Pensioenrecht in beweging

Pensioenrecht in beweging

25 jaar Vereniging voor Pensioenrecht

Mr. E.K. Beckers FFP
Mr. K. Bitter
Mr. E.V.G. Bot MBA
Mr. drs. C.R. Boekkooi
Mr. R. Buijs
Mr. A.W. Cramer CPL
Mr. C.P.R.M. Dekker
Mr. W.C.M. Donner-Broersma
Mr. B.M.M. van der Goes
Mr. dr. R.M.J.M. de Greef
Mr. E.K.W. van Kampen
Mr. S.H. Kuiper
Mr. M.F. Lameris
Mr. A.G. van Marwijk Kooy
Mr. S.Y.Th. Meijer
Mr. dr. E. Schols-van Oppen
Mr. P. van der Ree-Reinking
Mr. drs. E.C.M. Rijken
Mr. R.J.M. Schreurs
Mr. W.P.M. Thijssen
Mr. A.T. Uçar
Mr. M.C. Witteman

Sdu Uitgevers
Den Haag

Omslag ontwerp: Villa Y, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Ivo Schouten, Amsterdam
Technische realisatie: TrendsCo

© Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2015

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 99 11
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op www.sdu.nl.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 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.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). 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. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoud

Voorwoord van het bestuur / 9

Voorwoord van de commissie van wijzen / 11

Het ontstaan van de Vereniging voor Pensioenrecht / 13

Deel 1 De verhouding tussen de werkgever en de werknemer / 17

1 Leeftijdsonderscheid en pensioen; een terugblik en een blik op de toekomst / 19

1 Inleiding / 21
2 Achtergrond en wetgeving / 22
3 Een terugblik: oordelen en uitspraken leeftijdsdiscriminatie door de jaren heen / 30
4 Een blik op de toekomst / 74
5 Conclusie / 98

2 Wijziging van pensioenregelingen / 101

1 Inleiding / 103
2 Mogelijkheden om pensioenregelingen te wijzigen / 104
3 De rol van compensatie / 121
4 Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 2, BW) / 123
5 Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258, lid 1, BW) / 124
6 De verhouding tussen art. 7:611 BW, art. 19 PW / art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW / 125
7 Afrondende opmerkingen / 126

Deel 2 De verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder / 129

3 Capita selecta uitvoering / 131

1 Inleiding / 134
2 Capita selecta uitvoering en uitvoeringsovereenkomst / 135
3 Uitvoering door een verzekeraar – capita selecta / 159
4 Uitvoering door een pensioenfonds – capita selecta / 182
5 Uitvoering door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (Bpf); geen premie – wel recht / 199
6 Nieuw FTK toekomstbestendig? / 229

4 Governance pensioenfondsen / 237

1 Inleiding / 240
2 Bestuursperikelen bij een gesloten pensioenfonds / 241
3 De norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW / 248
4 Versterking van het intern toezicht / 256
5 Bestuursmodellen en het algemeen pensioenfonds / 267
6 De Code Pensioenfondsen / 275
7 Governance van de uitbesteding / 283
8 Tot slot / 290

Deel 3 De verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer / 293

5 Pensioencommunicatie: elektronische informatie en toezicht / 295

1 Inleiding / 297
2 Wet pensioencommunicatie / 298
3 Toezicht / 301
4 Elektronische informatieverstrekking / 310
5 Slot / 321

6 Pensioen en scheiding / 325

1 Een kort historisch overzicht / 329
2 Reikwijdte en werking van de Wet VPS / 333
3 Pensioen en scheiding in eigenbeheersituaties / 348
4 Beschikbarepremieregelingen en lijfrenten bij scheiding / 364
5 Rechtspositie ongehuwden en gehuwden met koude uitsluiting bij (echt)scheiding / 371
6 Advisering en begeleiding bij scheiding / 380
7 Aanbevelingen en slotwoord / 386

Voorwoord van het bestuur

Het doet mij genoegen om als voorzitter van de Vereniging voor Pensioenrecht het voorwoord te mogen schrijven bij dit jubileumboek dat is uitgebracht ter gelegenheid van haar 25-jarig bestaan. Wanneer u dit leest is dat zilveren jubileum gevierd op 18 november 2015 met een prachtig jubileumcongres, waarbij deze bundel is gepresenteerd.

Volgens een goede traditie binnen onze vereniging is deze bundel geschreven voor en door de leden van onze bloeiende vereniging. Het bestuur dankt in het bijzonder de speciaal voor dit jubileumboek ingestelde 'commissie van wijzen' voor hun werkzaamheden. Die commissie bestond in alfabetische volgorde uit Kees-Pieter Dekker, Gerry Dietvorst, Louis Kuypers, Pieter de Lange, Emilie Schols en Rob Verjans. Ook de naam van 'onze' Marianne Zweers mag niet onvermeld blijven.

Het bestuur van de Vereniging is de commissie en de auteurs zeer erkentelijk voor hun vele werk bij deze bundel. Het is een kloek werk geworden met als titel: *Pensioenrecht in beweging*.

Oud-voorzitter Pieter de Lange vertelt in zijn bijdrage over de ontstaansgeschiedenis van de Vereniging.
De bundel is ingedeeld in drie thema's uit de gouden pensioendriehoek: (1) de verhouding tussen werkgever en werknemer; (2) de verhouding tussen werkgever en pensioenuitvoerder; en (3) de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer.

Inhoudelijk bevat de bundel een reeks onderwerpen die behoren tot de 'evergreens' van het pensioenrecht. In deel I worden leeftijdsdiscriminatie en pensioenwijziging belicht. Deel II zoomt in op de uitvoering door pensioenuitvoerders en de governance van pensioenfondsen. Deel III bevat beschouwingen over pensioencommunicatie en pensioen en scheiding. Die thema's worden besproken met een blik terug en een blik vooruit, zoals dat hoort bij een jubileumbundel.

De Vereniging kijkt niet alleen terug op de afgelopen 25 jaar. Het pensioenrecht blijft tenslotte in beweging. Aan een goed, toekomstbestendig pensioenstelsel blijft ook de komende 25 jaar behoefte bestaan. U kunt ervan op aan dat de Vereniging daaraan een bijdrage blijft leveren.

Namens het bestuur van de Vereniging voor Pensioenrecht,

de voorzitter,
Prof. mr. drs. Mark Heemskerk

Voorwoord van de commissie van wijzen

'*How time flies when you're having fun*.' Als er een gezegde van toepassing is op de ontwikkelingen die wij, als leden van de Vereniging voor Pensioenrecht, zo nauwlettend volgen, waar wij plezier aan beleven, maar wat ons ongetwijfeld ook grijze haren bezorgt, dan is het dit gezegde wel. Het pensioenrecht is namelijk wat ons als leden al 25 jaar lang bindt.

Hoe vier je dit jubileum op gepaste wijze? Binnen de commissie van wijzen[1] bestond daarover al snel consensus. Met een boek en een jubileumcongres. Maar wat moest de inhoud van het boek worden?

Met een kwarteeuw aan belangrijke ontwikkelingen was het niet moeilijk om de inhoud van het boek te bepalen. De keuze van de commissie viel op onderwerpen die de afgelopen 25 jaar op de een of andere manier hun stempel op het pensioenrecht hebben gedrukt en na 25 jaar nog steeds niets aan belang hebben ingeboet. Velen hadden zich bereid verklaard om een bijdrage te leveren, en 22 hebben een bijdrage geleverd. Het resultaat van maanden noeste schrijfarbeid ligt thans voor u.

Maar welke titel moet het boek krijgen? Als we terugblikken naar de afgelopen 25 jaar, het heden bezien en vooruitkijken naar wat de toekomst voor het pensioenrecht in petto heeft, dan blijkt dat verleden, heden en toekomst een gemene deler hebben: dynamiek, beweging. Er is geen kristallen bol voor nodig om te constateren dat de ontwikkelingen in het pensioenrecht de gemoederen nog danig bezig zullen houden, en daarmee is het voortbestaan van de Vereniging voor Pensioenrecht ook weer gegarandeerd. De titel moest deze dynamiek weerspiegelen.

Uiteindelijk heeft de commissie de aan haar opgedragen taak uitgebreid en ook de redactie van het boek ter hand genomen en de bijdragen gelezen, gekeurd, opnieuw gelezen en uiteindelijk samengebundeld in deze

1 De commissie van wijzen bestond uit: Kees-Pieter Dekker, Gerry Dietvorst, Louis Kuypers, Pieter de Lange, Emilie Schols en Rob Verjans.

jubileumbundel waarvan de titel de dynamiek van het pensioenrecht weerspiegelt. Met gepaste trots biedt de redactie dan ook bij deze de jubileumbundel aan:

Pensioenrecht in beweging
25 jaar Vereniging voor Pensioenrecht

Namens de commissie van wijzen,

Emilie Schols & Kees-Pieter Dekker

Het ontstaan van de Vereniging voor Pensioenrecht

Voor mij begint het verhaal eigenlijk ruim voor 1989, doordat ik namens Centraal Beheer afgevaardigd werd als docent voor een nieuwe BW-cursus. Dat was een door de gezamenlijke voorgangers van het huidige Verbond van Verzekeraars in het leven geroepen cursus, die toen op vrij korte termijn noodzakelijk leek. Dat speelde in 1981/1982 en het liep (achteraf gezien) nogal vooruit op de ontwikkelingen. Voorafgaand aan de uiteindelijke invoering van de relevante delen van het BW in 1992 werd de cursus dan ook opnieuw gegeven. Maar het gezelschap van docenten dat in 1981/1982 les kreeg bij het Ministerie van Justitie bracht mij o.a. in contact met de hoogleraar Leo Mok van het Verzekeringsinstituut en zijn medewerkers Han Wansink en Flip van Huizen. In 1982 vertelden zij en enkele andere deelnemers aan de cursus enthousiast over het ophanden zijnde wereldcongres van de AIDA (Association Internationale de Droit des Assurances) in Londen en daar mocht ik toen ook naar toe.

Want een van de hoofdthema's daar was: 'The principles which should govern the insurance of pensions'. En dat onderwerp sloot natuurlijk duidelijk aan bij mijn levensverzekerings- en pensioenomgeving bij Centraal Beheer. Tijdens dit congres werd de AIDA Working Group on Pensions formeel opgericht onder voorzitterschap van prof. Mok. Met Flip van Huizen als zijn rechterhand.
Het meest indruk makende voorval dat ik mij daar nu overigens nog van herinner was de voordracht van de Argentijnse prof. Moreno over hoe verkeerd Groot-Brittannië zat met de Islas Malvinas. Het was immers heel kort na de Falklandoorlog. Zijn verhaal verwekte dan ook nog al wat opschudding in dit gezelschap.

Toen er vier jaar later opnieuw een AIDA wereldcongres plaatsvond, nu in Budapest, was dat van groot belang voor het internationale bewustzijn over de relatie tussen pensioen en verzekering. Want de Working Group on Pensions kreeg toen pas echt inhoud. En ook deelnemers. AIDA was immers, en is dat tot op zekere hoogte nog steeds, primair gericht op schadeverzekering. Het bezoek aan Budapest was overigens ook op andere

wijze memorabel. Niet alleen heel kort na de ramp in Tsjernobyl, met de vraag of het wel verstandig was om daar naartoe te gaan, maar ook nog duidelijk achter het ijzeren gordijn. Met strenge grenscontrole in de trein en in de stad etalages met geen of enkele voorwerpen als front voor een bijna lege winkel. Behalve dan het eten en drinken en op de markt.
In het zich toen vormende gezelschap van internationaal geïnteresseerde pensioenjuristen speelden ook, en juist, enkele Britten een belangrijke rol. En die hadden al een Association of Pension Lawyers (APL) opgericht in 1984. Het vervolg op Budapest gaf dan ook aanleiding om in 1987 een pensioenbijeenkomst te organiseren door de AIDA Working Group en de APL gezamenlijk. Deze bijeenkomst was gekoppeld aan de jaarlijkse conferentie van de BILA (British Insurance Law Association). Er waren toen al zo'n 80 deelnemers uit 17 landen voor de pensioenbijeenkomst in Londen. Mijn inbreng bij deze conferentie bestond o.a. uit een voordracht over de Nederlandse regels bij pensioenemigratie. E.e.a. vond plaats in de nogal versleten aandoende zalen van University College. In ieder geval maakte ik mij, bij mijn verhaal tijdens een rondetafelbijeenkomst, vooral zorgen of ik niet door mijn fors krakende stoel zou zakken.

Overigens leidde deze heel boeiende bijeenkomst mede tot het tot stand komen van het *International Handbook on Pensions Law and Similar Employee Benefits*, onder regie van prof. Mok, uitgegeven in 1989. Enkele van de Nederlandse afgevaardigden, Marianne van Coeverden, Flip van Huizen, Erik Lutjens en ik, kwamen vervolgens op het idee: 'zoiets kunnen wij ook!' En wij vormden daarna het organisatiecomité voor The International Conference on Pensions in Apeldoorn in 1989. Ik had gelukkig Centraal Beheer bereid gevonden om het gebeuren financieel te sponsoren en om voor eventuele tekorten op te draaien. Maar dat laatste was gelukkig niet nodig.

Bij deze conferentie waren ruim 100 deelnemers aanwezig. In het programmaoverzicht presenteerde het Nederlandse organisatiecomité zich voor het eerst al als de Vereniging voor Pensioenrecht. Aanvankelijk dus in de vorm van een informele vereniging, want we organiseerden een congres en hadden dus 'body' nodig. Formeel zijn we dan ook pas iets later opgericht.

In ieder geval werden de welkomstspeeches namens de VP door Marianne van Coeverden en namens de Working Group door Leo Mok gegeven. Er kwam in mei 1989 een breed scala aan pensioenonderwerpen aan de orde: overheids- vs. privaatpensioen, toezicht, individuele pensioenregelingen,

bijzondere voorwaarden in een pensioenregeling (zoals een hertrouwclausule), de invloed van bedrijfsovernames, belastingheffing, pensioenoverdrachtmogelijkheden in relatie tot indexatie en overschotten en ten slotte de pensioenontwikkelingen binnen (toen nog) de EEG.
Veel van deze onderwerpen zullen nog steeds vertrouwd in de oren klinken.

In feite bracht deze conferentie vervolgens twee nieuwe verenigingen tot stand.
Op de eerste plaats 'onze' Vereniging voor Pensioenrecht. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de APL werd dat geen vereniging voor pensioenjuristen, maar een vereniging voor geïnteresseerden in het pensioenrecht. Na enige discussie over het voorzitterschap van de nieuwe vereniging kwam Erik Lutjens met het idee dat dat toch wel een hoogleraar zou moeten zijn. Leo Mok was al voorzitter van de Working Group van AIDA en daarom werd de inmiddels helaas overleden prof. De Leede, hoogleraar sociaal recht in Nijmegen, gevraagd als eerste voorzitter. De eerste bijeenkomsten van de VP werden gehouden in het GAK-gebouw in Utrecht. Pas later kwam AMEV/ASR in beeld.

Maar deze conferentie in Apeldoorn leidde ook tot het oprichten van IPEBLA, de International Pensions and Benefits Lawyers Association. Dus een vereniging die (in beginsel) wel uitsluitend openstaat voor juristen werkzaam in het pensioenveld.

Achteraf noemen wij Londen 1987 onze eerste IPEBLA-bijeenkomst en Apeldoorn 1989 de tweede, maar de eerste 'echte' bijeenkomst van deze vereniging (naar Nederlands recht), was in Cascais in Portugal in 1991. De IPEBLA-conferenties zijn vervolgens om de twee jaar gehouden.

De afgelopen 25 jaar hebben laten zien dat het heel nuttig is om met de geïnteresseerden in het pensioenrecht ideeën uit te wisselen en nieuwe ontwikkelingen te bespreken. Zo kregen we bijvoorbeeld al heel snel na de oprichting van de VP te maken met het Barber-arrest. John Cunliffe, de advocaat van de belanghebbende in die geruchtmakende zaak, was overigens een van de deelnemers in Londen en Apeldoorn en nauw betrokken bij de APL en IPEBLA.

Met een hele serie van publicaties heeft de VP een belangrijk deel van de lopende discussies en ontwikkelingen op pensioengebied steeds ook voor het nageslacht vastgelegd.

Zo werd bij het tienjarig bestaan van de VP als hoofdthema aandacht besteed aan de pensioenplicht. Maar dat is een van de weinige pensioenonderwerpen, waarvoor de aandacht inmiddels sterk verflauwd lijkt.

Al met al heeft deze VP-periode mij heel erg veel geleerd, maar ook erg veel plezier en afwisseling bezorgd. Ik hoop dan ook dat de vereniging zijn bij de oprichting door ons beoogde rol nog heel lang zal blijven vervullen.

Prof. dr. Pieter M.C. de Lange

Deel 1

De verhouding tussen de werkgever en de werknemer

1 *Leeftijdsonderscheid en pensioen; een terugblik en een blik op de toekomst*

Mevr. mr. W.C.M. Donner-Broersma
Mevr. mr. dr. E. Schols-van Oppen[2]

2 Cornelien Donner-Broersma CPL is werkzaam als advocaat bij Baker & McKenzie Amsterdam en is gespecialiseerd in pensioenrecht. Emilie Schols-van Oppen is pensioenjurist en directeur/eigenaar van Schols & de Lange.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

2 Achtergrond en wetgeving
2.1 Europese regelgeving met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van leeftijd
2.2 Nationale regelgeving met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van leeftijd
2.3 Direct en indirect onderscheid
2.3.1 Direct onderscheid
2.3.2 Indirect onderscheid

3 Een terugblik: oordelen en uitspraken leeftijdsdiscriminatie door de jaren heen
3.1 Commissie Gelijke Behandeling / College Rechten van de Mens
3.2 Overzicht oordelen over leeftijdsonderscheid Commissie / College
3.3 Toetredingsleeftijd
3.4 Deelname aan pensioenregeling na pensioengerechtigde leeftijd
3.5 Gematigde eindloonregeling
3.6 Beschikbarepremieregeling
3.6.1 Afgevlakte staffel
3.6.2 Afgeplatte staffel
3.6.3 Extra leeftijdscohort
3.6.4 (Vrijwillige) werknemerspremie
3.6.5 Kosteninhouding
3.7 Korting nabestaandenpensioen
3.8 Overgangsregelingen
3.9 Pensioenontslag
3.9.1 HvJ en pensioenontslag
3.9.2 Pensioenontslag voor pensioenleeftijd
3.9.3 Pensioenontslag per of na de pensioenleeftijd
3.10 Ouderenregelingen in sociale plannen
3.11 Seniorenregelingen

4 Een blik op de toekomst
4.1 De premiestelling in de pensioenregeling
4.1.1 Beschikbarepremiestaffels
4.1.2 De doorsneepremie
4.1.3 Bijdrage werkgever aan nettopensioen
4.1.4 Premiestelling in de toekomst
4.2 Doorbouw pensioen na AOW / pensioengerechtigde leeftijd
4.3 Pensioenontslag

Leeftijdsonderscheid en pensioen: een terugblik en een blik op de toekomst

1 INLEIDING

Ruim tien jaar geleden, tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid', ging men er in eerste instantie van uit dat de wet nauwelijks gevolgen zou hebben voor pensioenregelingen.[3] Slechts het automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst wegens pensionering vóór de 65–jarige leeftijd werd aan de orde gesteld. Pas in de Eerste Kamer werd geopperd dat er wellicht meer elementen in pensioenregelingen een verboden onderscheid op grond van leeftijd kunnen opleveren.[4] Na inwerkingtreding bleek al snel dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid veel impact op pensioenregelingen heeft. De Commissie Gelijke Behandeling (thans College voor de Rechten van de Mens) heeft inmiddels vele honderden oordelen gegeven over leeftijdsdiscriminatie op pensioengebied. Veel van deze oordelen riepen aanvankelijk weerstand op. Denk hierbij aan de procentuele werknemersbijdrage bij beschikbarepremieregelingen of de korting op nabestaandenpensioen. Uiteindelijk zijn de afgelopen tien jaar heel wat heilige pensioenhuisjes omver geworpen. De verwachting is dat het hier niet bij blijft. Als gevolg van uitspraken van het Europese Hof van Justitie alsmede de veranderende sociale en demografische omstandigheden is het de vraag of nu algemeen geaccepteerde vormen van leeftijdsonderscheid (zoals bijvoorbeeld leeftijdsafhankelijke staffels in een beschikbarepremieregeling of automatisch pensioenontslag) straks nog gerechtvaardigd zijn.

In dit hoofdstuk zullen wij eerst ingaan op de achtergrond van de nationale en internationale regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling op grond van leeftijd. Vervolgens blikken wij terug op de afgelopen tien jaar en geven wij een overzicht van de (inter)nationale jurisprudentie en oordelen betreffende leeftijdsonderscheid op diverse pensioenaangelegenheden. Tot slot kijken wij naar de toekomst waarbij wij nader ingaan op

3 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 170, nr. 3.
4 Kamerstukken I, 2003-2004, 28 170, nr. C.

de onderwerpen premiestelling bij pensioenregelingen, doorbouw van pensioen na pensioengerechtigde leeftijd en pensioenontslag, welke onderwerpen naar onze verwachting in de toekomst tot discussie zullen leiden. Gemakshalve zullen wij het Hof van Justitie EG en later EU hierna aanduiden als HvJ.

2 ACHTERGROND EN WETGEVING

2.1 *Europese regelgeving met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van leeftijd*

Het verbod tot het maken van onderscheid op diverse terreinen is internationaal verankerd in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en tal van internationale verdragen. Hierbij kan worden gedacht aan het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten[5] waarin de Universele Verklaring nader is uitgewerkt. Internationale verdragen hebben echter geen rechtstreekse werking.

In Europa is de Europese Gemeenschap van grote invloed geweest op de wetgeving op het terrein van gelijke behandeling. In 1957 was reeds in het EG-Verdrag de bepaling opgenomen[6] dat vrouwen en mannen voor gelijke arbeid een gelijk loon dienen te krijgen. Naast dit verbod van onderscheid op grond van geslacht waren in het EG-Verdrag ook bepalingen opgenomen[7] die onderscheid verboden op grond van nationaliteit tussen burgers c.q. werknemers van lidstaten.

In 2009 zijn de Europese lidstaten, zoals overeengekomen in het Verdrag van Lissabon, toegetreden tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM)[8]. Bij die gelegenheid heeft tevens het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie[9] ('Handvest') een belangrijkere status gekregen. In art. 21 Handvest is een discriminatieverbod opgenomen. Leeftijd is een van de gronden ter zake waarvan discriminatie is verboden. Ook zijn er enkele Verordeningen die onderscheid (i.c. op grond van nationaliteit) verbieden. Het communautaire recht heeft rechtstreekse werking.[10]

---

5 *Trb.* 1978, 177.
6 In art. 119 EG-Verdrag, thans art. 157 VWEU.
7 Art. 18 en 45 VWEU.
8 *Trb.* 1951, 154.
9 *PbEG* 2000, C 364.
10 HvJ 5 februari 1963 (Van Gend en Loos), zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3.

Voorts is er vanuit Europa een groot aantal Richtlijnen geweest met betrekking tot gelijke behandeling. Richtlijnen van de Europese Unie verplichten de lidstaten tijdig hun nationale regelgeving aan te passen aan het bepaalde in de Richtlijn.[11] Richtlijnen hebben geen horizontale werking. Niettemin kan een Richtlijn horizontale effecten hebben indien een Richtlijn onjuist of niet tijdig is geïmplementeerd en de bepalingen uit deze Richtlijn voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.[12] In dat geval kunnen (rechts)personen tegenover de lidstaten een beroep doen op de onverbindendheid van nationale regelgeving.[13]

Met betrekking tot de grond leeftijd is de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep[14] van belang. Verschil in behandeling op grond van leeftijd is op grond van de Richtlijn niet toegestaan. In de considerans is opgenomen dat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd een fundamenteel element vormt om doelstellingen op het gebied van werkgelegenheid te realiseren en diversiteit te bevorderen. Uit de considerans volgt echter ook dat een verschil in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn indien specifieke bepalingen dit vereisen die per lidstaat kunnen verschillen. Het is – aldus de considerans – van essentieel belang onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding, en discriminatie die verboden is.

In de Kaderrichtlijn zijn belangrijke uitzonderingen opgenomen op het verbod van onderscheid. Zo bevat het eerste lid van art. 6 van de Kaderrichtlijn de bepaling dat het lidstaten vrij staat te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien dit in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. In het tweede lid van art. 6 zijn

11 HvJ 14 januari 2010, zaak C-343/08 (Commissie/Tjechische Republiek), *PJ* 2010/60 met noot van Kuiper en Lutjens. Omzetting moet ook plaatsvinden indien een bepaalde praktijk in een lidstaat niet voorkomt.

12 HvJ 26 februari 1986, zaak 152/84 (Marshall), *Jur*. 1986, p. 723.

13 HvJ 26 februari 1986, zaak 152/84 (Marshall), *Jur*. 1986, p. 723; HvJ 26 september 2000, zaak C-433/98 (Raad/Losch), *Jur.* 2000, p. I-7535; HvJ 26 september 2013, zaak C-476/11 (Danmark/Experian), *PJ* 2013/176.

14 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303.

specifieke uitzonderingen opgenomen waar het pensioenregelingen (in de tweede pijler) betreft. Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd geldt ten aanzien van de pensioenvoorziening niet voor de toetredingsleeftijd en de pensioenleeftijd. En evenmin voor het hanteren van verschillende toetredingsleeftijden en pensioenleeftijden en – in het kader van die regelingen – het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningselementen.

Naast de Kaderrichtlijn gelijke behandeling bevat ook de Mobiliteitsrichtlijn[15] een bepaling met betrekking tot onderscheid op grond van leeftijd. In art. 4 van deze Mobiliteitsrichtlijn is de bepaling opgenomen dat indien voor de verwerving van pensioen een minimumleeftijd is opgenomen, deze leeftijd niet lager mag zijn dan 21 jaar.

2.2 *Nationale regelgeving met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van leeftijd*

In de Nederlandse wetgeving is het algemene beginsel van gelijke behandeling opgenomen in art. 1 van de Grondwet. Dit artikel verbiedt discriminatie op een aantal met name genoemde gronden. De grond leeftijd is hierbij niet specifiek opgenomen. Dat laat echter onverlet dat art. 1 Grondwet niet alleen discriminatie ten aanzien van de genoemde gronden verbiedt, maar tevens discriminatie 'op welke grond dan ook'.

Specifieke wetgeving op het terrein van gelijke behandeling is opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling ('AWGB') uit 1994[16] en een aantal afzonderlijke gelijkebehandelingswetten. In de AWGB is onderscheid tussen personen verboden op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. De grond leeftijd is niet opgenomen in de AWGB.

Ter implementatie van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling is het verbod van onderscheid op grond van leeftijd opgenomen in de Wet gelijke be-

15 Richtlijn 2014/50/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers tussen de lidstaten door het verbeteren van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, *PbEU* 2014, L 128. De richtlijn moet voor 21 mei 2018 zijn geïmplementeerd.

16 Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230, zoals laatstelijk gewijzigd op 24 november 2011, *Stb*. 2011, 573.

handeling op grond van leeftijd bij de arbeid ('WGBL').[17] Deze wet is in werking getreden op 1 mei 2004.[18] In art. 7 WGBL is als algemene uitzondering op het verbod van onderscheid opgenomen:

- een onderscheid dat gebaseerd is op een wettelijk vastgelegd beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën;
- een onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van het dienstverband bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of van een bij wet of tussen partijen overeengekomen hogere pensioenleeftijd;
- een onderscheid dat anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De redactie van art. 7 WGBL wijkt af van het eerste lid van art. 6 Kaderrichtlijn. Materieel lijkt er evenwel geen verschil.

Naast de algemene uitzonderingen op het verbod van onderscheid zijn in de WGBL specifieke uitzonderingen opgenomen op het verbod van onderscheid bij pensioenen. Art. 8, lid 2, WGBL bepaalt dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op de toetredingsleeftijd, de pensioengerechtigde leeftijd, evenals op de vaststelling van verschillende toetredingsleeftijden en verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers. In art. 8, lid 3, WGBL is bepaald dat bij pensioenen het verbod van onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen waarbij met de leeftijd rekening wordt gehouden.

De redactie van art. 8 WGBL wijkt af van het tweede lid van art. 6 Kaderrichtlijn. En wel in die zin dat de uitzondering op het verbod van onderscheid apart van toepassing is verklaard op actuariële berekeningen. Materieel is er op dit punt wel een verschil met het in de Kaderrichtlijn bepaalde. Een en ander kwam duidelijk naar voren in het arrest Kristensen.[19] Zie hieromtrent uitgebreid paragraaf 3.1.

Bepalingen met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de pensioenvoorziening beperken zich niet tot de WGBL. Ook

17 Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30, zoals laatstelijk gewijzigd op 24 november 2011, *Stb.* 2011, 573.
18 Besluit van 23 februari 2004, *Stb.* 2004, 90.
19 HvJ 26 september 2013, zaak C-476/11 (Danmark/Experian), *PJ* 2013/176.

in de Pensioenwet ('PW')en de Wet verplichte beroepsregeling ('WVB') zijn bepalingen dienaangaande opgenomen. In art. 8, lid 5, PW is bepaald dat wanneer de werkgever aan een of meer werknemers een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, deze werkgever het doen van een aanbod aan een andere werknemer niet achterwege mag laten vanwege het feit dat die werknemer een bepaalde leeftijd nog niet heeft bereikt, tenzij de werknemer jonger is dan 21 jaar of als het een tijdelijk ouderdomspensioen[20] betreft. In art. 14 PW en art. 22 WVB is bepaald dat de verwerving van pensioen uiterlijk begint op de 21-jarige leeftijd of de latere datum van indiensttreding. Ook in beide laatste artikelen is een uitzondering opgenomen voor de situatie dat het een tijdelijk ouderdomspensioen betreft. De formulering in de PW en WVB wijkt af van het bepaalde in de Mobiliteitsrichtlijn. In die richtlijn is geen uitzondering opgenomen voor het tijdelijk ouderdomspensioen. De PW en WVB lijken op dit punt derhalve strijdig met de Mobiliteitsrichtlijn. Deze Mobiliteitsrichtlijn moet in mei 2018 zijn geïmplementeerd in nationale wet- en regelgeving.

2.3 *Direct en indirect onderscheid*

In de gelijkebehandelingswetgeving wordt onderscheid op een aantal gronden verboden. Daarbij kan een verschil worden gemaakt tussen direct en indirect onderscheid.

2.3.1 *Direct onderscheid*

Van direct onderscheid is sprake wanneer iemand op een bepaalde grond ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Het moet derhalve gaan om een (nadelig) verschil in behandeling op een bepaalde grond bij vergelijkbare situaties.

Bij direct onderscheid wordt nadrukkelijk onderscheid gemaakt op een bepaalde grond. Direct onderscheid komt in pensioenregelingen veel voor. Zo kwam het in het (niet eens zo heel verre) verleden voor dat vrouwen niet mochten deelnemen aan de pensioenregeling of dat voor vrouwen een afwijkende opnameleeftijd gold. Doorgaans was in die tijd

20 Een ouderdomspensioen dat uitsluitend voorziet in een uitkering tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in art. 7a, eerste lid van de Algemene Ouderdomswet, of het bereiken van de pensioenleeftijd voor het levenslange ouderdomspensioen.

voor mannen in de pensioenregeling voorzien in een weduwepensioen, maar was voor vrouwen geen weduwnaarspensioen opgenomen voor de echtgenoot van de vrouw. Dit soort expliciet onderscheid op grond van geslacht komt thans in pensioenregelingen niet meer voor. Nog steeds komt direct onderscheid op grond van leeftijd veelvuldig voor in pensioenregelingen. Bijvoorbeeld met betrekking tot een toetredingsleeftijd en de pensioenleeftijd.

Direct onderscheid is altijd verboden, tenzij er in de wet een uitzondering is opgenomen voor het onderscheid. In de vorige paragraaf is aangegeven welke uitzonderingen op het verbod van onderscheid zijn opgenomen in de WGBL.

2.3.2 *Indirect onderscheid*

Naast direct onderscheid bestaat er ook indirect onderscheid. Bij indirect onderscheid wordt niet rechtstreeks verwezen naar een van de verboden gronden. In de Kaderrichtlijn gelijke behandeling wordt onder indirecte discriminatie verstaan:

'wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'

Een voorbeeld van indirect onderscheid op grond van geslacht is de uitsluiting van deeltijdwerkers van deelname aan de pensioenregeling. Dat kwam in het verleden – voordat dit onderscheid in de pensioenwetgeving werd verboden – in veel pensioenregelingen voor. Bij de uitsluiting van deeltijdwerkers wordt geen direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht. Er wordt ook niet naar die grond verwezen. Het zijn over het algemeen echter vrouwen die in deeltijd werken en daardoor ondervinden zij nadeel van de bepaling. Daarom is er sprake van indirect onderscheid. Het HvJ stelde dit vast in het arrest Bilka.[21]

Ook kan het toepassen van uitsluitingen in een pensioenregeling indirect discriminerend zijn. Weliswaar is het in beginsel toegestaan bepaalde categorieën werknemers uit te sluiten van deelname aan de pensioenre-

21 HvJ 13 mei 1986, zaak-170/84 (Bilka), *Jur*. 1986, p. 1607.

geling,[22] maar wanneer dat tot gevolg heeft dat een bepaalde groep (die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd) hierdoor nadeel ondervindt, kan er sprake zijn van indirect onderscheid.

Indirect onderscheid is soms betrekkelijk eenvoudig vast te stellen, maar dat is zeker niet altijd het geval, omdat het bij indirect onderscheid vaak gaat om automatismen en ingesleten patronen die in veranderde omstandigheden voor bepaalde groepen nadelig kunnen zijn. Zo zou betoogd kunnen worden dat de toepassing van een eindloonregeling in het nadeel is van jongere werknemers. In een eindloonregeling wordt bij iedere salarisverhoging het pensioen dat in het verleden is opgebouwd opgetrokken naar het nieuwe salarisniveau (backservice). Het is aannemelijk te veronderstellen dat de backservice die jongere werknemers ontvangen doorgaans vele malen lager zal zijn dan de backservice van oudere werknemers. Hierover is evenwel nog nimmer een procedure gevoerd.[23]

Eveneens zou betoogd kunnen worden dat het hanteren van een franchise indirect onderscheid op grond van leeftijd oplevert. Dit, omdat de laagbetaalde werknemer ten gevolge van het hanteren van een franchise ten opzichte van zijn inkomen procentueel minder pensioen opbouwt dan de hoger betaalde werknemer. Omdat onder laagbetaalde werknemers jongere werknemers ten opzichte van oudere werknemers oververtegenwoordigd zijn, zou de hantering van een franchise dus specifiek voor hen nadelig zijn.[24]

Om vast te stellen of sprake is van indirect onderscheid moet worden nagegaan of de bepaling, maatstaf of handelwijze een bepaalde groep in het bijzonder benadeelt. In het arrest Seymour[25] wordt als prejudiciële vraag aan het HvJ voorgelegd wat het juridische criterium is om te bepalen

22 Zie het Parallel Entry-arrest, HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

23 In het verleden zijn wel zaken gevoerd in verband met het mogelijk indirect discriminerende effect op grond van geslacht. Eindloonregelingen zijn door de backserviceverhogingen vooral gunstig voor de werknemer die onafgebroken deelneemt aan de pensioenregeling en voor de werknemer die flink carrière maakt. Dat voordeel is er niet voor de werknemer die, bijvoorbeeld om zorgtaken te verrichten, tijdelijk de arbeidsmarkt verlaat en voor de werknemer met een vlakker carrièreverloop. Het is aannemelijk dat in die laatste categorieën juist vrouwen oververtegenwoordigd zijn. De Commissie oordeelde evenwel dat van onderscheid geen sprake was. (CGB 15 augustus 2003, 2003-117).

24 E. Schols-van Oppen, *De franchise in pensioenregelingen,* Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2009 (diss.).

25 HvJ 9 februari 1999, zaak C-167/77 (Seymour), *Jur*. 1999, p. I-623, r.o. 58.

dat een maatregel vrouwen en mannen dermate ongelijk behandelt dat sprake is van indirecte discriminatie. Het Hof stelt dat *wanneer moet worden vastgesteld of er sprake is van indirecte discriminatie, eerst moet worden nagegaan of een maatregel als de litigieuze bepaling voor vrouwelijke werknemers ongunstiger gevolgen heeft dan voor mannelijke werknemers.*

Het Hof geeft daarbij aan dat er een vergelijking moet worden gemaakt op basis van percentages. Er moet in de zaak worden beoordeeld of een aanzienlijk kleiner percentage vrouwelijke werknemers dan mannelijke werknemers aan de gestelde voorwaarde kan voldoen.[26] Ook kan er sprake zijn van indirect onderscheid als het verschil weliswaar niet erg groot is, maar wel vrij constant is.[27] Indien er een aanzienlijk verschil is of een minder aanzienlijk, maar wel vrij constant verschil, moet worden aangenomen dat sprake is van indirect onderscheid. Dit onderscheid is verboden, tenzij de bepaling gerechtvaardigd is door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie en het middel tevens geschikt is en noodzakelijk.

2.3.3 *Objectieve rechtvaardiging*

Indirect onderscheid is zoals hiervoor aangegeven niet toegestaan, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. Bij de grond leeftijd is als wettelijke uitzondering opgenomen dat het verbod van onderscheid (ook als het direct onderscheid betreft) niet van toepassing is indien het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.[28]

Met name het Europese Hof van Justitie heeft invulling gegeven aan het begrip objectieve rechtvaardiging. De objectieve rechtvaardiging bestaat uit een tweetal toetsen. De eerste toets is dat moet worden nagegaan of het doel legitiem is. Het doel is legitiem als aan het nagestreefde doel iedere discriminatie vreemd is en het doel beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de onderneming of aan een doelstelling van sociaal beleid van de overheid. Uitsluitend budgettaire overwegingen kwalificeren niet als een legitiem doel. Ongelijk behandelen met als enige reden dat gelijke behandeling te kostbaar is, legitimeert niet. Wel kunnen budgettaire overwegingen meespelen bij de beoordeling van de legitimiteit van het doel. De tweede toets houdt in dat moet worden beoordeeld of het middel

26 HvJ 9 februari 1999, zaak C-167/77, r.o. 59.
27 HvJ 9 februari 1999, zaak C-167/77, r.o. 61.
28 Veldman maakt hierop enige nuanceringen. A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/1.

geschikt is om het doel te bereiken en of het middel daartoe tevens noodzakelijk is.[29]

Pas wanneer alle deelvragen inzake de rechtvaardiging doorlopen zijn, kan worden beoordeeld of het middel objectief gerechtvaardigd is.

3 EEN TERUGBLIK: OORDELEN EN UITSPRAKEN LEEFTIJDSDISCRIMINATIE DOOR DE JAREN HEEN

3.1 *Commissie Gelijke Behandeling / College Rechten van de Mens*

De Commissie Gelijke Behandeling (Commissie) is in 1994 ingesteld op grond van art. 11 AWGB. Destijds was het instellen van een dergelijke commissie een vrije keuze van Nederland. Thans is het instellen van een dergelijk orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling verplicht volgens de EG-richtlijn ter bestrijding van rassendiscriminatie.[30] De Commissie hield zich bezig met het bevorderen van gelijke behandeling en de bestrijding van discriminatie. Bij de inwerkingtreding van de WGBL kreeg de Commissie op grond van art. 14 WGBL – en de artikelen van de AWGB die in de WGBL van overeenkomstige toepassing werden verklaard – ook de bevoegdheid zelfstandig te onderzoeken of er onderscheid werd gemaakt. Indien een verzoek betrekking heeft op situaties die zich op of na 1 juni 2004 voordeden, acht de Commissie zich bevoegd daarover te oordelen.[31] Met de inwerkingtreding van de Wet College voor de rechten van de mens werd op 2 oktober 2012 het College voor de Rechten van de Mens ('College') gevormd. De Commissie ging hierin op, en hield daardoor op als zodanig te bestaan.

De gang naar de Commissie / het College is laagdrempelig, maar géén verplichte route. Het is aan de verzoeker om het pad naar de Commissie / het College of het pad naar de rechter te bewandelen. Uitspraken van de Commissie en het College zijn echter niet juridisch bindend. Dit betekent dat indien iemand het oordeel van de Commissie / het College weigert

29 S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v,* Sdu Uitgevers, Den Haag 2004, p. 85.

30 Richtlijn 2000/43/EG. Bovendien wordt ook in het verband van de Verenigde Naties en de Raad van Europa gepleit voor een onafhankelijk orgaan bij de naleving van mensenrechten. Zie hieromtrent meer in J.E. Goldschmidt en A.C. Hendriks (2003) 'Gelijkheid anno 2003: Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', *NJB*, 20 juni 2003, p. 1277-1284.

31 Commissie 2004-46, 2004-51 en 2004-52.

na te leven, alsnog de gang naar de rechter gemaakt zal moeten worden.[32] Vaak blijkt dit echter niet nodig, omdat na het oordeel van de Commissie / het College partijen alsnog tot een schikking komen. Waar de Commissie / het College alleen aan gelijkebehandelingswetten toetst, zal een rechter ook aan alle eventuele andere van toepassing zijnde wetten toetsen. Ook is de rechter niet gebonden om het oordeel van de Commissie / het College over te nemen. In dat geval zal de rechter echter wel ingevolge art. 121 GW dienen aan te geven waarom hij het oordeel niet overneemt.

Naast een toetsing achteraf kunnen regelingen ook vooraf ter toetsing aan de Commissie / het College worden voorgelegd. Pensioenverzekeraars hebben hiervan in de eerste jaren na inwerkingtreding van de WGBL veel gebruik gemaakt en diverse voorgenomen pensioenregelingen vooraf ter toetsing aan de Commissie voorgelegd.

3.2 *Overzicht oordelen over leeftijdsonderscheid Commissie/College*

Vanaf de inwerkingtreding van de WGBL op 1 mei 2004 was de Commissie ook bevoegd om over vermeend leeftijdsonderscheid te oordelen. Al vanaf het begin riep de WGBL vele vragen op in de samenleving. In welke situaties mogen leeftijdsgrenzen wel en niet worden gehanteerd? Waarom zijn leeftijdsgrenzen in sommige gevallen niet gerechtvaardigd? Dit kwam ook tot uitdrukking in het aantal verzoeken dat aan de Commissie is voorgelegd. In 2004 ging meer dan een kwart van alle verzoeken over leeftijdsdiscriminatie.[33] Veel van deze verzoeken betroffen leeftijdseisen bij werving en selectie, gestelde leeftijdsgrenzen in pensioenregelingen en de zogenoemde seniorenregelingen in CAO's. Het aantal vragen over leeftijdsonderscheid steeg de daaropvolgende jaren.

In 2009 heeft de Commissie naar aanleiding van een evaluatie van de WGBL aangegeven dat de WGBL in het algemeen hanteerbaar is, maar de grond leeftijdsonderscheid niet makkelijk toepasbaar is. Dit, omdat leeftijdsonderscheid niet bij voorbaat verdacht is en bovendien dynamisch is.[34] Leeftijd is weliswaar een persoonsgebonden kenmerk, maar in tegen-

---

32 Overigens kan de Commissie ook in rechte vorderen dat een gedraging die in strijd is met de WGBL onrechtmatig wordt verklaard dan wel wordt verboden, of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken (art. 14 WGBL jo. art. 13 Wet College voor de rechten van de mens).

33 Jaarverslag CGB 2004, p. 15.

34 *WGBL, geen symboolwetgeving*, evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2004-2008), CGB-advies/2009/05, februari 2009, p. 33-35.

stelling tot andere kenmerken is het géén vast kenmerk; iedereen kan op enig moment met bepaalde leeftijdsgebonden voor- of nadelen in aanraking komen. Dat betekent dat men naar het oordeel van de Commissie ten aanzien van bepaalde verschillen genuanceerd moet toetsen. In dit kader houdt de Commissie bij de beoordeling van leeftijdsonderscheid in arbeidsvoorwaarden rekening met een zekere mate van solidariteit tussen de oudere en de jongere generatie.[35] Dit wordt overigens al enige tijd bekritiseerd. Heemskerk betoogt in dit verband dat de bevoordeling van een bepaalde leeftijdsgroep de solidariteit alleen maar onder druk kan zetten.[36]

Onderstaande tabel geeft een overzicht van het aantal oordelen van de Commissie over leeftijdsonderscheid gedurende de periode 2004 tot en met 2014.

Jaar	Oordelen m.b.t. leeftijd
2014	202
2013	235
2012	156
2011	151
2010	224
2009	105
2008	106
2007	134
2006	219
2005	208
2004	102

Hieronder gaan wij nader in op de oordelen van de Commissie en uitspraken van rechterlijke instanties ten aanzien van enkele pensioengerelateerde onderwerpen, zoals de gematigde eindloonregeling, de beschikbarepremieregeling, deelname aan een pensioenregeling na de pensioenleef-

35 A.W. van Leeuwen & M.B. de Witte-van den Haak, 'Leeftijd, overzicht van relevante oordelen 2009 over de grond leeftijd', in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009*, CGB 2010, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2009, p. 196.

36 M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, de gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties,* VU Expertisecentrum Pensioenrecht, Amsterdam 2005, p. 1.

tijd, overgangsregelingen, pensioenontslag, ouderenregelingen in sociale plannen en seniorenregelingen.

3.3 *Toetredingsleeftijd*

In de WGBL is – in overeenstemming met de Kaderrichtlijn – een specifieke uitzondering op het maken van leeftijdsonderscheid opgenomen met betrekking tot het hanteren van een toetredingsleeftijd voor pensioenregelingen. Daarbij is de vraag wat exact verstaan moet worden onder een toetredingsleeftijd. Conform de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WGBL houdt een toetredingsleeftijd in dat een werknemer pas kan deelnemen aan de pensioenvoorziening vanaf het moment dat hij de toetredingsleeftijd heeft bereikt.[37]

In 2005 oordeelde de Commissie over het aanbieden van een FPU-plusregeling.[38] Deze regeling was toegankelijk voor oudere werknemers en bewerkstelligde dat er voor de oudere werknemer bij het aanstaande ontslag een voorziening was. Opmerkelijk genoeg kwalificeert de Commissie het vertrekarrangement als een pensioenregeling en oordeelt dat de leeftijdsgrens die voor dit arrangement wordt gesteld aan te merken is als een toetredingsleeftijd.[39] Zo luidt ook het oordeel van Rechtbank Breda.[40] Beide uitspraken ontmoetten dan ook nogal wat kritiek.[41]

Op dit eerdere oordeel komt de Commissie echter terug in 2006.[42] Het betrof een zaak waarin er ten gevolge van de VPL-wetgeving[43] onderscheid werd gemaakt tussen werknemers ouder dan 55 jaar en jonger dan 55 jaar. De Commissie geeft aan dat de leeftijd van 55 jaar op 1 januari 2005 niet kan gelden als een toetredingsleeftijd in de zin van art. 8, lid 2, WGBL. Eigen aan een toetredingsleeftijd is, aldus de Commissie, dat in beginsel iedere deelnemer de in de desbetreffende regeling gehanteerde leeftijd kan bereiken en alsdan aanspraak aan de pensioenregeling kan ontlenen.

---

37 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 37.
38 CGB 30 september 2005, 2005-178.
39 Dit is opmerkelijk omdat blijkens vaste jurisprudentie uitzonderingen op het verbod van onderscheid (zoals opgenomen in richtlijnen) restrictief dienen te worden uitgelegd. Zie onder meer HvJ 26 september 2013, zaak C-546/11, *PJ* 2013/175.
40 Rechtbank Breda 24 augustus 2005, regnr. 05/357 AW.
41 E. Schols-van Oppen, 'Vertrekarrangement pensioen?', *Pensioen Actief* 2005-6; M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, de gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties,* VU Expertisecentrum Pensioenrecht, Amsterdam 2005, p. 17.
42 CGB 7 april 2006, 2006-62.
43 Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

Met het hanteren van een geboortejaar als peildatum zal de groep mensen die na die datum zijn geboren nooit kunnen toetreden, ongeacht de leeftijd die zij zullen bereiken. De Commissie stelt daarom vast dat de uitzondering van art. 8, lid 2, WGBL niet van toepassing is.

3.4 *Deelname aan pensioenregeling na pensioengerechtigde leeftijd*

Pensioenopbouw na de AOW-gerechtigde leeftijd of fiscale pensioenrichtleeftijd (thans 67 jaar) is in beginsel fiscaal toegestaan, mits de maximale grens van 100% van het pensioengevend loon niet wordt bereikt.[44] Uitstel van de pensioendatum is daarnaast fiscaal toegestaan tot vijf jaar na de pensioengerechtigde leeftijd bedoeld in art. 7a, lid 1, AOW.[45] De meeste pensioenregelingen voorzien echter niet in de mogelijkheid om pensioen door te bouwen na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd / fiscale pensioenrichtleeftijd. Andere pensioenregelingen kennen een maximumaantal dienstjaren voor het opbouwen van pensioen. Door het hanteren van een dergelijke uitsluiting of maximumaantal dienstjaren wordt onderscheid naar leeftijd gemaakt. Het is de vraag of een dergelijk onderscheid is toegestaan.

Voor zover ons bekend is er slechts een enkel oordeel gepubliceerd over de vraag of deelname aan een pensioenregeling kan worden uitgesloten nadat een bepaalde leeftijd is bereikt. In 2010 werd de Commissie verzocht een dergelijke situatie te beoordelen.[46] Een docent was op zijn pensioengerechtigde leeftijd gestopt met werken en kort daarna weer in dienst getreden bij een andere werkgever. De nieuwe werkgever weigerde de docent aan te melden voor de ABP-pensioenregeling. Volgens de werkgever is de ABP-pensioenregeling alleen verplicht voor werknemers die vóór hun 65e in dienst treden. Vrijwillige deelname aan de ABP-pensioenregeling zou wel mogelijk zijn, maar dan is de werknemer de volledige pensioenpremie verschuldigd en moet de werknemer zich binnen één jaar na indiensttreding aanmelden voor deelname. De Commissie overweegt dat het onderscheid tussen werknemers die in dienst zijn getreden vóór en ná hun 65e wordt gecreëerd door een bepaling in de Wet privatisering ABP. Het ABP-pensioenfonds is gehouden aan deze wettelijke bepaling. Derhalve is sprake van conflicterende rechtsplichten: de Wet privatisering ABP en de WGBL. Volgens de Commissie is het ABP-pensioenfonds ver-

44 Art. 18a, lid 4, onder 4°, Wet LB 1964.
45 Art. 18a, lid 4, onder 5°, Wet LB 1964.
46 CGB 2010-140 en 141.

plicht de Wet privatisering ABP na te leven en heeft het fonds daarbij geen keuzevrijheid. In dit verband oordeelt de Commissie dat het door het ABP-pensioenfonds gemaakte onderscheid op grond van leeftijd objectief gerechtvaardigd is. Dit is in lijn met eerdere oordelen waarbij de Commissie heeft geoordeeld dat als een verweerder onderscheid maakt door het naleven van wettelijke voorschriften, hem dit niet kan worden verweten en dat daarmee het onderscheid objectief gerechtvaardigd is.[47]

In par. 4.2 zullen wij nader ingaan op de vraag of uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling na de pensioengerechtigde leeftijd zonder objectieve rechtvaardigingsgrond, kwalificeert als een verboden onderscheid op grond van leeftijd.

3.5 *Gematigde eindloonregeling*

Het eerste oordeel van de Commissie op grond van de WGBL betrof een gematigde eindloonregeling.[48] In een gewone eindloonregeling wordt bij iedere salarisverhoging het in het verleden opgebouwde pensioen opgetrokken naar het nieuwe salarisniveau. In de betreffende eindloonregeling werkten individuele loonsverhogingen van werknemers van 57 jaar en ouder niet door in het reeds opgebouwde pensioen, maar hadden deze alleen effect voor de opbouw van pensioenaanspraken over toekomstige dienstjaren. De matiging bewerkstelligt dat een jonge (57-min) en een oudere (57-plus) werknemer met eenzelfde salarisontwikkeling die gedurende een gelijke periode deelnemen aan de pensioenregeling een verschil in pensioenresultaat hebben, omdat de oudere werknemer met de matiging wordt geconfronteerd. De werkgever voerde als doel aan dat hierdoor de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar zouden blijven. Volgens de Commissie was het doel niet legitiem, omdat de matiging slechts zelden werd toegepast en er dus kennelijk geen werkelijke behoefte was. Maar ook als de matiging wel vaker zou worden toegepast, dan overweegt de Commissie dat de matiging niet noodzakelijk is omdat er minder bezwaarlijke alternatieven zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het koppelen van een maximumhoogte van de pensioengrondslag aan een bepaalde functiegroep, het wijzigen van de eindloon- in een middelloonregeling vanaf een bepaalde salarisgrens of het enkel meenemen van salarisstijgingen tot een bepaald percentage. Ook in latere zaken oordeelde

47 CGB 2009-31, 2009-107 en 2009-108.
48 CGB 2004-46.

de Commissie steeds dat een dergelijke matiging in strijd is met de WGBL.[49]

In een andere zaak kreeg de Commissie op verzoek van een verzekeraar twee modellen ter vervanging van een gematigde eindloonregeling voorgelegd ter beoordeling.[50] Het eerste model betrof een zuivere eindloonregeling met volledige backservice voor deelnemers van alle leeftijden, waarbij derhalve geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Het tweede model betrof eveneens een eindloonregeling waarbij een volledige backservice geldt voor deelnemers die op 1 mei 2004 nog niet de leeftijd van 55 jaar hadden bereikt. Ten aanzien van deelnemers die op 1 mei 2004 de 55-jarige leeftijd al hadden bereikt, worden de pensioenaanspraken tot het 55e jaar vastgesteld op basis van de (laatste) pensioengrondslag voor het bereiken van de 55-jarige leeftijd. Pensioenaanspraken over de periode gelegen tussen het 55e jaar en 1 mei 2004 worden vastgesteld op basis van de gemiddelde pensioengrondslag. Over het pensioen dat is opgebouwd ná 1 mei 2004 wordt uitsluitend backservice verleend over de deelnemingsjaren sinds 1 mei 2004. De Commissie concludeert dat ten aanzien van model 2 onderscheid wordt gemaakt tussen deelnemers die op 1 mei 2004 jonger waren dan 55 jaar en deelnemers die op 1 mei 2004 55 jaar of ouder waren. Volgens de verzekeraar wordt beoogd om op eenvoudige wijze de pensioenregeling aan te passen aan de eisen van de WGBL, zonder dat werkgevers worden geconfronteerd met onvoorziene kosten in verband met loonsverhogingen ten aanzien van deelnemers die op 1 mei 2004 55 jaar en ouder waren. De Commissie oordeelt dat voor zover de verzekeraar model 2 aanbiedt aan werkgevers waar géén sprake is van loonstijgingen bij werknemers van 55 jaar of ouder, geen sprake is van een legitiem doel. Voor zover de verzekeraar model 2 aanbiedt aan werkgevers waarbij wél sprake is van loonstijgingen bij werknemers van 55 jaar en ouder, heeft de verzekeraar volgens de Commissie onvoldoende onderbouwd in welke situaties de onvoorziene kosten die model 2 tracht te voorkomen zullen leiden tot een disproportionele stijging van de kosten. In dit verband kan het gemaakte onderscheid niet objectief worden gerechtvaardigd, aldus de Commissie.

Voor zover ons bekend is een gematigde eindloonregeling tot op heden in Nederland nog niet aan een rechter voorgelegd. Op zichzelf is dit niet verwonderlijk, omdat tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL

49 Zie onder meer CGB 2004-122 en CGB 2005-145.
50 CGB 2005-215.

door de minister is aangegeven dat een dergelijke matiging zich niet verdraagt met de WGBL:

'De kans dat de rechter van mening is dat aansluiting bij leeftijd in gematigde/gemitigeerde eindloonregelingen geen noodzakelijk middel is om dit doel te bereiken, moet reëel worden geacht. Het doel kan namelijk ook bereikt worden door in plaats van aan te sluiten bij een bepaalde leeftijd, aan te sluiten bij een bepaald niveau van salarisstijgingen. Bijvoorbeeld door in de pensioenregeling op te nemen dat salarisstijgingen die meer dan x% boven de jaarlijkse CAO-loonstijging uitkomen niet meetellen voor de berekening van het pensioen. Op die manier wordt met een ander middel waarbij geen sprake is van onderscheid naar leeftijd, hetzelfde resultaat bereikt.'[51]

Ook De Nederlandsche Bank heeft geconcludeerd dat een objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid in gematigde eindloonregelingen niet eenvoudig kan worden gevonden.[52]

Overigens bevat de fiscale wetgeving nog steeds een knipbepaling.[53] Deze bepaling beoogt fiscale facilitering van pensioenpromoties te voorkomen.[54] Ten tijde van de parlementaire behandeling van de WGBL is aangegeven dat deze fiscale bepaling zich niet goed verhoudt tot de WGBL en dat wordt bezien of deze fiscale bepaling herzien moet worden.[55] Tot op heden heeft dit echter nog niet geleid tot aanpassing van deze fiscale bepaling en zijn fiscale en civiele wetgeving niet met elkaar in overeenstemming.

---

51 Kamerstukken I, 2003-2004, 28 170, nr. C, p. 4-5.

52 Brief DNB van 27 juli 2005.

53 Zo luidt art. 10b, lid 1, Uitv.besl. LB 1965: '(…) Voorzover over loonbestanddelen pensioen wordt opgebouwd volgens een eindloonstelsel komen loonstijgingen in de periode die aanvangt vijf jaar direct voorafgaande aan de in de pensioenregeling vastgestelde ingangsdatum in aanmerking tot ten hoogste 2 percent boven de gemiddelde loonindex voor de CAO-lonen per maand, inclusief bijzondere beloningen, zoals berekend door het Centraal Bureau voor de Statistiek, met dien verstande dat in elk geval in aanmerking komen loonstijgingen als gevolg van gangbare functiewijzigingen of gangbare leeftijdsperiodieken.'

54 Brief van 31 mei 2006, nr. DB06-116, Reactie op advies Adviescommissie fiscale behandeling pensioenen, p. 5.

55 Kamerstukken I, 2003-2004, 28 170, nr. C, p. 5.

3.6 *Beschikbarepremieregeling*

In Nederland is het de gewoonte dat de premie die wordt gehanteerd in een beschikbarepremieregeling stijgt met de leeftijd van de werknemer. Sinds 2000 worden door het Ministerie van Financiën voor beschikbarepremieregelingen fiscaal maximale leeftijdsstaffels met een naar leeftijd oplopend premiepercentage gepubliceerd in de Staffelbesluiten.[56] Deze staffels gaan uit van een middelloonambitie en een rekenrente van aanvankelijk 4% en sinds enige tijd ook 3%. Veelal worden deze fiscale staffels geheel of gedeeltelijk gevolgd in pensioenregelingen.

Op grond van art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn kunnen lidstaten bepalen dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen in ondernemings- of sectorale regelingen inzake sociale zekerheid géén discriminatie op grond van leeftijd oplevert, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL heeft de regering aangegeven dat zij van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt door opneming van art. 8, lid 3 in de WGBL. Dit artikel bepaalt dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. In dit verband heeft de regering het volgende overwogen:

'Bij de berekening van premies en koopsommen die nodig zijn om pensioenen te financieren wordt gebruik gemaakt van grondslagen van de actuariële techniek. Leeftijd vormt daarbij een belangrijke grondslag in de vorm van levens- en sterftekansen en de gemiddelde levensduur. De kosten van een pensioenvoorziening zijn mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. De opbouw van pensioen is duurder naarmate men ouder is, want hoe ouder men is hoe korter de ingelegde premies kunnen renderen, dus hoe hoger de premies moeten zijn om toch tot eenzelfde uitkomst voor alle deelnemers te kunnen komen.'[57]

Vervolgens werd tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL in de Eerste Kamer de bijzondere uitzonderingsgrond van art. 8, lid 3, WGBL nader toegelicht:

---

56 Het Staffelbesluit is een uitwerking van art. 18a, lid 3, Wet LB 1964, waarin is bepaald dat de premie actuarieel kan worden vastgesteld per leeftijdsklasse van ten hoogste vijf jaren.

57 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 38.

'Een beschikbare premie die voor iedereen gelijk is, ongeacht leeftijd, is toegestaan. De arbeidsvoorwaarde is immers de toegezegde premie en die is voor alle leeftijdscategorieën gelijk. Een gelijke premie, ongeacht leeftijd, heeft echter als consequentie dat er verschillen in pensioenaanspraken kunnen ontstaan, die voortvloeien uit de actuariële berekeningen: met het toenemen van de leeftijd zal voor de beschikbare premie minder pensioen kunnen worden ingekocht. Als de beschikbare premie bij het toenemen van de leeftijd cohortsgewijs toeneemt (afhankelijk is van de leeftijd derhalve) is dat op grond van artikel 8, derde lid van dit wetsvoorstel uitsluitend toegestaan als het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen. Dat wil zeggen dat verschil in premie is toegestaan indien daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt. Indien het verschil in premie niet is terug te voeren op dergelijke actuariële berekeningen valt een dergelijke beschikbarepremieregeling niet onder de uitzondering van artikel 8, derde lid.'[58]

De beschikbarepremieregeling heeft de afgelopen jaren veelvuldig in de belangstelling gestaan bij de Commissie en in de literatuur. Zo werd de Commissie verzocht te oordelen over gelijkblijvende en leeftijdsafhankelijke premies, afgevlakte premiestaffels en staffels op grond van 3% rekenrente alsmede (vrijwillige) werknemersbijdragen. De oordelen van de Commissie deden vervolgens heel wat stof opwaaien in de literatuur en de praktijk. Hieronder volgt een opsomming van enkele zaken die de revue zijn gepasseerd bij de Commissie.

3.6.1 *Afgevlakte staffel*

Ten aanzien van een beschikbarepremieregeling die voorzag in een afgevlakte staffel (dat wil zeggen een stijgende staffel die vanaf een bepaalde leeftijd niet of nauwelijks meer verhoogd wordt) heeft de Commissie geoordeeld dat de uitzondering neergelegd in art. 8, lid 3, WGBL hier niet van toepassing is, omdat deze afvlakking niet is terug te voeren op actuariële berekeningselementen.[59] Daarnaast kan het gemaakte onderscheid ook niet objectief worden gerechtvaardigd volgens de Commissie, omdat er een alternatief is: een procentuele verlaging van de staffel.

58 Kamerstukken I, 2003-2004, 28 170, nr. C, p. 3.
59 CGB 2004-142 en 2005-157.

3.6.2 *Afgeplatte staffel*

Daarentegen oordeelde de Commissie ten aanzien van enkele afgeplatte premiestaffels dat géén verboden leeftijdsonderscheid werd gemaakt.[60] Een afgeplatte staffel is een staffel waarbij gerekend is met een rekenrente van 3% die vervolgens procentueel wordt verlaagd, zodat het beginpunt van de staffel niet hoger is dan het beginpunt van de staffel uit het Staffelbesluit. Vanwege de lagere gehanteerde rekenrente stijgen deze staffels minder snel naarmate werknemers ouder worden.[61] Gelet op het feit dat verzekeraars op grond van de Actuariële Principes Leven van de Pensioen- en Verzekeringskamer hun tarieven dienen te baseren op een rekenrente van 3%, acht de Commissie het aannemelijk dat een rekenrente van 3% een voldoende realistisch karakter heeft. In dit geval is aannemelijk dat de berekeningen gebaseerd op een staffel met een rekenrente van 3% resulteren in beoogde pensioenaanspraken die gelijk zijn voor de verschillende leeftijdsgroepen. De staffel met een rekenrente van 3% is derhalve gebaseerd op actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden en eveneens wordt een pensioen beoogd dat gelijk is voor de verschillende leeftijdsgroepen. In dit kader overweegt de Commissie dat voldaan is aan de vereisten van art. 8, lid 3, WGBL, zodat een staffel met een rekenrente van 3% onder de uitzondering van dit artikel valt. Ten aanzien van de staffel met een rekenrente lager dan 3% merkt de Commissie op geen aanwijzingen te hebben dat een dergelijke rekenrente over een lange termijn reëel is. Dientengevolge achtte de Commissie het destijds niet aannemelijk dat met een staffel gebaseerd op een rekenrente van minder dan 3% de beoogde pensioenresultaten voor de verschillende leeftijdsgroepen gelijk zullen zijn. Een staffel met een rekenrente lager dan 3% valt volgens de Commissie dan ook niet onder de uitzondering van art. 8, lid 3, WGBL. Ten aanzien van de vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is, overweegt de Commissie dat het doel – het voorkomen van een versobering van de pensioenregeling en het bewerkstelligen dat pensioenregelingen qua kosten beheersbaar blijven – legitiem is. De verzekeraar heeft echter onvoldoende feiten aangevoerd die tot het oordeel kunnen leiden dat het middel geschikt is. Ten overvloede overweegt de Commissie vervolgens dat het middel niet noodzakelijk is, omdat de verzekeraar heeft aangegeven dat het doel ook kan worden bereikt met een staffel die is gebaseerd op een rekenrente van 3%.

---

60 CGB 2005-6 en 2005-7.

61 K. El Malki, 'De WGBL en beschikbare premie: een overzicht', *Pensioen Magazine* 2008/22.

3.6.3 *Extra leeftijdscohort*

Als gevolg van de inwerkingtreding van de PW in 2007 was het niet langer toegestaan een hogere leeftijdsgrens dan 21 jaar te hanteren voor het toetreden tot een pensioenregeling. Omdat in de praktijk de leeftijdsgrens vaak op 25 jaar was gesteld, moest er een extra leeftijdscohort worden toegevoegd aan de beschikbarepremiestaffel in de geldende pensioenregeling. Ten aanzien van een beschikbarepremieregeling waarbij voor alle werknemers een leeftijdsonafhankelijke beschikbare premie geldt (destijds 9,8%) met uitzondering van de categorie 21- tot 25-jarigen (destijds 8,1%) heeft de Commissie geoordeeld dat sprake is van een verboden onderscheid op grond van leeftijd.[62] Volgens de Commissie is het middel niet noodzakelijk, omdat de premie ook gesplitst kan worden in een fiscaal zuiver gedeelte van 8,1% en een fiscaal onzuiver gedeelte van 1,7%. Dat dit extra kosten en uitvoeringsproblemen met zich meebrengt, lijkt de Commissie niet mee te wegen.

3.6.4 *(Vrijwillige) werknemerspremie*

Direct na inwerkingtreding van de WGBL kreeg de Commissie van een verzekeraar ter voorafgaande toetsing drie modellen voorgelegd voor het vaststellen van de werknemerspremie in een beschikbarepremieregeling.[63] Model 1 betrof een toezegging van een beschikbare premie gebaseerd op een van de staffels uit het Staffelbesluit[64], waarbij de werknemerspremie werd vastgesteld op een bepaald percentage van de beschikbare premie. Bij model 2 werd eveneens een beschikbare premie beschikbaar gesteld gebaseerd op een percentage van een van de staffels uit het Staffelbesluit. Daarnaast hadden werknemers de mogelijkheid om op vrijwillige basis de beschikbare premie aan te vullen tot maximaal 100% van de staffel. Bij model 3 stelde de werkgever voor iedere werknemer een gelijk percentage van de pensioengrondslag als premie beschikbaar. Ook hier hadden werknemers de mogelijkheid om het pensioen vrijwillig aan te vullen tot maximaal 100% van de staffel. De verzekeraar is van mening dat de modellen geen leeftijdsonderscheid maken, omdat de specifieke uitzonderingsgrond van art. 8, lid 3, WGBL van toepassing is.

Volgens de Commissie zijn noch in de WGBL, noch in de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten te vinden waaruit blijkt dat de wetgever de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen

62 CGB 2008-70 en CGB 2007-146.
63 CGB 2004-51.
64 Besluit inzake beschikbarepremiestaffels van 28 april 2003, nr. CPP2003/308M.

brengen onder de uitzondering van art. 8, lid 3, WGBL. Dit betekent volgens de Commissie dat dit artikel overeenkomstig het bepaalde bij onderscheid op grond van geslacht geïnterpreteerd moet worden. Dit betekent dat uit de uitzonderingsregel van art. 8, lid 3, WGBL volgt dat enkel de beschikbare premie zélf naar leeftijd mag worden gedifferentieerd indien en voor zover deze differentiatie het gevolg is van het toepassen van actuariële berekeningselementen. De voorgelegde modellen vallen volgens de Commissie echter niet onder deze uitzonderingsbepaling, omdat met een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt en dit ongelijke beloning op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Met name voor oudere werknemers met een laag inkomen heeft de hogere werknemersbijdrage grote gevolgen volgens de Commissie. Vervolgens ging de Commissie na of het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. De verzekeraar gaf slechts in algemene zin aan dat het doel van het vragen van een werknemersbijdrage was gelegen in het op een aanvaardbaar niveau houden van de kosten van de pensioenregeling. De Commissie overwoog dat dit doel legitiem was en het middel geschikt. Het middel was volgens de Commissie echter niet noodzakelijk, omdat er een alternatief bestaat dat minder onderscheid maakt: het vaststellen van een werknemerspremie op een bepaald percentage van de pensioengrondslag. Wel zal dit alternatief mogelijk tot extra kosten voor de werkgever kunnen leiden. Dit oordeel werd later door de Commissie bevestigd.[65] Deze oordelen veroorzaakten heel wat discussie en leidden zelfs tot een brief van toenmalig minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid waarin de minister aangeeft dat de wetgever beoogd heeft de werknemersbijdragen onder de uitzondering van art. 6 van de Kaderrichtlijn te brengen.[66] Dit standpunt is ook tijdens de parlementaire behandeling van de PW bevestigd, waarbij toenmalig minister De Geus van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangekondigd bij

65 CGB 2004-52 en 2004-102.

66 Brief van 21 april 2005, Kamerstukken II, 2004-2005, 29 800 XV en 28 170, nrs. 71 en 82.

de komende Integratiewet Gelijke Behandeling de uitzondering voor actuariële berekeningselementen te verduidelijken.[67] [68]

Datzelfde jaar werden nog twee modellen voorgelegd aan de Commissie.[69] Het eerste betrof een pensioenregeling met een werknemersbijdrage van 40% van de gestaffelde premie. Ook nu oordeelde de Commissie dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage in een beschikbarepremieregeling niet onder de uitzondering van art. 8, lid 3, WGBL valt. Wat betreft de vraag of het gemaakte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd, gaf de verzekeraar specifiek de volgende doelen aan voor de leeftijdsgedifferentieerde werknemerspremie: (i) het binden van werknemers aan de werkgever, (ii) het voorkomen dat jongere werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw, (iii) het voorkomen dat oudere werknemers niet worden aangenomen / eerder moeten afvloeien en (iv) het minder snel afzien van een beschikbarepremieregeling als pensioenvoorziening door werkgevers.
Volgens de Commissie leidt ook dit model tot een verboden leeftijdsonderscheid. Wat betreft het eerste en tweede doel overweegt de Commissie dat het middel niet noodzakelijk is, omdat werknemers ook op een andere manier kunnen worden gebonden en een werkgever ook contractueel kan voorkomen dat werknemers afstand doen van deelname aan de pensioenregeling. Wat betreft het derde doel is de Commissie van oordeel dat het middel niet geschikt is, omdat het minder pensioenkosten maken voor oudere werknemers eveneens een benadeling van oudere werknemers betekent. Tot slot is de Commissie van mening dat het vierde doel onvoldoende zwaarwegend is.

Het tweede model betrof een vrijwillige beschikbarepremieregeling, ter aanvulling op een verplichte pensioenregeling, waarbij de werknemers de mogelijkheid hadden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel. Als doel van de regeling gaf de verzekeraar aan het be-

---

67 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 92. Zie hieromtrent ook: Commissie Gelijke Behandeling, *WGBL geen symboolwetgeving,* CGB, Utrecht 2009, p. 64.

68 In de toelichting op het concept wetsvoorstel 'Integratiewet Gelijke Behandeling' uit 2010 wordt eveneens aangegeven dat het verschil in premie juist het gevolg is van de actuariële berekeningen. Het kabinet geeft aan dat het niet is uit te leggen dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen (namelijk verschillende werknemersbijdragen) wel. Het wetsvoorstel bevat echter geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van art. 8 WGBL. Zie: http://www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb.

69 CGB 2004-174.

werkstelligen dat werknemers naarmate zij ouder worden voldoende mogelijkheden houden om door middel van vrijwillig bij te sparen tot een adequaat pensioen te komen. De Commissie is van oordeel dat dit doel legitiem en het middel passend is. Wat betreft de eventuele alternatieven voor dit model overweegt de Commissie dat met een leeftijdsonafhankelijke premie bij een vrijwillige aanvullende beschikbarepremieregeling dit doel niet kan worden bereikt. Ook een regeling (beschikbarepremie of middelloon) waarbij de premie en pensioenuitkering voor alle leeftijdsgroepen gelijk zouden zijn, zou volgens de Commissie een te groot beroep doen op de solidariteit tussen jonge en oude werknemers. Volgens de Commissie zijn er geen alternatieven voorhanden die minder onderscheid maken en zij acht het onderscheid dan ook objectief gerechtvaardigd.

Volledigheidshalve verwijzen wij ook nog naar het oordeel van de Commissie uit 2009.[70] Ook hier betrof het een leeftijdsgedifferentieerde werknemerspremie. Net als bij model 1 zoals hierboven beschreven gaf de werkgever aan dat het doel van de regeling was gelegen in het voorkomen dat de kosten van het werkgeversdeel van de premie zo hoog oplopen dat het (te) onaantrekkelijk wordt om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Daarnaast werd aangegeven dat gestreefd werd naar een pensioenvoorziening van een adequaat niveau. Net als in 2004 oordeelde de Commissie ten aanzien van het eerste doel dat het middel niet geschikt is om het doel te bereiken. Volgens de Commissie leidt het middel er slechts toe dat het ene nadeel met het andere wordt bestreden, terwijl overigens het werken tegen een lager loon dan jongere werknemers (vanwege de hoge inhouding voor pensioenpremies) niet als een stimulans kan worden gezien voor oudere werknemers om actief te blijven op de arbeidsmarkt. Voor zover werkgever met het doel niet beoogt het nadeel met betrekking tot de werkgelegenheid te beperken, maar het nadeel van werkgever zelf dat ontstaat als hij niet langer oudere werknemers in dienst kan nemen en houden, oordeelt de Commissie dat het middel – de sterk naar leeftijd oplopende werknemerspremie – disproportioneel is aan het doel. In dit verband merkt de Commissie op dat de werkgever niet verplicht is om zijn pensioenregeling op deze wijze, dat wil zeggen als een beschikbarepremieregeling, vorm te geven. Zij kan er ook voor kiezen een eind- of middelloonregeling te hanteren. Weliswaar zijn voor een werkgever de kosten van dergelijke regelingen minder beheersbaar dan bij een beschikbarepremieregeling, maar zij dekken meer risico's af

70 CGB 2009-89.

en leggen de risico's in mindere mate bij de werknemer. Als werkgever echter kiest voor een beschikbarepremieregeling, dan mag dit volgens de Commissie er niet toe leiden dat oudere werknemers in verhouding tot jongere werknemers een (fors) groter deel van hun inkomen aan de daarbij behorende premie kwijt zijn.

Wat betreft een regeling die voorzag in een pensioenpremiebijdrage naar anciënniteit oordeelde de Commissie dat eveneens een verboden onderscheid op grond van leeftijd werd gemaakt.[71] De regeling bestond uit een afnemend percentage van de werknemersbijdrage naarmate de werknemer langer in dienst was.[72] Doel van de regeling was het belonen van de inzet, betrokkenheid en toenemende vakbekwaamheid van de werknemers. Volgens de Commissie is dat doel legitiem en het middel passend. Er is echter een alternatief voorhanden dat tot minder onderscheid leidt, zoals bijvoorbeeld een periodieke loonsverhoging, prestatiebonus of arbeidsmarkttoeslagen.

Europese jurisprudentie en werknemerspremies
In 2013 heeft het HvJ zich ook uitgelaten over de toelaatbaarheid van leeftijdsafhankelijke staffels in het arrest Kristensen/Experian.[73] Het betrof hier een Deense beschikbarepremieregeling, waarbij de premie stapsgewijs oploopt al naar gelang de leeftijd. Voor werknemers jonger dan 35 jaar is de premie 9%, voor werknemers tussen de 35 en 45 jaar 12% en voor oudere werknemers 15%. Werknemers betalen een derde van de premie. Bij haar ontslag vordert de werkneemster (onder meer) achterstallige pensioenbijdragen, waarbij wordt uitgegaan van het percentage zoals dat geldt voor werknemers ouder dan 45 jaar. Het Deense Vestre Landsret[74] heeft het HvJ hieromtrent prejudiciële vragen voorgelegd. De tweede vraag behelst of de uitzondering in art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat het een lidstaat niet verboden is een rechtssituatie te laten voortbestaan waarin een werkgever de mogelijkheid heeft om

71 CGB 2004-141.
72 De pensioenbijdrage wijzigde iedere vijf deelnemingsjaren: de eerste vijf jaar droegen werkgever en werknemer ieder 50% van de pensioenpremie, de tweede vijf jaar betaalde werkgever 75% en werknemer 25% en vanaf tien deelnemingsjaren betaalde de werkgever de gehele pensioenpremie.
73 HvJ 26 september 2013, zaak C-476/11 (Danmark/Experian), *PJ* 2013/176. Zie in dit kader o.a. E. Schols, 'Leeftijdsafhankelijke staffels: wel of niet toegestaan?', *Pensioen Magazine* 2014-4; M.J. van de Poel, 'Leeftijdsonderscheid bij pensioenpremie en pensioenaanspraak aan banden gelegd', *TPV* 2013/50.
74 Het Hooggerechtshof in Westelijk Denemarken.

als onderdeel van de beloning leeftijdsafhankelijke pensioenbijdragen te betalen, mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Het Hof stelt allereerst vast dat de situatie valt onder de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn. Dit geldt meer in het bijzonder omdat het begrip beloning in de zin van art. 157, lid 2, VWEU alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura omvat, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van diens dienstbetrekking worden betaald. Dit is vastgesteld in het Barber-arrest uit 1990.[75] A-G Kokott geeft in zijn conclusie aan dat het in deze zaak weliswaar niet gaat om de uitbetaling van pensioen aan een gepensioneerde (zoals in de Barber-zaak) maar om de afdracht van pensioenbijdragen. Deze bijdragen moeten naar zijn oordeel ook als beloning worden aangemerkt. Het is, aldus Kokott, een bijdrage die rechtstreeks uit hoofde van de dienstbetrekking aan de werknemer wordt betaald als tegenprestatie voor de bij werkgever verrichte werkzaamheden. Het HvJ gaat hierin mee en stelt kortweg dat werkgeversbijdragen die in het kader van een pensioenregeling worden betaald, een huidig voordeel vormen in geld dat door de werkgever aan de werknemer wordt betaald wegens diens verrichte arbeid en dus een beloning zijn in de zin van art. 157 VWEU.

Na vastgesteld te hebben dat het gaat om een beloning in de zin van art. 157 VWEU, stelt het HvJ vast dat er in de pensioenregeling een verschil van behandeling is op grond van leeftijd. Vervolgens moet worden beoordeeld of dit verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd. In eerste instantie onderzoekt het HvJ of het verschil in behandeling een rechtvaardiging kan vinden in art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn. Indien dat het geval is, hoeft niet beoordeeld te worden of het verschil in behandeling evenredig is in de zin van art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn.

Het HvJ geeft aan dat de Kaderrichtlijn op het gebied van arbeid en beroep invulling geeft aan het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat beschouwd wordt als een algemeen beginsel van het recht van de Unie. Bovendien is het verbod van onderscheid op grond van leeftijd opgenomen in art. 21 Handvest. Nu art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op dit verbod van onderscheid, moet die bepaling restrictief worden uitgelegd.[76] In dit verband

75 HvJ 17 mei 1990, zaak C-262/88 (Barber), *Jur.* 1990, p. I-1889).

76 HvJ 12 januari 2010, zaak C-341/08 (Petersen), *Jur.* 2010, p. I-47; HvJ 4 juni 2002, zaak C-164/00 (Beckman), *PJ* 2002/99; HvJ 6 november 2003, zaak C-4/01 (Martin), *PJ* 2004/71; HvJ 26 september 2013, zaak C-546/11 (Toftgaard/Danmark), *PJ* 2013/175.

oordeelt het HvJ dat de uitzondering opgenomen in het tweede lid zo moet worden uitgelegd dat de algemeen door lidstaten op te nemen uitzondering (op het verbod van leeftijdsonderscheid) geldt voor toetredingsleeftijden en pensioenleeftijden. Het toepassen van leeftijdsafhankelijke criteria in de actuariële berekeningen is slechts als algemene uitzondering toegestaan indien en voor zover die leeftijdsafhankelijke criteria worden toegepast *in het kader* van het hanteren van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Het Hof stelt vast dat dit in de onderhavige situatie niet het geval is en dat dus geen beroep kan worden gedaan op de algemene uitzondering van art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn.[77]

Hoewel de verwijzende rechter formeel alleen een vraag gesteld heeft over de uitleg van het tweede lid van art. 6, geeft het HvJ aan dat dit het Hof niet belet om de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de zaak. In dat kader onderzoekt het HvJ of het gebruik van leeftijdsafhankelijke criteria gerechtvaardigd kan worden op grond van art. 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn. In het arrest Age Concern[78] is vastgesteld dat de doelstellingen die als 'legitiem' in de zin van die bepaling zijn te beschouwen: doelstellingen van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding. Het HvJ stelt vast dat bezien moet worden of het verschil in behandeling op grond van leeftijd in het kader van de nationale wetgeving een legitiem doel dient en het middel om dat doel te bereiken (in casu het hanteren van leeftijdsafhankelijke criteria) passend en noodzakelijk is. Vanuit de Deense regering (en Experian) wordt als legitiem doel aangevoerd dat met de hantering van progressieve bijdragen oudere werknemers die later in dienst komen toch nog in staat zijn een redelijk pensioenbedrag bijeen te sparen in een relatief korte periode. Bovendien stelt de progressiviteit jongeren in de gelegenheid (door hun lagere eigen bijdrage) over een groter deel van hun inkomen te kunnen beschikken. Tevens wordt aangevoerd dat het middel passend is omdat de kosten voor de dekking van het overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsrisico toenemen naarmate de leeftijd vordert en dat die hogere kosten door de hogere werkgeversbijdrage worden gecompenseerd. Met de overweging dat de lidstaten (en in

77 Het Hof wijkt hiermee overigens af van de conclusie van A-G Kokott d.d. 7 februari 2013.

78 HvJ 5 maart 2009, zaak C-388/07 (Age Concern), *Jur.* 2009, p. I- 01569; zo ook: HvJ 19 juni 2014, zaak C-501/12 t/m C-506/12, C-540/12 en C-541/12 (Specht e.a./Land Berlin) (nog niet gepubliceerd).

voorkomende gevallen sociale partners) een ruime beoordelingsmarge hebben om te bepalen met welke maatregelen een werkgelegenheidsbeleid moet worden verwezenlijkt, oordeelt het Hof dat de doelstelling legitiem kan zijn. Tevens oordeelt het Hof dat de maatregelen passend zouden kunnen zijn. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn maatregelen echter pas passend als de maatregel de beoogde doelstelling daadwerkelijk en op coherente en systematische wijze nastreeft. Dit moet – aldus het Hof – door de verwijzende rechter worden beoordeeld. Daarbij moet de verwijzende rechter ervoor waken dat de maatregel niet verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken. Bij dat oordeel moet de rechter tevens onderzoeken of de nadelige gevolgen van de ongelijke behandeling door voordelen in de pensioenregeling (in casu de lagere werknemersbijdrage voor jongeren) worden gecompenseerd.

3.6.5 *Kosteninhouding*

Speciale aandacht bij beschikbarepremieregelingen is ook nodig met betrekking tot de kosteninhouding die door de pensioenuitvoerder wordt toegepast. Daarbij is van belang onderscheid te maken tussen de periode vóór de inwerkingtreding van de PW en daarna.

Tot 1 januari 2007 was in art. 7a PSW geregeld dat de opbouw en financiering van pensioen (ten minste) evenredig in de tijd moet geschieden. Dit voorschrift gold voor iedere pensioenovereenkomst.[79] Gelet hierop was bij gebruikmaking van een fiscale staffel het toepassen van een hoge kosteninhouding in de aanvangsjaren van deelname aan de beschikbarepremieregeling wettelijk niet toegestaan.[80] Dit zou immers leiden tot een verminderde opbouw gedurende de aanvangsjaren. In beginsel verbiedt art. 7a PSW onevenredige kosteninhoudingen niet, mits de toepassing ervan leidt tot een tijdsevenredige opbouw.[81] Een onevenredige kosteninhouding is uitsluitend mogelijk indien een niet evenredige staffel wordt gehanteerd, in die zin dat de brutostaffel onevenredig is en de nettostaffel evenredig (waarbij dus in de brutostaffel de onevenredige kosteninhoudingen wordt gecompenseerd). Dit is overigens niet gebruikelijk en zal bovendien in fiscale zin problemen opleveren.

---

79 De PSW kende geen onderscheid tussen de verschillende typen pensioenovereenkomsten.

80 S.H. Kuiper & M. Heemskerk, 'Tijdsonevenredige kosten bij premieovereenkomsten verboden?', *Pensioen & Praktijk* 2007, nr. 7/8, p. 6-8.

81 HR 1 april 2011, *PJ* 2011/61; zie hieromtrent eveneens de Circulaire van de Verzekeringskamer van 20 december 2000, nr. 1.10 (2000-1250).

Bij de inwerkingtreding van de PW in 2007 was de wettelijke verplichting tot evenredige opbouw aanvankelijk beperkt tot uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten. Wat betreft het toepassen van kosteninhoudingen bij beschikbarepremieregelingen is vervolgens door de minister advies gevraagd aan de Commissie. In haar advies onderscheidt de Commissie een aantal verschillende situaties.[82] De Commissie acht géén onderscheid aanwezig indien de kosteninhouding is uitgedrukt in een vast percentage van de staffelvolgende premie. De nettopremie is dan immers staffelvolgend. Indien de kosteninhouding is uitgedrukt in een vast percentage van de pensioengrondslag heeft dit als effect dat de nettopremie niet meer staffelvolgend is, waardoor volgens de Commissie de uitzondering van art. 8, lid 3, WGBL niet van toepassing is. Toepassing van een vast percentage is dan alleen toegestaan indien hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond acht de Commissie evenwel onwaarschijnlijk. Hetzelfde geldt indien de uitvoeringskosten een vast bedrag zijn: ook dan is de nettopremie niet meer staffelvolgend en is de uitzondering van art. 8, lid 3, WGBL niet van toepassing. De Commissie concludeert dan ook dat bij staffelvolgende premies uitsluitend een kosteninhouding is toegestaan die is uitgedrukt in een vast percentage van de premie.[83]
Na het advies van de Commissie is op 1 augustus 2009 art. 17a PW in werking getreden. In dit artikel is bepaald dat het doorberekenen van kosten in een beschikbarepremieregeling evenredig in de tijd moet plaatsvinden.

