomen dat de bepalingen van het overeenkomstenrecht binnen het arbeidsrecht van toepassing zijn, tenzij hiervan specifiek wordt afgeweken in boek 7 BW. Hiervan uitgaande onderzoeken wij of en in hoeverre, de werkgever de bestaande arbeidsovereenkomst kan wijzigen:

1. met (individuele) instemming van de werknemer;
2. op basis van een CAO;
3. op basis van een overeengekomen wijzigingsbeding;
4. op basis van goed werkgeverschap/werknemerschap casu quo de redelijkheid en billijkheid;
5. op basis van onvoorziene omstandigheden;
6. in het kader van een overname.

#### Ad 1. De instemming

Als er in de arbeidsovereenkomst (of het pensioenreglement respectievelijk de pensioenbrief) niets geregeld is, geldt als hoofdregel dat de werkgever voor wijziging van de arbeidsvoorwaarden de individuele instemming nodig heeft van de betreffende werknemers. De ondernemingsraad

<sup>6</sup> Bijvoorbeeld door de Oort-wetgeving.

heeft op grond van artikel 27 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) een instemmingsrecht bij de wijziging van een rechtstreeks verzekerde regeling.

*Artikel 27*

1. De ondernemer behoeft de instemming van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van:
  - a. een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering, een winstdelingsregeling of een spaarregeling;(...)  
een en ander voor zover betrekking hebbende op alle of een groep van de in de onderneming werkzame personen.
2. De ondernemer legt het te nemen besluit schriftelijk aan de ondernemingsraad voor. Hij verstrekt daarbij een overzicht van de beweegredenen voor het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben. De ondernemingsraad beslist niet dan nadat over de betrokken aangelegenheid ten minste éénmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering. Na het overleg deelt de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk schriftelijk en met redenen omkleed zijn beslissing aan de ondernemer mee. Na de beslissing van de ondernemingsraad deelt de ondernemer zo spoedig mogelijk schriftelijk aan de ondernemingsraad mee welk besluit hij heeft genomen en met ingang van welke datum hij dat besluit zal uitvoeren.
3. De in het eerste lid bedoelde instemming is niet vereist, voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan.  
(...)

*Geen vervangende instemming OR*

De vraag is in hoeverre de instemming van de ondernemingsraad de individuele werknemer bindt. Gezien de discussie rond het beoogde lid 2 van artikel 7:613 moet aangenomen worden dat in zijn algemeenheid de instemming van de ondernemingsraad niet in de plaats kan komen van de individuele instemming van de werknemer.

De kantonrechter te Breda was in 1996<sup>7</sup> echter anders van oordeel en sprak uit dat bij een wijziging van de pensioenregeling geen instemming van de werknemer vereist was nu overleg was gevoerd met de ondernemingsraad.

Anders oordeelt echter de Rechtbank te Middelburg<sup>8</sup> die voor de personeelsleden die niet gebonden zijn aan de CAO, geen vervangende instemming ziet weggelegd voor de ondernemingsraad. Dit geldt ook indien tijdens belegde bijeenkomsten niet expliciet bezwaar gemaakt is tegen de voorgestelde wijziging. De rechtbank gaat ervan uit dat de werkgever niet gebonden werknemers individueel om instemming had moeten vragen.

De instemming van de ondernemingsraad vervangt de individuele instemming dus niet: het instemmingsrecht van de ondernemingsraad geldt naast het individuele instemmingsrecht van de werknemers. Voorzover de pensioenregeling reeds inhoudelijk bij CAO geregeld is, is de instemming van de ondernemingsraad niet noodzakelijk.

#### *Negatieve optie*

Het BW bepaalt dat verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in elke vorm kunnen geschieden en in één of meer verklaringen besloten kunnen liggen.<sup>9</sup> De vraag is of instemming dan ook kan worden verkregen als een werknemer niet uitdrukkelijk bezwaar maakt tegen een bepaalde wijziging: de zogenoemde negatieve optie. Bij de vraag of instemming verkregen kan worden via een negatieve optie, staat voorop dat het de werknemers volstrekt duidelijk moet zijn dat zij gebruik kunnen maken van de optie. De Pensioen- & Verzekeringskamer pleegt in voorkomende gevallen dan ook bijzonder veel belang te hechten aan goed voorlichtingsmateriaal dat de werknemers op correcte wijze informeert. Voorts neemt men veelal aan dat van een negatieve optie uitsluitend gebruik kan worden gemaakt indien het verkrijgen van een uitdrukkelijke individuele instemming op onoverkomelijke, praktische bezwaren zou stuiten. In de Xerox-zaak<sup>10</sup> staat Hof Amsterdam de negatieve optie expliciet toe en noemt het hof de voorwaarden waaraan de negatieve optie moet voldoen.

#### **Ad 2. Wijziging bij CAO**

Voor het sluiten van CAO's gelden de normale regels van het overeenkomstenrecht. Een bijzonderheid daarbij is dat de Wet op de Collectieve Ar-

7 Ktg. Breda 10 april 1996, PJ 1996/48.

8 Arrondissementsrechtbank Middelburg, 31 oktober 1992, PJ 2003/12.

9 Artikel 3:37 BW.

10 Gerechtshof Amsterdam 27 januari 2000, PJ 2000/25.

beidsovereenkomst (Wet CAO) bepaalt dat een CAO voor een periode van maximaal vijf jaar kan worden aangegaan. Pensioenregelingen worden voor een langere periode in het leven geroepen. In die zin is een CAO niet echt geschikt om pensioenzaken definitief te regelen. Daarom wordt in CAO's veelal het kader van de pensioenregeling beschreven, dat vervolgens in een pensioenreglement verder uitgewerkt wordt.

#### *Vervangende instemming CAO-partijen*

De partijen die een CAO sluiten (bijvoorbeeld werkgevers- en werknemersverenigingen) zijn aan die CAO gebonden. Op grond van de Wet CAO zijn ook de bij de betreffende werknemersvereniging(en) aangesloten werknemers gebonden aan hetgeen de CAO-partners overeenkomen.<sup>11</sup> Uiteraard alleen voorzover zij onder die CAO vallen. De CAO-bepalingen werken rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomsten van de bij werknemersverenigingen aangesloten werknemers. Afwijkende bepalingen zijn nietig.<sup>12</sup> Ook de aangesloten werkgevers zijn aan de CAO gebonden. Zij moeten de CAO zelfs toepassen op werknemers die niet zijn aangesloten bij een werknemersvereniging die partij is bij de CAO, tenzij de CAO uitdrukkelijk anders bepaalt.<sup>13</sup> Als de werkgever de CAO moet toepassen op de niet-aangeslotenen is er geen sprake van rechtstreekse doorwerking van de CAO in de arbeidscontracten. De werkgever is dan jense de werknemersverenigingen gehouden om ook aan niet-aangesloten werknemers een aanbod te doen overeenkomstig de regeling in de CAO. De niet-aangesloten werknemer kan hier niet rechtstreeks rechten aan ontlennen.

CAO-bepalingen, en daarmee dus ook pensioenbepalingen in CAO's, kunnen rechtstreeks doorwerken in arbeidsovereenkomsten. Echter pensioenbepalingen in CAO's zullen de feitelijke wijziging van de pensioenregeling (lees: het pensioenreglement) niet in de CAO zelf regelen. Al was het alleen maar omdat de CAO voor maximaal vijf jaar van kracht kan blijven.

#### **Ad 3. Eenzijdig wijzigingsbeding**

In het IBM-arrest<sup>14</sup> heeft de Hoge Raad uitgesproken dat de werkgever via een wijzigingsbeding de mogelijkheid heeft eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Hierbij dient wel een toets plaats te vinden aan de redelijkheid en de billijkheid.

<sup>11</sup> Artikel 9 Wet CAO.

<sup>12</sup> Artikel 12 Wet CAO.

<sup>13</sup> Artikel 14 Wet CAO.

<sup>14</sup> HR 7 oktober 1998, NJ 1989, 335.

In 1998 is in het BW de mogelijkheid opgenomen van de eenzijdige wijziging in artikel 7:613 BW.

*Artikel 7:613*

De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

In artikel 7:613 is opgenomen dat het beding schriftelijk moet zijn overeengekomen. Een beroep op een gebruik (de werknemer heeft zich tijdenlang de eenzijdige wijziging laten welgevalen) is niet voldoende. Het beding dat opgenomen is in de arbeidsovereenkomst ziet dan niet slechts op de wijziging van bepalingen in die specifieke arbeidsovereenkomst maar ook op wijziging van alle regelingen die geacht worden deel uit te maken van de arbeidsovereenkomst. Mits het maar een wijziging van een arbeidsvoorwaarde betreft. Te denken valt aan regelingen die opgenomen zijn in de personeelsgids en het pensioenreglement.