3.7 *Korting nabestaandenpensioen*

Een aantal pensioenregelingen met een nabestaandenpensioen kennen een zogenoemde leeftijdskortingsregeling voor het partnerpensioen.[84] Een dergelijke regeling houdt in dat nabestaanden gekort worden op hun partnerpensioen wanneer er sprake is van een zeer groot leeftijdsverschil

82 Commissie Gelijke Behandeling, Briefadvies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 15 september 2008 (2008/09).

83 Dit kan zowel de 4%-staffel betreffen als de 3%-staffel, dan wel een percentage van deze staffels.

84 In nogal wat pensioenregelingen is de bepaling opgenomen dat het partnerpensioen met (bijvoorbeeld) 2,5% gekort wordt voor ieder jaar dat de partner meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer aan de pensioenregeling. In een aantal zaken is deze praktijk door het College aangemerkt als indirect onderscheid, de rechter oordeelde in enkele gevallen anders. Zie hieromtrent uitgebreid de noot van W. Thijssen bij College voor de Rechten van de Mens 15 december 2011, 2011/199, *PJ* 2012/46.

tussen de partners. Redenen voor het opnemen van een leeftijdskortingsregeling is het voorkomen van misbruik van een pensioenregeling door zogenoemde 'sterfbedhuwelijken' en het voorkomen dat er een te groot beroep wordt gedaan op de solidariteit binnen de pensioenregeling. Het toepassen van een leeftijdskortingsregeling roept echter de vraag op of onderscheid naar leeftijd en/of geslacht wordt gemaakt. Wij beperken ons hier tot het onderscheid op grond van leeftijd.

In 2007 kreeg de Commissie de vraag voorgelegd of een leeftijdskortingsregeling in een pensioenregeling in strijd was met het verbod op het maken van leeftijdsonderscheid.[85] In de betreffende pensioenregeling was een korting opgenomen voor nabestaandenpensioen indien het leeftijdsverschil tussen de partners meer dan tien jaar bedroeg. Doel van de leeftijdskortingsregeling is volgens verweerster het beperken van de mate van solidariteit tussen de deelnemers in de regeling. De Commissie achtte zich echter niet bevoegd om over het verzoek te oordelen, omdat de volledige pensioenopbouw had plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de WGBL en deze wet geen terugwerkende kracht heeft. In 2011 constateerde de Commissie wél dat toepassing van de leeftijdskortingsgrens onderscheid naar leeftijd maakt.[86] Dit, omdat naarmate een deelnemer aan de pensioenregeling ouder is, de kans groter is dat hij een veel jongere partner heeft die met de leeftijdskortingsgrens geconfronteerd kan worden. Doordat de kortingsregeling geformuleerd is in termen van leeftijdsverschil zal de gemiddelde leeftijd van de deelnemer die erdoor worden getroffen hoger zijn dan de gemiddelde leeftijd van de deelnemers die er niet door worden getroffen. Als reden voor het toepassen van de kortingsregel is in deze zaak aangevoerd het beperken van solidariteit teneinde draagvlak voor de pensioenregeling te behouden. Volgens de Commissie voorziet het doel in een werkelijke behoefte en is het niet discriminerend, zodat het doel legitiem is. Daarnaast is het middel (beperken van solidariteit) volgens de Commissie ook geschikt en passend om het doel te bereiken. Het middel is echter niet noodzakelijk. Gelet op het geringe effect op de pensioenlasten van de werkgever indien de kortingsregel wordt afgeschaft, acht de Commissie het echter niet aannemelijk dat dit grote gevolgen zal hebben voor de hoogte van de werknemerspremie. Ook zou onvoldoende zijn onderbouwd waarom afschaffen van de kortingsregel ten koste zou gaan van de solidariteit en het onderlinge draagvlak. Dit oordeel lijkt in lijn te zijn met de oordelen van de Commis-

85 CGB 31 oktober 2007, 2007-192.
86 CGB 15 december 2011, 2011-199.

sie omtrent het toepassen van een leeftijdskortingsregeling en onderscheid op grond van geslacht.[87] Uit deze oordelen blijkt dat de belangenafweging doorgaans in het voordeel uitvalt van de getroffenen en derhalve dat de gelijke behandeling prevaleert boven de inbreuk op gelijke behandeling.[88]

Ook Kantonrechter Den Haag kreeg de vraag voorgelegd of een leeftijdskortingsregeling een verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt.[89] De betreffende pensioenregeling kende een leeftijdskortingsregeling bij een leeftijdsverschil tussen partners van meer dan tien jaar. De Kantonrechter wijst de vordering echter af bij gebreke van enige nadere onderbouwing. Volgens de kantonrechter kan namelijk de enkele stelling dat hoe ouder de deelnemer is, hoe groter de kans op een partner die meer dan tien jaar jonger is niet automatisch tot de conclusie leiden dat sprake is van indirect onderscheid op grond van leeftijd. Uit de jurisprudentie omtrent onderscheid van geslacht is de jurisprudentie verdeeld. Hof Den Bosch is van oordeel dat de leeftijdskortingsregeling in de ABP-regeling een verboden onderscheid naar geslacht oplevert, omdat het middel niet noodzakelijk was om een druk op de solidariteit te voorkomen.[90] Hof Amsterdam daarentegen was van mening dat de leeftijdskortingsregeling in de ING-pensioenregeling geen verboden onderscheid op grond van geslacht opleverde.[91] Volgens Hof Amsterdam was het toepassen van de leeftijdskortingsregeling noodzakelijk ter begrenzing van de solidariteit en het onderscheid derhalve objectief gerechtvaardigd.

Volledigheidshalve verwijzen wij nog naar het Bartsch-arrest van het HvJ waarin het Hof de vraag kreeg voorgelegd of de uitsluiting van nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil tussen partners een verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert.[92] Nu de betrokken deelnemer was overleden vóór de datum dat de Kaderrichtlijn in de nationale wetgevingen geïmplementeerd diende te zijn, oordeelde het Hof dat het gemeenschapsrecht geen verbod op leeftijdsdiscriminatie inhoudt wat betreft de periode vóór de in de Kaderrichtlijn genoemde uitvoeringstermijn.

---

87 CGB 2009-54, CGB 2012-6 en CGB-2011-199.
88 M. Heemskerk, 'Gelijke behandeling en pensioen', in *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 512.
89 Rechtbank Den Haag 23 januari 2014, *PJ* 2014/35.
90 Hof Den Bosch 8 november 2005, *PJ* 2005/135.
91 Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *PJ* 2006/119.
92 HvJ 23 september 2008, zaak C-427/06, *TRA* 2009/9.

3.8 *Overgangsregelingen*

Bij wijziging van de pensioenregeling, al dan niet als gevolg van wetswijzigingen, worden of werden de bestaande regelingen voor oudere werknemers vaak gehandhaafd. In dit verband bevatten overgangsregelingen dan ook vaak (indirecte) leeftijdsgrenzen.

In 2005 kreeg de Commissie een overgangsregeling voorgelegd die in 1993 was geïntroduceerd als gevolg van een verlaging van de pensioengrondslag.[93] Ter compensatie ontvingen werknemers die in 1993 in dienst waren een (pensioengevende) minimumsalarisverhoging. Toen de werkgever de pensioenregeling jaren later wilde wijzigen, wilde hij de compensatieregeling handhaven. Volgens de Commissie levert handhaving van de compensatieregeling indirecte discriminatie op, omdat er meer oudere werknemers langer in dienst waren. De Commissie oordeelt echter dat het is toegestaan om een overgangsregeling toe te passen om verworven rechten te behouden ten aanzien van werknemers die op het moment van de wijziging reeds in dienst waren. Normaliter leidt een langere ongelijkheid en een hoger beloningsverschil minder snel tot een objectieve rechtvaardiging. Maar volgens de Commissie gelden voor pensioenregelingen niet dezelfde perioden, omdat het uitgesteld loon betreft en de opbouw van een volledig pensioen meestal veertig jaar duurt.

Pensioenwijzigingen als gevolg van de Wet VPL[94] hebben ook de nodige vragen opgeleverd over leeftijdsonderscheid. Zo sluiten overgangsmaatregelen veelal aan bij het overgangsrecht voor 55-plussers (werknemers geboren vóór 1 januari 1950), terwijl het verwijzen naar wetgeving niet automatisch een objectieve rechtvaardiging oplevert.[95] Zo heeft de wetgever opgemerkt dat fiscale maatregelen niet worden aangemerkt als arbeidsvoorwaarden en dus niet onder de WGBL vallen.[96] Indien sociale partners het fiscale overgangsrecht neerleggen in de arbeidsvoorwaarden vallen deze arbeidsvoorwaarden onder de WGBL en is leeftijdsonderscheid alleen toegestaan indien dit objectief kan worden gerechtvaardigd.[97]

---

93 CGB 2005-145.
94 Wet van 24 februari 2005, *Stb*. 2005, 115.
95 E. Lutjens, 'Leeftijdsonderscheid bij pensioen: een tikkende tijdbom bij grenspaal 55?', *Pensioen & Praktijk* 2005, nr. 12.
96 Kamerstukken II, 2004-2005, 29 760, nr. 10, p. 6.
97 Zie ook M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen. De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties,* VU, Amsterdam 2005, p. 104.

Wat betreft compensatieregelingen die in het kader van de VPL-wetgeving zijn getroffen, heeft de Commissie diverse keren geoordeeld dat een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat indien de reden is gelegen in het op een betaalbare manier – in het licht van de Wet VPL – komen tot een regeling van vervroegde uittreding en het zo min mogelijk afbreuk doen aan bestaande vooruitzichten op vervroegde uittreding.[98] Ook Hof Den Bosch oordeelde meerdere keren dat het in stand houden van de FPU/VUT-regeling voor werknemers geboren vóór 1950 objectief gerechtvaardigd was.[99] Door optimaal gebruik te maken van de mogelijkheden die de Wet VPL geeft, heeft het ABP volgens het hof voldaan aan de gerechtvaardigde verwachtingen van 56-plussers op vervroegde uittreding. Volgens het hof is er een breed maatschappelijk draagvlak voor het aannemen van de gerechtvaardigdheid van die verwachtingen. Overigens merkt Langemeijer in zijn kritische noot bij dit arrest op dat niet valt in te zien waarom de verwachtingen van 55-minners minder gerechtvaardigd zijn dan de verwachtingen van 55-plussers.[100] Tevens vraagt Langemeijer aandacht voor het feit dat er in wezen een natuurlijk overgangsrecht is doordat ouderen doorgaans al omvangrijke opgebouwde aanspraken hebben onder het oude regime en een wijziging derhalve voor hen minder effect sorteert.

Uiteraard moet het doel wel deugdelijk zijn. Zo oordeelde de Commissie bijvoorbeeld dat geen objectieve rechtvaardiging aanwezig was voor het enkel aanbieden van een compensatieregeling voor het vervallen van de VUT-regeling aan werknemers die op 1 januari 2005 47 jaar of ouder waren.[101] De reden dat de werkgever aansloot bij 47 jaar was gelegen in het feit dat alleen voor deze leeftijdsgroep een VUT-voorziening kon worden gereserveerd op grond van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving en de fiscaal toegestane reserveringstermijn van maximaal vijftien jaar. De werkgever heeft met zijn keuze voor deze compensatieregeling beoogd een financieringsmethode te gebruiken waartoe geen verplichting bestond en waarmee ook geen relatie is met de compensatieregeling. Hiermee voldeed het doel niet aan de daadwerkelijke behoefte en maakt de werkgever een verboden onderscheid.

98 Zie bijvoorbeeld CGB 2005-219, CGB 2006-102 en CGB 2009-32.
99 Hof Den Bosch 29 september 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ9736, *PJ* 2009/165. Zie ook Hof Den Bosch 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH4945, *PJ* 2009/67.
100 Hof Den Bosch 29 september 2009, *PJ* 2009/165 met noot van Langemeijer.
101 CGB 2008-101.

Uit diverse oordelen blijkt dat de Commissie het toepassen van verschillende pensioenregelingen voor oudere en jongere werknemers toestaat, mits uiteindelijk wordt voorzien in een min of meer gelijkwaardig pakket. Overigens is opvallend dat de Commissie in een aantal zaken een middelloonregeling met een lagere franchise en een hoger opbouwpercentage gelijkwaardig acht aan een eindloonregeling met een lagere pensioenleeftijd.[102] Adequate indexering in de middelloonregeling wordt daarbij als vanzelfsprekend aangenomen. Dat bij leeftijdsonderscheid pakketvergelijking – inclusief de levensloopregeling – is toegestaan, is bevestigd door Hof Den Bosch.[103]

Ten aanzien van het toepassen van een leeftijdsgrens van 55-plus voor het handhaven van een prepensioenregeling overwoog de Commissie dat er feitelijk geen onderscheid wordt gemaakt tussen de regeling voor de groep 55-min respectievelijk 55-plus.[104] Dit omdat zowel de prepensioenregeling voor 55-plus als de compensatieregeling voor werknemers van 40-55 in staat stellen om op 62-jarige leeftijd met pensioen te gaan, met een inkomensniveau van 70% van het laatstverdiende salaris. Wat betreft het toepassen van een toetredingsleeftijd voor de compensatieregeling (vanaf 40 jaar) overwoog de Commissie dat het doel hiervan erin is gelegen om – overeenkomstig gerechtvaardigde verwachting – een regeling toe te zeggen die de werknemers, die naar alle verwachting tot hun pensionering in dienst blijven bij werkgever, de mogelijkheid biedt om op 62-jarige leeftijd met een inkomensniveau van 70% van het laatstverdiende salaris te stoppen met werken, waarbij het bestemde budget niet wordt overschreden. De Commissie vindt het doel legitiem en passend, omdat is gebleken dat de compensatieregeling met een toetredingsleeftijd van 40 jaar ertoe leidt dat de werknemers op 62-jarige leeftijd kunnen stoppen met werken. Omdat een alternatief dat tot hetzelfde doel zou leiden ontbreekt, acht de Commissie de toetredingsleeftijd objectief gerechtvaardigd.

Wat betreft de ABP-middelloonregeling, waarbinnen verschillende opbouwpercentages en franchises van toepassing waren per verschillende leeftijdsgroep, oordeelde de Commissie eveneens dat geen verboden leeftijdsonderscheid werd gemaakt.[105] Doel van de regeling was het streven

102 CGB 2005-219.
103 Hof Den Bosch 29 september 2009, *PJ* 2009/165, r.o. 4.7.2.
104 CGB 2006-187.
105 CGB 2005-219.

naar een pensioenresultaat dat voor alle groepen werknemers op een goed niveau ligt en relatief vergelijkbaar is, zonder dat dit binnen de collectieve pensioenregeling voor een bepaalde groep leidt tot een gunstiger pensioenresultaat dan onder de oude regeling en zonder stijging van de pensioenkosten. De Commissie geeft aan dat nastreven van dit doel een objectieve rechtvaardiging oplevert. In een vergelijkbare zaak oordeelde de Commissie eveneens dat het hanteren van een lagere franchise en een hoger opbouwpercentage voor werknemers die geboren zijn op of na 1 januari 1950 objectief gerechtvaardigd is.[106] Doel van het onderscheid was het treffen van een collectieve regeling, gebaseerd op solidariteit, die aansluit op de Wet VPL en die voor alle werknemers een vergelijkbaar pensioenresultaat oplevert zonder dat dit leidt tot een algehele stijging van de pensioenlasten. Volgens de Commissie is het middel passend en noodzakelijk om te bewerkstelligen dat het wegvallen van VUT-mogelijkheden voor deze groep werknemers in enige mate wordt gecompenseerd.

Fiscale en boekhoudregels zijn volgens de Commissie niet relevant voor de vraag hoe de gereserveerde bedragen over werknemers worden verdeeld.[107] In een aan de Commissie voorgelegde zaak compenseerde een werkgever alleen oudere werknemers (geboren in of voor 1957) die niet meer in aanmerking kwamen voor de VUT-regeling na introductie van de Wet VPL. Die grens had de werkgever gekozen, omdat hij voor die werknemers op grond van fiscale en boekhoudkundige regels gelden had gereserveerd en mocht reserveren voor hun aanstaande VUT-uitkering. Volgens de Commissie had de werkgever ook een andere compensatiemethode kunnen kiezen, bijvoorbeeld een compensatie voor de gehele groep werknemers voor wie de VUT-regeling was komen te vervallen.

De Commissie erkent echter wel dat de financiële haalbaarheid de keuzes van een werkgever beïnvloedt. In de betreffende zaak stond een overgangsregeling voor werknemers die geboren zijn na 1950 centraal.[108] Deze overgangsregeling hield in dat voornoemde werknemers niet langer op 60-jarige leeftijd met functioneel leeftijdsontslag (FLO) uit konden treden, maar vanaf 61,5 jaar in aanmerking konden komen voor uittreding op basis van de regeling functiegericht levensfasebewust personeelsbeleid. Volgens de Commissie is het doel legitiem en het middel passend en noodzakelijk. Naar het oordeel van de Commissie biedt een regeling ge-

106 CGB 2008-24.
107 CGB 2008-100 en 101.
108 CGB 2009-32.

baseerd op dienstjaren in plaats van op leeftijd namelijk geen redelijk alternatief, omdat hierdoor niet op betaalbare wijze de verwachtingen kunnen worden gerespecteerd die voortvloeien uit de oude FLO-regeling voor werknemers met een hoog aantal dienstjaren.

3.9 *Pensioenontslag*

De vraag of een arbeidsverhouding wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere leeftijd van de werknemer mag worden beëindigd, is de afgelopen jaren vaak gesteld. Enerzijds is in lagere rechtspraak geoordeeld dat het bereiken van de 65-jarige leeftijd een gewichtige reden in de zin van art. 7:685 BW oplevert.[109] Anderzijds is in lagere rechtspraak geoordeeld dat het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen reden is om te oordelen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op grond van art. 7:667 BW van rechtswege is geëindigd.[110]

Los van de vraag of een pensioenontslag in lijn is met het ontslagstelsel zoals van toepassing tot 1 juli 2015, speelt ook de vraag of het pensioenontslag een verboden onderscheid naar leeftijd maakt. Voor wat betreft een pensioenontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere leeftijd bevat art. 7, lid 1, onderdeel b, WGBL een wettelijk vastgelegde objectieve rechtvaardiging.[111] In dit verband heeft de Commissie in de tijd dat de AOW-leeftijd nog 65 jaar was geoordeeld dat ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie oplevert.[112] In de literatuur wordt echter de vraag gesteld of de specifieke

109 Kantonrechter Lelystad 20 februari 2008, *JAR* 2008/120.

110 Kantonrechter Amsterdam 8 juli 2008, *JAR* 208/228.

111 Uit de parlementaire geschiedenis van de WGBL blijkt dat deze specifieke rechtvaardigingsgrond wordt onderbouwd met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2002 (*NJ* 2002, 622). Op zijn beurt verwijst de Hoge Raad naar het nader verslag bij het wetsvoorstel 28 170 (Kamerstukken II, 2001-2002, 28 170, nr. 7, p. 2) waaruit zou blijken dat de regering heeft onderkend dat bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd niet steeds naast aanspraak op een uitkering op basis van de wettelijke sociale zekerheid ook aanspraak kan worden gemaakt op een bovenwettelijk pensioen. De regering heeft art. 7, lid 1, onderdeel b van het wetsvoorstel zo willen inrichten dat een ontslag op de AOW-gerechtigde leeftijd steeds objectief en redelijk gerechtvaardigd is, onafhankelijk van de vraag of recht op een bovenwettelijk pensioen bestaat. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het wetsvoorstel in feite voor de werkgever of de bedrijfstak een algemene verplichting tot het treffen van een pensioenregeling voor alle werknemers in het leven zou worden geroepen, hetgeen niet de bedoeling van de regering is geweest.

112 CGB 2010-144.

rechtvaardigingsgrond neergelegd in art. 7, lid 1, onderdeel b, WGBL wel in lijn is met de Kaderrichtlijn.[113]

3.9.1 *HvJ en pensioenontslag*

Het HvJ heeft zich meerdere keren uitgelaten over de vraag of een gedwongen pensioenontslag een verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. Zo heeft het HvJ in 2007 geoordeeld dat het verbod tot het maken van leeftijdsonderscheid zich in beginsel niet verzet tegen gedwongen ontslag op 65-jarige leeftijd.[114] Het HvJ overwoog in dit verband dat de betrokkenen aan het einde van hun loopbaan aanspraak hebben op een ouderdomspensioen op grond van een nationale Spaanse regeling waarvan de hoogte niet als onredelijk kan worden beschouwd. Daarnaast kon de maatregel – gedwongen pensionering bij 65-jaar – objectief worden gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. In 2009 oordeelde het HvJ dat pensioenontslag onder de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn valt.[115] Daarnaast overwoog het HvJ dat art. 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn zich niet verzet tegen een nationale maatregel die geen nauwkeurige opsomming bevat van de doelstellingen die een afwijking van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd kunnen rechtvaardigen. Wel moet het doel van de betrokken maatregel kunnen worden bepaald aan de hand van andere elementen, te ontlenen aan de algemene context van de maatregel. Uit de Kaderrichtlijn volgt dat het dan moet gaan om doelstellingen in verband met het beleid op het gebied van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.

In 2010 oordeelt het HvJ nogmaals dat een automatisch pensioenontslag op leeftijd 65 is toegestaan, ondanks het feit dat de werkneemster recht had op een zeer beperkt ouderdomspensioen.[116] Het HvJ motiveert in dit verband dat:

'de – tevens in een groot aantal andere lidstaten aanvaarde – rechtmatigheid van de clausules inzake de automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer die de pensioenleeftijd heeft bereikt, de afspiegeling is van een in Duitsland sinds vele jaren bestaande politieke

113 A.W. van Leeuwen & M.B. de Witte-van den Haak, 'Leeftijd', *Oordelenbundel CGB 2007*, p. 197.
114 HvJ 16 oktober 2007, zaak C-411/05 (Félix Palacios de la Villa), *PJ* 2007/143.
115 HvJ 5 maart 2009, zaak C-388/07 (Age concern England), *JB* 2009/107.
116 HvJ 12 oktober 2010, zaak C-45/09 (Rosenbladt), *JAR* 2010/279.

en sociale consensus. Deze consensus berust vooral op de gedachte van een arbeidsverdeling over de generaties. De beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van die werknemer komt rechtstreeks ten goede aan de jonge werknemers doordat hun integratie in het arbeidsproces in een context van aanhoudende werkloosheid wordt begunstigd. De rechten van oudere werknemers zijn bovendien adequaat beschermd. Het merendeel van hen wenst immers te stoppen met werken zodra zij voor pensioen in aanmerking komen aangezien dit pensioen hun een vervangend inkomen biedt na het verlies van hun salaris. De automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst biedt volgens de Duitse regering tevens het voordeel dat de werkgevers niet gedwongen worden de werknemers te ontslaan omdat het leveren van het bewijs dat zij niet langer in staat zijn de arbeid te verrichten, hetgeen vernederend kan blijken te zijn voor degenen van oudere leeftijd.'

In hetzelfde arrest lijkt het HvJ echter wel weer een slag om de arm te houden voor het toestaan van een pensioenontslag door de volgende overweging:

'Dit mechanisme berust op een evenwicht tussen redenen van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire aard en hangt af van de beslissing om de duur van het arbeidsleven van werknemers te verlengen of om in tegendeel in vroegtijdige pensionering van werknemers te voorzien.'

Enkele jaren later bekrachtigt het HvJ voornoemde overwegingen.[117] Wat betreft een Zweedse nationale bepaling op grond waarvan arbeidsovereenkomsten van rechtswege eindigen aan het einde van de maand waarin de werknemer 67 jaar wordt, merkt het HvJ op:

'In dat verband heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de automatische beëindiging van arbeidsovereenkomsten van werknemers die voldoen aan de leeftijds- en bijdragenvoorwaarden om in aanmerking te komen voor uitkering van hun pensioenrechten, sinds lange tijd deel uitmaakt van het arbeidsrecht van een groot aantal lidstaten en op grote schaal wordt gebruikt in arbeidsbetrekkingen. Dit mechanisme berust op een evenwicht tussen overwegingen van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire aard en hangt af van de beslissing om de

117 HvJ 5 juli 2012, zaak C-141/11 (Hörnfeldt/Posten Meddelande AB), *JAR* 2012/211.

duur van het beroepsleven van werknemers te verlengen of om integendeel in vroegtijdige pensionering van werknemers te voorzien (…).'

Vervolgens overweegt het HvJ dat art. 6 Kaderrichtlijn zich niet verzet tegen een nationale regel op grond waarvan een werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer kan beëindigen op de enkele grond dat betrokkene de leeftijd van 67 jaar heeft bereikt en die geen rekening houdt met de hoogte van het ouderdomspensioen dat de belanghebbende uiteindelijk ontvangt. Dit, voor zover deze regel objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel inzake werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid en een passend en noodzakelijk middel voor de verwezenlijking daarvan vormt. Volgens het HvJ voldoet de Zweedse pensioenontslagbepaling hieraan en is er geen sprake van een verboden leeftijdsonderscheid.

Uit de arresten Colin Wolf[118] en Domenica Petersen[119] blijkt dat het onder omstandigheden ook mogelijk is een vaste wettelijke maximumleeftijdsgrens te stellen voor sommige beroepen, maar dat het niet eenvoudig is een absolute leeftijdsgrens objectief te rechtvaardigen.[120] Deze zaken betroffen Duitse brandweermannen respectievelijk tandartsen. Voor deze beroepen geldt specifieke Europese regelgeving ter waarborging van de noodzakelijke operationele taken respectievelijk ter bescherming van de volksgezondheid. Voor de brandweermannen wordt het gemaakte onderscheid (maximumleeftijd van 30 jaar voor toetreding tot brandweer) legitiem geacht, omdat uit arbeids- en sportgeneeskundige rapporten is gebleken dat de vereiste fysieke conditie leeftijdsgebonden is. In het geval van de tandartsen gold een leeftijdsgrens van 68 jaar voor het uitoefenen van het beroep van tandarts op basis van de wettelijk verplichte zorgverzekering. Voor deze leeftijdsgrens werden drie argumenten aangevoerd: bestrijden van kosten ontstaan door overaanbod van tandartsen, niet benadelen van jongere generaties toetredende tandartsen en het beschermen van patiënten tegen niet goed functionerende tandartsen op leeftijd. Zonder naar enig rapport te verwijzen oordeelde het HvJ dat de leeftijd van 68 jaar voor tandartsen voldoende vergevorderd is om aan te nemen dat dit onderscheid gelet op de vakbekwaamheid en financieel evenwicht in het belang van de volksgezondheid kan zijn. Volgens het HvJ is deze

118 HvJ 12 januari 2010, zaak C-229/08 (Stadt Frankfurt).
119 HvJ 12 januari 2010, zaak C-341-08 (Petersen).
120 A.W. van Leeuwen & M.B. de Witte-van den Haak, 'Leeftijd', *Oordelenbundel CGB 2010*, p. 269.

leeftijdsgrens echter niet noodzakelijk en daarmee niet objectief gerechtvaardigd, omdat deze grens niet geldt voor tandartsen die particulier verzekerde patiënten behandelen. Uit deze twee arresten volgt dat het onder omstandigheden mogelijk is om een vaste maximumleeftijdsgrens te stellen voor het uitoefenen van een beroep, maar dat het niet eenvoudig is om een absolute leeftijdsgrens objectief te rechtvaardigen. Of de leeftijdsgrens objectief te rechtvaardigen is, hangt met name af van de motivatie en de vraag of de leeftijdsgrens consequent wordt toegepast.

Het HvJ lijkt wel gevoelig te zijn voor het werkgelegenheidsargument. Een Bulgaarse wet bepaalt dat hoogleraren vanaf leeftijd 65 hun activiteiten alleen voort kunnen zetten op basis van arbeidsovereenkomsten van één jaar, die ten hoogste tweemaal kunnen worden verlengd (tot leeftijd 68). Volgens het HvJ is deze wettelijke regeling niet discriminatoir.[121] In dit verband overwoog het HvJ dat de wettelijke regeling een werkgelegenheidsdoel dient. Door het toepassen van tijdelijke contracten kunnen de oude hoogleraren ook daadwerkelijk op relatief korte termijn plaatsmaken voor jongere hoogleraren. Daarnaast was van belang dat de hoogleraren vanaf 65 jaar al aanspraak op pensioen kunnen maken.

3.9.2 *Pensioenontslag vóór pensioenleeftijd*

Uit nationale jurisprudentie blijkt dat indien sprake is van een pensioenontslag tegen een leeftijd vóór de AOW-gerechtigde leeftijd, de vraag of sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond minder snel positief wordt beantwoord. Een uitzondering lijkt te worden gemaakt voor de zogenoemde pilotenjurisprudentie. In 2004 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een ontslag van piloten bij het bereiken van de 56/58-jarige leeftijd is toegestaan op grond van het zogenoemde doorstromingselement.[122] In een latere procedure die was aangespannen nadat de WGBL in werking was getreden, kwam de Hoge Raad wat betreft de piloten niet tot een andersluidend oordeel.[123] In deze zaak had Hof Amsterdam overwogen dat de doelen van het verplichte ontslag, namelijk het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsopbouw, legitiem zijn.[124] Het hanteren van een pensioenleeftijd van 56 jaar vormde volgens het hof een passend en noodzakelijk middel ter verwezenlijking

121 HvJ 18 november 2010, zaak C-250/09 (Vasil Ivanov Georgiev).
122 HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117.
123 HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209.
124 Hof Amsterdam 8 juni 2010, LJN: BM9545, *AR-Updates* 2010-0867.

van deze doelstellingen. Volgens de Hoge Raad getuigt dit oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat bij de huidige stand van het Unierecht lidstaten en sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken. Weliswaar heeft het HvJ geoordeeld dat legitieme doelstellingen als bedoeld in art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn het karakter van een algemeen belang moeten hebben ter onderscheiding van individuele beweegredenen van de werkgever, maar daaruit volgt niet dat zij een doel van nationaal overheidsbelang moeten zijn. In dit verband overweegt de Hoge Raad dat het hof de met de CAO nagestreefde doelstellingen kennelijk heeft beoordeeld als doelstellingen van sociaal beleid.[125] Bruyninckx merkt hierover op dat het lijkt alsof de Hoge Raad het hof hier te hulp is geschoten.

Het is de vraag of het KLM-arrest niet strijdig is met het arrest van het HvJ uit 2011.[126] In deze zaak oordeelde het HvJ dat een verplicht ontslag van Lufthansapiloten op leeftijd 60 discriminatoir was. De argumenten die voor het hanteren van de leeftijdsgrens werden gebruikt (de openbare veiligheid, bescherming van de gezondheid en het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten), waren namelijk niet consistent met andere regels die het wel mogelijk maakten om langer door te vliegen. Daarnaast oordeelde het HvJ dat het veiligheidsargument niet onder art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn valt. De legitieme doelstellingen in de zin van art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn dienen verband te houden met sociaal beleid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Volgens Heemskerk verhoudt het KLM-arrest van Hof Amsterdam zich moeizaam met Europese rechtspraak, ondanks het feit dat in de Nederlandse piloten-zaken het leeftijdsonderscheid wordt onderbouwd met een doorstromingsargument en niet, zoals bij Lufthansa, met een veiligheidsargument.[127] Het Lufthansa-arrest zou volgens Heemskerk namelijk suggereren dat sprake moet zijn van een doelstelling van nationaal sociaal beleid teneinde leeftijdsonderscheid te kunnen rechtvaardigen. De Hoge Raad ziet dit vooralsnog echter anders.

Voor andere beroepen werd een pensioenontslag vóór het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd veelal niet objectief gerechtvaardigd geacht en derhalve nietig verklaard. Zo oordeelde Hof Den Haag dat een pen-

125 Zie in dit verband ook de noot van E.L.J. Bruyninckx in *TRA* 2012/78.
126 HvJ 13 september 2011, zaak C-447/09 (Prigge/Lufthansa), *JAR* 2011/263.
127 Zie onder meer M. Heemskerk, 'Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar?', *ArbeidsRecht* 2012, 28.

sioenontslag op leeftijd 61 niet objectief gerechtvaardigd en derhalve nietig was.[128] Rechtbank Groningen kwam tot eenzelfde oordeel ten aanzien van een (pre)pensioenontslag op leeftijd 62.[129] In beide zaken voerde de werkgever aan een gewenste personeelsreductie te realiseren door het pensioenontslag te handhaven. Deze lijn komt ook naar voren in oordelen van de Commissie. Zo wees de Commissie het veiligheidsargument af ten aanzien van het ontslag van een 60 jarige penitentiair inrichtingswerknemer.[130] De Commissie was niet overtuigd dat het ontslag noodzakelijk was ter voorkoming en verminderen van risico's voor derden. Dit kwam overigens mede doordat de werkgever tijdens de procedure naast het veiligheidsargument opeens kwam met een werkgelegenheidsargument. De verjonging van het bestaande personeelsbestand vormt in ieder geval geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor een gedwongen ontslag vóór de AOW-gerechtigde leeftijd.[131] Een uitzondering op deze uitspraken vormt het arrest van Hof Amsterdam. Volgens het hof was het verplichte pensioenontslag van een *senior technical specialist* bij KLM op leeftijd 63 objectief gerechtvaardigd.[132] KLM voerde hierbij aan dat van bijzondere omstandigheden sprake was omdat de functie was vervallen en KLM in zwaar financieel weer zat. In zijn kritische noot bij dit arrest merkt Heemskerk op dat de belangenafweging die het hof maakt niet gestoeld is op de objectieve rechtvaardigingstoets die vereist is bij leeftijdsonderscheid.

3.9.3 *Pensioenontslag per of ná de pensioenleeftijd*

Zoals hiervoor reeds aangegeven, voorziet de WGBL in een wettelijke rechtvaardigingsgrond indien het pensioenontslag plaatsvindt wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere leeftijd. Uit de oordelen van de Commissie blijkt dat de werkgever deze grens dan wel moet overeenkomen bij het aangaan van de arbeidsverhouding en dat de werkgever deze grens ook eenduidig moet toepassen.[133] Zo niet, dan gaat een beroep op art. 7, lid 1, onderdeel b, WGBL niet op en zal aan de hand van art. 7, lid 1, onderdeel c, WGBL beoordeeld dienen te worden of het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. Indien niet vooraf een pensioenontslagbeding is overeengekomen, zal een ontslag wegens het bereiken van een leeftijd boven de AOW-gerechtigde leeftijd derhalve niet snel zijn gerechtvaardigd. Zo oordeelde de Commissie in

128 Hof Den Haag 4 augustus 2009, *PJ* 2009/149.
129 Rechtbank Groningen 8 december 2009, *PJ* 2010/86.
130 CGB 2007-42.
131 CGB 2007-31.
132 Hof Amsterdam (KG) 21 september 2010, *PJ* 2010/193.
133 Zie bijvoorbeeld CGB 2006-246.

het geval van beëindiging van een arbeidsverhouding[134] tussen een vereniging en een vrijwilliger in verband met het bereiken van de 80-jarige leeftijd dat sprake was van een ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid.[135] Deze leeftijdsgrens was ingegeven door het feit dat het niet mogelijk was om voor vrijwilligers van 80 jaar en ouder een ongevallenverzekering af te sluiten. Volgens de Commissie is het doel legitiem en het middel passend. De Commissie overwoog echter dat onvoldoende onderzocht is of er andere mogelijkheden zijn om een ongevallenverzekering voor deze groep vrijwilligers af te sluiten en dat daarom het middel niet noodzakelijk is. Het onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd. In een andere zaak bleek dat de gewenste dekking voor oudere vrijwilligers tegen een verhoging van de premies voor vrijwilligers tot 90 jaar kon worden verkregen.[136] In dat kader oordeelde de Commissie dat er in dat geval een alternatief middel is om het doel, verzekeringsdekking voor oudere vrijwilligers, te bereiken. Dit betekende dat het hanteren van een 80-jaarsgrens voor vrijwilligers bij wie geen leeftijdsgrens in de vrijwilligersovereenkomst was opgenomen niet objectief gerechtvaardigd was.

Anders oordeelde de Commissie in het geval van een 80-jarige vrijwillige zweefvlieginstructeur.[137] De zweefvliegvereniging had met ingang van 1 januari 2006 een leeftijdsgrens van 70 jaar ingesteld, maar deze grens was niet overeengekomen met de betrokken vrijwilliger. In dit geval oordeelde de Commissie dat geen sprake was van een verboden onderscheid. Hierbij overwoog de Commissie dat de beroepsgroep van zweefvlieginstructeurs geen instrumenten heeft ontwikkeld om de kwaliteit van de beroepsuitoefening te bewaken. Ook de medische keuring besteedt hieraan onvoldoende aandacht. Daarnaast zouden de zelfcontrolerende en intercollegiale toetsing onvoldoende zijn om de kwaliteit van de beroepsuitoefening te bewaken. Tot een overeenkomstig oordeel kwam de Commissie ten aanzien van een door een organisatie maximum ingestelde leeftijd van 75 jaar voor vrijwilligers.[138] De doelen van deze leeftijdsgrens zijn volgens de Commissie legitiem, namelijk het voorkomen van een vrijwilligerstekort, het verjongen van uitstraling/imago van de organisatie en de kwaliteitsbewaking. Volgens de Commissie is de leeftijdsgrens echter niet noodzakelijk, omdat een goed alternatief bestaat: het indivi-

134 Volgens de Commissie heeft het begrip 'arbeidsverhouding' in de gelijkebehandelingswetgeving een ruimere betekenis dan het begrip 'arbeidsovereenkomst'.
135 CGB 2009-24, 25 en 26.
136 CGB 2007-60.
137 CGB 2007-189.
138 CGB 2010-91.

dueel beoordelen van het functioneren van de vrijwilligers en eventueel tot beëindiging overgaan indien de vrijwilliger niet (meer) functioneert.

3.10 *Ouderenregelingen in sociale plannen*

De afgelopen jaren zijn de Commissie en de rechter veelvuldig gevraagd te oordelen of ouderenregelingen in sociale plannen onderscheid op grond van leeftijd maakten. Naar aanleiding van het stijgend aantal oordelen over ouderenregelingen heeft de Commissie in 2007 een advies gepubliceerd met betrekking tot leeftijdsonderscheid in sociale plannen.[139] In dit advies heeft de Commissie een eigen toetsingskader ontworpen waarin een beoordelingsmarge aan de sociale partners wordt gelaten, mits zij wel de gevolgde gedachtegang inzichtelijk kunnen maken. In haar advies adviseert de Commissie opstellers van een sociaal plan voor het bepalen van leeftijdsgrenzen aansluiting te zoeken bij onderzoeken naar de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers of bij overheidsprogramma's, gericht op de inzet van ouderen. De enkele stelling dat oudere werknemers kwetsbaarder zijn doordat zij in het algemeen moeilijker een nieuwe baan vinden of zich moeilijker aan een nieuwe hiërarchische structuur, functie-eisen en (werk)omstandigheden kunnen aanpassen, werd door de Commissie verworpen.[140] Dit is in lijn met jurisprudentie van het HvJ waaruit volgt dat algemene, generaliserende argumenten in het algemeen onvoldoende rechtvaardiging opleveren.[141] Ten overvloede merken wij op dat uit arresten van het Hof van Justitie volgt dat de omstandigheid dat een regeling in de CAO is neergelegd met instemming van sociale partners geen reden is om een regeling marginaal te toetsen.[142]

Ouderenregelingen zijn er in diverse vormen en maten. In eerdere jaren bestonden ouderenregelingen veelal uit een verplicht pensioenontslag op een bepaalde leeftijd, waarbij wordt aangesloten bij de prepensioen of VUT-leeftijd. Ten aanzien van een regeling waarbij werknemers die in aanmerking komen voor prepensioen overcompleet worden verklaard zonder onderzoek naar herplaatsingsmogelijkheden zoals bij jongere werknemers wel gebeurt, oordeelde de Commissie dat de regeling niet

139 CGB advies van 14 september 2007/05 inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen.
140 CGB 2007-75.
141 HvJ 13 juli 1989, zaak C-171/88 (Rinner/Kühn).
142 HvJ 13 september 2011 (Prigge/Lufthansa) en HvJ 27 oktober 1997 (Enderby). Zie in dit verband ook A.W. van Leeuwen & M.B. de Witte-van den Haak, 'Leeftijd', *Oordelenbundel CGB 2011*, p. 314-315.

noodzakelijk was.[143] Het beperken van de negatieve gevolgen van de reorganisatie voor werknemers, waarbij in acht wordt genomen dat voor werknemers met een recht op prepensioen de negatieve gevolgen beperkt zijn, is volgens de Commissie weliswaar een legitiem doel. Dit doel zou volgens de Commissie echter ook bereikt kunnen worden door prepensioengerechtigde werknemers vrijwillig gebruik te laten maken van de prepensioenregeling. Ten aanzien van dergelijke regelingen heeft Hof Den Haag geoordeeld dat het verplichten van werknemers om vervroegd met pensioen te gaan niet objectief kan worden gerechtvaardigd met een beroep op in Nederland gevoerd nationaal arbeidsmarktbeleid of doorstroombeleid.[144]

Een variatie op verplichte pensionering zijn ouderenregelingen die bestaan uit een aanvulling op WW of IO(A)W uitkering tot de (pre)pensioengerechtigde leeftijd voor werknemers vanaf een bepaalde leeftijd, terwijl jongere werknemers recht hebben op een ontslagvergoeding op grond van de kantonrechtersformule. De eerste jaren na inwerkingtreding van de WGBL lijken de oordelen van de Commissie en uitspraken van lagere rechters niet altijd consistent te zijn. De afgelopen jaren lijkt hierin echter verandering te zijn gekomen, mede doordat partijen van tevoren beter hebben nagedacht over het doel van de ouderenregeling.

In 2004 nam Kantonrechter Amsterdam zonder meer aan dat voor ouderen sprake is van slechtere kansen op de arbeidsmarkt waardoor een verplichte ouderenregeling voor werknemers van 57,5 jaar en ouder gerechtvaardigd is.[145] Ook de Commissie merkt als feit van algemene bekendheid aan dat ouderen een slechtere arbeidsmarktpositie hebben dan jongeren. Uit diverse oordelen blijkt bovendien dat de Commissie het rekening houden met de slechtere arbeidsmarktpositie van oudere werknemers als een legitiem doel beschouwt.[146]

In 2006 oordeelde de Commissie daarentegen dat een verplichte suppletieregeling voor werknemers van 58 jaar en ouder niet passend is om het doel van de regeling, het beschermen van de inkomenspositie van oudere werknemers, te bereiken.[147] De Commissie kwam tot dit oordeel omdat

143 CGB 2005-73.
144 Hof Den Haag 4 augustus 2009, LJN: BJ4895.
145 Kantonrechter Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/362.
146 CGB 2005-128, CGB 2005-134, CGB 2006-37 t/m 40, CGB 2006-45 en 46, CGB 2006-104 en 105, CGB 2006-172 t/m 174, CGB 2006-179 en CGB 2007-75.
147 CGB 2006-37.

de regeling niet aansloot bij de daadwerkelijke arbeidsmarktpositie van de werknemers maar bij de duur van de WW-uitkering. Werknemers zouden al vanaf hun vijftigste een slechte arbeidsmarktpositie hebben. De Commissie voegt daaraan toe dat een beroep op kostenoverwegingen slechts in uitzonderingsgevallen kan leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Kantonrechter Enschede heeft dit oordeel van de Commissie bevestigd.[148] Ten aanzien van een ouderenregeling bestaande uit een suppletieregeling tot leeftijd 60 oordeelde de Commissie dat de ouderenregeling passend was ter bescherming van de arbeidsmarktpositie en de inkomenspositie van ouderen.[149] De regeling was echter niet noodzakelijk, omdat de werknemer ook de keuze kan worden geboden te kiezen voor de jongerenregeling (ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule). Ook Kantonrechter Sneek oordeelde dat een ouderenregeling, bestaande uit een suppletieregeling voor werknemers van 57,5 jaar, niet kon worden gerechtvaardigd.[150] Volgens de kantonrechter was er immers een alternatief voor handen, bijvoorbeeld een op solidariteit gebaseerde mindere ontslagvergoeding voor jongere werknemers ten gunste van oudere werknemers of een over de hele linie lagere ontslagvergoeding.

Anders oordeelde de Commissie wat betreft een suppletieregeling voor 55+-werknemers waarbij de nadruk lag op inkomenszekerheid, terwijl bij de jongerenregeling de nadruk lag op werkbemiddeling. Volgens de Commissie zou de jongerenregeling geen deugdelijk alternatief zijn voor de ouderenregeling.[151] De ouderenregeling wordt dan ook niet discriminatoir geacht. Datzelfde jaar komt de Commissie tot eenzelfde oordeel.[152] De Commissie overweegt dat het aansluiten bij de verschillende arbeidsmarktposities van werknemers van wie het dienstverband eindigt niet discriminatoir is. Er zouden voldoende gegevens zijn overgelegd waaruit zou blijken dat het bieden van inkomensbescherming aansluit bij de arbeidsmarktpositie van werknemers van 50 jaar en ouder. Tot slot overweegt de Commissie wat betreft de noodzakelijkheid dat een iets minder gunstige behandeling in een individueel geval niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de regeling discriminatoir is.[153]

148 Kantonrechter Enschede 9 juni 2006, *JAR* 2006/161.
149 CGB 2005-128, 129 en 130.
150 Kantonrechter Sneek 31 mei 2005, *PJ* 2005/99.
151 CGB 2006-179.
152 CGB 2006-210.
153 Zie ook W.C.M. Broersma, 'Groen licht om verplichte ouderenregeling op te nemen in Sociaal Plan', *ArbeidsRecht* 2007, 11.

De Commissie lijkt de lijn uit deze laatste twee oordelen voort te zetten. In 2009 oordeelde de Commissie dat het doel van een verplichte suppletieregeling voor ouderen legitiem was en het middel geschikt en noodzakelijk is.[154] In dit verband overwoog de Commissie dat een leeftijdneutrale regeling voor alle groepen van werknemers een slechtere regeling zou hebben betekend. Volgens de Commissie is het trekken van een leeftijdsgrens onvermijdelijk. Dat een dergelijke regeling op individueel niveau verschillend kan uitpakken is bovendien inherent aan een dergelijke regeling volgens de Commissie. De Commissie heeft in haar oordeel meegewogen dat de meerderheid van de leden van de werknemersorganisatie de regeling goedgekeurd heeft, dat de organisatiegraad bijna 100% is en dat de regeling een hardheidsclausule kent.

Een ander voorbeeld van een ouderenregeling is het maximeren van de ontslagvergoeding voor oudere werknemers.[155] In een van de sociale plannen die aan de Commissie werd voorgelegd, werd onderscheid naar leeftijd gemaakt doordat de maximering van de ontslagvergoeding was gekoppeld aan de verschillende pensioenrichtleeftijden die voor de werknemers van toepassing waren.[156] Voor de meeste werknemers was de pensioenrichtleeftijd 65 jaar. Voor de groep werknemers geboren vóór 1 januari 1950 was de pensioenrichtleeftijd echter 62 jaar. Volgens de Commissie was het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd. De Commissie was van oordeel dat de groep met pensioenrichtleeftijd 62 in een betere financiële situatie verkeerde dan de andere werknemers. Dit, omdat deze groep geen gevolgen had ondervonden van de aanpassingen van het pensioenreglement in verband met de Wet VPL. Kantonrechter Amsterdam kwam echter tot een ander oordeel en stelde de betreffende werknemer in het gelijk.[157] Volgens de kantonrechter is het middel echter niet passend en noodzakelijk en is derhalve wel sprake van een verboden leeftijdsonderscheid. De doelstelling zou namelijk niet rechtvaardigen dat een werknemer die geen gebruik wil maken van vervroegd uittreden op leeftijd 62 en zijn loopbaan wil voortzetten geen of een geringe ontslagvergoeding ontvangt.

In een eerdere zaak had Kantonrechter Amsterdam overeenkomstig geoordeeld. In het betreffende sociaal plan van De Nederlandsche Bank

154 CGB 2009-13 en 2009-99.
155 Zie bijvoorbeeld CGB 2013-123.
156 CGB 2012-2.
157 Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2012, *JAR* 2013/2.

werd leeftijdsonderscheid gemaakt doordat voor werknemers die de mogelijkheid hadden met prepensioen te gaan, de ontslagvergoeding was gemaximeerd. [158] Volgens de kantonrechter was het onderscheid niet gerechtvaardigd en de betreffende bepaling uit het sociaal plan derhalve nietig. In dit verband overwoog de kantonrechter dat het feit dat oudere werknemers de mogelijkheid hadden om met prepensioen te gaan, niet rechtvaardigde dat werknemers die opteerden door te werken geen aanspraak konden maken op een hogere ontslagvergoeding. In een andere zaak overwoog Hof Leeuwarden dat in dat geval de werknemer wel moet stellen en zo nodig bewijzen dat hij wil doorwerken.[159] Anders dan Kantonrechter Amsterdam oordeelde Kantonrechter Middelburg dat het koppelen van de pensioenrichtleeftijd aan de hoogte van de ontslagvergoeding objectief gerechtvaardigd was.[160] Hierbij was van belang dat het in de betreffende branche (de bouwnijverheid) gebruikelijk was om met 60 jaar met vroegpensioen te gaan.

De uitspraken van Kantonrechter Amsterdam en Hof Leeuwarden lijken in lijn met de uitspraak van het Hof van Justitie in Andersen/Region Syddanmark.[161] Het betrof een Deense regeling op grond waarvan werknemers tussen de 60 en 65 jaar niet in aanmerking komen voor een ontslagvergoeding, omdat zij dan aanspraak kunnen maken op een pensioen. Volgens het Hof is het doel van de regeling legitiem en geschikt, maar is de regeling niet noodzakelijk. De regeling treft immers ook werknemers tussen de 60 en 65 die door willen werken en nog geen aanspraak willen maken op een pensioenuitkering.

Anders lijkt het HvJ te oordelen in het zogenoemde Odar-arrest.[162] Onderwerp was een Duits sociaal plan waarin bij de berekening van de ontslagvergoeding voor werknemers ouder dan 54 jaar rekening werd gehouden met het aantal maanden tot aan de pensioendatum. Hierdoor kon de ontslagvergoeding van oudere werknemers worden beperkt. Volgens het HvJ valt de doelstelling van het sociaal plan samen met die van de Duitse gelijkebehandelingswetgeving, namelijk het toestaan om bij de berekening van een ontslagvergoeding rekening te houden met het recht op pensioen. Het HvJ overweegt dat deze bepaling ten doel heeft om compensatie voor

158 Kantonrechter Amsterdam 29 februari 2012, *PJ* 2012/105.
159 Hof Leeuwarden 21 februari 2012, *PJ* 2012/103.
160 Kantonrechter Middelburg 12 september 2011, *PJ* 2012/124.
161 HvJ 12 oktober 2010, zaak C-499/08 (Andersen/Region Syddanmark), *JAR* 2010/296.
162 HvJ 6 december 2012, zaak C-152/11 (Odar/Baxter), *JAR* 2013/19.

de toekomst toe te kennen, jongere werknemers te beschermen, hen te helpen bij de re-integratie in het arbeidsproces en daarbij rekening te houden met de noodzaak de beperkte financiële middelen van een sociaal plan rechtvaardig te verdelen. Een ander legitiem doel is het voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen in de vorm van een ouderdomspensioen zullen ontvangen. Het rekening houden met de pensioenleeftijd is volgens het HvJ geschikt en noodzakelijk om deze doelen te bereiken. In dit verband overweegt het HvJ dat het sociaal plan de uitkomst is van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers en het aan hen is om een evenwicht tussen belangen te bepalen.

Het lijkt erop dat het HvJ de denktrend uit het Odar-arrest voortzet. Recentelijk kreeg het HvJ een Deense zaak voorgelegd waarbij een 67-jarige werknemer aanspraak maakte op de wettelijke ontslagvergoeding.[163] Deze wettelijke ontslagvergoeding is verschuldigd na een dienstverband van twaalf, vijftien of achttien jaar. Werkgever weigerde de vergoeding echter te betalen, omdat hierop geen recht bestaat indien werknemer in aanmerking komt voor het algemeen ouderdomspensioen. Volgens het HvJ is sprake van een onderscheid naar leeftijd. Doel van de ontslagvergoeding is het faciliteren van de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking voor oudere werknemers met een aanzienlijk aantal dienstjaren bij dezelfde werkgever. Uit de Deense parlementaire stukken bij deze wet blijkt dat personen die aanspraak maken op een ouderdomspensioen over het algemeen de arbeidsmarkt verlaten. De beperking van de ontslagvergoeding beoogt te bewerkstelligen dat werkgevers ontslagen werknemers met veel dienstjaren geen dubbele vergoeding betalen die geen enkel doel op het gebied van werkgelegenheid dient. Het Hof oordeelt dat dit doel legitiem is en het middel passend en noodzakelijk is, zodat geen verboden onderscheid wordt gemaakt. Van belang in deze zaak was dat het ouderdomspensioen – anders dan in het Andersen-arrest – niet verplicht inging indien een werknemer met een bepaalde leeftijd werd ontslagen, zodat het ontslag ook niet een lagere pensioenuitkering tot gevolg had. Gelet op deze uitspraak lijkt het erop dat het uitsluiten van de transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst van werknemers wegens het bereikt hebben van de AOW-gerechtigde of de pensioengerechtigde leeftijd wordt opgezegd, géén verboden onderscheid naar leeftijd met zich meebrengt. Ter motivering heeft het Nederlandse kabinet het Odar-arrest van het HvJ gespiegeld. In dit verband overwoog het kabinet dat het bij het niet toe-

163 HvJ 26 februari 2015, zaak C-515/13 (Østre Landsret/Tekniq).

kennen van de transitievergoeding gaat om werknemers die al een ouderdomspensioen ontvangen en niet om werknemers die daar op afzienbare termijn aanspraak op kunnen maken.[164] Het is echter de vraag of deze redenering ook opgaat in de toekomst indien steeds minder mensen recht hebben op een volledig AOW-pensioen en het aanvullende pensioen ontbreekt of zeer mager is.

3.11 *Seniorenregelingen*

De seniorenregeling bestaande uit het toekennen van extra vakantiedagen aan of arbeidsduurvermindering voor oudere werknemers kwam in 2004 onder vuur te liggen toen de Commissie in enkele zaken oordeelde dat dergelijke regelingen een verboden leeftijdsonderscheid maken.[165]

Oordeel 2004/118 zag op een regeling die voorzag in extra vakantiedagen bij het bereiken van een bepaalde leeftijd respectievelijk bij het bereiken van een bepaalde anciënniteit. Wat betreft de eerste regeling (bij bereiken bepaalde leeftijd) gaf de werkgever aan dat het doel van deze regeling was het kunnen handhaven van oudere werknemers door hen meer mogelijkheden te geven om uit te rusten, waardoor naar verwachting de individuele belastbaarheidsgrens niet of minder snel zou worden bereikt. De Commissie overwoog dat ten aanzien van de betrokken werkgever niet vast is komen te staan dat de belastbaarheid van werknemers afneemt naarmate zij ouder worden. Ook uit een TNO-rapport zou blijken dat een dergelijke conclusie niet in zijn algemeenheid kan worden getrokken.[166] Voorts zou blijken dat in het ziekteverzuim bij werkgever geen verschillen te zien zijn per leeftijdsgroep. In dit verband overwoog de Commissie dat er geen werkelijke behoefte bestond om werknemers meer rustmogelijkheden te geven, zodat er geen sprake is van een legitiem doel. Wat betreft de tweede regeling (bij bereiken anciënniteit) gaf de werkgever als doel aan het belonen van loyaliteit, met als onderliggende redenen het bevorderen van motivatie, het beperken van het personeelsverloop en het waarderen van kennis en ervaring van werknemers. De Commissie achtte dit doel legitiem en het middel passend, maar niet noodzakelijk. Er zouden immers alternatieven zijn waarbij geen leeftijdsonderscheid werd ge-

164 E. Lutjens, 'Pensioengerechtigde leeftijd en einde arbeidsovereenkomst onder de WWZ', *TVP* 2015/4.

165 CGB 2004-118 en 2004-150.

166 A. Nauta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers*, TNO Arbeid, Hoofddorp 2004.

maakt, zoals het verstrekken van betaalde opleidingen, deeltijdwerk, salarisverhogingen en het toekennen van bonussen.

Oordeel 2004/150 zag op een regeling voor arbeidsduurvermindering: werknemers van 57,5 jaar en ouder die ten minste tien jaar in dienst zijn konden minder werken met behoud van 50% van hun salaris over de uren die zij minder gaan werken.[167] Doel van de regeling is het bieden van de mogelijkheid aan werknemers om geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces om zich voor te bereiden op hun pensionering. Volgens de Commissie was het doel van de regeling legitiem. Het middel is echter niet geschikt om het doel te bereiken, omdat werknemers van 57,5 jaar en ouder die geen tien jaar in dienst zijn een even grote behoefte kunnen hebben om geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces als werknemers die wél voldoen aan het tiendienstjarencriterium. Volledigheidshalve merkt de Commissie nog op dat indien het middel wel passend zou zijn het middel dan niet noodzakelijk is, omdat er minder vergaande alternatieven voorhanden zijn, zoals een pensioencursus. Bovendien zou het middel niet in evenredige verhouding tot het doel staan. Anders oordeelde de Commissie ten aanzien van extra vakantiedagen voor productiemedewerkers.[168] De werkgever had er belang bij om productiewerknemers te belonen voor trouwe dienst, omdat het ongeveer zeven jaar duurde voordat een productiewerknemer zijn functie volledig beheerste. Omdat dit argument niet opging voor het kantoorpersoneel bij diezelfde werkgever, oordeelde de Commissie dat voor hen de regeling van extra vakantiedagen wél discriminatoir was.

Deze uitspraken oogstten veel kritiek in de literatuur.[169] De Commissie zou te veel waarde hechten aan het TNO-rapport. Dit terwijl TNO bij de belastbaarheid van werknemers geen rekening zou hebben gehouden met het '*healthy worker effect*', dat wil zeggen dat de werknemers die langer doorwerken op hogere leeftijd slechts een selecte groep vormen. In dat verband zou het vergelijken van jongeren met ouderen in de werknemerspopulatie niet zonder meer een juiste maatstaf zijn voor de relatie tussen leeftijd en belastbaarheid, omdat meer oudere werknemers het arbeidsproces zullen hebben verlaten.[170] Daarnaast zou ander onderzoek aantonen

167 CGB 2004-110.
168 CGB 2005-110.
169 Zie onder meer A. Joosten, 'Seniorendagen onder vuur!?', *ArbeidsRecht* 2005, 54; M. Heemskerk, 'Leeftijdsdiscriminatie bedreigt arbeidsvoorwaarden', *NJB* 2006, 8 en M.S.A. Vegter, 'Extra vakantiedagen voor oudere werknemers', *SR* 2004-11.
170 M.J.J. Dankbaar & M. Heemskerk, 'Leeftijd', *Oordelenbundel CGB 2006*, p. 199.

dat vanaf 45 jaar verouderingsverschijnselen zichtbaar worden en de belastbaarheid van oudere werknemers zou afnemen.[171] Dat zou men name gelden voor zogenoemde *blue collar*-werknemers. Naar aanleiding van de kritiek heeft de Commissie de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek gevraagd een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies en de relatie tussen leeftijd en belasting op objectieve wijze kan worden gemeten. Dit heeft geleid tot een literatuuronderzoek en een checklist voor de praktijk.[172] Vervolgens heeft de Commissie een advies gepubliceerd over de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.[173] In dit advies geeft de Commissie aan dat zij seniorenregelingen voortaan in de context van een leeftijdsfasebewust personeelsbeleid toetst indien en voor zover sociale partners daadwerkelijk een dergelijk beleid hebben ontwikkeld. Is er géén leeftijdsfasebewust personeelsbeleid van toepassing, dan wordt de seniorenregeling sec getoetst in plaats van in een bredere context.

In een later advies werkt de Commissie nader uit wat onder leeftijdsfasebewust personeelsbeleid alsmede de contextuele toets moet worden verstaan.[174] Onder leeftijdsfasebewust personeelsbeleid verstaat de Commissie beleid dat:

i. tot doel heeft een duurzame en optimale inzetbaarheid te bewerkstelligen van alle werknemers van alle leeftijden in een organisatie; en
ii. daartoe passende – waaronder in ieder geval activerende – maatregelen omvat die rekening houden met de fysieke, mentale en sociale omstandigheden van werknemers, die verband houden met hun leeftijd of levensfase.

Van belang is dat een leeftijdsfasebewust personeelsbeleid wordt onderbouwd, zodat inzichtelijk wordt wat de redenen zijn voor het voeren van een dergelijk beleid, welke doelen daarmee worden nagestreefd en welke eventuele alternatieven mogelijk en afgewogen zijn. In een contextuele toetsing zal de Commissie nagaan of de betreffende seniorenregeling, in combinatie met de andere regelingen, een serieus te nemen bijdrage levert aan het behoud van duurzame inzetbaarheid van (oudere) werknemers.

---

171 M. van den Bogaard, W. de Lange & W. van Poppel, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd,* IVA, Tilburg, februari 2005.

172 Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek, *Regelingen voor oudere werknemers, checklist voor de Commissie Gelijke Behandeling,* Tilburg, najaar 2005.

173 CGB-advies 2006/4.

174 Advies CGB van 9 maart 2009, 2009/03 inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.

In geval van een contextuele toetsing zal volgens de Commissie sneller van een legitiem doel worden uitgegaan en zal op een lichtere wijze getoetst worden of sprake is van een passend en noodzakelijk middel.

In de loop der jaren werd menige seniorenregeling afgeschaft, al dan niet met het toekennen van compensatie aan de getroffen groep. In 2010 heeft de Commissie over een dergelijke compensatieregeling geoordeeld.[175] De oorspronkelijke seniorenregeling bestond uit het toekennen van een extra vakantiedag vanaf het jaar dat de werknemer de leeftijd van 35, 40, 45, 50 respectievelijk 55 jaar bereikt. Na afschaffing van deze regeling vervielen de extra toegekende vakantiedagen en ontvingen de getroffen werknemers ter compensatie een toeslag van 0,4% van het jaarsalaris per 'ingeleverde' vakantiedag. Doel van deze regeling was om de getroffen werknemers financieel te compenseren voor het verlies aan extra vakantiedagen. Na een klacht van een jongere werknemer oordeelt de Commissie dat de beoogde compensatie voor het verlies aan opgebouwde rechten voldoet aan een werkelijke behoefte en derhalve een legitiem doel is. Omdat met dit middel het doel kan worden bereikt en de Commissie geen alternatieven ziet die minder onderscheid maken, wordt het middel passend en noodzakelijk geacht.

In een andere zaak betreffende een compensatieregeling voor een vervallen seniorenregeling kwam de Commissie eveneens tot het oordeel dat het gemaakte leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd was.[176] Een seniorenregeling van een provincie voorzag in het verkorten van de arbeidsduur met 7% van werknemers van 60 jaar en ouder met behoud van salaris. Voor werknemers die op 1 januari 2010 60 jaar en ouder waren bleef deze regeling in stand. Voor jongere werknemers werd de regeling afgeschaft. De Commissie oordeelt dat het continueren van de regeling voor een bepaalde groep werknemers wegens het respecteren van verworven rechten een legitiem doel is. Eveneens wordt het middel passend en noodzakelijk geacht. Het door jongere werknemers voorgestelde alternatief om de regeling eveneens te continueren voor werknemers die bijna de 60-jarige leeftijd hebben bereikt, wordt door de Commissie niet passend geacht omdat dit het doel voorbij zou schieten.

175 CGB 2010-128.
176 CGB 2010-157.

Ook het Hof van Justitie laat rechtszekerheid voor bestaande werknemers prevaleren. In dit verband kan worden verwezen naar een arrest uit 2011.[177] Deze zaak betrof een Duitse CAO waarin tot 2005 onderscheid naar leeftijd werd gemaakt door het toepassen van leeftijdstrappen bij de salarisinschaling van werknemers. Vanaf 2005 werd het onderscheid in de salarisschalen gebaseerd op activiteit, ervaring en prestatie. Bestaande rechten die op basis van leeftijd waren toegekend werden gehandhaafd middels een overgangsstelsel. Volgens het Hof is deze overgangsregeling passend om het inkomensverlies van de betreffende werknemers te voorkomen.[178]

4 EEN BLIK OP DE TOEKOMST

Uit de hoeveelheid oordelen van de Commissie en Europese en nationale rechterlijke uitspraken inzake leeftijdsonderscheid bij pensioenaangelegenheden kan inmiddels een aantal vaste lijnen worden gedestilleerd. Het is echter de vraag of deze vaste lijnen ook toekomstbestendig zijn. De vraag of leeftijdsonderscheid al dan niet moet worden aangemerkt als verboden onderscheid hangt immers ook af van de maatschappelijke context waarbinnen dit onderscheid wordt gemaakt. Die maatschappelijke context is de afgelopen decennia veranderd. Er zijn grote demografische veranderingen: het aantal jongere geboortecohorten is sterk afgenomen en de levensverwachting is exponentieel toegenomen. Deze dubbele vergrijzing maakt het nodig oudere werknemers langer te laten participeren in het arbeidsproces. De arbeidsmarkt is aanzienlijk gewijzigd en werknemers wisselen vaker van baan of wisselen werk in loondienst af met periodes van zelfstandig ondernemerschap. Door de dubbele vergrijzing en de situatie op de financiële markten zijn de afgelopen tien jaar – mede door wijzigingen van de fiscale regelgeving – pensioenregelingen in aanzienlijke mate versoberd en is het pensioen minder zeker dan voorheen. De dubbele vergrijzing werpt tevens een ander licht op solidariteit tussen generaties.

---

177 HvJ 8 september 2011, zaak C-297/10 (Land Berlin/Mai).

178 Overigens lijkt het erop dat werknemers continuering van een discriminatoire regeling niet kunnen afdwingen. In dit verband heeft Hof Arnhem zich uitgelaten over een afgeschafte seniorenregeling bestaande uit het toekennen van extra vakantiedagen aan oudere werknemers (Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/143). De zaak was aangespannen door werknemers die zich verzetten tegen afschaffing van de seniorenregeling. In eerste instantie had de kantonrechter overwogen dat de seniorenregeling verboden leeftijdsonderscheid met zich meebracht. In dit verband oordeelde het hof dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de werkgever aan deze nietige regeling te houden.

Al die omstandigheden kunnen ertoe leiden dat de komende jaren anders aangekeken wordt tegen onderscheid op grond van leeftijd. De uitkomst van de toets of een onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd is immers onderhevig aan maatschappelijke veranderingen. Datzelfde geldt voor de specifiek geformuleerde uitzonderingsgronden in de WGBL en de vraag of deze in lijn zijn met de Kaderrichtlijn.

In dit hoofdstuk gaan wij nader in op enkele onderwerpen die naar onze verwachting in de toekomst discussie zouden kunnen oproepen over de vraag of een verboden onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Deze onderwerpen zijn: premiestelling bij pensioenregelingen (met inbegrip van nettopensioen), doorbouw van pensioen na pensioengerechtigde leeftijd en pensioenontslag.

4.1 *De premiestelling in de pensioenregeling*

In beschikbarepremieregelingen wordt doorgaans de premie vastgesteld aan de hand van één van de fiscale staffels. Met de gestaffelde premie wordt (op basis van een fictieve rekenrente) de jaarlijkse opbouw in een middelloonregeling nagebootst. Doordat de kosten voor een jaar pensioeninkoop van een jongere werknemer veel lager zijn dan voor een oudere werknemer, stijgt de staffelpremie naarmate de leeftijd van de werknemer vordert. Zoals aangegeven in par. 2.6 is het ook mogelijk een voor iedereen gelijke premie te hanteren. In dat geval moet – om fiscale redenen – gebruik gemaakt worden van de laagste trede in de staffel, omdat jongeren anders een fiscaal bovenmatig pensioen opbouwen. Er kan dan nauwelijks een adequaat pensioen worden opgebouwd. Mede om die reden is het gebruik van een progressieve premiestaffel waarbij met de leeftijd rekening wordt gehouden zeer gebruikelijk. Met toepassing van een progressieve staffel wordt met een ongelijke premie getracht een voor iedereen gelijk recht op uitgesteld pensioen te kunnen aankopen.

Bij uitkeringsovereenkomsten (eindloonregelingen en middelloonregelingen) wordt per jaar een voor iedere werknemer gelijk percentage van de pensioengrondslag aan pensioen toegekend. Dit impliceert dat de kosten voor pensioeninkoop stijgen naarmate de leeftijd van de werknemer vordert. Het is gebruikelijk dat in middelloonregeling of eindloonregeling iedere werknemer eenzelfde percentage van de pensioengrondslag aan eigen bijdrage is verschuldigd. Het premieverschil is zichtbaar in de werkgeversbijdrage aan de pensioenregeling. In die zin is er – met uitzondering van het feit dat de fiscale staffels zijn gebaseerd op een fictieve

rente – feitelijk geen verschil tussen de premie in een beschikbarepremieregeling en de premie in een uitkeringsovereenkomst.

Dat is overigens anders als er een doorsneepremie wordt gehanteerd. Bij hantering van een doorsneepremie is de voor of door werknemers verschuldigde bijdrage voor alle werknemers gelijk of bedraagt voor alle werknemers een gelijk percentage van het loon of van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking komt.[179] De hantering van een doorsneepremie is in elk geval verplicht indien de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dit is slechts anders indien het een vrijwillige pensioenvoorziening betreft die door een dergelijk fonds wordt uitgevoerd. Met de doorsneepremie is er een gelijkheid aan premie terwijl de prestatie (de uitgestelde pensioenuitkering) enorm in waarde verschilt al naar gelang de leeftijd van de werknemer.

Zowel de staffels als de doorsneepremie staan ter discussie. In dit onderdeel gaan wij in op die discussie.

4.1.1 *Beschikbarepremiestaffels*

Zoals uitgebreid behandeld in par. 3.6.4 heeft het HvJ in 2013 geoordeeld over het gebruik van actuariële berekeningselementen bij de vaststelling van de premie in een beschikbarepremieregeling.[180] Kort gezegd heeft het HvJ geoordeeld dat art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat de algemeen door lidstaten op te nemen uitzondering voor actuariële berekeningselementen waarbij met de leeftijd rekening wordt gehouden slechts geldt indien en voor zover ze worden toegepast in het kader van het hanteren van een toetredings- of pensioenleeftijd. Volgens het HvJ is daar in deze zaak geen sprake van, zodat geen beroep op de algemene uitzondering van art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn kan worden gedaan. Ten aanzien van de vraag of het gebruik van leeftijdsafhankelijke criteria kan worden gerechtvaardigd op grond van art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn, is vanuit de Deense regering en Experian aangevoerd dat met het hanteren van progressieve bijdragen oudere werknemers die later in dienst komen toch nog in staat zijn een redelijk pensioenbedrag bijeen te sparen. Daarnaast stelt het jongeren in de gelegenheid over een groter deel van hun inkomen te beschikken. Het HvJ oordeelt dat deze doelstellingen legitiem en de maatregelen passend kunnen zijn, mits de maatregelen de

179 Art. 8 Wet Bpf 2000.
180 HvJ 26 september 2013, zaak C-476/11 (Danmark/Experian), *PJ* 2013/176.

beoogde doelstelling daadwerkelijk en op coherente en systematische wijze nastreven. Dit is aan de verwijzende rechter ter beoordeling.

De verwijzende rechter moet ervoor waken dat de maatregel niet verder gaat dan nodig is om het doel te bereiken. Bij dat oordeel moet de rechter tevens onderzoeken of de nadelige gevolgen van de ongelijke behandeling door voordelen in de pensioenregeling (in casu de lagere werknemersbijdrage voor jongeren) worden gecompenseerd. In dat verband is de conclusie van A-G Kokott interessant. De A-G stelt vast dat – door de hantering van progressieve bijdragen – inderdaad bewerkstelligd wordt dat werknemers die later in dienst treden toch nog een adequaat pensioen kunnen opbouwen. Bij de hantering van de progressieve bijdragen wordt echter niet per geval bezien of dat ook nodig is. De progressiviteit wordt immers uniform toegepast zonder dat eerst wordt vastgesteld of een hogere bijdrage nodig is om nog een adequaat pensioen te kunnen opbouwen. Kokott vraagt zich tevens af of variatie in de werknemerspremie (met een gelijkblijvende werkgeverspremie) niet ook een oplossing zou zijn. Daarnaast vraagt de A-G zich af of de nadelen van de ongelijke behandeling wel in voldoende mate worden gecompenseerd. Doordat de werknemerspremie een percentage van de werkgeverspremie is, resulteert de systematiek van de progressieve premie erin dat voor jongere werknemers een iets lagere eigen bijdrage is verschuldigd waardoor de jongere werknemer iets meer besteedbaar inkomen overhoudt. Ook het Hof stelt die vraag. Dit is interessant omdat de Commissie meermalen heeft geoordeeld (zie par. 2.4) dat de werknemerspremie *geen* percentage mag zijn van de totale premie, doch (bijvoorbeeld) een percentage moet zijn van de pensioengrondslag. De redenering daarachter was dat het verschil in eigen bijdrage niet onder de uitzondering opgenomen in art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn zou vallen en evenmin anderszins gerechtvaardigd was omdat er ook andere middelen waren om het doel (een voor de werkgever betaalbare pensioenvoorziening aan te bieden) te bereiken. Nu werd in het arrest Kristensen een ander argument aangevoerd voor het verschil in premie, maar in elk geval maakt de uitspraak duidelijk dat een verschil in werknemersbijdrage wel mogelijk kan zijn. Het Hof acht de lagere werknemersbijdragen voor jongere werknemers niet op voorhand ontoelaatbaar en geeft in wezen de verwijzende rechter de opdracht te onderzoeken of de nadelige gevolgen van de progressieve werkgeversbijdrage (al dan niet in voldoende mate) gecompenseerd worden door het voordeel van de lagere werknemersbijdrage.

Opvallend is tevens dat in het arrest als mogelijke rechtvaardiging voor de progressiviteit het feit naar voren wordt gebracht dat de kosten voor de dekking van het overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsrisico toenemen naarmate de leeftijd vordert. In r.o. 65 oordeelt het Hof immers dat de progressiviteit om die reden passend lijkt. Wat Nederland betreft kunnen daar vraagtekens bij worden gezet. Met name omdat in Nederlandse beschikbarepremieregelingen vaak een dalende overlijdensrisicoverzekering wordt afgesloten. Het risico op overlijden neemt weliswaar toe, maar door de daling van het verzekerde bedrag stijgt de premie niet noodzakelijkerwijs. Belangrijker is echter dat in het arrest op geen enkel moment de rentecomponent wordt betrokken in de actuariële berekeningselementen. Ook niet zijdelings door te refereren aan de korte periode die nog resteert tot de pensioendatum; er wordt uitsluitend gerefereerd aan de korte periode van opbouw. Gegeven de zeer beperkte stijging van de premie in de zaak Kristensen is aannemelijk dat de rentecomponent ook daar geen rol speelde in de stijging van de premie. Dit is interessant omdat in Nederland de progressiviteit in de staffels zeker niet uitsluitend terug te voeren is op de mogelijk hogere kosten voor de risicodekkingen. De stijging van de staffelpremie wordt immers in overwegende mate veroorzaakt door de rentecomponent. Vooralsnog is niet duidelijk of dat is toegestaan onder de Kaderrichtlijn.[181]

4.1.2 *De doorsneepremie*

Bij de hantering van een doorsneepremie is er geen actuariële equivalentie tussen de feitelijke pensioenkosten ten aanzien van een individuele werknemer en de voor en door hem bijgedragen premie. De actuarieel benodigde premie voor een oudere werknemer is vele malen hoger dan de actuarieel benodigde premie voor een jongere werknemer. Dit verschil in kostprijs is grotendeels terug te voeren op de lengte van de rentedragende periode. Ondanks dit prijsverschil wordt voor en door iedere werknemer een gelijk percentage van de pensioengrondslag betaald en verwerft iedere werknemer met hetzelfde salaris in enig jaar in een salarisdiensttijdregeling een even hoog pensioen. Jongeren betalen hierdoor meer (of kunnen hierdoor meer betalen) dan ze aan rechten opbouwen. In de aanvang, bij de totstandkoming van bedrijfstakbrede pensioenfondsen, werd een doorsneepremie gehanteerd om een soepele overgang te bewerkstelligen naar kapitaaldekking. Dat kon indertijd ook betrekkelijk eenvoudig worden gerealiseerd, omdat voor een jong fonds de doorsnee-

181 Daarbij laten wij nog even buiten beschouwing dat in de staffels een rente wordt gehanteerd die veel hoger is dan de actuele marktrente.

premie laag ligt. In die tijd was er ook sprake van een duidelijk bedoelde herverdeling (subsidiëring) van de omvangrijke groep jongere werknemers richting oudere werknemers, die nog niet in de gelegenheid waren geweest pensioen op te bouwen.[182] Er was een solidariteit die betracht werd ten aanzien van een zwakke groep: de ouderen. Ouderdom stond gelijk aan armoede en het werd wenselijk geacht dat met die groep solidariteit werd betracht. Van oudsher wordt de doorsneepremie gezien als de ultieme uiting van solidariteit.[183]

Ook het kabinet is steeds deze opvatting toegedaan. In de nota 'Flexibilisering en verplichtstelling'[184] stelde het kabinet dat groepssolidariteit wordt bereikt door middel van het heffen van doorsneepremies. In de memorie van toelichting bij de Wet Bpf 2000 gaf het kabinet aan dat de beperking van de marktwerking in de tweede pijler alleen te rechtvaardigen is als er een grote mate van solidariteit is. Deze solidariteit – zo stelde het kabinet – wordt met name bereikt door het heffen van doorsneepremies.[185] Deze opvatting werd herhaald in de notitie inzake de taakafbakening tussen fondsen en verzekeraars.[186] Via de voorwaarde van een doorsneepremie wordt solidariteit gerealiseerd tussen werknemers en werkgevers die deelnemen aan het pensioenfonds. Het kabinet – zo stelde de nota – achtte deze verregaande vorm van solidariteit noodzakelijk om de beperking van de marktwerking ten gevolge van de verplichtstelling te rechtvaardigen.

Het solidariteitsaspect van de doorsneepremie is ook aan de orde geweest in een aantal uitspraken van het HvJ. In een aantal voorgelegde zaken[187] was de vraag aan de orde of en in hoeverre de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen op gespannen voet staat met de regels betreffende mededinging. In de zaak Drijvende Bokken[188] heeft de Maatschappij

182 T.A.H. Boeijen e.a.,'Leeftijdsolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer, Deventer 2006, p. 147-165; CPB notitie, *Eindrapportage 'Voor- en nadelen doorsneesystematiek'*, CPB, Den Haag 2013, p. 1.

183 J. Tamerus, 'Gaan we in het pensioencontract differentiëren?', *TPV* 2008/4, p. 100-106; E. Lutjens, 'Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?', *TPV* 2007/3, p. 84-89.

184 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 014, nr. 1.

185 Kamerstukken II, 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 3.

186 Kamerstukken II, 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 29.

187 HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), *Jur.* 1999, p. I-6121, zaak C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, p. I-5751 en zaak C-115/97 (Brentjes), *Jur.* 1999, p. I-6025.

188 HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), *Jur.* 1999, p. I-6121.

Drijvende Bokken over een aantal jaren geweigerd pensioenpremie te betalen omdat de Maatschappij Drijvende Bokken van oordeel is dat de verplichte deelneming in strijd is met art. 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans art. 105, 106 en 109 VWEU).[189] Het pensioenfonds vorderde bij dwangbevel de verschuldigde premie, waarop Drijvende Bokken verzet aantekende bij Kantonrechter Rotterdam. Drijvende Bokken kreeg gelijk, doch werd nadien in het ongelijk gesteld door de rechtbank.In cassatie stelt de Hoge Raad vast dat er vragen zijn met betrekking tot de uitleg van de bewuste artikelen uit het Verdrag en de Hoge Raad stelt daarom een aantal prejudiciële vragen aan het Hof.[190] Het HvJ stelt vast dat de verlening van het exclusieve recht noodzakelijkerwijs een concurrentiebeperking tot gevolg heeft en dat derhalve moet worden onderzocht of de verlening van het exclusieve recht kan worden gerechtvaardigd als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een, aan dit fonds opgedragen, bijzondere sociale taak van algemeen belang in de zin van art. 90, lid 2, EG-Verdrag. Daarbij geeft het Hof aan dat de solidariteitsaspecten van de pensioenregeling de verlening van het exclusieve recht zouden kunnen rechtvaardigen.[191] Vervolgens stelt het Hof vast dat er een hoge mate van solidariteit is. Die uit zich in het hanteren van een doorsneepremie, de acceptatieplicht, de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname van premies bij faillissement van de werkgever en de indexatie van pensioenen. Door deze solidariteitskenmerken kan het fonds minder concurrerend zijn dan verzekeraars en dat rechtvaardigt de toekenning van het exclusieve recht. De verplichtstelling is, aldus het Hof, nodig om de solidariteit te kunnen handhaven.

Opvallend daarbij is dat een aantal van de door het Hof opgesomde solidariteiten al geruime tijd aanwezig is in *alle* pensioenregelingen. Zo worden na invoering van de Wet Medische Keuringen minder gezonde werknemers zonder meer opgenomen in de pensioenregeling, ongeacht door wie die regeling wordt uitgevoerd. Tevens is het gebruikelijk dat in iedere pensioenregeling premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid is verzekerd. In geval van faillissement neemt op grond van art. 61, lid 1, WW, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) de loonverplichtingen van de werkgever over. Tevens heeft de werknemer er recht op dat het UWV voor een bepaalde periode de achterstallige pensioenpremie betaalt, indien de werkgever deze ten gevolge van het

189 M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Kluwer, Deventer 2006, p. 105.
190 HR 6 juni 1997, *PJ* 1997/59.
191 HvJ 21 september 1999, zaak C-219/97 (Drijvende Bokken), *Jur*. 1999, p. I-6121, r.o. 76.

faillissement niet heeft betaald.[192] Indexatie, tot slot, blijkt niet alleen voor te komen bij verplicht gestelde regelingen, maar ook bij pensioenregelingen die door andere uitvoerders dan bedrijfstakpensioenfondsen worden uitgevoerd. Indexatie kan bovendien – ook bij bedrijfstakpensioenfondsen – achterwege blijven. Ook Lutjens geeft aan dat de genoemde solidariteiten niet typisch kenmerkend zijn voor bedrijfstakpensioenfondsen.[193] Daarmee is de enige 'solidariteit' die eigen is aan de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling de hantering van een doorsneepremie.

De solidariteit – in de zin van herverdeling van jong naar oud – die inherent is aan de hantering van een doorsneepremie, is niet of nauwelijks verborgen. Die solidariteit staat echter onder druk.[194] Op de eerste plaats wordt dit veroorzaakt door de demografische ontwikkelingen. De levensverwachting is sinds 1960 aanzienlijk toegenomen. Daarnaast zijn de naoorlogse geboortegolf en het lage geboortecijfer nadien van wezenlijke invloed geweest op de bevolkingsopbouw. Daardoor neemt de grijze druk – de verhouding tussen het aantal 65-plussers en de bevolking tussen de 15 en 65 jaar – toe. De grijze druk bedraagt in 2005 22% en loopt via 40% in 2030 op tot 51% in 2050. Er zijn daardoor relatief weinig jongeren die meebetalen aan de omvangrijke pensioenkosten van een relatief groot aantal ouderen. De omgekeerde piramide zet het stelsel onder druk en bewerkstelligt dat er aanzienlijke overdrachten zijn van jongeren naar ouderen.[195] In de loop der tijd is een situatie ontstaan waarin de ouderen al pensioen hebben opgebouwd en dus niet meer per definitie de zwakkere groep zijn.[196] De oorspronkelijke reden voor de herverdeling is daarmee komen te vervallen.

---

192 N. Hanssen, 'Gevolgen pensioen werknemers bij faillissement werkgever', *Pensioen & Praktijk* 2007, nr. 3, p. 5–13.

193 E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Kluwer, Deventer 1999, p. 61.

194 D. Boeijen e.a., 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *TPV* 2007/3, p. 79-83; A.W.A. Boot, 'Naar een houdbaar pensioenstelsel', *ESB* 2003 p. 52-55; E. Ponds, 'Fair pensioen voor jong en oud', *ESB* 2003, p. 28-31.

195 A.W.A. Boot, *Advies inzake Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam 2007, p. 11.

196 Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, advies van 16 juni 2008, p. 92.

Door de hantering van de doorsneepremie vindt er overdracht, subsidiëring, plaats van jong naar oud.[197] De subsidiëring van ouderen door jongeren is een ex ante solidariteit. Deze ex ante solidariteit kan onder 'ideale' omstandigheden gedragen worden door wederkerigheid.[198] Indien iedereen gedurende een gelijke periode deelneemt aan een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, komt uiteindelijk iedereen gelijk uit en heeft er dus feitelijk geen subsidie plaatsgevonden.[199] De hantering van een doorsneepremie is dan meer een instrument van efficiency, dan dat er bewuste inkomensoverdrachten mee worden beoogd. Als echter niet aan die voorwaarde wordt voldaan, is er een voordeel voor de late toetreder, een nadeel voor de vroege uittreder en (met name in een eindloonregeling) een voordeel voor de late carrièremaker.[200] Deze voor- en nadelen zijn nimmer beoogd. Inmiddels is dan ook de discussie rond de houdbaarheid van de doorsneepremie volop losgebarsten. Zeker nadat de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op verzoek van de Tweede Kamer onderzoek heeft laten doen naar de effecten van de hantering van de doorsneepremie.[201]

Hantering van een doorsneepremie leidt bij de (wat oudere) jongeren ook tot een fors nadeel indien tussentijds de pensioenregeling wordt versoberd. Men heeft dan jarenlang meebetaald aan een royalere regeling, terwijl in de toekomst een soberder pensioen wordt opgebouwd. Op deze manier profiteert men dus niet meer van de baten van de doorsneesystematiek. Bij de hele discussie rond de hantering van een doorsneepremie is dit een onderbelicht aspect. Dit is opvallend, nu pensioenregelingen – deels door fiscale maatregelen – het afgelopen decennium aanzienlijk zijn versoberd.