Artikel 7:613 ziet volgens Heerema van Voss<sup>15</sup> met name op de wijziging in de secundaire arbeidsvoorwaarden en niet op de primaire arbeidsvoorwaarden. Ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden moet de werknemer, aldus Heerema van Voss, in principe kunnen afgaan op hetgeen destijds in de overeenkomst is afgesproken.

De werkgever mag een eenzijdig wijzigingsbeding opnemen in de arbeidsovereenkomst, doch mag er slechts gebruik van maken als hij een zwaarwichtig belang heeft. Dit is een verzwaring ten opzichte van het IBM-arrest, waar een toets aan de redelijkheid en de billijkheid voldoende was. Onder artikel 7:613 komt men aan de redelijk- en billijkheidstoets niet toe indien niet eerst een zwaarwegend belang aangetoond is. De werkgever zal de zwaarwichtigheid moeten aantonen.

Niet duidelijk is wat exact verstaan moet worden onder een zwaarwichtig belang. Vermoedelijk is het een zodanig belang dat ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de werkgever verlangd kan worden. Aanvankelijk lag het in

15 G.J.J. Heerema van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Kluwer 1999, p. 123.

de bedoeling in een tweede lid van artikel 7:613 op te nemen dat de werkgever vermoed werd een zwaarwegend belang te hebben indien de ondernemingsraad had ingestemd. Tijdens de kamerbehandeling is dit tweede lid echter gesneuveld omdat men niet wilde dat de ondernemingsraad rechtstreeks de individuele werknemer zou kunnen binden. Niettemin kan instemming van de ondernemingsraad wel een aanwijzing vormen voor de omstandigheid dat sprake is van een zwaarwegend belang.

Is er een zwaarwichtig belang dan moet vervolgens beoordeeld worden of dat belang zodanig is dat de belangen van de werknemer (tot instandhouding van de arbeidsvoorwaarde) hiervoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken. Dit impliceert dat niet voldoende is dat de voorstellen van de werkgever redelijk en billijk zijn. De eis is feitelijk zwaarder: de voorstellen moeten zodanig zijn dat de werknemer in redelijkheid en billijkheid deze voorstellen niet kan afwijzen.

De werknemer zal zich moeilijker kunnen beroepen op de redelijkheid en de billijkheid indien de ondernemingsraad geen bezwaar heeft gemaakt c.q. heeft ingestemd met de wijziging. Ook de rechtspraak hecht aan het oordeel van de ondernemingsraad. Dat blijkt ook uit het eerder genoemde IBM-arrest. Anderzijds kan het feit dat een ondernemingsraad niet is geraadpleegd (of het feit dat in kleinere ondernemingen geen overleg is gevoerd met een personeelsvertegenwoordiging) een reden zijn om extra kritisch te kijken naar de eenzijdige wijziging.

De vraag zou in dit verband kunnen opkomen of het goed werkgeverschap van artikel 7:611 (zie hierna) zich niet verzet tegen een eenzijdige wijziging zonder overleg. Onderdeel van het goed werkgeverschap is immers de hantering van het zorgvuldigheidsbeginsel. Een adequaat overleg kan aangemerkt worden als een aspect van die zorgvuldigheid. Zo maakt ook het motiveringsbeginsel onderdeel uit van goed werkgeverschap. In feite gaat het in de Protector-zaak<sup>16</sup> ook om het motiveringsbeginsel. Een eenzijdig wijzigingsbeding dat opgenomen is in een CAO, is rechtsgeldig voor iedere werknemer die aan die CAO is gebonden.

#### **Ad 4. Goed werkgeverschap/werknemerschap, c.q. redelijkheid en billijkheid**

Als geen wijzigingsbeding voorhanden is, kan onder omstandigheden eenzijdige wijziging niettemin mogelijk zijn. Bij het arbeidsrecht kunnen twee uitgangspunten gehanteerd worden: de contractstheorie of de insti-

16 Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2002, PJ 2002/97.



tutionele theorie. In de contractstheorie wordt ervan uitgegaan dat het contract bepalend is voor de arbeidsverhouding en dat het contract tevens zekerheid geeft over die verhouding. Vanuit de institutionele benadering wordt de arbeidsovereenkomst van de werknemer geacht deel uit te maken van een groter verband: de onderneming. Wijzingen in de onderneming kunnen zo van directe invloed zijn op de inhoud van het contract. Voor beide theorieën is wat te zeggen. Aan de ene zijde 'contract is contract' en aan de andere zijde de inbedding in de omgeving. Afhankelijk van de situatie (waaronder bijvoorbeeld de duur van de overeenkomst) zal beoordeeld moeten worden welk uitgangspunt in meerdere mate leidend zal zijn. Artikel 7:611 BW inzake goed werkgever- en goed werknemerschap is in wezen een onderkenning van de dynamische ontwikkelingen in de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer.

Voor de werkgever betekent dit dat deze de volgende beginselen moet toepassen: het zorgvuldigheidsbeginsel, de zuiverheid van het oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het begrip goed werkgeverschap heeft in de jurisprudentie en in de literatuur duidelijk vorm gekregen. Minder is er geschreven en geoordeeld over het goed werknemerschap dat evenzeer door artikel 7:611 bestreken wordt. Van de werknemer wordt verwacht dat hij zich evenzeer redelijk en billijk opstelt en zich gedraagt als een fatsoenlijk werknemer.

Indien de werknemer niet instemt met een wijziging en geen wijziging is aangevraagd bij de kantonrechter, kan van de werknemer niettemin onder omstandigheden toch verlangd worden in te stemmen met de wijziging. Dit is uitgesproken in het Taxi Hofman-arrest.<sup>17</sup> De werknemer behoort over het algemeen in te gaan op redelijke voorstellen die de werkgever doet in verband met gewijzigde omstandigheden, tenzij de aanvaarding van die voorstellen redelijkerwijs van de werknemer niet verlangd kan worden. Dit wordt niet anders als de wijziging van de omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever ligt. In genoemd arrest wordt teruggegrepen op het goed werknemerschap, zoals verwoord in artikel 7:611 BW.

Ook hier geldt dat het voor de werknemer moeilijk wordt zich op de redelijkheid en billijkheid te beroepen indien de ondernemingsraad tegen de wijziging geen bezwaar heeft gemaakt c.q. heeft ingestemd met de wijziging.

17 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199.

*Artikel 7:611*

Van werkgever en werknemer wordt verwacht dat zij zich als goed werkgever en goed werknemer gedragen. Voor de werkgever betekent dit dat de werkgever de volgende beginselen moet toepassen: het zorgvuldigheidsbeginsel, de zuiverheid van het oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het begrip goed werkgeverschap heeft in de jurisprudentie en in de literatuur duidelijk vorm gekregen. Minder is er geschreven en geoordeeld over het goed werknemerschap dat evenzeer door 7:611 bestreken wordt. Van de werknemer wordt verwacht dat hij zich evenzeer redelijk en billijk opstelt en zich gedraagt als een fatsoenlijk werknemer.

Belangrijkste uitspraak op dit terrein is het eerder genoemde Taxi Hofman-arrest.

**Ad 5. Imprévision-artikel**

In het kader van de dynamische ontwikkeling van de arbeidsverhouding kan de werkgever zich beroepen op onvoorziene omstandigheden waardoor instandhouding van de overeenkomst niet gevegd kan worden. De werkgever kan de rechter dan vragen de overeenkomst te wijzigen. Deze regeling is opgenomen in het imprévision-artikel van 6:258 BW.

*Artikel 6:258*

1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.
2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.
3. Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk.

Artikel 6:258 BW is een *lex specialis* van het tweede lid van artikel 6:248 BW en ziet uitsluitend op uitzonderlijke gevallen.

*Artikel 6:248*

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Artikel 6:248 bepaalt in het eerste lid dat de rechtsgevolgen van een overeenkomst niet alleen bepaald worden door hetgeen tussen partijen overeengekomen is, doch evenzeer door gewoonten en door de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Belangrijk in dit verband is het Haviltex-arrest.<sup>18</sup> In deze zaak is uitgesproken dat het bij de uitleg van een overeenkomst niet alleen gaat om hetgeen schriftelijk is overeengekomen maar ook hetgeen partijen redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten.

In lid 2 van artikel 6:248 is opgenomen dat de redelijkheid en de billijkheid op enig moment ook hetgeen expliciet is overeengekomen, terzijde kunnen stellen. Dan moet echter handhaving van de overeenkomst werkelijk onaanvaardbaar zijn. De rechter zal derhalve uiterst terughoudend moeten zijn bij toetsing op deze grond.