---

197 T.A.H. Boeijen e.a., 'Leeftijdsolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer, Deventer 2006, p. 147-165; M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, Amsterdam 2005, p. 71; J.P.M. Bonenkamp, 'Macro-economische gevolgen van de doorsneepremie', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 24-28; J. Tamerus, 'Gaan we in het pensioencontract differentiëren?', *TPV* 2008/4, p. 100-106.

198 I.H. Vermeeren en W.C.M. Broersma, 'Solidariteit en collectieve beschikbarepremieregeling', in *De CDC-regeling: de stand van zaken anno 2008*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort 2008.

199 A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Kluwer, Deventer 2007, p. 64.

200 D. Boeijen e.a., 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *TPV* 2007/3, p. 79-83.

201 CPB notitie, *Eindrapportage 'Voor- en nadelen doorsneesystematiek'*, CPB, Den Haag 2013.

Door Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus werd destijds (in 2007 al!) voorgesteld het systeem van de doorsneepremie te handhaven, maar daarbij ook een degressieve opbouw te hanteren, waardoor er meer evenwicht is tussen premie en uitkering.[202] Lutjens geeft aan dat de Wet Bpf 2000 dit weliswaar niet verbiedt, maar dat aangenomen moet worden dat deze wet een gelijke opbouw beoogt, omdat er anders eigenlijk geen sprake meer zou zijn van solidariteit.[203] Volgens Lutjens zou bij het hanteren van een doorsneepremie sprake zijn van gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Essentieel is naar het oordeel van Lutjens de vraag wanneer solidariteit overgaat in niet aanvaardbare gelijke behandeling ondanks bestaande verschillen, dan wel leidt tot niet aanvaardbare inkomensoverdrachten.[204] En daarmee komen we bij de kern van het probleem.

Door de toenemende mobiliteit van de werknemer, de gewijzigde bevolkingsopbouw en de alsmaar wijzigende pensioenregelingen vindt er onbedoelde subsidiëring plaats. Het draagvlak voor deze vorm van solidariteit brokkelt af. Dit wordt ook nadrukkelijk naar voren gebracht in de Hoofdlijnen van een toekomstbestendig pensioenstelsel.[205]Maar tevens is de vraag aan de orde of de financieringssystematiek van de doorsneepremie een vorm van solidariteit is, die ook juridisch als zodanig is te kwalificeren. Het Nederlandse pensioenstelsel is gebaseerd op solidariteit en in tal van notities en tal van parlementaire stukken wordt dit uitgangspunt bij voortduring herhaald. Wat echter exact verstaan moet worden onder solidariteit is minder duidelijk. Ook de Commissie gelijke behandeling en de rechter voeren solidariteit met enige regelmaat op als rechtvaardiging voor (bijvoorbeeld) leeftijdsonderscheid, zonder dat er een juridische kwalificatie is van dit begrip. Niettemin heeft het HvJ meermalen solidariteitsaspecten nader gepreciseerd. In het arrest Poucet/Pistre[206] geeft het Hof aan dat de solidariteit in het stelsel[207] tot uiting komt in het feit dat het stelsel gefinancierd wordt door bijdragen die inkomensafhankelijk zijn terwijl de uitkeringen voor iedereen gelijk zijn. Deze solidariteit, aldus het Hof, impliceert een herverdeling van inkomens tussen de meest

202 D. Boeijen e.a., 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *TPV* 2007/3, p. 79-83.
203 E. Lutjens, 'Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?', *TPV* 2007/3, p. 84-89.
204 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers,* Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 727.
205 Hoofdlijnen van een toekomstbestendig pensioenstelsel, brief d.d. 6 juli 2015 van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
206 HvJ 17 februari 1993, zaak C-159/91 en C-160/91 (Poucet Pistre), *Jur.* 1993, p. I-00637, r.o. 10.
207 Het betrof hier een stelsel van ziekte- en moederschapsuitkeringen.

welgestelden en degenen die van de noodzakelijk sociale bescherming verstoken zouden blijven. Tot eenzelfde oordeel komt het HvJ in de zaak Cisal.[208] Het Hof stelt dat het ontbreken van een rechtstreekse band tussen de betaalde bijdragen en de toegekende prestaties een solidariteit impliceert tussen de werknemers met de hoogste inkomsten, en die welke vanwege hun geringe inkomsten van een adequate sociale dekking verstoken zouden blijven, indien een dergelijke band wel bestond. Zo oordeelt het Hof consequent ook in het arrest Kattner.[209] Dit impliceert dat het Hof de hantering van een voor iedereen gelijke premie (of in elk geval een premie waarbij er geen relatie is tussen de premie en de prestatie) toelaatbaar acht, doch deze slechts als solidair kwalificeert indien er een herverdeling is van de beter betaalde werknemer naar de minder betaalde werknemer. Een herverdeling die tot gevolg heeft dat de inkomensverschillen tussen lage en hoge inkomensgroepen juist worden vergroot, wordt wel aangeduid als omgekeerde[210] of perverse[211] solidariteit.

Bij de hantering van de doorsneesystematiek vindt er een herverdeling plaats van jongere werknemers naar oudere werknemers. Bonenkamp en Nijman geven bovendien aan dat de doorsneepremie vooral deelnemers met een hoog inkomen bevoordeelt.[212] Dit impliceert dat de herverdeling niet 'de goede kant' op gaat en daarmee juridisch niet is te kwalificeren als een solidariteit. In dit verband zou geconcludeerd kunnen worden dat de solidariteit is overgegaan tot een niet aanvaardbare gelijke behandeling ondanks bestaande verschillen, dan wel leidt tot niet aanvaardbare inkomensoverdrachten.[213] Het beginsel van gelijke behandeling omvat de gelijke behandeling van personen in een vergelijkbare situatie. Dit is ook expliciet opgenomen in art. 2, lid 1, onderdeel a, Kaderrichtlijn. Gelijke

208 HvJ 22 januari 2002, zaak C-218/00 (Cisal), *Jur.* 2002, p. I- I-00691, r.o. 42.
209 HvJ 5 maart 2009, zaak C-350/07 (Kattner), *Jur.* 2009, p. I-01513, r.o. 59.
210 Th. E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.
211 J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Lemma, Utrecht 2005, p. 120; R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, The World Bank, Washington 2005, p. 27.
212 J. Bonenkamp, *Measuring lifetime redistribution in Dutch occupational pensions*, CPB Discussion Paper no. 81, CPB, Den Haag 2007, p. 12; Th.E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.
213 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers,* Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 727.

behandeling is derhalve niet de norm, maar gelijke behandeling van gelijke gevallen.[214]

4.1.3 *Bijdrage werkgever aan nettopensioen*

Met de inwerkingtreding van de versobering van de fiscale facilitering van pensioenopbouw per 1 januari 2015 is eveneens een nettovoorziening in de tweede pijler geïntroduceerd (nettopensioen).[215] Het nettopensioen kan alleen gerealiseerd worden via een beschikbarepremieregeling. De premies binnen de nettopensioenregeling worden afgeleid van de staffels uit het fiscale staffelbesluit.[216] Voor de fiscale facilitering van het nettopensioen is vereist dat áls een werkgeversbijdrage wordt verstrekt voor deelname aan deze regeling, deze bijdrage ook tot minimaal hetzelfde bedrag wordt verstrekt aan vergelijkbare werknemers die niet aan deze regeling willen deelnemen.[217] Indien de bijdrage bestaat uit een percentage van de pensioengrondslag dat stijgt naarmate de werknemer ouder wordt, roept dit de vraag op of een verboden onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Oudere werknemers zullen immers een hoger percentage ontvangen dan jongere werknemers.

Art. 8, lid 3, WGBL bevat kort gezegd een uitzondering op het verbod op leeftijdsdiscriminatie voor aanvullende pensioenregelingen indien sprake is van het gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen. Omdat een cashbijdrage niet kwalificeert als pensioenregeling, zal deze specifieke uitzonderingsgrond onzes inziens niet opgaan.[218] De Commissie oordeelde echter anders in 2007.[219] In casu ging het om het in cash aanwenden van

---

214 S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2004, p. 47; HvJ 27 mei 2004, zaak C-285/02 (Elsner), *Jur.* 2004, p. I-5861.

215 Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen, *Stb.* 2014, 196 en wet van 2 juni 2014 tot wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014, *Stb.* 2014, 197. Daarnaast is buiten de tweede pijler de faciliteit van een nettolijfrente gecreëerd.

216 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. I, p. 7.

217 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. F, p. 7 en art. 5.16c, lid 1, onderdeel d, van de wet van 2 juni 2014 tot wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014, *Stb.* 2014, 197.

218 CGB 7 april 2006, oordeel 2006-62. Volledigheidshalve verwijzen wij ook nog naar de CGB 28 augustus 2006, oordeel 2006-187 waarin expliciet werd opgemerkt dat een toetredingsleeftijd in de compensatieregeling niet onder de specifieke uitzonderingsgrond van art. 8, lid 2, WGBL valt. Dit, omdat de compensatiemaatregel niet kon worden gekwalificeerd als pensioenvoorziening.

219 CGB 17 april 2007, oordeel 2007-64.

(een deel van) de premies die eerder onder de specifieke uitzonderingsgrond van art. 8, lid 3, WGBL vielen. Volgens de Commissie zijn 'deze bedragen (…) deel uit gaan maken van de arbeidsvoorwaarden die ook na wijziging van de fiscale wetgeving in verband met de Wet VPL gestand moeten worden gedaan'. In dit verband oordeelde de Commissie dat niet alsnog een verboden onderscheid wordt gemaakt door deze premies nu in cash uit te keren. Wij zijn van mening dat de Commissie de specifieke uitzonderingsgrond van art. 8, lid 3, WGBL hier te veel heeft opgerekt. Lid 3 spreekt immers alleen van 'actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen'.[220] Dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid restrictief moeten worden uitgelegd, blijkt ook uit jurisprudentie van het HvJ.[221] Uiteraard geldt ten aanzien van het voorgaande de vraag of deze specifieke uitzonderingsgrond überhaupt wel in lijn is met de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.[222] Kortheidshalve volstaan wij in deze met een verwijzing naar de zaak Kristensen/Experian van het HvJ en naar onze eerdere opmerkingen in dit verband in par. 3.1.1.[223]

Vervolgens zal onderzocht dienen te worden of een beroep op de algemene objectieve rechtvaardigingsgrond soelaas biedt. Hierbij kan verwezen worden naar een oordeel van de Commissie uit 2006.[224] In het kader van aanpassing van de pensioenregeling als gevolg van de Wet VPL was een compensatieregeling getroffen, bestaande uit een levensafhankelijke werkgeversbijdrage in de levensloopregeling. Deze bijdrage was gebaseerd op een van de fiscale beschikbarepremiestaffels. Nu de pensioenregeling een middelloon betrof, lijkt het erop dat deze beschikbarepremiestaffels enkel zijn geïntroduceerd voor aanwending van het compensatiebudget. De Commissie overwoog dat het middel niet passend was om het doel van een gelijk pensioenresultaat te bereiken. Gelet op de keuzevrijheid van de werknemers was het namelijk mogelijk om de levensloopbijdrage van werkgever op andere wijze te benutten dan voor het inkopen van (vervroegd) pensioen. Hierdoor zou niet in alle gevallen het doel worden

220 Zie ook W.C.M. Donner-Broersma, 'Pensioenversoberingen 2015 en compensatie: weet u het al?', *TPV* 2014/40.

221 HvJ 12 januari 2010, zaak C-341/08 (Petersen), *Jur.* 2010, p. I-47; HvJ 4 juni 2002, zaak C-164/00 (Beckman), *PJ* 2002/99; HvJ 6 november 2003, zaak C-4/01 (Martin), *PJ* 2004/71; HvJ 26 september 2013, zaak C-546-11 (Toftgaard/Danmark), *PJ* 2013/175.

222 Richtlijn 2000/78 EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEU* L 303/16.

223 HvJ 26 september 2013, zaak C-476/11 (Danmark/Experian), *PJ* 2013/176.

224 CGB 7 april 2006, oordeel 2006-62.

bereikt. Derhalve maakte de leeftijdsafhankelijke levensloopbijdrage een verboden onderscheid op grond van leeftijd.

Het is de vraag of deze redenatie eveneens opgaat voor de cashbijdrage indien de werknemer ervoor kiest om niet te willen deelnemen aan de nettopensioenregeling. In dat geval kan de werknemer de cashbijdrage immers ook vrij besteden en zal geen gelijk resultaat kunnen worden bereikt, hetgeen zou betekenen dat het middel niet passend is. Dit kan anders zijn indien een ander doel is geformuleerd. Wordt beoogd de beschikbare middelen gelijkelijk te verdelen, dan zal het aanbieden van een bijdrage (aan de nettopensioenregeling dan wel in cash) bestaande uit een voor iedere werknemer gelijk percentage wel passend kunnen zijn.

Los van de vraag of een gestaffelde bijdrage passend is, is het nog maar de vraag of een dergelijke bijdrage noodzakelijk is. Fiscale wetgeving verplicht de werkgever weliswaar om eenzelfde bijdrage te betalen aan vergelijkbare werknemers die niet deelnemen aan het nettopensioen. Maar de werkgever heeft mogelijk ook een alternatief voor het aanbieden van een gestaffelde werkgeversbijdrage dat minder onderscheid maakt. De werkgever kan immers ook een voor alle werknemers gelijk percentage van de premiegrondslag aanbieden, terwijl werknemers deze bijdrage vrijwillig kunnen aanvullen.[225] Interessant is de overweging van Heemskerk in het kader van de VPL-wijzigingen. Een werknemer zou door niet te kiezen voor deelname aan de levensloopregeling vrijwillig afstand doen van het doel van de compensatieregeling (bereiken van een gelijk resultaat). Dit zou zijn toegestaan, mits de werknemer wordt gecompenseerd en duidelijk en nauwkeurig is geïnformeerd over de gevolgen van zijn keuze.[226] Opteert echter het gros van de betrokken werknemers om niet deel te nemen aan het nettopensioen, dan zal dit zeker een rol spelen in de afweging of het middel passend en proportioneel is. Kortom, de vraag of het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is, hangt af van de gekozen doelstelling, de inrichting van de regeling alsmede de deelname van de werknemers. Dit zal per onderneming verschillen. Teneinde enige discussie over gelijke behandeling te voorkomen, kan de werkgever er natuurlijk ook voor kiezen helemaal geen werkgeversbijdrage aan te bieden voor het nettopensioen.

225 CGB 24 december 2004, oordeel 2004-174.

226 M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, proefschrift, VU Huisdrukkerij, Amsterdam 2009, p. 310.

De huidige praktijk wijst uit dat werkgevers die een nettopensioenregeling aanbieden aan hun werknemers vaak een gestaffelde leeftijdsafhankelijke bijdrage kennen. De tijd zal leren hoe het College en de rechter tegen dergelijke leeftijdsafhankelijke bijdrage dan wel het cash-equivalent daarvan aankijken.

4.1.4 *Premiestelling in de toekomst*

De discussies over de toekomstbestendigheid van de doorsneepremie en de toepassing van staffels in beschikbarepremieregeling alsmede de nettopensioenregeling (en daarmee het cash-equivalent van een werkgeversbijdrage aan de nettopensioenregeling) gaan in wezen over één en dezelfde vraag: Is het toegestaan werknemers van verschillende leeftijden met eenzelfde salaris een gelijke pensioenuitkering in het vooruitzicht te stellen (dan wel een gelijke uitkering te beogen), zónder daarbij acht te slaan op het feit dat de waarde van die uitkering voor een oudere werknemer veel hoger is dan de waarde van de uitkering voor een jongere werknemer? Hoewel het herverdelende aspect van de doorsneesystematiek evident is en eveneens evident is dat premiestaffels onderscheid maken op grond van leeftijd, is de vraag ook relevant bij uitkeringsovereenkomsten[227] waarin geen doorsneepremie wordt gehanteerd doch de werkgeversbijdrage substantieel toeneemt bij het stijgen van de leeftijd. De vraag is of dit verschil in beloning van jongere en oudere werknemers is toegestaan.

In de zaak Hennings[228] en de zaak Specht[229] oordeelde het HvJ dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (zoals verankerd in art. 21 Handvest en geconcretiseerd in de Kaderrichtlijn, en meer in het bijzonder art. 2 en art. 6, lid 1 van deze richtlijn) in die zin moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een maatregel in een CAO op grond waarvan binnen elke salarisgroep de basissalaristrap bij aanstelling wordt bepaald op basis van leeftijd. Toepassing van leeftijdscriteria bij het loon is derhalve niet toegestaan.

---

227 Daarbij zij opgemerkt dat – zeker bij pensioenregelingen die uitgevoerd worden door pensioenfondsen – de meeste pensioenregelingen gebaseerd op uitkeringsovereenkomsten die in wezen hybride regelingen zijn. Bij de zogenoemde CDC-regeling staat de premie immers op voorhand vast en wordt de overeengekomen uitkeringsovereenkomst slechts nagekomen indien en voor zover de premie daarvoor toereikend is.

228 HvJ 8 september 2011, zaak C-297/10 (Hennings), *Jur.* 2011, p. I-07965.

229 HvJ 19 juni 2014, zaak C-501/12 t/m C-506/12, C-540/12 en C-541/12 (Specht e.a. /Land Berlin), (nog niet gepubliceerd).

Mag er dan wel verschil in beloning worden gemaakt omdat de jongere werknemer zijn pensioengelden langer kan laten oprenten? De vraag is of er een wezenlijk verschil is tussen de beloning die rechtstreeks wordt ontvangen en de beloning die in de pensioenregeling wordt geïnvesteerd. In de literatuur is wel gesuggereerd dat de pensioenpremie van de jongere meer waard is en daardoor lager kan zijn.[230] De vraag is of dit juist is. Moet niet worden aangenomen dat het geld dat op enig moment geïnvesteerd wordt in een pensioenregeling per definitie dezelfde waarde heeft (al zal het geld voor de ene werknemer langer renderen dan voor de andere werknemer)? Ter beantwoording van die vraag is de uitspraak van het Court of Appeals in de zaak Cooper vs. IBM[231] interessant. 'Treating the time value of money as a form of discrimination is not sensible', oordeelde het Court of Appeals.[232]

Als bij het loon toepassing van leeftijdscriteria niet is toegestaan, mag dat dan wel in de pensioenregeling (ongeacht of dit een DB- of DC-regeling is)? Mogen sociale partners dat overeenkomen? Het HvJ heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de sociale partners op nationaal niveau, net als de lidstaten, overeenkomstig art. 6, lid 1, eerste alinea, Kaderrichtlijn maatregelen kunnen vaststellen die een op leeftijd gebaseerd verschil in behandeling bevatten. Zij beschikken net als de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge. Niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt. Binnen het kader van deze beoordelingsmarge moet het op leeftijd gebaseerde verschil in behandeling passend en noodzakelijk zijn voor het bereiken van dat doel.

---

230 Zie hieromtrent: M. Heemskerk, *Van pensioencrisis tot pensioen(r)evolutie,* Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2013.

231 United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 7 augustus 2006, no. 05-3588. In deze zaak betoogde de klager dat een voor iedereen gelijke premie leeftijdsonderscheid oplevert omdat het geld van de oudere werknemer minder lang kan renderen en daardoor tot een lager pensioenbedrag leidt.

232 Eerder had het District Court geoordeeld dat – bij een gelijke procentuele bijdrage aan de pensioenregeling – werknemers met eenzelfde diensttijd en eenzelfde salaris op leeftijd 65 een verschil in pensioen zouden hebben afhankelijk van de leeftijd die zij hadden op het moment dat de bijdrage werd betaald. Dit omdat jongere werknemers over meerdere jaren rente ontvangen. Dit beoordeelde het District Court als discriminatoir. De tijdswaarde van geld werd aangemerkt als leeftijdsdiscriminatie. Het Court of Appeals oordeelt dus nadrukkelijk anders.

Daarmee is de vraag aan de orde wat de objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid op grond van leeftijd in de pensioenregeling. De objectieve rechtvaardiging moet blijkens art. 6 Kaderrichtlijn met name gezocht worden in legitieme doelstellingen op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt en de middelen om dat doel te bereiken moeten passend en noodzakelijk zijn.

De vraag is derhalve aan de orde of de werkgelegenheid van oudere werknemers (die bevoordeeld worden) bevorderd wordt indien de werkgeversbijdrage voor hen (veel) hoger is dan voor de jongere werknemers. Dit valt voorshands niet in te zien. Eerder zou betoogd kunnen worden dat de hoge kosten van een oudere werknemer de arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer juist niet bevordert. Het doel – de bevordering van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers – kan weliswaar legitiem zijn, doch het middel is in het geheel niet geschikt. In tegendeel: het werkt averechts. Wel zou de bescherming van de oudere werknemer gediend zijn indien er hogere kosten zouden zijn voor de risicodekkingen. Die kosten maken overigens maar een klein deel uit van de hogere premie.

De hantering van een voor iedereen gelijke procentuele premie werpt geen onnodige belemmeringen op voor de arbeidsparticipatie van de oudere werknemer.[233] Uit het oogpunt van werkgelegenheid en arbeidsmarkt moet derhalve de voorkeur worden gegeven aan een voor iedereen gelijke premie. Vervolgens is de vraag of er bij die voor iedereen gelijke premie actuariële equivalentie moet zijn of dat de premie 'versleuteld' mag worden waardoor er geen equivalentie meer is tussen de premie en de aan te kopen pensioenuitkering. Indien en voor zover er een 'versleuteling' plaatsvindt, zal er sprake zijn van (indirect) leeftijdsonderscheid. Er is immers sprake van ongelijke gevallen en de ogenschijnlijke gelijkheid leidt ertoe dat er een inkomensoverdracht plaatsvindt van jong naar oud. De vraag is of dit (indirecte) onderscheid op grond van leeftijd objectief kan worden gerechtvaardigd. Als eerste komt daarbij de vraag op wat het legitieme doel is van het onderscheid.

233 Hierbij past wel de opmerking dat binnen het huidige fiscale regime een adequate pensioenopbouw niet mogelijk is bij een voor iedereen gelijke procentuele premie. Een verandering in de wijze waarop – in het kader van leeftijdsonderscheid – naar beschikbare premies en doorsneepremie wordt gekeken, zal echter zonder meer consequenties dienen te hebben voor de begeleidende fiscale regelgeving.

Het doel zou erin gelegen kunnen zijn om oudere werknemers een adequate pensioenopbouw te geven. Gegeven het feit dat de oudere werknemer (bij actuariële equivalentie) eerder in zijn loopbaan relatief veel pensioenopbouw heeft kunnen realiseren, valt evenwel niet goed in te zien waarom er een herverdeling van middelen zou moeten plaatsvinden. Deze herverdeling was in het verleden heel gewoon en werd beargumenteerd met een beroep op solidariteit. Nu deze vorm van inkomensoverdracht zoals hiervoor overwogen juridisch niet te kwalificeren is als een vorm van solidariteit, menen wij dat deze solidariteit ook niet aangevoerd kan worden als legitiem doel voor het (indirecte) leeftijdsonderscheid. Gelet hierop is het dan ook zeer de vraag of de voor iedereen gelijke premie versleuteld mag worden.

4.2 *Doorbouw pensioen na AOW / pensioengerechtigde leeftijd*

In de meeste pensioenregelingen is de pensioeningangsdatum in beginsel gekoppeld aan het bereiken van een bepaalde leeftijd (pensioengerechtigde leeftijd). Vaak bestaat de mogelijkheid het pensioen eerder of later dan de pensioengerechtigde leeftijd in te laten gaan.[234] De pensioeningangsdatum hoeft derhalve niet gelijk te zijn aan de pensioengerechtigde leeftijd. In dat geval wordt het pensioen actuarieel verlaagd (bij vervroeging) of verhoogd (bij uitstel). Uitstel van de pensioengerechtigde leeftijd is om fiscale redenen slechts mogelijk indien de deelnemer doorwerkt.[235] Dat kan in loondienst zijn, maar ook als zelfstandig ondernemer.

Veelal is echter niet in de pensioenregeling geregeld dat de werknemer in de periode dat doorgewerkt wordt na de pensioendatum óók pensioen kan blijven opbouwen. Indien verdere opbouw niet mogelijk is, is er sprake van direct onderscheid op grond van leeftijd. De Kaderrichtlijn kent specifiek voor pensioenregelingen in art. 6, lid 2 een uitzondering voor het hanteren van een toetredingsleeftijd en de leeftijd voor het verkrijgen van het recht op een pensioenuitkering. De WGBL kent een vergelijkbare uitzondering in art. 8 voor de toetredingsleeftijd alsmede de pensioengerechtigde leeftijd. Noch in de Kaderrichtlijn noch in de WGBL is echter een specifieke uitzondering opgenomen met betrekking tot de maximumleeftijd waarop pensioen kan worden opgebouwd. Ook is in de

234 Uitstel is mogelijk tot de werknemer de leeftijd bereikt die vijf jaar hoger is dan de AOW-leeftijd.

235 Art. 18a, lid 4, Wet LB 1964; Vraag & Antwoord 08-045 d.d. 11 februari 2009; Kamerstukken II, 1997-1998, 26 020, nr. 3, p. 24).

Kaderrichtlijn noch de WGBL een aanwijzing te vinden op grond waarvan de pensioengerechtigde leeftijd gelijk zou moeten worden gesteld aan een maximumleeftijd tot wanneer pensioen kan worden opgebouwd. Zoals eerder opgemerkt volgt uit jurisprudentie van het HvJ dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid restrictief moeten worden uitgelegd.[236] Dit belet een al te ruime interpretatie van het begrip pensioengerechtigde leeftijd.

Nu er geen specifieke uitzonderingsgrond aanwezig is, zal een dergelijk onderscheid alleen zijn toegestaan indien het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. De objectieve rechtvaardiging moet blijkens art. 6 Kaderrichtlijn met name gezocht worden in legitieme doelstellingen op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt en de middelen om dat doel te bereiken moeten passend en noodzakelijk zijn. Feit is dat de oudere werknemer die door wil werken voor de werkgever relatief 'goedkoop' is en dat hiermee de arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer wordt bevorderd. Maar kwalificeert dit als een legitieme doelstelling? De keerzijde van de medaille is immers dat de oudere werknemer door 'goedkoper' te zijn de arbeidsmarktpositie van (iets) jongere werknemers bedreigt. Voorts is ook de vraag of uitsluitend kostenoverwegingen (van de werkgever) mogen leiden tot onderscheid. Het HvJ heeft meermalen uitgesproken dat dit niet het geval is. Onder meer in het arrest Hill[237] oordeelt het Hof dat een werkgever onderscheid niet kan rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van discriminatie hogere kosten voor hem zou meebrengen.

De werkgever zou kunnen aanvoeren dat hij een pensioenregeling aanbiedt die naar objectieve maatstaven voorziet in een adequaat pensioen en dat niet gevergd kan worden dat een meer dan objectief adequaat pensioen wordt aangeboden. Indien een dergelijk argument zou gelden, moet echter worden vastgesteld dat het middel – het aan de werknemer onthouden van pensioenopbouw na de pensioengerechtigde leeftijd – niet passend is, omdat immers dan per werknemer beoordeeld zal moeten worden of de werknemer daadwerkelijk een naar objectieve maatstaven adequaat pensioen heeft. Zeker in het licht van alsmaar versoberende pensioenregelingen zal dit lastig worden. Interessant in dat verband is

236 HvJ 12 januari 2010, zaak C-341/08 (Petersen), *Jur.* 2010, p. I-47; HvJ 4 juni 2002, zaak C-164/00 (Beckman), *PJ* 2002/99; HvJ 6 november 2003, zaak C-4/01 (Martin), *PJ* 2004/71; HvJ 26 september 2013, zaak C-546-11 (Toftgaard/Danmark), *PJ* 2013/175.

237 HvJ 17 juni 1998, zaak C-243/95 (Hill), *Jur.* 1998, p. I-3759.

nog de recente uitspraak van het HvJ (Felber) over het niet meetellen van studietijd onder de 18 jaar voor pensioenopbouw.[238] Het Hof oordeelde dat er in deze casus sprake was van een objectieve rechtvaardiging, waarbij het Hof mede in acht nam dat betrokkene gedurende de tijdvakken vóór 18 jaar geen beloonde arbeid verrichtte. Het niet meetellen van studietijdvakken voor de 18-jarige leeftijd was volgens het Hof onderdeel van het Oostenrijkse werkgelegenheidsbeleid om alle personen die deelnemen aan de pensioenregeling gelijk te behandelen. Dit beleid werd gelegitimeerd door ambtenaren met een hogere opleiding die niet vanaf 18 jaar in dienst traden niet te benadelen in hun pensioenopbouw.
A contrario zou op grond van dit arrest beredeneerd kunnen worden dat door het vanaf een bepaalde leeftijd uitsluiten van werknemers van voortgezette pensioenopbouw niet kan worden gerechtvaardigd. Temeer, indien de betrokken werknemer – bijvoorbeeld als gevolg van een langere opleiding – later aan het arbeidsproces is gaan deelnemen en derhalve vanaf een latere leeftijd pensioen heeft kunnen opbouwen.

Art. 6, lid 2, Kaderrichtlijn bepaalt dat niettegenstaande art. 2, lid 2 van deze richtlijn de lidstaten kunnen bepalen dat de vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen[239] en het gebruik in het kader van die regelingen van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, géén discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Het legitieme doel van een eventuele uitsluiting zou gelegen kunnen zijn in het willen aanbieden van een inkomensverzekering die ingaat op het moment dat aanspraak bestaat op AOW. Daarmee wordt dan feitelijk voortgebouwd op de objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid in de AOW. Het is echter de vraag of die rechtvaardiging die voor de overheid geldt (een objectief moment creëren waarop iedereen aanspraak heeft op de voorziening alsmede de betaalbaarheid) ook voor een individuele werkgever kan gelden. Daarnaast speelt een rol dat de overheid fiscaal al de mogelijkheid geeft tot het uitstellen van pensioenuitkeringen tot vijf jaar na de pensioengerechtigde leeftijd als bedoeld in art. 7a AOW. Zolang de verdere fiscale grenzen (opbouw tot 100%) niet zijn bereikt, lijkt het in elk geval lastig om een uitsluiting van een pensioenregeling objectief te rechtvaardigen tot de genoemde fiscale grens van vijf jaar na voornoemde pen-

238 HvJ 21 januari 2015, zaak C-529/13 (Felber), *PJ* 2015/76.
239 In ondernemings- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid.

sioengerechtigde leeftijd. De objectieve rechtvaardiging lijkt mogelijk eerder aanwezig indien werknemers na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd doorwerken. Ook lijkt een objectieve rechtvaardiging eerder mogelijk als de fiscale grenzen op een bepaald moment zijn bereikt. Pensioenopbouw is dan fiscaal niet meer toegestaan. Fiscale grenzen leveren echter niet per definitie een objectieve rechtvaardiging op. Een extra argument zou gezocht kunnen worden in het stellen van een bepaald maximumaantal opbouwjaren in de pensioenregeling, zeker als dat wordt vastgesteld in overleg met sociale partners. In het verleden was een dergelijke maximering niet ongewoon. Daarbij past evenwel wel de kanttekening dat in het verleden ervan uitgegaan werd dat de pensioenregeling (met inbegrip van de AOW) voorzag in een adequaat pensioen ter grootte van 70% van het laatstverdiende loon. Inmiddels is het ambitieniveau van pensioenregelingen echter fors bijgesteld en is de 70%-mythe verlaten. Vanuit die optiek beredeneerd lijkt een maximering van het aantal opbouwjaren minder verdedigbaar dan in het verleden mogelijkerwijs het geval was.

Zoals hiervoor overwogen, lijkt het lastig om het uitsluiten van werknemers van deelname aan de pensioenregeling objectief te rechtvaardigen. De argumenten die hierbij zijn genoemd lijken er ook toe te leiden dat de werkgeversbijdrage aan de pensioenregeling ten behoeve van de 67-plus-werknemer in principe óf in de pensioenregeling zal moeten worden gestort, óf aan de werknemer als brutoloon moeten worden uitbetaald. Dat zou mogelijkerwijs anders kunnen zijn indien de uitsluiting gebaseerd zou zijn op het bereiken van de fiscale grenzen (pensioen moet uiterlijk ingaan vijf jaar de AOW-gerechtigde leeftijd en het opgebouwde pensioen mag niet hoger zijn de 100% van het pensioengevend salaris inclusief franchise).

Tot slot merken wij nog op dat de premiestelling bij pensioenopbouw na de pensioengerechtigde leeftijd nog een issue kan zijn. Daarbij is de vraag of dat een doorsneepremie of een actuariële premie moet zijn.

4.3 *Pensioenontslag*

Op basis van art. 6, lid 1, Kaderrichtlijn kunnen lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen. Dit artikel luidt als volgt:

'Niettegenstaande artikel 2 lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstelling van het beleid op het terrein van werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend zijn.'

Nederland heeft deze bepaling geïmplementeerd in art. 7 WGBL. Dit artikel bepaalt dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet. Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WGBL blijkt dat deze specifieke rechtvaardigingsgrond door de wetgever als volgt wordt onderbouwd:

'De regering is van mening dat een onderscheid op grond van leeftijd bij ontslag als het gaat om het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd is. Dit wordt als volgt onderbouwd. Ontslag bij het bereiken van een vaste leeftijd bewerkstelligt dat zonder aanzien des persoons een objectief criterium kan worden gehanteerd omdat niet behoeft te worden vastgesteld of de betreffende werknemer nog wel voldoet. Dit is te prefereren boven een stelsel waarbij van geval tot geval beoordeeld zou moeten worden of de ouder wordende werknemer nog wel in staat is zijn werk naar behoren te verrichten. Deze doelstelling voldoet aan het legitimiteitsvereiste. Voor de grens van 65 jaar bestaat een groot maatschappelijk draagvlak. Deze leeftijdsgrens ligt ook ten grondslag aan het stelsel van sociale zekerheid. Het uitgangspunt dat ontslag bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd plaatsvindt, sluit mitsdien aan bij de sociale zekerheidswetgeving. Aan deze wetgeving ligt de gedachte ten grondslag dat voor werknemers tot de 65-jarige leeftijd het primaat ligt bij deelname aan betaalde arbeid als voornaamste inkomensbron. Veel sociale zekerheidswetten gelden alleen voor personen jonger dan 65 jaar. Werknemersverzekeringen als Ziektewet, WW en WAO zijn boven de 65 jaar niet van toepassing. Bij de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) is in de doelgroepomschrijving de voorwaarde opgenomen dat het moet gaan om personen die nog niet de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt, en bij het Besluit indicatie sociale werkvoorziening (Bisw) om het afvoeren van de wachtlijst bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. De vaststelling van een algemene, hogere ontslagleeftijd dan 65 jaar is ongewenst, omdat die onvoldoende ruimte zou bieden aan de arbeidsparticipatie van

werknemers onder de leeftijd van 65 jaar. Ook de keuze voor de grens van 65 jaar is derhalve legitiem. Ook aan het doelmatigheidsvereiste wordt voldaan, aangezien met ontslag op bedoelde leeftijd de genoemde doelstelling wordt verwezenlijkt. Wat betreft het proportionaliteitsvereiste wordt opgemerkt dat werknemers bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd aanspraak kunnen maken op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd. Aldus wordt de werknemer (deels) gecompenseerd voor het verlies aan arbeidsinkomen dat hij lijdt door het ontslag.'

Zoals hiervoor in hoofdstuk 2 opgemerkt, kan op grond van de jurisprudentie van het HvJ worden geconcludeerd dat het van rechtswege beëindigen van het dienstverband wegens het bereiken van de nationaal pensioengerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd is.[240] In dit verband overwoog het HvJ keer op keer dat het mechanisme van automatische beëindiging berust op een evenwicht tussen overwegingen van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire aard. Van belang hierbij is dat in de betrokken zaken een rol speelde dat vanaf de pensioengerechtigde leeftijd een aanspraak op een redelijk ouderdomspensioen bestond en dat het gedwongen ontslag objectief werd gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid (doorstromingsargument). In zijn arresten heeft het HvJ meerdere malen aangegeven dat lidstaten een grote mate van beoordelingsvrijheid hebben ten aanzien van de doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid die zij willen nastreven alsook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt.

Allereerst zij opgemerkt dat als gevolg van de vergrijzing wellicht betoogd zou kunnen worden dat het zogenoemde doorstroomargument in de toekomst geen legitiem doel meer is. Dientengevolge zou de automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in strijd zijn met het verbod op het maken van leeftijdsonderscheid.
Ten tweede merken wij, wat betreft de Nederlandse situatie, op dat een (expliciete) verwijzing naar het doorstromingsargument in de wetsgeschiedenis van de WGBL ontbreekt. Het is dan ook de vraag of art. 7, lid 1, onderdeel b, WGBL wel in lijn is met art. 6 Kaderrichtlijn en een automati-

240 Zie in dit verband onder meer de arresten Palacios de la Villa (HvJ 16 oktober 2007, zaak C-411/05, LJN: BB8540) en Age Concern (HvJ 5 maart 2009, zaak C-388/07, LJN: BH6032, *AR-Updates* 2009-162).

sche beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd als een verboden leeftijdsonderscheid kwalificeert.[241] Heemskerk merkt op dat in dat verband de regering er verstandig aan doet zich duidelijker op het doorstroomargument te beroepen.[242] Heemskerk verwacht dat ook zonder het doorstromingsargument het wettelijk toegestane pensioenontslag geen verboden leeftijdsonderscheid oplevert. De in de wetsgeschiedenis genoemde argumenten (inkomensbescherming en bescherming tegen een arbeidsongeschiktheidsdiscussie) zouden volgens Heemskerk ook een vorm van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid zijn. Bovendien voert Heemskerk aan dat een verbod op het wettelijke pensioenontslag indirect de organisatie van de sociale zekerheid en de arbeidsmarkt van de lidstaat aantast doordat deze elementen nauw met elkaar zijn verweven. Wij betwijfelen echter of deze argumenten ook voor de toekomst opgaan. Indien het gebruikelijk en vanuit financieel oogpunt ook noodzakelijk gaat worden om langer door te werken, bijvoorbeeld omdat niet langer een redelijk pensioenniveau is opgebouwd op de AOW- / pensioengerechtigde leeftijd (onder andere als gevolg van het gemis aan een pensioenregeling, een beperkte pensioenregeling of kortingen op grond van art. 134 PW), zal het de vraag zijn of het argument van inkomensbescherming nog wel opgaat. Temeer indien blijkt dat werknemers – als gevolg van een migrerende beroepsbevolking – geen recht hebben op een volledige AOW-uitkering. Ook het argument dat werknemers beschermd zouden worden tegen een arbeidsongeschiktheidsdiscussie is twijfelachtig nu het juist de bedoeling is werknemers steeds langer te laten doorwerken. Hierbij kan ook worden verwezen naar het op 2 juni 2015 aangenomen wetsvoorstel tot versnelde verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd[243] en het wetsvoorstel dat thans aanhangig is in de Eerste Kamer teneinde de belemmeringen bij doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd weg te nemen.[244] Ter onderbouwing van dit wetsvoorstel wordt in de parlementaire behandeling het volgende opgemerkt:

---

241 P.C. Vas Nunes, *TAP* 2009/2.

242 M. Heemskerk, 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is', *TAP* 2009/5.

243 Wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet op de loonbelasting 1964 en de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd in verband met de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd, Kamerstukken II, 2014-2015, 34 083, nr. 1.

244 Kamerstukken II, 2014-2015, 30 073, nr. 2 (Wet aanpassing van enige arbeidsrechtelijke bepalingen die een belemmering kunnen vormen voor werknemers en ambtenaren die na de AOW-gerechtigde leeftijd willen blijven werken (Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd)).

'De regering meent dat het faciliteren van het werken na de AOW-gerechtigde leeftijd niet alleen van belang is voor de samenleving als geheel, die hierdoor langer gebruik kan maken van de ervaring en kennis van de generaties die nu aan het werk zijn, maar ook voor werknemers zelf die om uiteenlopende redenen behoefte kunnen hebben om te werken na de AOW-gerechtigde leeftijd. Bijvoorbeeld om invulling te geven aan hun dagelijks bestaan, maar mogelijk ook om te voorzien in een aanvullend inkomen op een pensioen.'[245]

Gelet hierop is het onzes inziens dan ook zeer de vraag of in de toekomst het huidige art. 7, lid 1, onderdeel b, WGBL nog wel houdbaar is, hetgeen zou kunnen betekenen dat een automatische beëindiging wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd niet langer gerechtvaardigd is. Dit belooft een interessante discussie te worden.

5 CONCLUSIE

In tegenstelling tot wat men in eerste instantie had verwacht, hebben de WGBL en de Kaderrichtlijn grote gevolgen voor het Nederlands pensioenstelsel gehad. Het afgelopen decennium zijn er een groot aantal oordelen en uitspraken van de Commissie respectievelijk rechterlijke instanties gepubliceerd die veel stof hebben doen opwaaien. Uit deze oordelen en uitspraken kunnen inmiddels een aantal vaste lijnen worden gedestilleerd. Het is echter de vraag of deze vaste lijnen ook toekomstbestendig zijn. De vraag of leeftijdsonderscheid al dan niet moet worden aangemerkt als verboden onderscheid hangt immers ook af van de maatschappelijke context waarbinnen dit onderscheid wordt gemaakt. Die maatschappelijke context is de afgelopen decennia veranderd. Er zijn grote demografische veranderingen, waardoor het de vraag is of de huidige solidariteit tussen jong en oud nog langer is op te brengen én nog langer is te rechtvaardigen. Daarnaast zijn het financiële klimaat en de arbeidsmarkt substantieel gewijzigd en dienen ouderen langer te participeren in het arbeidsproces. Het ligt in de verwachting dat al deze omstandigheden ertoe leiden dat de komende jaren anders aangekeken wordt tegen onderscheid op grond van leeftijd en de uitkomst van de toets of een onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd anders uitvalt.

Onzes inziens zal de premiestelling bij pensioenregelingen tot grote discussie leiden en wellicht (vanuit het perspectief van de gelijkebehande-

245 Kamerstukken II, 2014-2015, 30 073, nr. 3, p. 2.

lingswetgeving) onontkoombaar leiden tot een voor alle werknemers gelijke premie. Ook ligt het in de verwachting dat in de toekomst het niet voorzien in de mogelijkheid pensioen door te bouwen na de pensioengerechtigde leeftijd een verboden onderscheid op grond van leeftijd met zich meebrengt. Tot slot verwachten wij dat er een verminderd draagvlak zal bestaan voor de specifieke pensioenuitzonderingen in de WGBL en dat men kritisch zal bezien of deze specifieke uitzonderingsgronden wel in lijn zijn met de Kaderrichtlijn. Hierbij kan worden gedacht aan de uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden en pensioenontslag. Kortom, het komende decennium belooft minstens zo interessant te worden als het afgelopen decennium voor de pensioenwereld!

2 *Wijziging van pensioenregelingen*

Mr. E.K.W. van Kampen
Mr. M.F. Lameris
Mevr. mr. drs. E.C.M. Rijken[246]

246 Elias van Kampen is advocaat bij AKD te Rotterdam. Maarten Lameris en Eveline Rijken zijn beiden advocaat bij Banning te 's-Hertogenbosch.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

2 Mogelijkheden om pensioenregelingen te wijzigen
2.1 Instemming van de (gewezen) deelnemer
2.2 Taxi Hofman-criterium (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 1, BW)
2.2.1 Hoe verhoudt het Taxi Hofman-criterium zich tot art. 6:248 BW?
2.2.2 Het Taxi Hofman-criterium is slechts bij individuele wijzigingen van toepassing
2.3 Eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW / art. 7:613 BW)
2.3.1 Schriftelijkheidsvereiste
2.3.2 Zwaarwichtig belang
2.3.3 Instemming ondernemingsraad
2.3.4 Wijziging door pensioenuitvoerder
2.3.5 Uitgewerkte rechtsverhouding?

3 De rol van compensatie

4 Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 2, BW)

5 Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258, lid 1, BW)

6 De verhouding tussen art. 7:611 BW, art. 19 PW / art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW

7 Afrondende opmerkingen

Wijziging van pensioenregelingen

1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de mogelijkheden om pensioenregelingen (eenzijdig) te wijzigen. Het is een onderwerp dat de afgelopen jaren sterk in de belangstelling heeft gestaan (en nog steeds staat), onder meer door de kredietcrisis. Als gevolg van de crisis voelden (en voelen) veel werkgevers zich genoodzaakt om in de kosten te snijden en in dat kader (onder meer) hun pensioenregelingen te versoberen. Ook de recente wijzigingen in het Witteveen-kader hebben veel werkgevers gedwongen om hun pensioenregelingen aan te passen.

Bij het wijzigen van pensioenregelingen moet vooropstaan dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is. Het is een arbeidsvoorwaarde omdat werkgever en werknemer in het kader van de tussen hen gesloten arbeidsovereenkomst in de pensioenovereenkomst afspraken maken over de pensioen. Als zodanig maakt de pensioenovereenkomst onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst. Dit is ook het geval indien werkgever en werknemer geen afspraken hebben gemaakt, maar de verplichting om deel te nemen aan een pensioenregeling voortvloeit uit de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 ('Wet Bpf 2000').[247]

Pensioen is wel een bijzondere arbeidsvoorwaarde. De pensioenovereenkomst wordt immers niet alleen door het Burgerlijk Wetboek ('BW'), en dan met name Titel 10 van Boek 7 BW, beheerst, maar ook – en vooral – door de specifieke wet- en regelgeving omtrent pensioenen, in het bijzonder de Pensioenwet ('PW'). Pensioen is bovendien een bijzondere arbeidsvoorwaarde, omdat de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst ook door kunnen werken na afloop van de arbeidsovereenkomst.

In dit hoofdstuk komen de volgende onderwerpen aan bod:
a. wijziging met instemming van (gewezen) deelnemer;
b. Taxi Hofman-criterium (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 1, BW);
c. eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW / art. 7:613 BW);

247 Zie art. 2, lid 2, onderdeel a, PW.

d. compensatiemogelijkheden;
e. derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 2, BW);
f. onvoorziene omstandigheden (art. 6:258, lid 1, BW);
g. de verhouding tussen art. 7:611 BW, art. 19 PW / art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW;
h. afrondende opmerkingen.

Dit hoofdstuk beoogt geen alomvattend overzicht te geven over voormelde onderwerpen. Het doel van het hoofdstuk is vooral om de mogelijkheden om pensioenregelingen te wijzigen praktisch, doch tevens ingebed in een deugdelijk theoretisch kader, te benaderen. Ook wordt ingegaan op de vraag hoe de diverse wijzigingsmogelijkheden zich tot elkaar verhouden. Het hoofdstuk wordt afgerond met een conclusie.

2 MOGELIJKHEDEN OM PENSIOENREGELINGEN TE WIJZIGEN

2.1 *Instemming van de (gewezen) deelnemer*

Het uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden, waaronder pensioen, alleen kunnen worden gewijzigd of afgeschaft met instemming van de werknemer. Een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de werkgever, dus zonder de instemming van de werknemer, is in het algemeen niet mogelijk, tenzij de arbeidsovereenkomst een beding bevat dat de werkgever een zodanige wijziging toestaat.[248]

Indien de wijziging van de arbeidsvoorwaarden een versobering ervan behelst, dan mag een werkgever niet zonder meer op een door de werknemer verleende instemming vertrouwen. Dit blijkt uit het CZ-arrest van de Hoge Raad.[249] In die zaak speelde het volgende. Van Beek c.s. is bij CZ in dienst als buitendienstmedewerker. Een deel van zijn beloning wordt gevormd door provisie-inkomsten. Voor deze provisie-inkomsten was een 'pensioenverzekering' afgesloten bij een verzekeringsmaatschappij. Op enig moment heeft CZ aan de deelnemers voorgehouden dat de verzekering niet meer voldeed aan de eisen van de tijd. Hieraan is door CZ aandacht besteed in een aantal werkbesprekingen. Uiteindelijk is het in de pensioenverzekering opgebouwde kapitaal aangewend voor de eenmalige

248 HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), *JAR* 2008/204.
249 HR 12 februari 2010 (Van Beek c.s./CZ), *JAR* 2010/71.

inkoop van extra en geïndexeerd ouderdoms- en nabestaandenpensioen. Van Beek c.s. is afzonderlijk geïnformeerd over de waarde van het in elk individueel geval opgebouwde pensioen dat kon worden ingebracht en hij heeft de aanvraag voor akkoord ondertekend. Van Beek c.s. heeft een vordering ingesteld strekkende tot het verkrijgen van een vervangende pensioenregeling ter zake van de provisie-inkomsten dan wel vervangende schadevergoeding, alsmede verhoging van de grondslag van zijn VUT-uitkering met zijn provisie-inkomsten.

De Hoge Raad overweegt dat de beëindiging van de pensioenregeling ter zake van de provisie-inkomsten een wijziging van de arbeidsovereenkomst is, waarvoor een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer vereist is. Vervolgens stelt de Hoge Raad vast dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarden een verslechtering daarvan voor Van Beek c.s. meebracht. In dat geval, zo overweegt de Hoge Raad, moet de vraag of een overeenkomst als bedoeld is tot stand gekomen, in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien (i) aan de werknemer *duidelijkheid over de inhoud van die wijziging* is verschaft en (ii) op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze *welbewust* met die wijziging heeft ingestemd.

De kwestie Van Beek c.s./CZ moet volgens de Hoge Raad worden onderscheiden van de kwestie die leidde tot het bekende Kuypers II-arrest.[250] In die zaak had de werkgever een voorstel tot salarisverlaging gedaan op een door hem met het voltallige personeel gehouden vergadering. De werknemers werd in deze vergadering gevraagd met de salarisverlaging in te stemmen. Omdat niemand tijdens de vergadering bezwaar maakte, werd – onder het mom van 'wie zwijgt stemt toe' – de instemming door de werknemers door de werkgever aangenomen. In die situatie heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een voorstel tot salarisverlaging, zonder voorafgaand overleg met de werknemers gedaan op een door de werkgever met het voltallig personeel gehouden

250 HR 28 mei 1999 (Huijerjans/Transportbedrijf Jac. Kuypers), *NJ* 1999, 509.

vergadering, indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemer tijdens of na de vergadering *ondubbelzinnig* blijkt van aanvaarding van het voorstel.

In het CZ-arrest oordeelt de Hoge Raad dat uit Kuypers II niet kan worden afgeleid dat bij de beantwoording van de vraag of een werknemer met de beëindiging van de pensioenregeling heeft ingestemd, niet steeds met zoveel woorden hoeft vast te stellen dat de verleende instemming *ondubbelzinnig* is. Indien een werknemer vooraf voldoende duidelijkheid over de wijziging is verschaft, moet (slechts) worden vastgesteld of de instemming *welbewust* is geweest. Dit is een voor het pensioenrecht belangrijk uitgangspunt, omdat veel (collectieve) pensioenregelingen in de praktijk worden gewijzigd door toepassing van de zogenoemde 'negatieve optie'. De toepassing van de negatieve optie houdt, kort gezegd, in dat deelnemers over de (voorgenomen) wijzigingen van de pensioenregeling worden geïnformeerd en dat in deze brief een bepaalde termijn wordt gesteld om te reageren of bezwaar te maken. Indien binnen deze termijn niet wordt gereageerd of bezwaar wordt gemaakt, dan wordt aangenomen dat met de wijziging van de pensioenregeling is ingestemd. De grondslag voor een dergelijke *impliciete* instemming vormt art. 3:37, lid 1, BW. Uit deze bepaling blijkt dat een instemmingsverklaring in elke vorm kan geschieden en ook in gedragingen besloten kan liggen.

Het verlenen van een *welbewuste* instemming kan, zo blijkt uit het CZ-arrest, in elke vorm geschieden en in gedragingen besloten liggen. Welbewuste instemming kan dus impliciet worden verleend, bijvoorbeeld indien niet binnen de gestelde termijn wordt gereageerd of geen bezwaar wordt gemaakt tegen het wijzigingsvoorstel van de werkgever. Vereist is dan wel dat de deelnemer vooraf duidelijk over de wijzigingen is geïnformeerd. Uit het enkele stilzitten van een werknemer of inactieve mag overigens niet (te) snel een impliciete instemming met een wijziging van een arbeidsvoorwaarde worden opgevat.[251] Als de werkgever op een impliciet verkregen instemming wil kunnen vertrouwen, moet de daarover verstrekte informatie wel duidelijk zijn. Eventuele latere verduidelijkingen tellen niet mee, althans niet indien de werkgever daarover niet opnieuw (stilzwijgende) instemming vraagt, zo blijkt uit het Halliburton-arrest van de Hoge Raad.[252] Voor een *ondubbelzinnige* instemming is daarentegen een *expliciete* toestemming vereist, dat wil zeggen een toestemming waarover

251 Zo ook P.G. Vestering, 'Informed consent bij arbeid en pensioen', *TAR* 2013/7, p. 271.
252 HR 23 april 2010 (Halliburton/Van Schaik), *JAR* 2010/127.

geen twijfel bestaat. Dit betekent dat een ondubbelzinnige instemming doorgaans schriftelijk zal moeten worden verkregen. De ondubbelzinnigheid van de instemming valt, bij gebreke van een schriftelijk stuk, in ieder geval niet door de werkgever te bewijzen indien de deelnemer de ondubbelzinnigheid van de instemming betwist.[253]

Wij zijn, anders dan Van Haelst, van mening dat het CZ-arrest geen breuk vormt met het Kuypers II-arrest. Het Kuypers II-arrest ziet naar onze mening op een bijzondere situatie, namelijk die waarin werknemers tijdens een personeelsvergadering wordt gevraagd om met een versobering van hun arbeidsvoorwaarden in te stemmen, terwijl zij van tevoren niet over deze wijziging waren geïnformeerd. In die situatie kan een werknemer aan de verleende instemming worden gehouden, indien deze instemming ondubbelzinnig is verleend.

Het CZ-arrest staat dus niet aan de toepassing van de negatieve optie bij het wijzigen van (collectieve) pensioenregeling in de weg, hetgeen voor de pensioenrechtpraktijk een belangrijk gegeven is. Het risico bij het toepassen van de negatieve optie bij het wijzigen van (collectieve) pensioenregelingen zit daarom niet zozeer in het verkrijgen van de (impliciete) instemming van de deelnemers, maar in het niet, althans niet voldoende duidelijk, informeren over de door te voeren wijziging van de pensioenregeling. Het duidelijk informeren van deelnemers over de wijziging van de pensioenregeling is immers bepaald geen sinecure, niet in de laatste plaats omdat hierbij doorgaans voor het maken van (vergelijkende) berekeningen de inzet van een actuaris is vereist en deze berekeningen in begrijpelijke bewoordingen aan de (gewezen) deelnemer moeten worden toegelicht en inzichtelijk worden gemaakt. Indien de informatievoorziening aan de deelnemer niet duidelijk of niet volledig is, dan bestaat het risico dat de (impliciet) verkregen instemming van de deelnemer niet bindend is, omdat deze instemming – bij gebreke bij van voldoende duidelijke informatie over de wijziging – niet *welbewust* is verleend.

Ook ten aanzien van gewezen deelnemers kan de negatieve optie worden toegepast.[254] Dit kan in de praktijk evenwel tot een (extra) probleem leiden, omdat niet altijd alle actuele adresgegevens van de gewezen deelnemers in het bezit zijn van de voormalige werkgever en/of de pensioenuitvoerder. Om op een stilzwijgende instemming te kunnen vertrouwen, is het echter

253 Zo ook M.A. van Haelst, 'Welbewust niet ondubbelzinnig', *ArbeidsRecht* 2010, 43.
254 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 27 januari 2000, *PJ* 2000/25.

van belang dat de informatie over de wijziging daadwerkelijk door de (gewezen) deelnemer is ontvangen.[255] Ten aanzien van actieven is het doorgaans mogelijk om hen voor ontvangst van de informatie te laten tekenen of deze informatie per aangetekende post aan hen te versturen. Bij gewezen deelnemers bestaat echter het risico dat zij zich – na doorvoering van de wijziging – op het standpunt stellen de informatie over de wijziging niet te hebben ontvangen en dat zij daarom niet aan de wijziging gebonden zijn. Dit wil overigens niet zonder meer zeggen dat toepassing van de negatieve optie ten aanzien van gewezen deelnemers om die reden achterwege moet worden gelaten. In veel gevallen is het immers de enige reële mogelijkheid om een wijziging in de pensioenregeling door te voeren ten aanzien van gewezen deelnemers.

Een met een verkregen welbewuste instemming van de (gewezen) deelnemers doorgevoerde wijziging in een (collectieve) pensioenregeling kan in beginsel alleen naar de toekomst toe effect hebben. Art. 20 PW verzet zich er namelijk tegen dat de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken worden gewijzigd, ook al is de werknemer duidelijk over de wijziging geïnformeerd en heeft hij welbewust, of wellicht zelfs ondubbelzinnig, met de wijziging ingestemd. Dit artikel heeft geen betrekking op pensioenaanspraken die op risicobasis zijn verzekerd. Art. 20 PW biedt evenmin bescherming indien tegelijkertijd met de wijziging van de pensioenaanspraken een korting op de pensioenaanspraken en -rechten wordt toegepast op grond van art. 134 PW. Tevens geldt een uitzondering op het principe van behoud van opgebouwde aanspraken wanneer via interne waardeoverdracht de waarde van de oude aanspraken op basis van de nieuwe pensioenovereenkomst onder de garantie van actuariële gelijkwaardigheid. Dit heeft als voordeel dat de oude en de nieuwe pensioenregeling niet naast elkaar hoeven te blijven bestaan.[256]

2.2 *Taxi Hofman-criterium (art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 1, BW)*

Indien de werknemer niet vrijwillig met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden instemt, dan kan hij, onder omstandigheden, op grond van art. 7:611 BW toch gehouden zijn om dit voorstel te aanvaarden. De Hoge Raad heeft dit uitgemaakt in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman.[257] In die zaak speelde, kort samengevat, het

255 Vgl. HR 4 maart 2013 (Niehof/Bpf Bouwnijverheid, *JAR* 2013/73).
256 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 188-189.
257 HR 26 juni 1998 (Van der Lely/Taxi Hofman), *NJ* 1998, 767.

volgende. Werknemer Van der Lely, werkzaam voor Taxi Hofman als administratief medewerker/centralist, was na een periode van arbeidsongeschiktheid teruggekeerd op het werk. Inmiddels was de administrateur van Taxi Hofman bij het bedrijf vertrokken en moest zijn functie worden overgenomen door iemand anders die het werk – mede omdat een deel van de administratieve werkzaamheden waren weggevallen – alleen aankon. Om die reden kon Van der Lely niet terugkeren in zijn eigen functie en werd van hem verwacht dat hij ander passend werk zou verrichten, namelijk de functie van teletaxichauffeur en centralist. Deze functie werd passend geacht, gelet op het feit dat Van der Lely de eerste twee jaren van zijn dienstbetrekking bij Taxi Hofman als taxichauffeur had gewerkt en zijn salaris hetzelfde zou blijven. Van der Lely weigerde evenwel de aan hem aangeboden functie. In dat kader heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de norm van goed werknemerschap, zoals bedoeld in art. 7:611 BW, met zich meebrengt dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem mag worden gevergd. Dit is, aldus de Hoge Raad, niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Deze norm wordt sindsdien kortweg aangeduid als het Taxi Hofman-criterium.

2.2.1 *Hoe verhoudt het Taxi Hofman-criterium zich tot art. 6:248 BW?*

Art. 7:611 BW vormt de arbeidsrechtelijke evenknie van art. 6:248 BW.[258] Er bestaat discussie over de vraag of het op art. 7:611 BW gebaseerde Taxi Hofman-criterium moet worden beschouwd als een toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1, BW of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 2, BW. Bungener meent dat het Taxi Hofman-criterium een toepassing vormt van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1, BW.[259] Ook Grapperhaus gaat uit van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[260] Van Slooten meent daarentegen dat het Taxi Hofman-criterium een voorbeeld is van zowel de aanvullende als de beperkende werking van de redelijkheid en

258 HR 30 januari 2004 (Parallel Entry/KLM), *JAR* 2004/68, r.o. 3.3.

259 A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Kluwer, Deventer 2008, p. 241-242.

260 F.B.J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden', *TRA* 2008/3.

billijkheid.[261] Ook Beltzer meent dat het Taxi Hofman-criterium (tevens) de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid omvat.[262]

De Wolff meent dat het Taxi Hofman-criterium het oog heeft op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.[263] Zij beweert in dat kader dat het Taxi Hofman-criterium daarom niet van toepassing is als een werkgever op enig moment 'bevrijd' wil worden van arbeidsvoorwaarden, zoals een pensioen-, reiskosten of suppletieregeling. Wij zijn van mening dat Van der Lely/Taxi Hofman is te beschouwen als een arrest waarin nader is bepaald welke gevolgen een bestaande arbeidsovereenkomst heeft, namelijk – in bepaalde omstandigheden – een verplichting van een werknemer tot aanvaarding van een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Het Taxi Hofman-criterium beschouwen wij dan ook in die zin als een toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1, BW. Anders dan De Wolff betoogt, betekent dit naar onze mening echter niet dat het Taxi Hofman-criterium niet kan worden toegepast om arbeidsvoorwaarden te versoberen of af te schaffen. Het arrest Van der Lely/Taxi Hofman geeft de rechter echter niet de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst c.q. pensioenovereenkomst te wijzigen. De rechter kan op basis van het Taxi Hofman-criterium slechts oordelen dat bepaald gedrag van de werknemer – het niet aanvaarden van een redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever – in strijd is met art. 7:611 BW. De rechter kan wel oordelen dat een werknemer een redelijk voorstel moet aanvaarden, maar de rechter kan een werknemer niet binden aan een dergelijk voorstel op grond van art. 7:611 BW. Het Taxi Hofman-criterium is dus een toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Niettemin kan het, indien de werknemer het wijzigingsvoorstel aanvaardt, wel degelijk een derogerend karakter hebben.

De Hoge Raad heeft in diverse arresten het Taxi Hofman-criterium bevestigd en verduidelijkt. In het arrest Guitoneau/Midnet Tax heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de rechter bij de toetsing aan het Taxi Hofman-criterium ook in zijn beschouwing moet betrekken of de wijziging van de arbeidsvoorwaarden, in het betreffende geval een functiewijziging, voor

261 J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008 (3), p. 63.
262 R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden volgens de Hoge Raad: De kluwen (deels) ontward', *TAP* 2008/1, p. 7.
263 D.J.B. de Wolff, 'Taxi Hofman in de revisie', *ArbeidsRecht* 2008, 44.

de werknemer nadelige gevolgen heeft.[264] In het arrest Drie-S Invest/Mammoet heeft de Hoge Raad overwogen dat de werknemer wel mag opkomen voor wat hij als zijn rechten ziet in verband met door de werkgever gedane wijzigingsvoorstellen.[265]

In het arrest Stoof/Mammoet overwoog de Hoge Raad dat bij het Taxi Hofman-criterium het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht:[266]

'Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.'

Het arrest Stoof/Mammoet maakt in feite duidelijk dat bij de toetsing door de rechter aan het zogenoemde Taxi Hofman-criterium sprake is van een *drietrapsraket*. De rechter moet allereerst vaststellen of sprake is van gewijzigde omstandigheden en, zo ja, wat de aard is van die gewijzigde omstandigheden. Vervolgens moet worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. Tot slot moet worden onderzocht of

264 HR 28 april 2000 (Guitoneau/Midnet Tax), *JAR* 2000/120.
265 HR 14 november 2003 (Drie-S Invest/Mammoet), *NJ* 2004, 138, *JAR* 2003/296.
266 HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), *JAR* 2008/204.

aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel, in het licht van de omstandigheden van het geval, in redelijkheid van de werknemer mag worden gevergd.

2.2.2 *Het Taxi Hofman-criterium is slechts bij individuele wijzigingen van toepassing*

Het Taxi Hofman-criterium vindt alleen toepassing indien sprake is van wijzigingen van arbeidsvoorwaarden op *individuele* basis. Dit in tegenstelling tot de hierna te bespreken norm van art. 19 PW / art. 7:613 BW, dat juist voor wijzigingen van *collectieve* regelingen is bedoeld.[267] Deze strikte scheiding tussen wijzigingen van individuele en collectieve aard vindt zijn oorsprong in Stoof/Mammoet. Hierin overweegt de Hoge Raad dat art. 7:613 BW *veeleer* ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van individuele werknemer, maar ten opzichte van verscheidene werknemers.

Het woord 'veeleer' heeft in de literatuur en jurisprudentie tot onduidelijkheden geleid. Discussie ontstond over het antwoord op de vraag of de Hoge Raad daadwerkelijk heeft bedoeld om een strikt onderscheid aan te brengen tussen individuele en collectieve wijzigingen. De Hoge Raad heeft evenwel aan alle onduidelijkheden een einde gemaakt in het reeds aangehaalde arrest Monsieurs c.s./Wegener. In dit arrest heeft de Hoge Raad nogmaals – en deze keer zonder het woord 'veeleer' te gebruiken – duidelijk gemaakt dat art. 7:613 BW (en dus ook art. 19 PW) ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van individuele werknemer, maar ten opzichte van verscheidene werknemers.[268] Verburg heeft in dit verband – naar aanleiding van het arrest Monsieurs c.s./Wegener – het volgende opgemerkt:[269]

'Tegen deze achtergrond en gelet op het feit dat bij een zwaarwichtig belang gedacht is aan zwaarwegende bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden die tot wijziging van arbeidsvoorwaarden noodzaken, valt er het nodige te zeggen voor het oordeel van de Hoge Raad

267 HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), *JAR* 2008/204; HR 18 maart 2011 (Monsieurs c.s./Wegener), *JAR* 2011/108.

268 HR 18 maart 2011 (Monsieurs c.s./Wegener), *JAR* 2011/108, r.o. 3.6.3.

269 L.G. Verburg, 'Het beding van art. 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de '613'-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid', *ArA* 2012 (1), p. 30.

dat artikel 7:613 BW ziet op gevallen met een collectieve context. In het Stoof/Mammoet-arrest ging dit nog met enige voorzichtigheid gepaard ("veeleer"). Deze "voorzichtigheid" laat de Hoge Raad nu varen.'

Ook in de lagere rechtspraak wordt uitgegaan een scheiding tussen collectieve wijzigingen en individuele wijzigingen.[270]

2.3 *Eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 PW / art. 7:613 BW)*

Vanaf 1 januari 2007 hebben werkgevers op grond van art. 19 PW de mogelijkheid de pensioenovereenkomst te wijzigen zonder instemming van de werknemer. In dit artikel is het volgende bepaald:

'Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.'

De in art. 19 PW neergelegde eisen komen overeen met die in art. 7:613 BW. Allereerst geldt dat de pensioenovereenkomst een dergelijk (schriftelijk) wijzigingsbeding moet bevatten. Het wijzigingsbeding kan enkel worden ingeroepen indien sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daardoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Een wijzigingsbeding kan algemeen geformuleerd zijn of betrekking hebben op bepaalde situaties, zoals de wijziging van fiscale wetgeving.

2.3.1 *Schriftelijkheidsvereiste*

In art. 19 PW is opgenomen dat de werkgever slechts een beroep kan doen op het eenzijdig wijzigingsbeding indien dit schriftelijk is overeengekomen. Dit is allereerst het geval indien in de pensioenovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen.

---

270 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Alphen aan den Rijn, *RAR* 2006/92, Kantonrechter Delft 30 november 2006, *JAR* 2007/6, Kantonrechter Utrecht 20 december 2006, *JAR* 2007/43, Kantonrechter Haarlem 19 februari 2008, ECLI:RBHAA:2008:BC5094, Kantonrechter Utrecht 9 oktober 2009, *JAR* 2009/264.

In de praktijk maakt de pensioenovereenkomst echter vaak onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst, waarin een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen. De wetsgeschiedenis maakt niet duidelijk of ook in dat geval aan het schriftelijkheidsvereiste ex art. 19 PW wordt voldaan. Naar onze mening is dit het geval, mede gelet op de huidige rechtspraak.[271]

De derde situatie waarin naar onze mening aan het schriftelijkheidsvereiste kan worden voldaan, is indien een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen in de CAO of een andere collectieve regeling die op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard, terwijl de pensioenovereenkomst in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Immers, de Hoge Raad heeft in het arrest Monsieurs/Wegener[272] geoordeeld dat art. 7:613 BW niet de eis stelt dat een eenzijdig wijzigingsbeding per definitie moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst zelf, dan wel bij gebreke daarvan de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoeft.

2.3.2 *Zwaarwichtig belang*

Of sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang in de zin van art. 19 PW, hangt af van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval. Hierbij kan gedacht worden aan wetswijzigingen en bedrijfseconomische redenen. Deze laatste moeten dan voldoende ernstig zijn om een wijziging te ondersteunen. Hof Arnhem oordeelde dat daarbij ook de lange termijn in ogenschouw kan worden genomen:[273]

'Uit de parlementaire behandeling van artikel 7:613 BW blijkt dat zwaarwichtige belangen kunnen bestaan in bedrijfseconomische en organisatorische omstandigheden, waaronder een noodzakelijke reorganisatie kan worden begrepen, waarbij te denken valt aan de situatie dat een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Dat sluit echter niet uit dat een zwaarwichtige belang als bedoeld in artikel 7:613 BW ook kan worden gevormd door een financieel belang van een – zoals [werkgever] heeft gesteld – ook op lange termijn bedrijfseconomisch verantwoorde situatie, waarbij de continuïteit van het pensioen van alle werknemers zoveel mogelijk is gewaarborgd.'

---

271 Hof Arnhem 15 maart 2011 (Fundeon), *PJ* 2011/78. In gelijke zin: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 400 en J.R. Wirschell en M. Heemskerk, *T&C Arbeidsrecht (2014)*, art. 19 PW, aant. 2.

272 HR 18 maart 2011 (Monsieurs/Wegener), *JAR* 2011/108.

273 Hof Arnhem 15 maart 2011 (Fundeon), *PJ* 2011/78.

Medio 2014 oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden over de vraag of de overstap naar een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds een zwaarwichtig belang opleverde op grond waarvan de werkgever de premieverdeling eenzijdig mocht wijzigen.[274] De werkgever in kwestie had op grond van deze verplichte deelname de premieverdeling aangepast, waardoor een deel van de werknemers per saldo minder loon zou ontvangen. De kantonrechter had vastgesteld dat de werkgever niet gerechtigd was dit te doen,[275] maar in hoger beroep houdt dit oordeel geen stand. Het hof oordeelt dat de werkgever wel degelijk een zwaarwichtig belang had bij de wijziging van de pensioenbijdrage. De wijziging van de pensioenbijdrage was immers geen vrijwillige keuze, maar vloeide voort uit de wettelijk verplichte deelneming en de wijziging in de toepasselijke CAO. Daarnaast zou de wijziging leiden tot een betere pensioenvoorziening voor de zittende werknemers. Onder deze omstandigheden acht het hof het redelijk dat de werkgever gebruikmaakt van zijn wijzigingsbevoegdheid. Deze uitspraak van het hof wijkt overigens af van een eerder arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden. Daarin werd overwogen dat overgang naar een bedrijfstakpensioenfonds niet als een zwaarwegend belang voor wijziging van de pensioenpremie kon worden aangemerkt.[276]

Wat betreft fiscale wetswijzigingen geldt dat deze, in tegenstelling tot dwingend civiel recht, niet van rechtswege doorwerken in de pensioenovereenkomst. In de rechtspraak wordt wisselend geoordeeld over de vraag of een wijziging van het fiscale kader voor pensioenregelingen als omstandigheid moet worden gezien die voor de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang voor wijziging van de pensioenregeling meebrengt. Lutjens oordeelt naar aanleiding van de eerdere invoering van de VPL-wetgeving dat dit veelal het geval is.[277] Ook Van der Ham benadrukt dat de wijziging van fiscale regelgeving van oudsher als zwaarwichtig belang wordt aangemerkt. Hij stelt dat het met een eenzijdig wijzigingsbeding niet een hele opgave zal zijn de pensioenregeling eenzijdig aan te passen aan bijvoorbeeld verslechterde fiscale wetgeving.[278] Wij zijn echter van mening dat de recente wetswijzigingen per 1 januari 2015, te weten de verlaging van het opbouwpercentage en de aftopping

274 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, *JAR* 2014/191.
275 Kantonrechter Heerenveen 13 februari 2013, *JAR* 2013/112.
276 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, *JAR* 2013/69.
277 E. Lutjens (red.), *Pensioenwet Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 427, met een verwijzing naar o.a. Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47.
278 R. van der Ham, 'Hoe hoog is de drempel bij eenzijdige wijziging pensioenregeling?', *Pensioen Magazine* 2013-10, p. 26.

van het pensioengevend salaris, niet zonder meer als zwaarwichtig belang kunnen worden aangemerkt op grond waarvan de pensioenregeling eenzijdig kan worden versoberd.[279] Naar verwachting moet sprake zijn van aanvullende bedrijfseconomische omstandigheden op grond waarvan een werkgever de pensioenregeling kan versoberen zonder compensatie aan te bieden. In paragraaf 3 gaan wij hier nader op in.

2.3.3 *Instemming ondernemingsraad*

De wetgever wilde aanvankelijk een rechtsvermoeden opnemen in lid 2 van art. 7:613 BW, waarin naar voren kwam dat zwaarwichtige belangen voor de werkgever geacht werden aanwezig te zijn wanneer een regeling was vastgesteld 'in overeenstemming met' de ondernemingsraad. Dit rechtsvermoeden is geschrapt naar aanleiding van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, omdat dit volgens de minister 'in feite overbodig zou zijn'.[280] Echter, volgens vaste rechtspraak blijkt dat het instemmen van de ondernemingsraad een aanwijzing vormt dat sprake is van een zwaarwichtig bedrijfsbelang waarvoor het belang van de werknemer moet wijken.[281]

Van der Ham geeft op grond van het voorgaande aan dat het aanbeveling verdient een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging in het leven te roepen, ook als dit niet wettelijk verplicht is, zodat een medezeggenschapstraject kan worden gevolgd.[282] Tevens stelt hij dat het te overwegen valt de principiële discussie op grond van art. 27 WOR, of de ondernemingsraad al dan niet daadwerkelijk een instemmingsrecht heeft, achterwege te laten en het instemmingsrecht te 'geven'. In dit kader is een recente uitspraak van Kantonrechter Amersfoort relevant.[283]

In voornoemde uitspraak deed zich het volgende voor. Werknemer vorderde nakoming van een oude pensioenregeling, nadat werkgever deze een aantal keren had gewijzigd. De ondernemingsraad had in casu niet ingestemd met de door de werkgever doorgevoerde wijzigingen. De kan-

279 In gelijke zin: J.A. Gielink, 'Witteveen 2015: wat te doen met € 100.000 plus pensioen?', PensioenAdvies september 2014, p. 16.
280 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 615, 10, zoals opgenomen in D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap*, Kluwer, Deventer 2007, p. 109.
281 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 15 maart 2011, *PJ* 2011/78 en Kantonrechter Maastricht 25 februari 2015, *PJ* 2015/70.
282 R. van der Ham, 'Hoe hoog is de drempel bij eenzijdige wijziging pensioenregeling?', *Pensioen Magazine* 2013-10, p. 25.
283 Kantonrechter Amersfoort 4 februari 2015, *PJ* 2014/152.

tonrechter oordeelt dat, gelet op de samenhang tussen art. 27, lid 1 en lid 5, WOR, aan een individuele werknemer geen beroep toekomt op het eventueel ontbreken van een expliciete instemming van de ondernemingsraad. Volgens de kantonrechter moet het ervoor gehouden worden dat de ondernemingsraad zich bij de wijzigingen heeft neergelegd, omdat de ondernemingsraad niet de nietigheid van de voorgenomen wijziging heeft ingeroepen. Volgens de kantonrechter is dit een aanwijzing voor het hebben van een zwaarwichtig belang.

Schop is van mening dat het ontbreken van instemming van de ondernemingsraad eerder een indicatie zou moeten zijn dat de werkgever *geen* zwaarwichtig belang heeft in plaats van dat dit wel het geval is.[284] Zo geeft hij aan dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat een ondernemingsraad niet instemt met een voorgenomen besluit, de werkgever dit besluit vervolgens toch uitvoert en de ondernemingsraad het hierbij laat zitten. De mogelijke redenen hiervoor zijn volgens hem dat de ondernemingsraad te laat is met het inroepen van de nietigheid op grond van art. 27, lid 5, WOR (termijn van één maand) of dat de ondernemingsraad er geen behoefte aan had de relatie met de ondernemer juridisch op scherp te stellen. Schop stelt dat het onjuist zou zijn als vuistregel te hanteren dat hiermee sprake is van een aanwijzing voor het hebben van een zwaarwichtig belang (oftewel: '*niet instemmen zien als toestemmen*'). Hoe dan ook is het voor de ondernemingsraad aan te raden de nietigheid in te roepen van besluiten waarvoor hij geen instemming heeft verleend en waar hij het niet mee eens is. Wij zijn dit eens met Schop.

Ten aanzien van welke voorgenomen besluiten heeft de ondernemingsraad dan precies een instemmingsrecht? Op grond van art. 27 WOR had de ondernemingsraad een tijd lang alleen een instemmingsrecht voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een pensioenovereenkomst die werd uitgevoerd door een verzekeraar, premiepensioeninstelling of pensioeninstelling uit een andere lidstaat. De ondernemingsraad had dus geen instemmingsrecht ten aanzien van een pensioenovereenkomst die werd uitgevoerd door een pensioenfonds.[285]

Met ingang van 7 augustus 2013 is het instemmingsrecht uitgebreid tot de vaststelling of intrekking, dus niet de wijziging, van een pensioenover-

284 E. Schop in zijn noot bij de uitspraak van Kantonrechter Amersfoort 4 februari 2015, *PJ* 2015/69.

285 B. Degelink, 'Pensioenwetgeving in 2014-2015: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2015, 6.

eenkomst die wordt uitgevoerd door een pensioenfonds (art. 27, lid 7, WOR).[286] De SER heeft hieromtrent geadviseerd dat sprake zou zijn van een medezeggenschapstekort, omdat de ondernemingsraad nog steeds geen instemmingrecht heeft ter zake van de *wijziging* van een pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door een pensioenfonds (en bovendien de zwaarwichtigbelangtoets niet van toepassing is op dergelijke wijzigingen, zoals wij in par. 2.3.4 nader zullen bespreken).[287] Naar aanleiding van dit SER-advies heeft staatssecretaris Klijnsma aangekondigd dat het instemmingsrecht van de ondernemingsraad verder wordt uitgebreid. Het wetsvoorstel wordt naar verwachting in september 2015 ingediend, waarna de gewijzigde wet naar verwachting per 1 januari 2016 in werking zal treden.

2.3.4 *Wijziging door pensioenuitvoerder*

Een tweede variant van het eenzijdig wijzigingsbeding vindt men niet in de arbeidsovereenkomst, maar in het pensioenreglement. In een dergelijk geval ligt de wijzigingsbevoegdheid, die door incorporatie onderdeel wordt van de pensioenovereenkomst, bij de uitvoerder in plaats van de werkgever.

In het Delta Lloyd-arrest oordeelde Hof Amsterdam dat het pensioenfonds de onvoorwaardelijke indexatie in het pensioenreglement kon wijzigen zonder dat art. 19 PW (of art. 7:613 BW) van toepassing was.[288] Dit oordeel is door de Hoge Raad (met toepassing van art. 81 Wet RO) in stand gelaten.[289] Eerder al heeft de Hoge Raad in het arrest ECN/Omen geoordeeld dat de wijzigingsbevoegdheid van de uitvoerder niet afhankelijk is van een belangenafweging als die van art. 19 PW (hoewel op het wijzigingsbesluit in dat concrete geval de PW nog niet van toepassing was) en derhalve alleen beperkt wordt in gevallen waarin de uitoefening ervan misbruik van bevoegdheid zou opleveren (art. 3:13 BW) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248, lid 2, BW).[290] Deze norm wordt door Hof Den Haag als volgt ingevuld:

'dat [de uitvoerder, MFL], in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van die bevoegdheid en het belang

286 Wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2014, 302 (Wet versterking bestuur pensioenfondsen).
287 SER-advies nr. 2014/05 van 20 juni 2014.
288 Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119.
289 HR 3 december 2013 (Delta Lloyd), *JAR* 2013/300.
290 HR 6 september 2013 (ECN/Omen), *PJ* 2013/161.

dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.'[291]

Het moge duidelijk zijn dat deze toets vele malen lichter is dan de toets die plaatsvindt bij toepassing van art. 19 PW. Bovendien zijn de stelplicht en bewijslast ter zake 'omgekeerd' (althans rusten deze bij een beroep op art. 3:13 of 6:248, lid 2, BW op de deelnemer).

Overigens wijst Lutjens erop dat dit niet betekent dat de vrijheid van een pensioenfonds geheel onbeperkt is. Voor het fonds geldt immers art. 105, lid 2, PW, dat bepaalt dat de beleidsbepalers bij de vervulling van hun taak de belangen van de belanghebbenden op een evenwichtige wijze dienen te behartigen. Wel is deze toets (mogelijk) een lichtere dan de zwaarwichtigbelangtoets van art. 19 PW.[292] Daarbij komt overigens dat deze norm specifiek geldt voor pensioenfondsen, en een dergelijke norm voor andere uitvoerders niet bestaat.
Voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldt dat werkgevers en werknemers verplicht zijn de door het pensioenfonds vastgestelde statuten en reglementen na te leven, evenals wijzigingen daarin (art. 4 jo. 9 Wet Bpf 2000). Instemming van de werknemer, noch een zwaarwichtig belang, is dan ook vereist. In dergelijke gevallen zullen de sociale partners met een wijzigingsvoorstel komen, waarbij tevens aandacht wordt geschonken aan de compensatie van de achteruitgang van de pensioenregeling. Uiteraard geldt ook in dit geval wel dat het pensioenfonds art. 105, lid 2, PW in acht moet nemen.

Onzes inziens is de discrepantie in de aan te leggen toetsen niet goed te verklaren en is er feitelijk sprake van een leemte in de bescherming van de (gewezen) deelnemer. Door de wijzigingsbevoegdheid 'weg te contracteren' naar de pensioenuitvoerder, kan per saldo de zwaarwichtigbelangtoets van art. 19 PW worden omzeild. Onzes inziens moet een (gewezen) deelnemer dezelfde rechtsbescherming genieten ten opzichte van de pensioenuitvoerder als ten opzichte van zijn (voormalige) werkgever. Een redelijke grond voor het onderscheid, zoals dat thans bestaat, is ons niet bekend. Het zou onzes inziens dan ook de voorkeur verdienen dat art. 19

291 Hof Den Haag 31 maart 2015 (ECN/Omen), *PJ* 2015/82.
292 E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 415.

PW in die zin wordt aangepast dat een wijzigingsbesluit van een derde eveneens aan de zwaarwichtigbelangnorm getoetst moet worden.[293]

2.3.5 *Uitgewerkte rechtsverhouding?*

Zoals gebleken is, maakt de wet een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst met een actieve werknemer onder omstandigheden mogelijk; de wet spreekt echter niet over gepensioneerden en (andere) gewezen werknemers. Lange tijd is er discussie geweest over het zogenoemde leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding, waarin centraal stond de vraag of er na het einde van de arbeidsovereenkomst sprake was van een definitieve vaststelling van de pensioenaanspraken en -rechten (op basis van de pensioenregeling, zoals die luidde op het moment van eindigen van de arbeidsovereenkomst). Dit zou er derhalve op neerkomen dat door oud-werknemers opgebouwde aanspraken niet meer kunnen worden gewijzigd.[294]

Hoewel het enkele jaren eerder nog anders oordeelde,[295] was Hof Amsterdam in het reeds besproken Delta Lloyd-arrest van oordeel dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst niet iedere contractuele relatie tussen de werkgever en de werknemer eindigt.[296] Dit oordeel is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest ECN/Omen, met als gevolg dat een aanspraak op indexatie, ook na het einde van de arbeidsovereenkomst, niet per definitie onaantastbaar is. Of en in hoeverre dat het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval en de bepalingen van de pensioenovereenkomst.[297]

In de literatuur wordt ten aanzien van dit onderwerp overigens voorzichtigheid gepredikt: Heemskerk c.s. betogen dat niet te snel mag worden aangenomen dat een wijzigingsbeding is overeengekomen dat ook gelding heeft jegens slapers en pensioengerechtigden.[298] Ook Van den Bos stelde

---

293 *Vgl. M. Heemskerk e.a. in 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', alsmede in zijn noot bij HR 3 december 2013, JAR* 2013/300, *TPV* 2012/42 en E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 415.

294 Vgl. o.m. H.P. Breuker, 'Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken', TPV 2013/6.

295 Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130.

296 Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119.

297 HR 6 september 2013 (ECN/Omen), *PJ* 2013/161. Ook het arrest van Hof Amsterdam in de Delta Lloyd-zaak bleef in cassatie overeind, HR 3 december 2013 (Delta Lloyd), *JAR* 2013/300.

298 Vgl. M. Heemskerk e.a. in 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TPV* 2012/42 en E. Lutjens, *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2013, p. 415.

in 2014 nog dat niet valt uit te sluiten dat elementen van het arrest ECN/Omen nog onderwerp van heroverweging zullen worden.[299] Hoewel dit laatste nog niet het geval geweest is, zijn wij met Van den Bos van mening dat het aanbeveling verdient om de formulering van eenzijdige wijzigingsbedingen meer uit te werken (dan nu veelal het geval is), zodat meer duidelijkheid ontstaat over de vraag op wie c.q. welke groep een dergelijk beding van toepassing is.

Bij dit alles moet in het oog gehouden worden dat art. 20 PW bepaalt dat in geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst de tot het moment van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd worden. In dit kader wordt van belang of een aanspraak (in de regel gaat het dan over een indexatieregeling) als *voorwaardelijk* of *onvoorwaardelijk* moet worden aangeduid. De wetgever heeft uitdrukkelijk voorwaardelijke toeslagen niet laten vallen onder het wijzigingsverbod van art. 20 PW (zie art. 1 PW).[300] Hoewel dit niet in alle gevallen moeilijkheden zal opleveren, is voorstelbaar dat er discussie mogelijk is over de vraag of er sprake is van een voorwaardelijke of onvoorwaardelijke aanspraak. In een dergelijk geval zal uitleg van de overeenkomst (veelal aan de hand van de CAO-norm[301]) uitkomst moeten bieden.[302]

Overigens is ook op dit punt de literatuur nog verdeeld. Sommigen lezen in het reeds genoemde Delta Lloyd-arrest een bevestiging dat wijziging van onvoorwaardelijke aanspraken in voorwaardelijke aanspraken, binnen de kaders van de PW, weliswaar moeilijk, maar niet onmogelijk is.[303] Het gaat dan echter hoe dan ook om uitzonderingsgevallen en in hoeverre een doorgevoerde wijziging uiteindelijk ook echt stand zal houden, is moeilijk te voorspellen.

3 DE ROL VAN COMPENSATIE

Met het oog op de wijziging van de fiscale kaders voor de pensioenopbouw per 1 januari 2015 (verlaging opbouwpercentage naar 1,875% en aftopping pensioengevend salaris op € 100.000) is de discussie losgebarsten over de

299 P.B. van den Bos, 'ECN/Omen: heroverweging van het eenzijdig wijzigingsbeding vereist?', *ArbeidsRecht* 2014, 22.
300 O.m. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 53 en Kamerstukken I, 2006-2007, 30 413, nr. C, p. 12.
301 Als bedoeld in HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010, 546.
302 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2015, *PJ* 2015/84.
303 Het zou dan gaan om waardeoverdracht of korten, Heemskerk c.s., *TPV* 2013/7.

vraag of en in hoeverre deelnemers gecompenseerd dienen te worden voor een eventuele versobering van de pensioenregeling. Een definitief antwoord op deze vraag lijkt nog niet in zicht. Wel lijkt de consensus te zijn dat in geval van wijziging door de werkgever enige vorm van compensatie geboden zal moeten worden. In hoeverre en in welke vorm er compensatie geboden wordt zal onzes inziens een rol spelen bij een eventuele beoordeling van de belangenafweging c.q. redelijkheid van een aangeboden – gewijzigde – regeling (bijvoorbeeld in het kader van de Stoof/Mammoetleer[304]).

Er zijn verschillende manieren om de deelnemer te compenseren voor een versobering van de pensioenregeling. Een drietal daarvan zal in het hiernavolgende kort de revue passeren.[305]

1. Nettopensioen of nettolijfrente
Met ingang van 1 januari 2015 is, ter compensatie voor de per dat moment ingevoerde fiscale veranderingen, een nieuwe spaarfaciliteit geïntroduceerd, in de vorm van het nettopensioen en de nettolijfrente. De inleg is niet fiscaal aftrekbaar, maar de uitkeringen blijven onbelast en onder voorwaarden geldt een vrijstelling in box 3. De maximale premie-inleg is leeftijdsafhankelijk. Vermeldenswaardig is dat de wetgever, in het kader van de fiscale wijzigingen per 1 januari 2015, heeft gesteld dat dit de vorm van compensatie is die hij voorstaat.[306]

2. Collectieve overlijdensverzekering
Voor zover sprake is van een versobering van het nabestaandenpensioen kan een overlijdensdekking op collectieve wijze worden voortgezet voor inkomens boven € 100.000.

3. Compensatie in het loon
Ten slotte kan compensatie plaatsvinden door het salaris te verhogen. Dit kan bijvoorbeeld worden gedaan door het verschil in maandelijkse pensioenpremie vast te stellen, waarna het betreffende bedrag (eventueel als toeslag) bovenop het loon wordt uitbetaald.

304 HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), *JAR* 2008/204.
305 Voor een uitgebreidere opsomming en bespreking zie J.A. Gielink, 'Witteveen 2015: wat te doen met € 100.000 plus pensioen?', *PensioenAdvies* september 2014, p. 14-16.
306 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 863, nr. 30.

Vooralsnog laat het zich aanzien dat, na de fiscale wijzigingen van 1 januari 2015, compensatie in het loon de meest gekozen oplossing is, waarbij er veelal voor gekozen wordt om de aan de zijde van de werkgever vrijgevallen premie eenmalig bij het salaris van de werknemer op te tellen. Het moge duidelijk zijn dat dit, hoewel het meest praktisch, bij lange na geen volledige compensatie voor de misgelopen aanspraken betreft. Sterker nog, het betreft, met name gelet op het feit dat deze compensatie ook nog eens belast wordt in box 1 (en box 3), voor de werknemer de minst aantrekkelijke vorm van compensatie.
Er gaan dan ook stemmen op dat deze vorm van compensatie onvoldoende is, althans dat de werkgever deze vorm van compensatie niet mag aanbieden indien hij de overige mogelijkheden niet heeft onderzocht.[307] Als aangegeven zal het echter van de omstandigheden van het geval afhangen of een wijziging de (redelijkheids)toets doorstaat. Een eventueel aangeboden compensatie is slechts één van die omstandigheden. De vraag of een eenmalige compensatie in het salaris voldoende is, is dan ook niet in zijn algemeenheid te beantwoorden.
Overigens dienen werkgevers bij het toepassen van compensatie wel te waken voor mogelijke leeftijdsdiscriminatie. Een eventuele compensatie zal in het algemeen immers aansluiten bij de (leeftijdsafhankelijke) pensioenpremie die voorheen op basis van het ongemaximeerde loon werd betaald. Indien bijvoorbeeld zou worden gekozen voor een compensatie in loon, verliest de compensatie de pensioenbestemming en wordt het risico dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid groter. Strijdigheid met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid ligt dan ook op de loer. Echter, indien – bijvoorbeeld – een zwaarwichtig belang voor wijziging van de pensioenregeling zou kunnen worden aangetoond, zou hierin mogelijk ook een objectieve rechtvaardiging voor het ontstane leeftijdsonderscheid gezocht kunnen worden.

4 DEROGERENDE WERKING VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID (ART. 7:611 BW EN ART. 6:248, LID 2, BW)

Art. 7:611 BW geeft, zoals hierboven reeds is vermeld, uitdrukking aan de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals vervat in art. 6:2 en 6:248 BW.[308] De uitwerking van de aanvullende werking van art. 6:248, lid 1, BW in

307 H. de Graaf, 'De gevolgen van de aftopping van het pensioengevend salaris op € 100.000', *ArbeidsRecht* 2015, 2, p. 11.
308 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry/KLM).

het op art. 7:611 BW gebaseerde Taxi Hofman-criterium is hierboven reeds besproken.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is terug te vinden in art. 6:248, lid 2, BW. Deze bepaling regelt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. Het is dus mogelijk dat bepaalde (wettelijke) regels in het arbeidsrecht door de rechter opzij kunnen worden gezet als toepassing ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld overwogen dat dit mogelijk is bij de toepassing van de regels voor proeftijd.[309]

De formulering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' brengt tot uitdrukking dat de rechter bij de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten. Deze formulering mag dan ook niet worden gereduceerd tot 'strijd met de redelijkheid en billijkheid'[310] of 'niet redelijk'.[311]

Van belang is dat art. 6:248, lid 2, BW de rechter geen mogelijkheid biedt de pensioenovereenkomst te *wijzigen*. Deze bepaling biedt de rechter slechts de mogelijkheid om een bepaalde arbeidsvoorwaarde, zoals pensioen, *buiten toepassing te laten*, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. Hetzelfde geldt indien de vordering is gebaseerd op art. 7:611 BW.

5 ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN (ART. 6:258, LID 1, BW)

Op grond van art. 6:258, lid 1, BW kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Deze bepaling vormt een lex specialis van art. 6:248,

309 HR 27 oktober 1995 (Den Haan/The Box Fashion), *JAR* 1995/254.
310 HR 9 januari 1998 (Gemeente Apeldoorn/Duisterhof), *NJ* 1998, 363.
311 HR 25 februari 2000 (FNV/Frans Maas), *JAR* 2000/85.

lid 2, BW voor een extreem geval en de rechter zal bij toepassing van art. 6:258, lid 1, BW dezelfde terughoudendheid moeten betrachten als uit de bewoordingen van art. 6:248, lid 2, BW ('onaanvaardbaar') voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit.[312]

De onvoorziene omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij geen ongewijzigde instandhouding van de contractuele rechtsverhouding mag verwachten. Daaraan zal niet spoedig voldaan zijn; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe.[313]

Art. 6:258, lid 1, BW is de enige norm die tot een inhoudelijke wijziging van de pensioenovereenkomst kan leiden zonder dat dit is terug te voeren op een moment van wilsovereenstemming.[314] Tussenkomst van de rechter is op grond van deze bepaling hierbij echter wel vereist.

6 DE VERHOUDING TUSSEN ART. 7:611 BW, ART. 19 PW / ART. 7:613 BW, ART. 6:248 BW EN ART. 6:258 BW

In de literatuur en jurisprudentie bestaat veel discussie over de vraag hoe de normen van art. 7:611 BW, art. 19 PW / art. 7:613 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW zich tot elkaar verhouden. Wij merken hierover het volgende op.

Het criterium van art. 19 PW / art. 7:613 BW ('daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken') is niet hetzelfde als dat van art. 6:248, lid 2, BW ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'). Art. 19 PW / art. 7:613 BW is geschreven uit het oogpunt van werknemersbescherming. Door Bungener wordt daarom terecht betoogd dat de toetsing op basis van art. 19 PW / art. 7:613 BW lichter moet uitvallen dan de toets die wordt aangelegd bij art. 6:248, lid 2, BW, omdat anders de beoogde werknemersbescherming van art. 19 PW / art. 7:613

312 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 973-974.
313 TM, Parl. Gesch. 6, p. 969. Zie ook Hof Amsterdam 28 september 2010, *JAR* 2010/270, r.o. 5.23.
314 A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Kluwer, Deventer 2008, p. 237.

BW kan worden omzeild door na te laten een eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst op te nemen.[315]

De norm van het op art. 7:611 BW en art. 6:248, lid 1, BW gebaseerde Taxi Hofman-criterium en die van art. 19 PW / art. 7:613 BW hebben ieder hun eigen toepassingsgebied. De norm van art. 19 PW / art. 7:613 BW is bedoeld voor wijzigingen van collectieve regelingen, terwijl het Taxi Hofman-criterium bedoeld is voor wijzigingen van arbeidsvoorwaarden op individueel niveau.[316]

Bij een wijziging van een collectieve pensioenregeling zonder dat sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding, kan daarom niet worden teruggevallen op het Taxi Hofman-criterium. In die situatie resteert naar onze mening de norm van art. 6:248, lid 2, BW.[317] Zoals hierboven reeds is vermeld, vormt art. 6:258, lid 1, BW een lex specialis van art. 6:248, lid 2, BW voor een extreem geval. De rechter zal bij toepassing van art. 6:258, lid 1, BW dezelfde terughoudendheid moeten betrachten als uit de bewoordingen van art. 6:248, lid 2, BW ('onaanvaardbaar') voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit.

7 AFRONDENDE OPMERKINGEN

Wij openden met de constatering dat de economische omstandigheden, in combinatie met fiscale maatregelen van overheidswege, werkgevers er geregeld toe nopen om de pensioenregeling te versoberen. Uit het voorgaande moge echter blijken dat dat in lang niet alle gevallen even gemakkelijk is. In beginsel is instemming van de werknemer met wijziging van de pensioenregeling vereist. Stilzwijgende instemming mag niet te snel worden aangenomen, althans werknemers zullen in ieder geval voldoende geïnformeerd moeten zijn over de voorgenomen wijziging.

Onder bijzondere omstandigheden is (collectieve) wijziging zonder instemming van de werknemer mogelijk. Dit kan, kort gezegd, op grond van art. 19 PW / art. 7:613 BW, art. 6:248 BW, art. 7:611 BW en art. 6:258 BW. Er moet dan wel aan tamelijk strenge eisen zijn voldaan. Zo kan, indien

315 Idem, p. 252.
316 HR 11 juli 2008 (Stoof/Mammoet), *JAR* 2008/204; HR 18 maart 2011 (Monsieurs c.s./Wegener), *JAR* 2011/108.
317 Zo ook: A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Kluwer, Deventer 2008, p. 252.

dat is overeengekomen, de pensioenwijziging worden gewijzigd op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding, mits daartoe een zwaarwichtig belang bestaat aan de zijde van de werkgever. Ook daarvoor geldt weer dat een dergelijk belang niet te snel mag worden aangenomen.
Ook een pensioenuitvoerder kan niet zonder meer overgaan tot wijziging van een pensioenregeling. Opmerkelijk genoeg zijn de eisen voor een pensioenuitvoerder wel lichter dan de eisen die in dezelfde situatie worden gesteld voor een werkgever.

Het valt op dat er een veelheid aan op elkaar gelijkende, maar niet gelijke normen bestaat waaraan voldaan moet zijn bij wijziging van de pensioenovereenkomst, zulks afhankelijk van de wijzigende partij en de grondslag van de wijziging. Naar onze mening is er niet zo veel mis mee dat het niet eenvoudig is om een pensioenovereenkomst te wijzigen: het betreft immers een voor de (gewezen) werknemer belangrijke arbeidsvoorwaarde. Onzes inziens is uniformering van de normen – waaronder een wijziging mogelijk is – echter wel op zijn plaats. Alle betrokken partijen zijn gebaat bij rechtszekerheid; daarom is onwenselijk dat afhankelijk van de wijzigende partij of de omstandigheden waaronder de wijziging plaatsvindt andere normen gelden. Het zou in alle gevallen helder behoren te zijn of een wijziging (al dan niet) mogelijk is, onafhankelijk van de vraag wat er is opgenomen in (lang vergeten) pensioenreglementen of (niet op schrift gestelde) pensioenovereenkomsten. De wetgever is aan zet.

Deel 2

De verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder

3 *Capita selecta uitvoering*

Mr. C.P.R.M. Dekker
Mr. P. van der Ree-Reinking
Mr. W.P.M. Thijssen
Mr. M.C. Witteman
Mr. A.T. Uçar[318]

318 Kees-Pieter Dekker is werkzaam als pensioenrechtadvocaat, Petra van der Ree-Reinking is werkzaam als senior beleidsmedewerker bij PGGM en schreef haar input op persoonlijke titel, Wim Thijssen is pensioenrechtadvocaat bij Thijssen Pensioenadvocaten, Marie-Christine Witteman is werkzaam als zelfstandig gevestigd pensioenconsultant en Tarik Uçar is werkzaam als beleidsmedewerker bij de Pensioenfederatie.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

2 Capita selecta uitvoering en uitvoeringsovereenkomst
2.1 Een kort historisch overzicht
2.2 Wat is uitvoering?
2.2.1 Juridische kwalificatie van uitvoering
2.3 Het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst
2.4 Einde van de uitvoeringsovereenkomst
2.4.1 Uitvoeringsovereenkomsten voor onbepaalde tijd
2.4.2 Beëindiging volgens Titel 7.17 BW
2.4.3 Opzegging van een duurovereenkomst; redelijkheid en billijkheid
2.4.4 Faillissement van de werkgever
2.4.5 Liquidatie van een pensioenfonds
2.5 Het einde van de verhouding tussen een werkgever en een bedrijfstak-pensioenfonds
2.5.1 Art. 102a PW
2.5.2 De niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen
2.5.3 De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen
2.6 Gevolgen van beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst
2.6.1 Jurisprudentie
2.6.1.1 Stichting Alcatel-Lucent pensioenfonds / Alcatel-Lucent
2.6.1.2 KPN/PNO
2.7 Afrondende opmerking

3 Uitvoering door een verzekeraar – capita selecta
3.1 Het algemene vermogensrecht
3.2 Het algemene verzekeringsrecht
3.2.1 Het algemene verzekeringsrecht / synchroniciteit tussen pensioenverwerving en premiebetaling
3.2.2 Het algemene verzekeringsrecht / recht op premievrije handhaving?
3.2.3 Het algemene verzekeringsrecht / tariefgrondslagverzwaring
3.3 Het pensioenrecht
3.3.1 De zaak Washington: tariefgrondslagverzwaring
3.3.2 De zaak ECT/Optas: collectieve waardeoverdracht
3.3.3 De zaak SRLEV: waardedaling van beleggingen aangehouden ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen onder het niveau daarvan
3.4 Afrondend

4 Uitvoering door een pensioenfonds – capita selecta
4.1 Verplichtstelling anno 2015
4.1.1 Ontstaan van de Wet Bpf 2000
4.1.2 Taakafbakening in Wet Bpf 2000
4.1.3 Representativiteit
4.1.4 Jurisprudentie
4.1.5 Algemeen pensioenfonds (APF)
4.1.6 De Nationale Pensioendialoog; degressieve opbouw?
4.2 Conclusie

5 Uitvoering door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (Bpf); geen premie – wel recht
5.1 De wetsgeschiedenis en de regel 'geen premie, wel recht' voor pensioenfondsen
5.1.1 Jurisprudentie over de regel 'geen premie, wel recht' voor pensioenfondsen
5.1.2 De Q&A van DNB over art. 5 PW
5.1.2.1 De literatuur over de Q&A van DNB (art. 5 PW)
5.1.2.2 Verjaring in de rechtsverhouding deelnemer-Bpf (het Labots-arrest)
5.1.2.3 Verjaring de relatie Bpf-werkgever bij de onbekende deelnemer
5.1.3 Conclusies
5.2 Collectieve waardeoverdracht en liquidatie (art. 84 PW)
5.2.1 Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds (art. 84 PW)
5.2.2 Geen instemming bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie
5.2.3 De Q&A van DNB bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie en de onbekende deelnemer
5.2.4 Een analyse van het standpunt van DNB bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie
5.2.5 De aansprakelijkheid van de overnemende pensioenuitvoerder bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie
5.2.6 De civielrechtelijke verbintenissen van collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (art. 84 PW)
5.2.7 Schuldoverneming (art. 6:155 BW)
5.2.8 Contractoverneming (art. 6:159 BW)
5.2.9 Schuldvernieuwing (art. 6:160 BW)
5.2.10 Een Opf met vrijstelling van het Bpf
5.2.11 Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie en de regel 'geen premie, wel recht' bij de onbekende deelnemer
5.2.12 Collectieve waardeoverdracht/liquidatie en verjaring in de relatie Bpf-werkgever
5.2.13 De contractuele vrijwaring in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht en liquidatie
5.3 Conclusies
6 Nieuw FTK toekomstbestendig?

De verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder: capita selecta uitvoering

1 INLEIDING

Zoals met zoveel zaken dient men, ook als het gaat om ons huidige pensioenstelsel, de geschiedenis te kennen om te weten waar men staat en waar men naartoe wil. Ons stelsel gaat ver terug in de tijd. Pensioen is al zo oud als de weg naar Rome. Bij overlijden van de Romeinse soldaat kon het gezin terugvallen op een begrafenisverzekering. Oorlogsveteranen kregen als dank voor de geleverde diensten een stukje land (het befaamde stukje grond in Gallië) om in hun inkomen voor de oude dag te voorzien. Zo zijn de twee principes van ons pensioenstelsel ontstaan. Het eerste principe is de beloningsgedachte: pensioen als tegenprestatie voor geleverde arbeid. Het tweede principe is de verzorgingsgedachte.[319] Uiteindelijk heeft pensioen als doel om in het levensonderhoud te voorzien. Daarbij speelt ook een rol dat pensioen alles te maken heeft met het waarmaken van gewekte verwachtingen. Immers als een werknemer met zijn werkgever een pensioenovereenkomst sluit, dan ruilt de werknemer tegenwoordige loonruimte in voor de verwachting dat als hij op een bepaalde leeftijd stopt met werken, hij in bezit blijft van een bron van inkomen ('*pensioen*') die hem in staat moet stellen om zijn levensstandaard zo veel als mogelijk ongewijzigd voort te zetten.

Om ervoor te zorgen dat deze verwachtingen ook kunnen worden waargemaakt, moet de werkgever maatregelen nemen, waarvan de belangrijkste is om de uitvoering van de pensioenovereenkomst buiten het faillissementsrisico van de onderneming van de werkgever te brengen bij een andere rechtspersoon. Art. 23, lid 1, PW verplicht een werkgever om door een werknemer verworven pensioenaanspraken op basis van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder, een pensioeninstelling uit een andere EU-lidstaat of een verzekeraar uit een andere EU-lidstaat. Op grond van art. 23, lid 2, PW geldt dat de onderbrenging niet op een uitvoeringsovereenkomst hoeft te rusten indien sprake is van onderbrenging bij een bedrijfstakpensioenfonds in

319 Mark Boumans e.a., *Acht juridische analyses voor de toekomst van het pensioenstelsel*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU Amsterdam, 2014.

geval van contractuele[320] of wettelijk verplichte deelneming en waarbij het pensioenfonds werkt op basis van een uitvoeringsreglement. Op grond van art. 23, lid 3, PW geldt ook een uitzondering op de verplichting om een uitvoeringsovereenkomst aan te gaan in de situatie waarin de werkgever zelf pensioenuitvoerder is, in die hoedanigheid de met zijn werknemers gesloten pensioenovereenkomsten uitvoert en hij in hoedanigheid van werkgever een uitvoeringsreglement heeft opgesteld.

Art. 23 PW is de kernbepaling van hoofdstuk 3 PW. Dit hoofdstuk ziet op de uitvoeringsovereenkomst; de contractuele verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder. Ondanks dat hoofdstuk 3 PW duidelijke bepalingen bevat, kan er over de verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder nog het nodige geschreven worden. In deze bijdrage behandelen de schrijvers enkele capita selecta die allen zien op uitvoering of de uitvoeringsovereenkomst.

In paragraaf 2 wordt eerst ingegaan op het begrip uitvoering en het aangaan en beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst. De Pensioenwet ('PW') heeft het wel over de pensioenuitvoerder, maar wat moet deze rechtspersoon doen wil er sprake zijn van uitvoering van een pensioenovereenkomst? In paragraaf 3 wordt gekeken naar enkele specifieke onderwerpen die zien op de uitvoering van een pensioenovereenkomst door verzekeraars. In paragraaf 4 wordt nader gekeken naar de uitvoering door bedrijfstakpensioenfondsen. Paragraaf 5 focust op de regel 'geen premie, wel recht' en de collectieve waardeoverdracht ingeval van liquidatie. Paragraaf 6 ten slotte focust op het nieuwe FTK.

2 CAPITA SELECTA UITVOERING EN UITVOERINGSOVEREENKOMST[321]

2.1 *Een kort historisch overzicht*

Het heeft bij ons nog tot 1867 geduurd voordat de principes van pensioen als beloning en pensioen als verzorging voet aan de grond kregen en de eerste 'georganiseerde' pensioenvoorzieningen ontstaan. In het jaar 1867 wordt namelijk het eerste Pensioenfonds opgericht. Het bedrijf Thieme

320 Bijvoorbeeld op grond van het lidmaatschap van een werkgeversorganisatie.
321 Dit onderdeel is geschreven door kees-pieter dekker en bevat mede onderdelen uit de bijdragen van Wim Thijssen en Tarik Uçar.

probeert op deze manier de werknemers levenslang aan zich te binden. In 1880 volgen Stork en Van Marken die het als hun zedelijke plicht zien om ook voor de oude dag van de werknemers te zorgen. In navolging van deze ondernemingspensioenfondsen wordt in 1929 het eerste Bedrijfstakpensioenfonds opgericht, het Pensioenfonds voor de Grafische Bedrijven. Deze ontwikkeling gaat gepaard met wetgeving. In 1947 lanceert Willem Drees een noodwet voor ouderenzorg als voorloper op de Algemene Ouderdomswet. De noodwet voorziet in een ouderdomsuitkering voor zowel gepensioneerde werknemers als zelfstandigen. Vervolgens worden de pensioenfondsen meer gereguleerd. In 1952 wordt de Pensioen- en spaarfondsenwet ingevoerd om enige zekerheden rondom de pensioenvoorzieningen te waarborgen. De tijd lijkt rijp voor meer verplichte pensioenopbouw.

In de periode vóór de Tweede Wereldoorlog ontstonden geleidelijk pensioenregelingen die onderdeel van de arbeidsvoorwaarden van werknemers waren. In plaats van de pensioentoezegging bij einde dienstbetrekking die voorheen wel voorkwam, werd 'pensioen' al bij aanvang van de dienstbetrekking in het vooruitzicht gesteld. Pensioenregelingen werden uitgevoerd door bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, verzekeraars of door werkgevers in eigen beheer gehouden. De werkgevers die het pensioen in het vooruitzicht stelden maar in eigen beheer hielden, financierden de pensioenen vanaf ingang daarvan uit de lopende middelen en/of uit aangehouden reserves. In een aantal gevallen in de jaren dertig van de vorige eeuw ging dat mis als gevolg van faillissement van de werkgever. Het bekendste voorbeeld was het faillissement van de Koninklijke Hollandse Lloyd[322] in 1935. Dit faillissement werd door de toenmalige regering als voldoende rechtvaardiging gezien om regels te stellen die tot doel moesten hebben om teleurstellingen in de gewekte verwachtingen betreffende pensioen zo veel mogelijk te voorkomen. Het belangrijkste stuk regelgeving tot dan toe was het op art. 1637s BW gebaseerde KB van 31 maart 1908 (*Stb*. 1908, 94), maar het faillissement van de Koninklijke Hollandsche Lloyd had aangetoond dat door dit KB de opgebouwde pensioenaanspraken nauwelijks werden beschermd tegen een

322 Zie over de historische ontwikkeling van pensioen van 'gunst' tot 'recht' en de achtergrond van de totstandkoming van de wettelijke onderbrengingsverplichting B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen, Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over rechtens niet-afdwingbare verbintenissen*, diss., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1988, hoofdstuk 7, in het bijzonder p. 241-242.

mogelijk faillissement van de werkgever.[323] Om het ingrijpen van overheidswege te rechtvaardigen, diende de toenmalige regering in 1939 het ontwerp van wet voor een personeelspensioen- en spaarfondsenwet ('*Personeelsfondsenwet*')[324] in, waarin maatregelen werden aangekondigd die moesten voorkomen dat de '… voor pensioen bijeengebrachte gelden niet zouden worden besteed tot verwezenlijking van de gewekte verwachtingen.'[325]

Belangrijkste uitgangspunt van het wetsvoorstel 'Personeelsfondsenwet' was de verplichting voor werkgevers om de uitvoering van een pensioenregeling buiten hun onderneming onder te brengen in een daartoe opgericht fonds. Hierdoor werden de voor pensioen bestemde gelden afgescheiden van de onderneming van de werkgever en daardoor onttrokken aan het faillissementsrisico van de werkgever. Het voorstel voor de Personeelsfondsenwet heeft, mede door het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog, nooit de status van formele wet gekregen. Eind jaren veertig pakte de toenmalige regering de draad weer op en werd het voorstel voor de Pensioen- en spaarfondsenwet[326] ingediend. Deze wet had als doel te 'waarborgen, dat de bij de arbeiders in dienst van particuliere ondernemingen gewekte pensioenverwachtingen ook verwezenlijkt worden.'[327] De PW heeft in deze uitgangspunten geen verandering aangebracht. Ook nu is de onderbrengingsplicht nog steeds de belangrijkste verplichting voor een werkgever die met zijn werknemers een pensioenovereenkomst heeft gesloten.

2.2 *Wat is uitvoering?*

De PW verplicht werkgevers om de uitvoering van een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Maar wat is precies uitvoering? Welke activiteiten die een pensioenuitvoerder onderneemt maken dat sprake is van uitvoering? Uit het rapport van de Commissie

323 E. Lutjens, *1949-1999. Een halve eeuw solidariteit: 50 jaar Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds*, Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Pensioenrecht, Amsterdam 1999, p. 13.
324 Wetsvoorstel 'Personeelsfondsenwet', Handelingen II, 1939-1940, 300, nr. 2.
325 Handelingen II, 1939-1940, 300, nr. 3, p. 5.
326 Wet van 15 mei 1952, houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen, *Stb*. 1952, 275, zoals laatstelijk gewijzigd op 20 november 2006, *Stb*. 2006, 647. Voor dit artikel is gebruikgemaakt van de PSW zoals deze gold op 31 december 2006, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.
327 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5.

conglomeraatvorming pensioenfondsen (ook wel de Commissie-Staatsen genoemd, naar haar voorzitter)[328] volgt dat een pensioenfonds de volgende vier algemene kernactiviteiten verricht:

1. Algemene risicobeheersing behelst in essentie het sturen naar een optimale samenhang tussen de structuur van de verplichtingen, het financieringsbeleid en het beleggingsbeleid, rekening houdende met de eventuele wenselijkheid van (gedeeltelijke) herverzekering. Onder de algemene risicobeheersing valt ook het beheersen van uitvoeringsrisico's, waaronder mogelijke aansprakelijkheidsrisico's.

2. De administratieve uitvoering van een pensioenregeling betreft het voeren van de deelnemers- en rechtenadministratie, het innen van de premies en het tijdig en juist uitkeren van de ingegane pensioenen.

3. Het beleggen en beheren van de financiële middelen dat moet gebeuren met inachtneming van de eisen die zijn gesteld in de Pensioenwet en het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen. De belangrijkste eis die daarbij geldt is het hanteren van een beleggingsbeleid dat is gebaseerd op de prudentpersonregel.

4. De informatieverschaffing aan de deelnemers, die uitgebreid geregeld wordt in de Pensioenwet en welke eisen zijn aangepast door de Wet pensioencommunicatie.[329]

Wanneer uitvoering nader moet worden gedefinieerd, dan gaat het om de som van alle hiervoor genoemde kernactiviteiten. Het feit dat de feitelijke uitvoering van deze activiteiten kan worden uitbesteed aan een of meerdere pensioenuitvoeringsbedrijven of vermogensbeheerders[330] maakt dat niet anders. Immers, de verantwoordelijkheid blijft namelijk bij het pensioenfonds rusten. Hoewel de Commissie-Staatsen zich uitsluitend richtte op pensioenfondsen, gelden deze kernactiviteiten voor alle pensioenuitvoerders, zoals een verzekeraar en een premiepensioeninstelling.

---

328 Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen, *Het pensioenfonds als taakorganisatie – 'Schoenmaker blijf bij je leest'*, Amsterdam 2003.

329 Wet van 20 mei 2015, *Stb.* 2015, 193 tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met verbetering van de pensioencommunicatie. Zie over pensioencommunicatie ook de bijdrage in deel 3 van deze bundel.

330 Zie voor een nadere beschouwing over uitbesteding het onderdeel 'governance' in deze bundel.

2.2.1 *Juridische kwalificatie van uitvoering*

Nu duidelijk is wat onder 'uitvoering' moet worden begrepen, rijst vervolgens de vraag of 'uitvoering' ook juridisch kan worden geduid. Basis voor de uitvoering is de pensioenovereenkomst; de contractuele verhouding tussen de werkgever en de werknemer. In deze verhouding is de werkgever de schuldenaar en de werknemer de schuldeiser. Komt de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst niet na, dan kan de werknemer de werkgever in rechte aanspreken wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verplichting.
Binnen de contractuele verhouding van de pensioenovereenkomst heeft de werkgever dus een schuld aan de werknemer. De omvang van de schuld wordt daarbij bepaald door de in art. 10 PW opgenomen kwalificatie van de pensioenovereenkomst.

Als de onderbrengingsplicht van art. 23 PW nader wordt beschouwd, dan blijkt het te gaan om een bijzondere vorm van schuldoverneming ex art. 6:155 tot en met 6:158 BW. Schuldoverneming is de tweezijdige rechtshandeling tussen een schuldenaar (in casu de werkgever) en een derde (in casu de pensioenuitvoerder) waarbij de pensioenuitvoerder de schuld van de werkgever overneemt. De pensioenuitvoerder zal deze schuld echter alleen willen overnemen als de werkgever bereid is daar een prijs voor te betalen. Art. 24 PW legt in dat verband de verantwoordelijkheid voor de premiebetaling bij de werkgever.
Schuldoverneming werkt jegens de deelnemer in een pensioenregeling pas als de schuldeiser, in dit geval de werknemer, zijn toestemming heeft gegeven nadat de schuldeiser door de schuldenaar en de overnemer van de schuld over de schuldoverneming is geïnformeerd. De manier waarop de schuldeiser moet worden geïnformeerd en de wijze waarop de toestemming van de schuldeiser wordt verkregen is vormvrij en kan, onder omstandigheden, ook stilzwijgend worden verleend. Bekeken vanuit de 'pensioendriehoek' kan worden betoogd dat (i) een verwijzing in de, door de werknemer getekende, arbeidsovereenkomst naar een toepasselijk pensioenreglement, (ii) de verzending door de pensioenuitvoerder van de startbrief en een kopie van het toepasselijke pensioenreglement en (iii) de ontvangst van deze documenten door de werknemer voldoende zijn om te concluderen dat aan het mededelings- en instemmingsvereiste is voldaan.

Door de schuldoverneming krijgt de schuldeiser een vordering op de derde die de schuld heeft overgenomen. Deelnemers kunnen hun pen-

sioenaanspraken en pensioenrechten dan ook rechtstreeks jegens de pensioenuitvoerder te gelde maken.[331]
De schuldoverneming door de pensioenuitvoerder betekent echter niet dat de werkgever bevrijd is van zijn verplichtingen en door de werknemer niet meer kan worden aangesproken. Een werkgever blijft namelijk aansprakelijk voor een correcte uitvoering van de pensioenovereenkomst, waarbij 'correct' niet alleen moet worden begrepen als in overeenstemming met de inhoud van de pensioenovereenkomst, maar ook in overeenstemming met de bedoeling van bepalingen in de pensioenovereenkomst. Bepalingen in pensioenovereenkomsten leiden niet zelden tot discussie over de precieze bedoeling van een dergelijke bepaling waardoor vaak de rechter moet oordelen over de juiste betekenis. Mocht de rechter in het voordeel van de werknemer oordelen, dan is in beginsel sprake van niet nakoming van de pensioenovereenkomst en zal de werkgever dit moeten herstellen.

2.3 *Het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst*

De uitvoeringsovereenkomst van art. 23 PW kwalificeert als een verzekeringsovereenkomst in de zin van Titel 7.17 BW. Dit betekent dat, naast de specifieke bepalingen van de PW ook de bepalingen van Titel 7.17 BW (verzekering) ook al wordt de uitvoeringsovereenkomst gesloten met een pensioenfonds.

Art. 5, lid 1, PW bepaalt echter dat de volgende artikelen van Titel 7.17 BW niet van toepassing zijn op – kort gezegd – de uitvoeringsovereenkomst.[332]

Artikel	Onderwerp
929	Gevolgen niet nakoming mededelingsplicht door verzekeringnemer
935, lid 1	Verrekening van uitkeringen met opeisbare premie, vertragingsschade en kosten ex art. 6:96, lid 2, onderdeel c, BW
936, lid 2 t/m 6	Rechten en plichten van een tussenpersoon indien de premiebetaling via een tussenpersoon loopt

331 Zie in dit verband de conclusie van A-G Keus onder het arrest HR 24 januari 2003, nr. C01/182 HR, *PJ* 2003/29.
332 De genoemde artikelen zullen niet in detail worden uitgewerkt. Volstaan wordt met een opsomming en een korte beschrijving.

941, lid 5	Verval recht op uitkering bij niet nakoming plicht om verwezenlijking risico te melden
969	Aanvaarding aanwijzing derde als begunstigde
972	Uitoefening rechten door verzekeringnemer
977, lid 2	Afkoop of premievrijmaking door verzekeraar
978	Afkoop of premievrijmaking door verzekeringnemer
979	Belening van de verzekering
980, lid 2	Premievrije voortzetting bij niet betaling premies
983	Bepaling dag afkoopwaarde

De Nederlandsche Bank heeft in een aantal Q&A's haar interpretatie van art. 5 PW gegeven. Achtergrond van deze interpretatie was de gedachte dat op grond van de PW voor de werkgever een verplichting zou bestaan om nieuwe werknemers aan te melden en dat art. 5 PW zou beogen te voorkomen dat een pensioenuitvoerder zich tegen een vordering van een werknemer verweert door te stellen dat de werkgever zijn mededelingsplicht niet zou zijn nagekomen. Op deze interpretatie is vanuit het pensioenveld veel kritiek gekomen, onder andere in de discussie over de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder voor een onbekende deelnemer.[333]

Hoewel Boek 3 en Boek 6 BW eveneens van toepassing zijn op het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst, wordt de toepassing van art. 3:44 BW (misbruik van omstandigheden, bedreiging en bedrog) en art. 6:228 BW (dwaling) in art. 7:931 BW uitgesloten. Op grond van art. 7:928 BW is de verzekeringnemer (bij pensioen is dat de werkgever) voor het sluiten van de verzekering verplicht om de verzekeraar 'alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen afsluiten, afhangt of kan afhangen.' In het traject dat voorafgaat aan het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst zal de werkgever dus relevante informatie moeten verstrekken waaronder in ieder geval vallen de voor de bepaling van de pensioenaanspraken relevante werknemersgegevens (zoals: geboortedatum, datum indiensttreding, salaris). Als de werkgever werknemers heeft die ziek zijn

333 Verwezen wordt onder andere naar het onderdeel 'geen premie, wel recht' in par. 3.2 en naar R.M.J.M. de Greef en C.P.R.M. Dekker, 'Aansprakelijkheid voor de onbekende deelnemer – the story continues', *TPV* 2014/4, p. 19-20.

en die niet in staat zijn om te werken, dan zal de werkgever ook een opgave moeten doen van het aantal zieke werknemers.[334] Deze informatie ziet per definitie op de bestaande werknemers die in dienst zijn van de werkgever. De uitvoeringsovereenkomst zal zich evenwel ook moeten uitstrekken tot de toekomstige werknemers.

Het regime van de mededelingsplicht zoals dat is neergelegd in art. 7:928 t/m 7:930 BW is dermate stringent dat de overheid het nodig heeft geacht om een mogelijk beroep door de verzekeraar op de wilsgebreken van art. 3:44 BW (misbruik van omstandigheden, bedreiging en bedrog) en art. 6:228 BW (dwaling) in art. 7:931 BW uit te sluiten. Art. 7:931 BW wordt door art. 5 PW niet uitgesloten, zodat een pensioenuitvoerder de uitvoeringsovereenkomst niet kan vernietigen wegens het bestaan van een wilsgebrek. De uitsluiting van het beroep op de wilsgebreken van art. 3:44 en art. 6:228 BW geldt uitsluitend voor de verzekeraar. De verzekeringnemer (d.i. de werkgever) kan derhalve wel een beroep doen op de wilsgebreken en, indien nodig, de uitvoeringsovereenkomst vernietigen. Overigens zal de kans dat de werkgever de uitvoeringsovereenkomst kan vernietigen wegens een wilsgebrek klein zijn, nu de werkgever in het gehele traject dat leidt tot het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst zich laat bijstaan door professionele pensioenadviseurs.

2.4 *Einde van de uitvoeringsovereenkomst*

Wanneer een werkgever met zijn werknemer een pensioenovereenkomst heeft gesloten, dan eist art. 23 PW dat de werkgever de uitvoering van deze pensioenovereenkomst onderbrengt bij een van de in art. 23 PW genoemde instellingen door het sluiten en in stand houden van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als een verzekeringsovereenkomst in de zin van Titel 7.17 BW, ook als de uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten met een pensioenfonds. Dit betekent dat naast de bepalingen uit de Pensioenwet (zoals art. 25 PW) ook de bepalingen van Titel 7.17 BW gelden.

In art. 25 PW is opgenomen welke onderwerpen de uitvoeringsovereenkomst in ieder geval moet regelen. Afgezien van een in algemene bewoordingen geformuleerde exitbepaling ingeval de uitvoeringsovereenkomst

334 In dit aspect speelt ook de Wet bescherming persoonsgegevens een belangrijke rol. Of de mededelingsplicht zover reikt dat ook opgave moet worden gedaan van de aard van de ziekte en het verwachte herstel, valt buiten het bestek van deze bijdrage.

is gesloten met een verzekeraar of PPI, valt op dat er geen verplichting is opgenomen dat de uitvoeringsovereenkomst mede moet voorzien in een bepaling die de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst en de gevolgen van deze beëindiging regelen terwijl de PW wel bepalingen bevat die zien op de situatie waarbij de uitvoeringsovereenkomst beëindigd is (bijvoorbeeld art. 83 en 84 PW inzake de collectieve waardeoverdracht).

Het ontbreken van een bepaling die ziet op de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst en de gevolgen van de beëindiging is opmerkelijk. De door de Commissie-Staatsen geïdentificeerde kernactiviteiten eindigen niet als een uitvoeringsovereenkomst wordt beëindigd en er niet gekozen wordt voor collectieve waardeoverdracht naar een nieuwe pensioenuitvoerder. Gedurende de looptijd van een uitvoeringsovereenkomst kunnen zich allerlei situaties voordoen die tot gevolg kunnen hebben dat de uitvoeringsovereenkomst eindigt of beëindigd moet worden. Daarbij kan gedacht worden aan de situatie dat de werkgever in staat van faillissement wordt verklaard of dat de werkgever zijn activiteiten staakt. De vraag die zich dan voordoet is of dergelijke situaties leiden tot een automatisch einde van de uitvoeringsovereenkomst of dat nog steeds een specifieke beëindiginghandeling nodig is. Partijen dienen met dergelijke situaties zo veel mogelijk rekening te houden teneinde te voorkomen dat partijen over de gevolgen van een situatie moeten nadenken op het moment dat de situatie zich voordoet. Los van de hiervoor beschreven reden waarom een uitvoeringsovereenkomst moet voorzien in een duidelijke beëindigingregeling, tonen ook de uitspraken in de zaken van het pensioenfonds Alcatel tegen Alcatel en van het pensioenfonds PNO Media tegen KPN aan dat een duidelijk geformuleerde beëindigingregeling toegevoegde waarde kan hebben. Bovendien volgt uit het wetsvoorstel 'Algemeen Pensioenfonds'[335] ('APF') dat in de uitvoeringsovereenkomst tussen een APF en een aangesloten werkgever wel een beëindigingregeling moet worden opgenomen. Een APF is per definitie een pensioenfonds, zodat zonder meer de vraag kan worden gesteld waarom een beëindigingregeling voor pensioenfondsen die geen APF zijn niet verplicht gesteld kan worden.

2.4.1 *Uitvoeringsovereenkomst voor onbepaalde tijd*

Een uitvoeringsovereenkomst kan worden aangegaan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Pensioenwet' heeft de toenmalige regering herhaalde malen aangegeven dat, wat hen betreft, een uitvoeringsovereenkomst met een

335 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 117, nr. 2, p. 2.

pensioenfonds wordt aangegaan voor onbepaalde tijd, maar de context waarin deze opmerkingen zijn geplaatst lijken erop te duiden dat deze uitspraken zijn gedaan in het kader van de discussie over het verschil tussen pensioenfondsen en verzekeraars en dus dat dit geen voorgeschreven regel is. Zo staat in de memorie van toelichting:

'De relatie tussen werkgever en pensioenfonds heeft in principe een onbeperkte duur. Pensioenfondsen hebben de mogelijkheid de premie aan te passen wanneer dat nodig is binnen de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen grenzen. De relatieve zekerheid van pensioenfondsen over de omvang van hun deelnemersbestand en de relatie met de werkgever op de lange termijn, maken het voor pensioenfondsen mogelijk om bij een eventueel tekortschietend vermogen een beroep te doen op de deelnemers. Voor de werknemer betekent dit dat zijn aanspraak jegens het pensioenfonds of pensioenuitkering in principe los staat van de vraag of de premie is voldaan. Dit wetsvoorstel staat niet toe dat een pensioenfonds uitgaat van het principe "geen premie – geen recht" door bijvoorbeeld een algemeen beding in statuten of reglementen op te nemen op grond waarvan het recht op uitkering afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of de premie is voldaan.'[336]

Aan de, in beginsel, onbeperkte duur van de relatie tussen een pensioenfonds en een werkgever kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen, maar dat betekent nog niet dat de uitvoeringsovereenkomst dus altijd voor onbepaalde tijd moet worden aangegaan. De PW staat er niet aan in de weg dat een werkgever met een pensioenfonds een uitvoeringsovereenkomst voor bepaalde tijd sluit. De PW bevat namelijk geen bepalingen die zien op de duur van de uitvoeringsovereenkomst. Huijg en Van Slooten[337] geven aan dat bij pensioenregelingen die kwalificeren als een CDC-regeling de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds vaak voor bepaalde tijd wordt aangegaan. De keuze om in geval van een CDC-regeling een uitvoeringsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan wordt in een dergelijke situatie meestal gebaseerd op het feit dat de werkgever en het pensioenfonds na een aantal jaren willen evalueren of het vastgestelde premiepercentage nog steeds voldoende is om de aan-

336 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 63. In de memorie van toelichting op p. 67 staat een vergelijkbaar citaat. Uit Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 4, p. 10 blijkt duidelijk de stelling dat de relatie tussen een pensioenfonds en een werkgever in beginsel van onbeperkte duur is.

337 T. Huijg en J.M. van Slooten, 'De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst', *TPV* 2013/22.

spraken te financieren. Dat de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar altijd voor bepaalde tijd is, wordt veroorzaakt door het feit dat een verzekeraar slechts bereid is om de overeengekomen premiestelling voor een overzienbare, en dus bepaalde, duur te garanderen.

2.4.2 *Beëindiging volgens Titel 7.17 BW*

Een overeenkomst die voor bepaalde duur is aangegaan eindigt van rechtswege als de duur is verstreken en kan derhalve in beginsel niet tussentijds worden beëindigd. Dit zal alleen anders zijn als de overeenkomst voorziet in de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging. Uit art. 7:940, lid 1, BW volgt dat een verzekeringsovereenkomst voor een bepaalde tijd kan worden aangegaan met de mogelijkheid van automatische verlenging na ommekomst van de bepaalde tijd. Als dat het geval is, dan kunnen beide partijen de verzekeringsovereenkomst opzeggen om automatische verlenging tegen te gaan. Daarbij moet de opzeggende partij een opzegtermijn van twee maanden in acht nemen. Uit art. 7:943, lid 2, BW volgt dat van deze opzegtermijn niet ten nadele van de verzekeringnemer mag worden afgeweken. Dit betekent dat de verzekeraar de verzekeringnemer geen langere opzegtermijn mag opleggen. De opzegmogelijkheid geldt voor zowel de verzekeraar als de verzekeringnemer.

Algemeen geldt dat art. 7:940 BW ziet op verzekeringsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij het onderscheid tussen art. 7:940, lid 1, BW en art. 7:940, lid 2, BW wordt gebaseerd op de duur van de verzekeringsovereenkomsten. Deze duur is gesteld op vijf jaar. Bij een verzekeringsovereenkomst van maximaal vijf jaar geldt art. 7:940, lid 1, BW en voor verzekeringsovereenkomsten met een duur van langer dan vijf jaar geldt art. 7:940, lid 2, BW. Dit laatste artikel bevat echter een belangrijke beperking; op grond van art. 7:940, lid 2, BW kan een verzekeraar de overeenkomst niet opzeggen als sprake is van een persoonsverzekering. Persoonsverzekering wordt in art. 7:925 BW gedefinieerd als: 'de verzekering welke het leven op de gezondheid van een mens betreft.' Levensverzekeringen (en dus ook pensioenverzekeringen) zijn derhalve persoonsverzekeringen, zodat opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door een verzekeraar (of pensioenfonds) op grond van art. 7:940, lid 2, BW niet mogelijk is als sprake is van een uitvoeringsovereenkomst met een duur van langer dan vijf jaar.

Art. 7:940, lid 4, BW biedt verzekeraars de mogelijkheid om de voorwaarden ten nadele van de verzekeringnemer of uitkeringsgerechtigde te wijzigen, maar dan hebben de laatstgenoemden wel de mogelijkheid om

de verzekeringsovereenkomst op te zeggen. Art. 7:940, lid 4, BW is de juridische basis voor de zogeheten 'en bloc'-clausule die veel verzekeraars hanteren. Een dergelijke clausule biedt een verzekeraar de mogelijkheid om voorwaarden 'en bloc' (d.w.z. voor alle verzekeringnemers) te wijzigen. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld een beperking in de dekking van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen als blijkt dat deze beperking nodig is om de schadelast te beperken. Huijg en Van Slooten[338] stellen zich op het standpunt dat het denkbaar is dat de werkgever de uitvoeringsovereenkomst op grond van art. 7:940, lid 4, BW opzegt als de uitvoerder het indexatiebeleid of het kortingsbeleid of zelfs de opbouwpercentages via een wijziging van de geïncorporeerde ABTN wijzigt. Dit standpunt wordt door mij niet onderschreven. De voorbeelden die Huijg en Van Slooten aanhalen zijn vrijwel allemaal wijzigingen van de pensioenovereenkomst en zijn ook direct toerekenbaar aan de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Het feit dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is gedelegeerd aan het bestuur van het pensioenfonds maakt dat niet anders. Art. 7:940, lid 4, BW ziet op de wijziging van door de verzekeraar gehanteerde voorwaarden en uitsluitend in de verhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. In de door Huijg en Van Slooten geschetste voorbeelden komt de werkgever dus niet de bevoegdheid toe om de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen indien het pensioenfonds, bijvoorbeeld, de opbouwpercentages verlaagt.

Art. 7:977, lid 1, BW verzet zich tegen een opzegging van een uitvoeringsovereenkomst door een pensioenfonds/verzekeraar. Art. 7:977, lid 1, BW ziet op levensverzekeringen en bepaalt dat de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst niet kan opzeggen behoudens het elders in Titel 7.17 BW bepaalde. De achterliggende gedachte achter deze bepaling ziet met name op levensverzekeringen met een spaarelement, waarbij de verzekeringnemer (bij pensioenverzekeringen is dat de werkgever) belang heeft bij de voortzetting van de verzekering. Art. 7:977, lid 1, BW maakt geen onderscheid in de duur van de uitvoeringsovereenkomst en ziet dus zowel op de uitvoeringsovereenkomst voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd. Echter, door de toevoeging 'behoudens het elders in deze titel bepaalde' kan een uitvoeringsovereenkomst die is aangegaan voor een duur van vijf jaar, ex art. 7:940, lid 1, BW door de verzekeraar worden opgezegd, ook als het pensioenverzekeringen betreft.

338 T. Huijg en J.M. van Slooten, a.w.

Art. 7:977, lid 1, BW verzet zich tegen een opzegging van de uitvoeringsovereenkomst ingeval van een toerekenbare tekortkoming van de werkgever in de nakoming van de premiebetalingsverplichtingen, zoals deze ex art. 24 PW op de werkgever rust. Als de uitvoering van de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een verzekeraar, dan biedt art. 29, lid 1, PW de verzekeraar de mogelijkheid om de verzekering premievrij voort te zetten dan wel pensioenverzekeringen zonder premievrije waarde te laten vervallen indien de premieachterstand van dien aard is dat het noodzakelijk is om de pensioenaanspraken te beëindigen of te laten vervallen. Het inroepen van deze bepaling kan alleen als de verzekeraar zich aantoonbaar heeft ingespannen om de premies te incasseren en houdt onder meer in dat de verzekeraar, indien nodig, de werkgever in rechte moeten aanspreken op betaling van de premies. Het premievrij maken van de verzekeringen leidt niet tot een automatisch einde van de uitvoeringsovereenkomst. Daarvoor zal nog steeds een opzeggingshandeling nodig zijn.

De PW voorziet niet in een bepaling die pensioenfondsen eenzelfde mogelijkheid geeft als verzekeraars om bij een premieachterstand de tegenprestatie te relateren aan de betaalde premies. Pensioenfondsen hebben op grond van art. 28, lid 1, PW een informatieverplichting indien sprake is van een premieachterstand, maar deze verplichting geldt alleen als het pensioenfonds niet meer voldoet aan de eisen van het minimaal vereist eigen vermogen van art. 131 PW. Indien de werkgever verzuimt om de premies te voldoen dan zal het pensioenfonds de werkgever in rechte moeten aanspreken en moeten voorkomen dat het pensioenfonds aan de informatieverplichting moet voldoen. Ook hier betekent het niet voldoen aan de premiebetalingsverplichtingen niet automatisch het einde van de uitvoeringsovereenkomst.

2.4.3 *Opzegging van een duurovereenkomst; redelijkheid en billijkheid*

Een uitvoeringsovereenkomst is tevens een duurovereenkomst. Dat is een overeenkomst waaruit 'of een voortdurende verbintenis voortvloeit ofwel een verplichting om gedurende zekere tijd periodiek, of zo dikwijls als de schuldeiser daartoe de wens te kennen geeft, een zekere prestatie te verrichten (ongeacht of deze voortdurend is)'.[339] Daarbij maakt de looptijd van de overeenkomst niet uit; een duurovereenkomst kan namelijk voor zowel bepaalde als voor onbepaalde tijd worden aangegaan. De term duurovereenkomst kent geen wettelijke definitie. Sinds het arrest

339 J.E. Brink-van der Meer en A.J. van der Vegt, 'Beëindiging van duurovereenkomsten, evaluatie van (recente) jurisprudentie en literatuur', *Contracteren* 2007/4, p. 90.

De Ronde Venen/SNU & Stedin[340] staat vast dat een duurovereenkomst die voor onbepaalde duur is aangegaan in beginsel opzegbaar is als noch de relevante wetgeving noch de overeenkomst zelf voorzien in de mogelijkheid van opzegging. Voor uitvoeringsovereenkomsten die voor onbepaalde duur zijn aangegaan, heeft dit arrest alleen relevantie voor de werkgever die de uitvoeringsovereenkomst wenst op te zeggen. Zoals hiervoor al is aangegeven, staat art. 7:977 BW eraan in de weg dat de uitvoeringsovereenkomst door een pensioenuitvoerder wordt opgezegd.

Algemeen geldt dat, wil een voor onbepaalde duur aangegane uitvoeringsovereenkomst die niet voorziet in een opzegmogelijkheid door de werkgever kunnen worden opgezegd, voldaan moet worden aan de volgende eisen. Allereerst moet sprake zijn van een goede reden waarom de uitvoeringsovereenkomst moet worden opgezegd. Vervolgens moet de werkgever de pensioenuitvoerder tijdig informeren over de redenen waarom de werkgever de uitvoeringsovereenkomst wenst op te zeggen, waarbij de werkgever ook een redelijke opzegtermijn in acht moet nemen.[341] Wat een redelijke opzegtermijn is, kan niet in algemene bewoordingen worden gesteld, maar uit de jurisprudentie over de opzegtermijnen van duurovereenkomsten blijkt wel dat hoe langer de duurovereenkomst heeft bestaan, hoe langer de opzegtermijn geacht wordt te zijn. Op basis van deze jurisprudentie kan de volgende indeling worden gehanteerd[342]:

Duur overeenkomst in jaren	**Opzegtermijn in maanden**
0 – 2 jaar	3 maanden
2 – 4 jaar	6 maanden
4 – 10 jaar	8 – 12 maanden
10 jaar en langer	12 – 24 maanden

2.4.4 *Faillissement van de werkgever*

Het faillissement van een werkgever heeft ook gevolgen voor de pensioenregeling van diens werknemers. In de regel zal de curator de arbeidsovereenkomsten van de werknemers opzeggen en dat betekent dat ook het deelnemerschap van de werknemers in de pensioenregeling wordt beëindigd. De pensioenuitvoerder zal dan overeenkomstig art. 55 PW aan de werknemers evenredige aanspraken moeten toekennen. Het faillisse-

340 HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012, 685.
341 J.E. Brink-van der Meer en A. J. van der Vegt, a.w., p. 92.
342 J.E. Brink-van der Meer en A. J. van der Vegt, a.w., p. 94.

ment van de werkgever betekent echter niet dat de uitvoeringsovereenkomst ook automatisch wordt beëindigd. De contractuele verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder blijft door het faillissement in beginsel onaangetast[343] hoewel de failliet niet meer in staat is om de belangrijkste bepaling van de uitvoeringsovereenkomst, te weten de betaling van de premie, na te komen.

De partijen bij de uitvoeringsovereenkomst kunnen een *faillissementsclausule* opnemen. Een dergelijke clausule houdt in dat partijen overeenkomen dat als een bepaalde situatie zich voordoet, dit automatisch leidt tot beëindiging van de overeenkomst of tot het recht van de niet gefailleerde contractspartij om de overeenkomst te beëindigen. Het faillissement van de werkgever is een voorbeeld van een dergelijke situatie waarbij partijen ervoor kunnen kiezen of de overeenkomst eindigt door het enkele feit van de faillietverklaring. Gezien het voorgaande ligt een einde van rechtswege het meest voor de hand. Of een dergelijke faillissementsclausule juridisch houdbaar is, moet worden getoetst aan art. 3:40 BW, art. 6:248, lid 2, BW en art. 20 FW[344] waarbij rekening gehouden moet worden met de omstandigheid dat door het faillissement en de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers, de verplichtingen van de pensioenuitvoerder worden gerelateerd tot aan het moment van einde dienstverband. Dit zal alleen anders zijn als enkele werknemers op verzoek van de curator meehelpen bij de afwikkeling van het faillissement. Voor deze werknemers geldt dat hun deelnemerschap in de pensioenregeling blijft voortduren. De daarmee gepaard gaande premies zijn dan ook boedelschuld (zie art. 40, lid 2, FW).

Voorziet de uitvoeringsovereenkomst niet in een faillissementsclausule, dan zal de uitvoeringsovereenkomst moeten worden opgezegd door de curator die daarbij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de opzegging leidt tot een boedelschuld, omdat een dergelijke schuld leidt tot een directe aanspraak op de failliete boedel.

2.4.5 *Liquidatie van een pensioenfonds*

Een bijzondere situatie van beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst doet zich voor als een pensioenfonds besluit om zich zelf te liquideren en dus gaat 'ophouden te bestaan'. Het directe gevolg van dit besluit is

343 M.P. van Eeden-van Harskamp, 'Wederkerige overeenkomsten in faillissement: over insolventieclausules en boedelschulden', *ORP*, februari 2014, p. 32.

344 Volstaan wordt met een verwijzing naar de relevante artikelen.

dat art. 84 PW van toepassing is en dat het pensioenfonds verplicht is tot een collectieve waardeoverdracht van de opgebouwde pensioenaanspraken en ingegane -rechten naar een nieuwe pensioenuitvoerder. Bezien vanuit de pensioendriehoek vindt liquidatie van een pensioenfonds plaats in de verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder. Liquidatie van een pensioenfonds leidt derhalve niet tot wijziging van de pensioenovereenkomst, die blijft ongewijzigd in stand. Door het verdwijnen van een van de contractspartijen bij de uitvoeringsovereenkomst, zal de werkgever verplicht zijn om een pensioenuitvoerder te vinden bij wie de uitvoering kan worden ondergebracht. Het pensioenfonds in liquidatie kan dan de waarde van de opgebouwde aanspraken aan deze uitvoerder overdragen. Wanneer een werkgever op grond van art. 23 PW ervoor heeft gekozen om de uitvoering van de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een ondernemingspensioenfonds, kunnen beide partijen in de overeenkomst regelen wat de gevolgen voor de overeenkomst zijn als het ondernemingspensioenfonds besluit om tot liquidatie over te gaan.

Indien een pensioenfonds besluit tot liquidatie, waarbij de werkgever voor de verdere opbouw van pensioenaanspraken een uitvoeringsovereenkomst sluit met een nieuwe pensioenuitvoerder, moet rekening worden gehouden met het feit dat de nieuwe pensioenuitvoerder het pensioenfonds in liquidatie moet vrijwaren voor de schade die de nieuwe pensioenuitvoerder lijdt als een anonieme deelnemer zich meldt bij de nieuwe pensioenuitvoerder en toekenning van pensioenaanspraken of -rechten claimt. Normaliter is deze vrijwaring een manier waarop beide partijen in de collectieve waardeoverdracht de vergoeding van de geleden schade regelen. De nieuwe pensioenuitvoerder kan deze schade vervolgens verhalen op de werkgever, maar moet dit wel uitdrukkelijk in de uitvoeringsovereenkomst opnemen.[345]

2.5 *Het einde van de verhouding tussen een werkgever en een bedrijfstakpensioenfonds*

2.5.1 *Art. 102a PW*

In beginsel heeft een werkgever de vrijheid om te bepalen bij welke instelling de uitvoering van de pensioenovereenkomst wordt ondergebracht. Dit is alleen anders als de activiteiten van de werkgever voldoen aan de

345 R.M.J.M. de Greef en C.P.R.M. Dekker, 'Aansprakelijkheid voor de onbekende deelnemer – the story continues …,' *TPV* 2014/33.

werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of als de werkgever op andere wijze verplicht is om de uitvoering van de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. De laatste verplichting zal met name ontstaan als de werkgever lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij een cao waarbinnen niet alleen een afspraak is gemaakt over een pensioenregeling maar ook de afspraak om de uitvoering van deze pensioenregeling onder te brengen bij een eigen bedrijfstakpensioenfonds.

Art. 23, lid 1, PW geeft aan dat een werkgever verplicht is om, vanaf het moment dat een werknemer pensioenaanspraken gaat verwerven, een overeenkomst te sluiten en in stand te houden met een pensioenuitvoerder. Art. 23, lid 2, PW bevat een belangrijke uitzondering op deze verplichting. Er hoeft geen uitvoeringsovereenkomst gesloten te worden als de werkgever verplicht is om de uitvoering onder te brengen bij een bedrijfstakpensioenfonds en dit bedrijfstakpensioenfonds een uitvoeringsreglement kent, welk reglement inhoudelijk ten minste moet voldoen aan het bepaalde in art. 25 PW. De uitzondering van art. 23, lid 2, PW geldt alleen voor de werkgevers die gehouden zijn of zich verbonden hebben om de statuten en reglementen van een pensioenfonds na te leven.

In zijn artikel 'Bedrijfstakpensioenregelingen en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd ofwel: de BUO, wezenlijk, waardeloos of wisselgeld' beschrijft Van Marwijk Kooy[346] hoe de door de sociale partners gemaakte pensioenafspraken bij het bedrijfstakpensioenfonds terechtkomen. Hij bepleit daarin het sluiten van een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst. Bij amendement van Omtzigt[347] is in het kader van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen art. 102a PW ingevoerd. Hiermee lijkt het betoog van Van Marwijk Kooy een wettelijke basis te hebben gekregen. Kern van art. 102a PW is dat het bestuur van het pensioenfonds enkele principes, waaronder de risicohouding, duidelijk vastlegt in een opdrachtaanvaarding: het document waarbij het bestuur van het pensioenfonds officieel verklaart de opdracht van de sociale partners tot het uitvoeren van een door de sociale partners overeengekomen pensioenregeling te aanvaarden. De vraag is echter wat de toegevoegde waarde van art. 102a PW is, wanneer dit artikel wordt geplaatst in de context van de ABTN van

346 A.G. van Marwijk Kooy, 'Bedrijfstakpensioenregelingen en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd. Ofwel: de BUO, wezenlijk, waardeloos of wisselgeld', *TPV* 2013/52.

347 Kamerstukken II, 2012-2013, 33 182, nr. 23.

art. 145 PW. Via art. 145, lid 3, PW had de wetgever middels het Besluit Financieel Toetsingskader pensioenfondsen kunnen verplichten om in de ABTN de doelstellingen, beleidsuitgangspunten en risicohouding op te nemen. De ABTN lijkt mij ook het meest geschikte document om deze principes in op te nemen.

Ook de verplichting om de opdracht uitdrukkelijk te aanvaarden lijkt mij iets te ver doorgeschoten. Indien een werkgever besluit om de uitvoering van de pensioenregeling onder te brengen bij een eigen ondernemingspensioenfonds, dan kan de met dit ondernemingspensioenfonds gesloten uitvoeringsovereenkomst worden gezien als aanvaarding van de opdracht. Waarom daar een separate opdrachtaanvaarding aan moet worden toegevoegd is dan ook onduidelijk en heeft weinig toegevoegde waarde.

De verplichting om de opdrachtaanvaarding schriftelijk vast te leggen brengt met zich dat de sociale partners verplicht worden om te controleren of het pensioenfonds zich aan de opdracht houdt. De sociale partners kunnen daarbij geheel andere conclusies trekken dan het pensioenfonds zelf, bijvoorbeeld daar waar het betreft de uitleg van de beleidsuitgangspunten. Mochten de sociale partners constateren dat het pensioenfonds zich niet aan de opdracht houdt, dan zullen de sociale partners in het uiterste geval de opdracht bij het pensioenfonds moeten weghalen. Indien de sociale partners ervoor kiezen om de opdracht bij een pensioenfonds weg te nemen, dan heeft dat zonder meer repercussies voor de uitvoeringsovereenkomst. Met het wegnemen van de opdracht zeggen de sociale partners in essentie dat zij geen vertrouwen meer hebben in een correcte uitvoering van de pensioenregeling door het pensioenfonds. Hierdoor vervalt de basis voor de uitvoering. Dit zal moeten leiden tot aanpassing of beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Problematischer is het als de opdracht bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds wordt weggehaald, omdat het weghalen van de opdracht de verplichtstelling ondermijnt; er bestaat dan immers geen basis meer voor het uitvoeren van de pensioenregeling.

2.5.2 *De niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

Als een werkgever lid is van een werkgeversvereniging binnen een bepaalde bedrijfstak en deze werkgeversvereniging is partij bij een cao waarbij tevens is bepaald dat de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds, dan vormt het lidmaatschap van de werkgeversvereniging de basis voor de verplichting om de pensioenregeling uit te laten voeren door het bedrijfstakpensioenfonds. Wil een werkgever de

pensioenregeling laten uitvoeren door een eigen ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar, dan zal in overleg met het bedrijfstakpensioenfonds gekeken moeten worden of het bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling wil verlenen. Opzegging van het lidmaatschap van de werkgeversvereniging is daarnaast een mogelijkheid om uit het bedrijfstakpensioenfonds te treden en te kiezen voor een eigen pensioenuitvoerder.

2.5.3 *De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

Wanneer werknemers werkzaam zijn bij een werkgever waarvan de bedrijfsactiviteiten voldoen aan de eisen van de werkingssfeerbepaling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, dan zijn deze werknemers verplicht om deel te nemen in de pensioenregeling die door dit bedrijfstakpensioenfonds wordt uitgevoerd. De uitvoeringsverhouding tussen een individuele werkgever en een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kan alleen worden beëindigd als deze werkgever vrijstelling vraagt en krijgt, maar dat betekent wel dat deze werkgever de uitvoering van de pensioenovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder moet onderbrengen. Voor de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst tussen deze pensioenuitvoerder en de werkgever geldt dan hetgeen hiervoor is gesteld.

Is een werkgever op basis van art. 121 PW op vrijwillige basis bij een bedrijfstakpensioenfonds aangesloten, dan kan de werkgever een uitvoeringsovereenkomst hebben gesloten. In dat geval geldt voor de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst hetgeen hiervoor is geschreven.

2.6 *Gevolgen van beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst*

Wordt een uitvoeringsovereenkomst door de werkgever of, met inachtneming van art. 7:940, lid 1, BW, door de verzekeraar (waaronder begrepen: pensioenfondsen) opgezegd dan heeft dat geen invloed op de aan de uitvoeringsovereenkomst ten grondslag liggende pensioenovereenkomst. Hierbij geldt hetzelfde als bij liquidatie: opzegging van de uitvoeringsovereenkomst speelt zich af in de verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder en niet in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Hierdoor blijft de pensioenovereenkomst ongewijzigd voortbestaan en op de werkgever blijft de verplichting rusten om de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een andere pensioenuitvoerder. Vaak wordt in deze situatie gesteld dat de werknemers dan gewezen deelnemer zijn geworden in de pensioenregeling, maar aan dit uitgangspunt kan worden getwijfeld.

Art. 1 PW definieert 'gewezen deelnemer' als: 'de werknemer of gewezen werknemer door wie op grond van een pensioenovereenkomst geen pensioen meer wordt verworven en die bij beëindiging van de deelneming een pensioenaanspraak heeft behouden jegens een pensioenuitvoerder'. Op grond van deze definitie moet worden geconcludeerd dat beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst niet leidt tot een kwalificatie als gewezen deelnemer. Immers de status van 'gewezen deelnemer' wordt alleen bereikt als het deelnemerschap wordt beëindigd en de werknemer op grond hiervan geen pensioenaanspraken meer verwerft op basis van een pensioenovereenkomst. Wanneer de uitvoeringsovereenkomst wordt opgezegd, dan blijft de pensioenovereenkomst bestaan waardoor de werknemers pensioenaanspraken blijven verwerven. De verplichtingen uit hoofde van de ongewijzigde uitvoering van de pensioenovereenkomst bij een nieuwe pensioenuitvoerder, komen voor rekening en risico van de werkgever. Is bijvoorbeeld sprake van een eindloonregeling, dan zal de werkgever bij de bepaling van de in enig jaar op te bouwen pensioenaanspraken de aanspraak die bij de oude pensioenuitvoerder is opgebouwd in aanmerking moeten nemen. Dit gebeurt dan door bij de berekening van de aanspraken de volledige diensttijd in aanmerking te nemen en dan vervolgens de aanspraken die bij de oude pensioenuitvoerder zijn opgebouwd daarop in mindering te brengen. Is bijvoorbeeld sprake van een middelloonregeling waarbij de aanspraken van de actieve deelnemers jaarlijks worden verhoogd met de, bij de werkgever geldende, loonindex, dan zal deze loonindex ook moeten worden toegepast op de aanspraken die bij de oude uitvoerder zijn opgebouwd.

Ondanks dat opzegging van de uitvoeringsovereenkomst niet leidt tot een kwalificatie als 'gewezen deelnemer', zal de oude pensioenuitvoerder de werknemers wel gaan beschouwen als gewezen deelnemer, althans een vergelijkbare status geven omdat bezien vanuit de oude pensioenuitvoerder de verwerving van de aanspraken bij de oude pensioenuitvoerder stopt.

2.6.1 *Jurisprudentie*

Inmiddels heeft opzegging van de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder geleid tot enige recente jurisprudentie die ziet op de vraag of opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever leidt tot de verplichting van de werkgever om de oude pensioenuitvoerder schadeloos te stellen voor de financiële gevolgen van deze uittreding. Los van de feitelijke inhoud van deze jurisprudentie on-

derstreept deze jurisprudentie ook het belang dat in de uitvoeringsovereenkomst een duidelijke exitbepaling wordt opgenomen.

2.6.1.1 *Stichting Alcatel-Lucent pensioenfonds / Alcatel-Lucent*[348]

In deze zaak draaide het om het feit dat de werkgever (Alcatel-Lucent) de uitvoeringsovereenkomst met de Stichting Alcatel-Lucent Pensioenfonds (het Pensioenfonds) had opgezegd. Alcatel-Lucent had de overeengekomen opzegtermijn in acht genomen en had ook toegezegd om de overeengekomen herstelbetalingen aan het Pensioenfonds te blijven voldoen. Het Pensioenfonds claimde echter een bedrag van een kleine € 180 miljoen als zijnde afwikkelkosten en kosten voor indexatie. Naar de mening van het Pensioenfonds betrof het kosten die het Pensioenfonds ook na de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst zou moeten maken en het Pensioenfonds stelde zich op het standpunt dat de werkgever de gekapitaliseerde waarde van deze kosten aan het Pensioenfonds moest vergoeden.

Centraal in de procedure stond art. 7.3 van de uitvoeringsovereenkomst. Dit artikel luidde als volgt:

'Deze overeenkomst is schriftelijk aangegaan voor onbepaalde tijd. Zij kan door elk der partijen schriftelijk worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van minstens zes maanden, met dien verstande dat de overeenkomst niet eerder zal eindigen dan op 31 december (…) van het jaar volgend op dat waarin de opzegging heeft plaatsgevonden. Na beëindiging behouden partijen jegens elkaar de verplichtingen uit deze overeenkomst over de periode gelegen voor de datum van beëindiging.'

De vorderingen van het Pensioenfonds worden in eerste aanleg afgewezen. Voor wat betreft de gekapitaliseerde kostenvergoeding, heeft het Pensioenfonds erkend dat deze kosten zien op de pensioenopbouw in enig jaar. Bovendien zag de gevorderde gekapitaliseerde waarde van de kostenvergoeding op de periode *vanaf* het einde van de uitvoeringsovereenkomst. De pensioenopbouw voor de actieve deelnemers werd vanaf het einde van de uitvoeringsovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder ondergebracht. Alcatel-Lucent hoefde volgens de rechter dan ook geen reke-

348 Rechtbank Den Haag 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY4146, Stichting Alcatel Pensioenfonds ca. Alcatel Nederland B.V. (eerste aanleg) en Hof Den Haag 9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873 Stichting Alcatel Pensioenfonds ca. Alcatel-Lucent Nederland B.V. (hoger beroep).

ning te houden met deze verplichting, noch uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst noch uit hoofde van het herstelplan, omdat Alcatel-Lucent zich had gecommitteerd om de herstelbetalingen te voldoen. Het in hoger beroep gewezen arrest biedt geen nieuwe gezichtspunten en laat het vonnis in stand.

De Alcatel-Lucent uitspraken gaan in essentie om een Haviltex-uitleg over art. 7.3 van de uitvoeringsovereenkomst. Veel belang voor de praktijk heeft het niet, anders dan dat de uitspraken het standpunt onderschrijven dat partijen zich bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst moeten vergewissen van de gevolgen van de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst en deze gevolgen ook duidelijk formuleren en vastleggen.

2.6.1.2 *KPN/PNO*[349]

In deze zaak draait het om de vraag of KPN aan PNO het door PNO geleden verzekeringstechnische nadeel moet vergoeden. Kern van de discussie spitst zich toe op de uitleg van art. 10.3 van de uitvoeringsovereenkomst dat luidt:

'Uittreding van de deelnemende als bedoeld in het eerste lid is slechts mogelijk, indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. De aanwezigheid van een verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het fonds. De deelnemende organisatie ontvangt een afschrift van het desbetreffende rapport van de actuaris.'

Hoewel KPN, als uittredende organisatie, het verzekeringstechnische nadeel in eerste instantie heeft vergoed, vordert KPN dit bedrag later als zijnde onverschuldigd terug. KPN baseert zich daarbij op de stelling dat, nu verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst niet nader is gedefinieerd, aansluiting gezocht moet worden bij de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel zoals opgenomen in bijlage 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000. De rechter verwerpt deze stelling omdat PNO als niet verplicht gesteld Bpf een groter risico loopt voor wat betreft uittreding van bij haar aangesloten organisaties. Immers, bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen is uittreding moeilijker, zo niet onmogelijk. Bovendien is in het betreffende art. 10.3 het woord 'schadeloos' opgenomen wat er, naar de mening van de rechter, op duidt dat de volle-

349 Rechtbank Amsterdam 16 januari 2013, *PJ* 2013/94 (1e instantie) en Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:GHAMS:2014:792 (hoger beroep).

dige schade zou worden vergoed. KPN had er aldus niet gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat de Rekenregels van toepassing zouden zijn. De rechtbank legt het gewraakte art. 10.3 van de uitvoeringsovereenkomst aldus uit dat de actuaris optreedt als bindend adviseur.

In hoger beroep gaat het hof een andere richting op. Aan de hand van de omstandigheden zoals opgenomen in r.o. 3.5 concludeert het hof dat KPN niet had hoeven te begrijpen dat PNO een eigen definitie van verzekeringstechnisch nadeel zou hanteren. De overwegingen waar het hof zich in r.o. 3.5 op baseert zijn de volgende:

'(i) De overeenkomst was een standaardovereenkomst die aan alle deelnemers werd toegezonden. Voorafgaande aan het tekenen van de overeenkomst heeft alleen een schriftelijke stukkenwisseling plaatsgevonden, zo volgt uit hetgeen L.G. Witkamp, destijds algemeen directeur van PNO, verklaard heeft tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg op 10 september 2012;
(ii) In de overeenkomst wordt het begrip verzekeringstechnisch nadeel niet nader omschreven;
(iii) Tijdens eerdergenoemde comparitie van partijen heeft Witkamp verklaard dat bij het opstellen van de tekst van de standaardovereenkomst het solidariteitsbeginsel erg belangrijk was, dat het destijds uitdrukkelijk de bedoeling was om geen vaste formule van het verzekeringstechnisch nadeel op te nemen zodat de overeenkomst toekomstbestendig zou zijn, dat hij aan de actuaris de opdracht heeft gegeven om de standaardovereenkomst in die zin te formuleren en dat deze bedoeling niet met Nozema is gecommuniceerd;
(iv) Bij brief van 15 december 2005 is Nozema geïnformeerd over de pensioenpremietarieven die met ingang van 1 januari 2006 van toepassing zijn. In de brief wordt niet meegedeeld dat 5% van de pensioenpremie bestaat uit herstelpremie;
(v) De overeenkomst is per 1 oktober 2006 beëindigd, omdat Nozema als gevolg van een juridische fusie met KPN als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De reden van beëindiging is vergelijkbaar met de vrijstelling die bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt verleend in verband met groepsvorming (zie artikel 3 Vrijstellings- en boetebesluit);
(vi) De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel zijn in de pensioenbranche bekend en algemeen geaccepteerd;
(vii) De actuaris van PNO die het bestuur van PNO een voorstel heeft gedaan voor de wijze van vaststelling van het verzekeringstechnisch nadeel heeft voor de berekening van de solidariteitsbijdragen

aansluiting gezocht bij de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel;

(vii) De actuaris van KPN komt in zijn marktpraktijk het missen van een herstelpremie als component van het verzekeringstechnisch nadeel nooit tegen.'

De onder (v) genoemde omstandigheid ('de uittreding is te vergelijken met een vrijstelling wegens groepsvorming') lijkt te duiden op een doel om de Rekenregels van toepassing te kunnen verklaren. Aan dit argument komt mijns inziens geen werking toe omdat sprake is van een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds waar organisaties makkelijker kunnen toe- of uittreden en het vragen van vrijstelling in het geheel niet aan de orde is. Als deze omstandigheid niet zou zijn opgenomen dan zou het hof zich moeten baseren op enkele algemene constateringen om te kunnen concluderen dat KPN niet hoefde te verwachten dat PNO een eigen definitie van verzekeringstechnisch nadeel zou hanteren. De grond zou dan wel heel zacht zijn.

Met Breuker[350] ben ik van mening dat als een pensioenfonds een verzekeringstechnisch nadeel in rekening wenst te brengen en zich daarbij niet wil baseren op de Rekenregels dit uitdrukkelijk uit de overeenkomst moet blijken. Als PNO dit had gedaan, dan zou de uitkomst in eerste aanleg en in hoger beroep anders zijn gelopen. Feitelijk onderschrijft de jurisprudentie in KPN/PNO dan ook het standpunt dat het goed is om de uittreding in een uitvoeringsovereenkomst te regelen en om dit duidelijk, uitgebreid en zonder voorbehoud te doen. Alleen op die manier wordt het voor alle partijen duidelijk wat de bedoeling is van een bepaling.

2.7 *Afrondende opmerking*

Over uitvoering en de uitvoeringsovereenkomst valt nog het nodige te schrijven. Het recente art. 102a PW bijvoorbeeld. Gaan de opdrachtgevers duidelijk monitoren of aan de opdracht wordt voldaan en zijn de opdrachtgevers bereid om in te grijpen als dat nodig is? Zullen partijen bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst besluiten om de consequenties van de beëindiging op voorhand te regelen of zullen zij het aan de rechter overlaten? Ook dat valt nog te bezien. Al met al zal ook het onderwerp 'uitvoering' de gemoederen nog jarenlang bezighouden.

350 H.P. Breuker, 'Vrijstellingsbesluit tot leidend bij VTN', *Pensioen Magazine* 2014/101.

3 UITVOERING DOOR EEN VERZEKERAAR – CAPITA SELECTA[351]

Deze bijdrage beperkt zich tot onderbrenging op basis van een uitvoeringsovereenkomst gesloten door een in Nederland gevestigde werkgever[352] bij een pensioenuitvoerder die verzekeraar is, in Nederland is gevestigd en met vergunning uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (de Wft) werkzaam is, kortom: tot uitvoering van pensioenovereenkomsten door middel van directe verzekering waarop de Nederlandse Pensioenwet van toepassing is.
Het gaat daarbij om uitvoeringsovereenkomsten waarin de voorwaarden zijn vastgelegd waartegen een verzekeraar pensioenverzekeringen op het leven van de werknemers van een werkgever accepteert ter uitvoering van pensioenovereenkomsten die deze werkgever met zijn werknemers is aangegaan. Dergelijke uitvoeringsovereenkomsten worden ook wel met de term mantelovereenkomst of (collectieve) pensioenverzekeringsovereenkomst aangeduid. De term 'uitvoeringsovereenkomst' is pas in zwang gekomen vanaf de invoering van de Pensioenwet.[353] Verder beperkt deze bijdrage zich tot het type uitvoeringsovereenkomst waarbij de verzekeraar ter uitvoering van de gesloten pensioenverzekeringen een gesepareerd beleggingsdepot aanhoudt. Dat betekent dat de betaalde premies en het daarover gerealiseerde beleggingsrendement gesepareerd worden belegd en gesepareerd in de boeken van de verzekeraar worden geadministreerd.[354] Onderzocht wordt welke garanties de verzekeraar moet verlenen tijdens de looptijd en na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst als hiervoor bedoeld indien:

- de geëindigde uitvoeringsovereenkomst premievrij wordt gehandhaafd;
- een opvolgende uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten; of

351 Paragraaf 3 is geschreven door Wim Thijssen.

352 De constructie waarbij de werknemer als verzekeringnemer optrad in het kader van het sluiten van pensioenverzekeringen voor het onderbrengen van de pensioenverplichtingen voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst zoals die onder de Pensioen- en spaarfondsenwet ('PSW') mogelijk was (de zogenoemde C-polisconstructie; zie art. 2, lid 4, aanhef en onderdeel c, PSW), blijft buiten beschouwing.

353 In deze bijdrage wordt gedoeld op de pensioenverzekeringsovereenkomst over de uitvoering van meerdere pensioenovereenkomsten; vgl. de definitie van het begrip uitvoeringsovereenkomst in art. 1 PW.

354 Zie voor een beschrijving van uitvoeringsovereenkomsten van het type gesepareerd beleggingsdepot de annotatie van de auteur van deze bijdrage bij Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013 (SRLEV), ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, *PJ* 2013/172.

- waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder, pensioeninstelling uit een andere EU-lidstaat of een verzekeraar uit een andere EU-lidstaat wordt gerealiseerd.

Deze onderzoeksvraag wordt onder meer beantwoord op basis van een drietal intrigerende rechterlijke uitspraken: Rechtbank Zutphen 9 januari 2008[355], Hof Den Haag 25 maart 2008[356] en Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013.[357] Hoewel het in twee situaties om lagere rechtspraak gaat, de drie uitspraken sterk leunen op de feitelijke situaties van de berechte casus en rechterlijke uitspraken uit hun aard uitsluitend partijen binden,[358] lijkt bespreking van deze uitspraken toch waardevol gezien de meer principiële kwesties die aan de orde kwamen. Indien méér rechtspraak die de onderzoeksvraag van deze bijdrage raakt beschikbaar komt, ontstaat wellicht meer duidelijkheid dan er momenteel zal blijken te zijn.
Met name het faillissement van de Koninklijke Hollandsche Lloyd heeft de wetgever gebracht tot het invoeren van de onderbrengingsplicht. Deze wordt hierna geanalyseerd volgens de gelaagde structuur van het Nederlandse vermogensrecht: eerst wordt ingegaan op het algemene vermogensrecht, vervolgens op het verzekeringsrecht en tot slot op het pensioenrecht. Zoals al werd geduid is deze analyse beperkt tot directe verzekering bij een Nederlandse verzekeraar onder Wft-regime.

3.1 *Het algemene vermogensrecht*

Aan het algemene vermogensrecht ligt het grondbeginsel van de partijautonomie en, in het verlengde daarvan, de contractvrijheid ten grondslag.[359] Gegeven deze beginselen is in het algemene vermogensrecht geen grondslag te vinden voor een onderbrengingsplicht voor de werkgever die aan zijn werknemer pensioen in het vooruitzicht stelt. Hooguit zou men zich de vraag kunnen stellen of, bezien vanuit het algemene vermo-

355 Rechtbank Zutphen 9 januari 2008 (Washington), ECLI:NL:RBZUT:2008:BC880, *PJ* 2009/1. Bij deze zaak was de auteur van deze bijdrage als advocaat betrokken.
356 Hof Den Haag 25 maart 2008 (ECT/Optas), ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8041, *PJ* 2008/47. Deze zaak is na het wijzen van het arrest door het hof voorgelegd aan de Hoge Raad, zie HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6156, *PJ* 2010/128. Het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof werd verworpen.
357 Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013 (SRLEV), ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, *PJ* 2013/172.
358 Vgl. art. 236, lid 1, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
359 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

gensrecht, een overeenkomst op grond waarvan pensioen in het vooruitzicht wordt gesteld zonder dit extern onder te brengen, in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40, lid 1, BW) of zou moeten worden aangevuld met een verplichting tot onderbrenging op grond van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1, BW.[360]

Een overeenkomst kan in strijd met de goede zeden zijn wanneer nakoming tot gevolg heeft dat dwingendrechtelijke bepalingen worden overtreden,[361] wanneer de overeenkomst het oogmerk heeft rechtmatige rechtsuitoefening door derden te beletten[362] of wanneer de omstandigheden waaronder en de bedoeling waarmee een overeenkomst tot stand komt impliceren dat de overeenkomst ongeoorloofd is.[363] Strijd met de goede zeden schurkt tegen wat buiten het overeenkomstenrecht als onrechtmatig zou worden gekwalificeerd.[364] Ik zie geen redenen om aan te nemen dat een overeenkomst die pensioen in het vooruitzicht stelt maar niet verplicht tot onderbrenging in strijd met de goede zeden zou zijn. Een overeenkomst is in strijd met de openbare orde bij strijd met fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie, anders gezegd: met algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel. Ik zie geen aanknopingspunten in summier bestudeerde rechtspraak en literatuur om aan te nemen dat de overeenkomst waarbij pensioen in het vooruitzicht wordt gesteld maar niet extern wordt ondergebracht in strijd met de openbare orde zou zijn.[365]
Een beroep op nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde van een overeenkomst waarbij in het vooruitzicht gesteld pensioen niet wordt ondergebracht zou de werknemer overigens niet baten, immers: beter een onzeker pensioen dan helemaal geen pensioen.

---

360 In dit verband zij gewezen op de verplichting voor een directeur-grootaandeelhouder die voor deze pensioen in eigen beheer uitvoert om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het recht op bijzonder partnerpensioen van zijn ex-partner onder te brengen. De verplichting vloeit blijkens rechtspraak van de Hoge Raad voort uit art. 6:2 BW. Zie HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 636 en HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 306. Deze uitspraken komen verder in deze bijdrage nog aan de orde.