De eis van de onaanvaardbaarheid moet (nu artikel 6:258 een *lex specialis* is van lid 2 van artikel 6:248) eveneens toegepast worden indien een beroep gedaan wordt op de onvoorziene omstandigheden.

**Ad 6. Wijziging pensioenregeling bij overname**

Bij een bedrijfsfusie gaan rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst mee over. Per 1 juli 2002 zijn een aantal wijzigingen doorgevoerd in het Burgerlijk Wetboek en de Pensioen- en spaarfondsenwet.<sup>19</sup> Doel van deze wijzigingen is de rechten van werknemers bij overgang van de onderneming beter te beschermen. Sinds dat moment geldt als hoofdregel dat rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de pensioentoezegging van de vervreemdende partij mee overgaan naar de verkrijgende partij. Als de verkrijgende partij dus geen pensioenregeling heeft, blijft automatisch de regeling van de vervreemdende partij ook na het moment van overname gelden.

<sup>18</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

<sup>19</sup> Artikel 8c PSW.

Hadden beide partijen een eigen regeling, dan zijn er echter twee mogelijkheden. Beide regelingen kunnen naast elkaar worden voortgezet (ieder houdt dus de eigen oorspronkelijke regeling) of door de verkrijgende partij wordt gekozen om de eigen regeling ook te laten gelden voor de overgenomen werknemers. In dat geval is hun pensioentoezegging dus rechtsgeldig gewijzigd zonder dat er sprake hoeft te zijn van instemming van de deelnemers.

Dit gaat echter niet op indien een of beide pensioenregelingen worden uitgevoerd door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Het uitgangspunt dat de verkrijger in beginsel beide pensioenregelingen moet respecteren kan in de praktijk beïnvloed worden en bovendien de keuzevrijheid van de overnemende werkgever ernstig beperken. De situatie kan namelijk zo zijn dat ofwel de overgenomen werknemers automatisch onder de verplichtstelling komen te vallen van de verkrijger (hetgeen dus betekent dat de pensioentoezegging moet worden gewijzigd zonder instemming van de deelnemers) ofwel de verplichtstelling waaronder de overgenomen werknemers vallen ook na de overname onverkort van toepassing blijft.

### 3 WIJZIGING VAN PENSIOENREGELINGEN IN RELATIE MET VERKREGEN RECHTEN

#### 3.1 Wijzigingen met terugwerkende kracht en reeds verkregen rechten

Bij wijziging van de pensioenregeling kan het voorkomen dat deze consequenties heeft over deelnemingsperioden gelegen in het verleden. In dit verband zijn de volgende wijzigingen van de pensioenregelingen te noemen:

- verbetering van de regeling;
- vermindering van nominale rechten of aanspraken;
- wijziging van aanspraken in andere aanspraken met gelijke actuariële waarde (conversie);
- wijziging van aanspraken waarbij niet op voorhand sprake is van een verbetering of verslechtering;
- wijziging van een vooruitzicht binnen een pensioenregeling.

Een verbetering van de regeling, hoewel wellicht nadelig voor werkgevers, blijft in deze paragraaf buiten beschouwing.

De vraag die kan worden opgeworpen is of er sprake is van het aantasten van een reeds verkregen recht. En zo ja, of dit onder bepaalde omstandigheden toelaatbaar is of niet.

Onder reeds verkregen recht wordt verstaan een ingegaan pensioenrecht dan wel de opgebouwde en gefinancierde pensioenaanspraak.<sup>20</sup> Een pensioenaanspraak op risicobasis valt hier aldus niet onder. Dit is uiteraard anders wanneer het hieruit voortvloeiende pensioen reeds is ingegaan.<sup>21</sup> Ook moet van een reeds verkregen recht worden onderscheiden het 'voorzicht' op pensioen. Een voorzicht betreft een toekomstverwachting en nog geen vermogensrecht. Een voorzicht is in die zin altijd voorwaardelijk omdat zich omstandigheden kunnen voordoen die effect hebben op de uiteindelijke vorm waarin de (nominale) aanspraak zich later gaat vertalen in een ingegaan pensioenrecht.<sup>22</sup>

Het onderscheid tussen een reeds verkregen recht enerzijds en een voorzicht of toekomstverwachting anderzijds is niet altijd scherp te maken. Hier komen we later op terug.

Overigens is een reeds verkregen recht geen statisch geheel, maar kan dit in hoogte fluctueren.

### 3.2 Wet- en regelgeving

Op de eerste plaats merken wij op dat er primair sprake moet zijn van een, op grond van de statuten en reglementen van de pensioenuitvoerder, rechtsgeldige wijziging (met terugwerkende kracht) van de regeling. Eerst dan kan de problematiek van de verworven rechten aan de orde zijn. Lutjens concludeert in zijn dissertatie<sup>23</sup> dat het algemene rechtsbeginsel van de rechtszekerheid zich verzet tegen aantasting van verworven rechten, behoudens in de gevallen dat daarvoor een genoegzame compensatie wordt geboden.

Tevens stelt hij dat het opgebouwde recht als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM kan worden aangemerkt en ook uit dien hoofde beschermd wordt.<sup>24</sup>

Dit artikel verzet zich overigens niet tegen elke aantasting/verlaging van rechten.

20 Dit is o.a. af te leiden uit artikel 7a, 8 en 32 van de Pensioen- en spaarfondsenwet (m.m. de Regelen) maar ook uit de Beleidsregel van 30 september 2002 van de Pensioen- & Verzekeringkamer en de verwachte inhoud van de (nieuwe) Pensioenwet.

21 Zie ook E. Lutjens, 'Wijzigingen pensioenregeling', *Pensioen&Praktijk* 1996/9.

22 Zie TPV september/oktober 1999/4.

23 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* 1989, p. 443 e.v.

24 Zie ook de interessante uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen van 20 januari 2003, PJ 2003/108.

De Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) kent geen expliciet verbod op het aantasten van verworven rechten. Wel zijn er allerlei beschermende bepalingen in de PSW die in dit verband relevant zijn. Denk hierbij aan de bepalingen met betrekking tot de kapitaaldekking (artikelen 9 t/m 10) en het tijdsevenredig financieren van opgebouwde aanspraken (artikelen 7a en 8).

Ook uit het gegeven dat het financieringsvoorbehoud van werkgevers van artikel 2, lid 7, aan strikte voorwaarden moet voldoen is het beschermende karakter van de PSW af te leiden.

Verder staat het aantasten van verworven rechten op gespannen voet met het afkoopverbod in de PSW. Een afkoop met compensatie voor de werknemer is immers verboden. En 'afkoop' zonder compensatie<sup>25</sup> is, zoals hierboven aangegeven, in beginsel niet mogelijk.<sup>26</sup>

Het, op basis van actuariële gelijkwaardigheid, omzetten van opgebouwde pensioenaanspraken naar nieuwe aanspraken (conversie) is te kwalificeren als een vorm van collectieve interne waardeoverdracht. De rechten worden weliswaar 'anders' maar dit leidt in beginsel niet tot een aantasting van verworven rechten.<sup>27</sup>

Ook niet onvermeld mag blijven in dit verband de norm van de evenwichtige belangenbehartiging van artikel 5, lid 4, PSW.

In de nieuwe Pensioenwet wordt waarschijnlijk wel een expliciet verbod opgenomen op het aantasten van opgebouwde aanspraken, behoudens het betalingsvoorbehoud, de kortingsregeling en interne waardeoverdracht.

Boven elke wijziging van de pensioenregeling hangen tot slot ook de normen van het Burgerlijk Wetboek met zijn aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgever- en werknemerschap. Interessant in dit verband is dat de civiele rechter in de uitspraak Westland/Utrecht Hypotheekbank in 1996, in het kader van de redelijkheid- en billijkheidstoets, meeweegt dat de Pensioen- & Verzekeringkamer geen bezwaar had tegen de wijziging.<sup>28</sup>

25 Artikel 18, lid 1, sub b, Wet LB 1964.

26 Vgl. ook P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars* 1997, p. 334 e.v.

27 Vgl. ook E. Lutjens, 'Wijzigingen pensioenregeling', *Pensioen&Praktijk* 1996/9.

28 Artikelen 6:248 en 7:613 BW. Zie ook de uitspraak van Rb. Amsterdam van 18 december 1996, PJ 1997/23 (Westland/Utrecht Hypotheekbank).

### 3.3 Wijziging uitzicht actieven

Zoals wij hierboven al hebben aangegeven, zijn wij van mening dat een vooruitzicht op pensioen nog geen recht op pensioen is (immers nog niet opgebouwd en gefinancierd) en dat aantasting van een dergelijk vooruitzicht in beginsel zonder problemen mogelijk moet zijn. Wel gelden uiteraard bij elke wijziging de norm van de evenwichtige belangenbehartiging en de grenzen van de redelijkheid en billijkheid.