361 HR 11 mei 1951 (Burgman/Aviolanda), *NJ* 1952, 128.

362 Hof Amsterdam 12 januari 1944, *NJ* 1944/1945, 294.

363 HR 8 december 1972, *NJ* 1973, 496. De drie aangehaalde uitspraken worden genoemd door Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 333.

364 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 330.

365 Zie de voorbeelden genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 345-346.

In de situatie waar het pensioenrecht eigen beheer toestaat (zoals voor het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap, omdat deze geen 'werknemer' is in de zin van de PW[366] zodat de onderbrengingsplicht niet geldt) is nimmer in de rechtspraak geoordeeld dat eigen beheer in strijd met de goede zeden of de openbare orde zou zijn. Slechts in het kader van pensioenverevening en het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen ten laste van het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap[367] is geoordeeld dat de rechten van de ex-partner moeten worden ondergebracht. Grondslag voor deze onderbrengingsplicht is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2, lid 1, BW.[368] Het betreft hier echter een specifieke en bijzondere aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de familierechtelijke rechtsrelatie tussen ex-partners. Die vorm van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is niet zonder meer vergelijkbaar met aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de rechtsrelatie tussen werkgever en werknemer.

Tussenconclusie: het algemene vermogensrecht *sec* verplicht niet tot onderbrenging van in het vooruitzicht gesteld pensioen. De partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractvrijheid maken het mogelijk een overeenkomst te sluiten van de strekking dat in het vooruitzicht gesteld pensioen in eigen beheer wordt uitgevoerd. Zo'n overeenkomst is ook niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde. In het algemeen volgt ook niet uit de redelijkheid en billijkheid dat in het vooruitzicht gesteld pensioen zou moeten worden ondergebracht. Let wel: deze tussenconclusie abstraheert van het algemene verzekeringsrecht en het pensioenrecht.

3.2 *Het algemene verzekeringsrecht*

Als in het vooruitzicht gesteld pensioen is ondergebracht door verzekering op basis van een uitvoeringsovereenkomst, rijst de vraag hoe ver de garanties van de verzekeraar uit hoofde van die uitvoeringsovereenkomst dienen te strekken. Deze vraag wordt hierna beantwoord door te analyseren of:

366 Zie de definities van 'directeur-grootaandeelhouder' en 'werknemer' in art. 1 PW.
367 Zie art. 2 en art. 3a Wet VPS.
368 Zie HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 636 en HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 306, behandeld door W.P.M. Thijssen, 'Het pensioen van de dga bij scheiding', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, afl. 6, p. 100-101.

- de premievrije waarde van een pensioenverzekering gesloten onder de voorwaarden van een uitvoeringsovereenkomst zich gedurende de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst synchroon moet ontwikkelen met de groei van de pensioenaanspraak, of dat de premievrije waarde van een pensioenverzekering mag achterlopen bij de aanspraak zodat voor instandhouding van de verzekerde pensioenaanspraak vanaf het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst nog premiebetaling mag worden bedongen, m.a.w. is synchroniciteit tussen premiebetaling en pensioenverwerving vereist;
- vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst de onder vigeur van die overeenkomst gesloten verzekeringen voor de verzekerde bedragen in stand moeten blijven, of dat de verzekerde bedragen vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst mogen worden verlaagd tot de premievrije waarde van de verzekering indien deze waarde lager is dan de waarde die nodig zou zijn voor instandhouding van het verzekerde bedrag bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst tenzij de premiebetaling wordt voortgezet (bestaat een recht op premievrije handhaving van verzekerde pensioenaanspraken);
- de verzekeraar bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst bevoegd is om de waarde corresponderend met de verzekeringen gesloten ter dekking van tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst in het vooruitzicht gestelde pensioenaanspraken aan de werkgever te restitueren onder verval van de betreffende pensioenverzekeringen tenzij de werkgever extra premie voldoet voor instandhouding van de verzekeringen, m.a.w. is tariefgrondslagverzwaring toegestaan.

Bij deze analyse wordt geabstraheerd van het pensioenrecht, zodat de getrokken conclusies kunnen afwijken van de conclusies die zouden worden getrokken indien óók het pensioenrecht bij de beschouwing zou zijn betrokken. De analyse beoogt het inzicht te verschaffen in hoeverre het hierna ook te behandelen pensioenrecht het algemene verzekeringsrecht met extra waarborgen aanvult.

3.2.1 *Het algemene verzekeringsrecht / synchroniciteit tussen pensioenverwerving en premiebetaling*

De als *eerste* opgeworpen vraag die in dit verband rijst is of het is toegestaan om de garantie van verzekerde pensioenaanspraken afhankelijk te stellen van premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst, bedongen bij het aangaan daarvan of na het eindigen van de verzekeringsovereenkomst.

De definitie van het begrip verzekering in art. 7:925 BW, de definitie van de sommenverzekering in art. 7:964 BW en de definitie van het begrip levensverzekering in art. 7:975 BW lijken de constructie niet te beletten. Uit de woorden 'of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren' in art. 7:925, lid 1, BW volgt in elk geval dat het mogelijk is dat gegeven een gegarandeerde door de verzekeraar te verrichten uitkering de duur van de premiebetaling onzeker mag zijn. Het risico dat 'minder' premie wordt ontvangen (bijvoorbeeld in de situatie dat de uitkering is gegarandeerd, maar de verzekeringnemer overlijdt voordat de laatste premietermijn is betaald) kan door de verzekeraar in de premie worden verdisconteerd. Uit de definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW blijkt dat het niet is verboden dat de verplichting om premie te betalen voortduurt nadat een pensioenaanspraak is verzekerd en dat de verzekerde pensioenaanspraak mag worden verminderd indien de premiebetaling wordt afgebroken (bijvoorbeeld door insolventie van de werkgever) omdat de premievrije waarde bij het afbreken van de premiebetaling minder bedraagt dan de verworven pensioenaanspraak zoals die was verzekerd.

De beginselen van partijautonomie en contractvrijheid impliceren dan dat het ook is toegestaan, tenzij sprake zou zijn van strijd met de goede zeden of de openbare orde in de zin van art. 3:40, lid 1, BW of sprake zou zijn van 'onaanvaardbaarheid' in het licht van het bepaalde in art. 6:248, lid 2, BW. Uit het voorafgaande blijkt dat van strijdigheid met de goede zeden of de openbare orde of van 'onaanvaardbaarheid' niet snel sprake is. De conclusie luidt dat het is toegestaan dat premiebetaling voor het verzekeren van een pensioenaanspraak voortduurt nadat de pensioenaanspraak door de werknemer jegens de werkgever is verworven.

Aannemend dat een uitvoeringsovereenkomst mag inhouden dat de premiebetaling ter dekking van een onder die uitvoeringsovereenkomst verzekerde pensioenaanspraak zich uitstrekt over een periode na afloop daarvan (uiterlijk tot de pensioendatum of wellicht zelfs na het tot uitkering komen van het pensioen), rijst nog de vraag of dit dan wel bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst moet zijn overeengekomen, of dat de verzekeraar voor instandhouding van de verzekering van een pensioenaanspraak voortdurende premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst mag bedingen. Beantwoording van deze vraag hangt samen met beantwoording van de als tweede opgeworpen vraag, die naar het al dan niet bestaan van een recht op premievrije handhaving

van de verzekering van een pensioenaanspraak na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst.

3.2.2 *Het algemene verzekeringsrecht / recht op premievrije handhaving?*

De als *tweede* opgeworpen vraag die in dit verband rijst is of het is toegestaan om pensioen zodanig te verzekeren dat pensioenen die tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst ingaan zijn gegarandeerd, maar verzekerde pensioenaanspraken vanaf het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst niet meer zijn gegarandeerd. Dit betekent dat géén recht op het premievrij handhaven van tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen voor het onderbrengen van verworven pensioenaanspraken zou bestaan. De consequentie zou zijn dat de verzekeraar de verzekering tegen een lager verzekerd bedrag dan het bedrag dat tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst was verzekerd mag handhaven of de bevoegdheid zou hebben om de bij de verzekeraar ter dekking van de tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen ondergebrachte middelen na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer te restitueren onder verval van de verzekeringen. In die laatste situatie spreekt men in pensioenjargon van een uitvoeringsovereenkomst van het type kapitaalcontract.[369]

De vraag moet worden beantwoord in het licht van de wettelijke bepaling van art. 7:978, lid 2, BW, inhoudend dat de verzekeringnemer het recht heeft om een verzekering met premievrije waarde premievrij voort te zetten. Uitgaande van dit recht op premievrije voortzetting, kan echter niet zonder meer worden aangenomen dat de premievrije waarde van de verzekering zou moeten overeenstemmen met de verworven pensioenaanspraak. Indien door de gekozen premiesystematiek sprake is van een achterstand van de ontwikkeling van de premievrije waarde van de gesloten pensioenverzekering op de pensioenaanspraak, moet *hetzij* tussen werkgever en werknemer zijn overeengekomen dat de werkgever aanvullende premie betaalt om het gat te dichten (deze variant werd hiervoor uitgewerkt), *hetzij* dat de werknemer genoegen neemt met de gekorte pensioenaanspraak die overeenstemt met de premievrije waarde van de verzekering, tenzij is overeengekomen dat de premiebetaling voortduurt na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst. Benadrukt zij nogmaals, om te voorkomen dat de lezer op het 'verkeerde been' wordt gezet, dat

369 Vgl. art. 148a PW in de situatie waarin een pensioenfonds pensioenverplichtingen bij een verzekeraar onderbrengt.

deze beschouwing zich beperkt tot het algemene verzekeringsrecht, pensioenrechtelijke aspecten blijven hier nog buiten beschouwing.[370]

Omdat de werkgever verzekeringnemer is, geldt de regeling omtrent het recht op premievrije voortzetting echter niet ingevolge het bepaalde in art. 7:986, lid 3, BW. Op grond van dat artikellid kan het recht op premievrije voortzetting van een verzekering na het eindigen van de verzekeringsovereenkomst worden uitgesloten wanneer de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is die de verzekering in hoedanigheid van natuurlijke persoon sluit.[371] De werkgever sluit de verzekering immers, zowel wanneer hij een rechtspersoon of een natuurlijke persoon is, niet in hoedanigheid van natuurlijke persoon maar in hoedanigheid van werkgever. Dat betekent dat het recht op premievrije voortzetting óók niet geldt indien de werkgever een natuurlijke persoon is, daar hij in die situatie niet in hoedanigheid van natuurlijke persoon optreedt in het kader van het verzekeringnemerschap bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst. Omdat het recht op premievrije voortzetting niet geldt, luidt het antwoord op de vraag die hier aan de orde is dat het verzekeringsrecht vóór pensioeningang geen bescherming biedt. Het verzekeringsrecht staat toe dat bij beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst de pensioenverzekering wordt gehandhaafd voor een lager bedrag dan tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst, of dat de verzekering voor het verzekerde bedrag wordt gehandhaafd mits de premiebetaling voortduurt of dat de premievrije waarde van pensioenverzekering ter zake niet ingegaan pensioen aan de werkgever wordt gerestitueerd. De werkgever loopt dan het risico dat de premievrije waarde onvoldoende is om de pensioenaanspraak van de werknemer opnieuw bij de verzekeraar (of een andere pensioenuitvoerder) onder te brengen. Dat betekent weer dat, indien de werkgever financieel niet in staat is om de voor het opnieuw verzekeren van de pensioenaanspraak benodigde financiële middelen beschikbaar te stellen, de pensioenaanspraak van de werknemer niet kan worden ge-

370 Onder de PSW gold tot 1 augustus 1987 dat de werknemer genoegen moest nemen met de gekorte pensioenaanspraak, tenzij anders zou zijn of worden overeengekomen. Tussen 1 augustus 1987 en 1 januari 2000 gold dat de werkgever bij premievrijmaking als gevolg van uitdiensttreding vóór de pensioendatum het verschil tussen de datum van uitdiensttreding en de pensioendatum diende 'bij te financieren', met dien verstande dat snellere bijfinanciering of affinanciering ineens op de datum van uitdiensttreding was toegestaan. Sinds 1 januari 2000 geldt dat de financiering van een pensioenaanspraak 'bij' moet zijn, zodat de premievrije waarde van een pensioenverzekering de pensioenaanspraak altijd dekt.

371 Vgl. W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Kluwer, Deventer 2007, nr. 4.5.

realiseerd (de werknemer loopt het insolventierisico van de werkgever). Het hangt volledig van de gesloten uitvoeringsovereenkomst af, welke rechten werkgever en werknemer hebben bij het eindigen daarvan.

Het algemene verzekeringsrecht sluit zelfs niet uit dat de premiebetaling zich voortzet nadat het verzekerde pensioen is ingegaan. De definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW sluit dat immers niet uit.

3.2.3 *Het algemene verzekeringsrecht / tariefgrondslagverzwaring*

De *derde* vraag die in dit verband werd opgeworpen is of de verzekering van een eenmaal verzekerde en verworven pensioenaanspraak bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst mag vervallen tegen uitkering van de premievrije waarde aan de werkgever, omdat de verzekeraar de verzekering slechts wenst te handhaven indien aanvullende premie wordt betaald ter dekking van lang- of kortlevenrisico of toegenomen beleggingsrisico.[372] Dit is een vraag die moet worden onderscheiden van de vraag of de premiebetaling mag voortduren na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst. Hier betreft het immers, in praktische bewoordingen weergegeven, de vraag of daarnaast de over het verleden betaalde premie achteraf mag worden verhoogd, omdat het risico achteraf bezien door de verzekeraar te licht was ingeschat.[373] Daarbij moet nog onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat dergelijke aanvullende premiebetaling vooraf is overeengekomen of achteraf wordt bedongen als voorwaarde voor instandhouding van de verzekering na afloop van de uitvoeringsovereenkomst. Deze vraagstelling houdt in het toepasselijke jargon de vraag in of vooraf of achteraf overeengekomen tariefgrondslagverzwaring[374] is toegestaan. Voor de duidelijkheid zij herhaald dat het verschil met de als tweede opgeworpen vraag is dat het hier om premieverhoging achteraf met terugwerkende kracht gaat (al dan niet vooraf overeengekomen), terwijl het er bij de als tweede opgeworpen vraag om ging of de vooraf overeengekomen premie mag worden uitgesmeerd over een lan-

372 In de actualiteit spelen het toenemende langlevenrisico en het toegenomen beleggingsrisico in verband met de sterk gedaalde marktrente.

373 Indien de premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst zou voortduren, zou ook de toekomstige premie dan kunnen worden verhoogd. Hierna bij de behandeling van het pensioenrecht zal echter blijken dat deze situatie vanuit pensioenrechtelijke optiek niet is toegestaan, zodat die zich in de praktijk niet voordoet.

374 Door gedaalde marktrente, toegenomen levensverwachting, toegenomen sterfte of arbeidsongeschiktheid of toegenomen kosten.

gere periode dan de periode waarover de pensioenaanspraak wordt verworven.

Omdat bezien vanuit het algemene verzekeringsrecht geen recht op premievrije handhaving van verzekeringen gesloten ter dekking van verworven pensioenaanspraken geldt na afloop van de uitvoeringsovereenkomst, kan de verzekeraar voor het handhaven van de verzekering na afloop van de uitvoeringsovereenkomst bedingen (vooraf of achteraf) dat aanvullende premie wordt betaald in verband met het in stand houden of opnieuw sluiten van de verzekeringen. Instandhouding zal zich voordoen indien de uitvoeringsovereenkomst onder gewijzigde condities wordt verlengd. Die gewijzigde condities zullen dan, voor zover voor deze bijdrage relevant, in de praktijk het volgende inhouden:

- premieverhoging voor het verzekeren van vanaf de ingangsdatum van de verlengde uitvoeringsovereenkomst te sluiten verzekeringen voor het onderbrengen van vanaf die datum nieuw te verwerven pensioenaanspraken;
- premieverhoging achteraf voor instandhouding van de bestaande verzekeringen van vóór contractbeëindiging verworven pensioenaanspraken.

Dat laatste betekent feitelijk dat de opgebouwde voorziening pensioenverplichtingen die de verzekeraar aanhoudt in het kader van onderbrenging van verworven pensioenaanspraken wordt herrekend (verhoogd; dat betekent dat sprake is van de hiervoor genoemde tariefgrondslagverzwaring). Het bedrag gemoeid met de verhoging wordt bij de werkgever in rekening gebracht. Omdat geen recht op het premievrij handhaven van de verzekeringen bestaat, kan tariefgrondslagverzwaring achteraf als voorwaarde voor premievrije handhaving worden bedongen, maar ook vooraf, in de uitvoeringsovereenkomst, zijn voorzien.

Het is ook mogelijk dat voor de toekomst een nieuwe uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten in combinatie met een separate overeenkomst strekkend tot tariefgrondslagverzwaring als voorwaarde voor het premievrij in stand houden van de verzekeringen gesloten onder vigeur van de geëindigde uitvoeringsovereenkomst. De grens tussen contractverlenging en premievrijmaking (eventueel onder nader overeen te komen voorwaarden zoals tariefgrondslagverzwaring) in combinatie met het sluiten van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst is niet scherp te trekken en voor het onderwerp van deze bijdrage niet relevant. Verlenging zal zich voordoen als de pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht niet of

nauwelijks wijzigen (het pensioensysteem blijft hetzelfde). Een nieuwe uitvoeringsovereenkomst wordt bijvoorbeeld gesloten als het pensioensysteem wijzigt (bijvoorbeeld: van uitkeringsovereenkomsten over naar premieovereenkomsten).

De nieuwe uitvoeringsovereenkomst kan ook bij een andere verzekeraar worden ondergebracht. Ook kan sprake zijn van het voor de toekomst sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met een andersoortige pensioenuitvoerder. De gevolgen voor de geëindigde uitvoeringsovereenkomst wijken dan in beginsel niet af: over de voorwaarden voor handhaving van de onder vigeur van die uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen moet overeenstemming worden bereikt met de verzekeraar waar de verzekeringen waren ondergebracht.

De vraag rijst of tariefgrondslagverzwaring onder het algemene verzekeringsrecht is toegestaan. Wringt het niet met de verzekeringsgedachte dat als een pensioenaanspraak tegen betaling van een overeengekomen premie is verzekerd, de werkgever achteraf met een extra premielast wordt geconfronteerd voor het handhaven van de verzekering? En de werknemer met het risico dat zijn verworven pensioenaanspraak niet langer volledig blijft verzekerd, als de werkgever insolvent blijkt te zijn en de premie voor tariefgrondslagverzwaring niet kan opbrengen?

In het eerste mij bekende handboek over levensverzekeringsrecht (het handboek van Wichers uit 1925, dat maar liefst 877 pagina's bestrijkt) is een definitie van het begrip levensverzekering opgenomen waarvan onderdeel is dat de premie moet *voorafgaan* aan de uitkering.[375] Deze definitie lijkt, 'vertaald' naar de huidige verzekeringspraktijk, niet aan tariefgrondslagverzwaring in de weg te staan, niet als deze in een uitvoeringsovereenkomst is bedongen, maar ook niet indien deze achteraf wordt bedongen als voorwaarde voor premievrije handhaving. Wichers betoogt onder een kopje 'extra-premieën' echter dat extra premie (achteraf) slechts dan kan worden bedongen, wanneer deze wordt bedongen voor een risico dat volgens de wet, de polis, algemene rechtsbeginselen of het algemeen gebruik is uitgesloten. Ontbreekt zo'n uitsluiting, dan geldt het '*grondbeginsel*'

375 A.W. Wichers, *De rechtsleer der Levensverzekerings-Overeenkomst*, Martinus Nijhoff, 1925, p. 240. Dit lijkt af te wijken van de huidige definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW, die overeengekomen voortzetting van de premiebetaling nadat de verzekeraar moet uitkeren niet uitsluit, zie hiervoor.

dat de verzekering het volle risico omvat.[376] Deze redenering volgend zou tariefgrondslagverzwaring uitsluitend zijn toegestaan indien deze in een uitvoeringsovereenkomst is voorzien (vooraf is overeengekomen).[377] Het 'uitgesloten risico' zou dan het risico van rentedaling en het risico van toeneming van de levensverwachting zijn. Die lijn volgend zou exact moeten worden vastgelegd met het oog op welke omstandigheden sprake zou mogen zijn van tariefgrondslagverzwaring en op welke wijze de extra premie die achteraf moet worden voldaan in verband met tariefgrondslagverzwaring zou moeten worden berekend.

Hiervoor werden gedachten door Wichers geformuleerd weergegeven als min of meer willekeurige keuze uit de rechtsgeleerde literatuur, omdat het handboek van Wichers het oudst beschikbare was. Het gaat in het kader van deze bijdrage te ver om de ontwikkelingen in de rechtsliteratuur tot heden te volgen. De sprong naar de huidige tijd makend, waarin tariefgrondslagverzwaring vanuit verzekeringsrechtelijk oogpunt is toegestaan omdat geen recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen bestaat,[378] kan toch het nodige van de beschouwingen van Wichers worden geleerd. Tariefgrondslagverzwaring kan ingrijpende gevolgen hebben voor de financiële positie van de werkgever. Indien de middelen gemoeid met tariefgrondslagverzwaring niet kunnen worden opgebracht, zouden de pensioenaanspraken van de betrokken werknemers immers door de verzekeraar (mogen) worden verlaagd door deze vast te stellen op basis van de premievrije waarde van de bestaande pensioenverzekering.

Gezien het voorgaande bepleit ik in lijn van de beschouwingen van Wichers dat tariefgrondslagverzwaring wettelijk uitsluitend zou moeten zijn toegestaan, indien deze vooraf, bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst, is overeengekomen. Ook zou (in lijn met de beschouwingen van Wichers) moeten vastliggen onder welke omstandigheden van welke mate van tariefgrondslagverzwaring sprake zou mogen zijn. Verder zou

376 Wichers, a.w., p. 226.

377 Saillant is dat Wichers, a.w. p. 699, opmerkt dat wanneer tarieven gunstiger worden, de verzekeringnemer de verzekeraar niet kan dwingen tijdens de looptijd van de verzekering de tarieven voor de verzekeringnemer in gunstige zin aan te passen, omdat de verzekeraar geen verzekering kan worden opgedrongen die hij niet wenst te sluiten. Wichers gaat er daarbij van uit dat nieuwe tarieven gunstiger uitpakken voor de verzekeringnemer. De omgekeerde situatie, die het onderwerp van deze bijdrage is, behandelt Wichers niet.

378 Vgl. in dit verband P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Monografieën Sociaal Recht nr. 10, Kluwer, Deventer 1997, p. 711.

wettelijk moeten worden geregeld dat de verzekeringnemer (de werkgever) vóór het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk over de mogelijkheid en de mogelijke gevolgen van tariefgrondslagverzwaring zou moeten worden geïnformeerd door de verzekeraar, zodat tariefgrondslagverzwaring op een 'informed consent' berust.[379] Tariefgrondslagverzwaring die niet vooraf is overeengekomen kan dan niet achteraf worden afgedwongen. Tariefgrondslagverzwaring die niet vooraf is overeengekomen, maar die door de verzekeraar zou worden bedongen als voorwaarde voor het premievrij handhaven van een uitvoeringsovereenkomst voor de tijdens de looptijd daarvan verzekerde bedragen, zou in mijn visie niet de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248, lid 2, BW moeten kunnen doorstaan. In feite ontstaat dan in afwijking van art. 7:978, lid 2 jo. art. 7:986, lid 3, BW een recht op het premievrij handhaven van de verzekeringen gesloten uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst indien tariefgrondslagverzwaring niet al bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst is overeengekomen.

Tussenconclusie: het algemene verzekeringsrecht dwingt evenmin als het algemene vermogensrecht om in het vooruitzicht gesteld pensioen onder te brengen. Als pensioen bij een verzekeraar wordt ondergebracht, moet de verzekeraar pensioenen vanaf ingang garanderen en blijven uitkeren. Vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst bestaat echter geen recht op het handhaven van de verworven en verzekerde pensioenaanspraak. De verzekeraar heeft de bevoegdheid de pensioenaanspraak te verlagen tot het niveau dat correspondeert met de premievrije waarde van de verzekering. De verzekeraar mag de verzekeringen ook laten vervallen en de afkoopwaarde aan de werkgever beschikbaar stellen. Het is toegestaan dat de verzekeraar voor handhaving van de verzekerde pensioenaanspraken 'extra' premie bedingt (tariefgrondslagverzwaring), óók wanneer dat niet vóóraf is overeengekomen.

3.3 *Het pensioenrecht*

Zoals hiervoor bleek werd de PSW hoofdzakelijk ingevoerd om teleurstellingen bij de werknemer met betrekking tot het in het vooruitzicht gesteld

379 Mogelijk leidt de mogelijkheid van tariefgrondslagverzwaring tot de verplichting van de werkgever om op de balans een voorziening op te nemen met het oog op de mogelijke kosten gemoeid met tariefgrondslagverzwaring na afloop van de pensioenverzekeringsovereenkomst. In dit verband wijs ik op het bepaalde in art. 2:374, lid 3, aanhef en onderdeel b, BW.

pensioen te voorkomen.[380] Een wettelijke regeling werd noodzakelijk geacht, aan de ene kant omdat 'de meeste werkgevers niet deskundig' werden geacht te zijn 'op het gebied der levensverzekering', aan de andere kant omdat 'het voor de werknemer van het grootste belang' werd geacht 'dat hij weet, waar hij inzake pensionering aan toe is'.[381] De wettelijke regeling hield in dat pensioen voortaan wettelijk verplicht moest worden ondergebracht bij een bedrijfstakpensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar. Deze onderbrengingsverplichting werd opgenomen in art. 2, lid 1 en 4, PSW en is thans in aangepaste vorm opgenomen in art. 23 PW.

In het kader van directe verzekering werd in de wetsgeschiedenis een beschouwing gewijd aan het verband met het verzekeringsrecht. Pensioenverzekeringen zouden niet afkoopbaar mogen zijn (niet door de werkgever, maar ook niet door de werknemer om te voorkomen dat de afkoopwaarde in de consumptieve sfeer zou worden aangewend), omdat het pensioen dan niet zou zijn gewaarborgd. Ook zou de werkgever de pensioenverzekering niet mogen belenen.[382]

Voor het onderwerp van deze bijdrage is relevant dat geen beschouwing werd gewijd aan het ontbreken in het verzekeringsrecht van een recht op premievrij handhaven van een pensioenverzekering en de mogelijke daarmee samenhangende risico's voor werkgever en werknemer, zoals die hiervoor bleken.

Vanuit pensioenrechtelijk perspectief rijst in dit licht de vraag of en in hoeverre de onderbrengingsverplichting waarborgt dat een eenmaal verzekerde pensioenaanspraak ook daadwerkelijk verzekerd blijft. Deze kwestie kwam op drie verschillende wijzen aan de orde in de aan het begin van deze bijdrage aangehaalde rechtspraak, respectievelijk:

- in het kader van het na beëindiging verlengen van een uitvoeringsovereenkomst of het sluiten van een opvolgende uitvoeringsovereenkomst na beëindiging van de voorgaande (te weten: in de zaak Washington);

380 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5, l.k. en p. 6, r.k. Zie verder (zonder te beogen uitputtend alle relevante literatuur te noemen) E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, diss., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 29 en P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Monografieën Sociaal Recht, nr. 10, Kluwer, Deventer 1997, nrs. 27-29.

381 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5, r.k.

382 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 7, l.k.

- in de situatie dat na beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst een opvolgende uitvoeringsovereenkomst bij een andere verzekeraar werd gesloten in combinatie met collectieve waardeoverdracht (te weten: in de zaak ECT/Optas);
- bij waardedaling van de beleggingen corresponderend met de verzekeringsverplichtingen onder het niveau van de op contractuele grondslagen berekende voorziening voor pensioenverplichtingen (te weten: in de zaak SRLEV).

3.3.1 *De zaak Washington: tariefgrondslagverzwaring*

In de zaak Washington had zich herhaalde malen in het kader van contractverlenging en het sluiten van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst na het eindigen van een voorafgaande de situatie voorgedaan dat bedragen voor tariefgrondslagverzwaring waren bedongen en in rekening waren gebracht. Deze bedragen werden steeds ten laste gebracht van de zogenoemde extra reserve in het gesepareerde beleggingsdepot dat bij de verzekeraar werd aangehouden.
Die extra reserve was het bedrag in het gesepareerde depot dat niet diende ter dekking van de pensioenverplichtingen. De extra reserve was voor de werkgever vrij opneembaar, maar werd door de werkgever bestemd voor wat naar huidig recht als voorwaardelijke toeslagverlening wordt aangeduid. Nadat de werkgever failliet was,[383] beschikte de verzekeraar over activa ondergebracht in het gesepareerde beleggingsdepot. Daartegenover stonden als passiva de voorziening verzekeringsverplichtingen en de hiervoor bedoelde extra reserve met als beoogde besteding, zoals hiervoor werd uiteengezet, toeslagverlening voor de pensioen- en aanspraakgerechtigden. De verzekeraar maakte de verzekeringen premievrij, maar bracht een bedrag uit hoofde van tariefgrondslagverzwaring ten laste van de extra reserve als voorwaarde voor het premievrij handhaven van de verzekerde pensioenaanspraken.

De curator stelde onder meer dat de elkaar opvolgende tariefgrondslagverzwaringen (en ook de eerdere) in strijd waren met het algemene verzekeringsrecht en met de onderbrengingsverplichting van (destijds) de PSW. Immers, door de voor de verzekeringen verschuldigde premie te betalen had de verzekeraar de verzekerde pensioenaanspraken moeten garanderen. Premiebetaling achteraf als voorwaarde voor het handhaven van een verzekering, zou, zowel wanneer dit vooraf als wanneer dit ach-

383 Voor alle duidelijkheid: het faillissement werd niet veroorzaakt door de problematiek rond de tariefgrondslagverzwaring. Die kwam pas na het faillissement op.

teraf zou worden bedongen, strijdig zijn met het algemene verzekeringsrecht, omdat in die situatie geen sprake zou zijn van 'verzekering', omdat de werkgever dan na het sluiten van de verzekering en het betalen van de verschuldigde premie risico blijft lopen, namelijk het risico dat voor verdere instandhouding van de verzekering nadere premie kan worden bedongen of zou zijn verschuldigd. Verder zou het bedingen van extra premie vooraf of achteraf voor het premievrij handhaven van verzekerde pensioenaanspraken door de verzekeraar strijdig zijn met de onderbrengingsverplichting, omdat de werkgever feitelijk niet aan zijn onderbrengingsverplichting zou hebben voldaan indien als voorwaarde voor continuering van het ondergebracht zijn (en vooral: blijven) van een pensioenaanspraak extra premie zou mogen worden bedongen. Het gevolg zou immers zijn, zo kwam het de curator voor, dat de verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken zouden worden gekort in de situatie waarin de aanvullende premie niet zou (kunnen) worden betaald, indien onverhoopt geen recht op premievrije handhaving op grond van het algemene verzekeringsrecht zou bestaan.

De rechtbank oordeelde dat van strijd met het algemene verzekeringsrecht geen sprake was omdat het de verzekeraar vrij zou staan om vooraf of achteraf extra premie voor het premievrij handhaven van pensioenverzekeringen gesloten voor het onderbrengen van pensioenaanspraken te bedingen. Weliswaar zou aan de werkgever uit hoofde van een basisbeginsel van het levensverzekeringsrecht het recht op premievrije handhaving van eenmaal gesloten pensioenverzekeringen toekomen,[384] maar Washington had steeds (vooraf of achteraf) met tariefgrondslagverzwaring ingestemd. Een beroep op onder meer Wichers werd daarom afgewezen.[385] De consequentie was dat indien na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst de verzekeringen voor toekomstige pensioenverwerving bij een andere verzekeraar zouden zijn ondergebracht, wel het recht op premievrije handhaving van de bij de oorspronkelijke verzekeraar ondergebrachte rechten zou bestaan. Dat volgde uit de diverse elkaar opvolgende uitvoeringsovereenkomsten: met het oog op die situatie was daarin bepaald dat in plaats van aanvullende premie, toekomstige gegenereerde overrente dan in eerste instantie door de verzekeraar zou kunnen worden

384 Zie r.o. 5.16 van de rechtbank in de zaak Washington, die gezien het voorafgaande niet op het verzekeringsrecht had kunnen worden gebaseerd, daar aan het verzekeringsrecht voor een werkgever nu juist geen recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen kan worden ontleend.

385 Zie eveneens r.o. 5.16 van de rechtbank in de zaak Washington.

aangewend voor tariefgrondslagverzwaring. Toeslagverlening zou in die situatie slechts kunnen worden gerealiseerd indien en voor zover de overrente méér zou bedragen dan de aanvullende premie bedongen voor tariefgrondslagverzwaring. Indien de overrente in een bepaald jaar negatief zou zijn, zou deze voor de toekomst volledig vervallen zodat nimmer meer sprake zou kunnen zijn van toeslagverlening (tenzij de werkgever daarvoor zou betalen, maar die was uiteindelijk failliet).

Van het onjuist uitvoeren door de verzekeraar van de onderbrengingsverplichting van destijds art. 2, lid 1, PSW was naar het oordeel van de rechtbank eveneens geen sprake omdat de werkgever door deze regeling niet zou worden beschermd. Deze regeling zou slechts de werknemer beschermen.[386] Dat is een wel heel principieel oordeel. Het betekent concreet dat een verzekeraar een verzekerde pensioenaanspraak jegens een werknemer moet garanderen, maar niet jegens diens werkgever.[387] De consequentie is dat in de situatie waarin een werkgever een bedongen aanvullende premie uit hoofde van tariefgrondslagverzwaring als gevolg van insolventie niet kan voldoen, dit niet leidt tot rechtenkorting voor de werknemer. De onderbrengingsverplichting houdt daarom niet méér in dan dat de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever moet dragen voor bedragen die de verzekeraar:

- bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst heeft bedongen voor tariefgrondslagverzwaring na het eindigen daarvan, zonder dat deze wordt verlengd; of
- die de verzekeraar heeft bedongen in het kader van contractverlenging of het sluiten van een opvolgende uitvoeringsovereenkomst als voorwaarde voor het premievrij handhaven van de verzekeringen uit hoofde van de geëindigde uitvoeringsovereenkomst.

De onderbrengingsverplichting beschermt de werknemer, echter niet de werkgever. De werkgever ontleende aan de regeling omtrent onderbrenging van art. 2, lid 1, PSW en ontleent aan de regeling omtrent onderbrenging van art. 23 PW niet de zekerheid dat wanneer de premie verschuldigd voor een pensioenverzekering is voldaan, de verzekering ook altijd in stand blijft. De werkgever moet zich realiseren dat mogelijk vooraf tariefgrondslagverzwaring kan zijn bedongen of achteraf, na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst, als voorwaarde voor het handhaven van de

386 Zie in dit verband onder meer r.o. 5.40 van de rechtbank in de zaak Washington.
387 Dit leid ik onder meer af uit r.o. 5.3, 5.14, 5.18 en 5.21 van de rechtbank in de zaak Washington.

pensioenverzekering in combinatie met contractverlenging of het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar premie voor tariefgrondslagverzwaring kan worden bedongen.[388] Indien de werkgever die niet wenst te voldoen, zou toekomstige pensioenverwerving bij een andere verzekeraar kunnen worden ondergebracht. Dan worden de verzekeringen bij de oorspronkelijke verzekeraar premievrij gemaakt, maar wordt tariefgrondslagverzwaring gerealiseerd uit toekomstige overrente waardoor de toeslagverlening (indien van toepassing) alsnog door de werkgever moet worden gefinancierd. De werkgever draagt in beide situaties de risico's, de verzekeraar slechts het insolventierisico van de werkgever.

Tussenconclusie: het pensioenrecht biedt de werknemer extra bescherming ten opzichte van het algemene verzekeringsrecht. De pensioenaanspraken verworven door een werknemer dienen door de verzekeraar jegens de werknemer te zijn gegarandeerd. Dit volgde in het verleden uit de onderbrengingsverplichting opgenomen in art. 2, lid 1, PSW, sinds 1 januari 2007 opgenomen in art. 23 PW. Vanuit verzekeringsrechtelijk jargon betekent dit dat voor de werknemer feitelijk het recht op premievrije handhaving van verzekeringen gesloten ter dekking van verleende pensioenaanspraken bestaat. Het niet voldoen van vooraf of achteraf bedongen premie voor tariefgrondslagverzwaring deert de werknemer niet, daar het insolventierisico van de werkgever op grond van art. 2, lid 1, PSW en vanaf 1 januari 2007 op grond van art. 23 PW op de verzekeraar rust. Dit doet niet af aan de 'informed consent'-gedachte die ik hiervoor weergaf in het kader van het verzekeringsrecht om tot betere bescherming van de werkgever te komen.[389]

388 Pensioenverzekeringsovereenkomsten die wel het recht op premievrije handhaving van uit hoofde van die overeenkomst gesloten pensioenverzekeringen kennen na afloop van de pensioenverzekeringsovereenkomst, bevatten een bepaling die inhoudt dat een opslag voor tariefgarantie wordt betaald. Dat betekent feitelijk dat de opslag voor tariefgrondslagverzwaring in de premie wordt verwerkt door middel van een opslag.

389 Hier komt nog bij dat sinds 1 januari 2000 pensioenverwerving en pensioenfinanciering synchroon moeten lopen, zodat bij het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst verworven pensioenaanspraken op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst zijn gefinancierd (het doorlopen van de premiebetaling ter dekking van een pensioenaanspraak die in een bepaald jaar is verworven na dat jaar is niet toegestaan; zie sinds 1 januari 2000 art. 7a PSW, sinds 1 januari 2007 art. 17 PW).

3.3.2 *De zaak ECT/Optas: collectieve waardeoverdracht*

In de zaak ECT/Optas koos de werkgever (ECT) ervoor om de toekomstige pensioenverwerving bij een andere verzekeraar onder te brengen, om betaling van een bedrag voor tariefgrondslagverzwaring in het kader van contractverlenging bij de oorspronkelijke verzekeraar te voorkomen. Optas (de oorspronkelijke verzekeraar) diende de verzekeringen ter dekking van pensioenaanspraken van de werknemers van ECT te handhaven. Daarvoor werd echter aanvullende premie bedongen voor tariefgrondslagverzwaring, ten laste van de overrente zodat de toekomstige toeslagverlening onder druk kwam te staan. Om een 'knip' in de verzekering van de pensioenaanspraken van de werknemers en de hiervoor omschreven problematiek rond toeslagverlening te voorkomen, maakte ECT gebruik van de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht van Optas naar de opvolgende verzekeraar. De overdrachtswaarde die Optas beschikbaar stelde, bleek echter minder te bedragen dan de koopsom die de opvolgende verzekeraar had bedongen voor het onderbrengen van de pensioenaanspraken die bij Optas waren ondergebracht. De opvolgende verzekeraar hanteerde zwaardere grondslagen dan de door Optas voor ECT gehanteerde grondslagen die in het verleden, bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst, waren bedongen. In feite werd ECT daarom toch impliciet geconfronteerd met een koopsom voor tariefgrondslagverzwaring. De contractuele grondslagen waarop Optas de overdrachtswaarde berekende leidden tot een lagere overdrachtswaarde dan de koopsom berekend voor het verzekeren van die pensioenaanspraken bij de opvolgende verzekeraar die op basis van actuele grondslagen werd vastgesteld.

In de procedure die volgde vorderde ECT dat Optas als overdrachtswaarde een bedrag beschikbaar diende te stellen dat voldoende was om de pensioenaanspraken bij de opvolgende verzekeraar onder te brengen. Feitelijk betekende die vordering dat bedragen benodigd voor tariefgrondslagverzwaring voor rekening van Optas dienden te komen, omdat dat nu eenmaal inherent aan het verzekeringsbedrijf zou zijn en omdat de onderbrengingsverplichting aan tariefgrondslagverzwaring in de weg zou staan.[390]

Het hof oordeelde dat uit de uitvoeringsovereenkomst die ECT met Optas had gesloten niet uitsluitend de garantie volgde dat pensioenen die tot uitkering waren gekomen zouden moeten worden gegarandeerd (de zogenoemde 'uitdiengarantie'), maar óók de verder gaande garantie dat de

390 Zie de weergave van de vordering van ECT in r.o. 29 van de uitspraak van het hof.

door Optas aangehouden en in geval van waardeoverdracht beschikbaar te stellen voorziening verzekeringsverplichtingen door Optas uit eigen middelen toereikend diende te worden gehouden voor het uitkeren van de verzekerde pensioenen en voor het onderbrengen van die pensioenen bij een andere verzekeraar indien na afloop van de uitvoeringsovereenkomst van de contractueel geboden mogelijkheid van waardeoverdracht gebruik zou worden gemaakt.[391]

Het hof berechtte de zaak op basis van de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas. Aan de meer principiële rechtsvraag of de onderbrengingsverplichting van de PSW (momenteel de PW) ook de werkgever beschermt in die zin dat tariefgrondslagverzwaring niet zou zijn toegestaan, of dit mogelijk uit het algemene verzekeringsrecht volgt, kwam het hof niet toe. Het oordeel van het hof past wel in lijn van de hiervoor door mij opgeworpen gedachte dat tariefgrondslagverzwaring slechts rechtsgeldig zou kunnen worden overeengekomen op basis van een 'informed consent': de werkgever moet op zodanige wijze op de risico's van het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst die de mogelijkheid van tariefgrondslagverzwaring impliceert worden gewezen dat hij zich deze risico's ten volle realiseert of kan respectievelijk moet realiseren.

Tussenconclusie: de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas verplichtte Optas om na het eindigen van die uitvoeringsovereenkomst een zodanig overdrachtswaarde beschikbaar te stellen, dat de bij Optas verworven en verzekerde pensioenen tegen actuele, door de opvolgende verzekeraar gehanteerde, tariefgrondslagen bij die opvolgende verzekeraar konden worden ondergebracht. Daarmee werd betaling voor tariefgrondslagverzwaring voorkomen. Het oordeel werd echter niet gegrond op het objectieve recht, maar op de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas die in deze zin werd uitgelegd.

3.3.3 *De zaak SRLEV: waardedaling van beleggingen aangehouden ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen onder het niveau daarvan*

De in het kader van deze bijdrage interessantste vraag waar het in de zaak SRLEV om draaide was of en in hoeverre de voorziening verzekeringsverplichtingen die een verzekeraar aanhoudt ter dekking van pensioenverplichtingen mag zijn gedekt door garanties van de werkgever in plaats van daadwerkelijk in eigendom aan de verzekeraar toekomende beleggingen.

391 Zie met name r.o. 34 t/m 37 van de uitspraak van het hof.

De werkgever in kwestie had pensioenverzekeringen bij SRLEV ondergebracht op basis van een gesepareerd beleggingsdepot. De werkgever had inspraak in het beleggingsbeleid. Dat genereerde een spanningsveld. De werkgever had belang bij wat risicovollere beleggingen (in zakelijke waarden) om de kans dat de toeslagenambitie zou kunnen worden gerealiseerd te optimaliseren. De verzekeraar had belang bij minder risicovolle beleggingen in verband met de uitkeringsgarantie die op de verzekeraar rustte. De waarde van de beleggingen daalde onder een bepaald vastgelegd niveau waardoor de garanties onder druk kwamen te staan. In dit spanningsveld werd een tussenoplossing gevonden. Die hield in dat de risicovollere beleggingen niet werden verkocht om plaats te maken voor minder risicovolle beleggingen, maar dat de werkgever bankgaranties stelde. De som van de waarde van de beleggingen en de bankgaranties zou dan voldoende moeten zijn ter afdekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen.
Uiteindelijk nam de waardedaling van de beleggingen een dermate grote vorm aan, dat de verzekeraar toch beleggingen verkocht. De rechtbank oordeelde dat dit in strijd was met de eigen beleggingsrichtlijnen van de verzekeraar. De verzekeraar werd tot schadevergoeding veroordeeld. Dat aspect is voor deze bijdrage echter niet relevant, zodat het hier verder blijft rusten.[392]

Voor deze bijdrage is wel relevant de vraag of nog wel sprake is van onderbrenging indien de voorziening verzekeringsverplichtingen die een verzekeraar aanhoudt ter dekking van pensioenverplichtingen mede bestaat uit bankgaranties van de werkgever.[393] De voor deze bijdrage relevante vraag is voor wiens rekening en risico het komt als de bankgaranties niet kunnen worden uitgewonnen: kan de verzekeraar dan volstaan met het toekennen van premievrije pensioenen en pensioenaanspraken op basis van de resterende door de verzekeraar ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen aangehouden middelen, of moet de verzekeraar de pensioenen en pensioenaanspraken toekennen als waren de bankgaranties uitwinbaar?

In dit verband moet men zich realiseren dat twee soorten bankgaranties zijn te onderscheiden:

392 Zie voor een beschrijving en een analyse van dit aspect van de zaak mijn annotatie in *PensioenJurisprudentie* (*PJ* 2013/172).
393 Zie daarover ook mijn annotatie bij de uitspraak in *PensioenJurisprudentie* (*PJ* 2013/172).

- bankgaranties waarbij de bank de verplichting waarvoor de bank zich garant stelt als een eigen verplichting op zich neemt (dergelijke bankgaranties kunnen ook bij faillissement of surseance van betaling van de werkgever worden uitgewonnen);
- bankgaranties waarbij de bank zich voor de werkgever garant stelt, echter zonder dat de bank de verplichting van de werkgever als een eigen verplichting op zich neemt (dergelijke bankgaranties kunnen niet door de verzekeraar buiten faillissement of surseance van betaling van de werkgever om worden uitgewonnen).

De tweede soort bankgaranties kan worden vergeleken met belegging door de verzekeraar van de voorziening verzekeringsverplichtingen in de werkgever (het verstrekken van een lening aan de werkgever).

Bezien in het licht van de zaak Washington luidt het antwoord op de opgeworpen vraag dat het voor rekening en risico van de verzekeraar komt indien de hiervoor bedoelde bankgaranties zouden moeten worden uitgewonnen om aan de uitkeringsverplichting te voldoen, maar uitwinning onmogelijk blijkt. Ik realiseer mij dat deze gevolgtrekking is gebaseerd op slechts één uitspraak van een rechtbank, zodat van een lijn in de rechtspraak, laat staan van een lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad, beslist geen sprake is. Vooralsnog kon ik mij echter bij gebreke van meer rechtspraak niet op andere rechtspraak beroepen. Ook het risico dat een lening verstrekt aan de werkgever niet zou kunnen worden uitgewonnen, komt voor rekening en risico van de verzekeraar. De onderbrengingsverplichting houdt immers, ook weer de uitspraak in de zaak Washington volgend, niet méér in dan dat de werkgever zodanige verzekeringen moet sluiten dat de verzekeraar de pensioenrechten of pensioenaanspraken jegens de werknemer garandeert. Dat betekent dat de constructie met bankgaranties waarbij de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever loopt is toegestaan, maar alleen dan voor de verzekeraar 'veilig' is indien de gestelde bankgaranties van de soort zijn die ook in geval van surseance van betaling of faillissement van de werkgever kunnen worden uitgewonnen. Dan loopt de verzekeraar immers niet het insolventierisico van de werkgever.

Tussenconclusie: het is toegestaan dat een verzekeraar ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen bankgaranties van de werkgever aanhoudt of leningen aan de werkgever verstrekt. De onderbrengingsverplichting houdt in die situatie in dat het insolventierisico van de werkgever bij de verzekeraar ligt, omdat de verzekeraar de pensioenrech-

ten en pensioenaanspraken van de verzekerde werknemers moet waarborgen.

3.4 *Afrondend*

Afrondend concludeer ik (zonder de tussenconclusies te herhalen) uit de schaarse rechtspraak dat het verzekeren van in het vooruitzicht gesteld pensioen flinterdun kan zijn. Aan de onderbrengingsverplichting is al voldaan indien slechts pensioenen die tijdens de looptijd van een uitvoeringsovereenkomst ingaan op grond van de door de werkgever gesloten uitvoeringsovereenkomst door de verzekeraar worden gegarandeerd. Ten aanzien van pensioenaanspraken is al aan de onderbrengingsverplichting voldaan indien de uitvoeringsovereenkomst inhoudt dat deze ten opzichte van de werknemer zijn gegarandeerd. Premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst als voorwaarde voor het handhaven van de verzekeringen van pensioenaanspraken mag vooraf en achteraf door de verzekeraar worden bedongen, echter: het insolventierisico van de werkgever moet ingevolgde de onderbrengingsverplichting op grond van de uitvoeringsovereenkomst bij de verzekeraar liggen.

Daarnaast is het onder het verzekeringsrecht en het pensioenrecht toegestaan dat de voorziening verzekeringsverplichtingen wordt afgedekt met bankgaranties van of leningen aan de werkgever. Het 'verzekeren' van pensioenaanspraken betekent au fond niet méér dan dat de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever draagt. Het is de taak van de toezichthouder om ervoor te waken dat het 'verzekeren' van pensioen niet zo flinterdun wordt, dat van 'verzekeren' in de zin van de wet- en regelgeving rond het financieel toezicht geen sprake meer is.[394] In die wet- en regelgeving ligt uiteindelijk de bescherming van de (potentiële) pensioengerechtigden.

394 Het valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage om te analyseren of en in hoeverre het afdekken van een voorziening verzekeringsverplichtingen met bankgaranties van of leningen aan de werkgever onder vigeur van de Wft is toegestaan.

4 UITVOERING DOOR EEN PENSIOENFONDS – CAPITA SELECTA

4.1 *Verplichtstelling anno 2015*[395]

4.1.1 *Ontstaan van de Wet BPF 2000*

Sociale partners binnen een bedrijfstak hadden reeds de mogelijkheid om bij collectieve overeenkomst afspraken te maken over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Deze bepalingen vonden echter in beginsel alleen toepassing voor de werknemers van gebonden werkgevers. Op grond van de wet op het algemeen verbindend of onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten uit 1937 ('Wet AVV) kon de werkingssfeer van de pensioenbepalingen voor een periode van twee jaar worden uitgebreid tot alle werknemers binnen een bedrijfstak. Pensioenfondsen die naar hun aard een meer permanent karakter dragen zouden in beginsel niet of slechts tijdelijk voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen. Op 26 maart 1949 trad dan ook de wet 'houdende een wettelijke regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds' ('Wet Bpf') in werking. Op deze manier werd het pensioenstelsel met meerdere pijlers geboren. De eerste pijler met een staatspensioen (in 1957 volgde de AOW de tijdelijke noodwet op) en de tweede pijler met de arbeidsvoorwaarde pensioen. Een arbeidsvoorwaarde die op verzoek van sociale partners aan een ieder werkend in een bedrijfstak opgelegd kan worden.

Middels de Wet Bpf zorgde de minister ervoor dat de pensioenopbouw bij een bedrijfstakpensioenfonds ook zou kunnen gelden voor anderen dan degenen die vrijwillig waren aangesloten. Op deze wijze werd beoogd voor pensioenen een systeem te scheppen dat overeenkwam met het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

Door het systeem van de verplichtstelling werd 'de mogelijkheid om door het niet geven van pensioen een voorsprong op de vakgenoten te hebben' weggenomen en de arbeidsvoorwaarde pensioen gelijkgetrokken binnen een bedrijfstak. De 'orde' in de bedrijfstak was hiermee gediend, aangezien de bedrijfsgenoten die zich zonder verplichting niet aansloten bij een bedrijfstakpensioenfonds de bedrijfseenheid konden verbreken. De grondslag voor concurrentiebeperking binnen een bedrijfstak werd aldus

395 Dit onderdeel van de bijdrage is geschreven door Tarik Uçar.

voor pensioenen wettelijk verankerd in de Wet Bpf. De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Wet Bpf' regelmatig aangegeven dat hij de mogelijkheid in het wetsvoorstel om de vrije marktwerking te beperken van groot belang achtte. De minister vond de concurrentiebeperking die door de verplichtstelling ontstond rechtvaardig, omdat de belangen van de bedrijfstakgenoten ermee gediend was. De paritaire samenstelling van het pensioenfondsbestuur waarborgde voorts dat er sprake is van onpartijdig beheer, hetgeen van groot belang is voor het georganiseerde bedrijfsleven in het algemeen en voor de directe belanghebbenden in het bijzonder. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel merkte de minister over het bestaansrecht van de wet op:

'(…) de vraag, waarom het gaat is deze: is een regeling, zoals hier aan de orde is, zodanig, dat de belangen van de bedrijfsgenoten, in de eerste plaats van de arbeiders, verzorgd kunnen zijn, beter dan zonder deze wettelijke regeling? Deze vraag beantwoord ik met overtuiging bevestigend.'

Op 1 september 1972 trad de Wet verplichte deelname in beroepspensioenfondsen ('Wvb') in werking. Op grond van deze wet wordt aan beroepsgenoten de mogelijkheid geboden om in collectief verband, door middel van verplichte deelneming, de doelstelling van hun pensioenregeling te verwezenlijken.
De Wvb is een raamwet. De beroepsgroep stelt zelf de inhoud van de beroepspensioenregeling vast en de minister kan op verzoek besluiten de deelneming in de pensioenregeling verplicht te stellen voor een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is ernaar gestreefd om voor de beroepsgenoten een regeling te treffen analoog aan die van de Wet Bpf. Dit streven is op hoofdpunten gehaald. In afwijking van de Wet Bpf wordt echter op grond van de Wvb deelneming in een pensioenregeling verplicht gesteld en niet de deelneming in het fonds. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat met de mogelijkheid voor de minister om verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling op te leggen, in de eerste plaats is beoogd om ook degenen die zich niet vrijwillig aansluiten bij het fonds aan de statuten en reglementen te kunnen binden. De deelnemers met 'goede' risico's kunnen zich daardoor niet onttrekken aan deelneming. De concurrentiebeperking dient voorts de orde en rust binnen de bedrijfstak of beroepsgroep. Ondergraving van de arbeidsvoorwaarden pensioen en concurrentie op loonkosten wordt immers zo veel

mogelijk voorkomen door de verplichtstelling en werknemers ontvangen een (minimum)pensioen in aanvulling op de AOW. In de tweede plaats is tijdens de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen Wet Bpf en Wvb het belang van de risicosolidariteit en intergenerationele solidariteit benadrukt en ten slotte is ook het belang van de doorsneepremie, wegens het solidaire karakter, als belang genoemd.

4.1.2 *Taakafbakening in Wet Bpf 2000*

De voorwaarden en de gevolgen voor het aanvragen van de verplichtstelling voor bedrijfstakpensioenfondsen is geregeld in Wet Bpf 2000 en aanverwante regelgeving zoals het Vrijstellings- en boetebesluit Wet BPF 2000. Aangezien er gebruik wordt gemaakt van een wettelijke verplichtstelling aan een specifiek pensioenfonds is de gedachte dat er hierdoor een inbreuk in de vrije marktwerking wordt gedaan. Om deze inbreuk draaglijk te maken voor verzekeraars hebben pensioenfondsen te maken met de taakafbakening. De aftrap voor deze taakafbakening werd gedaan door de kabinetsnota 'Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en Verplichtstelling' in 1996. Het kabinet was in de veronderstelling dat de taakafbakening noodzakelijk was om het instrument van de verplichtstelling in de lucht te houden. De vraag rijst vandaag de dag of dat wel nodig is. Pensioenfondsen en verzekeraars opereren weliswaar allebei in de oudedagsvoorzieningen, maar zijn wezenlijk andere instellingen. De aard van een pensioenfonds is immers de not-for-profit-instelling met een sociale inslag terwijl de verzekeraar qua aard normaliter een op winst gedreven instelling betreft die verzekeringen verkoopt. Daar waar het pensioenfonds slechts de beheerder is van de gezamenlijke pensioenverplichtingen gaat een verzekeraar civielrechtelijke verzekeringscontracten aan. Het logische gevolg is dat pensioenfondsen bij een onderdekkingsituatie de pensioenen moeten verlagen en gelet hierop een zekerheidsmaat van 97,5% mogen hanteren. Een verzekeraar moet in beginsel zijn contracten nakomen en moet dan ook een zekerheidsmaat van 99,5% aanhouden. Willen deze hoge percentages zeggen dat het korten van pensioenen nimmer zal voorkomen? Nee, afgelopen jaren hebben pensioenfondsen uitkeringen moeten korten. DNB heeft vervolgens keer op keer aangegeven dat de situatie van de levensverzekeraars slechter is dan men denkt en dat het faillissementsrisico bij sommige verzekeraars heel dichtbij is gekomen.

Desalniettemin is ten faveure van de marktpositie van verzekeraars de taakafbakening afgesproken. Dit is enerzijds de domeinafbakening (een pensioenfonds mag slechts de doelgroep binnen de eigen werkingssfeer

bedienen) en anderzijds de productafbakening (pensioenfondsen mogen zich uitsluitend bezighouden met activiteiten die direct verband houden met hun hoofdtaak, zijnde tweedepijlerpensioen). Dit is allemaal in de PW vastgelegd. Naast deze bepalingen gelden voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen ook nog eens de beperkingen van de artikelen 5, 6 en 7 van de Wet Bpf 2000, allemaal om te zorgen dat er een 'level playing field' bestaat, al vinden hier ook ontwikkelingen plaats. Daarover later meer. Maar laten we eerst eens kijken hoe de verplichtstelling technisch werkt en wat er in de Europese jurisprudentie over de huidige praktijk te vinden is.

4.1.3 *Representativiteit*

De verplichtstelling wordt de laatste jaren regelmatig neergezet als iets onwenselijks dat mensen tegen hun zin wordt opgelegd. Dat is niet juist. Het is namelijk niet zo dat de overheid geheel uit eigen beweging een sector oplegt een bepaalde pensioenregeling als arbeidsvoorwaarde af te spreken. Bij de bedrijfstakken zijn het de representatieve organisaties van werkgevers en werknemers die gezamenlijk de arbeidsvoorwaarde overeenkomen. Vervolgens kunnen deze organisaties de minister vragen om deze arbeidsvoorwaarde voor de hele sector verplicht te stellen. Bij beroepsgenoten is dat de beroepspensioenvereniging. De verplichtstelling wordt aangevraagd om concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan zodat alle werknemers, beroepsgenoten, werkenden in een sector een fatsoenlijk pensioen kunnen opbouwen. Iets wat mensen toch moeizaam uit zichzelf doen. Zoals eerder aangegeven wordt door het systeem van de verplichtstelling 'de mogelijkheid om door het niet geven van pensioen een voorsprong op de vakgenoten te hebben' weggenomen en de 'orde' in de bedrijfstak gediend. Genoeg reden voor de minister om gehoor te geven aan het verzoek tot verplichtstelling, mits de verzoekende partijen inderdaad representatief zijn voor de sector.

Hoe wordt er beoordeeld of er sprake is van representatieve partijen? De wet schrijft voor dat een belangrijk deel van de betrokken werknemers in dienst is bij de aangesloten werkgevers dan wel in geval van beroepsgenoten een belangrijk deel ervan lid is van de beroepspensioenvereniging. Wat is dan een belangrijk deel? Hier is een handig tabelletje voor opgesteld.

Mate van vertegenwoordiging in procenten	Belangrijk deel
60% of meer	Voldaan
Tussen 55% en 60%	In beginsel voldaan
Tussen 50% en 55%	In beginsel niet voldaan
Minder dan 50%	Niet voldaan

Bij beroepspensioenfondsen geldt een aanvullende eis dat een belangrijke minderheid in loondienst mag zijn. De representativiteit is geborgd, zou men zeggen. Maar hoe zit het met de wensen van de deelnemer zelf?

'Uit vele onderzoeken en praktijkervaringen is bekend, dat het loslaten van deze verplichting gevolgen zou hebben voor zowel de houdbaarheid van adequate individuele pensioenvoorzieningen als het voortbestaan van het pensioenstelsel. Uit kortzichtigheid zouden vele burgers niet of erg weinig sparen voor hun pensioen en daar later spijt van krijgen. Dit weegt waarschijnlijk niet op tegen de welvaartswinst voor mensen die momenteel meer sparen dan zij willen. Bovendien zijn weinig burgers in staat zelf een verantwoorde keuze te maken ten aanzien van de belegging van hun pensioengelden. Velen zouden een keuze maken die niet strookt met hun eigen belang en voor hen een slechtere uitkomst zou opleveren dan het bestaande stelsel. Uit onderzoek blijkt dat slechts een minderheid van de Nederlanders zelf zou willen kiezen of zij wel of geen pensioen opbouwen.'[396]

Dan lijkt alles goed te gaan. Werkgevers en werknemers op centraal niveau willen de verplichtstelling, een meerderheid van de Nederlanders wil de verplichtstelling, de minister verleent de verplichtstelling. En toch wringt er iets. Namelijk de individuele werkgever. Dat er centraal wordt afgesproken dat concurrentie niet ten koste van de pensioenregeling van de werknemers gaat, wil niet zeggen dat werkgevers in het verwezenlijken van de ambitie om meer winst te maken de kosten niet zouden willen verlagen. Indien het mogelijk is door de inzet van 'zelfstandigen zonder personeel' (zzp'ers) de kosten te verlagen, dan blijkt uit de praktijk dat er werkgevers zijn die daar gebruik van maken. Naast goedkoper (alleen al de pensioenpremies van rond de 20% vallen in ieder geval weg) heeft het ook nog het voordeel dat je zonder enige moeite van het ene op het andere moment de zzp'er kan meedelen dat zijn diensten niet meer ge-

396 Paul de Beer e.a., *Keuzevrijheid in pensioenen*, UvA – AIAS Amsterdam, mei 2015.

wenst zijn. En op deze manier is de flexibilisering van de arbeidsmarkt een feit. Anno 2015 is zo'n 16% van de beroepsbevolking zzp'er, waarvan we uit onderzoek weten dat circa 60% hiervan überhaupt niet aan pensioenopbouw doet.[397]

In sommige sectoren, bijvoorbeeld de schilders, is dit fenomeen door sociale partners ondervangen door de zzp'ers ook onder de verplichtstelling te laten vallen. Op zich werkt dat goed, zolang de representativiteitstoets ervan uit blijft gaan dat de werkgevers die de werknemers in dienst hebben eveneens als opdrachtgevers/hoofdaannemers namens de zzp'ers mogen spreken. Of de huidige wetgeving zo bedoeld is, kan bevestigend beantwoord worden. De mogelijkheid om zelfstandigen te kunnen verplichten tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds werd gecreëerd vanwege twee onderliggende doelstellingen. Ten eerste omdat de kleine zelfstandige maatschappelijk niet zo veel verschilde van de werknemer en het daarmee sociaal wenselijk was om ook voor deze groep iets te regelen. En ten tweede vanuit 'het streven naar het elimineren van factoren die de onderlinge concurrentievoorwaarden in een bedrijfstak beïnvloeden'.[398]

Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk te noemen dat indien een zzp'er niet onder de verplichtstelling valt, deze geen enkele mogelijkheid heeft om toe te treden tot een pensioenregeling. Zelfs de fiscale mogelijkheden om pensioen op te bouwen zijn anders, terwijl reeds in 1947 de conclusie werd getrokken dat de kleine zelfstandige niet zo veel van de werknemer verschilt. Deze conclusie bijna zeventig jaar later nogmaals getrokken hebbende, moeten we ons wellicht eens gaan afvragen of we het onnodige onderscheid op arbeidsvorm niet moeten gaan ontmantelen. In hoeverre is het zinvol om zzp'ers een ander fiscaal regime te geven en ze niet toe te laten tot de tweede pijler? In hoeverre is het zinvol dat bij de beroepspensioenfondsen de aanvullende eis qua representativiteit wordt gesteld dat een bepaald minimumpercentage van de beroepsgroep een bepaalde arbeidsvorm moet hanteren (dus zelfstandige moet zijn)? Dit soort onderscheidsbepalingen is volledig gedateerd en zou in het kader van bescherming van de kleine zelfstandige, het tegengaan van concurrentie door het voeren van een arbeidsvorm en de bijbehorende eenvoud zo snel mogelijk afgeschaft moeten worden.

---

397 Marike Knoef e.a. (2013), *Measuring retirement savings adequacy*, Netspar design papers 25.

398 Kamerstukken II, 1947-1948, 785, nr. 5, p. 12.

Zoals eerder aangegeven wordt over de verplichtstelling nog wel eens gediscussieerd. Tegen deze trend wil ik graag het volgende inbrengen. Hoe kan het zijn dat er voor de verplichtstelling van de arbeidsvoorwaarde pensioen een belangrijker deel vertegenwoordigd moet zijn dan bij welk ander democratisch proces dan ook? De representativiteit wordt immers pas bij een percentage boven de 60% geaccepteerd. Een dergelijk percentage neigt meer naar het gebruik van termen als een meerderheid of een gekwalificeerde meerderheid dan de uitleg van het woord representativiteit. In de wetenschap wordt er met representativiteit doorgaans een klein onderdeel bedoeld dat wel de juiste afspiegeling van het totaal vormt. Laten we dan ook in het kader van dat we zeggen wat we bedoelen het woord representativiteit bij de verplichtstelling vervangen door het woord meerderheid. Dat sluit ook veel beter aan bij de rest van onze democratische uitgangspunten waarin de gewone meerderheid (50% plus 1) de regels bepaalt. Indien er meer dan 50% van de werknemers vertegenwoordigd wordt door de georganiseerde werkgevers dan wel meer dan 50% van de beroepsgenoten lid is van de beroepspensioenvereniging, is er sprake is van een vertegenwoordiging die de meerderheid vertegenwoordigt. Eventueel kun je daaraan toevoegen dat als er geen meerderheid is, maar wel een belangrijke afvaardiging (meer dan 40%), er sprake kan zijn van een auto-enrollment-systeem gedurende de verplichtstellingsperiode. Dit betekent dat iedereen in de betrokken bedrijfstak en beroepsgroep verplicht deelneemt, tenzij op individueel niveau expliciet wordt aangegeven dat men niet mee wil doen. De individuen die dit aangeven doen dan niet mee.

4.1.4 *Jurisprudentie*

Als men het over de verplichtstelling heeft en over de bijbehorende jurisprudentie, dan wordt onder pensioenjuristen al snel het rijtje Albany, Brentjens en Drijvende Bokken genoemd. Dit is voor de juridische aspecten van de verplichtstelling wat het Kelderluikarrest is voor de civiele aansprakelijkheid. Waarom zijn deze arresten ook al weer van belang? Het HvJ heeft in deze arresten namelijk geoordeeld dat het verplicht stellen van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds niet strijdig is met de doelstelling van het EU-mededingingsrecht. Een angst die door veel mensen nog steeds gebruikt wordt om zo min mogelijk te willen aanpassen aan het stelsel. Maar dat terzijde, laten we de focus leggen op het Europeesrechtelijke mededingingsrecht. Het mededingingsrecht ziet primair slechts op ondernemingen, maar laten we de discussie of pensioenfondsen ondernemingen zijn maar niet opnieuw voeren. In de zin van de Europese mededinging zijn pensioenfondsen eenvoudigweg onder-

nemingen. Hele bijzondere ondernemingen, maar desalniettemin ondernemingen. Het Hof heeft dit vastgesteld aan de volgende criteria:[399]

1. het fonds bepaalt zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen;
2. het fonds werkt volgens het kapitalisatiebeginsel;
3. de hoogte van de uitkeringen hangt af van de opbrengsten van de beleggingen;
4. op de fondsen wordt door dezelfde toezichthouder als bij de verzekeraars toezicht gehouden;
5. het bestuur moet of kan op basis van het vrijstellingsbesluit deelnemingsvrijstelling verlenen.

De volgende vraag is of er sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht. Ook hier kunnen we een eenvoudig antwoord op geven. Iedere vorm van verplichtstelling aan een specifieke uitvoerder is een inbreuk op de mededinging. Veel eenvoudiger kun je het niet maken. De vraag waar het uiteindelijk allemaal om draait is: is er een rechtvaardigingsgrond voor deze inbreuk? En het antwoord is ja, die is er!

Laten we eerst op het kartelverbod ingaan. Ondernemingen mogen geen kartel vormen. Ten aanzien van het kartelverbod is er sprake van relatieve immuniteit wat betreft de pensioenfondsen. De verplichtstelling door de minister is slechts het ten uitvoer brengen van de wens van sociale partners. Het zijn de sociale partners die het verzoek indienen als het resultaat van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers(organisaties). Hiermee is de verplichtstelling slechts een verlengstuk van de collectieve onderhandelingen tussen sociale partners. Dit concluderende leent de verplichtstelling zich er net zo min voor om onder het kartelverbod te vallen als de collectieve onderhandelingen zelf. Vandaar dat er sprake is van immuniteit voor het kartelverbond. Daarnaast geldt ook nog dat de AOW niet als voldoende oudedagsvoorziening wordt beschouwd. De verplichtstelling en de pensioenfondsen zijn instrumenten om de doelstelling van een goed pensioen te realiseren. Ook deze doelstelling leent zich er niet voor onder het kartelverbod te vallen.

De kartelvormingsverboden gelden dus niet voor pensioenfondsen. Maar dat is *an sich* nog niet voldoende rechtvaardiging om te kunnen stellen dat er nimmer problemen rondom mededinging zullen spelen. De vraag

399 Monique van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU Amsterdam, mei 2013.

die beantwoord moet worden is of de doelstelling en de taakopdracht een essentiële sociale taak betreffen. Zoals aangegeven is de AOW niet toereikend als oudedagsvoorziening. Vanwege de geringe hoogte van de AOW is er dus behoefte aan aanvullende pensioenvoorzieningen. Er kan derhalve gesproken worden van een essentiële sociale taak die de Nederlandse pensioenfondsen vervullen, aldus het Europese Hof. Doel en middel zijn derhalve proportioneel te noemen. Aangezien het niet in de verwachting ligt dat de AOW binnen korte termijn aanzienlijk verhoogd zal worden, zodat deze wel ineens toereikend zou zijn als oudedagsvoorziening, kunnen we eigenlijk wel concluderen dat de proportionaliteitseis niet binnen korte termijn een issue zal vormen.

Maar hoe zit het met het noodzakelijkheidsvereiste? Ook hier oordeelde het Hof positief over. Ook op dit element was er geen sprake van ingewikkelde gedachtenkronkels, maar puur van nuchter boerenverstand. Bij pensioenen is selectierisico altijd een issue. Aangezien risico's gemitigeerd worden tussen personen met goede risico's en personen met slechte risico's, kunnen we als maatschappij deze risico's delen en hiermee op betaalbare wijze afdekken. Een systeem waar het Hof zich goed in kan vinden. Het Hof oordeelde namelijk dat het zich voor kon stellen dat zonder de verplichtstelling de 'goede' risico's zouden vertrekken uit het systeem, en slechts de slechte risico's achter zouden blijven. Dit zou tot gevolg hebben dat de kosten onaanvaardbaar hoog zouden worden. De verplichtstelling is gelet hierop dan ook noodzakelijk te noemen, aldus het Hof.

Om tot dit oordeel te komen heeft het Hof mede van belang geacht dat er wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel. In twee latere arresten, Kattner Stahlbau en AG2R, is het solidariteitsbeginsel concreter ingevuld.[400] In deze arresten is uitgesproken dat aan het solidariteitsbeginsel wordt voldaan indien:

1. de financiering van het stelsel moet geschieden door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde.

Aan deze voorwaarden voor het solidariteitsbeginsel wordt eigenlijk altijd wel voldaan door de pensioenfondsen in Nederland. Zelfs als we de

400 Monique van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU Amsterdam, mei 2013.

doorsneesystematiek niet zouden hanteren wordt eraan voldaan. Aan voorwaarde 1 wordt namelijk voldaan omdat er – voor zover mij bekend – bij pensioenfondsen nooit wordt gekeken naar alle aspecten van het bestand dat toetreedt tot het pensioenfonds. Zijn het meer mannen dan vrouwen, werken ze voornamelijk in een fabriek of achter een bureau, zijn ze hoogopgeleid of laagopgeleid, wonen de meeste deelnemers in de Randstad of juist erbuiten. Allemaal vragen die je stelselmatig beantwoord zou moeten hebben indien je het 'tarief' stelselmatig evenredig aan het verzekerde risico zou willen laten lopen. Allemaal vragen die we ons niet stellen bij toetreding tot de pensioenfondsen. Of het uit overtuiging is of niet, daar kun je vraagtekens bij plaatsen, maar de tariefstelling bij pensioenfondsen houdt hier geen rekening mee en pensioenfondsen voldoen daarmee automatisch aan het eerste vereiste. Het tweede vereiste behoeft mijns inziens niet eens toegelicht te worden. Zelfs onze middelloonregelingen garanderen niet dat er een bepaald percentage van het loon behaald wordt. We spreken wat dat betreft veel meer in ambities, die we helaas ook nog wel eens bij moeten stellen.

Zo aan het eind van mijn beoordeling van de relevante jurisprudentie over de verplichtstelling kan ik dan ook maar één ding concluderen. Er is geen enkele, maar dan ook geen enkele, reden om aan te nemen dat de verplichtstelling op korte termijn niet meer zou voldoen aan de rechtvaardigheidsgronden wat betreft de Europese mededinging. Sterker nog, ook na eventuele aanpassingen van de solidariteitsaspecten van onze regelingen is er nog steeds geen enkele reden om dit aan te nemen.

4.1.5 *Algemeen pensioenfonds (APF)*

Op 18 juni 2015 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel 'Algemeen Pensioenfonds' dat waarschijnlijk per 1 januari 2016 in werking treedt. Een nieuw soort pensioenfonds met meer mogelijkheden dan tot dusverre voor mogelijk werd gehouden. Voor het eerst sinds het bestaan van pensioenfondsen is er een verplichte rechtsvorm opgenomen: de stichting. De stichting leent zich niet goed om als for-profit-organisatie te functioneren. Juist daarom is deze rechtsvorm voorgeschreven, om te waarborgen dat de belangen van de deelnemer en gepensioneerde centraal staan en blijven staan.

Met de komst van het APF kan een evenwicht worden gevonden tussen enerzijds het (zo veel mogelijk) in stand houden van de eigen identiteit van de aangesloten bedrijfstak(ken), onderneming(en) of beroepsgenoten bij de pensioenuitvoering en anderzijds het realiseren van meer schaal-

voordelen. Die schaalvoordelen helpen de bestuurlijke lasten en uitvoeringskosten te beperken. De Nederlandse pensioenfondsen zijn al langer bezig om ten behoeve van de deelnemers en gepensioneerden de kosten zo veel mogelijk te verlagen. Iedere euro minder kosten is een euro meer te besteden aan pensioen. De Nederlandse pensioenfondsen hebben met 0,2% van het belegd vermogen aan administratiekosten de laagste administratiekosten van alle OESO-landen.
Desalniettemin blijven de toezichthouders drukken op nog lagere kosten.[401] Op zich is daar niets mis mee, maar tegelijkertijd moet men ook constateren dat de kosten vanwege deze zelfde toezichthouders juist hoger worden. De bijdragen aan de toezichthouders hebben de afgelopen jaren een steile lijn naar boven laten zien. Maar naast deze 'directe' kosten vragen de toezichthouders steeds meer gegevens en onderzoeken aan de pensioenfondsen zelf. Dus naast de directe kosten zijn ook deze indirecte kosten explosief gestegen, Naast het behalen van schaalvoordelen zouden lagere toezichtskosten ook bij kunnen dragen aan lagere kosten voor de deelnemer. Naast de druk vanuit de toezichthouders op de kosten blijft er ook druk uitgeoefend worden op de bestuurders. De afgelopen jaren zijn de eisen aan bestuursleden flink verhoogd. Uitvoeringskosten en op een volgens de toezichthouder goede manier invullen van de governance zijn twee grote redenen dat pensioenfondsen zich opheffen. Gelet op de rol van de toezichthouders bij deze twee onderwerpen kan geconcludeerd worden dat overheidsregulering de belangrijkste factor is van de grootschalige afname van het aantal pensioenfondsen in Nederland.[402]

Het APF wordt volgens de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling een pensioenfonds dat een of meer pensioenregelingen uitvoert en daarvoor een afgescheiden vermogen aanhoudt per collectiviteitkring (ringfencing). Bestaande multi-Opf'en kunnen nog vijf jaar blijven bestaan na het inwerking treden van de Wet APF. Daarna vervalt de rechtsbasis voor een multi-Opf. Het ligt voor de hand dat een multi-Opf zich aansluit bij of omvormt tot een APF.

Het APF heeft in tegenstelling tot de andere pensioenfondsen twee elementen die de grote mogelijkheden karakteriseren. Als eerste is de domeinafbakening volledig vervallen voor het APF. Het APF is dus niet ge-

401 Natascha van der Zwan, *Werkgeverskeuze en Pensioen: Een institutionele analyse*, AIAS WP 148, p. 25.
402 Natascha van der Zwan, *Werkgeverskeuze en Pensioen: Een institutionele analyse*, AIAS WP 148, p. 45.

dwongen gekoppeld aan een of meer specifieke doelgroepen. Het APF is daarmee een open pensioenfonds.
Een APF kan dan ook voor verschillende groepen/collectiviteiten een of meer pensioenregelingen uitvoeren: voor ondernemingen, voor bedrijfstakken en voor beroepsgenoten. Het kostenvoordeel door schaalvergroting wordt nu ook bereikbaar voor kleine ondernemingen die niet onder een verplichtstelling vallen. Alleen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogen zich (vooralsnog) niet aansluiten bij of omvormen tot een APF. En precies hier wreekt zich het onderscheid van verplichtstellingsvormen tussen de bedrijfstakken en beroepsgroepen dat veertig jaar eerder is opgetreden. Daar waar een verplicht gestelde beroepspensioenregeling wel onderdak kan vinden bij een APF, kan een APF geen verplichtstelling krijgen op grond van de Wet Bpf 2000. Een APF kan dus niet de pensioenregeling uitvoeren voor de groep die nu verplicht is tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (op grond van een verplichtstelling zoals bedoeld in de Wet Bpf 2000).
Los van de vormgeving zie ik geen plausibele argumenten waarom verplicht gestelde pensioenregelingen voor beroepsgenoten wel door een APF uitgevoerd zouden kunnen worden en verplicht gestelde pensioenregelingen voor bedrijfstakken niet. Waarom zou het binnen korte termijn bijvoorbeeld niet mogelijk gemaakt kunnen worden om net als bij de beroepspensioenregelingen ook bij bedrijfstakken de regeling op verzoek van sociale partners verplicht te stellen en sociale partners de uitvoering middels een uitvoeringsreglement bij een APF onder te laten brengen?[403] Zodra ook de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen kunnen toetreden tot een APF, kan er wederom een grote slag in de schaalvoordelen behaald worden. Dat heeft uiteindelijk tot doel om te kunnen voorzien in een goede oudedagsvoorziening voor een groot deel van werkend Nederland.

Dankzij het amendement Lodders/Vermeij[404] wordt het al op korte termijn voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen gemakkelijker gemaakt om onderling te fuseren. In de wet is opgenomen dat bedrijfstakpensioenfondsen bij fusie hun vermogen mogen afscheiden van het andere vermogen in het pensioenfonds (ringfencen). Na fusie is er per collectiviteit van het fuserende bedrijfstakpensioenfonds een collectiviteitkring. Door fusie ontstaat er een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds met twee of

403 Mark Boumans e.a., *Acht juridische analyses voor de toekomst van het pensioenstelsel*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU Amsterdam, 2014.
404 Kamerstukken II, 2015-2016, 34 117, nr. 17.

meer collectiviteitkringen (afhankelijk van hoeveel fondsen fuseren). Op deze manier hoeft een verschil in dekkingsgraad tussen de bedrijfstakpensioenfondsen geen belemmering meer te zijn om samen door te gaan in één verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (dit is dus geen APF). De wetsbehandeling was een bijzondere, aangezien de staatssecretaris de hele tijd zonder opgaaf van redenen de zorg uitsprak dat vanwege dit amendement de verplichtstelling ter discussie kon komen. Een zorg waar de Raad van State zich nader over zal uitspreken, maar waarvan de conclusie toch redelijk voorspelbaar is. Het verbod op ringfencing bestaat sinds het jaar 2007 toen het in de PW werd opgenomen. Voor de invoering van de PW was ringfencing door verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen mogelijk en werd het dus blijkbaar geen probleem gevonden dat het verbod op ringfencing geen onderdeel was van de verplichtstelling. Dat alleen al toont aan dat het verbod op ringfencing niet nodig is bevonden om de verplichtstelling te rechtvaardigen. Ook vanuit de eerder besproken jurisprudentie valt niet in te zien waarom de beperkte ringfencing bij bedrijfstakpensioenfondsen opeens wel een probleem zou zijn.

Daarnaast is voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen op grond van art. 8 Wet Bpf 2000 toegestaan om verschillende pensioenregelingen met verschillende doorsneepremies uit te voeren. Dus een soort van onderscheid maken binnen de grote groep mag al. Hoe kan het dan zijn dat als je de groepen niet wijzigt, maar louter bij elkaar brengt dit ten koste van de solidariteit zou gaan? Hoe kan dit de solidariteit verminderen? De oorspronkelijk verschillende solidariteitsgroepen met de regelingen en eigen vermogens blijven op dezelfde manier immers behouden binnen het fusie-Bpf. Als er op gefundeerde wijze betoogd zou worden dat de verplichtstelling onder druk zou komen te staan, dan zou men moeten aantonen dat de verplichte deelneming binnen het fusiefonds niet meer een essentiële sociale functie vervult. Dit gelet op de enkele reden dat de oorspronkelijke gescheiden vermogens gescheiden mogen blijven. Deze logica ontgaat mij. Niet valt in te zien waarom daarmee de sociale functie van verplichte deelneming per collectiviteitkring niet meer aanwezig zou zijn.

Let wel, de domeinafbakening is weliswaar losgelaten, maar de productafbakening blijft gelden. Het APF mag alleen soorten pensioenregelingen uitvoeren (zoals de uitkeringsovereenkomst), maar moet zich aan de productafbakening houden. Dat wil zeggen dat het APF net als andere pensioenfondsen geen individuele aanvullende verzekering in de derde pijler, zoals een lijfrente of banksparen, mag aanbieden. Een vrijwillige

pensioenregeling in aanvulling op de basispensioenregeling mag wel. De vrijwillige pensioenregeling mag dankzij het amendement Van Weyenberg/Krol[405] in een aparte collectiviteitkring worden uitgevoerd.

Zzp'ers mogen, anders dan in de verplichte beroepspensioenregelingen, dan ook niet deelnemen aan het APF. Het ongewenste onderscheid op arbeidsvorm heeft ook hier zijn weerslag. Juist voor zzp'ers zou er binnen de tweede pijler veel te behalen vallen. Risicodeling en schaalgrootte hebben ook voor zzp'ers een positief effect op de hoogte van de pensioenvoorziening. Het APF zou zich er goed voor lenen om voor zzp'ers het vehikel te zijn waar ze samen met werknemers een win-winsituatie kunnen creëren. Samen wel de schaalvoordelen, maar bijvoorbeeld een aparte eigen solidariteitskring voor de zzp'ers. Europeesrechtelijk zijn er geen obstakels om het APF ook voor zzp'ers open te stellen.

4.1.6 *De Nationale Pensioendialoog: degressieve opbouw?*

In 2014 heeft het kabinet op initiatief van staatssecretaris Klijnsma de Nationale Pensioendialoog gevoerd: een dialoog over de maatschappelijke houdbaarheid van ons stelsel van aanvullende pensioenen in de 21e eeuw. Iedereen mocht meepraten, althans je moest wel weten wanneer en waar deze bijeenkomsten plaatsvonden. Oftewel je moest een meer dan bovengemiddelde interesse in pensioenen hebben. Er was dan ook elke keer een handjevol wat oudere Nederlanders aanwezig die wel wisten wat er in ieder geval niet veranderd moest worden. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de staatssecretaris naast deze dialoog ook de Sociaal-Economische Raad (SER) om advies heeft gevraagd. De SER heeft begin 2015 een uitgebreid advies gegeven[406] op basis waarvan het kabinet een hoofdlijnennota heeft kunnen opstellen.[407]

Maar om heel eerlijk te zijn worden er niet echt concrete richtingen benoemd in het SER-advies. Het kabinet zet deze lijn van weinig concrete zaken keurig door in de hoofdlijnennota van 6 juli 2015. Naast het terechte statement dat we in Nederland een vorm van verplichtstelling moeten willen blijven houden wordt er door het kabinet één stap gezet: vanaf 2020 wordt de doorsneesystematiek afgeschaft. Ondanks het ontbreken van concrete maatregelen en wensen kan er desalniettemin met een beetje creativiteit en al het voorgaande meenemend een eindplaatje

405 Kamerstukken II, 2015-2016, 34 117, nr. 28.
406 SER, *Toekomst Pensioenstelsel*, februari 2015, nr. 1.
407 Kamerstukken II, 2015-2016, 32 043, nr. 263.

geïnterpreteerd worden. Maar wel met de disclaimer dat deze interpretatie geheel voor eigen rekening is. Als eerste grote punt wordt er aangegeven dat de variant van persoonlijke pensioenopbouw met collectieve risicodeling interessant is, maar verder onderzocht moet worden. Met andere woorden, laten we op onderzoek gaan naar nieuwe mogelijkheden om meer individuele pensioenen op te bouwen. Maar dit moet wel gepaard gaan met het behoud van onze collectieve risicodeling. De collectiviteit en de verplichtstelling zijn belangrijke pilaren onder ons stelsel, die we graag behouden. Dit komt erop neer dat de ingebrachte premie in de hoogte van de pensioenopbouw een meer centrale rol gaat spelen. Uiteraard met het behoud van collectieve risicodeling. Tja, dan kom je dus in een variant terecht tussen de huidige uitkeringsovereenkomst en premieovereenkomst in.
Er wordt ook aangegeven dat er stabiliteit moet zijn voor de werkgevers en de pensioenfondsen. Ervan uitgaande dat de financiële markten volatiel zijn en blijven, zal dan toch iemand het risico voor zijn rekening moeten nemen. Als dat niet het pensioenfonds is, en niet de werkgever, dan is dat dus per definitie de deelnemer. Dat hoeft overigens niet verkeerd te zijn. Hierdoor kan er wellicht qua beleggingen veel beter op het pensioenresultaat en de ambitie worden gestuurd in plaats van op de nominale dekkingsgraad, wat veel pensioenfondsen nu toch noodgedwongen doen.

Het enige echt concrete onderdeel in de hoofdlijnennota van het kabinet is dat er in 2020 afscheid genomen gaat worden van de doorsneesystematiek, waarbij de voorkeur dan uitgaat naar een degressieve opbouw. Dan blijf je weliswaar de doorsneepremie hanteren, maar het opbouwpercentage is hoger als de deelnemer jonger is. Op deze manier bouw je als jongeling meer op. Dit klinkt zeer sympathiek, maar is mijns inziens een niet te ambiëren pad. Op jonge leeftijd het meeste opbouwen is namelijk uitermate kwetsbaar. Op jonge leeftijd is de kans groot dat er sprake is van werkloosheid. Daarnaast is het inkomen vrij laag, waardoor ondanks het opbouwpercentage de opbouw relatief laag zal zijn. Allemaal factoren die het moeilijk maken om met degressieve opbouw voor de meeste mensen een goed pensioen op te bouwen. En dat is en blijft de doelstelling van ons pensioenstelsel, een goede adequate pensioenvoorziening.