De vraag is echter wanneer sprake is van een simpel vooruitzicht dan wel wanneer een deelnemer aan een vooruitzicht zodanige verwachtingen kan ontlenen dat deze in beginsel beschermd dienen te worden. Deze vraag doet zich in het bijzonder voor bij de vervanging van een eindlooonregeling door bijvoorbeeld een middelloonregeling. Vanaf het moment van de wijziging worden over toekomstige salarisverhogingen geen aanspraken meer toegekend over het verleden, dus ook niet meer over de deelnemersperiode die ligt voor de wijzigingsdatum (de 'coming backservice'). Een soortgelijke wijziging van een vooruitzicht vindt plaats als in een middelloonregeling, waarbij voor actieven de in het verleden opgebouwde aanspraken onvoorwaardelijk worden geïndexeerd, de indexatie voorwaardelijk wordt (bijvoorbeeld afhankelijk wordt van de financiële positie van het pensioenfonds). Beide situaties zijn actueel nu, onder andere in het kader van herstelplannen, pensioenregelingen op veel plaatsen worden versoerd. Op de indexering wordt in paragraaf 3.6 dieper ingegaan.

De hoofdregel dat aantasting van een vooruitzicht altijd mogelijk is staat naar onze mening slechts onder druk als de grenzen van de redelijkheid en billijkheid worden overschreden. Hiervan zal o.i. niet snel sprake zijn, zeker niet als voor het wegvallen van de coming backservice compenserende maatregelen worden getroffen (verhoging opbouwpercentage of verlaging franchise) of wanneer er een objectieve rechtvaardigingsgrond is voor de wijziging (wijziging wet- en regelgeving, veranderde maatschappelijke opvattingen, financiële positie van de onderneming enzovoort).

Veel zal ook afhangen van de bijzondere omstandigheden in een individuele situatie: als bijvoorbeeld de eindloontoezegging een expliciet onderhandelingpunt was bij de overstap naar een nieuwe werkgever, kan het afschaffen van het eindloon zonder voldoende compensatie eventueel in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn als een reeds toegezegde promotie vertraagd wordt

geëffectueerd, waardoor deze niet meer onder het eindloonregime tot stand komt. Uit deze voorbeelden blijkt al dat naar onze mening slechts bij hoge uitzondering sprake zal zijn van een te honoreren verwachting.

### 3.4 Wijziging van in het verleden opgebouwde aanspraken van actieven

Hierboven hebben wij reeds aangegeven dat in het verleden opgebouwde aanspraken in beginsel niet kunnen worden aangetast. De belangrijkste uitzonderingen die wij zien, zijn die welke naar verwachting in de nieuwe Pensioenwet zullen worden opgenomen, te weten de kortingsregeling, het betalingsvoorbehoud en de interne waardeoverdracht. De kortingsregeling betreft het bij pensioenfondsen statutair opgenomen voorbehoud dat bij verbreking van het financiële evenwicht in het fonds de opgebouwde aanspraken kunnen worden gekort teneinde het evenwicht te herstellen. Een dergelijke korting lijkt ons alleen toegestaan als alle andere mogelijkheden om het tekort te herstellen zijn uitgeput.

Welke rol de kortingsmogelijkheid in de toekomst zal gaan spelen is mede afhankelijk van de hoogte van het geëiste niveau van zekerheid dat in de nieuwe Pensioenwet c.q. het nieuwe financiële toetsingskader zal worden opgenomen. Hierbij zij overigens opgemerkt dat een dekkingsgraad onder de 100% nog niet betekent dat pensioenaanspraken moeten worden gekort. Dit is alleen het geval als herstel niet meer mogelijk is, bijvoorbeeld door het wegvallen van de werkgever.

De conversie door middel van een interne waardeoverdracht is de meest gebruikelijke wijziging van aanspraken uit het verleden. Deze vindt plaats bij een reglementswijziging in het geval de aanspraken uit het oude reglement worden omgezet in aanspraken uit hoofde van het nieuwe. Het voordeel van een dergelijke omzetting is grotere duidelijkheid voor de deelnemers (zij hebben slechts te maken met het nieuwe reglement) en vereenvoudiging van de uitvoering. Wij hebben al aangegeven dat bij een dergelijke conversie feitelijk geen sprake is van een aantasting van aanspraken, maar van een interne waardeoverdracht op actuair neutrale basis. Doordat artikel 32 ba PSW van toepassing is, worden de rechten van een deelnemer bij een dergelijke conversie beschermd. De vraag is of desondanks bij een dergelijke collectieve conversie in een individuele situatie sprake kan zijn van een aantasting van een verworven aanspraak. Dit zou naar onze mening hoogstens het geval kunnen zijn als in een specifieke situatie de gehanteerde uitruilvoorwaarden extreem nadelig uitpakken voor een individuele deelnemer. Dat dit niet snel wordt aan-



genomen blijkt o.i. uit het gegeven dat een verhoging van de pensioenleeftijd, hoewel mogelijk zeer ingrijpend voor betrokkenen, in de rechtspraak niet als aantasting van een recht wordt gekwalificeerd.<sup>29</sup>

Wij verwachten overigens dat onredelijk uitpakkende conversies zich in de praktijk niet of nauwelijks zullen voordoen

Tot slot willen wij nog opmerken dat wij een wijziging van opgebouwde aanspraken op grond van een betalingsvoorbehoud van de werkgever geen aantasting van verworven aanspraken achten, dit heeft immers alleen gevolgen voor de toekomstige opbouw.

### 3.5 Wijziging rechten post-actieven

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn dat als wij in het verleden opgebouwde aanspraken voor actieven al nagenoeg onaantastbaar achten, wij dit zeker het geval achten voor de verworven aanspraken van post-actieven. Hierbij gaat het immers om 'een uitgewerkte rechtsverhouding', waarop toekomstige ontwikkelingen in beginsel niet meer van toepassing zijn. Ook een betalingsvoorbehoud van de werkgever zou naar onze mening na het einde van de dienstbetrekking niet meer van toepassing kunnen zijn op basis van doel en strekking van artikel 8 PSW. Wel blijft ook hier een aantasting in extreme gevallen mogelijk als gevolg van een blijvende verbreking van het financiële evenwicht in het pensioenfonds, zoals in het vorige hoofdstuk is genoemd. Een andere mogelijk toegestane wijziging is de overgang op een nieuwe indexeringsmethodiek die hierna aan de orde komt.

### 3.6 Wijziging indexeringsmethodiek

Uit de wet- en regelgeving en de jurisprudentie is een redelijk helder beeld te destilleren in welke gevallen wijzigingen met terugwerkende kracht aantasting van een verworven recht kunnen opleveren. We noemen in de eerste paragraaf echter ook de wijzigingen van de regeling met terugwerkende kracht waarbij de impact niet op voorhand duidelijk is. Een actueel voorbeeld hiervan is een wijziging van de indexeringsregeling.

<sup>29</sup> Zie uitspraken Rb. Den Bosch 27 juni 1991, KG, 232 (Philips) en Rb. Amsterdam 18 december 1996, PJ 1997, 23 (Westland/Utrecht Hypotheekbank).

Een wijziging van de indexeringsystematiek van bijvoorbeeld loon-naar-prijsindex of van een systematiek van indirect indexeren van pensioengrondslag en franchise naar het direct indexeren van het pensioenrecht, kan in enig jaar neutraal, gunstiger of ongunstiger uitpakken. Naar onze mening moet een wijziging van een indexeringsregeling beoordeeld worden op basis van gerechtvaardigde verwachtingen die gelden op het moment van wijziging en niet achteraf op basis van de werkelijke uitkomsten.

Vervolgens is bij de beantwoording van de vraag of een ongunstig resultaat aantasting van een verworven recht kan opleveren, de kwalificatie van de indexeringsregeling van belang.

Is er ten aanzien van de indexering aan post-actieven slechts sprake van een uitzicht en dus nimmer van een aantasting van een recht bij een wijziging daarvan? Of is de indexering op pensioendatum (of datum einde deelneming) onderdeel van de toegezegde pensioenuitkering of slapersrecht?

Aannemelijk is dat een op de pensioendatum geldende onvoorwaardelijke indexeringsregeling niet meer kan worden aangetast.<sup>30</sup> Is de indexeringsregeling echter voorwaardelijk geformuleerd dan ligt dit anders. In dat geval kunnen de betreffende voorwaarden, bijvoorbeeld de financiële positie van het pensioenfonds, worden tegengeworpen.