Het pad van persoonlijke pensioenopbouw met collectieve risicodeling is zoals gezegd een zeer interessante variant om te gaan verkennen. Voor dit pad is er echter één kleine hobbel te nemen, de doorsneesystematiek die verplicht gesteld is aan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

Uit eerder onderzoek[408] is al gebleken dat men weliswaar twijfels kan hebben over de mate van vermogensoverheveling vanwege de doorsneesystematiek, maar dat indien de wens er is om de doorsneepremie af te schaffen, dit met behoud van de verplichtstelling mogelijk is. De doorsneesystematiek is niet noodzakelijk voor het behoud van de verplichtstelling. De niet te onderschatten problematiek bij een eventuele wens tot afschaffen is de transitieproblematiek. Er is namelijk een generatie waarvoor wel is meebetaald aan de doorsneesystematiek en die bij afschaffing van de systematiek hier niet de vruchten van plukt. Het zou wrang zijn voor deze groep (grosso modo de dertigers en de veertigers) om de doorsneesystematiek zonder passende compensatie af te schaffen. Deze compensatie zou volgens de berekeningen een totaalbedrag tussen de 25 en 100 miljard euro moeten bedragen.[409]
Zelfs uitgaande van de ondergrens blijft het een aanzienlijke omvang hebben. Desalniettemin luidt de vraag niet of de doorsneesystematiek afgeschaft wordt, maar meer hoe we de compensatie gefinancierd krijgen.
Over de problematiek rondom de veranderende arbeidsmarkt en de zzp'ers wordt er eigenlijk weinig nieuws beschreven. Er wordt geconstateerd dat er verschillende soorten zzp'ers zijn. De ondernemende zzp'er die weinig bescherming nodig heeft en de kleine zelfstandige die vergelijkbaar is met de werknemer en waarbij het onderscheid gezocht is. Oplossingen worden niet genoemd, maar gelet op de alsmaar doorgaande arbeidsmarktontwikkelingen zal hier ongetwijfeld nog op teruggekomen worden.

Dan rest de combinatie pensioen, zorg en wonen. De SER geeft aan dat aanwending van de pensioengelden tijdens de opbouwfase al snel ten koste van een goed pensioen later gaat. Wat precies de effecten zijn als pensioengeld voor andere doeleinden gebruikt zou gaan worden zal voor besluitvorming in ieder geval nog nader onderzocht moeten worden. Deze laatste conclusie wordt behalve door de staatssecretaris ook gedeeld door het Expertisecentrum Pensioen-Arbeid-Wonen/Zorg van de Vrije Universiteit.[410]
De afdronk is dat er situaties denkbaar zijn dat deelnemers meer ruimte moeten hebben om een deel van het pensioengeld anders in te zetten dan voor pensioen. Maar dit op een dusdanige manier dat de deelnemer

408 Monique van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, Expertisecentrum Pensioenrecht VU, Amsterdam mei 2013.
409 Paul Duijssens e.a., *Doorsneesystematiek Veranderen of behouden?*, Koninklijk Actuarieel Instituut, Utrecht 20 november 2014.
410 Erik Lutjens e.a., *Pensioengeld bestemmen voor wonen en zorg*, EPAZ studie, 2015-1.

wel tegen zichzelf beschermd wordt en niet vandaag al alles verbrast en vervolgens een oude arme dag tegemoetgaat. Voor deze keuzevrijheid valt wel iets te zeggen. Maar op welk tijdstip zou je het inzicht in je toekomstige financiële situatie hebben en kunnen borgen dat het maken van deze keuze een niet te grote impact op je oude dag heeft? Dit kan maar één moment zijn in mijn optiek, namelijk je pensioeningangsdatum. De vrijheid kan dan geboden worden om een deel lumpsum op te nemen. Aangezien je op pensioendatum de gevolgen wel goed kan inzien, en ook andere besluiten als uitruil op dat moment moet nemen, is dat een zeer goed moment om ook besluiten te nemen over exacte invulling van je financiële plaatje.[411] Deze afkoopvariant kun je vervolgens gebruiken voor de aflossing van de hypotheek, een schenking aan de kinderen of toch alvast die verhuizing naar een traploze woning. Een dergelijke afkoop zal echter gelimiteerd moeten worden, om de deelnemer tegen zichzelf te beschermen. Om aan te sluiten bij de huidige selectierisico's wat betreft de mogelijkheid tot kiezen van eerst een hoge uitkering en dan een lage, lijkt een maximering van 10% van je pensioenkapitaal een goed uitvoerbaar percentage.

4.2 *Conclusie*

Wat is er mooier in een conclusie om nadat je alles behandeld hebt niet meer terug te kijken, maar om juist vooruit te kijken. Ik ben er altijd van overtuigd geweest dat de toekomst vandaag al begint. Laat ik dan ook vandaag al, met het geschrevene in gedachten, de schets voor morgen uittekenen. Ook morgen is de verplichtstelling een groot goed en zal deze minstens op het huidige niveau gehandhaafd blijven. Ook morgen blijft voldaan worden aan alle Europeesrechtelijke normen en ook morgen zullen er mensen onder ons zijn die angst zaaien dat dit niet meer het geval zal zijn. Van de domeinafbakening is met het APF door het kabinet al afscheid genomen. Het onderscheid op arbeidsvorm en de representativiteitstoets zijn volledig gedateerd en zullen anders worden ingevuld. Met het vervagen van de verschillende arbeidsvormen zullen zzp'ers in de toekomst ook gewoon toegang moeten kunnen krijgen tot de faciliteiten van de tweede pijler.
Vanaf dat moment kunnen dan ook de zelfstandigen, behalve van het fiscale voordeel, meeprofiteren van de schaalvoordelen die in de tweede pijler te behalen vallen. Binnen het nieuwe vehikel APF zullen deze zelfstandigen dan hun eigen ring voor zelfstandigen inrichten met een geheel

411 Pensioenfederatie, *Verandering maakt Sterker*, Den Haag 17 april 2015.

eigen karakter en collectiviteit. Uiteraard voor zover ze niet onder een verplichtstelling vallen. Op deze manier kunnen alle werkende Nederlanders samen grote schaalvoordelen bereiken. Schaalvoordelen waar zij van profiteren. De consolidatie vindt op een dusdanige schaal plaats, dat ook de toezichtskosten zullen dalen en er op deze manier er nog meer schaalvoordeel behaald wordt.
De representativiteitstoetsen worden hervormd tot meerderheidstoets. Aan de toets wordt in de toekomst al voldaan bij een normale meerderheid van meer dan 50%. De toets op arbeidsvorm bij beroepspensioenfondsen wordt afgeschaft. Verder hebben de meeste deelnemers een soort pensioenovereenkomst waarbij er meer volatiliteit voor de deelnemer wordt geaccepteerd. De doorsneesystematiek zal op termijn worden afgeschaft met een flinke compensatie voor de dertigers en veertigers. Deelnemers krijgen de mogelijk om bij pensioendatum een deel van hun pensioenvermogen voor andere doeleinden gebruiken. Iets nuttigs of toch nog die wereldreis? Dat mogen ze zelf uitzoeken.
Dit is de dag van morgen waar ik vandaag al voor zou tekenen.

5 UITVOERING DOOR EEN VERPLICHT GESTELD BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS (BPF); GEEN PREMIE – WEL RECHT

Een Bpf heeft te maken met de regel 'geen premie, wel recht'. In het pensioenreglement kan zijn bepaald dat de werkgever een deelnemer moet aanmelden. Meldt een werkgever een deelnemer niet aan dan zal het Bpf bij een vordering van de onbekende deelnemer pensioenaanspraken met terugwerkende kracht moeten toekennen zonder dat daar premie voor is betaald.

Achtereenvolgens komen aan bod: de wetsgeschiedenis (par. 5.1), de jurisprudentie (par. 5.1.1), de Q&A van DNB uit 2011 (par. 5.1.2), de literatuur over de Q&A van DNB (par. 5.1.2.1), het Labots-arrest van de Hoge Raad uit 2012 (par. 5.1.2.2), de verjaring in de rechtsverhouding Bpf-werkgever (par. 5.1.2.3) en de conclusies (par. 5.1.3).

5.1 *De wetsgeschiedenis en de regel 'geen premie, wel recht' voor pensioenfondsen*[412]

De PSW en de PW kennen geen bepaling 'geen premie, wel recht'. De enige aanknopingspunten vormen art. 7, lid 1, onderdeel i, PSW, algemene

412 Dit onderdeel is geschreven door Petra van der Ree-Reinking.

beginselen van het verbintenissenrecht, het verzekeringsrecht en in grote lijnen de wetsgeschiedenis van de PW.[413]

Onderstaande passages uit de wetsgeschiedenis van de PW laten in meer of mindere mate nuances zien op de regel 'geen premie, wel recht':

1. 'Pensioenuitvoerders zijn niet expliciet gevrijwaard indien de werkgever verzuimt om bepaalde gegevens te verstrekken. Overigens betekent dit niet dat de pensioenuitvoerder in een voorkomend geval per definitie aansprakelijk is. Het feit dat pensioenuitvoerders niet expliciet gevrijwaard zijn bij een verzuim van de werkgever onderstreept de noodzaak dat de pensioenuitvoerder en de werkgever sluitende afspraken maken over de gegevensverstrekking.'[414]
2. 'Dit wetsvoorstel staat niet toe dat een pensioenfonds uitgaat van het principe "geen premie, wel recht" door bijvoorbeeld een algemeen bedingin de statuten en reglementen op te nemen waar het recht op uitkering er van afhankelijk is gemaakt of er premie is betaald. Zolang de financiële situatie van het pensioenfonds het toelaat heeft het fonds de plicht om de pensioenopbouw van de werknemer te continueren en de reeds opgebouwde rechten ongewijzigd te laten. Dit zou anders haaks staan op het systeem van de Wet Bpf 2000. Er zijn evenwel uitzonderlijke omstandigheden denkbaar waarom onverkorte toepassing van dit uitgangspunt leidt tot onwenselijke uitkomsten. Bijvoorbeeld bijevidente gevallen van boze opzet bij werkgever enwerknemer of bij vrijwillige voortzetting en de werknemer de premie niet betaalt.'[415]
3. 'Een pensioenfonds kan niet standaard een claim afwijzen omdat de werkgever geen premie heeft afgedragen. Het is aan pensioenfondsen zelf om bij een claim waar geen premie tegenover staat af te wegen of er voldoende reden is om af te wijken van het uitgangspunt "geen premie, wel recht". De regering heeft als voorbeeld boze opzet genoemd, maar er zijn meerdere situaties denkbaar.'[416]

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het Bpf in de statuten en of reglementen geen algemeen beding mag opnemen waar het recht op uitkering afhankelijk is van premiebetaling door de werkgever.[417] Op grond van de

413 V. Vreugdenhil, 'De Pensioenwet en premieverzuim', *Pensioen & Praktijk*, 2008, nr. 4, p. 24. De samenloop van art. 7, lid 1, onderdeel 1, PSW en het verbintenissenrecht en het verzekeringsrecht valt buiten deze bijdrage.
414 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 58.
415 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 62-63.
416 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 25.
417 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 58 en p. 62-63.

wetsgeschiedenis concludeer ik, met Vreugdenhil[418], dat het Bpf bij zwaarwegende redenen een uitzondering mag maken op de regel 'geen premie, wel recht'. Het enkele feit dat er geen premie is betaald is niet voldoende. Bij een uitzondering van het Bpf op de regel 'geen premie, wel recht' zijn bijkomende omstandigheden nodig.

Is het terecht dat de regel 'geen premie, wel recht' nagenoeg altijd strikt wordt toegepast? Deze vraag geldt in het bijzonder indien een werkgever een deelnemer niet heeft aangemeld terwijl het Bpf hierin niets kan worden verweten. Denkbaar is dat de pensioenaanspraken van de onbekende deelnemer dan voor rekening van de werkgever komen.[419] Als het Bpf in deze situatie een uitzondering kan maken op de regel 'geen premie, wel recht' heeft dit als rechtsgevolg dat bij de toepassing van de regel 'geen premie, wel recht' de balans iets verschuift van het Bpf naar de werkgever.

5.1.1 *Jurisprudentie over de regel 'geen premie, wel recht' voor pensioenfondsen*

In een arrest van Hof Den Bosch[420] oordeelde het hof dat vanaf het moment dat het Bpf bekend was met de werknemer (het fonds werd op enig moment over de werknemer geïnformeerd door het uitvoeringsorgaan van de socialeverzekeringswetten) het vervolgens op de weg van het fonds lag nader onderzoek te doen naar de verplichte deelname en premies te innen. Uit dit arrest blijkt dat de (verregaande) onderzoeksplicht van het Bpf zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de werkgever om gegevens te verstrekken voor het innen van premies. Het hof heeft in dit arrest de regel 'geen premie, wel recht' van toepassing geacht.

In een arrest van Hof Amsterdam[421] oordeelde het hof dat het fonds aan de werkgever in de periode 1996-2003 zodanige inadequate en verwarrende informatie had verstrekt over de verplichtstelling en de premiebetaling dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat zij de werkgever zou houden aan premieafdracht. Daarnaast

418 V. Vreugdenhil, a.w., p. 26.

419 Het onderwerp faillissement van de werkgever blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

420 Hof Den Bosch 26 oktober 2004, nr. C03009277, *PJ* 2009/81, zie r.o. 4.4.2. en 4.5.2. Zie ook K. Vriend-Borchert, 'Aansluiting met terugwerkende kracht bij verplicht gesteld *bedrijfstakpensioenfonds', Pensioen & Praktijk*, 2010, nr. 7, p. 14.

421 Hof Amsterdam 28 oktober 2008 *PJ* 2009/34, zie r.o. 3.4.1., 3.4.3, 3.4.4. en 3.4.5. met annotatie van R. Langemeijer. Zie ook H. Tachikirt en K. Lau, 'Pensioenpremies niet betaald, toch pensioen', *Pensioen Magazine* 2010-4, p. 28.

oordeelde het hof dat de werkgever over de jaren 2001 en 2002 de gefactureerde pensioenpremies wel verschuldigd was, maar dat het fonds deze niet kon vorderen van de werkgever. Het hof paste dus de regel 'geen premie, wel recht' toe.
Langemeijer, Tachikirt en Lau stellen op grond van een a-contrario-redenering terecht vast dat het Bpf een uitzondering kan maken op de regel 'geen premie, wel recht'. De informatie die het fonds verstrekte was zo inadequaat en verwarrend dat de werkgever er zeer aan mocht twijfelen of hij onder de verplichtstelling viel en daarmee verplicht was tot de afdracht van pensioenpremies.

In het Labots-arrest oordeelde Hof Amsterdam dat het voor de vaststelling van pensioenaanspraken over de periode van 1 januari 1988 tot 1 november 1989 van belang kan zijn of de werkgever de werknemersbijdrage heeft ingehouden op het salaris. De betrokkene was reeds uit hoofde van een dienstverband bij een andere werkgever uit de bedrijfstak gedurende de periode 1981-1987 deelnemer in de pensioenregeling van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg. Volgens het hof moet art. 6, lid 1 van het pensioenreglement van het Bpf zodanig worden uitgelegd dat het bij de deelnemer bestaande gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd dat pensioenaanspraken bij het verplichte Bpf worden opgebouwd. Daarnaast had de deelnemer loonstroken uit 1989 overgelegd. Voor het aspect 'geen premie, wel recht' heeft het hof geoordeeld dat het Bpf in de gegeven omstandigheden de plicht had te onderzoeken wat er aan de hand was. Het door het Bpf nalaten van het van haar te vergen en te verrichten onderzoek mocht er onder deze omstandigheden niet toe leiden dat de pensioenaanspraken over 1988 en 1989 met een beroep op de onbekendheid met de feitelijke situatie volgens art. 6, lid 2 van het toepasselijke pensioenreglement kwamen te vervallen.[422]

Vanwege de jurisprudentie van Hof Den Bosch en Hof Amsterdam zijn drie criteria af te leiden waardoor het Bpf enige ruimte heeft om een uitzondering te maken op de regel 'geen premie, wel recht'. Deze drie criteria zijn:
1. Het Bpf heeft voldaan aan zijn verregaande onderzoeksplicht, waarbij deze plicht veel verder gaat dan de onderzoeksplicht van de werkgever

422 Hof Amsterdam 23 oktober 2010, *PJ* 2010/98, r.o. 4.18.

om gegevens te verstrekken ten behoeve van het innen van premies door het Bpf.[423]

2. Het Bpf heeft helder en duidelijk gecommuniceerd over de verplichte aansluiting en wel zodanig dat dit geen enkele twijfel oproept bij de werkgever en de hieruit voortvloeiende premiebetalingsplicht.
3. Bij de onbekende deelnemer is in geen enkel opzicht door het Bpf het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat hij bekend is of bekend kan zijn bij het fonds. Dit betekent dat uit de loonstroken van de werknemer niet mag blijken dat de werkgever pensioenpremies heeft ingehouden. Evenmin mag een werknemer bijvoorbeeld een UPO of andere naam op naam gestelde (digitale) communicatie hebben ontvangen van het Bpf.[424]

5.1.2 *De Q&A van DNB over art. 5 PW*

DNB heeft in 2011 een Q&A gepubliceerd over de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder. De Q&A spitste zich onder andere toe op de vraag of de pensioenuitvoerder de aanmelding als voorwaarde mag stellen voor pensioenopbouw. DNB baseert de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder voor de niet aangemelde werknemer op art. 5 PW en art. 7:928, lid 1 en 2, BW, art. 7:929, lid 1 en 2, BW en art. 7:930, lid 1 en lid 3-5, BW. Art. 7:928 BW verplicht de verzekeringnemer de verzekeraar volledig te informeren over de risico's die de verzekeraar verzekert. Voldoet de verzekeringnemer niet aan zijn informatieplicht dan kan de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst op grond van art. 7:929 BW opzeggen. Art. 7:930 BW biedt aan de verzekeraar de mogelijkheid om de uitkering te verminderen. Bij een uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder gaat het bijvoorbeeld om het niet aanmelden bij de pensioenuitvoerder van een nieuwe werknemer als deelnemer. De werkgever is verplicht om nieuwe werknemers aan te melden bij de pensioenuitvoerder. Om een deelnemer er niet de dupe van te laten zijn dat een werkgever hem niet heeft aangemeld heeft de wetgever er bewust voor gekozen om, via art. 5 PW, art. 7:929 BW in zijn geheel en art. 7:930 gedeeltelijk niet van toepassing te laten zijn. Indien een werkgever een werknemer niet aanmeldt, kan de werknemer toch bij een pensioenuitvoerder een beroep

423 Dit onderwerp raakt aan de problematiek van (kwaadwillende) werkgevers die de verplichtstelling betwisten waarbij het Bpf premies vordert met terugwerkende kracht. Dit onderwerp blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

424 Dit onderwerp raakt aan de discussie over de juridische aspecten van digitale pensioencommunicatie. Dit onderwerp blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie voor meer informatie over digitale pensioencommunicatie de bijdrage hierover elders in deze bundel.

doen op zijn pensioenrechten en -aanspraken alsof hij wel was aangemeld. Deze wettelijke bepaling betekent eveneens dat een pensioenuitvoerder niet de mogelijkheid heeft om het contract op te zeggen of de uitkering te verminderen indien de werkgever niet voldoet aan zijn informatieplicht. Dit geldt niet indien het niet informeren door de werkgever het gevolg is van het niet informeren door de werknemer.[425]

5.1.2.1 *De literatuur over de Q&A van DNB (art. 5 PW)*

In de literatuur is over de Q&A van DNB uit 2011 meteen een hevige discussie ontstaan of het Bpf de aanmelding als voorwaarde mag stellen voor de reglementaire opbouw van pensioenaanspraken. Volgens Kuypers en Kaldekerken kan de onbekende deelnemer op grond van art. 5 PW bij de pensioenuitvoerder aanspraak maken op pensioenaanspraken en -rechten. De onbekende deelnemer is volgens hen rechtstreeks partij geworden bij de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder als gevolg van een derdenbeding. Dit derdenbeding is aanvaard door het sluiten van de pensioenovereenkomst.[426] Volgens Kaldekerken wordt art. 7:928 BW buiten werking gesteld door art. 5 PW, waardoor rechtstreeks uit die bepaling volgt dat de niet-aangemelde werknemer recht heeft op een uitkering van de pensioenuitvoerder.[427]

Lutjens stelt terecht dat art. 7:928 BW niet buiten toepassing is verklaard, zodat deze bepaling ook bij art. 5 PW relevant is. Art. 7:928 BW ziet op de precontractuele fase en heeft als ratio dat de verzekeraar alle relevante informatie moet ontvangen om het besluit te nemen wel of geen verzekeringsovereenkomst te sluiten. Art. 5 PW stelt art. 7:929 BW buiten werking en art. 7:930 BW wordt gedeeltelijk buiten werking gesteld, maar deze bepalingen zien op de fase nadat de verzekering al tot stand is gekomen.[428] Volgens Lutjens is om dit alles juridisch te laten werken terecht vereist dat de pensioenuitvoerder zich jegens de derde (werknemer) heeft verbonden door middel van een derdenbeding. Wil dit in juridische zin rechts-

425 Zie http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp (DNB-Website/Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder). In de Q&A van DNB geeft de toezichthouder ook zijn standpunt over het niet correct aanleveren van gegevens door de werkgever. Dit onderwerp blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

426 A. Kuypers, 'Reactie: aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 4; G. Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 5.

427 G. Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 5.

428 E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 4, p. 11-12.

gevolgen hebben, dan is toch minstens bekendheid bij de derde vereist indien dat als voorwaarde in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen. Is dat niet het geval dan komt er geen derdenbeding tot stand.[429]

Volgens Dekker/De Greef moeten terecht de werknemers op de hoogte zijn gebracht indien als voorwaarde voor het verwerven van pensioenaanspraken geldt dat de werkgever hen heeft aangemeld bij het pensioenfonds. De deelnemers kunnen hiervan op de hoogte zijn doordat deze voorwaarde in de pensioenovereenkomst is opgenomen of door in het pensioenreglement te verwijzen naar de uitvoeringsovereenkomst waarin de voorwaarde tot aanmelding is opgenomen. Indien de werknemer redelijkerwijs niet op de hoogte kan zijn van de voorwaarde in de uitvoeringsovereenkomst, omdat hier bijvoorbeeld geen verband mee wordt gelegd in de pensioenovereenkomst, die niet aangemelde werknemers uitsluit, ligt dit volgens hen terecht anders. De werknemer is dan op grond van het derdenbeding wel deelnemer in de pensioenregeling. Daar had hij dan op grond van de pensioenovereenkomst op mogen rekenen, nu daarin geen voor de werknemer kenbare ontbindende voorwaarde ten aanzien van het niet-aanmelden is opgenomen. Het risico ligt dan bij de werkgever.[430]

Met het oog op de wetsgeschiedenis bij de regel 'geen premie, wel recht' is het essentieel dat het Bpf in het uitvoeringsreglement de bepaling heeft opgenomen dat als de werkgever de werknemer niet aanmeldt de werkgever het fonds vrijwaart voor alle financiële gevolgen die daar uit ontstaan.[431] Het opnemen van deze bepaling voorkomt op dit punt problemen. Dit betekent dat het pensioenfonds richting werkgevers consequent moet zijn in zijn communicatie (handboek gegevensverstrekking, via de website, brieven en controles) dat de werknemers moeten worden aangemeld. Wordt een werknemer dan niet aangemeld, dan zijn de financiële gevolgen voor rekening en risico van de werkgever.

---

429 E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 6, p. 7-8 (reactie op bijdrage A. Kuypers, in *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 4 en reactie op G. Kaldekerken in *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 5).

430 C.P.R.M. Dekker, R.M.J. de Greef, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 52.

431 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 58 alsmede M. Boumans, 'Het uitvoeringsreglement: enkele aspecten van dit nieuwe juridische document', *TPV* 2008/11.

5.1.2.2 *Verjaring in de rechtsverhouding deelnemer- Bpf (het Labots-arrest)*
In een arrest van Hof Amsterdam (Labots-arrest) is aan de orde geweest of het Bpf een beroep kan doen op verjaring van pensioenaanspraken. Het vraagstuk van de verjaring is voor het Bpf van belang bij de regel 'geen premie, wel recht', omdat dit het fonds een verweermiddel biedt tegen onbekende deelnemers die bij het Bpf een vordering neerleggen voor pensioenopbouw.
De advocaat-generaal heeft in zijn conclusie voor het arrest van het hof geoordeeld dat indien het pensioenreglement objectieve criteria bevat (het normaaltype voor de pensioenopbouw) het Bpf juridisch geen beroep kan doen op verjaring van de pensioenopbouw (art. 3:307, lid 1, BW). Van objectieve criteria is sprake indien het pensioenreglement de bepaling bevat dat de pensioenaanspraken worden berekend op basis van de diensttijd en de pensioengrondslag waar tegenover de verplichting van de werkgever tot premiebetaling staat. Voor het vaststellen van de pensioenaanspraken zijn alleen de gegevens van de deelnemer nodig en moet de rekenmethodiek worden uitgevoerd. Worden de pensioenaanspraken op grond van het pensioenreglement op deze manier vastgesteld dan bestaat er voor het Bpf geen ruimte om van de uitkomsten af te wijken. Het hof heeft in zijn arrest geoordeeld dat indien de pensioenaanspraken van de onbekende deelnemer rechtstreeks voortvloeien uit het pensioenreglement, het Bpf de pensioenaanspraken slechts administreert en dan geen sprake is van een verbintenis tot een geven of een doen (art. 3:307 BW). De vordering tot opeisbaarheid van de pensioenuitkeringen is pas opeisbaar vanaf de pensioendatum, zodat de verjaring van de vordering tot het doen van pensioenuitkeringen op grond van art. 3:308 BW niet eerder dan de pensioendatum aanvangt.[432]

De Hoge Raad heeft in zijn arrest geoordeeld dat het Bpf zich niet mag beroepen op verjaring. De Hoge Raad heeft evenals het hof geoordeeld dat indien het pensioenreglement objectieve criteria bevat voor de pensioenopbouw de werknemer pensioenaanspraken heeft verkregen. In dat geval administreert het Bpf de pensioenaanspraken. Administreren is geen 'geven of een doen' waardoor art. 3:307 BW toepassing mist. Daarnaast is vastlegging van pensioenaanspraken geen vorm van periodieke betaling van premies zoals bedoeld in art. 3:308 BW waardoor de verjaring vijf jaar zou zijn. De vordering tot administratie van pensioenaanspraken is eveneens geen schadevergoeding zodat een verjaring op grond van

432 Hof Amsterdam 23 februari 2010, *PJ* 2010/98, Conclusie A-G, r.o. 8-11 en de overwegingen van het hof. HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39, Conclusie A-G, r.o. 8-10.

art. 3:310, lid 1, BW niet aan de orde is. De Hoge Raad trekt wel de administratie van de pensioenopbouw en de uitkering van de pensioentermijnen uit elkaar. Pensioenuitkeringen verjaren pas vanaf de pensioendatum maar op grond van art. 59 PW is verjaring van een pensioenuitkering jegens een pensioenuitvoerder uitgesloten.[433]

Met Huijg concludeer ik dat het Labots-arrest van de Hoge Raad pensioenuitvoerders de ruimte geeft om subjectieve criteria in het pensioenreglement op te nemen. Bijvoorbeeld dat de werkgever de werknemer moet aanmelden bij het Bpf. Meldt de werkgever de werknemer niet aan en valt het Bpf hier niets in te verwijten (par. 5.1.1) en is de aanmeldingsplicht van de werkgever kenbaar voor de deelnemer (par. 5.1.2.1) dan kan het fonds een uitzondering maken op de regel 'geen premie, wel recht'. In die gevallen kan het Bpf een beroep doen op de verjaring van de pensioenaanspraken van de onbekende deelnemer in de rechtsverhouding Bpf-deelnemer (art. 3:307 en 3:308 BW).

Huijg stelt daarnaast dat het Bpf geen beroep op verjaring kan doen op grond van art. 3:307, lid 1, BW vanwege de wetsgeschiedenis van de Wet Bpf 2000 en de tekst en toelichting van art. 3:307, lid 1, BW.[434] Volgens Huijg is de langere verjaringstermijn van art. 3:306 BW van toepassing. Naar het oordeel van Huijg volgt deelname aan het Bpf uit de wet en niet uit een overeenkomst om te geven of te doen.[435] Art. 2, lid 2, onderdeel a, PW stelt de verplichte deelneming in een Bpf gelijk aan een pensioenovereenkomst tussen de werkgever en werknemer. In mijn visie, anders dan Huijg, is de ratio achter art. 2, lid 2, onderdeel a, PW dat voor de uitvoering van de toezegging de eisen van de PW onverkort gelden voor werknemers die deelnemen in een Bpf. Ook de deelnemers in een Bpf mogen niet worden teleurgesteld in gewekte verwachtingen.[436] Uit de tekst en toelichting van art. 3:307, lid 1, BW volgt dat de persoon die een overeenkomst aangaat zijn wederpartij kent en ook pleegt te weten wanneer zijn recht op nakoming opeisbaar wordt. Echter, de wetsgeschiedenis gaat nog verder. In de wetsgeschiedenis wordt ook vermeld dat er gevallen kunnen zijn waarin dit anders is, met name wanneer de opeis-

433 HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39 met noot van J. Gommer MPLA, r.o. 4-7.
434 T. Huijg, 'Hoge Raad, geen verjaring, want geen verplichting', *Pensioen Magazine*, 2012-4, p. 79-80.
435 Kamerstukken II, 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 16.
436 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 3.

baarheid afhankelijk is van een tijdsbepaling met onzeker tijdstip of een opschortende voorwaarde.[437]
Het pensioen wordt door de pensioenuitvoerder uitgekeerd onder de opschortende voorwaarde dat de deelnemer de reglementaire pensioendatum bereikt. Voor de werknemer is het niet altijd mogelijk de pensioenuitvoerder te kennen die op de pensioendatum het pensioen uitkeert. Door collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (art. 84 PW) worden de pensioenverplichtingen vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum overgedragen aan een andere pensioenuitvoerder en worden de pensioenen uitgekeerd door de overnemende pensioenuitvoerder. In mijn visie kan het Bpf dus wel een beroep doen op verjaring op grond van art. 3:307, lid 1, BW. Dit laat onverlet dat in situaties die buiten de werkingssfeer van deze bepaling vallen het Bpf jegens de werknemer een beroep kan doen op verjaring krachtens art. 3:306 BW.

5.1.2.3 *Verjaring in de relatie Bpf-werkgever bij de onbekende deelnemer*
Het Bpf zal als het een uitzondering maakt op de regel 'geen premie, wel recht' bij de werkgever met terugwerkende kracht achterstallige premies willen innen. Het Bpf kan bij zijn vordering voor het innen van de premies te maken krijgen met een beroep op verjaring door de werkgever. De vraag welk verjaringsartikel van toepassing is, is afhankelijk van de grondslag van de vordering en is zeer afhankelijk van de omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld: art. 3:308 BW, art. 3:310, lid 1, BW en art. 3:311, lid 1, BW). De werkgever moet de verschuldigde premie voldoen aan het Bpf (art. 24 PW). De verplichting van de werkgever om premie te betalen is vastgelegd in het uitvoeringsreglement van het Bpf (art. 25 lid 1, onderdeel b, PW). De hoogte van de premie wordt bepaald op grond van de verstrekking van werknemersgegevens door werkgevers.

Voor het Bpf is moeilijk te controleren of alle werknemers zijn aangemeld en daarmee alle premies zijn betaald. Voor een beroep door de werkgever op verjaring op grond van art. 3:308 BW is vereist dat de vordering is verjaard vijf jaar nadat deze opeisbaar is geworden. De strekking van art. 3:308 BW is dat de wetgever wil voorkomen dat premies die binnen een jaar of een kortere termijn zijn verschuldigd voor de schuldenaar een te hoge schuld gaan vormen.[438] Bij een beroep van de werkgever op verjaring op grond van art. 3:308 BW ben ik met Degelink van oordeel dat het Bpf het risico loopt dat zij de premies bij de werkgever niet meer kan

437 Kamerstukken II, 1981-1982, 17 541, nr. 3, p. 6-7.
438 M. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Monografieën BW, 2010, p. 38.

innen, omdat de verjaringstermijn van vijf jaar reeds is verstreken.[439] In deze situatie zal het Bpf zolang de verjaringstermijn nog niet is verstreken het innen van het achterstallige deel van de premies moeten stuiten door middel van een schriftelijke mededeling of aanmaning aan de werkgever bij een rechtsvordering tot nakoming uit een verbintenis (art. 3:317, lid 1, BW). Een stuiting is veelal van korte duur, bijvoorbeeld stuiting door middel van een schriftelijke aanmaning. De stuiting heeft als rechtsgevolg dat de lopende verjaring wordt afgebroken en dat er een nieuwe verjaringstermijn start met aanvang van de dag nadat de vordering is gestuit. De nieuwe verjaringstermijn is maximaal vijf jaar en treedt niet eerder in op tijdstip dat de oorspronkelijke verjaringstermijn is verstreken (art. 3:319, lid 2, BW).[440]

Om ervoor te zorgen dat de verjaringstermijn op een later tijdstip aanvangt dan bij onmiddellijke opeisbaarheid van de premie kan het Bpf schadevergoeding vorderen op grond van onrechtmatige daad (art. 3:310, lid 1, BW). Het Bpf ondervindt namelijk schade indien de werkgever niet aan zijn wettelijke plicht tot premiebetaling voldoet. Er geldt dan een verjaringstermijn van vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die nadat het Bpf bekend is geworden met de schade als met de werkgever en in ieder geval twintig jaar nadat de schade is ingetreden. Voor de korte verjaringstermijn van vijf jaar van art. 3:310, lid 1, BW geldt volgens de jurisprudentie dat het moet gaan om daadwerkelijke bekendheid.[441] Volgens jurisprudentie kan de bekendheid ook afgeleid worden uit bepaalde feiten en omstandigheden.[442] Daarnaast heeft de Hoge Raad in een arrest geoordeeld dat onbekendheid met het recht en met de mogelijkheid een vordering in te stellen, het aanvangen van de verjaringstermijn niet verhindert.[443]

Een tweede mogelijkheid voor het Bpf om ervoor te zorgen dat de verjaringstermijn op een later tijdstip aanvangt dan bij onmiddellijke opeisbaarheid van de premie is dat het Bpf op grond van art. 3:311, lid 1, BW tegen de werkgever een vordering tot herstel van de tekortkoming instelt. De werkgever schiet namelijk tekort in zijn wettelijke verplichting om

439 B. Degelink, 'Verjaring van pensioen', *ArbeidsRecht* 2013, nr. 2, p. 12-15.
440 HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39 met noot van J. Gommer MPLA, p. 67 en p. 69.
441 HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39 met noot van J. Gommer MPLA, p. 44-45 alsmede HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.
442 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3 p. 44 alsmede HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383.
443 HR 5 januari 2007, LJN: AY8771, r.o. 3.4.2.

premies voor de werknemer te betalen aan het Bpf waardoor het fonds financieel wordt benadeeld. Er geldt dan een verjaringstermijn van vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die waarop het Bpf bekend is geworden met de tekortkoming en in ieder geval twintig jaar nadat de tekortkoming is ontstaan. Met Degelink ben ik van mening dat de werkgever zich in deze situatie bij vorderingen van het Bpf op grond van art. 3:310, lid 1, BW en art. 3:311 BW alleen succesvol kan beroepen op de lange verjaringstermijn van twintig jaar die aanvangt de dag volgende op die nadat de schade is ontstaan respectievelijk de tekortkoming is ontstaan.[444]

5.1.3 *Conclusies*

1. De wetsgeschiedenis van de PW laat enige ruimte voor nuancering voor een strikte toepassing van de regel 'geen premie, wel recht' in de rechtsverhouding Bpf-deelnemer.

2. Uit de jurisprudentie bij het leerstuk 'geen premie, wel recht' blijkt dat het Bpf enige ruimte heeft om een uitzondering te maken op de regel 'geen premie, wel recht'.

3. Het Bpf kan als reglementaire voorwaarde voor deelneming stellen dat de werkgever de deelnemer moet aanmelden bij het fonds, mits in het pensioenreglement de voorwaarde van de aanmelding is opgenomen of in het reglement is verwezen naar de uitvoeringsovereenkomst waarin deze voorwaarde is opgenomen, waardoor dit voor de deelnemer kenbaar is.

4. Het Labots-arrest van de Hoge Raad uit 2012 laat pensioenuitvoerders de ruimte om in het pensioenreglement als subjectief criterium op te nemen dat de werkgever de deelnemer moet aanmelden bij het Bpf.

5. In de verhouding Bpf-werkgever heeft het fonds een sterke positie bij het afweren van het beroep van de werkgever op verjaring indien zij bij de werkgever een vordering instelt tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad (art. 3:310, lid 1, BW) respectievelijk op grond van een vordering tot herstel van de tekortkoming (art. 3:311 BW).

---

444 HR 3 februari 2012, *PJ* 2012/39 met noot van J. Gommer MPLA, p. 53-54.

5.2 *Collectieve waardeoverdracht en liquidatie (art. 84 PW)*

Het Bpf kan bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie als overnemende pensioenuitvoerder te maken krijgen met een vordering van een onbekende deelnemer. Dit roept de vraag op van de aansprakelijkheid van het Bpf bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie. Achtereenvolgens komen aan bod: een bespreking van art. 84 PW (par. 5.2.1); geen instemmingsrecht belanghebbende (par. 5.2.2); de Q&A van DNB van 10 november 2011 (par. 5.2.3); een analyse van de Q&A van DNB (par. 5.2.4); inleiding beperking aansprakelijkheid van het Bpf (par. 5.2.5); de civielrechtelijke verbintenissen bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (par. 5.2.6); de civieljuridische kwalificatie van collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (par. 5.2.6-5.2.9); het Opf met vrijstelling van een Bpf en collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (par. 5.2.10); de aansprakelijkheid van het Bpf voor de onbekende deelnemer (par. 5.2.11); collectieve waardeoverdracht en verjaring in de rechtsverhouding Bpf-werkgever (par. 5.2.12); de contractuele vrijwaring (par. 5.2.13); en conclusies (par. 5.2.14).

5.2.1 *Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds (art. 84 PW)*

De voorloper van art. 84 PW was art. 32a, lid 2, PSW[445] en later art. 32ba PSW.[446]

Art. 32a, lid 2, PSW bepaalde dat indien de deelnemer uit hoofde van zijn (vroegere) arbeidsverhouding verbonden was aan de onderneming waardeoverdracht van pensioenaanspraken en pensioenrechten mogelijk was. Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie was uitsluitend mogelijk indien de statuten en de reglementen van het fonds deze mogelijkheid had opgenomen, waarbij de (gewezen) deelnemer met de waardeoverdracht moest instemmen.[447] In de PSW was dus slechts een bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht opgenomen.

Bij collectieve waardeoverdracht in de PW is art. 84 PW van toepassing indien de pensioenuitvoerder wordt ontbonden na 1 januari 2007.[448] Art. 84, lid 1, PW bepaalt dat de pensioenuitvoerder verplicht is tot waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder bij liquidatie, waarbij er geen

445 Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 592. Deze wet trad in werking op 1 januari 2000.

446 Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 625. Deze wet trad in werking op 1 januari 2002.

447 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 415, nr. 3, p. 43.

448 Zie art. 1 jo. art. 36 lid 1 Invoerings- en Aanpassingswet Pensioenwet.

instemmingsrecht is voor de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. Aan toepassing van art. 84 PW wordt alleen toegekomen indien de pensioenuitvoerder wordt geliquideerd via een normale vereffeningsprocedure (art. 106, lid 1, onderdeel i, PW).

Art. 84 PW stelt twee voorwaarden aan een collectieve waardeoverdracht:

1. dat het voornemen tot waardeoverdracht door de overdragende pensioenuitvoerder uiterlijk drie maanden vóór de beoogde datum van waardeoverdracht schriftelijk wordt gemeld aan DNB en zij binnen die periode geen verbod tot waardeoverdracht heeft opgelegd.
   DNB zal in ieder geval een verbod opleggen indien één van de betrokken pensioenfondsen zich in een dekkingstekort bevindt, waarbij niet wordt onderbouwd dat sprake is van bijzondere omstandigheden. De reden is dat de (gewezen) deelnemers en de pensioengerechtigden van beide fondsen een groter risico op lagere uitkeringen lopen dan wanneer er geen overdracht plaats zou vinden. Van bijzondere omstandigheden is sprake indien de betrokken pensioenuitvoerders aantonen dat de (gewezen) deelnemers en de pensioengerechtigden van beide fondsen, het overdragende fonds en het overnemende fonds geen nadeel zullen ondervinden van de collectieve waardeoverdracht.[449] DNB zal in ieder geval ook een verbod opleggen indien de benodigde gegevens om tot een goed oordeel te komen over de collectieve waardeoverdracht bij de melding aan de toezichthouder ontbreken.[450]
2. dat de overdrachtswaarde zodanig door de overdragende pensioenuitvoerder wordt vastgesteld dat de voor mannen en vrouwen te verwerven pensioenrechten gelijk zijn, waarbij aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen wordt voldaan. Deze bepaling geldt voor de vaststelling van de overdrachtswaarde van de pensioenaanspraken en pensioenrechten die op basis van een uitkeringsovereenkomst zijn opgebouwd vanaf 1 januari 2002. Dit brengt met zich dat de overdrachtswaarde zodanig moet worden vastgesteld dat niet alleen de te verwerven pensioenaanspraken en pensioenrechten voor mannen en vrouwen gelijk moeten zijn, maar ook dat er bij het overdragende pensioenfonds geen geld achterblijft. Art. 84 PW geeft behalve het voorschrift van collectieve actuariële gelijkwaardigheid geen uitsluitsel over de wijze waarop de overdrachts-

449 Zie http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202014.jsp (DNB Website/Open Boek Toezicht/pensioenfondsen/collectieve waardeoverdracht).

450 DNB website Toezicht/Open Boek/Pensioenfondsen/Pensioenwet/Doorlopende tekst/Hoofdstuk 4/paragraaf 4.3/art. 84/gerelateerde onderwerpen/collectieve waardeoverdracht pensioen.

waarde moet worden berekend. Van de mogelijkheid geboden in art. 84, lid 7, PW om nadere regels te stellen aan het berekenen van de overdrachtswaarde is geen gebruikgemaakt. Aan de voorwaarde van collectief actuariële gelijkwaardigheid is een overgangsregeling verbonden. De overdrachtswaarde en pensioenaanspraken en -rechten die zijn opgebouwd voor 1 januari 2002 moeten worden vastgesteld op grond van individuele actuariële gelijkwaardigheid zoals bedoeld in art. 71, lid 4, PW. Uitsluitend indien dit in de pensioenovereenkomsten is opgenomen kan de overdrachtswaarde op basis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid worden berekend (art. 84, lid 4, PW).

5.2.2 *Geen instemmingsrecht bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie*

Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie heeft de wetgever er in art. 84 PW voor gekozen dat de (gewezen) deelnemer of pensioengerechtigde (de belanghebbenden) geen instemmingsrecht heeft.[451] De wetgever heeft dit niet nader uitgewerkt. De Bruin c.s. stellen terecht dat de wetgever niet wilde dat een deelnemer de collectieve waardeoverdracht en liquidatie van het overdragende pensioenfonds zou kunnen frustreren.[452] Maar waarom zou de wetgever dat mogelijk niet willen? In mijn visie zou dat te maken kunnen hebben met de aanleiding voor collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van het overdragende pensioenfonds. In de PSW was de aanleiding dat de onderneming ophoudt te bestaan (art. 32ba, lid 2, PSW). Sinds 2007 is het aantal pensioenfondsen afgenomen vanwege de kredietcrisis en de toenemende eisen van wet- en regelgeving. In april 2014 heeft DNB berekend dat er in 2007 nog 597 pensioenfondsen waren (merendeels ondernemingspensioenfondsen/Opf-en) tegen 382 eind 2013, waarbij de toezichthouder in 2014 verwachtte dat dit dat jaar zal dalen beneden de 350 en dat dit aantal na 2014 wellicht zal dalen tot beneden de 300.[453] Deze pensioenfondsen zijn geliquideerd en ondergebracht bij een andere pensioenuitvoerder.

Redenen voor de liquidatie van het fonds zijn:
a. de disbalans tussen het aantal actieven en het aantal inactieven;
b. de geringe omvang van het fonds;

451 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 96; Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 236.
452 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuiper, *Collectieve waardeoverdracht en het bereik van art. 84 PW*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 67.
453 http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2014/dnb306527.jsp.

c. de toenemende deskundigheidseisen die aan bestuurders worden gesteld.

Regelmatig gaan de punten sub a-c samen met een zwakke financiële positie van het fonds en stijgende uitvoeringskosten. Deze voorbeelden, die niet limitatief zijn, hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat de financiële continuïteit van het pensioenfonds op de korte of middellange termijn gevaar loopt. Als gevolg hiervan zijn de pensioenaanspraken en -rechten van de belanghebbenden niet zeker gesteld. Bij deze situaties worden de pensioenaanspraken en -rechten van alle belanghebbenden beschermd door de verplichte collectieve waardeoverdracht bij liquidatie. De PW heeft namelijk als doelstelling dat de pensioenaanspraken van de belanghebbenden moeten worden beschermd, omdat zowel in de PSW als in de PW geldt dat werknemers bij pensioen niet teleurgesteld mogen worden in gewekte verwachtingen.[454] De wetgever heeft bij collectieve waardeoverdracht op grond van art. 84 PW dus mogelijk gekozen voor de bescherming van het geheel aan pensioenaanspraken en -rechten van alle belanghebbenden tegen een instemmingsrecht van een individuele belanghebbende.

5.2.3 *De Q&A van DNB bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie en de onbekende deelnemer*

DNB heeft in een Q&A van 10 november 2011 als standpunt bekendgemaakt dat een collectieve waardeoverdracht wegens een liquidatie van een pensioenfonds (art. 84 PW) betrekking heeft op alle pensioenverplichtingen van het fonds. Niet alleen de pensioenaanspraken en -rechten die in de administratie van het fonds zijn opgenomen dienen te worden overgedragen, maar ook eventuele niet uit de administratie blijkende maar wel door de werkgever toegezegde pensioenaanspraken. De pensioenovereenkomst is leidend, niet de administratie die bij die overeenkomst hoort. Een voorbeeld van een administratieve fout is het niet aanmelden van een nieuwe werknemer bij het fonds. De pensioenuitvoerder (pensioenfonds of verzekeraar) blijft in dat geval aansprakelijk richting die werknemer. Dat vloeit voort uit art. 5 PW. In dit artikel worden delen van het verzekeringsrecht op uitvoeringsovereenkomsten niet van toepassing verklaard waardoor pensioenfondsen zich in principe niet kunnen beroepen op het feit dat de werknemer niet was aangemeld. Indien bij de collectieve waardeoverdracht bij liquidatie dergelijke mogelijke verplichtin-

454 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5 en Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 3.

gen die op het pensioenfonds rusten niet mee overgedragen worden, zou een deelnemer die dat betreft tussen wal en schip dreigen te vallen. Het overdragende fonds immers liquideert binnen korte tijd en de ontvangende pensioenuitvoerder heeft zijn aansprakelijkheid voor 'onverwachte gevallen' uitgesloten. De akte van waardeoverdracht moet alle pensioenaanspraken en -rechten op grond van de door het liquiderende pensioenfonds gehanteerde pensioenreglementen bevatten. De overnemende partij moet het liquiderende pensioenfonds op grond van art. 84 PW voor alle pensioenaanspraken en -rechten op grond van de pensioenreglementen vrijwaren.[455]

Bevat de overeenkomst collectieve waardeoverdracht niet de bepaling dat het ontvangende pensioenfonds bij liquidatie van het overdragende pensioenfonds alle bekende en onbekende pensioenaanspraken en -rechten overneemt dan zal DNB in beginsel een verbod opleggen.[456] Het standpunt van DNB in de Q&A heeft als rechtsgevolg dat de overnemende pensioenuitvoerder aansprakelijk is voor een vordering van de onbekende deelnemer en een vrijwaring voor onbepaalde tijd moet afgeven aan de overdragende pensioenuitvoerder. Dit geldt ook in de situatie dat de werkgever de onbekende deelnemer niet heeft aangemeld bij de oude pensioenuitvoerder.

5.2.4 *Een analyse van het standpunt van DNB bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie*

Op het standpunt van DNB is kritiek gekomen vanuit de literatuur. Volgens Dekker/De Greef leidt de vrijwaringseis van DNB ertoe dat de overnemende pensioenuitvoerder een vrijwaring voor onbepaalde tijd moet afgeven en dat het liquidatieproces een onbepaalde tijd duurt. Zij vragen zich af of deze mate van 'overkill' nodig is, omdat de kans dat een onbekende deelnemer zich bij de overnemende pensioenuitvoerder meldt met een claim klein is.[457] Dat ligt genuanceerder. De kans dat een pensioengerechtigde zich bij de overnemende pensioenuitvoerder meldt met een claim is groot als de pensioendatum op of na de (contractuele) overdrachtsdatum ligt, omdat hij op de pensioendatum daarvan meteen de financiële gevolgen ondervindt. Daarentegen blijkt uit de jurisprudentie over de regel

455 Standpunt van DNB tijdens een bijeenkomst van de toezichthouder over de herverzekering en liquidatie van pensioenfondsen op 3 oktober 2012.

456 Zie http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224398.jsp (DNB-website, Collectieve waardeoverdracht liquiderende pensioenfondsen).

457 C.P.R.M. Dekker en R.M.J.M. de Greef, a.w., p. 55.

'geen premie, wel recht' dat bij de (gewezen) deelnemer (ook) na lange tijd altijd de kans aanwezig is dat hij bij het pensioenfonds een vordering instelt voor zijn pensioenaanspraken. Bij de onbekende deelnemer die door de werkgever niet aan de overdragende pensioenuitvoerder is aangemeld hoeft het liquidatieproces niet van onbeperkte duur te zijn. Dat is er van afhankelijk of het Bpf en de werkgever in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht elkaar over en weer vrijwaring zullen verlenen (par. 5.2.13). Siegman vraagt zich af wat de rechtsgrond van DNB is. Zij vindt het niet logisch dat DNB een vrijwaring voor onbepaalde tijd vraagt, omdat het hier gaat om door de werkgever toegezegde pensioenaanspraken. Waarom zou een dergelijke claim van de onbekende deelnemer niet bij de werkgever terecht moeten komen?[458]

Met Huijg ben ik van mening dat als de werkgever de onbekende deelnemer wel had aangemeld bij de overdragende pensioenuitvoerder deze persoon onderdeel was geweest van de collectieve waardeoverdracht.[459] Huijg heeft terecht geconstateerd dat het opvallend is dat DNB op 25 januari 2011 veel genuanceerder was omtrent de vraag waarop een collectieve waardeoverdracht bij liquidatie betrekking moet hebben. In deze Q&A stelde DNB dat de collectieve waardeoverdracht bij liquidatie betrekking moet hebben op zowel de pensioenaanspraken en -rechten die in de administratie van de uitvoerder zijn opgenomen, alsmede alle niet uit de administratie blijkende, maar wel door de werkgever toegezegde binnen de uitvoeringsovereenkomst vallende pensioenaanspraken. Deze laatste toevoeging van DNB is cruciaal, omdat dan gekeken moet worden naar de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst die beide partijen hebben afgesproken. Huijg stelt terecht dat dit bepalend is of het pensioenfonds een pensioenovereenkomst van een niet aangemelde werknemer moet uitvoeren. Daarnaast is dit terecht volgens Huijg ook bepalend of de niet aangemelde werknemer onderdeel moet zijn van collectieve waardeoverdracht na liquidatie.[460] In mijn visie zijn in deze situatie de pensioenaanspraken van de onbekende deelnemer voor rekening van de werkgever, mits: a. het Bpf als overnemende pensioenuitvoerder niets valt te verwijten en b. de onbekende deelnemer door de werkgever niet is aangemeld bij het overdragende fonds, hetgeen (indien van toepassing) dan in strijd is

458 P. Siegman, 'Liquidatie pensioenfonds sneller en eenvoudiger via art. 84 PW', *Pensioen Magazine* 2011-12, p. 26.

459 T. Huijg, 'Deelnemer, maar wie ben jij dan?', *Pensioen & Praktijk*, 2012, nr. 1, p. 23.

460 C.P.R.M. Dekker en R.M.J.M. de Greef, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 52.

met het pensioenreglement of via een verwijzing in het pensioenreglement in strijd is met het uitvoeringsreglement. Dit doet dan tevens recht aan het feit dat de onbekende deelnemer bij zijn pensioenaanspraken geen nadeel mag ondervinden, omdat de werkgever hem niet heeft aangemeld bij het pensioenfonds.

5.2.5 *De aansprakelijkheid van de overnemende pensioenuitvoerder bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie*

De vraag is of het Bpf als overnemende pensioenuitvoerder zijn aansprakelijkheid kan beperken door:

1. een uitzondering te maken op de regel 'geen premie, wel recht' bij de onbekende deelnemer (par. 5.2.11);
2. door het afweren van een beroep op verjaring door de werkgever (par. 5.2.12);
3. door een contractuele vrijwaring tussen het Bpf en de werkgever en vice versa in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht (par. 5.2.13).

Voordat ik deze onderwerpen behandel is eerst van belang welke civielrechtelijke verbintenissen er zijn bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie. Daarnaast is van belang of collectieve waardeoverdracht bij liquidatie civieljuridisch kan worden geduid. Dit kan namelijk rechtsgevolgen hebben voor de positie van de schuldeiser (de deelnemer) en de schuldenaar (het Bpf).

5.2.6 *De civielrechtelijke verbintenissen van collectieve waardeoverdracht bij liquidatie (art. 84 PW)*

In de PW geeft art. 1 een definitie van waardeoverdracht. De definitie luidt:

'iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van:

1. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder;
2. dezelfde pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder.'

Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie gaat het om iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van:

a. andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder; of

b. dezelfde pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder.

Zoals aangegeven in paragraaf 5.2.1 is art. 84 PW zodanig geconstrueerd dat de belanghebbenden geen instemmingsrecht hebben. Bij een waardeoverdracht vervalt geheel het recht van de begunstigde op pensioenaanspraken en pensioenrechten jegens de overdragende pensioenuitvoerder (of gedeeltelijk indien slechts een deel van de rechten is overgedragen). Tegelijk met de overdracht van waarden tussen de overdragende pensioenuitvoerder en de overnemende pensioenuitvoerder zal een verbintenis tot het doen van uitkeringen tussen de deelnemer en de overnemende pensioenuitvoerder tot stand moeten komen, terwijl dergelijke verbintenissen van de overdragende pensioenuitvoerder jegens de deelnemer vervallen.[461]
Met de Bruin c.s. concludeer ik dat er in de kern bij collectieve waardeoverdracht twee zaken aan de orde zijn. Ten eerste verandert bij waardeoverdracht de schuldenaar van de deelnemer. Voor de overdrachtsdatum was dit de overdragende pensioenuitvoerder. Vanaf de overdrachtsdatum is dat de overnemende pensioenuitvoerder. Vanaf de overdrachtsdatum heeft de overnemende pensioenuitvoerder verplichtingen voor het pensioen jegens de deelnemer, maar zoals ik in par. 5.2.4 met Huijg heb geconcludeerd voor zover het gaat om pensioenaanspraken die vallen binnen de uitvoeringsovereenkomst die de werkgever en het Bpf met elkaar zijn overeengekomen.[462]

Gelijk de Bruin c.s. zijn er vervolgens twee situaties mogelijk:

1. De pensioenverplichtingen van de overdragende pensioenuitvoerder jegens de begunstigde gaan teniet, waarbij tegelijkertijd op de (contractuele) overdrachtsdatum de overnemende pensioenuitvoerder pensioenverplichtingen heeft jegens de begunstigde.
   Ik acht dit in overeenstemming met de systematiek van collectieve waardeoverdracht bij liquidatie op grond van art. 84 PW, omdat na de verklaring van geen bezwaar van DNB, vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum alle (on)bekende pensioenverplichtingen overgaan op de overnemende pensioenuitvoerder. Dit sluit ook aan bij de reden

461 Zie http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202014.jsp (DNB Website/Open Boek Toezicht/pensioenfondsen/collectieve waardeoverdracht), p. 69.
462 C.P.R.M. Dekker en R.M.J.M. de Greef, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 55.

waarom de wetgever bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie mogelijk niet gekozen heeft voor een instemmingsrecht van de deelnemer. De aanleiding voor collectieve waardeoverdracht bij liquidatie is in vele gevallen de financiële discontinuïteit van de overdragende pensioenuitvoerder. Bij financiële discontinuïteit lopen de pensioenaanspraken en -rechten van alle belanghebbenden op de korte of middellange termijn gevaar. Een instemmingsrecht van de deelnemer doorkruist het liquidatieproces en vergroot de kans dat deelnemers teleurgesteld worden in gewekte verwachtingen (zie par. 5.2.2).

2. Volgens de Bruin c.s. kunnen de pensioenaanspraken en -rechten materieel gezien gelijk blijven, maar regel is dat niet. In dat geval gaan de pensioenverplichtingen van de overdragende pensioenuitvoerder jegens de deelnemer onder gelijktijdige bevrijding van de overdragende pensioenuitvoerder over op de overnemende pensioenuitvoerder.[463]

De eis van actuariële gelijkwaardigheid bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie (art. 84, lid 2, onderdeel b, PW) kan er aan in de weg staan dat de pensioenaanspraken en -rechten materieel gelijk blijven.

Het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid houdt in dat mannen en vrouwen voor en na waardeoverdracht op totaalniveau dezelfde pensioenaanspraken en -rechten moeten krijgen. Op individueel niveau betekent dit dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten na collectieve waardeoverdracht iets kunnen verschillen, wat toegestaan is zolang er maar geen financiële middelen bij de overdragende pensioenuitvoerder na liquidatie achterblijven.

Dit is anders dan Lutjens en Sessink die stellen dat op grond van art. 20 PW de pensioenaanspraken bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie niet mogen wijzigen. Zij stellen zich op het standpunt dat indien de pensioenaanspraken wijzigen eerst een collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 PW moet plaatsvinden om daarna een collectieve waardeoverdracht en liquidatie op grond van art. 84 PW te laten plaats-

463 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuiper, *Collectieve waardeoverdracht en het bereik van art. 84 PW*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 67.

vinden.[464] Met de Bruin c.s. concludeer ik dat dit ongewenst is, omdat de deelnemer bij een collectieve waardeoverdracht op grond van art. 83 PW een instemmingsrecht heeft en hiermee de (latere) beoogde collectieve waardeoverdracht op grond van art. 84 PW onmogelijk kan maken.[465] In mijn visie is dat des te meer ongewenst bij financiële discontinuïteit van de overdragende pensioenuitvoerder waardoor voor alle belanghebbenden het geheel aan pensioenaanspraken en -rechten gevaar kan lopen.

5.2.7 *Schuldoverneming (art. 6:155 BW)*

Bij een schuldoverneming gaat een schuld van de schuldenaar over op een derde, indien deze haar van de schuldenaar overneemt. De schuldoverneming heeft pas werking jegens de schuldeiser, indien hij zijn toestemming geeft nadat partijen hem van de overneming in kennis hebben gesteld (art. 6:155 BW).
Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie kan om twee redenen niet worden gekwalificeerd als een schuldoverneming. Met de Bruin c.s. ben ik van mening dat de wilsovereenstemming tussen partijen hieraan in de weg staat. De overnemende pensioenuitvoerder heeft jegens de deelnemer pas verplichtingen voor het pensioen na de (vormvrije) toestemming van de deelnemer.[466] Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie is zodanig geconstrueerd dat de deelnemer geen instemmingsrecht heeft. In de tweede plaats blijft de overdragende pensioenuitvoerder jegens alle belanghebbenden de beschikking houden over de verweermiddelen ontbinding en vernietiging. Dat past niet in het systeem van collectieve waardeoverdracht en liquidatie.[467] Zoals ik heb betoogd in par. 2.6 gaan bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie alle verbintenissen tussen de overdragende pensioenuitvoerder en alle belanghebbenden teniet.

5.2.8 *Contractoverneming (art. 6:159 BW)*

Bij contractoverneming kan de schuldenaar zijn rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van de laatste overdragen aan een derde door middel van een tussen partijen opgemaakte akte. Hierdoor gaan alle rechten en verplichtingen over op de derde (art. 6:159 BW).

---

464 E. Lutjens, 'Wijziging van de pensioenregeling', in: *Pensioenwetgeving 2013*, p. 452; R. Sessink, 'Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds', *Pensioen & Praktijk* 2013, nr. 1, p. 25-26. De opvattingen van Lutjens en Sessink houden verband met de problematiek van het wijzigen van de pensioenregeling ex art. 20 PW. Dit onderwerp blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.
465 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuijper, a.w., p. 77.
466 J. de Bruin. F. Foppes en S. Kuijper, a.w., p. 71-72.
467 Parl. Gesch., Toelichting Meijers, Boek 6 BW, p. 576.

In overeenstemming met de Bruin c.s. worden de pensioenverplichtingen door de overnemende pensioenuitvoerder regelmatig niet een-op-een overgenomen. De overdragende pensioenuitvoerder draagt vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum de overdrachtswaarde over aan de overnemende pensioenuitvoerder. Door deze overdracht ontstaan nieuwe verbintenissen van de overnemende pensioenuitvoerder jegens de belanghebbenden.[468] Bij contractoverneming beschikt de overnemende pensioenuitvoerder over de verweermiddelen ontbinding en vernietiging, wat overigens past in de systematiek van collectieve waardeoverdracht en liquidatie. Desalniettemin kan collectieve waardeoverdracht bij liquidatie niet worden gekwalificeerd als een contractoverneming. Ook hier staat de wilsovereenstemming van partijen daar aan in de weg.

5.2.9 *Schuldvernieuwing (art. 6:160 BW)*

Bij een schuldvernieuwing gaat een verbintenis teniet door een overeenkomst van de schuldeiser met de schuldenaar, waarbij hij afstand doet van zijn vorderingsrecht (art. 6:160 BW).
De Bruin c.s. stellen dat collectieve waardeoverdracht bij liquidatie het meeste weg heeft van de rechtsfiguur schuldvernieuwing. Met de Bruin c.s. concludeer ik dat er bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie tegen betaling van de overdrachtswaarde aan de overnemende pensioenuitvoerder sprake is van een afstand van recht waarvoor een overeenkomst tussen de overdragende pensioenuitvoerder en de overnemende pensioenuitvoerder vereist is. Daarnaast ben ik het grotendeels met de Bruin c.s. eens dat het Burgerlijk Wetboek de wilsovereenstemming als uitgangspunt neemt bij met collectieve waardeoverdracht [PRE: min of meer] vergelijkbare rechtshandelingen. Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie ontbreekt juist die wilsovereenstemming en deze kan alleen al om die reden niet worden gekwalificeerd als een schuldvernieuwing.[469]

Er is nog een reden waarom collectieve waardeoverdracht bij liquidatie niet als schuldvernieuwing kan worden gekwalificeerd.[470] Van schuldvernieuwing is in de eerste plaats sprake indien partijen ondubbelzinnig uitspreken dat zij zich van de bestaande verbintenis losmaken en hun rechtsverhouding uitsluitend door de nieuwe overeenkomst bepaald willen zien. Voor collectieve waardeoverdracht bij liquidatie heb ik in par. 5.2.6 met de Bruin c.s. geconcludeerd dat dit het geval is. Volgens de

468 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuijper, a.w., p. 71.
469 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuijper, a.w., p. 71-72.
470 Parl. Gesch. Boek 6 BW, Toelichting Meijers, p. 482-483.

parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW moet in de tweede plaats schuldvernieuwing worden aangenomen wanneer de nieuwe overeenkomst aan de verbintenis een zo afwijkende inhoud of strekking geeft dat deze naar verkeersopvatting niet meer als 'dezelfde' kan worden beschouwd.

Voorbeelden
1. Een huurovereenkomst die wordt vervangen door een koopovereenkomst.
2. Een dienstbetrekking die wordt vervangen door een maatschapsverhouding.

Er is geen sprake van schuldvernieuwing als de prestaties van de verbintenis wijzigen, bijvoorbeeld: het aanbrengen van veranderingen in het bestek tijdens het bouwen, het verhogen van de pachtsom of het wijzigen van een arbeidscontract voor wat betreft de aard van de werkzaamheden en de hoogte van het loon.[471] Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie kan vanwege het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid (art. 84, lid 2, onderdeel b, PW) evenmin juridisch worden gekwalificeerd als een schuldvernieuwing. Het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid houdt in dat mannen en vrouwen voor en na waardeoverdracht op totaalniveau dezelfde pensioenaanspraken en pensioenrechten moeten krijgen. Op individueel niveau betekent dit dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten na collectieve waardeoverdracht iets kunnen verschillen, wat toegestaan is zolang er maar geen financiële middelen bij de overdragende pensioenuitvoerder na liquidatie achterblijven. Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie kunnen de prestaties van de verbintenis iets verschillen, maar niet dat aan de verbintenis een zo afwijkende inhoud of strekking wordt gegeven dat deze naar verkeersopvatting niet meer als 'dezelfde' kan worden beschouwd. Dat is in strijd met de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid van art. 84, lid 2, onderdeel b, PW. Vanwege het voorgaande concludeer ik dat collectieve waardeoverdracht bij liquidatie juridisch ook om deze reden evenmin als een schuldvernieuwing kan worden gekwalificeerd. De paragrafen 5.2.7-5.2.9 overziend concludeer ik dat er bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie sprake is van een rechtsfiguur sui generis.

471 Asser-Hartkamp, *De verbintenis in het algemeen IV*, deel 1, nr. 623 en nr. 624.

5.2.10 *Een Opf met vrijstelling van het Bpf*

Een Bpf heeft de pensioenverplichtingen overgenomen van een Opf dat vrijstelling genoot wegens een bestaande pensioenvoorziening (art. 2 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000). Wanneer aan een werkgever vrijstelling wordt verleend betekent dit dat de werknemers in dienst van die werkgever niet deelnemen aan de regeling van het Bpf, maar deelnemen aan de eigen pensioenregeling van het Opf. Het Bpf verbindt voorwaarden en voorschriften aan de vrijstelling waaraan het Opf moet blijven voldoen. Het Bpf is, zolang de vrijstelling geldt en aan de voorwaarden voor vrijstelling is voldaan, gevrijwaard van aanspraken van deelnemers verbonden aan de vrijgestelde werkgever. Sociale partners betrokken bij de verplichtstelling van het Bpf kunnen dit zelf regelen door dit expliciet in het besluit tot vrijstelling op te nemen. Tenslotte blijft deze vrijstelling in stand wanneer de eigen pensioenregeling van het Opf bij een andere pensioenuitvoerder wordt ondergebracht.[472] Dit betekent dat indien de pensioenregeling van het Opf vanaf de datum van de collectieve waardeoverdracht door bijvoorbeeld een verzekeraar wordt voortgezet de vrijstelling bij het verplichte Bpf in stand blijft zolang de zelfstandige regeling blijft bestaan en voldaan blijft worden aan de voorwaarden en voorschriften die het Bpf verbonden heeft aan de vrijstelling.

Bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie van de pensioenaanspraken en -rechten naar een Bpf ligt dit anders. De pensioenaanspraken en -rechten worden vanaf de datum van collectieve waardeoverdracht ondergebracht bij het Bpf, waardoor de vrijstelling komt te vervallen, want vrijstelling is dan niet meer nodig. Vanaf de datum van de collectieve waardeoverdracht naar het Bpf vervalt ook de vrijwaring ten aanzien van de pensioenaanspraken en -rechten van degenen die voorheen hebben deelgenomen in de pensioenregeling van het Opf. Althans dit geldt zolang en voor zover het gaat om pensioenaanspraken en -rechten die onderdeel zijn van de collectieve waardeoverdracht en het Bpf van het Opf hiervoor de verschuldigde koopsom heeft ontvangen.

5.2.11 *Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie en de regel 'geen premie, wel recht' bij de onbekende deelnemer*

Bij een vordering van een onbekende deelnemer jegens het Bpf als overnemende pensioenuitvoerder bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie treedt een vergelijkbare problematiek als bij de regel 'geen premie, wel recht' zoals beschreven in par. 5.1.1 en par. 5.1.2.1. Bij collectieve

472 Vrijstellingsbesluit wet Bpf 2000, *Stb.* 2000, 633, p. 13 en p. 15.

waardeoverdracht neemt het Bpf namelijk jegens de deelnemer vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum alle pensioenverplichtingen over van het Opf (par. 5.2.6),[473] mits het gaat om pensioenaanspraken die vallen binnen de uitvoeringsovereenkomst die de werkgever en het Opf met elkaar zijn overeengekomen (par. 5.2.4).[474] Door de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid (art. 84, lid 2, onderdeel b, PW) kunnen de uitkomsten op individueel niveau weliswaar iets verschillen maar dat is toegestaan zolang er bij het Opf geen geld achterblijft (par. 5.2.6). Daarnaast valt collectieve waardeoverdracht bij liquidatie civieljuridisch te kwalificeren als een rechtsfiguur sui generis (par. 5.2.9). Dit heeft als rechtsgevolg dat collectieve waardeoverdracht bij liquidatie niet wordt beheerst door de rechtsgevolgen van een bijzondere (civielrechtelijke) rechtsfiguur (schuldoverneming, contractoverneming of schuldvernieuwing). Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie is een rechtsfiguur van eigen aard, waarbij de rechtspositie van het Bpf, het Opf, de werkgever en de (onbekende) deelnemer onder andere worden beïnvloed door de PW, de Wet Bpf 2000, het verzekeringsrecht (art. 7:928-986 BW) en het algemene deel van het verbintenissenrecht (art. 6:1-141 BW). Bij een vordering van een onbekende deelnemer wordt de rechtspositie van het Opf, de werkgever en de betrokkene eveneens onder andere beïnvloed door PW, de Wet Bpf 2000, het verzekeringsrecht (art. 7:928-986 BW) en het algemene deel van het verbintenissenrecht (art. 6:1-141 BW).

Gelet op het voorgaande heeft dit als rechtsgevolg dat het Bpf bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie bij de onbekende deelnemer onder stringente voorwaarden (par. 5.1.1, 5.1.2.1 en 5.2.4) een uitzondering kan maken op de regel 'geen premie, wel recht' en de rekening kan neerleggen bij de werkgever. Op deze manier kan het Bpf zijn aansprakelijkheid voor de vordering van een onbekende deelnemer in enige mate beperken.

5.2.12 *Collectieve waardeoverdracht/liquidatie en verjaring in de relatie Bpf-werkgever*

Bij een vordering van een onbekende deelnemer jegens het Bpf als overnemende pensioenuitvoerder bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie treedt bij verjaring in de rechtsverhouding werkgever-Bpf dezelfde problematiek op zoals beschreven in par. 5.1.2.3 (art. 3:308, 3:309, 3:310 en 3:311 BW). Het verschil zit erin dat het Bpf als overnemende pensioen-

473 J. de Bruin, F. Foppes en S. Kuijper, a.w., p. 70.

474 C.P.R.M. Dekker en R.M.J.M. de Greef, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013.

uitvoerder het achterstallige deel van de koopsom wil innen bij de werkgever. Evenals in par. 5.1.2.3 ben ik met Degelink van mening dat bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie bij een vordering tot schadevergoeding (art. 3:310 BW) of een vordering tot herstel van de tekortkoming (art. 3:311 BW) het Bpf minder risico loopt dat de vordering is verjaard, omdat de verjaringstermijn van twintig jaar pas aanvangt nadat het Bpf ofwel bekend moet zijn met de schade ofwel dat het fonds bekend moet zijn met de tekortkoming.[475]

Zoals ik heb vermeld in paragraaf 5.1.2.3 kan het Bpf afhankelijk van de omstandigheden van het geval er altijd toe overgaan om de verjaring voor een rechtsvordering tot nakoming te stuiten door middel van een schriftelijke mededeling of aanmaning (art. 3:317, lid 1, BW). Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie hangt het van de concrete situatie af of het Bpf een schriftelijke mededeling of aanmaning doet aan de werkgever. Indien het Bpf, het Opf en de werkgever nog in onderhandeling zijn over een overeenkomst collectieve waardeoverdracht verstoort het de onderhandelingen tussen partijen indien het fonds een schriftelijke aanmaning stuurt. Hebben het Bpf, het Opf en de werkgever overeenstemming bereikt over de overeenkomst collectieve waardeoverdracht en er meldt zich een onbekende deelnemer dan ligt het in de rede dat het Bpf een schriftelijke aanmaning stuurt aan de werkgever. Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie hebben het Bpf, het Opf en de werkgever vaak geen behoefte om langdurig met elkaar in onderhandeling te zijn over een claim van een onbekende deelnemer omdat dit het liquidatieproces kan vertragen. De mogelijkheid van het Bpf om de verjaring te stuiten waardoor een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen heeft als doel dat het Bpf jegens de werkgever het ondubbelzinnige voorbehoud maakt dat het nakoming eist voor het betalen van het achterstallige deel van de koopsom door de werkgever.

5.2.13 *De contractuele vrijwaring in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht en liquidatie*

Bij de onbekende deelnemer die door de werkgever niet bij het Opf is aangemeld hoeft het liquidatieproces iet van onbeperkte duur te zijn. Dat hangt ervan af of het Bpf en de werkgever in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht elkaar over en weer vrijwaring zullen verlenen (par. 5.2.4.).

475 B. Degelink, 'Verjaring van pensioen', *ArbeidsRecht* 2013, 2, p. 12-15.

Wat is een vrijwaring? Een vrijwaring is een contractuele afspraak tussen twee partijen (de vrijwarende partij en de gevrijwaarde partij), waarbij de vrijwarende partij zich ertoe verbindt om de schade die de gevrijwaarde partij lijdt als gevolg van een beschreven omstandigheid te vergoeden. De gevrijwaarde partij hoeft de schade dus niet zelf te dragen.[476] Het is altijd van belang dat in de vrijwaring per schadeveroorzakende gebeurtenis duidelijk wordt omschreven welke partij de financiële gevolgen van deze gebeurtenis draagt. De vrijwaring van het Bpf richting het Opf kan er als volgt uitzien:

'Het Bpf vrijwaart het Opf voor iedere aansprakelijkheid voor vorderingen op pensioen die betrekking hebben op alle pensioenregelingen die het Opf heeft uitgevoerd, alsmede alle niet uit de administratie blijkende, maar wel door de werkgever toegezegde, binnen de uitvoeringsovereenkomst vallende pensioenaanspraken onder de voorwaarden dat:

a. er een verklaring is van een externe registeraccountant (RA) dat de opgave van de administratieve basisgegevens juist en volledig is en dat is voorzien van een Assurance-rapport, lijst van bevindingen en gepleegde correcties door of namens het Opf voor de door de externe registeraccountant geconstateerde verschillen in de basisadministratie;
b. er een verklaring is van een externe gecertificeerde actuaris van het Opf dat de over te dragen pensioenaanspraken en pensioenrechten juist en volledig zijn af te leiden uit de voor de betrokken deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden geldende pensioenreglementen van het Opf, en de aan betrokken deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden gedane pensioentoezeggingen naadloos aansluiten op (voornoemde) pensioenreglementen. Het door de externe actuaris verrichte onderzoek levert een lijst van bevindingen op, waarbij per bevinding opgenomen dient te worden of die bevinding substantieel en/of structureel inbreekt op de vereiste samenhang tussen pensioentoezegging, pensioenreglement en daaruit voortvloeiende pensioenaanspraken en pensioenrechten zodat voor een of meer van de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden de pensioenaanspraken en pensioen rechten niet juist en volledig zijn vastgesteld.'

In paragraaf 5.2.11 heb ik bij collectieve waardeoverdracht en liquidatie geconcludeerd dat het Bpf als overnemende pensioenuitvoerder bij de

476 C.P.R.M. Dekker en R.M.J.M. de Greef, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 53-54.

onbekende deelnemer onder stringente voorwaarden een uitzondering kan maken op de regel 'geen premie, wel recht' en de rekening kan neerleggen bij de werkgever. Het Bpf heeft daartoe de mogelijkheid indien de werkgever partij is bij de overeenkomst collectieve waardeoverdracht, waarbij het Bpf en de werkgever elkaar over en weer vrijwaring moeten verlenen.[477] De vrijwaring die het Bpf verleent aan de werkgever kan luiden als volgt:

'Het Bpf vrijwaart de werkgever voor iedere aansprakelijkheid voor:
a. vorderingen op pensioenaanspraken of -rechten die uit hoofde van een loondienstverband bij werkgever zijn verworven voor zover die vorderingen betrekking hebben op de overgedragen pensioenverplichtingen en die vorderingen deze pensioenverplichtingen naar aard en (nominale) omvang niet overschrijden alsmede voor zover
b. het Bpf de definitieve koopsom heeft ontvangen.'

De vrijwaring van de werkgever aan het Bpf kan als volgt luiden:

'De werkgever vrijwaart het Bpf voor iedere aansprakelijkheid voor vorderingen op pensioenaanspraken of -rechten die uit hoofde van een loondienstverband bij de werkgever zijn verworven, maar die naar aard en/of (nominale) omvang niet zijn begrepen in de tegen betaling van de verschuldigde definitieve koopsom overgedragen pensioenverplichtingen.'

Hoewel in de literatuur wordt betoogd dat de onbekende deelnemer het Bpf rechtstreeks kan aanspreken uit hoofde van de pensioenovereenkomst of het pensioenreglement laat dit volgens Dekker/de Greef, Meijer en Siegman terecht onverlet dat de onbekende deelnemer de werkgever kan aanspreken. Dit is een voor de hand liggende benadering omdat de onbekende deelnemer zich op het standpunt kan stellen dat de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst niet is nagekomen en dat de werkgever de schade die de onbekende deelnemer heeft

477 Dit is anders bij een collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een Opf waaraan meerdere werkgevers verbonden zijn. In dat geval sluiten het Bpf en het Opf een overeenkomst collectieve waardeoverdracht en liquidatie. Daarnaast sluit het Bpf met elke werkgever een overeenkomst van vrijwaring, waarbij de totstandkoming van elke overeenkomst van vrijwaring afhankelijk is van de totstandkoming van de overeenkomst collectieve waardeoverdracht tussen het Opf en het Bpf. Hetzelfde geldt bij ontbinding van de overeenkomst collectieve waardeoverdracht. Bij ontbinding van de overeenkomst collectieve waardeoverdracht wordt elke overeenkomst tot vrijwaring tussen het Bpf en de werkgevers eveneens ontbonden.

geleden moet vergoeden.[478] Bewandelt de onbekende deelnemer deze weg en is de vordering terecht, dan betrekt de werkgever het pensioenfonds bij de inkoop van de pensioenaanspraken. Heeft DNB nog geen verklaring van geen bezwaar afgegeven dan zal de werkgever de pensioenaanspraken moeten inkopen bij het Opf, omdat dit fonds op grond van de uitvoeringsovereenkomst nog de pensioenuitvoerder van de werkgever is. Indien DNB een verklaring van geen bezwaar heeft afgegeven voor de collectieve waardeoverdracht bij liquidatie, dan moet de werkgever de pensioenaanspraken inkopen bij het Bpf, omdat het Bpf vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum in alle rechten en verplichtingen is getreden van de pensioenregeling van de werkgever.

5.3 *Conclusies*

1. Aannemelijk is dat de wetgever geen instemmingsrecht voor de deelnemer wilde bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie, omdat in vele gevallen de aanleiding is dat de financiële continuïteit van het pensioenfonds op korte of middellange termijn gevaar loopt.

2. Uit jurisprudentie blijkt dat bij onbekende (gewezen) deelnemers na lange tijd de kans aanwezig blijft dat zij bij het pensioenfonds een vordering voor hun pensioenaanspraken indienen. Bij de onbekende deelnemer die bij het Bpf een vordering indient voor zijn pensioenaanspraken hoeft het liquidatieproces niet van onbeperkte duur te zijn. Dat hangt ervan af of het Bpf en de werkgever in de overeenkomst collectieve waardeoverdracht elkaar over en weer vrijwaring zullen verlenen.

3. Met Huijg concludeer ik dat bepalend is of de onbekende deelnemer onderdeel is van de collectieve waardeoverdracht en liquidatie of het gaat om pensioenverplichtingen die vallen binnen de door de werkgever toegezegde pensioenaanspraken zoals vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst. Dit is ook in overeenstemming met de (eerdere) Q&A van DNB van 25 januari 2011.

---

478 E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 4, p. 11-12, p. 56 alsmede http://www.toezicht.dnb.nl/3/5-224398.jsp (DNB-Website/Collectieve waardeoverdracht liquiderende pensioenfondsen) en J. Meijer: 'Ken ik effe vangen? Foutje bedankt', *Pensioen Magazine* 2011-12, p. 1-3.

4. Bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie krijgt de deelnemer vanaf de (contractuele) overdrachtsdatum een andere schuldenaar.

5. Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie is een rechtsfiguur sui generis.

6. Het Bpf kan bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie onder stringente voorwaarden bij de onbekende deelnemer een uitzondering maken op de regel 'geen premie, wel recht' en de rekening neerleggen bij de werkgever, waardoor het zijn aansprakelijkheid voor een vordering van een onbekende deelnemer in enige mate kan beperken.

7. Bij een beroep door het Bpf op de verjaringsartikelen 3:310 BW en 3:311 BW loopt het bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie jegens de werkgever minder risico dat de vordering is verjaard, omdat beide artikelen (ook) een verjaringstermijn van twintig jaar kennen.

8. Door een (contractuele) vrijwaring van de werkgever jegens het Bpf kan het fonds bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie zijn aansprakelijkheid voor de onbekende deelnemer beperken.

6 NIEUW FTK TOEKOMSTBESTENDIG?[479]

Internationaal gezien bestaan er twee pensioensystemen: DB en DC. Mengvormen zijn in principe wel mogelijk, maar stuiten vaak op juridische barrières. In dit geval is dat de Europese Richtlijn voor pensioenfondsen ('Pensioenfondsenrichtlijn'), die de waarborging van DB-pensioenen regelt.[480] De meeste Nederlandse pensioenfondsen voeren een DB-regeling uit. Een definedbenefitpensioen is een verzekering met contractueel een duidelijk eindpunt (immers een 'defined benefit') en dat is één bedrag. Bij de totstandkoming van zowel de Wet aanpassing financieel toetsingskader als de Wet pensioencommunicatie lijkt dit uit het oog te zijn verloren. De afwegingen met betrekking tot risico's, kortingen, indexaties, generatie-effecten en koopkrachtscenario's die de betreffende wetsvoorstellen overheersten hebben weinig meer te maken met de uitvoering

479 Dit onderdeel van de bijdrage is geschreven door Marie-Christine Witteman.

480 Zie de Europese Pensioenfondsenrichtlijn, Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003) en M.C.J. Witteman: 'Reëel pensioen is niet zacht', *Pensioen Magazine* 2013-6/7, p. 6 e.v.

van een DB-contract. Uiteraard zit de spreiding die pessimistische en optimistische scenario's representeren wel degelijk in het systeem en dienen belanghebbenden hierover goed te worden geïnformeerd. Het zou echter de plicht van de bestuurders van pensioenfondsen moeten zijn om deze spreiding via risicomanagement zo goed mogelijk te absorberen en aan de deelnemers alleen de *juiste* (meest zekere) uitkomst te presenteren.[481]

In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel 'Aanpassing financieel toetsingskader' valt te lezen:

'Het systeem van indexeren en korten in het wetsvoorstel zorgt ervoor dat zowel meevallers als tegenvallers in de dekkingsgraad jaarlijks voor ongeveer 1/10e deel worden verwerkt in indexatie of kortingen. Daarmee is het systeem van spreiden in het wetsvoorstel in materiële zin vergelijkbaar de voorstellen voor het reële contract met een 10-jaars spreidingsmechanisme.'[482]

Dit systeem van indexeren en korten (dat op diverse plaatsen in de parlementaire behandeling wordt toegelicht) zal echter ook in de formele documenten van het pensioenfonds moeten worden vastgelegd en de belanghebbenden zullen hierover moeten worden geïnformeerd op de wijze zoals vastgelegd in de nieuwe wetgeving rondom de pensioencommunicatie. Het contract wordt daarmee niet alleen materieel, maar naar mijn mening ook formeel gewijzigd in een 'zacht' pensioencontract. Het vanaf 1 januari 2017 verplicht en standaard communiceren van fictieve grensbedragen via het Pensioenregister wekt in dit verband naar mijn mening ten onrechte de indruk dat beleggingsrisico's bij de uitvoering van de regeling bij de deelnemers zelf liggen er dus feitelijk geen verschil is tussen DB en DC. Dit heeft toch veel weg van het 'invaren' van de huidige DB-regelingen in nieuwe 'zachte' pensioencontracten via de sluip(vaar)route van wettelijk verplichte pensioencommunicatie.

Hoe gaat dit werken? Via het Pensioenregister moet straks voor alle pensioenregelingen, dus ook DB-regelingen, een bereikbaar pensioen getoond worden op basis van een pessimistisch, een verwacht en een optimistisch bedrag. Een uniforme rekenmethodiek om tot deze bedragen te komen zal worden vastgelegd in lagere regelgeving. Met pessimistische en opti-

481 Zie M.C.J. Witteman, 'Wettelijk verplichte pensioencommunicatie: instortende nieuwbouw?', *Pensioen Magazine* 2014-2, p. 35-36.

482 Kamerstukken II, 2014-2015, 33 972, nr. 10, p. 32-33.

mistische scenario's op basis van historische gegevens kan prima worden gewerkt als de beleggingsrisico's bij de deelnemer liggen, dus in een DC-regeling. Ze bieden dan een adequaat handelingsperspectief, omdat de deelnemer op grond van deze scenario's bijvoorbeeld kan besluiten om de risico's te mitigeren door naar een defensiever beleggingsfonds te switchen. Er is ook niets mis mee als de pensioenuitvoerder de deelnemers daar dan in het kader van zijn zorgplicht op wijst. Als het om DB-regelingen gaat, is dit echter niet het geval. De pessimistische scenario's brengen bijvoorbeeld geen relevante risico's of onzekerheid in beeld en bieden ook geen enkel adequaat handelingsperspectief.[483] Een blijvend dienstverband bij de huidige werkgever is bijvoorbeeld de eerste grote onzekerheid voor een (jonge) pensioendeelnemer, maar deze onzekerheid wordt uiteraard in het pessimistische bedrag niet meegenomen. Het vertalen van dergelijke onzekerheid in scenario's of percentages is immers niet mogelijk. Hetzelfde zal gelden voor het risico dat de werkgever de regeling wijzigt of onderbrengt bij een andere uitvoerder. Of over twintig jaar mogelijk niet meer bestaat en de pensioenregeling dus ook niet meer sponsort. Per definitie zegt het pessimistische bedrag dus niets over de echte risico's waar met name de jongere deelnemer in de komende decennia mee te maken krijgen. Bij gebrek aan deze informatie draagt het bedrag dus ook op geen enkele wijze bij aan het dichten van de zogeheten verwachtingskloof, sterker nog, het kan de kloof vergroten als de jongere deelnemer meent dat het pessimistische bedrag in zijn individuele situatie het absolute bodembedrag is voor het te bereiken pensioen.

Waar zegt het pessimistische bedrag dan wel iets over? Het beleggingsrisico en het risico met betrekking tot de levensverwachting liggen in een definedbenefitregeling niet bij de deelnemer. Er is voor de deelnemer in dit verband dus alleen het risico van een gekort pensioen bij een aanhoudend dekkingstekort of faillissement van de pensioenuitvoerder, ofwel het risico van insolvabiliteit van de pensioenuitvoerder. Het is naar mijn mening juridisch onjuist en dus onacceptabel (en onfatsoenlijk) om dit risico te communiceren door middel van een lager bedrag dan het contractueel vastgelegde bedrag. Dan heeft de pensioenovereenkomst feitelijk geen waarde meer. Het werkt bovendien drempelverlagend als het om het gevoel van verantwoordelijkheid van de bestuurders van pensioenfondsen en verzekeraars gaat en is dus ook beschadigend voor de pensioensector als zodanig. Bovendien lijkt het in strijd te zijn met de voorgestelde artikelen 49 t/m 53 van de herziene IORP-richtlijn (IORP II), omdat

483 M.C.J. Witteman, 'Reëel pensioen is niet zacht', *Pensioen Magazine* 2013-6/7, p. 35-36.

het geven van projecties volgens deze richtlijn alleen van toepassing is bij pensioenregelingen waar van tevoren géén niveau van de pensioenuitkering is vastgelegd (dus DC-regelingen). Bij DB-regelingen hoort volgens de voorgestelde tekst één bedrag te worden gecommuniceerd. Dit past overigens ook geheel in de context van de Pensioenfondsenrichtlijn. Het korten van de aanspraken bij een tekort is op grond van art. 16 Pensioenfondsenrichtlijn de enige manier om een faillissement van een pensioenfonds af te wenden, tenzij de afwikkeling van pensioenfondsen die hun verplichtingen niet kunnen nakomen in de nationale wetgeving op andere wijze geregeld is, bijvoorbeeld via een herstelplan of een bijstortingsplicht voor werkgevers. Deze zogeheten *ultimum remedium*-kortingen of ex-post *last resort*-reducties zijn daarmee geen onderdeel van de arbeidsvoorwaardelijke afspraken, maar louter een gevolg van het feit dat de pensioenregeling bij een pensioenfonds is ondergebracht.[484] Voorheen kon een korting alleen plaatsvinden als een concreet en haalbaar herstelplan niet gemaakt kon worden of faalde en het tijdelijk toestaan van het tekort niet (langer) aan de orde was. Onder het nieuwe FTK worden deze kortingen deels onderdeel van de *ex ante* arbeidsvoorwaardelijke afspraken, nu er uit prudentieel oogpunt immers geen sprake van ex post *last resort*-kortingen kan zijn, indien de korting wordt toegepast wanneer de vereiste technische voorzieningen mogelijk zelfs ruimschoots aanwezig zijn. In verband met de nieuwe herstelsystematiek is art. 16, lid 2, onderdeel a, Pensioenfondsenrichtlijn relevant, dat aangeeft dat een lidstaat kan toestaan dat een IORP tijdelijk een tekort heeft, mits de instelling een concreet en haalbaar plan opstelt om de hoeveelheid activa die noodzakelijk is om de technische voorzieningen volledig te dekken, tijdig te herstellen. Een eerste aandachtspunt is dan de eis in de Nederlandse wetgeving om binnen vijf jaar terug te keren naar een minimale dekkingsgraad van circa 105% (de technische voorzieningen met een opslag van 5% om tot het minimaal vereist vermogen te komen, voortvloeiende uit art. 17, lid 1 en 2, Pensioenfondsenrichtlijn). Hierdoor wordt meer geëist dan het hebben van de technische voorzieningen van art. 16, lid 1, Pensioenfondsenrichtlijn. Volgens het nieuwe art. 134 PW kan een pensioenfonds echter ook de verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten verminderen indien de beleidsdekkingsgraad onder het vereist eigen vermogen ligt. In theorie kunnen de pensioenaanspraken dus worden verminderd, zonder dat ook maar bij benadering sprake is van het niet voldoen aan de dekkingseis van art. 16, lid 1 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

484 Zie M.C.J. Witteman, 'Reëel pensioen is niet zacht, reactie op FTK Consultatiedocument', *Pensioen Magazine* 2013-8/9, p. 24.

Dergelijke extra prudentiële maatregelen in het herstelplan bovenop de IORP-benchmark van 100% van de technische voorzieningen lijken door geen enkele bepaling of overweging in de Pensioenfondsenrichtlijn te worden toegestaan. De mogelijkheid tot een eigen invulling van de eisen bestaat voor de lidstaten bijvoorbeeld wel uitdrukkelijk met betrekking tot de wijze van vaststellen van de technische voorzieningen), de hoogte van het eigen vermogen en onder voorwaarden de beleggingsvoorschriften.[485]

De (immer) opschuivende tienjaarsherstelplansystematiek lijkt voorts niet in overeenstemming met art. 17, lid 1, Pensioenfondsenrichtlijn, dat bepaalt dat de IORP op permanente basis voldoende eigen vermogen moet aanhouden. Dit probleem wordt mogelijk deels gemitigeerd door het feit dat de toezichthouder (DNB) gedurende de herstelfase kan ingrijpen, maar erg transparant is dat laatste niet.
Daarnaast geldt dat de mogelijke spreiding van onvoorwaardelijk door te voeren kortingen binnen het nieuwe FTK zal moeten worden gefinancierd en dit zal waarschijnlijk gebeuren door een hogere korting vast te stellen dan nodig. Daarmee lijken de opgebouwde pensioenaanspraken te worden aangewend (afgekocht?) ten behoeve van de interne financiering van het pensioenfonds.
Het mechanisme van korten en tegelijkertijd indexeren dat door het kabinet wordt verondersteld,[486] doet tot slot ook tekort aan het 'schone lei'-perspectief dat bij een neerwaarts aanpassen van de verplichtingen als *ultimum remedium* door een (bijna) insolvabele instelling hoort.[487]
Al deze contractuele afspraken zijn naar mijn mening geen kenmerken van een DB-contract, maar van een 'zacht' contract dat niet aan de Pensioenfondsenrichtlijn kan worden getoetst en dus ook op het terrein van de communicatie van de Pensioenfondsenrichtlijn gaat afwijken. Een dergelijk contract lijkt dus eigenlijk niet door een IORP (pensioenfonds) te kunnen worden uitgevoerd; er zou immers sprake kunnen zijn van het omzeilen van de Europese regelgeving. [488]

485 Zie J.A. Gielink CPL, L.J.P. van der Meij, M.W. Minnaard, E.M.F. Schols en M.C.J. Witteman: 'Juridische aspecten van korten van pensioenen', *TPV*, april 2011, p. 13 e.v.

486 Onder meer Kamerstukken II, 2014-2015, 33 972, nr. 10, p. 22 en 27 (inclusief rekenvoorbeelden).

487 M.C.J. Witteman, 'Wettelijk verplichte pensioencommunicatie: instortende nieuwbouw?', *Pensioen Magazine* 2014-2, nr. 2, p. 35-36., p. 17 e.v.

488 M.C.J. Witteman, 'Reëel pensioen is niet zacht', *Pensioen Magazine* 2013-6/7, p. 6.

Het loslaten van harde bedragen en presenteren van fictieve pensioenbedragen in het Pensioenregister is ook om andere redenen geen goed idee. Een op zijn minst opmerkelijke conclusie uit een onderzoek van TNS NIPO uit 2013 is dat dergelijke informatie 'grotendeels wordt begrepen, behalve dat deelnemers niet altijd begrijpen dat bedragen waarin koopkracht en risico's zijn opgenomen niet de bedragen zijn die je op je rekening krijgt'.[489] In het Pensioenregister wordt straks voor de getoonde koopkracht- en risicobedragen gewerkt met de scenarioset van de Commissie parameters. Deze scenarioset bestaat uit een groot aantal scenario's, op grond waarvan pensioenresultaten over een horizon van zestig jaar kunnen worden bepaald. Het verwachte pensioenresultaat wordt vastgesteld aan de hand van het mediane scenario. Dit wordt ook wel het 50%-percentiel genoemd. Dat wil zeggen dat in 50% van de gevallen de uitkering lager ligt dan de gepresenteerde te verwachten uitkering en in 50% van de gevallen hoger. Het pessimistisch scenario komt overeen met bijvoorbeeld het 10%-percentiel. Dat betekent dat in 10% van de gevallen de uitkering lager ligt dan het gepresenteerde pessimistisch pensioenresultaat en in 90% van de gevallen hoger. Het optimistisch scenario komt dan overeen met het 90%-percentiel. Hierbij ligt in 10% van de gevallen de uitkering hoger dan het gepresenteerde optimistische pensioenresultaat en in 90% van de gevallen lager. In de lagere regelgeving zal het te hanteren percentiel voor het pessimistisch en optimistisch scenario worden neergelegd. Daarbij kan ook een keuze worden gemaakt voor het 5%- en 95%-percentiel.[490] Belangrijk is dat dit betekent dat zelfs in het pessimistische scenario de uitkering hoger kan zijn dan het contractueel afgesproken nominale bedrag, namelijk indien er geen sprake is van kortingen. Het betreft dan louter een pessimistisch scenario ten aanzien van (hogere) inflatie en (lagere) indexatie. De bovenvermelde conclusie van TNS NIPO toont naar mijn mening aan dat het risico bestaat dat de voorwaardelijke indexatie door het tonen van dergelijk scenario's minder voorwaardelijk wordt en dus afdwingbaar wordt en dus zelfs mogelijk als gevolg van het tonen van pessimistische scenario's. Hoe kan een dergelijke waarschuwing in hemelsnaam in de wind zijn geslagen?

Onder het nieuwe FTK is het de bedoeling dat de (doorgaans niet gefinancierde) indexatieambitie verwezenlijkt wordt uit het bestaande eigen vermogen van een pensioenfonds, dat gelet op art. 17 Pensioenfondsenrichtlijn vrij moet zijn van iedere verplichting. Betoogd zou kunnen

489 Concept wetsvoorstel 'Pensioencommunicatie', memorie van toelichting, p. 31.
490 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 008, nr. 6, p. 25.

worden dat de Pensioenfondsenrichtlijn dergelijke voorwaardelijke toeslagverlening dus alleen (voorzichtig) toestaat, indien er geen enkele (onjuiste) verwachting wordt gewekt en dus geen enkele verplichting ontstaat. Naast de onjuiste verwachtingen die mogelijk gewekt worden als gevolg van de nieuwe communicatieverplichtingen is er echter ook nog de met het nieuw FTK geïntroduceerde aanvangs*haalbaarheid*stoets, die eveneens tot verwachtingen ten aanzien van de (*haalbaarheid van de*) indexatieambitie zal leiden, zeker als de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen, indexatieambitie en risicohouding in een de wettelijke vereiste formele opdrachtaanvaarding tussen de sociale partners en het fonds zijn vastgelegd.
Naar mijn mening betekent deze formele opdrachtaanvaarding dat een bestuur van een pensioenfonds gewoonweg zal moeten indexeren, zodra dit volgens de beleidsstaffel en/of de wettelijke regeling van art. 137 PW mogelijk is, tenzij men een discretionaire bevoegdheid heeft vastgelegd om hiervan af te wijken. Te denken valt dan aan de bevoegdheid om af te zien van de toeslagverlening bij een tegenvallende economie of andere zorgelijke ontwikkelingen. Een dergelijke discretionaire bevoegdheid valt uiteraard niet te modelleren in de haalbaarheidstoets. Wat is in dat geval dan de waarde van de haalbaarheidstoets? Mocht het bestuur om deze reden geen discretionaire bevoegdheid hebben, moet de dan toch onmiskenbaar 'hardere' ambitie dan niet gewaardeerd en dus eigenlijk ook gewoon gefinancierd worden? En als dat niet gebeurt, louter omdat deze hardere ambitie gewoonweg niet te waarderen en dus ook niet te financieren valt en dus feitelijk niet geschikt is voor kapitaaldekking, wat zegt dit dan over de houdbaarheid van het nieuwe FTK, dat immers gebaseerd moet zijn op een stelsel van kapitaaldekking? Voor de Nederlandse wetgever en toezichthouder mag het plaatje er nog volstrekt logisch uitzien, ik kan mij voorstellen dat men in een internationale (toezichts)omgeving op zijn minst het hoofd zal schudden als men ooit gaat nadenken over de mogelijke juridische en financiële gevolgen van zo veel bij elkaar gepolderde arbeidsvoorwaardelijke spitsvondigheid.

6.1 *Conclusie*

Wanneer de Nederlandse wetgever zowel de Europese regelgeving als beproefde pensioensystemen negeert, kan dit zorgen voor schade aan het pensioenstelsel, waardoor het nieuwe FTK op de lange termijn niet houdbaar is.

4 *Governance pensioenfondsen*

Mr. K. Bitter
Mr. drs. C.R. Boekkooi
Mr. R. Buijs
Mr. A.W. Cramer CPL
Mr. dr. R.M.J.M. de Greef
Mr. R.J.M. Schreurs[491]

491 Karin Bitter is Manager Pensioenbeleid Pensioenfonds Zorg en Welzijn, Chantal Boekkooi is beleidsmedewerker bij Stichting Pensioenfonds Heineken en aangesloten als visiteur bij de Visitatie Commissie Pensioenfondsen, Roderick Buijs is advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP, Annemiek Cramer is advocaat bij Cramer Pensioen Advocatuur, Roland de Greef is advocaat pensioen-, financieel en fiscaal recht bij Houthoff Buruma, René Schreurs is Manager bestuursondersteuning bij DSM Pension Services B.V.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

2 Bestuursperikelen bij een gesloten pensioenfonds
2.1 Inleiding
2.2 Wat is een gesloten pensioenfonds?
2.3 Is er sprake van een herverzekeringsplicht?
2.4 Wettelijk kader gesloten pensioenfondsen
2.4.1 Huidige wettelijke kader
2.5 Rol toezichthouder bij verplichting tot overdracht
2.6 Consequentie beëindiging uitvoeringsovereenkomst
2.7 Impact wegvallen werkgever op bestuurssamenstelling

3 De norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW
3.1 Inleiding
3.2 Concrete inhoud van de norm
3.3 Toetsing door de rechter
3.4 Afsluitend

4 Versterking van het intern toezicht
4.1 Invulling intern toezicht
4.1.1 Raad van toezicht voor bedrijfstakpensioenfondsen
4.1.2 Keuzemogelijkheid voor ondernemingspensioenfondsen
4.2 Visitatiecommissie
4.3 Raad van toezicht
4.4 One-tier board
4.5 Einde visitatiecommissie in zicht?
4.6 Uitdagingen van een visitatiecommissie

5 Bestuursmodellen en het algemeen pensioenfonds
5.1 Inleiding
5.2 Karakteristieken van een APF
5.3 Multi-Opf als voorloper van APF
5.4 Bestuur en verantwoording
5.4.1 Bestuur
5.4.2 Verantwoording
5.4.3 Paritair model
5.4.4 Onafhankelijk model
5.5 Keuze bestuursmodel
5.6 Intern toezicht
5.7 Tot slot

6 De Code Pensioenfondsen
6.1 Inleiding
6.2 Code Pensioenfondsen
6.3 De Code Pensioenfondsen nader beschouwd
6.4 Gedrag en cultuur in de Code

7 Governance van de uitbesteding
7.1 Inleiding
7.2 Wat is nu eigenlijk uitbesteding?

7.3 Taken pensioenfonds
7.4 Governance
7.5 Governance bij uitbesteding
7.6 De uitbestedingsovereenkomst

8 Tot slot

Governance pensioenfondsen

1 INLEIDING

Het functioneren van organisaties, in welke vorm dan ook, is gebaat bij goede governance. Goede governance vergroot de effectiviteit, legitimeert ten opzichte van de belanghebbenden, en helpt excessen te voorkomen. Goede governance krijgt gestalte in de juiste checks & balances tussen de functies bestuur, verantwoording en intern toezicht.[492]

In 2014 hebben pensioenfondsen de governance en medezeggenschap voor pensioenfondsen moeten herzien door de invoering van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen ('Wvbp'). Met de Wvbp is een eerste stap gezet naar de versterking van de deskundigheid van het bestuur en het intern toezicht, een adequate vertegenwoordiging van alle risicodragers en stroomlijning van taken en organen binnen een pensioenfonds.

De verwachting is dat er nog meer stappen gemaakt zullen worden en dat de Wvbp nog verder zal worden aangescherpt. De mogelijkheid van een visitatiecommissie als intern toezicht is al jaren een onderwerp van discussie. Is het mogelijk dat de visitatiecommissie nog kan blijven voortbestaan?

Ook de Code Pensioenfondsen (hierna: de Code) geeft enkele normen die van invloed kunnen zijn op de governance van pensioenfondsen. De Code is een doorontwikkeling van de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de Stichting van de Arbeid (hierna: de Principes) en zal bij een verandering alleen maar doorontwikkeld worden door nieuwe inzichten.

Een andere (door)ontwikkeling is de introductie van een algemeen pensioenfonds (APF). Met het APF kunnen mogelijke problemen met de governance van het bestaande fonds worden opgelost. Het APF kan bijvoorbeeld een goede oplossing zijn voor gesloten pensioenfondsen. Gesloten pensioenfondsen zijn namelijk sinds een aantal jaren onderwerp van discussie in de pensioensector, met name doordat ondernemingen de

492 VITP-Toezichtcode, *Normenkader voor goed intern toezicht bij pensioenen*, p. 5.

uitvoeringsovereenkomst opzeggen met pensioenfondsen. DNB ziet deze pensioenfondsen dan ook als kwetsbare pensioenfondsen.
Daar komt bij dat vrijwel alle pensioenfondsen hun werkzaamheden meer of minder uitbesteden. Hoe is goed bestuur op afstand te organiseren, wie is verantwoordelijk voor de uitbesteding en op welke wijze wordt geborgd dat er voldoende grip en controle op de uitvoering is?

Door de vele wijzigingen in pensioenland zijn wijzigingen van pensioenregelingen en wijzigingen in de governance van pensioenfondsen bijna dagelijkse kost. Indien wijzigingen moeten worden doorgevoerd of pijn moet worden verdeeld, is evenwichtige belangenbehartiging bij de besluitvorming door pensioenfondsen belangrijker dan ooit. In hoeverre zijn de eisen van deze afweging voorgeschreven en in hoeverre kunnen pensioenfondsen hier een eigen invulling aan geven?
Aangezien besluiten beginnen bij het bestuur bij een pensioenfonds gaan we eerst in op de bestuursperikelen bij een gesloten pensioenfonds om vervolgens verder te gaan met de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW, die door het bestuur bij besluitvorming in acht moet worden genomen. Vervolgens geven we een visie op de versterking van het intern toezicht en lichten we de bestuursmodellen en het algemeen pensioenfonds toe. Tot slot geven we een toelichting op de Code en sluiten we af met de governance van de uitbesteding.

2 BESTUURSPERIKELEN BIJ EEN GESLOTEN PENSIOENFONDS[493]

2.1 *Inleiding*

Het besturen van een gesloten pensioenfonds is sinds een aantal jaren onderwerp van discussie in de pensioensector. Reden daarvoor is dat ondernemingen er steeds vaker vanuit financiële overwegingen voor kiezen een lopende uitvoeringsovereenkomst op te zeggen. Deze ontwikkeling brengt het bestuur in een lastig parket. Is er sprake van een herverzekeringsplicht? Hoe ziet het wettelijk kader eruit en wat is de rol van de toezichthouder? Wat is de impact voor de bestuurssamenstelling? Dit zijn enkele vragen die in deze bijdrage vanuit een juridisch perspectief worden besproken. Voordat ik op deze vragen inga, bespreek ik eerst wat verstaan moet worden onder het zogenoemde gesloten pensioenfonds.

493 Paragraaf 2 is geschreven door Roderick Buijs.

Binnen een gesloten pensioenfonds vindt geen verwerving van pensioen meer plaats. Zo'n fonds kan ontstaan nadat een werkgever de uitvoeringsovereenkomst opzegt en per die datum de pensioenregeling onderbrengt bij een andere pensioenuitvoerder. De verwerving van pensioenaanspraken bij het pensioenfonds is derhalve gestopt. Blijkens art. 1 PW is de verwerving van pensioenaanspraken noodzakelijk om als actieve deelnemer gedefinieerd te kunnen worden. Daarop vult de memorie van toelichting op de PW aan dat indien een pensioenrecht of aanspraak uitsluitend groeit door de toekenning van toeslagen, er geen sprake meer is van verwerving van pensioen.[494]

Vreemd in dit kader is een recente uitspraak van de minister in haar reactie per brief van 1 december 2014 op vragen over het conflict bij Stichting Pensioenfonds Alcatel-Lucent.[495] Alcatel-Lucent heeft de uitvoeringsovereenkomst per 31 december 2011 opgezegd, waarop het pensioenfonds een juridische procedure is gestart voor de vermeende schade. De minister is gevraagd in te gaan op vragen van de Stichting Pensioenbelang Pensioengerechtigden Nederlandse Telecommunicatie Industrie (PPNTI). De PPNTI vraagt zich onder meer af of werknemers door het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst gewezen deelnemer zijn geworden. De minister stelt dat de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst door een werkgever niet betekent dat een werknemer op dat moment een gewezen deelnemer is geworden. Naar haar zeggen blijft een werknemer actieve deelnemer zolang de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer in stand blijft. Een onbegrijpelijke uitspraak, gezien de in art. 1 PW vastgelegde voorwaarde dat er voor het zijn van een deelnemer sprake moet zijn van verwerving van pensioen. Ik zit dan ook op dezelfde lijn als Van Leeuwen, Schols en Kuijper, die eerder in een publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht hebben gesteld dat wanneer de verwerving eindigt, de werknemer daarmee gewezen deelnemer wordt.[496]

494 Memorie van toelichting PW, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 164.
495 Brief aan de Tweede Kamer van 1 december 2014, betreft Stichting Pensioenfonds Alcatel-Lucent, p. 3.
496 A.W. van Leeuwen, E. Schols-van Oppen en P. Kuijper, *Het verweesde pensioenfonds en nu?*, publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, 2013, p. 34.

2.3 *Is er sprake van een herverzekeringsplicht?*

De discussie omtrent gesloten pensioenfondsen is niet louter iets van deze tijd. Het gesloten pensioenfonds heeft in de afgelopen decennia wel vaker in de belangstelling gestaan. De vraag waar de discussie telkens om draait en die ook nu in feite wordt bediscussieerd is of er sprake is van een herverzekeringsplicht. Tegenwoordig noemt men het niet enkel een 'herverzekeringsplicht', maar spreekt de wetgever in art. 149 PW over de 'verplichting tot overdracht, verzekering of onderbrenging', zodat het gesloten pensioenfonds niet wordt beperkt tot enkel (commerciële) verzekeraars als contractspartijen.
In het kader van dit artikel reikt het te ver om in te gaan op de keuzemogelijkheden die een pensioenfonds hiervoor heeft. Vorig jaar heeft Soetendaal hier een fraai overzicht van gepubliceerd in *Pensioen Magazine*[497], waaraan ik enkel zou willen toevoegen dat het Algemeen Pensioenfonds (APF), dat naar verwachting zijn intrede in Nederland doet per 1 januari 2016, een uitermate geschikt pensioenvehikel lijkt voor een gesloten pensioenfonds. Met name omdat het APF verschillende (gesloten) fondsen kan bundelen (dat hoeft dus niet in financiële zin, want speciaal aan het APF is dat er niet één financieel geheel hoeft te zijn, wel een bestuurlijk en organisatorisch geheel) en daardoor de bestuurlijke lasten en kosten kan beperken. Vertegenwoordigers van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden kunnen bovendien door middel van een belanghebbendenorgaan of verantwoordingsorgaan invloed blijven uitoefenen op belangrijke besluiten die door het bestuur ten aanzien van het eigen compartiment worden gemaakt. Lees meer over de bestuursmodellen en het AFP verderop in dit hoofdstuk.

2.4 *Wettelijk kader gesloten pensioenfondsen*

Mooie voorbeelden van gesloten pensioenfondsen zijn het Mijnwerkersfonds en het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf. Deze beide fondsen hebben pas vorig jaar besloten tot liquidatie van de fondsen en tot overdracht van de pensioenverplichtingen naar een verzekeraar en laten daarmee veertig jaar achter zich waarin zij gefunctioneerd hebben als gesloten fondsen. In Nederland is per 1 januari 2000 een herverzekeringsplicht in de Pensioen- en spaarfondsenwet geïntroduceerd,[498] inhoudende

497 *Pensioen Magazine* 2014/42, Emile Soetendaal, 'Van algemene pensioeninstelling naar algemeen pensioenfonds'.
498 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 415, nr. 1-2.

dat verplicht tot herverzekeren moest worden overgegaan indien de onderneming waaraan een pensioenfonds verbonden was, ophoudt te bestaan, dan wel indien de verbondenheid van een pensioenfonds aan de onderneming anderszins werd beëindigd (art. 1, lid 8, PSW). Overgangsrecht bepaalde dat deze herverzekeringsplicht niet van toepassing was op gesloten fondsen die per 1 januari 2000 ten minste 2000 gewezen deelnemers en pensioengerechtigden hadden en een dekkingsgraad van ten minste 115%. Hiermee waren het Mijnwerkersfonds en het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf vrijgesteld van de herverzekeringsplicht.

Naast deze herverzekeringsplicht voor gesloten fondsen werd in hetzelfde wetgevingstraject een herverzekeringsplicht voorgesteld voor fondsen met minder dan 100 actieve deelnemers (tegenwoordig krimpende pensioenfondsen genoemd). Dit onderdeel van het wetsvoorstel heeft het echter niet gehaald en is bij amendement komen te vervallen, mede gezien de willekeur en omdat herverzekering zou kunnen leiden tot hogere uitvoeringskosten, lagere rendementen, lagere indexeringen en gedwongen winkelnering bij verzekeraars.[499] Allemaal argumenten die ook samenhangen met de herverzekeringsplicht voor gesloten fondsen als opgenomen in art. 1, lid 8, PSW. Dit lijkt de wetgever in 1999 over het hoofd te hebben gezien. Pas per 1 januari 2005 is art. 1, lid 8, PSW zodanig aangepast dat een pensioenfonds niet zijn karakter als ondernemingspensioenfonds verliest wanneer de onderneming ophoudt te bestaan dan wel de verbondenheid met de onderneming anderszins wordt beëindigd. Het leed was echter al geschied: een aantal gesloten fondsen heeft de pensioenverplichtingen gedwongen moeten overdragen naar een verzekeraar. Ook de rechter bleek niet in staat om deze herverzekeringsplicht aan de kant te schuiven en noemde het simpelweg een keuze van de wetgever die moet worden gevolgd.[500]

2.4.1 *Huidig wettelijke kader*

Per 1 januari 2005 is het regime gaan gelden zoals we dat nu nog kennen. Het betreft een inhoudelijke toets door de toezichthouder, die in art. 149 PW is opgenomen. De toezichthouder kan overgaan tot het opleggen van een verplichting tot verzekering bij een verzekeraar, overdracht aan een verzekeraar of onderbrenging bij een pensioenfonds, indien dit naar het oordeel van de toezichthouder noodzakelijk is in verband met (i) de actu-

499 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 415, nr. 11.

500 Zie Stichting Pensioenfonds Leidsche Wolspinnerij NV tegen de Pensioen- & Verzekeringskamer, *PJ* 2002/65.

ariële bedrijfstechnische opzet van het pensioenfonds, of (ii) de deskundigheid en betrouwbaarheid van het bestuur. Wanneer na beëindiging van de pensioenregeling de beleidsdekkingsgraad onder de gestelde eisen ten aanzien van het minimaal vereiste eigen vermogen komt te liggen, moet een gesloten fonds op grond van art. 150 PW binnen een door de toezichthouder gestelde termijn overgaan tot overdracht. De procedure tot overdracht moet ter instemming aan de toezichthouder worden voorgelegd en wordt beschikbaar gesteld aan gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Indien er sprake is van een tekort bij het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst, dan gelden er dus aanvullende voorschriften en moet een gesloten fonds binnen een door de toezichthouder te stellen termijn (verplicht) overgaan tot overdracht.

2.5 *Rol toezichthouder bij verplichting tot overdracht*

In de afgelopen jaren is de toezichthouder steeds meer druk gaan uitoefenen op gesloten (en krimpende) fondsen.[501] Dit heeft er onder meer toe geleid dat de toezichthouder van gesloten (en krimpende) fondsen verwacht dat zij jaarlijks een toekomstanalyse en een onderzoek naar alternatieven voor de toekomst uitvoeren. Hiermee begeeft de toezichthouder zich op glad ijs wat betreft zijn bevoegdheden. De Pensioenwet ('PW') kent de toezichthouder tenslotte geen ex ante bevoegdheden toe als het gaat om het functioneren van een gesloten (of krimpend) fonds. De toezichthouder moet optreden tegen geconstateerde wetsovertredingen en de PW kent de toezichthouder in dat verband in art. 171 t/m 176 PW een breed scala van bevoegdheden toe, waarmee zij deze toezichttaak kan uitvoeren.

Allereerst kan men dus de vraag stellen of de toezichthouder in dit kader wel opkomt tegen een geconstateerde wetsovertreding. Op grond van art. 149 PW kan de toezichthouder gesloten fondsen verplichten tot overdracht over te gaan. Echter alleen als dit noodzakelijk is in verband met de bedrijfstechnische opzet van het pensioenfonds of de deskundigheid

501 Eind november 2013 heeft DNB een brief gestuurd aan een zestigtal middelgrote en kleine pensioenfondsen en stelt daarin dat het bedrijfsmodel mogelijk kwetsbaar is en de houdbaarheid ervan door het bestuur nader moet worden onderzocht. DNB organiseert ook seminars in dit kader en publiceerde eind augustus 2013 een factsheet rondom krimpende en gesloten fondsen. In 2014 hebben dertig van deze pensioenfondsen zich geliquideerd. In 2015 heeft DNB nogmaals dertig pensioenfondsen aangeschreven dat het bedrijfsmodel mogelijk kwetsbaar is en de houdbaarheid ervan door het bestuur nader moet worden onderzocht.

en betrouwbaarheid van het bestuur. Dit is een inhoudelijke toets die de toezichthouder allereerst moet uitvoeren. Op basis van de uitkomsten van dat onderzoek kan ik mij voorstellen dat de toezichthouder van een gesloten fonds verlangt dat het een toekomstanalyse en een onderzoek naar alternatieven voor de toekomst uitvoert. Nu lijkt de toezichthouder buiten zijn bevoegdheden te treden.

Daarnaast heeft de toezichthouder bij de toepassing van zijn bevoegdheden rekening te houden met de in de jurisprudentie aanvaarde beginselplicht, die inhoudt dat aan een bevoegdheid van de toezichthouder altijd een zorgvuldige belangenafweging vooraf moet gaan en toepassing van de bevoegdheid noodzakelijk moet zijn in het belang van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden van het fonds.[502] Een gesloten fonds zou voor zichzelf na moeten gaan of het jaarlijks uitvoeren van een toekomstanalyse en een onderzoek naar alternatieven voor de toekomst noodzakelijk is.

2.6 *Consequentie beëindiging uitvoeringsovereenkomst?*

De werkgever vervult ten aanzien van een gesloten pensioenfonds een bijzondere rol. De contractuele relatie tussen pensioenfonds en onderneming is beëindigd, waarmee tevens het belang dat de onderneming had in het pensioenfonds is komen te vervallen. Dit belang kan eventueel nog aanwezig zijn indien sprake is van een (lopend) herstelplan, waarin bijvoorbeeld betalingsverplichtingen voor de werkgever zijn vastgelegd. Is hier geen sprake van, dan is vanuit de PW bezien vaak onduidelijk wat de consequenties zijn bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst.[503] Met name voor ondernemingspensioenfondsen zijn vaak geen exitvoorwaarden vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst. Bovendien geldt voor ondernemingspensioenfondsen geen norm bij beëindiging, zoals deze voor verzekeraars en premiepensioeninstellingen wel geldt. Voor hen geldt dat de voorwaarden bij beëindiging vastgelegd moeten zijn in de uitvoeringsovereenkomst, waarbij de belangen van beide partijen op een evenwichtige wijze gewaarborgd moeten worden.[504] Opvallend is dat de

502 Zie Stichting Pensioenfonds Leidsche Wolspinnerij NV tegen de Pensioen- & Verzekeringskamer, *PJ* 2002/65 en Stichting Pensioenfonds NIGOCO tegen de Pensioen- & Verzekeringskamer, *PJ* 2003/57.

503 Zie reactie EY van 5 september 2015 inzake consulatie Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst (http://www.internetconsultatie.nl/ambitieovereenkomst/reacties).

504 Art. 25, lid 1, onderdeel h, PW.

minister heeft voorgesteld deze norm ook van toepassing te verklaren op het APF.[505] Hiermee wordt naar ik meen een niet te rechtvaardigen (willekeurig) onderscheid gemaakt tussen een APF en een ondernemingspensioenfonds.

2.7 *Impact wegvallen werkgever op bestuurssamenstelling*

Het wegvallen van de werkgever heeft ook impact op de bestuurssamenstelling van een ondernemingspensioenfonds. Dit viel de wetgever reeds op ten tijde van het vervallen van de eerder besproken herverzekeringsplicht.[506] Naast de financiële opzet en daarmee de actuariële bedrijfstechnische nota zou DNB ook moeten toetsen op de consequenties die het wegvallen van de werkgever heeft op de bestuurssamenstelling. Tegenwoordig lijkt de bestuurssamenstelling een aspect waar DNB niet direct op toetst als we kijken naar het *Open Boek Toezicht* van DNB inzake krimpende en gesloten pensioenfondsen.[507] Onvoldoende gekwalificeerde mensen en onvoldoende communicatie met de deelnemer worden wel genoemd als risico's rondom governance, maar niet de bestuurssamenstelling. Ik vind dit een zeer belangrijk onderdeel, omdat binnen een bestuur waarin de belanghebbenden niet op een evenwichtige wijze zijn vertegenwoordigd, het risico bestaat dat ook geen objectieve afweging van deze belangen wordt gemaakt. Dit is mijns inziens alleen voldoende geborgd als bij gesloten fondsen de vertegenwoordigers van werkgevers, plaatsmaken voor vertegenwoordigers van werknemers en pensioengerechtigden en/of wanneer bijvoorbeeld de stemverhoudingen worden aangepast. Ook een vermindering van vertegenwoordigers van werknemers zou bij gesloten fondsen een optie zijn. Daartoe biedt de wet ook mogelijkheden, door in art. 102, lid 2, PW te stellen dat indien het aantal deelnemers minder bedraagt dan 10% van de som van het aantal deelnemers en pensioengerechtigden, vertegenwoordigers van pensioengerechtigden meer zetels mogen bezetten dan werknemersvertegenwoordigers. Nu vaststaat dat er geen deelnemers meer zijn, kan van deze mogelijkheid gebruik worden gemaakt.

Art. 100 PW stelt aan de evenwichtige vertegenwoordiging binnen het bestuur als enige eis dat vertegenwoordigers van werknemers en pen-

505 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 117, nr. 2, p. 2.
506 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 981, nr. 6, p. 4.
507 http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-228639.jsp, publicatiedatum 20 augustus 2013.

sioengerechtigden tezamen 'ten minste' evenveel zetels bezetten als vertegenwoordigers van de werkgever. Als de werkgever geen zetels meer heeft dan wordt mijns inziens nog steeds voldaan aan de eis van 'ten minste evenveel'. Art. 100 PW staat er in ieder geval niet aan in de weg om het aantal werkgeverszetels te verminderen. Voorts kan het evenwicht binnen het bestuur ook teruggebracht worden door bepaalde stemverhoudingen toe te passen. De Pensioenwet noch de Code Pensioenfondsen verzetten zich tegen het gebruik van gewogen stemverhoudingen. Waar DNB zeer kritisch aankijkt tegen gewogen stemverhoudingen – en het gebruik daarvan een uitzondering noemt en geen usance[508] – ben ik van mening dat zal blijken dat het gebruik van gewogen stemverhoudingen vaak nodig zal zijn om het evenwicht binnen het bestuur na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst te herstellen. Het toepassen van stemverhoudingen kan het evenwicht binnen het bestuur terugbrengen. De Code Pensioenfondsen en de toelichting hierop bepalen dat ieder bestuurslid stemrecht toekomt. Voorts sluit de toelichting gewogen stemverhoudingen niet uit, waarbij zij tevens verwijst naar een situatie waar de evenwichtigheid binnen het bestuur hersteld moet worden, omdat het anders niet paritair zou zijn. De evenwichtigheid geeft in zo'n geval aanleiding tot een andere verdeling. Toepassing van gewogen stemverhoudingen wordt derhalve niet ingegeven door gewoonte of gebruik, maar dient ter versterking van het bestuur van een gesloten pensioenfonds.

3 DE NORM VAN EVENWICHTIGE BELANGENBEHARTIGING VAN ART. 105, LID 2, PW[509]

3.1 *Inleiding*

In het huidige tijdsgewricht waarin pensioenfondsen pijn te verdelen hebben en waarin de financiële houdbaarheid van het pensioenstelsel onderwerp van gesprek is, is evenwichtige belangenbehartiging bij de besluitvorming door pensioenfondsen belangrijker dan ooit. Daarom staat in deze bijdrage de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW centraal. Die norm is in 1990 in de Pensioen- en spaar-

508 Maja Maric en Iris Sluiter; 'Gebruik stemverhoudingen is een uitzondering en geen usance', *Pensioen & Praktijk*, 2014, nr. 7-8. Zie ook nieuwsbericht DNB van 5 maart 2014, 'Wvbp: nieuwe Q&A's en Q&A gewogen stemverhoudingen'.

509 Paragraaf 3 is geschreven door Annemiek Cramer.

fondsenwet opgenomen en luidt thans[510] dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen, zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever. De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen, zorgen er volgens de tekst van art. 105, lid 2, PW voor dat de genoemde belanghebbenden zich op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

Evenwicht in de belangenbehartiging is een belangrijk uitgangspunt bij de regelgeving over de inrichting, de bestuursstructuur, van een pensioenfonds. Daar gaat deze bijdrage niet over, maar aardig is wel om te signaleren dat discussie over de bestuursstructuur aan de basis ligt van de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW. De norm is in 1990 in de PSW opgenomen naar aanleiding van een amendement van de Kamerleden Paulis en Alders.[511] Het betrof een amendement op het voorstel voor de Wet vertegenwoordiging gepensioneerden in pensioenfondsbesturen, dat in juni 1985 bij de Kamer was ingediend.[512] De indieners constateerden, in de toelichting bij het amendement, dat de kern waar het wetsvoorstel een oplossing voor probeerde te bieden door gepensioneerden een zelfstandig recht op vertegenwoordiging in het bestuur te geven, was dat sommige groepen van belanghebbenden zich niet voldoende vertegenwoordigd voelden door de sociale partners in de pensioenfondsbesturen en zich afvroegen of alle betrokken belangen wel evenwichtig werden afgewogen. Dit als gevolg van de emancipatie van ouderen sinds de invoering van de PSW in 1952, waarin werd uitgegaan van een bestuur samengesteld uit vertegenwoordigers van werkgevers en vertegenwoordigers van werknemers. De indieners van het amendement beoogden dat probleem op een andere manier op te lossen, namelijk door in de wet vast te leggen dat evenwichtige belangenbehartiging richtsnoer moet zijn voor het bestuur bij de vervulling van zijn taak. Een

510 Met ingang van 1 maart 1990 in werking getreden als onderdeel van de Regeling medezeggenschap bij pensioenfondsen (*Stb*. 1990, 29); destijds art. 6, lid 4, PSW. De tekst van de bepaling is na 1990 verschillende keren gewijzigd. Voor het onderwerp van deze bijdrage zijn die wijzigingen niet van belang. Met ingang van 1 januari 2000 gewijzigd (*Stb*. 1999, 592); art. 5, lid 4, PSW. Met ingang van 1 januari 2007 gewijzigd (*Stb*. 2006, 705); art. 105, lid 2, PW. Met ingang van 1 augustus 2008 gewijzigd (*Stb*. 2008, 314); art. 105, lid 2, PW.

511 Kamerstukken II, 1987-1988, 19 008, nr. 16. Zie ook Kamerstukken II, 1988-1989, 19 008, nr. 31, p. 1.

512 Kamerstukken II, 1984-1985, 19 008, nr. 2.

richtsnoer voor evenwichtige belangenbehartiging in plaats van het toekennen van macht aan gepensioneerden in het pensioenfondsbestuur. Het amendement van Paulis en Alders heeft het destijds gehaald.

In deze bijdrage is aan de orde wat de rol van de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW voor pensioenfondsen is, althans wat die rol zou moeten zijn. Voor het bepalen van die rol is natuurlijk in de eerste plaats de concrete inhoud van de norm van belang. Daarnaast is in dat kader interessant in welke situaties de rechter daadwerkelijk aan de norm zal toetsen en of de rechter terughoudend aan de norm zal toetsen of juist niet. Aan deze aspecten wordt in het navolgende aandacht besteed.

Deze bijdrage beperkt zich tot de rol van de norm bij concrete besluiten van een pensioenfondsbestuur. Het zal in de praktijk gaan om besluiten over bijvoorbeeld het korten van pensioenen, het aanwenden van vermogensoverschotten, het toekennen van indexering en het vaststellen van de premie en van het beleggingsbeleid, omdat bij dergelijke besluiten de in art. 105, lid 2, PW bedoelde belangen zullen botsen. De bijdrage gaat niet in op andere handelingen van een pensioenfondsbestuur dan wel op handelingen van andere personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen. Overigens verdient opmerking dat de raad van toezicht en de visitatiecommissie moeten toezien op evenwichtige belangenafweging door het bestuur (art. 104, lid 2 en 8, PW).

3.2 *Concrete inhoud van de norm*

Wat is de concrete inhoud van de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW? Met welke belangen moeten pensioenfondsbesturen in welke mate en op welke wijze rekening houden om te voldoen aan de norm? De wetsgeschiedenis en de jurisprudentie bieden niet veel houvast, zoals hieronder zal worden toegelicht.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met het vastleggen van de norm van evenwichtige belangenbehartiging is beoogd een taak voor het bestuur vast te leggen, en dat het daarbij niet zozeer gaat om hoe belanghebbenden zich (subjectief) zouden moeten of zouden kunnen voelen. Het gaat erom dat het bestuur bij het uitoefenen van zijn taak op evenwichtige wijze met alle belangen rekening houdt.[513] In lijn daarmee is in de juris-

513 Kamerstukken I, 1988-1989, 19 008, nr. 253c, p. 7.

prudentie geen uitspraak te vinden waarin concreet werd getoetst of bij de belanghebbenden een bepaald gevoel aanwezig was.[514] Verder worden in de wetsgeschiedenis weinig woorden gewijd aan de concrete inhoud van de norm, omdat de norm nadere invulling zou moeten krijgen in de praktijk en in de jurisprudentie.[515] De wetsgeschiedenis geeft slechts enkele algemene handvatten voor de mate waarin of de wijze waarop bij bestuursbesluiten rekening moet worden gehouden met de verschillende betrokken belangen. Genoemd worden de zwaarte van de wederzijdse belangen, de aard van de te nemen besluiten en de overige omstandigheden van het geval. De kwantiteit van de belangen is volgens de wetsgeschiedenis niet in de eerste plaats bepalend; uitgangspunt is dus niet dat pondspondsgewijs rekening wordt gehouden met de betrokken belangen.[516] Dat sluit aan bij de solidariteitsgedachte. In de jurisprudentie trof ik geen uitspraken aan waarin relevante nieuwe handvatten worden gegeven voor de mate waarin of de wijze waarop rekening moet worden gehouden met de in art. 105, lid 2, PW bedoelde belangen bij bestuursbesluiten.

Moet het pensioenfondsbestuur zich beperken tot de verschillende belanghebbenden genoemd in art. 105, lid 2, PW, te weten deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever? De wetgever heeft, kennelijk op voorzet van De Nederlandsche Bank, begin 2014 bevestigd dat dit niet het geval is. In een brief van 17 december 2013 aan de staatssecretaris van SZW over de zogenoemde generatie-evenwichtstoets van DNB, gebaseerd op art. 105, lid 2, PW, stelt DNB dat het ondersteunend zou zijn 'als de wetgever in de wetsgeschie-

514 Witte gaat er vanuit dat de verplichting ervoor te zorgen dat alle betrokkenen zich evenwichtig vertegenwoordigd kunnen voelen, een tweede, kennelijk zelfstandige, verplichting is. I.R.W. Witte, annotatie bij: Kantonrechter Amsterdam 21 november 2011, *PJ* 2012/1. Kok, Boer en Koops gaan daar kennelijk ook van uit, waar zij, in een artikel over evenwichtig korten, stellen dat het pensioenfonds 'ook' zou moeten onderbouwen dat alle belanghebbenden zich op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen. J. Kok, D. de Boer en E. Koops, 'Solidariteit in goede en slechte tijden: evenwichtig korten?', *TPV* 2012, p. 4, vgl. ook p. 6 en 7.

515 Bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1988-1989, 19 008, nr. 30, p. 2 en Kamerstukken I, 1988-1989, 19 008, nr. 253c, p. 3.

516 Kamerstukken I, 1988-1989, 19 008, nr. 253c, p. 3 en p. 6. Zie ook Handelingen I, 1988-1989, 36, p. 1325 en p. 1327. Vgl. ook, in verband met korten, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 85. Zie voorts, in verband met het vaststellen van de premie, Kamerstukken II, 2013-2014, 33 847, nr. 7, p. 24 en Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. F, p. 11, waar wel verschillende voorbeelden worden gegeven van omstandigheden die in het kader van een evenwichtige premievaststelling van belang kunnen zijn.

denis voor eenieder duidelijk maakt dat evenwichtige belangenafweging bij de premievaststelling ook betrekking heeft op evenwicht tussen generaties'.[517] De wetgever is kennelijk aan de oproep van DNB tegemoetgekomen, door in de parlementaire stukken op te merken dat DNB zal toetsen of de belangen 'van de verschillende groepen belanghebbenden en verschillende generaties' bij de premievaststelling op evenwichtige wijze zijn behartigd.[518] Volgens het kabinet zou de verplichting tot evenwicht tussen generaties op grond van art. 105, lid 2, PW reeds bestaan.[519] Voor de stelling dat de norm van evenwichtige belangenbehartiging niet is beperkt tot de in art. 105, lid 2, PW expliciet genoemde groepen belanghebbenden, zou in mijn visie aansluiting kunnen worden gezocht bij de toepassing van de norm van art. 2:129, lid 5, BW / art. 2:239, lid 5, BW. Dat is de norm voor de wijze waarop het bestuur van een vennootschap zijn taak moet vervullen. Bij de toepassing van die norm spelen alle relevante deelbelangen een rol.[520] In lijn daarmee wordt in de parlementaire geschiedenis bij de PW opgemerkt, zonder daarbij overigens aan te geven wat de relatie van deze opmerking met art. 105, lid 2, PW is, dat het pensioenfondsbestuur recht moet doen aan alle 'stakeholders (jong, oud, man, vrouw, slapers en pensioengerechtigden)' en dat het bestuur daarom verplicht is 'de belangen van het fonds (in zijn totaliteit)' te behartigen.[521]

Ik constateer dat de inhoud van de norm van evenwichtige belangenbehartiging niet concreet kan worden gemaakt aan de hand van de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie. De norm wordt niet concreter dan dat het bestuur bij zijn taakvervulling op evenwichtige wijze rekening moet houden met alle betrokken belangen, daarbij slechts geholpen door enkele algemene handvatten uit de wetsgeschiedenis.

---

517 Bijlage bij Kamerstukken II, 2013-2014, 32 043, nr. 188. Opmerkelijk is dat tijdens de behandeling in de Eerste Kamer bleek dat de door DNB ontwikkelde generatie-evenwichtstoets niet toetst op evenwicht tussen generaties, door bijvoorbeeld effecten per leeftijdscohort te toetsen, maar slechts op evenwicht tussen deelnemers versus gepensioneerden (Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. D, p. 26), althans tussen premiebetalers en niet-premiebetalers (Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. F, p. 11).

518 Onder meer Kamerstukken II, 2013-2014, 33 847, nr. 3, p. 4.

519 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 847, nr. D, p. 24. Vgl. eerder al Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 8, p. 19 en Kamerstukken I, 2011-2012, 33 182, nr. D, p. 15.

520 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 394. Vgl. ook P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer 2013, nr. 4.

521 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 68.

Met het oog op de rol van de norm van evenwichtige belangenbehartiging voor pensioenfondsen, is het interessant te inventariseren in welke situaties de rechter besluiten van een pensioenfondsbestuur daadwerkelijk aan art. 105, lid 2, PW zal toetsen. Ik zie de volgende situaties:

a. Toets door de civiele rechter of een bepaald bestuursbesluit nietig is, omdat het besluit in strijd zou zijn met de norm van art. 105, lid 2, PW (art. 2:14, lid 1, BW).[522]
b. Toets door de civiele rechter of het bestuur dan wel bestuursleden intern (jegens het pensioenfonds) aansprakelijk is (zijn), omdat een bepaald bestuursbesluit onbehoorlijke taakvervulling jegens het pensioenfonds zou inhouden, omdat het betreffende besluit in strijd zou zijn met de norm van art. 105, lid 2, PW (art. 2:9 BW, eventueel mede op grond van art. 6:162 BW). Deze situatie zal zich overigens niet snel voordoen.
c. Toets door de civiele rechter of het pensioenfonds extern aansprakelijk is, omdat een bepaald bestuursbesluit een onrechtmatige daad van het bestuur (en daarmee van het pensioenfonds) jegens de in art. 105, lid 2, PW bedoelde belanghebbenden inhoudt, omdat het besluit in strijd zou zijn met art. 105, lid 2, PW (art. 6:162 BW). Het gaat hier om externe aansprakelijkheid. Mogelijk kunnen het bestuur of bestuursleden ook persoonlijk extern op deze grond worden aangesproken, naast of in plaats van het pensioenfonds.
d. Toetsing door de civiele rechter aan art. 6:74 BW.
e. Toets door de ondernemingskamer van Hof Amsterdam, op verzoek van het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan, of het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen (art. 217 PW).
f. Toets door de ondernemingskamer van Hof Amsterdam, op verzoek van het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan of de raad van toezicht, in het kader van een enquête of sprake is van wanbeleid van het pensioenfondsbestuur (art. 219 PW).
g. Toets door de bestuursrechter in (hoger) beroep dat is ingesteld tegen een bestuursrechtelijk besluit dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds als bestuursrechtelijk bestuursorgaan heeft genomen.

522 Een andere toets is of het bestuursbesluit niet van toepassing is, omdat dat vanwege schending van de norm van art. 105, lid 2, PW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2, lid 2, BW). Omdat dat toetsing aan de redelijkheid en billijkheid betreft, blijft dat in deze bijdrage buiten beschouwing.

Concreet gaat het daarbij om (hoger) beroep tegen een besluit van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds tot het al dan niet verlenen van vrijstelling op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Voor zover het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 het bedrijfstakpensioenfonds beleids- dan wel beoordelingsvrijheid laat, bijvoorbeeld bij het al dan niet verbinden van bepaalde voorwaarden aan een vrijstelling (vgl. art. 7 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000), zal de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW een rol kunnen spelen;

h. Toets door de bestuursrechter van een besluit van DNB genomen in het kader van bestuursdwang (bijvoorbeeld een aanwijzing; art. 171 PW) inhoudende dat een besluit van een pensioenfonds in strijd met art. 105, lid 2, PW zou zijn.

Hoe toetst de rechter in deze situaties? In het algemeen kan worden opgemerkt dat de rechter uitkomstgeoriënteerd is. De uitkomst moet maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Het is de taak van de rechter om te streven naar een redelijke, aanvaardbare uitkomst in het concrete geval.[523] Met het oog op de toetsing aan de norm van evenwichtige belangenbehartiging is in het algemeen ook het volgende van belang. Het pensioenfondsbestuur heeft in beginsel een zekere mate van beleidsvrijheid bij het besturen van het pensioenfonds, welke beleidsvrijheid haar grenzen mede vindt in de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Gelet op het doel van het pensioenfonds zal die beleidsvrijheid beperkter zijn dan de beleidsvrijheid van een commerciële, op winst gerichte onderneming.[524] Uit het feit dat het bestuur een zekere mate van beleidsvrijheid heeft bij het besturen van het pensioenfonds volgt dat het bestuur bij de wijze waarop het bij zijn taakvervulling rekening houdt met de verschillende belangen ook een zekere mate van beleidsvrijheid heeft, die ook mede wordt begrensd door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De norm van art. 105, lid 2, PW begrenst de beleidsvrijheid van het bestuur bij zijn taakvervulling in die zin verder, dat de norm voorschrijft dat het bestuur op evenwichtige wijze met alle belangen rekening houdt. Dat lijkt een striktere begrenzing dan de begrenzing van de beleidsvrijheid door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Uit het feit dat art. 105, lid 2, PW is geformuleerd als open (vage) norm, volgt niettemin dat het bestuur een

523 Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014/84.

524 Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag. Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Kluwer, Deventer 2007.

marge houdt.[525] Ook uit het feit dat het bestuur tegenstrijdige belangen moet afwegen, zou kunnen worden afgeleid dat het bestuur een zekere marge houdt.[526] Een rechter zal de beleidsvrijheid die een pensioenfondsbestuur bij zijn taakvervulling heeft, en die mede wordt begrensd door de norm van evenwichtige belangenbehartiging, moeten respecteren. Omdat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur zal dienen te respecteren, zal een rechter niet integraal (mogen) toetsen aan de norm van evenwichtige belangenbehartiging. Indien het pensioenfondsbestuur kan onderbouwen dat het bij een bepaald besluit in redelijkheid op evenwichtige wijze met alle belangen rekening heeft gehouden, zal de rechter het besluit in beginsel respecteren.

Terugkerend naar de hiervoor genoemde concrete situaties waarin een rechter aan de norm van evenwichtige belangenbehartiging zal toetsen, kan specifiek nog het volgende worden opgemerkt. Wat betreft eventuele interne of externe aansprakelijkheid van het bestuur of van bestuursleden op grond van onrechtmatige daad in situatie b of situatie c, zal sprake moeten zijn van ernstige verwijtbaarheid van schending van de norm aan individuele bestuursleden (vgl. art. 2:9, lid 2, BW) en verdedigbaar is dat hetzelfde voor het bestuur als college geldt.[527] De lat ligt daarmee hoog. Voor de toets van de ondernemingskamer in situatie e is de marginale wijze van toetsen expliciet in art. 217, lid 5, PW vastgelegd. Voor de toets van de ondernemingskamer in situatie f (wanbeleid) geldt dat de ondernemingskamer conform de wetsgeschiedenis marginaal toetst of sprake is van wanbeleid.[528] Voor de bestuursrechtelijke rechter in situatie g kan de marginale toetsing mede worden verklaard vanuit de trias politica. De bestuursrechter mag niet op de stoel van de uitvoerende macht plaatsnemen. De bestuursrechter in situatie h zal het besluit van DNB integraal toetsen, omdat ook DNB de beleids- dan wel beoordelingsvrijheid van het pensioenfondsbestuur zal moeten respecteren.[529]

525 Vgl. bijvoorbeeld ook Kamerstukken II, 2013-2014, 33 847, nr. 7, p. 22.
526 P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter en J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Kluwer, Deventer 2013, nr. 4 en 96.
527 Vgl. J.B. Huizink, 'Pensioenfonds en bestuurdersaansprakelijkheid', *TPV* 2004, p. 115-117.
528 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 791.
529 Vgl. CBb 10 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:104.

3.4 *Afsluitend*

De rol van de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2, PW is – of beter: zou moeten zijn – zoals die oorspronkelijk is bedoeld: een richtsnoer voor het pensioenfondsbestuur bij de vervulling van zijn taak. Aan de hand van dat richtsnoer zullen pensioenfondsbesturen steeds een eigen evenwichtige belangenafweging moeten maken van alle betrokken belangen, waaronder in mijn visie mogelijk ook belangen die niet expliciet in art. 105, lid 2, PW worden genoemd. Indien het pensioenfondsbestuur kan onderbouwen dat het bij een bepaald besluit in redelijkheid op evenwichtige wijze met alle belangen rekening heeft gehouden, zonder daarbij noodzakelijkerwijs de gevoelens van de belanghebbenden te betrekken, zal de rechter het besluit in beginsel respecteren. Dat is wellicht een geruststellende conclusie over de rol van een belangrijke, centrale bepaling uit de PW.

4 VERSTERKING VAN HET INTERN TOEZICHT[530]

4.1 *Invulling intern toezicht*

Een pensioenfonds is op basis van art. 33, lid 1, PW verplicht om een intern toezicht te hebben.
Op grond van de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de Stichting van de Arbeid (Principes), die van 1 januari 2006 tot 1 januari 2014 moesten worden toegepast, konden fondsbesturen kiezen voor de volgende vormen van intern toezicht:

- visitatiecommissie,
- raad van toezicht,
- auditcommissie,
- one-tier board.

De Code Pensioenfondsen is als opvolger van de Principes per 1 januari 2014 van toepassing verklaard. De Code Pensioenfondsen is opgesteld door de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid gezamenlijk. Zowel in de Code Pensioenfondsen als de voormalige Principes zijn/waren nadere regels gegeven op basis van een algemene maatregel van bestuur.[531]

530 Paragraaf 4 is geschreven door Chantal Boekkooi.
531 Art. 33, lid 2, PW.

In 2009 heeft een pensioencommissie van de Sociaal-Economische Raad (SER) de Principes geïnventariseerd en geëvalueerd.[532] Hieruit bleek dat de meeste pensioenfondsen in 2007 een visitatiecommissie hadden die één keer in de drie jaar rapporteerde. Slechts een aantal grote bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen had gekozen voor een afzonderlijk orgaan en enkele grote bedrijfstakpensioenfondsen voor een auditcommissie, waarbij het intern toezicht jaarlijks rapporteerde. De SER heeft in zijn bevindingen onder andere aangegeven dat een beoordeling van het functioneren van het bestuur gemiddeld eens in de drie jaar niet voldoende was.

De Commissie-Frijns heeft in 2009 een onderzoek uitgevoerd naar het beleggingsbeleid en het risicobeheer van de Nederlandse pensioenfondsen en hierover in 2010 een rapport uitgebracht. De commissie concludeert onder meer dat het governance model verbetering behoeft.[533]

Ook vanuit de sector van de intern toezichthouders wordt gepleit voor een versterking van het intern toezicht. Er is bijvoorbeeld een beroepsvereniging opgericht van, voor en door intern toezichthouders in de pensioensector, genaamd Vereniging Intern Toezichthouders Pensioensector (VITP). De VITP heeft een toezichtcode opgesteld die in werking is getreden op 1 juli 2014.[534] De VITP beoogt met deze toezichtcode een bijdrage te leveren aan het optimaliseren van intern toezicht bij pensioenfondsen.

4.1.1 *Raad van toezicht voor bedrijfstakpensioenfondsen*

De bevindingen van de SER en de Commissie-Frijns zijn aanleiding geweest voor het onderdeel van de Wvbp om bij bedrijfstakpensioenfondsen met een paritair of onafhankelijk bestuur een permanente raad van toezicht in te stellen. Alleen indien een bedrijfstakpensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar kan het intern toezicht ook worden uitgeoefend door een jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie.
De reden voor een verplichte raad van toezicht bij bedrijfstakpensioenfondsen met een paritair of onafhankelijk bestuur is dat de aangesloten werkgevers alsmede de werknemers meer op afstand staan van bedrijfs-

532 Rapport Pensioencommissie, *Inventarisatie Principes voor goed pensioenfondsbestuur*, 19 maart 2009.
533 Commissie Beleggingsbeleid en Risicobeheer, *Pensioen: 'Onzekere zekerheid'*, Een analyse van het beleggingsbeleid en het risicobeheer van de Nederlandse pensioenfondsen, 19 januari 2010.
534 VITP-Toezichtcode, versie 1.0, *Normenkader voor goed intern toezicht bij pensioenfondsen*.

takpensioenfonds dan bij ondernemingspensioenfondsen. Een afzonderlijk orgaan ligt dan meer voor de hand.[535]
Indien een bedrijfstakpensioenfonds heeft gekozen voor een one-tier board wordt het intern toezicht uitgeoefend door de niet-uitvoerende bestuursleden.

4.1.2 *Keuzemogelijkheid voor ondernemingspensioenfondsen*

Ondernemingspensioenfondsen hebben na de invoering van de Wvbp de mogelijkheid om te kiezen voor de volgende vormen van intern toezicht:
- visitatiecommissie,
- raad van toezicht,
- one-tier board.

Ondernemingspensioenfondsen met een paritair of onafhankelijk bestuur kunnen kiezen tussen een raad van toezicht of een visitatiecommissie die jaarlijks visiteert bij het pensioenfonds. De reden dat ondernemingspensioenfondsen nog een keuze hebben is gelegen in het feit dat bij ondernemingspensioenfondsen de werkgever meer invloed kan uitoefenen via de uitvoeringsovereenkomst. Doordat veel meer in de uitvoeringsovereenkomst kan worden vastgelegd en door de directere vorm van vertegenwoordiging is de noodzaak voor een permanent orgaan minder groot.[536]

Indien een ondernemingspensioenfonds heeft gekozen voor een one-tier board wordt het intern toezicht uitgeoefend door de niet-uitvoerende bestuursleden.

Doordat ondernemingspensioenfondsen nog kunnen kiezen uit meerdere vormen van intern toezicht, kan een ondernemingspensioenfonds een vorm van intern toezicht kiezen die het beste past bij de doelstellingen en de grootte van het pensioenfonds. Het is niet zo dat één vorm van intern toezicht generiek beter is dan de ander. Het ligt in belangrijke mate aan de situatie van het pensioenfonds welke vorm het beste werkt. Wel zijn er voor- en nadelen verbonden aan bepaalde vormen van intern toezicht. Deze zal ik in de volgende paragrafen toelichten.

535 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 11.
536 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 11.

4.2 *Visitatiecommissie*

Een visitatiecommissie bestaat uit ten minste drie natuurlijke personen. De leden van een visitatiecommissie zijn onafhankelijk en dienen dit tot uiting te laten komen in het toezicht.[537]

Een visitatiecommissie moet jaarlijks het functioneren van het bestuur tegen het licht houden. De visitatiecommissie heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds. De visitatiecommissie is minimaal belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en legt verantwoording af over de uitvoering van de taken aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het jaarverslag.[538]

De visitatiecommissie is doorgaans geen permanent orgaan bij het fonds en zal (bij de jaarlijkse visitatie) veelal slechts tijdelijk bij het fonds betrokken zijn.[539] Een voordeel van een dergelijk orgaan kan zijn dat er regelmatiger wisseling plaatsvindt van leden waardoor steeds met een frisse blik gekeken wordt naar een pensioenfonds. Zo kan bijvoorbeeld periodiek gewisseld worden in de expertisegebieden van de leden om verschillende beleidsonderwerpen te kunnen uitlichten.

Zoals uit het onderzoek van de pensioencommissie van de SER uit 2009 blijkt, hebben veel pensioenfondsen bij de invoering van de Principes voor het intern toezicht in de vorm van een visitatiecommissie gekozen. Deze vorm van intern toezicht is, zeker voor kleinere pensioenfondsen, het aantrekkelijkst vanwege de beperkte kosten.

In 2013 hadden nog steeds veruit de meeste pensioenfondsen een visitatiecommissie als intern toezicht. Het intern toezicht bij pensioenfondsen was destijds op de volgende wijze ingericht:

537 Art. 104, lid 1, PW.
538 Art. 104, lid 8, PW.
539 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 35.

	Totaal		Opf		Bpf	
Visitatiecommissie	295	83,3%	226	83,7%	62	84,9%
Toezichtorgaan	21	5,9%	11	4,1%	6	8,2%
One-tier board	17	4,8%	16	5,9%	1	1,4%
Auditcommissie	6	1,7%	4	1,5%	2	2,7%
Niet	15	4,2%	13	4,8%	2	2,7%
Totaal	*354*	*100,0%*	*270*	*100,0%*	*73*	*100,0%*

Bron: www.dnb.nl, toezichtgegevens pensioenfondsen:
tabel 8.2 Organisatie & Pension fund governance

De toezichtgegevens van DNB over het jaar 2014 zijn ten tijde van deze bijdrage nog niet bekend. Hierin zal in ieder geval een enorme verschuiving te zien zijn bij bedrijfstakpensioenfondsen. Ik verwacht dat er bij ondernemingspensioenfondsen weinig verschuivingen zullen hebben plaatsgevonden.

Later in deze bijdrage ga ik nader in op de beperkingen en uitdagingen van een visitatiecommissie.

4.3 *Raad van toezicht*

Ook de raad van toezicht bestaat uit drie natuurlijke personen en heeft dezelfde taken als zojuist genoemd bij een visitatiecommissie.[540] De raad van toezicht is echter wel een permanent orgaan en heeft ook enkele aanvullende taken en rechten, zoals goedkeuringsrechten ten aanzien van besluiten tot vaststelling van:

a. het jaarverslag en de jaarrekening;
b. de profielschets voor bestuurders;
c. het beleid inzake beloningen, met uitzondering van de beloning van de raad van toezicht;
d. gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds;
e. liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds;
f. samenvoeging van pensioenfondsen als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfonds in art. 1 PW;

540 Art. 104, lid 1, PW.

g. het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm, bedoeld in art. 2:18 BW.

De raad van toezicht heeft op deze onderwerpen een goedkeuringsrecht gekregen om goed uitvoering te kunnen geven aan zijn taak toe te zien op de bestuursprocessen en een adequate risicobeheersing. Verder wordt op deze manier een extra waarborg gecreëerd voor de evenwichtige belangenafweging.[541]

Leden van de raad van toezicht worden als (mede)beleidsbepalers door DNB gezien. Zij moeten voldoende tijd hebben om hun functie adequaat te vervullen en voldoen aan het voor (mede)beleidsbepalers geldende tijdsbeslag.[542] Ook worden leden van de raad van toezicht, net als bestuursleden van een pensioenfonds, door DNB getoetst op geschiktheid. Dit moet het ontstaan van een 'old boys network' en belangenverstrengeling tegengegaan.[543]

Bij een raad van toezicht heeft een fondsbestuur dus een vast aanspreekpunt voor het intern toezicht. Met deze vorm van intern toezicht kan beter worden ingespeeld op het functioneren van het bestuur, omdat dit toezicht continu en regulier plaatsvindt.

De raad van toezicht staat het bestuur daarnaast met raad ter zijde[544] en heeft ook een adviserende functie. Omdat de raad van toezicht regulier betrokken wordt bij het beleid van het bestuur en dus vaak meekijkt met de bestuurs- en bedrijfsprocessen, is deze vorm van toezicht redelijk kostbaar. Dit is naar alle waarschijnlijkheid een belangrijke reden dat veel pensioenfondsen in eerste instantie niet zijn overgegaan tot het instellen van een raad van toezicht.

De raad van toezicht heeft voorts de bevoegdheid bestuurders van het fonds te schorsen of te ontslaan wegens disfunctioneren. Van disfunctioneren is in ieder geval sprake indien het bestuur een besluit heeft genomen zonder de vereiste goedkeuring.[545]

---

541 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 12.
542 Art. 35a Besluit uitvoering PW en WVB.
543 Kamerstukken II, 2012-2013, 33 182, nr. 12, p. 3.
544 Art. 104, lid 2, PW.
545 Art. 28c Besluit uitvoering PW en WVB.

4.4 *One-tier board*

Het gemengd bestuur van een pensioenfonds, de zogenoemde one-tier board, bestaat uit uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders.[546] De niet-uitvoerende leden voeren het intern toezicht uit. Een one-tier board moet ten minste drie natuurlijke personen als niet-uitvoerende bestuurders hebben.

Er zijn drie verschillende one-tier-boardmodellen, namelijk het paritair gemengd model, het omgekeerd gemengd model en het onafhankelijk gemengd model. Ten aanzien van de niet-uitvoerende leden geldt bij de verschillende modellen het volgende:

- In het paritair gemengd model mogen deze niet-uitvoerende bestuurders geen directe vertegenwoordigers zijn van de belanghebbenden van het betreffende pensioenfonds.
- Bij het omgekeerd gemengd model mogen juist de uitvoerende bestuurders geen directe vertegenwoordigers zijn van de belanghebbenden. Voor de samenstelling, zetelverdeling en benoeming van niet-uitvoerende bestuursleden wordt aangesloten bij de vereisten van een paritair bestuur. Daarnaast is een onafhankelijke voorzitter vereist die geen vertegenwoordiger is van de belanghebbenden.
- Bij een onafhankelijk gemengd bestuur mogen zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders geen directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden zijn.[547]

Het takenpakket van de niet-uitvoerende leden ten aanzien van het toezicht op het beleid is niet anders dan dat van een visitatiecommissie. Doordat de niet-uitvoerende leden in het bestuur zitting hebben, zijn zij volledig betrokken en geïnformeerd over alles wat speelt binnen een pensioenfonds. Hierdoor kunnen de niet-uitvoerende leden, net als een raad van toezicht, continu en regulier toezicht houden op het beleid van het bestuur.

De taken van de niet-uitvoerende bestuursleden omvatten wel meer dan advisering en toezicht houden in de bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de leden van de raad van toezicht actief betrokken zijn bij het algemene beleid van het

546 Art. 101a, lid 1, PW.
547 Art. 101a, lid 3, PW.

pensioenfonds. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen.[548]

Bij deze vorm van intern toezicht is het van belang om de onafhankelijkheid van de toezichthoudende niet-uitvoerende bestuursleden te waarborgen. Omdat het intern toezicht in het bestuur zelf is opgenomen, kan de onafhankelijkheid eerder in het gedrang (lijken te) komen. Daar komt nog bij dat de niet-uitvoerende bestuursleden intern toezicht houden op beleid dat tot stand is gekomen door bestuursbesluiten waaraan ze zelf hebben bijgedragen.

Aangezien het intern toezicht in het bestuur zelf is opgenomen, zijn de niet-uitvoerende bestuursleden volledig betrokken bij de bestuurs- en bedrijfsprocessen en is deze vorm van toezicht redelijk arbeidsintensief en dus kostbaar. Slechts enkele fondsbesturen hebben bij mijn weten voor een one-tiermodel gekozen. Bij de ondernemingspensioenfondsen komt dat met name voor als deze gelieerd zijn aan een onderneming met een Angelsaksische achtergrond. Dan is de one-tier-boardconstructie vaak reeds een bekend en beproefd model voor aansturing van die onderneming.

4.5 *Einde visitatiecommissie in zicht*

De toenmalige minister Kamp heeft aangegeven dat het op termijn wenselijk is dat ook ondernemingspensioenfondsen een raad van toezicht hebben. Vanwege de praktische reden dat het benodigde aantal onafhankelijke deskundigen voor de invoering van deze verplichting op het moment van invoering van de Wvbp niet haalbaar zou zijn, is deze verplichting nog niet ingevoerd.[549]

Staatssecretaris Klijnsma heeft vervolgens in 2013 aangegeven dat zij drie jaar later het functioneren van de visitatiecommissies zal gaan evalueren. Hierbij heeft staatssecretaris onderstreept dat ze erop uit is om het fenomeen visitatiecommissie geen lang leven beschoren te laten zijn, stipuleert zij dat pensioenfondsen erop gericht dienen te zijn dat na drie jaar een raad van toezicht een gegeven is en geeft zij aan dat het intern toezicht uiteindelijk een raad van toezicht zal zijn.[550]

---

548 Kamerstukken II, 2012-2013, 33 182, nr. 11, p. 6.
549 Kamerstukken II, 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 11.
550 Handelingen I, 2012-2013, nr. 35, p. 64.

Daar komt nog bij dat DNB in 2012 en 2013 is gestart met de onderzoeken naar de effectiviteit van visitatie bij pensioenfondsen. Het doel van dit onderzoek was om meer duidelijkheid te verkrijgen over de wijze waarop besturen het visitatieproces hebben ingericht en omgaan met de bevindingen van de visitatiecommissie. De bevindingen kwamen er kort gezegd op neer dat het proces van visitatie nog in ontwikkeling was en het in veel gevallen ontbrak aan een positieve houding van het bestuur jegens het intern toezicht.[551]

In december 2014 heeft DNB een groot aantal middelgrote pensioenfondsen aangeschreven over een vervolgonderzoek naar het Intern Toezicht. Bij dit nieuwe onderzoek staan twee vragen centraal, namelijk 'Hoe gaat het bestuur om met (de bevindingen van) de visitatiecommissie?' en 'Wat is de kwaliteit van de rapporten van de visitatiecommissie?'.

De uitkomsten van dit onderzoek zijn ten tijde van deze bijdrage nog niet bekend, maar ik vermoed dat ik de bevindingen van dit onderzoek en de gevolgen hiervan al redelijk kan inschatten:
De resultaten van het onderzoek naar visitatiecommissies zijn niet wezenlijk anders dan de vorige onderzoeken. Voor goed toezicht is goed inzicht vereist. Het is voor visitatiecommissies lastig om inzicht te krijgen in een pensioenfonds wanneer ze slechts tijdelijk bij een pensioenfonds betrokken zijn, zonder dat er verder een echt een dialoog wordt gevoerd met het bestuur van een pensioenfonds en andere betrokken personen. De rapporten zullen daarom vaak beschrijvend zijn en veel niet materiele bevindingen bevatten. Het bestuur kan daarnaast zowel transparanter zijn richting de visitatiecommissie als transparanter omgaan met de bevindingen van de visitatiecommissie.

In 2016 wordt het functioneren van de visitatiecommissies geëvalueerd. Waarschijnlijk gesterkt door de resultaten van het onderzoek van DNB is mijn verwachting dat aan het intern toezicht in de vorm van een visitatiecommissie een einde wordt gemaakt.

4.6 *Uitdagingen van een visitatiecommissie*

Indien mijn toekomstverwachting uitkomt, zal het vervallen van de mogelijkheid om het intern toezicht in te richten in de vorm van een visitatiecommissie de zoveelste tegenslag zijn die pensioenfondsen te verwerken

551 DNB, Sectorbrief Onderzoek Intern Toezicht, 24 juni 2013.

krijgen. Aangezien veel kleinere pensioenfondsen hebben gekozen voor een intern toezicht in de vorm van een visitatiecommissie zal deze tegenslag doorwerken in de beantwoording van de vraag of een pensioenfonds nog bestaansrecht heeft. Jammer!

Ik ben van mening dat niet de vorm van het intern toezicht essentieel is om te spreken van een goed intern toezicht. Uiteraard is de kwaliteit van een visitatiecommissie van essentieel belang, maar de houding van het bestuur van een pensioenfonds en de wijze waarop het intern toezicht wordt betrokken bij het beleid van het pensioenfonds is net zo belangrijk.

Naar mijn mening is niet de wijze waarop een visitatiecommissie is vormgegeven hierbij nadelig, maar de wijze waarop de visitatiecommissie wordt gezien, zijn taak kan invullen en wordt voorzien van inzicht.

Een bestuur dat goed intern toezicht wil, zal naar verwachting zorgen voor deskundige visiteurs, maximale medewerking verlenen aan de visitatie en eisen stellen aan de kwaliteit van het onderzoek en de daaruit voortvloeiende rapportage aan het bestuur. Uit het onderzoek naar het intern toezicht van DNB is echter gebleken dat de meeste pensioenfondsen een visitatiecommissie hebben ingericht zonder voldoende over een aan de visiteurs te verstrekken opdracht na te denken en zonder dat indringend is nagedacht over de selectiecriteria voor de visiteurs.

Pensioenfondsen verwachten dat een visitatiecommissie met een bestudering van fondsdocumenten en notulen een oordeel kan geven. Echter, op grond van alleen deze documenten kan niet voldoende inzicht worden verkregen in het feitelijk verloop van de procedures en processen van een pensioenfonds, het risicomanagement en de wijze waarop het bestuur omgaat met de risico's op de langere termijn.

Een logisch gevolg van deze werkwijze is dat de bevindingen van een visitatiecommissie erg beschrijvend zijn. De bevindingen blijven vaak beperkt tot een beschrijving van de bestuurs- en bedrijfsprocessen binnen het fonds zonder dat hierover een duidelijk oordeel wordt gegeven. Dit terwijl juist het oordeel van deze processen een onderdeel van de taken van het intern toezicht is.

Besturen gaan door de beschrijvende rapporten van een visitatiecommissie vervolgens twijfelen aan de meerwaarde van een visitatiecommissie, wat

uiteindelijk van invloed is op de inspanningen die besturen verrichten voor het intern toezicht.

Betrokken partijen worstelen met het verkrijgen en geven van de benodigde inzichten. Een lastig probleem waarvoor ik niet een standaard oplossing kan bedenken. Maar enkele verbeterpunten kan ik wel geven om het visitatieproces te versterken:

- Voorzie een visitatiecommissie, in plaats van jaarlijks, regulier dan wel periodiek van informatie over de bestuurs- en bedrijfsprocessen van een pensioenfonds. Op deze manier kan een visitatiecommissie een beter beeld vormen van de beleidskeuzes en de beheersing van de bijbehorende risico's. Ook kan op deze wijze een visitatiecommissie tussentijds aanbevelingen geven, waardoor er meer sprake is van een adviserende uitvoering van het intern toezicht.
- Geef een visitatiecommissie inzicht in de bestuursdynamiek door een visitatiecommissie een of meer keren een bestuursvergadering te laten bijwonen.
- Plan regulier een gesprek in tussen (een afgevaardigde van) het bestuur en een visitatiecommissie zodat onderling informatie en gedachten uitgewisseld kunnen worden.

Ik realiseer me dat een visitatiecommissie in deze vorm wellicht erg veel op een raad van toezicht gaat lijken. Je kunt dit wellicht ook als een minder zware variant van een raad van toezicht zien. Een raad van toezicht heeft echter ook nog andere taken dan een visitatiecommissie. Het behoud van een onafhankelijk intern toezicht dat een oordeel geeft over het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in een pensioenfonds, maar de daadwerkelijke besluitvorming nog wel bij het bestuur laat, lijkt mij vooralsnog van aanvullende waarde voor de pensioensector. Door een andere invulling te geven aan de uitvoering van deze vorm van visiteren, kan naar mijn mening een gelijke versterking van het intern toezicht door een visitatiecommissie worden bereikt als met de instelling van een raad van toezicht.

5 BESTUURSMODELLEN EN HET ALGEMEEN PENSIOENFONDS[552]

5.1 *Inleiding*

De overheid wil de keuzemogelijkheden voor het realiseren van een kwalitatief hoogstaande en veilige pensioenuitvoering uitbreiden door de introductie van een algemeen pensioenfonds (APF). Om die reden wordt per 1 januari 2016 een wet tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (Wet algemeen pensioenfonds) vastgesteld.[553] De pensioenregeling kan nu nog worden ondergebracht bij een verzekeraar, premiepensioeninstelling (PPI), bedrijfstakpensioenfonds, beroepspensioenfonds, ondernemingspensioenfonds en multi-ondernemingspensioenfonds (multi-Opf). Deze keuzemogelijkheden worden niet voldoende geacht. De urgentie om de keuzemogelijkheden te vergroten is gebaseerd op een drietal zaken. Via schaalvoordelen kunnen in een APF lagere uitvoeringskosten worden gerealiseerd. Werkgevers en werknemers kunnen, net als bij een ondernemingspensioenfonds, in een APF het karakter van de eigen pensioenregeling en de zeggenschap hierover zo veel mogelijk behouden. Tot slot kunnen mogelijke problemen met de governance van het bestaande fonds worden opgelost. Op dat laatste punt wordt in dit artikel nader ingegaan, echter allereerst worden de belangrijkste karakteristieken van het APF beschreven. Die spelen namelijk een rol bij de keuze en inrichting van het bestuursmodel.

5.2 *Karakteristieken van een APF*

Ondernemingspensioenfondsen, beroepspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen zijn werkzaam voor een bepaald domein en vormen altijd financieel één geheel, ook als ze meerdere pensioenregelingen uitvoeren.
In het in 2010 geïntroduceerde multi-Opf kan een gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen plaatsvinden. Echter het multi-Opf is beperkt tot het bijeenbrengen van ondernemingspensioenfondsen, terwijl een APF een grotere reikwijdte kent. Het APF kent namelijk geen domeinaf-

552 Paragraaf 5 is geschreven door René Schreurs.
553 Het voorstel van wet tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met de invoering van een algemeen pensioenfonds (Wet algemeen pensioenfonds) is op 18 juni 2015 door de Tweede Kamer aanvaard.

bakening, waardoor in een APF pensioenregelingen van ondernemingen of bedrijfstakken kunnen worden ondergebracht die verder geen binding met elkaar hebben. Daarbij worden op basis van art. 123 PW gescheiden collectiviteitkringen gehanteerd, waardoor verschillende pensioenregelingen financieel volledig gescheiden van elkaar kunnen worden uitgevoerd. Ook wordt het mogelijk om pensioenregelingen van meerdere werkgevers in één compartiment onder te brengen. Aanvankelijk was het de bedoeling om te verplichten de basispensioenregeling en eventuele vrijwillige pensioenregelingen in één kring onder te brengen. Bij de behandeling in de Tweede Kamer is geregeld dat in de PW een bepaling komt die het mogelijk maakt om vrijwillige regelingen onder te brengen in een aparte kring van het APF. Daar bleek in het pensioenveld behoefte aan in het licht van de nettopensioenregelingen.

De uitvoering van pensioenregelingen die nu nog zijn ondergebracht bij verzekeraars en bij alle andere pensioenfondsen (met uitzondering van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen) kan worden overgeheveld naar een APF.
De productafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars blijft ongewijzigd. Een APF mag dus geen individueel aanvullend product in de derde pijler aanbieden, zoals een lijfrente of banksparen.
Er wordt bij een APF scherp onderscheid gemaakt tussen enerzijds het weerstandsvermogen van het APF en anderzijds pensioenvermogens in de verschillende compartimenten waarin per collectiviteitkring pensioenregelingen worden uitgevoerd. Risico's die bij de bedrijfsvoering van het fonds horen, dienen louter ten laste of ten gunste te komen van het werkkapitaal dat er is voor de dekking van bedrijfsrisico's. Verzekeringstechnische risico's die voortkomen uit het beheer van pensioenvermogens, positief of negatief, zijn en blijven voor rekening van de werkgever, pensioendeelnemers en pensioengerechtigden van wie pensioenregeling(en) binnen een compartiment worden uitgevoerd. Ook buffers die moeten worden aangehouden in verband met deze pensioenrisico's maken onderdeel uit van het pensioenvermogen dat in het pensioencompartiment is ondergebracht.

Vanwege de complexiteit van de gescheiden uitvoering van meerdere pensioenregelingen geldt voor het uitvoeren van een APF een vergunningplicht conform art. 112a, lid 1, PW. Dat wil zeggen dat er ex ante op een aantal kenmerken van het APF kan worden getoetst om de kwaliteit van de pensioenuitvoering in de organisaties van een APF te borgen, voordat deze met zijn dienstverlening begint. DNB verleent de vergunning indien

aangetoond wordt dat aan een aantal verplichtingen zal worden voldaan. Het gaat hierbij onder meer om eisen met betrekking tot de inrichting van het bestuur, de uitbesteding van taken, het intern toezicht en het belanghebbendenorgaan en de geschiktheid van de bestuurders. In beginsel kan iedereen een vergunning aanvragen voor het uitoefenen van het bedrijf van APF. In art. 1 PW is de definitie van pensioenfonds[554] zodanig aangepast dat het niet alleen verplicht is de stichting als specifieke rechtsvorm voor een APF te hanteren, maar dit is ook van toepassing voor alle andere typen pensioenfondsen.

5.3 *Multi-Opf als voorloper van APF*

Bij de introductie van het multi-Opf is ook gekeken naar het bestuursmodel. Het bestuur bij een multi-Opf komen bevoegdheden toe ten aanzien van alle ondergebrachte pensioenregelingen, waardoor het totale aandachtsgebied in het bestuur de eigen pensioenregeling (collectiviteitkring) overstijgt. In de praktijk is gebleken dat het vinden van een geschikte fusiepartner als een grote drempel is ervaren door veel liquiderende pensioenfondsen.[555]
Ook is gebleken dat de wettelijke verplichting tot toevoeging van vertegenwoordigers van de verschillende geledingen in het bestuur van het multi-Opf kan leiden tot een groot aantal bestuursleden. Per onderneming wordt namelijk de werkgever en de groep actieve deelnemers elk door minimaal één persoon vertegenwoordigd in het bestuur van een multi-Opf. In een multi-Opf is er naast het bestuur, afhankelijk van de keuze van het bestuursmodel, of één verantwoordingsorgaan of één belanghebbendenorgaan.

De introductie van het APF wordt gezien als een logische doorontwikkeling van het eerder ingezette beleid. Gelet op de wens van de overheid om een overzichtelijk speelveld te behouden vervalt op termijn de legitimatie om het multi-Opf in stand te houden.[556] Voor multi-Opf'en geldt een

554 Het begrip 'pensioenfonds' wordt in art. 1 van de Pensioenwet gedefinieerd als: 'een rechtspersoon die niet een premiepensioeninstelling is, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling'.

555 Zie memorie van toelichting bij wetsvoorstel 'Wet algemeen pensioenfonds', par. 2.5 'Met de introductie van het algemeen pensioenfonds ontstaan nieuwe mogelijkheden voor pensioenuitvoering', p. 4.