De grens tussen onvoorwaardelijk en voorwaardelijk is overigens niet altijd scherp. De Pensioen- & Verzekeringskamer is van mening dat door de combinatie van stelselmatige indexatie en onvoldoende communicatie dat de indexering voorwaardelijk is, de suggestie kan worden gewekt dat de indexatie een recht is.<sup>31</sup> Deze lijn is ook af te leiden uit de jurisprudentie.<sup>32</sup>

Daarnaast zal het invoeren van de voorwaarden waarschijnlijk ook getoetst kunnen worden aan de evenwichtige belangenbehartiging van artikel 5, lid 4, PSW en de civiele redelijkheid en billijkheid.<sup>33</sup>

30 Zie ook H.P. Breuker en E.J.A. van Leuven, 'Indexeren: recht of gunst', *Pensioen&Praktijk* 2003/4.

31 Brief van de Pensioen- & Verzekeringskamer van 30 september 2002 inzake maatregelen voor herstel van het financieel evenwicht van pensioenfondsen.

32 Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2002, *PJ* 2002/97 (Protector).

33 Zie ook E. Lutjens, 'Indexering op de tocht: gepensioneerden in de kou?', *NJB* 2002, afl. 28 en H.P. Breuker en E.J.A. van Leuven, 'Indexeren: recht of gunst', *Pensioen&Praktijk* 2003/4.

### 3.7 Samenvatting

Zowel onder huidige wetgeving als, volgens de verwachting, onder de nieuwe Pensioenwet, worden bij wijziging van een pensioenregeling met terugwerkende kracht, de reeds verworven rechten van post-actieven niet aangetast (tenzij als gevolg van de financiële toestand van het fonds). Onder reeds verworven recht wordt verstaan een ingegaan pensioenrecht of de opgebouwde en gefinancierde pensioenaanspraak (slapersrecht). Hierbij menen wij dat een onvoorwaardelijke indexeringsregeling ook als reeds verworven recht is te beschouwen. Bij een voorwaardelijke indexering kunnen de voorwaarden worden tegengeworpen.

In het verleden opgebouwde aanspraken van nog actieven kunnen alleen in specifieke situaties worden aangetast. Waarschijnlijk worden deze expliciet in de nieuwe Pensioenwet opgenomen. Ook hier geldt uiteraard dat bij voorwaardelijke rechten de voorwaarden kunnen worden tegengeworpen. Aandachtspunt hierbij is de niet altijd scherpe scheiding tussen voorwaardelijk en onvoorwaardelijk.

Vooruitzichten op pensioen van actieven kunnen niet worden aange-merkt als een reeds verworven recht en kunnen in beginsel worden beperkt.

De gevolgen van een wijziging met terugwerkende kracht zijn globaal als volgt in een matrix aan te geven.

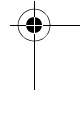
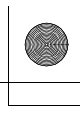
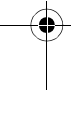
Matrix overzicht wijzigingen met terugwerkende kracht

	Aantasting over verleden mogelijk?	Beperking toekomstig op te bouwen recht/aanspraak mogelijk?
Actieven	Nee, tenzij	Ja, mits
Post-actieven (slapers/gepensioneerden)	Nee	<del>Ja, mits</del>

## 4 WIJZIGING VAN EEN VERZEKERDE REGELING

### 4.1 Inleiding

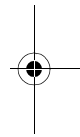
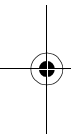
Een werkgever kan (een deel van) zijn pensioenregeling onderbrengen bij een verzekeraar voorzover de PSW dat toelaat. Ook werknemers kunnen verzekeringnemer zijn van pensioenovereenkomsten (de zogeheten C-polissen). Deze overeenkomsten zullen in dit artikel buiten beschouwing blijven. Dit hoofdstuk gaat over pensioenverzekeringsovereenkomsten



die door een werkgever worden gesloten met een verzekeraar, verder te noemen 'pensioenovereenkomst'.

Wanneer een werkgever een overeenkomst sluit met een verzekeraar voor de uitvoering van door haar toegezegde pensioenen, is er sprake van een rechtstreeks verzekerde pensioenregeling. Het vrijwillige karakter van een dergelijke overeenkomst laat aan de contractspartijen veel vrijheid ten aanzien van de contractcondities en de inhoud van de te verzekeren prestaties. De consequenties van deze vrijheid worden vooral zichtbaar wanneer de regeling gewijzigd of beëindigd wordt tijdens of na afloop van de overeengekomen contractperiode. Een aantal van de bepalingen die een rol spelen bij het wijzigen of beëindigen van de overeenkomst wordt in dit hoofdstuk toegelicht. Eerst komen de twee belangrijkste juridisch documenten aan de orde die een rol spelen bij een rechtstreeks verzekerde pensioenregeling, te weten de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement.

#### 4.2 De pensioenovereenkomst



In beginsel beslissen de contractspartijen (werkgever en verzekeraar) over de inhoud van de pensioenovereenkomst binnen de grenzen die de wetgeving stelt aan dergelijke overeenkomsten. Beide partijen hebben een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de juistheid van de pensioeninhoudelijke kant van de overeenkomst. Daarnaast heeft enerzijds iedere verzekeraar eigen inhoudelijk producteisen en anderzijds wordt de inhoud van de overeenkomst bepaald door de pensioentoezegging die de werkgever aan zijn werknemers heeft gedaan. De toezegging zal dikwijls het resultaat zijn van overleg tussen werkgever en werknemers over de arbeidsvoorwaarde 'pensioen'.

#### 4.3 Het pensioenreglement

De pensioentoezegging die de werkgever aan de werknemer doet wordt schriftelijk vastgelegd in een pensioenbrief voor één of enkele werknemers óf een pensioenreglement voor een groep werknemers. De pensioenovereenkomst verwijst vervolgens naar een of meerdere pensioenreglementen die door de pensioenovereenkomst worden bestreken. De werkgever zal zijn pensioentoezegging dienen af te stemmen op de productkenmerken van de pensioenuitvoerder óf de werkgever moet een pensioenuitvoerder bereid vinden de door de werkgever gedane pensioentoezegging integraal te verzekeren. Dikwijls spreken de werkgever

en de pensioenuitvoerder af dat de pensioenuitvoerder de pensioentoezegging vastlegt in een pensioenreglement. Het voordeel hiervan is dat de overeenkomst en het reglement op elkaar zijn afgestemd en beide documenten passen binnen het kader en de kenmerken van het product van de pensioenuitvoerder. Het opstellen van de juridische documenten door de pensioenuitvoerder kan het proces tot wijziging of beëindiging van deze documenten in een later stadium echter ongewenst beïnvloeden, zoals hieronder zal worden toegelicht bij de onderdelen 'wijzigingsbevoegdheid' en de 'beëindigingcondities'.

#### 4.4 Wijzigingsbevoegdheid

In beginsel zullen werkgever en pensioenuitvoerder samen willen bepalen óf en hoe het pensioenreglement en/of de pensioenovereenkomst kan worden aangepast.

De pensioentoezegging maakt echter onderdeel uit van het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de werkgever en de werknemers. Afspraken middels Collectieve Arbeidsovereenkomst (CAO) of de wettelijke (inspraak)verplichtingen van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) of het Burgerlijk Wetboek (BW boek 7) bepalen daardoor mede de mogelijkheid tot het wijzigen van de inhoud van de pensioentoezegging. In het pensioenreglement kan daartoe een bepaling zijn opgenomen die het personeel vertegenwoordigende organen zoals een personeelsvertegenwoordiging, een ondernemingsraad, een vakbond of CAO-partijen de bevoegdheid geven om afspraken te maken over aanpassingen van de regeling. In de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder zal vervolgens zijn bepaald dat de pensioenuitvoerder goedkeuring dient te verlenen aan de door de tot wijziging bevoegde partijen, overeengekomen wijzigingen. De pensioenuitvoerder zal deze goedkeuringsbevoegdheid om meerdere redenen hebben bedongen en hebben vastgelegd in de pensioenovereenkomst.

In de eerste plaats is het overeengekomen tarief afgestemd op het uitvoeren van de in het pensioenreglement beschreven regeling en de overeengekomen wijze van administratievoering. In de tweede plaats moet de pensioenuitvoerder kunnen beoordelen of zij de overeengekomen aanpassingen kan administreren en ten slotte heeft de pensioenverzekeraar een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de juistheid van de pensioenrechtelijke en fiscale aspecten van de pensioenverzekering. Het wijzigen van een rechtstreeks verzekerde regeling vereist hierdoor een goede afstemming tussen betrokken partijen zowel procedureel als ten aan-

zien van de gebondenheid aan de wijziging. Zowel in de pensioenovereenkomst als in het pensioenreglement moet daarom worden vastgelegd aan welke partij welke wijzigingsbevoegdheid is voorbehouden en onder welke omstandigheden de verschillende partijen zijn gebonden aan de wijziging. In oudere pensioenreglementen is de wijzigingsbevoegdheid vaak toegekend aan de werkgever en beperkt tot de situatie waarin de financiële omstandigheden van de onderneming die ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling niet langer rechtvaardigen. Met een dergelijk beperkte en geclausuleerde bepaling worden lang niet alle situaties waarin een wijziging gewenst zou zijn, gedekt.

Een praktijkvoorbeeld ter illustratie. In financiële zin gaat het de werkgever goed. Door de dalende rente op de kapitaalmarkten besluit de pensioenuitvoerder dat het noodzakelijk is de door haar verstrekte garantie op ingelegde pensioengelden vanaf een bepaalde toekomstige datum van 4% naar 3% te verlagen. In de pensioenovereenkomst die overeengekomen is tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder is opgenomen dat de pensioenuitvoerder het garantiepercentage vaststelt. Wanneer er in het pensioenreglement geen bepaling is opgenomen die de werknemer bindt aan een dergelijke beslissing van de pensioenuitvoerder, zal de werkgever met de werknemers in overleg moeten treden om de wijziging door te mogen voeren. Werknemers zullen een beroep doen op de pensioentoezegging zoals die is omschreven in het pensioenreglement en het verschil van 1% vermoedelijk bij de werkgever willen claimen. Om dergelijke instemmingsverplichtingen te omzeilen kan in het pensioenreglement een bepaling worden opgenomen dat de werknemers gebonden zijn aan wijzigingen die door de pensioenuitvoerder worden opgelegd. De vraag hierbij is echter of het wenselijk is dat een derde partij de overeengekomen pensioentoezegging tussen werkgever en werknemers kan beïnvloeden.

#### 4.5 Beëindigingcondities

Om diverse redenen kan de werkgever het na verloop van tijd wenselijk vinden om de pensioenovereenkomst met de pensioenuitvoerder te verbreken. In bijzondere situaties kan een werkgever ook bij verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds van pensioenuitvoerder wisselen maar het wijzigen van pensioenuitvoerder zal voornamelijk geschieden bij rechtstreeks verzekerde regelingen. Zoals hiervoor is aangegeven, is de werkgever in beginsel vrij om een pensioenuitvoerder te selecteren om de pensioentoezegging bij onder te brengen. Zolang de pensioentoezeg-

ging inhoudelijk niet gewijzigd hoeft te worden als gevolg van het wisselen door de werkgever van pensioenuitvoerder zullen de werknemers tegen een dergelijke wisseling geen bezwaar (kunnen) maken.

Een aantal oorzaken bij het beëindigen van een verzekeringsovereenkomst kan er echter toe leiden dat de werkgever instemming behoeft van de werknemers om van uitvoerder te wisselen. Zoals hierboven is beschreven wordt het pensioenreglement dikwijls door de pensioenuitvoerder opgesteld. Een aantal verzekeraars neemt in het pensioenreglement de naam van de eigen maatschappij op als de uitvoerder van de pensioenregeling. Een wijziging van uitvoerder leidt dan tot een noodzakelijke wijziging van het pensioenreglement waarvoor instemming van de werknemers is vereist is. Een dergelijke inperking van zijn vrijheid tot onderbrenging van de pensioentoezegging is een consequentie die de werkgever vast niet had beoogd toen hij de pensioenuitvoerder het reglement liet opstellen. Een vergelijkbare situatie treedt op wanneer de verzekeraar namen van maatschappij gerelateerde beleggingsfondsen, met hun specifieke karakteristieken opneemt in het pensioenreglement. Wanneer de werkgever van pensioenuitvoerder wisselt, zal het reglement eveneens moeten worden aangepast, waarvoor dan weer de toestemming van de werknemers vereist is. Bepalingen in het pensioenreglement die verwijzen naar een specifieke maatschappij/pensioenuitvoerder of product zouden vermeden moeten worden en vervangen moeten worden door zo neutraal mogelijke begrippen om de contractsvrijheid van de werkgever zo groot mogelijk te houden.

Een ander element bij contractsbeëindiging vormen de bepalingen rond waardeoverdracht van het opgebouwde pensioenkapitaal. Het pensioenkapitaal kan bestaan uit de waarde van de opgebouwde rechten en die waarde kan toebehoren aan de werknemer. De laatste jaren zijn pensioenverzekeringen in opkomst waarbij iedere deelnemer eigenaar is van zijn eigen pensioenkapitaal dat soms is belegd in aandelen of in units van beleggingsfondsen. De opgebouwde waarde bestaat dan uit aandelen of units die toebehoren aan de individuele werknemers. Om gunstige contractcondities bij een nieuwe pensioenuitvoerder te bedingen of om dubbele administratie- en/of uitvoeringskosten te voorkomen, kan het van belang zijn voor zowel de werkgever als de werknemers dat er waardeoverdracht kan plaatsvinden. In de PSW is geen wettelijk recht op collectieve waardeoverdracht opgenomen voor de situaties waarin er van pensioenuitvoerder wordt gewisseld. De mogelijkheid tot en de condities waaronder de pensioenuitvoerder bereid is mee te werken aan over-

dracht van het opgebouwde pensioenkapitaal zouden in de pensioenovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder moeten zijn vastgelegd. In het verleden werd aan deze bepalingen weinig aandacht besteed, waardoor werkgevers bij contractbeëindiging tot de ontdekking komen dat het opbouwde kapitaal niet kan worden overgedragen of slechts tegen aanzienlijke kosten. Het wisselen van pensioenuitvoerder kan hierdoor worden bemoeilijkt.

In het pensioenreglement zal zelden geregeld zijn welke partij opdraait voor de kosten die verband houden met de overgang naar een andere uitvoerder. Het wisselen van pensioenuitvoerder op initiatief van de werkgever kan dan ook gevolgen hebben voor de werknemer. Omdat er geen wettelijke verplichting is om opgebouwd pensioenkapitaal mee over te dragen, zal ook hier de instemming van de individuele werknemers vereist zijn. De werknemer moet immers zijn aandelen/units verkopen als de nieuwe uitvoerder andere fondsen aanbiedt. De verkoop zal geschieden op een moment rond de overgang van de pensioenuitvoerder. Als het beleggingsfonds op dat moment er minder goed voor staat, zal de werknemer niet direct zijn instemming willen verlenen. Maar ook de werknemer die het besluit neemt om zijn beleggingen / units niet over te dragen naar de nieuwe uitvoerder zal mogelijk geconfronteerd worden met dubbele administratiekosten. In het pensioenreglement zouden daarom een aantal afspraken rond waardeoverdracht bij contractsbeëindiging moeten worden opgenomen om discussies die de overgang zouden kunnen bemeremen zoveel mogelijk te vermijden. Zo kan worden vastgelegd welke partij de kosten van liquidatie van de individuele fondsen en/of een eventueel beleggingsverlies voor haar rekening neemt. Een pensioenuitvoerder zal in beginsel slechts in beperkte mate bepalingen over waardeoverdracht opnemen in het pensioenreglement omdat zij er belang bij heeft dat het pensioenkapitaal bij haar in beheer blijft. Ook zijn er pensioenuitvoerders die dermate zware contractuele beperkingen opleggen dat het praktisch gezien voor de werkgever of de werknemer niet mogelijk is van pensioenuitvoerder te wisselen. Dat de overgang naar een andere pensioenuitvoerder hierdoor bemoeilijkt kan worden zal aan de hand van de hiervoor gegeven voorbeelden duidelijk zijn en van de initiële contractvrijheid van de werkgever blijft dan weinig meer over.

#### 4.6 Samenvatting

Het wijzigen van een verzekerde pensioenregeling of het (tussentijds) beëindigen van een pensioenovereenkomst vereist afstemming tussen, en



instemming van, alle betrokken partijen. Bij het opstellen van de juridische documenten is het van belang dat de noodzakelijke bepalingen in de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement zijn opgenomen én op elkaar zijn afgestemd. Het ontbreken van deze afstemming kan leiden tot onnodige vertraging en kosten bij het wijzigen van de regeling of het wisselen van pensioenuitvoerder. Belangrijk is ook om aandacht te besteden aan de invloed van de pensioenuitvoerder op de inhoud van de pensioentoezegging middels bevoegdheden die de pensioenuitvoerder contractueel heeft bedongen. Het is zaak de wijzigings- en beëindigingscondities door een onafhankelijke en ter zake kundige partij te laten beoordelen of te laten opstellen én af te stemmen op de specifieke kenmerken van de pensioenregeling en de bepalingen in de pensioenovereenkomst.

Sterker nog, in de Pensioenwet zal duidelijk de bevoegdheidsverdeling tussen enerzijds de werkgever als degene die de inhoud van de pensioentoezegging bepaalt in de pensioenovereenkomst en anderzijds de verzekeraar als uitvoerder worden opgenomen. In een tussen de werkgever en de uitvoerder gesloten uitvoeringsovereenkomst zal ook dit nader dienen te worden uitgewerkt. Het door de uitvoerder opgestelde pensioenreglement dient dan ook een 'vertaling' te zijn van de pensioenovereenkomst en biedt geen ruimte voor eigen invulling van de uit te voeren pensioenovereenkomst (pensioentoezegging).

## 5 WIJZIGING VAN EEN BIJ EEN ONDERNEMINGSPENSIOENFONDS ONDERGEBRACHTTE REGELING

### 5.1 Inleiding

Elke wijziging van de pensioentoezegging levert een wijziging van de pensioenregeling op. Meer dan eens is echter niet meteen bij voorbaat duidelijk of een wijziging van de pensioenregeling ook een wijziging van de toezegging zelf oplevert. Het is aan te raden om als uitgangspunt dan ook een louter formele wijziging van de pensioenregeling die op het eerste gezicht geen inhoudelijke gevolgen heeft, toch te behandelen als een wijziging van de toezegging. Een voorbeeld hiervan is een wisseling van uitvoerder. Aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval kan vervolgens van het uitgangspunt worden afgeweken.

Afwijking van het uitgangspunt ligt bijvoorbeeld voor de hand bij een aanpassing van de regeling die uitsluitend dient om aan een wettelijk

voorschrift te voldoen en waarbij geen keuzevrijheid ten aanzien van de vormgeving bestaat. Eventuele instemmingsrechten die statutair zijn toegekend aan organen van, of belanghebbenden buiten, het fonds missen dan in feite eveneens toepasselijkheid.

## 5.2 Het initiatief tot wijziging

Voor de vraag bij wie het initiatief tot de wijziging ligt, is het van belang de verhouding tussen de werkgever en het fonds helder voor ogen te houden.

De werkgever heeft een pensioenregeling, als gevolg van een pensioentoezegging. De taak van het fonds is het uitvoeren van die pensioenregeling. Daarnaast heeft (het bestuur van) het fonds een eigen verplichting om relevante regelgeving na te leven.

Formeel-juridisch stelt het bestuur van het fonds het pensioenreglement vast. Echter, het pensioenreglement is de nadere vastlegging van de pensioentoezegging van de werkgever. Het reglement moet corresponderen met de toezegging. De vrijheid van het bestuur om het reglement te wijzigen is daardoor uiterst beperkt. De regeling omtrent het wijzigen van het reglement die op grond van artikel 7, lid 1, sub i, PSW in de statuten en reglementen moet zijn opgenomen geeft zeker geen vrije bevoegdheid aan het bestuur van het fonds.

Wel is het vanwege de eigen verplichting van het fonds om relevante regelgeving na te leven mogelijk dat het uitvoeren van de toezegging in strijd zou zijn met het recht. Dan zit er niets anders op dan het reglement te wijzigen. Maar aangezien het reglement moet aansluiten op de toezegging zal allereerst de toezegging moeten worden gewijzigd. Als het fonds dus klem komt te zitten tussen enerzijds de toezegging en anderzijds de toepasselijke wetgeving dan zal het fonds terug moeten naar de werkgever met het verzoek om de toezegging zo aan te passen dat het fonds weer tot uitvoering in staat is. Vervolgens kan het fonds dan het reglement weer in lijn brengen met de toezegging. Juridisch gezien is het bestuur dus niet alleen bij uitsluiting *bevoegd* om het pensioenreglement in voorkomende gevallen te wijzigen, maar vooral ook *gehouden* dat te doen.

In de praktijk gaat het initiatief tot wijziging geregeld uit van (het bestuur van) het fonds zelf. Op zichzelf is dat begrijpelijk, aangezien het fonds zich intensief met ontwikkelingen op pensioengebied zal bezighouden. Ook is het te billijken dat het fonds om uitvoeringstechnische redenen

min of meer eigenstandig reglementswijzigingen doorvoert die geen enkele materiële wijziging van de regeling tot gevolg hebben.

De grens ligt echter bij wijzigingen die de toezegging – ofwel de rechtspositie – van de werkgever raken. Het fonds staat immers in een rechtsverhouding tot de werkgever, onder meer vastgelegd in de financierings- en aansluitingsovereenkomst, en kan niet eenzijdig verplichtingen opleggen aan de werkgever. Ook kan het fonds niet door eenzijdig het reglement te wijzigen de rechtspositie van de deelnemers en andere belanghebbenden wijzigen. Hiervoor is – voorzover überhaupt mogelijk – een wijziging van de toezegging door de werkgever vereist.

Aan de andere kant liggen vetorechten, bijvoorbeeld van de werkgever, onder vuur. De PVK accepteert – in lijn met het algemene verbintenissenrecht – dergelijke vetorechten uitsluitend voorzover deze dienen om een eenzijdig opleggen van (financiële) verplichtingen door het fonds aan de werkgever te kunnen tegengaan.

### 5.3 Wijziging ten aanzien van deelnemers

De pensioenregeling is het uitvloeisel van de toezegging van de werkgever die door de werknemer is aanvaard. Door het aanbod (de toezegging) en de aanvaarding daarvan is een overeenkomst tot stand gekomen. Bij het wijzigen van deze overeenkomst bestaan twee mogelijkheden:

- de werkgever heeft een eenzijdig wijzigingsvoorbehoud gemaakt, of
- de wijziging geschiedt met wederzijds goedvinden.

#### *Eenzijdig wijzigingsvoorbehoud*

Indien de werkgever een eenzijdig wijzigingsvoorbehoud heeft gemaakt dan heeft hij voor het wijzigen van de pensioenregeling geen instemming van de individuele deelnemers meer nodig. Een wijzigingsvoorbehoud kan zijn opgenomen in de (collectieve) arbeidsovereenkomst zelf of in het pensioenreglement mits de arbeidsovereenkomst daarnaar verwijst.

Naast een afdoende geformuleerd wijzigingsvoorbehoud zal eenzijdige wijziging de test van artikel 7:613 BW nog moeten doorstaan: de werkgever moet een zodanig zwaarwegend belang bij de wijziging hebben dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor het belang van de werkgever moet wijken. Zie hiervoor verder hoofdstuk 2.

#### *Wederzijds goedvinden*

Zonder eenzijdig wijzigingsvoorbehoud kan de pensioenregeling alleen worden aangepast met wederzijds goedvinden, ofwel met instemming van de deelnemer. Ontbreekt de instemming dan is de wijziging niet van toepassing op de betreffende deelnemer(s).

Onder specifieke omstandigheden is het denkbaar dat het onthouden van instemming door de deelnemer in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Vaker zal de situatie zo zijn dat de deelnemer een compensatie zal verlangen in ruil voor zijn instemming.

#### *Negatieve optie*

Het is toegestaan om instemming te vragen door middel van de zogenaamde 'negatieve optie', of anders gezegd: wie zwijgt stemt toe. Aangezien er voor het geven van instemming op dit punt geen vormvereisten gelden, kan de instemming onder voorwaarden blijken uit 'stil zitten' conform artikel 3:37 BW.

Naar analogie van de voorwaarden die gelden bij collectieve waardeoverdracht ligt het volgende kader voor het gebruik van de negatieve optie voor de hand:

- betrokkene moet adequaat zijn ingelicht over het voornemen tot het wijzigen van de regeling en over de gevolgen daarvan;
- betrokkene moet expliciet zijn geweest op de mogelijkheid om de instemming te weigeren, en
- betrokkene moet een redelijke bedenktijd worden gegund.

De informatieverstrekking moet voor de betrokkene de consequenties van de wijziging volstrekt duidelijk maken. Het geeft bijvoorbeeld geen pas om een eventuele achteruitgang te verbloemen.

Onvoldoende informatieverstrekking kan tot gevolg hebben dat in de gegeven omstandigheden geen stilzwijgende toestemming mag worden aangenomen. Vanzelfsprekend moet de informatie de betrokkene ook daadwerkelijk bereikt hebben. Verzending met ontvangstbevestiging is dan ook sterk aan te bevelen.

Ten aanzien van de bedenktijd valt aan te sluiten bij de termijn die de PVK redelijk acht in geval van collectieve waardeoverdracht, te weten zes weken.

#### *Instemming echtgenoot*

Voor een wijziging van aanspraken op ouderdomspensioen dan wel op nabestaandenpensioen is instemming van de echtgenoot vereist als de wijziging tot een vermindering van aanspraken leidt, zo bepaalt artikel 8c PSW. Het verdient aanbeveling om hier rekening mee te houden bij het gebruik van de negatieve optie of de echtgenoot te laten meetekenen bij expliciete schriftelijk instemming.

#### 5.4 Wijziging voor gewezen deelnemers

Ten aanzien van gewezen deelnemers, waaronder begrepen gepensioneerden, is wijziging uitsluitend mogelijk met wederzijds goedvinden. Voor deze groep is immers op de ontslagdatum dan wel op de pensioendatum een uitgewerkte rechtstoestand ontstaan. De pensioenregeling is als het ware op de ontslagdatum dan wel de pensioendatum bevroren. Een wijziging van bestaande aanspraken is in uitzonderlijke situaties wel mogelijk. Zie ten aanzien van gewezen deelnemers ook hoofdstuk 3.

#### 5.5 Rol deelnemersraad en ondernemingsraad

Als het fonds een deelnemersraad in de zin van de PSW heeft, dan heeft de deelnemersraad een adviesrecht ten aanzien van de wijziging van reglementen. Dit adviesrecht is geregeld in artikel 6b, lid 1, sub b, PSW.

Volgens artikel 27, lid 1, WOR heeft de OR uitsluitend instemmingsrecht bij verzekerde pensioenregelingen, en niet bij regelingen die bij een ondernemingspensioenfonds zijn ondergebracht. Het ontbreken van een rol voor de OR vloeit voort uit de (tenminste) paritaire bestuurssamenstelling van het ondernemingspensioenfonds op grond van artikel 6, lid 2, PSW. De paritaire bestuurssamenstelling moet de medezeggenschap van de (gewezen) deelnemers garanderen.

Wel is het toekennen van aanvullende bevoegdheden van de OR mogelijk bij ondernemingsovereenkomst of bij (bedrijfstak) CAO, conform het bepaalde in artikel 32 WOR. Aanvullende bevoegdheden van de OR zijn regelmatig in de statuten van een fonds terug te vinden.

In geval van uitbreiding bij CAO gelden de uitgebreide bevoegdheden voor de OR van iedere onderneming die aan de CAO gebonden is. Een verdere uitbreiding van de binding aan CAO-afspraken kan worden verkregen door algemeenverbindendverklaring. Op grond van het Toetsingska-

der AVV zijn zogenoemde normatieve bepalingen in een CAO in elk geval vatbaar voor algemeen verbindend verklaring. Bepalingen die de bevoegdheid van de OR uitbreiden zijn waarschijnlijk van normatieve aard, aangezien dergelijke bepalingen zien op de rechten en plichten van werkgevers en werknemers ten opzichte van elkaar. Algemeenverbindendverklaring van bepalingen die de bevoegdheden van de OR uitbreiden is daarmee mogelijk. Wel zal er voor gewaakt moeten worden om de OR bevoegdheden te geven ten aanzien van de inhoud van de pensioenregeling; inhoudelijke regelingen betreffende pensioenen kunnen immers niet algemeen verbindend worden verklaard.

Bij het toekennen van aanvullende bevoegdheden aan de OR moet echter niet alleen naar de mogelijkheden van de WOR worden gekeken. De OR heeft niet zonder reden in beginsel geen rol toebedeeld gekregen. Het gevaar bestaat dat de aanvullende bevoegdheden van de OR op gespannen voet komen te staan met de rol van andere organen binnen en belanghebbenden buiten het fonds.

## 6 WIJZIGING VAN EEN BIJ EEN BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS ONDERGEBRACHTE PENSIOENREGELING

### 6.1 Inleiding

Nederland kent (nog) geen pensioenplicht. Iedere werkgever is in beginsel vrij om al dan niet een toezegging inzake pensioen te doen voor zijn werknemers en is vervolgens vrij om deze bij een uitvoerder naar keuze – een verzekeraar of pensioenfonds – onder te brengen. De Pensioenwet verandert niets op dit punt, maar benadrukt nog eens wie welke verantwoordelijkheden daarbij draagt. De werkgever die een toezegging doet, heeft als gevolg daarvan een pensioenovereenkomst met zijn werknemers en sluit voor de uitvoering daarvan een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenuitvoerder. De uitvoerder is slechts verantwoordelijk voor de uitvoering en heeft dus in beginsel niets te zeggen over de inhoud van de toezegging. Slechts bij de vertaling van de toezegging in een reglement kan dit iets anders zijn in die zin dat de uitvoerder (zoals al eerder vermeld) uiteraard ook zelf gehouden is aan wet- en regelgeving en dus niet – ook al zou een correcte vertaling van de toezegging daartoe nopen – een daarmee strijdig reglement mag opstellen en uitvoeren. Terugkoppeling naar de werkgever is dan noodzakelijk teneinde de pensioenovereenkomst aan te passen.

## 6.2 De gebonden werkgever

Van de vrijheid van de werkgever om al dan niet een pensioen toe te zeggen en de inhoud daarvan zelf – dan wel in afstemming met de werknemers of de OR – te bepalen, lijkt nauwelijks sprake te zijn indien men valt onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. De werkgever zegt niets toe, maar wordt geacht iets toe te hebben gezegd en wel de door sociale partners vastgestelde bedrijfstakpensioenregeling. Artikel 2, lid 1, sub a, PSW heeft het dan ook over toetreding tot een bedrijfstakpensioenfonds in tegenstelling tot het verbinden aan de onderneming van een ondernemingspensioenfonds (sub b) en het treffen van voorzieningen bij een verzekeraar (sub c). Desalniettemin geldt al het overige dat in de voorgaande hoofdstukken ter sprake is gekomen over het wijzigen van een pensioenregeling onverkort.

Omdat niet de individuele werkgever degene is die de inhoud van de pensioenregeling bepaalt, maar de sociale partners die het bedrijfstakpensioenfonds instandhouden, wordt in de Pensioenwet niet gesproken van een uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en bedrijfstakpensioenfonds maar van een uitvoeringsreglement dat wordt vastgesteld door de sociale partners en voor alle werkgevers gelijkkluidend is. Momenteel geldt hetzelfde voor de financieringsovereenkomst die moet worden afgesloten tussen werkgever en ondernemingspensioenfonds, maar ontbreekt in de relatie tussen werkgever en bedrijfstakpensioenfonds.

De individuele werkgever bepaalt dus niets, niet wat betreft de inhoud van de regeling en niet wat betreft de uitvoering daarvan. Sociale partners stellen de arbeidsvoorwaarden vast voor de bedrijfstak, waaronder de inhoud van pensioenregeling. Zij richten een bedrijfstakpensioenfonds op en vragen de verplichtstelling aan en vervolgens vaardigen zij vertegenwoordigers uit hun eigen gelederen af om zitting te nemen in het bestuur. De onderliggende verhouding is echter hetzelfde als die bij een werkgever en zijn uitvoerder in de zin van een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar. Sociale partners bepalen de inhoud van de pensioentoezegging in het arbeidsvoorwaardenoverleg en het bestuur stelt het reglement vast als vertaling daarvan en is verantwoordelijk voor de uitvoering. De werkgever is vervolgens op grond van de verplichtstelling gehouden toe te treden tot het bedrijfstakpensioenfonds (eventuele mogelijkheden om dispensatie te verkrijgen daargelaten).

### 6.3 Wijzigingen bij een bedrijfstakpensioenregeling

Aan al hetgeen reeds in de vorige hoofdstukken ter sprake is gekomen, valt niets toe te voegen voor een bedrijfstakpensioenfonds. Ondanks de status aparte zoals hierboven omschreven, is ook dit een vorm van uitvoering als alle anderen wanneer het gaat om de inhoud van een pensioenregeling en de mogelijkheden om deze te wijzigen. Onverkort geldt dus alle wet- en regelgeving die daarop betrekking heeft.

## 7 NAWOORD

De notitie 'Hoofdpijnen voor een Nieuwe Pensioenwet' uit maart 2002 gaf aan dat de noodzaak om te komen tot een Pensioenwet ter vervanging van de huidige Pensioen- en spaarfondsenwet mede voortkwam uit de wens om een helder wettelijk kader te scheppen dat aansluit bij de huidige tijd en dat uitvoeringsproblemen zoveel mogelijk voorkomt. In lijn met deze gedachtegang zou het geen kwaad kunnen om een uiterst belangrijk aspect rondom pensioen – het wijzigen van een pensioenregeling – in de Pensioenwet de aandacht te geven die het verdient.