556 Wijziging van art. 220a PW in het wetsvoorstel 'Wet algemeen pensioenfonds'.

overgangsregime van vijf jaar, waarbinnen zij in staat worden gesteld de pensioenregelingen te laten uitvoeren door een APF dan wel het multi-Opf te laten omvormen tot een APF.

Tijdens de overgangstermijn blijft een aantal specifieke bepalingen in de PW voor het multi-Opf van toepassing, bijvoorbeeld de bepaling op grond waarvan het financieel toetsingskader bij het multi-Opf op ieder afgescheiden vermogen wordt toegepast.

5.4 *Bestuur en verantwoording*

5.4.1 *Bestuur*

Per 1 juli 2014 zijn via de Wet versterking bestuur pensioenfondsen in art. 99 PW vijf keuzemogelijkheden geïntroduceerd met betrekking tot het bestuursmodel van een pensioenfonds. Dit artikel is ook van toepassing op een APF en hierdoor kunnen in beginsel alle vijf bestuursmodellen worden toegepast, te weten paritair, onafhankelijk, onafhankelijk gemengd, paritair gemengd en (paritair) omgekeerd gemengd. In het voorontwerp kon alleen nog gekozen worden tussen de twee onafhankelijke bestuursmodellen (onafhankelijk of onafhankelijk gemengd model), waarmee DNB content was. Deze modellen zijn volgens DNB het best toegerust om de belangentegenstellingen te managen die zich kunnen voordoen binnen een algemeen pensioenfonds tussen de verschillende stakeholders.[557]

De keuze voor een bestuursmodel kan langs de weg van een SWOT-analyse plaatsvinden.[558] Op basis van de in kaart gebrachte interne sterktes en zwaktes, de kansen en bedreigingen in de omgeving en de bestuurlijke voorkeuren passend bij het fonds, kan het meest ideale bestuursmodel worden bepaald.

Het bestuur zal het APF besturen en is bevoegd om beslissingen te nemen over alle compartimenten in het APF, dus zowel het compartiment waarin het werkkapitaal is ondergebracht als de pensioencompartimenten. Daarbij zal in het bestuur een onderscheid moeten worden gemaakt tussen het toezicht op het handelen van het bestuur in verband met de bedrijfsvoering van het APF (het niveau van de instelling) enerzijds en zeggen-

557 DNB, reactie op consultatie voorontwerp Algemeen Pensioenfonds, 18 februari 2014.
558 M. Adema, 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen – Een blik op de invoeringspraktijk', *TPV* 2014/1, februari 2014.

schap over beslissingen van het bestuur die de verschillende de pensioenvermogens betreffen (het niveau van de regelingen) anderzijds.

5.4.2 *Verantwoording*

Een van de kenmerkende aspecten van pensioenfondsen is de betrokkenheid van de belanghebbenden bij de pensioenregeling bij het besturen van het fonds. Die betrokkenheid blijkt uit deelname aan het bestuur bij paritaire bestuursvormen of het belanghebbendenorgaan bij onafhankelijke bestuursvormen. Een belanghebbendenorgaan heeft naast adviesen verantwoordingstaken ook goedkeuringsrechten ten aanzien van een aantal onderwerpen.

In een APF wordt op grond van art. 115 PW respectievelijk art. 115b PW voor iedere collectiviteitkring een afzonderlijk verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan ingesteld. In het geval dat er één verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan zou zijn, zouden de bevoegdheden van dit orgaan betrekking hebben op alle collectiviteitkringen. De taken en bevoegdheden van een dergelijk orgaan dienen echter te worden toegepast ten aanzien van de eigen collectiviteitkring en niet ten aanzien van de andere collectiviteitkringen. Een APF zal dus in beginsel meerdere belanghebbendenorganen of verantwoordingsorganen hebben. Bij de behandeling in de Tweede Kamer is via een amendement geregeld in art. 115b PW dat het mogelijk is om belanghebbendenorganen samen te voegen. Voor gesloten fondsen is het mogelijk gemaakt om af te zien van een werkgeversvertegenwoordiging in het belanghebbendenorgaan. In beide gevallen is het nodig dat alle betrokken partijen hun instemming hebben gegeven.

Vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers kunnen zitting nemen in een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan. De vraag komt op hoe dit bonte gezelschap aan vertegenwoordigers straks zijn weg gaat vinden in een APF.[559] Belangrijkste aandachtspunt daarbij lijkt te worden de afbakening van de bevoegdheden van deze organen binnen de grenzen van de eigen collectiviteitkring. Daartoe zullen zowel het verantwoordingsorgaan als belanghebbendenorgaan afspraken met het bestuur van het APF moeten maken op basis van art. 115, lid 9 en art. 115b, lid 3, PW.

559 M.C.E. Boumans en R.M.J.M. de Greef, 'Enkele hoofdlijnen en aandachtspunten van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds', *TPV* 2015/1, februari 2015.

Voor de samenstelling van een belanghebbendenorgaan van een APF zijn de regels inzake de bestuurssamenstelling van overeenkomstige toepassing. Vanwege de goedkeuringsrechten van het belanghebbendenorgaan zijn de leden aan te merken als medebeleidsbepaler en zij worden derhalve door DNB getoetst.[560] De geschiktheidseisen voor leden van het belanghebbendenorgaan zijn gelijk aan die van bestuursleden in het paritaire model.
Vanwege de bestuurbaarheid van een APF zien de taken en bevoegdheden van een verantwoordingsorgaan en belanghebbendenorgaan niet op de bedrijfsvoering van het APF. Die bedrijfsvoering ligt volledig in handen van het bestuur. Bij een multi-Opf is een dergelijke strikte scheiding niet aan de orde. Leden van een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan kunnen zich in het geval van een APF louter toeleggen op beslissingen die direct de belangen van werkgever, pensioendeelnemers en pensioengerechtigden raken.

5.4.3 *Paritair model*

In het geval gekozen wordt voor een paritair model, paritair gemengd dan wel omgekeerd gemengd model, wordt een verantwoordingsorgaan ingesteld voor elke collectiviteitkring. De deelnemers en pensioengerechtigden zijn daarin evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd. Dit wordt beoordeeld aan de hand van de onderlinge getalsverhoudingen binnen de collectiviteitkring waarvoor het verantwoordingsorgaan is ingesteld. Op deze wijze wordt een zo evenwichtig mogelijke afspiegeling van de betreffende geleding gevormd. Het verantwoordingsorgaan stelt in overleg met het bestuur een regeling vast ten aanzien van de taken en bevoegdheden.

DNB heeft op 4 september 2014 een toezichttoets gezonden aan de regering in reactie op een versie van het wetsvoorstel 'Wet algemeen pensioenfonds'.[561] Daarin wordt onder meer ingegaan op de positie en rol van het verantwoordingsorgaan. DNB geeft aan dat indien wordt gekozen voor een paritair bestuur een verantwoordingsorgaan ingesteld moet worden, doorgaans met uitsluitend adviesrechten. DNB heeft zich afgevraagd of in geval van een APF een verantwoordingsorgaan kan volstaan, omdat het volgens DNB in de rede ligt om de achterban van iedere ondergebrach-

560 W.J.J. Koeleman en R. Huiting, 'Implementatie nieuwe governance vereist een goed doordachte aanpak', *Pensioen Magazine* 2014-2.
561 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel 'Wet algemeen pensioenfonds', hoofdstuk 8 'Toezichttoetsen', p. 21.

te kring instemmingsrechten te geven over de wijze waarop met de door hen ingebrachte pensioengelden wordt omgegaan. De regering is van mening dat met het toekennen van instemmingsrechten aan het verantwoordingsorgaan sprake is van dubbele besluitvorming en vergroting van bestuurlijke drukte. Aangezien de belangen van de achterban in het paritaire bestuursmodel rechtstreeks in het bestuur worden behartigd, ligt het volgens de regering voor de hand om een verantwoordingsorgaan uitsluitend adviesrechten te verlenen. Deze visie heeft zijn beslag gekregen in de Wet algemeen pensioenfonds.

5.4.4 *Onafhankelijk model*

Vanuit de traditionele paritaire invulling van het pensioenfondsbestuur is een onafhankelijk model behoorlijk revolutionair.[562] Een APF met een onafhankelijk bestuur of een onafhankelijk gemengd bestuur stelt een belanghebbendenorgaan in. Voor de samenstelling van het belanghebbendenorgaan gelden op basis van art. 115b PW dezelfde regels als voor de samenstelling van het paritair bestuur. Daarbij gelden voor leden van een belanghebbendenorgaan dezelfde geschiktheidseisen als voor het bestuur. Bij een overgang van een ondernemingspensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds kan een paritair bestuur zich transformeren naar een belanghebbendenorgaan. Daarbij moet wel een goede inleving in de nieuwe rol plaatsvinden van de bestuursleden die overgaan naar het belanghebbendenorgaan. Een duidelijke taakverdeling tussen bestuur en belanghebbendenorgaan en een goede rolvastheid zijn nodig. Het voordeel voor de betrokken bestuurders die zitting hebben genomen in het belanghebbendenorgaan, is dat zij waarschijnlijk minder bestuurlijke drukte zullen ervaren, de tijdsbesteding verminderd kan worden en zij zich volledig kunnen richten op de eigen pensioenregeling en de betrokken deelnemers. Uiteraard heeft dit wel zijn weerslag op het bestuur van het APF, dat voldoende tijd en aandacht moet besteden aan de bedrijfsvoering van het APF en het bedienen van het belanghebbendenorgaan.

5.5 *Keuze bestuursmodel*

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake APF is vermeld dat, mede gebaseerd op consultatie van de sector, de inschatting is gemaakt dat er tien algemene pensioenfondsen in de nabije toekomst worden opgericht. Verondersteld wordt dat er vijf in 2015 zullen worden

562 W.J.J. Koeleman en R. Huiting, 'Implementatie nieuwe governance vereist een goed doordachte aanpak', *Pensioen Magazine* 2014-2.

opgericht en de overige vijf in de periode 2016 tot en met 2017. Dit wordt ook voldoende geacht om aan de vraag te kunnen voldoen, waarbij het aantal collectiviteitkringen van iedere APF op tien wordt ingeschat.

Voor de paritaire bestuursvormen geldt dat iedere onderneming, bedrijfstak of beroepspensioenvereniging waarvan een pensioenregeling door het algemeen pensioenfonds wordt uitgevoerd, in het bestuur vertegenwoordigd is. Dit kan betekenen dat een paritair bestuur bij meerdere collectiviteitkringen al snel (te) groot wordt en dat een paritaire bestuursvorm met name geschikt zal zijn voor een algemeen pensioenfonds waarin één werkgever, of een klein aantal werkgevers, pensioenregelingen heeft ondergebracht.
In gevallen dat er een groter aantal ondernemingen en collectiviteitkringen zijn, zal een onafhankelijke bestuursvorm meer voor de hand liggen. Het aantal werkgevers, dan wel het aantal collectiviteitkringen van het APF, heeft namelijk als zodanig geen rechtstreeks gevolg voor de omvang van het bestuur, omdat de (mede)zeggenschap van de belanghebbenden bij het fonds is neergelegd in een belanghebbendenorgaan. Indien beslissingen van het onafhankelijke bestuur van het APF betrekking hebben op pensioenregelingen in een specifieke collectiviteitkring, behouden belanghebbenden bij die collectiviteitkring hun (mede)zeggenschap op die beslissingen. In het kader van het behoud van slagkracht van het bestuur, zouden pensioenfondsen terughoudend moeten omgaan met het toekennen van goedkeuringsrechten.[563] Zo zijn aan het belanghebbendenorgaan al op basis van art. 115c PW goedkeuringsrechten toegekend ten aanzien van belangrijke beleidsbeslissingen. De al eerder genoemde mogelijkheid om belanghebbendenorganen samen te voegen, kan de effectiviteit van het bestuursmodel bevorderen. Daarbij valt te bedenken dat het om een samenvoeging van bestaande belanghebbendenorganen gaat. De PW veronderstelt dat de belanghebbendenorganen eerst dienen te zijn opgericht om vervolgens zelf (mede) te besluiten om op te gaan in één gezamenlijk belanghebbendenorgaan.

5.6 *Intern toezicht*

Een APF moet wat betreft het intern toezicht conform art. 103 PW kiezen tussen een raad van toezicht en een gemengd bestuur. Vanwege de complexiteit van het uitvoeren van meerdere pensioenregelingen in afgeschei-

563 P.C.E. van Rijsbergen en B. van Tilburg, Opinie: '(On)gelimiteerde goedkeuringsrechten bij pensioenfondsen niet werkbaar', *TPV* 2014/5, oktober 2014.

den vermogens moet de interntoezichtfunctie op één van deze wijzen permanent worden ingevuld, het is dus niet toegestaan het intern toezicht te organiseren via een visitatiecommissie. Een belangrijk verschil tussen een raad van toezicht en een visitatiecommissie is dat een raad van toezicht niet alleen een toezichthoudende taak heeft, maar ook de taak heeft om het bestuur met raad terzijde te staan. Voorts heeft de raad een aantal goedkeuringsrechten en dat vormt voor DNB aanleiding om de leden van de raad van toezicht te kwalificeren als medebeleidsbepalers. Intern toezicht via een raad van toezicht versterkt de deskundigheid van het bestuur en dat past in het streven van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen om de positie van het pensioenfondsbestuur te versterken.

5.7 *Tot slot*

De introductie van het APF kan door zijn voordelen voor een verschuiving in pensioenland zorgen. Het APF behoudt de sociale en solidaire aspecten van een pensioenfonds binnen de door werkgevers en werknemers gecreëerde compartimenten. De bestaande domeinafbakening van pensioenfondsen wordt losgelaten en ringfencing is mogelijk. Voor een bestaand pensioenfonds kan de keuze voor een APF met een goed afgewogen bestuursmodel een belangrijke verlichting betekenen op het gebied van governance en daarmee bijdragen aan het bereiken van schaalvoordelen op dit vlak. Dat zal zich met name voordoen bij de keuze voor een onafhankelijk bestuursmodel, aangezien dan volstaan kan worden met een beperkt aantal bestuurders en er één belanghebbendenorgaan kan worden ingesteld voor meerdere collectiviteitkringen.

6 DE CODE PENSIOENFONDSEN[564]

6.1 *Inleiding*

Al op 22 maart 2011 werd in de Tweede Kamer een motie[565] aangenomen, waarin de regering werd verzocht om alle financiële instellingen, waaronder pensioenfondsen, op te roepen om gedragscodes te formuleren en zo nodig de AFM bevoegd te maken om hierop toe te zien. In de motie werd verwezen naar een aanbeveling van de Commissie-De Wit[566], die

564 Paragraaf 6 is geschreven door Karin Bitter.

565 Motie van de leden Braakhuis, Plasterk en Koolmees, Kamerstukken II, 2010-2011, 31 980, nr. 33.

566 Parlementair onderzoek financieel stelsel, Kamerstukken II, 2009-2010, 31 980, nr. 4.

werd ingesteld naar aanleiding van de kredietcrisis. Deze aanbeveling luidde dat alle financiële instellingen gedragscodes zouden moeten formuleren. De indieners van de motie, de Kamerleden Braakhuis, Plasterk en Koolmees, constateerden dat deze aanbeveling nog niet was opgevolgd door een aantal financiële instellingen, waaronder pensioenfondsen. Hierdoor zou onvoldoende transparantie ontstaan voor klanten, terwijl de klant voortaan centraal zou moeten staan bij het handelen van de financiële sector. Door het ontbreken van een gedragscode zou er bovendien onvoldoende zicht zijn op de beoogde cultuurverandering in delen van de financiële sector.

Kennelijk werden de Principes voor goed pensioenfondsbestuur uit 2006 (Principes) door de genoemde Kamerleden niet erkend als een volwaardige code, zoals de banken[567] en verzekeraars[568] al enige tijd kenden. Dat roept de vraag op waarin die codes, die net als de Principes (wettelijk verankerde) zelfregulering voor een sector op het gebied van besturing en gedrag bevatten, anders zijn. De codes van banken en verzekeraars kwamen tot stand in reactie op de financiële crisis, en leggen dan ook – anders dan de Principes die dateren van vóór de crisis – sterke nadruk op zorgvuldig en beheerst beloningsbeleid, om ongewenste effecten ('perverse prikkels') en daaruit voortvloeiende risico's te vermijden. De beide codes zijn bovendien aangewezen als gedragscode bedoeld in art. 2:391, lid 5, BW. Daaruit volgt dat over de naleving van de code op bij AMvB[569] voorgeschreven wijze verslag moet worden gedaan in het jaarverslag van de bank of verzekeraar. De naleving van de codes wordt gevolgd door onafhankelijke monitoringcommissies, die jaarlijks rapporteren aan de rijksoverheid, en aanbevelingen doen voor eventuele aanpassing van de codes.

6.2 *Code pensioenfondsen*

Het duurde nog tot oktober 2013 voordat ook de pensioensector een 'echte' code kreeg. De Code Pensioenfondsen (hierna: de Code) trad in werking op 1 januari 2014 en werd opgesteld door de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid op 6 september 2013. Naast de Code is er een Handreiking Code Pensioenfondsen, die verscheen in februari 2014,

567 Code Banken van de Nederlandse Vereniging van Banken, september 2009.
568 Governance Principes Verzekeraars van het Verbond van Verzekeraars (Code Verzekeraars), december 2010.
569 Besluit van 1 juni 2010 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag van banken; en besluit van 23 augustus 2011 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag van verzekeraars.

waarin besturen van pensioenfondsen een aantal praktische handvatten voor de implementatie van de Code wordt gegeven.
De Code kan worden gezien als een doorontwikkeling van de Principes op basis van de inzichten van nu, voor een belangrijk deel ingegeven door de financiële crisis en de daarop volgende vertrouwenscrisis. Net als in de codes van de banken en verzekeraars is dat te lezen in de normen, die een sterk appel doen op ethisch besef, integriteit en transparantie. Maar de Code bevat ook een nadere invulling van de bestaande governancebepalingen in de PW zoals die zijn komen te luiden na de inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen per 1 juli 2014. Voor een deel zijn dat overigens ook weer bepalingen afkomstig uit de Principes, omdat deze eerder al, in 2007, verankerd werden in de PW.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nodigde de pensioensector in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen'[570] nadrukkelijk uit om met een code voor pensioenfondsen te komen. Niet alleen om nadere uitwerking te geven aan de wettelijke bepalingen, maar vooral ook om met verdergaande zelfregulering te trachten het vertrouwen in pensioenfondsen – vanaf 2008 ernstig aangetast door grootschalige toepassing van kortingen op pensioenen en pensioenaanspraken en het achterwege blijven van indexeringen – terug te winnen. Uitvoerige en veelvuldige uitleg door de sector over niet te beïnvloeden factoren als de lage rente en de gestegen levensverwachting en het neerwaartse effect daarvan op de dekkingsgraden, kon niet voorkomen dat het vertrouwen in pensioenfondsen lager werd dan dat in banken en verzekeraars. Het korten van pensioenen en pensioenaanspraken bleek niet alleen een ultimum remedium, maar ook een onderdeel van het pensioencontract waar in de communicatie met belanghebbenden nooit een letter aan gewijd was. Wat zeker leek te zijn, bleek aantastbaar. Dat riep de vraag op naar de houdbaarheid van de vigerende pensioencontracten, maar ook naar de legitimatie van pensioenfondsen en hun besturing. De discussie over de houdbaarheid en toekomstbestendigheid van de pensioenregelingen werd gevoerd langs de lijn van het nieuwe FTK, dat op 1 januari 2015 in werking trad. De meer fundamentele discussie daarover is overigens nog steeds gaande, thans in de bredere context van de door staatssecretaris Klijnsma in 2014 gestarte nationale

570 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur van pensioenfondsen en enige andere wijzigingen (Wet versterking bestuur pensioenfondsen). Gepubliceerd op 12 februari 2012.

Pensioendialoog. De Code zou meer een bijdrage moeten leveren aan het transparanter maken van de verhoudingen binnen het pensioenfonds en van de communicatie met de belanghebbenden. Die transparantie moet ertoe leiden dat belanghebbenden er vertrouwen in hebben dat het aan de fondsen toevertrouwde geld goed beheerd wordt en dat de belangen van alle betrokkenen evenwichtig gewogen worden. Dat is een voorwaarde voor de continuïteit van het pensioenfonds, zeker nu in veel gevallen de deelname in het pensioenfonds verplicht is op grond van een (grote dan wel kleine) verplichtstelling.
De Code gaat daarom niet alleen over de vormgeving van de verschillende bestuursmodellen en benoemings- en ontslagprocedures van bestuur en toezicht, maar vooral ook over de beïnvloeding van gedrag van bestuurders, intern toezichthouders en degenen die de verantwoordingsfunctie in het fonds vervullen. Daarbij komt ook het beloningsbeleid aan de orde, maar anders dan bij de Codes voor Banken en Verzekeraars, ligt daar niet het zwaarste accent.

6.3 *De Code Pensioenfondsen nader beschouwd*

De Code Pensioenfondsen en de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen[571] zijn aangewezen[572] als principes voor goed pensioenfondsbestuur als bedoeld in art. 33, lid 2, PW en art. 42, lid 2, Wvb (Wet verplichte beroepspensioenregeling). Daarmee heeft de Code een wettelijke verankering en valt de naleving ervan onder het toezicht van DNB. De AFM heeft de bevoegdheid om toe te zien op de naleving van de communicatiebepalingen uit de Code.[573]

De normen in de Code zijn leidend, maar laten ruimte voor eigen (beleids)keuzes die het fondsbestuur maakt. Het doel is vooral te komen tot bewustwording van goede besturing en de juiste 'state of mind'. Voor de naleving van de normen geldt dan ook, net als bij de codes voor banken

571 De Code Rechtstreeks verzekerde regelingen geldt voor verzekeraars die rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen uitvoeren en is van overeenkomstige toepassing op premiepensioeninstellingen. Deze Code is geformuleerd door de Stichting van de Arbeid en het Verbond van Verzekeraars op 18 december 2013.

572 Besluit van 2 juni 2014 tot wijziging van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling en het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen in verband met de Code rechtstreeks verzekerde regelingen en enige andere wijzigingen. Deze code is in de plaats gekomen van onderdeel D van de Principes, dat betrekking had op verzekerde regelingen.

573 Art. 36 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

en verzekeraars en de Code corporate governance het 'pas-toe-of-leg–uit'-beginsel. Dit betekent dat een pensioenfonds de normen van de Code toepast of in het jaarverslag motiveert waarom het een norm niet (volledig) toepast. Afwijken van de norm is dus mogelijk, mits daar een goede reden voor is. Dat laat ruimte voor toepassing van de Code afgestemd op de aard en kenmerken van het fonds. Opvallend is dat het gebrek aan gedetailleerde transparantievoorschriften in de Code wordt gemotiveerd met een verwijzing naar de Code corporate governance, waar dergelijke voorschriften soms leidden tot afvinkgedrag, in plaats van tot een fundamentele discussie over bijvoorbeeld een passend en verantwoord beloningsbeleid. Dat wilde men in de Code voorkomen.

Los van het wettelijk toezicht door DNB en AFM is er toezicht op de naleving van de Code door een onafhankelijke Monitoringcommissie Code Pensioenfondsen, ingesteld door de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid. De commissie, onder voorzitterschap van Margot Scheltema, is op 11 juni 2014 geïnstalleerd, wordt gefinancierd door de sector en zal jaarlijks rapporteren aan het Ministerie van SZW. Naast het monitoren van de naleving van de Code, volgt de commissie de ontwikkelingen en doet aanbevelingen over aanpassingen van de Code. Op 16 februari 2015 heeft de Monitoringcommissie haar eerste onderzoeksrapport uitgebracht. Het betreft een nulmeting naar de mate waarin de jaarverslagen van ruim 200 pensioenfondsen over het jaar 2013 al in overeenstemming waren met een deel van de normen in de Code.[574] Het rapport werd aangeboden aan de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en aan de staatssecretaris van SZW. Het algemene beeld dat uit de nultoets naar voren komt is dat pensioenfondsen op ruim de helft van de getoetste normen nu al zodanig rapporteren dat de verschillende elementen van de normen grotendeels worden afgedekt. Dit betreft met name de thema's Verantwoording afleggen, Integraal risicomanagement, Communicatie en transparantie en Verantwoord beleggen.

Ook met betrekking tot de thema's Klachten en geschillen en Beloningsbeleid komt uit de rapportages naar voren dat de normen door het merendeel van de fondsen worden nageleefd. Op een aantal andere van de onderzochte thema's is de rapportage door pensioenfondsen nog zeer beperkt. Het gaat dan om normen die te maken hebben met Rol accountant en actuaris, Melding onregelmatigheden en Diversiteit. Uit de beperkt-

574 Het onderzoek werd uitgevoerd door onderzoeksbureau Ecorys en richtte zich op 34 van de 83 normen uit de Code.

heid van de rapportage hierover is overigens niet op te maken of deze normen worden nageleefd, al lijkt dat met name in het geval van Melding onregelmatigheden en Diversiteit maar in beperkte mate het geval te zijn. In de nabije toekomst zal de Commissie opnieuw een onderzoek doen om de naleving over 2014 te toetsen.

De Code is bedoeld voor alle pensioenfondsen: bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en beroepspensioenfondsen met een statutaire zetel in Nederland. Hij is afgestemd op het tweeledige karakter van pensioenfondsen. Het pensioenfonds is de uitvoerder van een arbeidsvoorwaarde, maar tegelijkertijd ook een financiële instelling. In de normen die in de Code zijn opgenomen, zien we die tweeledigheid terug; ze gaan over evenwichtige belangenafweging en de verantwoording aan de belanghebbenden (deelnemers en pensioengerechtigden), maar ook over goede financiële beheersing en actieve sturing op de uitbesteding en het 'in control' zijn van het bestuur.

In het eerste deel van de Code zijn de uitgangspunten en de normen voor algemene thema's opgenomen. In het tweede deel staan de normen over inrichting en organisatie van bestuur en intern toezicht, en worden de verschillende bestuursmodellen uitgewerkt.

Deskundigheid is een belangrijk onderdeel van de governance, maar komt in de Code slechts in procedurele zin aan de orde. De geschiktheid van het bestuur en de andere organen van het fonds wordt immers uitvoerig geregeld in de PW en in de beleidsregel geschiktheid.[575]

6.4 *Gedrag en cultuur in de Code*

Aan de 'institutionele kant' van de Code is voorafgaand aan de invoering van de Wvbp en daarna veel aandacht besteed. Met name de bestuursmodellen zijn inmiddels van alle kanten belicht, en het wachten is nu op de eerste praktijkervaringen met de 'nieuwe' modellen, zoals de one-tier board.

In de fase van totstandkoming van de Code, waarbij de leden van de Pensioenfederatie nauw betrokken waren, riepen vooral de normen die zien op gedrag en cultuur, de zogenoemde zachte kant van de governance, veel discussie op. Niet verbazingwekkend; het opleggen van normen ten

575 Beleidsregel Geschiktheid 2012, *Stcrt.* 2012, 13546.

aanzien van zaken als diversiteit, beloningsbeleid en integriteit levert steevast vragen op over nut, noodzaak en handhaafbaarheid. Daarom ter afsluiting van deze bijdrage iets over de meest besproken normen in de Code, die over de diversiteit. Deze zijn de opvolger van het diversiteitsconvenant[576] van de Stichting van de Arbeid uit 2010, maar gaan verder in concretisering. In het bestuur en in het verantwoordingsorgaan (VO) of belanghebbendenorgaan (BO) dienen ten minste één man en één vrouw zitting te hebben en ten minste één lid boven en één lid onder de veertig jaar.
Deze normen raken aan zowel de *representativiteit* van de besturing, die bij pensioenfondsen als uitvoerder van een arbeidsvoorwaarde zo essentieel is, alsook aan de *kwaliteit* van de besturing van een financiële instelling, die gebaat is bij diversiteit.[577] De uitdaging is hierin een juiste balans te vinden: de belanghebbende bij het fonds moet zich herkennen in het bestuur (of het VO of BO) van zijn of haar pensioenfonds, maar dat betekent niet dat het bestuur van een pensioenfonds met vrijwel uitsluitend mannelijke deelnemers, ook volledig uit mannen moet bestaan, net zo min als het verstandig is om in het bestuur van een vergrijsd fonds geen plaats te maken voor jongere bestuurders. De toezichthouder stuurt op dit moment sterk op de geschiktheid van bestuurders, vooral waar het kennis en inzicht van vermogensbeheer en risicomanagement betreft. Maar ook competenties en professioneel gedrag worden getoetst, en de verwachting is dat in dat kader diversiteit naar man/vrouw en jong/oud steeds meer accent gaat krijgen, evenals complementariteit; het elkaar aanvullen vanuit een diversiteit aan competenties. DNB en ook de Monitoringcommissie hebben daarbij de Code en de wet in de hand. Art. 107 PW schrijft voor dat in het jaarverslag van een pensioenfonds wordt gerapporteerd over de samenstelling naar leeftijd en geslacht van het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan en het bestuur en over de inspanningen die zijn verricht om diversiteit in de organen van het pensioenfonds te bevorderen. Uit de eerdergenoemde nulmeting van de Monitoringcommissie blijkt dat pensioenfondsen op dit moment in zeer beperkte mate rapporteren over het thema diversiteit. Er is ook weinig om trots op te zijn; volgens recente cijfers van DNB bedraagt het aantal vrouwen in besturen van pensioenfondsen een schamele 12%. Nog geen 7% van de bestuurders is jonger dan 40 jaar.

576 Convenant diversiteit pensioenfondsen, 24 juni 2010.
577 Zie onder meer de KPS/VIIP notitie inzake Bestuurlijke vernieuwing november 2012: 'Diversiteit vanuit mentaliteit'.

De vraag is natuurlijk of en in welke mate de Code hier verandering in gaat brengen. De eerste positieve tekenen lijken er te zijn. Vakbond FNV is zeer recent gestart met een voorkeursbeleid; jongeren, vrouwen en allochtonen krijgen voorrang bij benoemingen in besturen van pensioenfondsen. Alleen als deze niet te vinden zijn, mag de functie naar een oudere man. Met dit beleid wil de bond zorgen dat de Code gaat leven. Ook het Pensioenlab, de pensioendenktank van jongerenbonden, komt met concrete voorstellen en adviezen om de diversiteit te bevorderen. Het wijst fijntjes op het feit dat de gemiddelde leeftijd van een pensioenfondsbestuurder van op dit moment 57 jaar betekent dat er binnen afzienbare tijd een groot gebrek aan pensioenfondsbestuurders zal ontstaan. Vergroting van het pensioenbewustzijn van jongeren en het vormen van pools van jongeren die klaargestoomd worden voor een zetel in het bestuur, VO of BO van een pensioenfonds moeten dit gaan voorkomen en ervoor zorgen dat de diversiteit gaat toenemen. Daarmee kan een antwoord worden gegeven op het verwijt uit de kring van jongeren dat 55-plussers beslissen over hun toekomstige pensioenen. Dat lijkt, zeker gezien de discussie over de toekomstbestendigheid van het pensioenstelsel, geen overbodige luxe.

Vaak wordt beweerd dat het streven naar verjonging zich slecht verhoudt tot de geschiktheidseisen van DNB; het geschiktheidsargument wordt gebruikt als excuus voor het handhaven van de status quo. DNB heeft echter aangegeven[578] dat een bestuurder van een pensioenfonds niet noodzakelijkerwijs over tien tot vijftien jaar bestuurservaring hoeft te beschikken; een frisse blik kan juist een positieve bijdrage leveren, aldus de toezichthouder.
De geschiktheid van het bestuur wordt immers (ook) op collectief niveau getoetst. DNB staat derhalve open voor evenwichtige diversiteit in het bestuur van een pensioenfonds, waarbij zowel ervaren als minder ervaren, jonge bestuurders – uiteraard met de juiste kennis – vertegenwoordigd zijn. Een goede onderbouwing van de voordracht voor goedkeuring van de benoeming is daarbij van belang, waarbij de waarde van de kandidaat voor het collectief aannemelijk gemaakt moet worden.

578 Nieuwsbericht 'Misverstanden over toetsingen' van 28 augustus 2014, www.dnb.nl.

7 GOVERNANCE VAN DE UITBESTEDING[579]

7.1 *Inleiding*

Het overgrote deel van de pensioenfondsen (ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen) besteedt van oudsher zijn vermogensbeheer uit. Steeds vaker wordt ook de pensioenadministratie uitbesteed.[580] Vrijwel alle pensioenfondsen hebben hun werkzaamheden meer of minder uitbesteed.[581] Hoewel door uitbesteding bepaalde risico's voor pensioenfondsen kunnen afnemen, kunnen evengoed nieuwe risico's ontstaan. De Nederlandsche Bank ('DNB') onderkent het belang van een goede grip op de uitbestedingsrelatie en heeft daarom de laatste jaren een sterke focus gelegd op het toezicht op de uitbesteding door pensioenfondsen. Dat heeft zich met name geuit in de Sectorbrief Uitbesteding Vermogensbeheer en de Guidance: uitbesteding door pensioenfondsen (zomer 2014).

In de beginjaren van deze eeuw ontstond een trend waarbij ook zogenoemde zelfadministrerende pensioenfondsen (doorgaans de 'grote' fondsen[582]) zijn overgegaan tot uitbesteding. Dat gebeurde door te 'ontzaffen' (ook wel: 'ontvlechten'), waarbij de zelfadministrerende pensioenfondsen (zaf's) hun uitvoeringsorganisatie verzelfstandigden.[583] Deze uitvoeringsorganisaties werden pensioenuitvoeringsbedrijven (PUB's) genoemd.[584] Deze PUB's betraden daarmee de markt voor uitvoeringsorganisaties en konden zodoende gemakkelijker optreden voor andere pensioenfondsen om op die wijze – initieel weliswaar met het oog op het creëren van een

---

579 Paragraaf 7 is geschreven door Roland de Greef.

580 R.J. van Asselt en T.H.C. Bastian, 'Uitbesteding bij pensioenfondsen bepaald geen sinecure', *Pensioen Magazine* 2014-10, p. 11.

581 A. Droogh, R. Ory en B. Springintveld, in *Het Handboek voor Pensioenfondsen*, p. 78, PBM Dossierreeks nr. 7, 2012 (red. J. Frijns, C. Petersen, B. van Popta).

582 KPMG koppelt deze kwalificatie aan de omvang van het belegd vermogen ('Assets under Management', 'AuM'). Pensioenfondsen met AuM > € 30 miljard worden beschouwd als 'groot'. Zie *De Pensioenwereld in 2015*, p. 22-23, KPMG.

583 Inmiddels is ook de omgekeerde trend waar te nemen, waarbij PUB's zich weer meer gaan toeleggen op dienstverlening aan hun oprichters, de achterliggende pensioenfondsen. Zie o.a. B. Weggeman en M. Bastiaanssen, in *Het Handboek voor Pensioenfondsen*, p. 47, PBM Dossierreeks nr. 7, 2012 (red. J. Frijns, C. Petersen, B. van Popta).

584 Par. 6.4 van Bijlage 2 bij de brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer van 19 december 2006, kenmerk AV/PB/2006/100941, over de 'Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen'.

level-playing field[585] – schaalgrootte te behalen en zodoende kostenbesparingen te creëren.[586] [587]

Naast het behalen van schaalvoordelen spelen ook andere overwegingen een rol bij de besluitvorming over de vraag of bepaalde werkzaamheden al dan niet moeten worden uitbesteed. Deze overwegingen zijn vooral afhankelijk van de omvang van het betreffende pensioenfonds, aldus onderzoek van KPMG.[588] Dit onderzoek ziet met name op uitbesteding van backoffice- en midofficeprocessen van vermogensbeheer. KPMG houdt hierbij de volgende indeling aan voor wat betreft de omvang van een pensioenfonds:

Pensioenfonds	**Assets under Management**
Groot	> € 30 miljard
Middelgroot	€ 5 miljard – € 30 miljard
Klein	< € 5 miljard

Uit het meergenoemde onderzoek van KPMG volgt verder dat de grote pensioenfondsen (dat zijn er ca. zes in Nederland[589]) nauwelijks interesse hebben om werkzaamheden uit te besteden aan derden.[590] [591] Grote pensioenfondsen beschikken vaak zelf over schaalvoordelen en teams met hoogopgeleide specialisten. Bij kleine pensioenfondsen is dit moeilijker

585 Adviesaanvraag: brief van de minister van SZW van 29 oktober 2004, kenmerk AV/PB/04/73014, aan de STAR over een alternatief uitvoeringsmodel pensioenregelingen. Bij de brief zat een notitie: 'Een verkenning van een nieuw model voor de uitvoering van pensioenregelingen', het zogenoemde 'opdrachtgever-opdrachtnemermodel'. Het daaropvolgende advies van de STAR werd gepubliceerd op 18 maart 2005, kenmerk S.A.05.02009/K.

586 Zie ook: R.M.J.M. de Greef, 'De API uit de mouw?', *TPV* 2007/4, voor een overzicht van deze ontwikkelingen.

587 Zie m.b.t. de relatie schaalgrootte-uitvoeringskosten ook het in opdracht van de pensioenkoepel opgestelde onderzoek van PwC uit 2007, *Kosten en baten van ondernemingspensioenfondsen* en het artikel hierover van P. van der Graaff en W. Koeleman, 'Schaalgrootte big issue voor pensioenfondsen', *TPV* 2008/7.

588 *De Pensioenwereld in 2015*, p. 22-23, KPMG.

589 Sector in Cijfers, p. 18, *PensioenPro*, nr. 02/2015.

590 In elk geval als het gaat om werkzaamheden in relatie tot vermogensbeheer.

591 Volgens Van Asselt en Bastian is het echter zo dat ook van de 'top-100' pensioenfondsen, die doorgaans voldoende omvang hebben om de eigen werkzaamheden zelf te organiseren, 83% de administratie uitbesteedt bij een externe commerciële partij of een verbonden uitvoerder. Zie R.J. van Asselt en T.H.C. Bastian, 'Uitbesteding bij pensioenfondsen bepaald geen sinecure', *Pensioen Magazine* 2014-10, p. 11.

te realiseren en worden de werkzaamheden daardoor doorgaans juist wel – vaak volledig – uitbesteed. Kleine pensioenfondsen beschikken echter meestal ook niet over de expertise en infrastructuur om de uitbesteding goed te kunnen beheersen. De PUB's hebben vaak een relatieve machtspositie door betere kennis, zodat een zekere mate van afhankelijkheid ten opzichte van deze providers bestaat, zeker als het gaat om kleine pensioenfondsen die hun werkzaamheden aan dergelijke PUB's hebben uitbesteed.

De meest interessante situatie doet zich voor bij de categorie middelgrote pensioenfondsen. Daarvan zijn er ongeveer 29 in Nederland.[592] De complexiteit bij dit type pensioenfondsen is vrijwel net zo groot als bij de grote pensioenfondsen, terwijl zij het moeten doen met kleinere teams, minder kennis en hoge kosten voor de benodigde (IT-) infrastructuur. Bij deze partijen gaat het niet zozeer om het bedwingen van de kosten, als wel om meer wezenlijke strategische vraagstukken rondom punten als onderscheidend vermogen, beheersing van de bedrijfsprocessen (het 'in control' zijn) en kwaliteit.
De vraag is of het van strategisch belang is om deze processen in eigen hand te houden of deze zo effectief en efficiënt mogelijk door derden te laten uitvoeren.[593] De belangrijkste reden voor uitbesteding door met name middelgrote pensioenfondsen schuilt in de mate van kennis, ervaring, kwaliteit en continuïteit die PUB's kunnen bieden. Uitbesteding kan daarmee resulteren in een verhoogde mate van beheersing van de bedrijfsprocessen. En daar is het uiteindelijk met name om te doen, zoals hierna zal blijken.

Het is primair de verantwoordelijkheid van het pensioenfonds om de reikwijdte van de uitbesteding te bepalen en zodanig in te richten dat de belangen van het pensioenfonds, de deelnemers, slapers, pensioengerechtigden en de werkgever maximaal worden gediend. De vraag daarbij is hoe de governance op de uitbestede activiteiten is georganiseerd, op welke wijze de uitbestede activiteiten worden gemonitord en aangestuurd, welke kernprestatie-indicatoren (KPI's) en/of kritische risico-indicatoren (KRI's) het pensioenfonds heeft gedefinieerd en hoe de incentives zijn gericht.

592 Sector in Cijfers, p. 18, *PensioenPro*, nr. 02/2015.
593 *De Pensioenwereld in 2015*, p. 22, KPMG.

7.2 *Wat is nu eigenlijk uitbesteding?*

'Onder uitbesteding wordt verstaan het op *structurele basis* laten uitvoeren van *werkzaamheden,* daaronder begrepen processen of delen van processen, door *onafhankelijke derden.*'[594]

De voorwaarde dat de derden waaraan de werkzaamheden uitbesteed worden (het PUB), *onafhankelijk* moeten zijn, zien we ook terug in de Code Pensioenfondsen.[595] In norm 72 van deze Code wordt gesteld dat alle leden van organen van het fonds integer moeten handelen. Daarbij moet elke schijn van persoonlijke bevoordeling of belangenverstrengeling, op welke manier dan ook, met een partij waarmee het fonds een band heeft, voorkomen worden. Dit betekent dat bestuursleden niet tevens bij of voor een uitvoeringsorganisatie waarmee het pensioenfonds een uitbestedingsrelatie heeft, werkzaam mogen zijn.[596]

7.3 *Taken pensioenfonds*

Welke werkzaamheden of taken heeft een pensioenfonds eigenlijk? Met andere woorden: wat valt er uit te besteden aan werkzaamheden? Volgens de Commissie-Staatsen[597] kent het pensioenfonds de volgende taken:
- algemene risicobeheersing;
- administratieve uitvoering van een pensioenregeling;
- het beleggen en beheren van de financiële middelen; en
- informatieverschaffing aan de deelnemers.

De staatssecretaris van SZW noemt drie categorieën van werkzaamheden die uitbesteed kunnen worden:[598]
- bestuursondersteuning;

---

594 Memorie van toelichting PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 198-199.
595 Zoals in de wet verankerd via art. 33 PW jo. art. 11 Besluit uitvoering PW en Wvbr.
596 Volgens M.J. Hoekstra geldt dat slechts voor onafhankelijke bestuursleden. Zie 'De Code Pensioenfondsen in zijn context', par. 3.2, *TPV* 2014/13. Zij ziet minder problemen op dit punt indien er sprake is van een lid van een *paritair* bestuur. Ik deel deze mening niet, aangezien ook leden van een paritair bestuur financiële of andere belangen kunnen hebben bij een PUB en op die manier ook tenminste de schijn van belangentegenstellingen kunnen veroorzaken.
597 *Het pensioenfonds als taakorganisatie – 'Schoenmaker blijf bij je leest'*, rapport van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen, Amsterdam 27 oktober 2003 (Commissie-Staatsen, naar haar voorzitter).
598 Brief 17 januari 2014 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2013-2014, 32 043, nr. 198.

- vermogensbeheer; en
- pensioenadministratie, inclusief informatievoorziening aan deelnemers.[599]

In beginsel kunnen al deze taken worden uitbesteed. Daarbij moet echter wel rekening gehouden worden met taken die niet uitbesteed mogen worden. Het betreft in dat geval taken die de beheersing van de bedrijfsprocessen en het toezicht daar op zouden kunnen ondermijnen indien deze uitbesteed zouden worden (art. 12 Besluit PW). Algemene risicobeheersing lijkt daarmee een taak te zijn die niet kan worden uitbesteed. Daarentegen kan wel uitbesteed worden het opstellen van rapportages die behulpzaam zijn bij het verkrijgen van inzicht en overzicht in de risico's bij de bedrijfsprocessen.

7.4 *Governance*

Corporate governance wil zeggen: goed bestuur. Met de invoering van de PW in 2007 zijn ook voor pensioenfondsen wettelijke principes ingevoerd voor goed (pensioenfonds)bestuur (pension fund governance of PFG) in de Code en voorheen in de Principes. PFG ziet kortgezegd op de bestuurlijke en (intern) toezichthoudende inrichting van het pensioenfonds. PFG ziet niet alleen op de (structuur van de) verschillende organen van de rechtspersoon, maar ook hoe effectief, onafhankelijk en kritisch deze organen opereren ten opzichte van elkaar. PFG draait om drie functies: besturen, toezicht houden en verantwoording afleggen over wat het pensioenfonds gepland en gerealiseerd heeft. Een goede scheiding van verantwoordelijkheden en een systeem van controle en evenwicht tussen de functies (*checks & balances*) is essentieel. Voor een optimale uitvoering van de pensioenovereenkomst, is een goede balans nodig tussen de bestuurs-, toezicht- en verantwoordingsfunctie. Randvoorwaarde hierbij is dat het pensioenfonds integer en transparant handelt.[600]

7.5 *Governance bij uitbesteding*

Hoe is goed bestuur op afstand te organiseren? Wie is verantwoordelijk voor de uitbesteding en op welke wijze wordt geborgd dat er voldoende grip en controle op de uitvoering is? Het op succesvolle wijze uitbesteden

599 Wat opvalt is dat de bestuursondersteuning door de Commissie-Staatsen niet als aparte taak wordt genoemd.
600 Code Pensioenfondsen, par. 1.2.

van werkzaamheden aan derden vraagt een andere wijze van besturen dan de hiërarchische besturing tussen bestuur, bestuursbureau en lijnorganisatie. Het pensioenfonds past over de uitbestede werkzaamheden de rol van regisseur. Deze regiefunctie (het 'in control' zijn, zoals de toezichthouder dit doorgaans benoemt) blijkt met name uit art. 14, lid 1 en 2, Besluit PW en Wet Bpr. Het gaat daarbij niet zozeer om de governance van de organisatie van het pensioenfonds, maar meer om de governance van de taakstelling op afstand. Het gaat concreet om het managen van het uitbestedingsproces, dus om het meten van de prestaties en het monitoren van de resultaten langs de lat van de taakstelling.[601] Dit vraagt om een duidelijke en procesmatige aanpak, waarbij binnen het pensioenfonds of het bestuursbureau, als dat aanwezig is, specifieke personen belast zullen moeten worden met het begeleiden en monitoren van de uitbestede werkzaamheden. Daarmee kan bijvoorbeeld voorkomen worden dat werkzaamheden van het bestuursbureau van het pensioenfonds samenlopen met de werkzaamheden van het PUB.

Zoiets is slechts mogelijk vanuit duidelijk omschreven taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden, zowel binnen de organisatie van het pensioenfonds, binnen de organisatie van het PUB waaraan wordt uitbesteed, maar ook tussen het pensioenfonds als opdrachtgever en het PUB als opdrachtnemer. Het pensioenfonds moet 'in control' zijn en zorgen voor een beheerste uitbestedingsrelatie. Hiervoor moet het pensioenfonds op grond van de missie, visie en strategie van het pensioenfonds en een risicoanalyse een uitbestedingsbeleid formuleren. De uitbestedingsovereenkomsten zullen naadloos op dat uitbestedingsbeleid moeten aansluiten.

Van belang is voorts dat het pensioenfonds in het geval van uitbesteding van werkzaamheden de verantwoordelijkheid behoudt dat de werkzaamheden tijdig en correct worden uitgevoerd en dat de deelnemers, slapers en pensioengerechtigden krijgen wat zij mogen verwachten. Het pensioenfonds blijft kortom te allen tijde verantwoordelijk voor de naleving van de PW en dus ook voor de beheersing van de bedrijfsprocessen (de regie) en de – onder andere met de uitbesteding samenhangende – risico's (art. 34 PW jo. art. 12-14 Besluit PW en Wet Bpr en art. 143 PW). Daarvoor is 'countervailing power' nodig. Hieronder wordt kortweg verstaan dat het pensioenfondsbestuur over voldoende tegenwicht beschikt tegenover het PUB, aangezien het PUB beschikt over een informatievoorsprong als

601 Zie R.M.J.M. de Greef, P. Kleijne en A. Schoonhoven, 'Integraal risicomanagement bij uitbesteding', *TPV* 2014/26, p. 33.

gevolg van het feit dat de werkzaamheden nu eenmaal in zijn *huis* worden uitgevoerd; vaak beschikt het PUB ook over een kennisvoorsprong. Deze 'countervailing power' ziet concreet op i) toereikende deskundigheid binnen het bestuur en ii) de juiste procedures, maatregelen en informatie om de uitvoering te kunnen beoordelen (art. 14, lid 3, Besluit PW en Wet Bpr).

Een uitbestedingsrelatie kan het beste benaderd worden via een risk-based approach.[602] Op deze wijze wordt het mogelijk om op een gestructureerde wijze prioriteiten te stellen ten aanzien van de aandachtspunten in het uitbestedingsproces.
Door invoering van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen[603] is er overigens alle aanleiding om de uitbestedingsrelatie, met name de uitbestedingsovereenkomst en de service level agreement (SLA), opnieuw te bezien. Immers, deze wet kan van invloed zijn op de samenstelling en professionaliteit van het bestuur en daarmee op de (verdeling van de) geschiktheid/deskundigheid binnen het bestuur en eventueel tussen bestuur, bestuursbureau en PUB.[604]

Hoewel het pensioenfonds eindverantwoordelijk blijft voor naleving van de werkzaamheden die voortvloeien uit de PW[605], ook al worden de werkzaamheden uitbesteed, heeft ook het PUB een eigen verantwoordelijkheid ten opzichte van het pensioenfonds dat het bedient. Het PUB is in elk geval medeverantwoordelijk, al was het maar op grond van *goed opdrachtnemerschap*, aangezien de uitbestedingsrelatie tussen pensioenfonds en PUB primair valt te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW).[606] Daarnaast moet het PUB het pensioenfonds in staat

602 Zie in dit verband de *Handreiking Integraal Risicomanagement voor Pensioenfondsen* van de Pensioenfederatie. Zie ook R.M.J.M. de Greef, P. Kleijne en A. Schoonhoven, 'Integraal risicomanagement bij uitbesteding', *TPV* 2014/26, p. 34 en R.M.J.M. de Greef en E.J. Weller, 'Compliance bij pensioenfondsen: een risk-based approach', *Tijdschrift voor Compliance*, december 2013, p. 327 e.v.

603 *Stb*. 2013, 302.

604 R.M.J.M. de Greef, P. Kleijne en A. Schoonhoven, 'Integraal risicomanagement bij uitbesteding', *TPV* 2014/26, p. 34-35.

605 Art. 34, lid 1 en lid 2, PW jo. art. 12 Besluit uitvoering PW en Wet Bpr. Tenzij in de uitbestedingsovereenkomst anders is overeengekomen, betekent dat niet dat het pensioenfonds in alle gevallen verantwoordelijk is. Indien een derde (bijvoorbeeld het PUB) onrechtmatig handelt jegens een deelnemer, is dat het pensioenfonds niet aan te rekenen.

606 In het geval van 'onderuitbesteding' door de PUB is sprake van het inschakelen van zgn. hulppersonen (art. 6:71 en 6:171 BW). Voor een dergelijke onderuitbesteding blijft de PUO geheel zelf aansprakelijk.

stellen altijd aan de PW te kunnen voldoen (art. 13, lid 2, onderdeel e, Besluit PW en Wet Bpr), dus inclusief de bepalingen met betrekking tot de beheerste en integere bedrijfsvoering (art. 143 PW jo. art. 14, lid 2, Besluit PW en Wet Bpr).

Van belang is ook dat het PUB zijn eigen governance op orde heeft. Immers, anders kunnen zijn cliënten (de pensioenfondsen) hun regiefunctie niet adequaat uitoefenen. Dat is een van de punten waar het pensioenfonds op moet letten bij het keuzeproces voor een pensioenbeheerder of vermogensbeheerder of andere derde-partij waaraan werkzaamheden en taken worden uitbesteed. Een goede selectie van het PUB is dus essentieel. Indien dat selectieproces niet zorgvuldig is verlopen, kan het pensioenfonds worden verweten dat het zijn algemene taak (het uitvoeren van de pensioenovereenkomst) niet naar behoren heeft uitgeoefend. Het pensioenfonds kan daarmee aansprakelijk zijn op grond van het niet naleven van art. 32 PW.

7.6 *De uitbestedingsovereenkomst*

Gezien de focus op de taakstelling in het kader van de governance van de uitbesteding zijn, zoals gezegd, duidelijk omschreven taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen het pensioenfonds als opdrachtgever en het PUB als opdrachtnemer, noodzakelijk.
Het is daarom essentieel dat een adequate schriftelijke (art. 13, lid 1, Besluit PW en Wet Bpr) overeenkomst tussen partijen wordt gesloten, aangevuld met een SLA. De overeenkomst moet in lijn zijn met de beleidsuitgangspunten van het fonds.

8 TOT SLOT

Hoe komt een pensioenfonds tot een effectieve en passende governance binnen het fonds waarbij de juiste checks & balances tussen de functies bestuur, verantwoording en intern toezicht aanwezig zijn?

Het naleven van de Code draagt uiteraard bij aan een goede governance. Het is daarom bij de invulling van de taken van het pensioenfonds te adviseren de Code in acht te nemen, tenzij het pensioenfonds goede redenen heeft om af te wijken van de voorgeschreven norm(en).

Kleine pensioenfondsen hebben momenteel vaak voor een visitatiecommissie gekozen als intern toezicht. De verdere versterking van het intern

toezicht zal naar verwachting leiden tot een wijziging van de governance. Een visitatiecommissie als intern toezichtsorgaan zal waarschijnlijk over een aantal jaren niet meer mogelijk zijn. Echter, door een andere invulling te geven aan de uitvoering van het visiteren kan wellicht een gelijke versterking van het intern toezicht door een visitatiecommissie worden bereikt als met de instelling van een raad van toezicht. De vraag is of een dergelijke overweging uiteindelijk nog zal worden gemaakt.

Bij een gesloten pensioenfonds kan een andere governance passender zijn dan bij een pensioenfonds waarin nog pensioen wordt opgebouwd. Een APF lijkt een uitermate geschikt pensioenvehikel voor een gesloten pensioenfonds. Met name, omdat het APF verschillende (gesloten) fondsen kan bundelen en daardoor de bestuurlijke lasten en kosten kan beperken. Ook voor andere bestaande pensioenfondsen kan de keuze voor een APF met een goed afgewogen bestuursmodel een belangrijke verlichting betekenen op het gebied van governance en daarmee bijdragen aan het bereiken van schaalvoordelen op dit vlak.

Ook de evenwichtige belangenbehartiging is essentieel bij de keuze voor een bepaalde vorm van governance. Pensioenfondsbesturen moeten steeds een eigen evenwichtige belangenafweging maken bij besluiten van alle betrokken belangen, waaronder mogelijk ook belangen die niet expliciet in art. 105, lid 2, PW worden genoemd. Indien het pensioenfondsbestuur kan onderbouwen dat het bij een bepaald besluit in redelijkheid op evenwichtige wijze met alle belangen rekening heeft gehouden, zonder daarbij noodzakelijkerwijs de gevoelens van de belanghebbenden te betrekken, zal de rechter het besluit in beginsel respecteren.

Daar komt nog bij dat een gewijzigde governance weer kan leiden tot andere aanpassingen. Bij uitbesteding bijvoorbeeld kan de samenstelling en de professionaliteit van het bestuur wellicht gewijzigd zijn door een wijziging van de governance. Dit heeft invloed op de (verdeling van de) geschiktheid/deskundigheid binnen het bestuur. Dit kan reden zijn om de uitbestedingsrelatie opnieuw te bezien.

Er is niet één vorm van governance die passend is voor alle pensioenfondsen. Pensioenfondsen zullen een eigen keuze moeten maken welke governance op grond van de kenmerken van het pensioenfonds passend is.

Deel 3

De verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer

5 *Pensioencommunicatie: elektronische informatie en toezicht*

Mr. S.H. Kuiper
Mr. B.M.M. van der Goes
Mr. S.Y.Th. Meijer
Mr. A.G. van Marwijk Kooy[607]

607 Sijbren Kuiper en Albert van Marwijk Kooy zijn advocaat bij Van Doorne N.V. Bianca van der Goes en Sjoerd Meijer zijn advocaat bij NautaDutilh N.V.

Inhoudsopgave

1 Inleiding

2 Wet pensioencommunicatie

3 Toezicht
3.1 Taakverdeling
3.2 Hoofdrol AFM
3.3 Instrumentarium
3.4 Openbaarmaking
3.5 Kernbepalingen
3.5.1 Correct, duidelijk en evenwichtig

4 Elektronische informatieverstrekking
4.1 Het voormalige uitgangspunt: schriftelijk, tenzij
4.2 Evaluatie elektronische communicatie
4.3 Aanbevelingen pensioencommunicatie
4.4 Het nieuwe uitgangspunt; elektronisch, tenzij
4.5 Bewaartermijn

5 Slot

Pensioencommunicatie: elektronische informatie en toezicht

1 INLEIDING

De Pensioenwet ('PW') heeft de informatieplichten voor pensioenuitvoerders in belangrijke mate vernieuwd. Waar de Pensioen- en spaarfondsenwet in de laatste jaren voor intrekking sterk leunde op de voorschriften uit EG-richtlijn 2003/41 (de 'IORP-richtlijn'), werd dat vanaf 1 januari 2007 en met name vanaf 1 januari 2008, de datum waarop de meerderheid van de toentertijd nieuwe informatieplichten in werking trad, anders. Er kwamen een startbrief, een uniform pensioenoverzicht ('UPO') en diverse gebeurtenisafhankelijke informatieplichten. Dat alles met het doel om ervoor zorg te dragen dat deelnemers een zorgvuldige financiële planning voor hun oude dag kunnen opstellen.

De mate waarin de informatieplichten van de PW deelnemers werkelijk in staat zouden stellen om te komen tot het opstellen van een dergelijke planning was onzeker. Uit een evaluatie van deze verplichtingen bleek dat deelnemers nog altijd – wat werd genoemd – onvoldoende pensioeninzicht hadden. Zowel de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') als marktpartijen en de overheid ontwikkelden initiatieven om de informatieverstrekking te verbeteren. Een en ander leidde tot de Wet pensioencommunicatie van 20 mei 2015, die goeddeels inwerking trad op 1 juli 2015. Deze wet wijzigde op diverse onderdelen de informatieplichten voor pensioenuitvoerders.

Op het eerste gezicht is het meer algemene toezichtkader ingrijpend gewijzigd. Waar eerder nog vereist was dat informatie werd verstrekt in *duidelijke en begrijpelijke bewoordingen*, is thans *correct, duidelijk en evenwichtig* de norm. Bovendien staat het bieden van handelingsperspectief met pensioeninformatie meer centraal. Dat heeft invloed op de wijze waarop de AFM toezicht op de naleving van de PW houdt. Het eerste onderwerp dat in deze bijdrage centraal staat.
Daarnaast zijn er meer mogelijkheden gekomen voor het verstrekken van elektronische informatie. Waar aanvankelijk de maatstaf was de zogenoemde 'schriftelijk-tenzij-regel', waarbij informatie schriftelijk verstrekt moest worden tenzij expliciet toestemming werd gegeven voor

elektronische verstrekking, is thans uitgangspunt dat – behoudens enkele uitzonderingen – elektronische informatie is toegestaan tenzij daartegen bezwaar wordt gemaakt. De verruiming van de mogelijkheden tot elektronische informatieverstrekking is het tweede onderwerp dat wij in deze bijdrage bespreken.

Het doel van dit artikel is een analyse voor beide onderwerpen van de wijzigingen die de Wet pensioencommunicatie heeft aangebracht. Het plan van aanpak is als volgt. In de volgende paragraaf beschrijven wij de Wet pensioencommunicatie op hoofdlijnen (paragraaf 2). Daarna gaan wij in op de mate waarin de rol van de AFM onder deze wet is gewijzigd (paragraaf 3). Vervolgens bespreken wij aspecten gerelateerd elektronische informatieverstrekking onder de Wet pensioencommunicatie (paragraaf 4). Wij ronden af met enkele slotopmerkingen en aanbevelingen voor de pensioenpraktijk (paragraaf 5).

2 WET PENSIOENCOMMUNICATIE

In 2011 zijn de informatiebepalingen in de PW geëvalueerd in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ('SZW'). Art. 221 PW verplichtte tot deze evaluatie.[608] De conclusie was dat de wet over het algemeen goed werd nageleefd, maar dat de informatiebepalingen voor een deel van de deelnemers onvoldoende geschikt zijn. Dat alles met het gevolg dat de informatieontvanger de informatie ter zijde legde. Om daarin verandering te brengen is de Wet pensioencommunicatie ter behandeling aan het parlement aangeboden. Overigens ging daaraan vooraf een consultatie van marktpartijen in de periode november 2013 tot en met januari 2014. Een wijze van voorbereiden van wetgeving die beoogt draagvlak in de sector te creëren en die op meerdere terreinen van de pensioenwetgeving een beproefde methode is.

In de toelichting bij de Wet pensioencommunicatie is het toenmalige kabinet zeer kritisch. Zo is 'het merendeel van de Nederlanders (…) onvoldoende op de hoogte van zijn inkomenspositie na pensionering'. Ook bleken de tot dan toe geldende wettelijke informatieplichten 'niet altijd het gewenste effect te hebben'. De oorzaak: 'Belangrijke verplichte infor-

608 Art. 221 PW luidt: 'Onze Minister zendt binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk op het terrein van communicatie, toezicht en administratieve lasten.'

matie-uitingen, zoals het uniform pensioenoverzicht (UPO) en de startbrief zijn voor een aanzienlijk deel van de deelnemers onvoldoende begrijpelijk. De gebruikte terminologie en het taalgebruik zijn te lastig en de hoeveelheid informatie die wordt verstrekt is te omvangrijk.' En dat is nog niet alles: 'De huidige wettelijk verplichte informatie geeft bovendien een te rooskleurig beeld over de hoogte van het pensioen, geeft geen inzicht in risico's en kan daardoor mensen op het verkeerde been zetten.'

De Wet pensioencommunicatie beoogt deze problematiek op te lossen. Mede met het oog op het gewijzigd financieel toetsingskader oordeelde de regering dat het 'des te meer noodzakelijk [is] om duidelijk en eerlijk te communiceren naar deelnemers.' De wet beoogt die duidelijke en eerlijke communicatie te bewerkstelligen door 'het perspectief van de deelnemer centraal' te stellen. Dat heeft tot doel dat 'aangesloten wordt bij de informatiebehoeften en de kenmerken van de deelnemer.' Een werkwijze die kennelijk niet alleen van belang is, maar ook de enige valide systematiek zou zijn om de kans te vergroten dat informatie van nut is voor de deelnemer. Dit leidt de wetgever tot het formuleren van zijn doel met de Wet pensioencommunicatie:

'Dit wetsvoorstel strekt ertoe de eisen die gesteld worden aan pensioenuitvoerders ten aanzien van de communicatie met (gewezen) deelnemers, (gewezen) partners en pensioengerechtigden (hierna: deelnemers), zodanig aan te passen, dat pensioenuitvoerders met deze communicatie aansluiten bij de behoeften van de deelnemer en bevorderen dat de hierboven genoemde communicatiedoelen worden bereikt.'

Materieel is de Pensioenwet als volgt aangepast.

Ten eerste, en dit zijn naar wij menen de belangrijkste wijzigingen, zijn de overkoepelende normen die van toepassing zijn op door de PW gereguleerde pensioencommunicatie vernieuwd. Deze normen liggen vast in art. 48 PW. Uitgangspunt voorheen was tijdige informatie in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen. Een systematiek die tot omvangrijk nader beleid van de AFM heeft geleid. De nieuwe systematiek is anders. Uitgangspunt is nu dat de informatie die de pensioenuitvoerder verstrekt of beschikbaar stelt correct, duidelijk en evenwichtig is. Dit volgt uit art. 48, lid 1, PW. Op grond van deze bepaling moet de informatie nog immer tijdig beschikbaar gesteld worden.
Wat wordt verstaan onder correcte, duidelijke en evenwichtige informatie wordt deels nader ingevuld door art. 48, lid 2, PW. Daarin is de verplichting

opgenomen dat de pensioenuitvoerder bevordert dat persoonlijke informatie aansluit bij de informatiebehoefte en kenmerken van de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde. Wat wordt verstaan onder persoonlijke informatie, definieert de wet niet. Wij kunnen ons voorstellen dat meer algemene informatiebrochures, nieuwsbrieven of de website van de pensioenuitvoerder daartoe niet worden gerekend. In deze bepaling ligt vast de verplichting tot het bieden van 'handelingsperspectief'. Handelingsperspectief betekent de deelnemer een manier te bieden om te handelen als dat nodig is, door bijvoorbeeld aan een UPO een mogelijkheid te koppelen onmiddellijk vervolgactie te ondernemen. Het ligt dan ook voor de hand dat de vraag of informatie correct, duidelijk en evenwichtig is, mede wordt beoordeeld door te toetsen of de informatie handelingsperspectief biedt. Wat te verstaan onder handelingsperspectief wordt deels gematerialiseerd in art. 48, lid 3, PW. Deze bepaling verplicht tot het bieden van inzicht in de keuzemogelijkheden die er zijn in de pensioenregeling en de gevolgen van belangrijke gebeurtenissen voor het pensioen. Wij noteren dat denkbaar is dat art. 48, lid 1 jo. lid 2, PW breder wordt gelezen dan slechts het bieden van inzicht als bedoeld in art. 48, lid 3, PW. Nu echter in lid 3 expliciet is gekozen voor een inspanningsverplichting – 'bevordert' – en niet voor een resultaatsverbintenis, past het niet in de systematiek van de PW indien voor het bieden van handelingsperspectief een resultaatsverplichting wordt afgeleid uit de verplichting om correct, duidelijk en evenwichtig te informeren.

Ten tweede is er meer ruimte voor elektronische informatieverstrekking. Enerzijds is art. 49 PW aangepast. Daarin lag aanvankelijk de schriftelijk-tenzij-regel vast. Thans is uitgangspunt dat elektronisch mag worden geïnformeerd (lid 2) behoudens bezwaar (lid 3), waarbij ten hoogste één keer per jaar mag worden gewisseld tussen de vorm (lid 1). Dat laatste vereiste – de wisseltermijn – dient ter bescherming van de deelnemer en ter voorkoming van grote administratieve lasten bij de pensioenuitvoerder. De regel dat elektronische informatie uitgangspunt is, betreft overigens niet alle pensioeninformatie. Zo is de door de werkgever te verstrekken informatie over de vraag of een werknemer al dan niet gaat deelnemen in een pensioenregeling (art. 7 PW) voorzien van een eigen regel die voorziet in een verplichting tot schriftelijk informeren.

De overige wijzigingen vanwege de Wet pensioencommunicatie hebben vooral praktische gevolgen en zijn systematisch minder relevant. De wijzigingen bouwen voort op reeds bestaande informatieplichten. Om een kort overzicht te geven noteren wij het volgende. Allereerst is inte-

ressant dat nog immer pensioenoverzichten verstrekt moeten worden, maar dat deze anders dan voorheen zich beperken tot de opgebouwde aanspraken. Toekomstverwachtingen ontbreken in het pensioenoverzicht. Deze treft men nog slechts aan in het elektronische pensioenregister in de vorm van schattingen op basis van drie scenario's: pessimistisch, verwacht en optimistisch (art. 45, 46 en 51 PW). De startbrief (art. 21, lid 1, PW) wordt vervangen door een meer gelaagd informatieproduct, de zogenoemde Pensioen 1-2-3. Informatie over korting van pensioenaanspraken heeft een meer prominente plaats gekregen en moet daarom vaker verstrekt worden dan voorheen. Een maatregel die aansluit bij de huidige tijd waarin korting meer frequent voorkomt dan was voorzien bij inwerkingtreding van de PW in 2007. En spiegelbeeldig: de informatievoorschriften over indexatie zijn minder gedetailleerd met het vormvrij maken van de – overigens nog wel verplicht te verstrekken – voorwaardelijkheidsverklaring (art. 95, lid 3, PW).

3 TOEZICHT

3.1 *Taakverdeling*

Toezicht op de naleving van de PW is ondergebracht bij De Nederlandsche Bank ('DNB') en de AFM. DNB is voor het pensioentoezicht primair belast met het toezicht ten aanzien van de financiële soliditeit van pensioenfondsen en het bijdragen aan de financiële stabiliteit van de sector van pensioenfondsen (art. 151, lid 4, PW). Dit is het prudentieel toezicht. Daarnaast voert DNB het materieel toezicht uit. Dat is het toezicht op grond van de PW dat niet kwalificeert als prudentieel toezicht of gedragstoezicht (AFM-taak). De AFM is belast met het toezicht gericht op de naleving van de normen ten aanzien van voorlichting. Meer specifiek betreft het de voorlichting (a) door pensioenuitvoerders aan deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden en (b) de normen ten aanzien van de advisering van de deelnemer of gewezen deelnemer bij de uitvoering van premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid waarbij deze de verantwoordelijkheid voor de beleggingen heeft overgenomen (art. 151, lid 2, PW).

3.2 *Hoofdrol: AFM*

In deze bijdrage concentreren wij ons op het toezicht op informatieplichten. Zoals uit voorgaande taakomschrijving van de toezichthouders blijkt, betreft het toezicht op informatieverstrekking in veruit de meeste gevallen

een taak van de AFM. Echter, daarop zijn uitzonderingen. Zo behoort tot de AFM-taak slechts het toezicht op de voorlichting door pensioenuitvoerders en niet op andere informatieplichten op grond van de PW. Dit betekent dat wanneer werkgevers gehouden zijn tot het verstrekken van informatie aan de werknemer over het aanbod over een pensioenovereenkomst (art. 7 PW), toezicht op die informatieverstrekking buiten het toezichtdomein van de AFM valt. Datzelfde geldt voor informatie die verstrekt wordt aan anderen dan deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden. Een voorbeeld van die informatie is de informatie die pensioenuitvoerders beschikbaar stellen aan het algemene publiek op grond van de PW. Tot aan inwerkingtreding van de Wet pensioencommunicatie betrof dergelijke informatie in hoofdzaak de op grond van art. 46 lid 4 PW aan '*vertegenwoordigers*' te verstrekken overige informatie op verzoek. Deze informatieplicht is met de Wet pensioencommunicatie afgeschaft.

Daar staat tegenover dat de aan het algemene publiek te verstrekken informatie met de Wet pensioencommunicatie aanzienlijk is uitgebreid. Het nieuwe ingevoegde art. 46a PW schrijft tamelijk uitgebreid voor welke informatie de pensioenuitvoerder op zijn website beschikbaar moet stellen. De tekst van de wet dicteert dat deze informatie 'in ieder geval' daar beschikbaar is voor de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde' en derhalve ook voor de categorie van personen waarvoor de AFM een toezichtstaak is toebedeeld. Echter de via een website ter beschikking te stellen informatie heeft niet uitsluitend een informerende functie ten behoeve van deze groep. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet pensioencommunicatie is daarover opgemerkt dat via deze weg basisinformatie over de pensioenregeling beschikbaar moet zijn en 'vergelijkbare informatie (…) werknemers [kan] ondersteunen bij de keuze en onderhandelingen voor een nieuwe baan'.[609] Wij noteren dat de AFM slechts bevoegd is tot toezicht op de naleving van art. 46a PW wanneer de informatieverstrekking plaats heeft in de relatie pensioenuitvoerder-begunstigde, en dus niet wanneer de informatie zich beperkt tot – bezien vanuit de betreffende pensioenuitvoerder – het algemene publiek. Wij vragen ons af of de situatie waarin een pensioenfonds slechts het algemeen publiek verkeerd informeert, zonder de eigen begunstigden verkeerd te informeren, zich snel zou kunnen voordoen. Vooralsnog zijn wij geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden.

609 Kamerstukken II, 2013-2014, 34 008, nr. 3, p. 4.

Daarmee is overigens niet gezegd dat pensioenuitvoerders zijn vrijgepleit van overheidstoezicht op de naleving van de door hen te verstrekken informatie. In dat geval is een toezichtstaak toebedeeld aan DNB, op grond van het bij DNB rustende materiële toezicht. Wij kunnen ons voorstellen dat bij dergelijk toezicht wordt gekoerst op het door de AFM gehanteerde toezichtbeleid, al ontbreekt een wettelijke verplichting daartoe.

3.3 *Instrumentarium*

Het handhavingsinstrumentarium ten aanzien van het toezicht op de naleving van informatieplichten is divers. Daar de toezichtstaak voornamelijk rust bij de AFM, concentreren wij ons op de handhavingsinstrumenten waarover de AFM kan beschikken. Dit instrumentarium verschilt op onderdelen van het – bredere – instrumentarium van DNB, waarover later meer.

De Wet pensioencommunicatie heeft in dit instrumentarium geen wijzigingen aangebracht; in zoverre is dit dus gelijk aan wat de PW reeds sinds 2007 aan handhavingsinstrumenten kende. Daarbij tekenen wij overigens aan dat per 1 augustus 2009 een belangrijke wijziging in dit systeem is aangebracht met inwerkingtreding van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving. Als gevolg daarvan kunnen aanzienlijk hogere boetes worden opgelegd voor o.a. overtreding van de PW (verhoging van max. € 900.000 naar € 4 miljoen, met mogelijkheden voor hogere bedragen indien de overtreder door de overtreding een voordeel heeft verkregen dat hoger is dan € 2 miljoen).

De AFM beschikt over de volgende meer informele toezichtinstrumenten:
- het sturen van een waarschuwingsbrief;
- het voeren van een normoverdragend gesprek; en
- het sturen van een brief waarin het voornemen tot het nemen van een wettelijke maatregel wordt aangekondigd zonder dat tot het opleggen van die maatregel wordt overgegaan.

Veelal is het gebruik van deze meer informele instrumenten een eerste stap in het toezichttraject, bij toezicht op de naleving van informatieplichten. Zet dit geen zoden aan de dijk naar het oordeel van de toezichthouder, dan kan deze besluiten tot meer ingrijpende bestuurlijke interventie. Daarbij noteren wij overigens dat de AFM het meest proportionele toezichtmiddel moet inzetten – in beginsel dus zo licht mogelijk als geschikt voor het bereiken van het beoogde toezichtdoel – maar dat niet ondenk-

baar is dat de inzet van deze meer informele middelen een gepasseerd station is. Die situatie is denkbaar, bijvoorbeeld, in de gevallen waarin wordt vastgesteld dat de toezichtmaatregel niet gericht is op herstel, maar meer een punitief karakter heeft vanwege in het verleden verstrekte onjuiste informatie.
Een verdergaande interventie kan bijvoorbeeld zijn het vorderen van inlichtingen (art. 168 PW) en het geven van een aanwijzing (art. 171 PW).

In theorie is ook denkbaar dat AFM een verzoek aan de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam doet om een bewindvoerder aan te stellen (art. 173 PW) of de accountant of actuaris onbevoegd te laten verklaren(art. 174 PW). Het opleggen van deze maatregelen ligt evenwel minder in de rede bij toezicht op de naleving van informatieplichten, daar de maatregelen primair zijn gericht op herstel van de financiële bedrijfsvoering bij de pensioenuitvoerder, en niet op herstel van de bedrijfsvoering ten aanzien van informatieverstrekking. Beide laatstgenoemde maatregelen zijn daardoor veeleer te rekenen tot het toezichtinstrumentarium van DNB, bijvoorbeeld bij het toezicht op de mate waarin bij een pensioenfonds sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering overeenkomstig de maatstaf van art. 143 PW.

Mocht ook een van de hiervoor besproken interventies niet afdoende zijn, dan kan de AFM gebruikmaken van bestuurlijke sancties, namelijk het opleggen van een last onder dwangsom (art. 175 PW) en het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 176 PW). Andere sancties genoemd in de PW zijn het benoemen van een stille curator (art. 172 PW) en het intrekken van een vergunning voor het verrichten van grensoverschrijdende activiteiten (art. 125 PW). Deze sancties spelen bij het toezicht op de naleving van informatieplichten vrijwel geen rol. Het benoemen van een stille curator is disproportioneel wanneer de tekortkoming van een pensioenuitvoerder slechts een tekortschieten in informatieplichten betreft. Het intrekken van een vergunning is niet aan de orde, daar de AFM in het kader van de PW geen vergunningverlenende instantie is en derhalve ook niet tot intrekking kan overgaan.

Overtredingen van informatievoorschriften in de PW zijn niet aangemerkt als strafbaar feit in de zin van art. 215 PW. Dat laat onverlet dat het onterecht niet verstrekken van door de AFM gevorderde inlichtingen, gegevens en bescheiden ten behoeve haar toezicht op de naleving van informatieplichten (art. 167 PW) en het onterecht niet naleven van een aanwijzing van de AFM vanwege haar toezicht op informatieplichten (art. 171 PW)

wél een strafbaar feit is. In zoverre speelt strafrechtelijke handhaving ook op het terrein van informatieplichten een mogelijke rol. Daarbij tekenen wij overigens direct aan dat de AFM tot op heden – naar ons bekend is – nimmer aangifte heeft gedaan jegens een pensioenuitvoerder.

3.4 *Openbaarmaking*

De PW biedt de AFM de mogelijkheid van openbaarmaking van o.a. de feiten en gedragingen van een met naam genoemde pensioenuitvoerder en het door hem overtreden wettelijke voorschrift indien (a) een aanwijzing is gegeven, (b) een last onder dwangsom is opgelegd of (c) een bestuurlijke boete is opgelegd (art. 188 e.v. PW). Openbaarmaking – ook wel '*naming and shaming*' – is niet bedoeld als bestraffende sanctie, al wordt dat in de praktijk anders ervaren. Openbaar maken is geen plicht, maar een bevoegdheid (behoudens het zeer specifieke geval van art. 191 PW dat voornamelijk relevant is bij het toezicht van DNB en dat het aanstellen van een bewindvoerder betreft). Openbaarmaking is slechts toelaatbaar indien dit nodig is 'met het oog op de bescherming van de belangen van de pensioen- of aanspraakgerechtigden', zo vermeldt art. 188 PW. Het is twijfelachtig of een dergelijke noodzaak aan de orde is bij overtreding van informatievoorschriften. De belangen van pensioen- en aanspraakgerechtigden kunnen niet zelden ook op andere wijze worden beschermd, bijvoorbeeld met een persoonlijk, niet-openbaar schrijven.

In de rechtspraak wordt evenwel een ruime uitleg gehanteerd en richt de openbaarmakingsplicht van art. 188 PW zich in toenemende mate op bescherming van het algemeen belang. De Voorzieningenrechter van Rechtbank Rotterdam volgde op 29 februari 2012 de ruime publicatielijn van de AFM en oordeelde:[610]

'dat ook indien aangenomen kan worden dat alle gewezen deelnemers in pensioenregelingen die door verzoekster worden beheerd inmiddels volledig en juist zijn geïnformeerd, het standpunt van verzoekster niet juist is dat geen rechtmatig belang meer resteert bij de openbaarmaking van het boetebesluit. Terecht heeft AFM gewezen op het met openbaarmaking gediende belang van pensioen- en aanspraakgerechtigden in het algemeen dat AFM scherp toezicht houdt op duidelijke en begrijpelijke informatieverstrekking bij beëindigingbrieven en verder op het belang

610 ECLI:NL:RBROT:2012:BW3239.

dat deelnemers van bij verzoekster ondergebrachte pensioenen alerter worden op de informatieverstrekking.'

Wij noteren dat de Voorzieningenrechter van Rechtbank Rotterdam op 24 november 2014 ter zake van een DNB-boete deze lijn heeft herhaald.[611] Naar onze stellige indruk is dit een rekkelijke lezing van art. 188 PW. In die bepaling ligt de nadruk op de bescherming van de belangen van de pensioen- en aanspraakgerechtigden en niet op, althans dit is niet als doorslaggevend aangemerkt, het meer algemene maatschappelijke belang dat in voornoemde rechtspraak leidend is. Het roept ook de vraag op of dat algemene belang niet met een lichter middel kan worden gediend, bijvoorbeeld anonieme publicatie. Dit komt voor. Zo oordeelde de Voorzieningenrechter in voornoemde uitspraak van 24 november 2014, dat het boetebesluit geanonimiseerd moest worden ondanks dat publicatie tot doel had 'de aanspraak- en pensioengerechtigden in kennis te stellen van het handelen van verzoekster en aan hen de gelegenheid te bieden verzoekster daarop aan te spreken.' Daarbij was doorslaggevend dat de toezichthouder – in dit geval DNB, het betrof een boete ter zake van het één dag te laat indienen van staten door een pensioenfonds – niet had geconcretiseerd welk belang de gerechtigden erbij hebben om in kennis te worden gesteld van, kort gezegd, de precieze kenmerken van de overtreding van de norm en bovendien niet te verwachten viel dat zij het betreffende pensioenfonds op die overtreding zouden willen aanspreken. Daar staat overigens tegenover dat in de eerder aangehaalde uitspraak van februari 2012 anonieme publicatie niet werd toegelaten, omdat dit aanleiding kon geven 'voor onrust omdat daarmee onduidelijk blijft welke pensioenverzekeraar het betreft.' Een naar wij menen beperkte motivering en bovendien een onzekerheid die in het latere oordeel van 2014 kennelijk geen rol speelde.

3.5 *Kernbepalingen*

De AFM heeft in het verleden meermaals sancties opgelegd voor overtreding van informatievoorschriften in de PW. De volgende tabel geeft een overzicht van de opgelegde maatregelen vanaf inwerkingtreding van de PW per 1 januari 2007.[612]

611 ECLI:NL:RBROT:2014:9454.
612 Gebaseerd op de jaarverslagen van de AFM over de jaren 2007-2014.

	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007
Aanwijzing					3			
Boete	1		1	2	2			
Last onder dwangsom						2		
Mededeling								
Openbare waarschuwing								
Normoverdragend gesprek/brief	21	23	64	442	178	98	227	

Het mag duidelijk zijn dat de nadruk bij het toezicht door de AFM ligt op een meer informele benadering: het normoverdragend gesprek. Met de tijdens dit gesprek centraal staande thematiek zijn wij niet over de volle breedte bekend. Wij kunnen ons voorstellen dat de AFM aandacht besteedt aan hetgeen waarop in de betreffende verslagperiode de nadruk ligt bij het door de AFM uitgevoerde toezicht. Zo werkte de AFM in het verleden niet zelden met periodieke themaonderzoeken en aandachtspunten in haar toezichtbeleid. Blijkens de jaaragenda van de AFM staat centraal in 2015 dat de AFM ervoor zorgt dat

'80% van de pensioenuitvoerders de nieuwe eisen van de Wet pensioencommunicatie kent en weet wat de AFM van hen verwacht.'

Over de genoemde bestuurlijke boetes valt meer te zeggen. Vier van de zes zijn in de loop der jaren openbaar gemaakt. Het betreft de twee boetes van (eind) 2011, de boete van (eind) 2012 en de boete van (medio) 2014. Drie van deze boetes betreffen een overtreding van de PW; één betreft overtreding van de Wet verplichte beroepspensioenregeling ('Wvb'). De opgelegde boetes betroffen driemaal bij de aan deelnemers *bij* beëindiging te verstrekken informatie (art. 39 PW respectievelijk art. 50 Wvb). De AFM was van oordeel dat de betreffende informatie niet tijdig werd verstrekt; een maatstaf die vast ligt in art. 48, lid 1, PW respectievelijk art. 59 Wvb. Het ten tijde van deze boetes geldende tijdigheidsvereiste is met de inwerkingtreding van de Wet pensioencommunicatie niet gewijzigd. Een van de vier boetes betrof de duidelijkheid en begrijpelijkheid (art. 48, lid 1, PW) van een periodiek UPO (art. 38 PW).

Beziet men de gepubliceerde boetes, dan onderstreept dit de gedachte dat art. 48 PW een kernbepaling is bij het toezicht van de naleving op de PW, zij het met name voor wat betreft de mate waarin deze ziet op de verplichting om *tijdig* informatie te verstrekken. Wij menen evenwel dat het beeld dat opdoemt aan de hand van de gepubliceerde boetebesluiten niet strookt met de beleving onder pensioenuitvoerders en de AFM van wat de sleutelnormen zijn ter zake het toezicht op de naleving van de normen over pensioeninformatie. Naar onze indruk spelen *juist* de andere open normen, namelijk 'correct, duidelijk en evenwichtig' een centrale rol, en niet slechts het tijdigheidsvereiste. Iets dat de AFM ook benadrukt in haar jaarverslag over 2014, waarin zij over de Wet pensioencommunicatie en haar toezichtagenda over het jaar 2015 schrijft dat '(d)e nadruk ligt op de nieuwe norm "evenwichtig" (…)'.[613]

3.5.1 *Correct, duidelijk en evenwichtig*

Met de Wet pensioencommunicatie zijn verdergaande eisen gesteld aan de eisen waaraan wettelijke verplichte informatie moet voldoen. De voorheen geldende norm van informatie in 'duidelijke en begrijpelijke' bewoordingen had eerst en vooral tot doel om te voorkomen dat werd volstaan met het (verstrekken van of) toezenden van bijvoorbeeld het pensioenreglement dat voor veel begunstigden werd geacht ontoegankelijk te zijn. Bij het toezicht op de naleving van deze norm, is het artikel echter een bredere functie gaan vervullen. Illustratief is de volgende AFM guidance uit de AFM Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders (p. 12):

'De informatie die de pensioenuitvoerder verstrekt aan haar deelnemers moet begrijpelijk en duidelijk zijn voor de betreffende deelnemers. Stem daarom de informatie goed af op de kenmerken en de belevingswereld van de eigen deelnemerpopulatie. Toets hiervoor het begrip van de informatie onder de eigen deelnemers door het uitvoeren van deelnemersonderzoek.'

Dit voorschrift vormde feitelijk het sluitstuk tussen enerzijds de concrete informatienorm in de PW en anderzijds de doelstelling van de PW om met die informatie mogelijk te maken dat zo nodig de informatiegerechtigden aanvullende maatregelen konden nemen in het kader van een deugdelijke financiële planning.[614]

613 AFM, Jaarverslag 2015, p. 75.
614 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 5.

Deze maatstaf week af van wat onder de Wet op het financieel toezicht gangbaar is. Art. 4:19 Wft schrijft voor:

'De door een financiële onderneming aan cliënten verstrekte of beschikbaar gestelde informatie, waaronder reclame-uitingen, ter zake van een financieel product, financiële dienst of nevendienst is correct, duidelijk en niet misleidend.'

De motie van het Kamerlid Van Weyenberg van 13 december 2012, om bij dit normenkader aansluiting te zoeken, wordt met de Wet pensioencommunicatie geïmplementeerd. Wij tekenen daarbij aan dat de PW een op zichzelf staand toetsingskader biedt, waarbij niet voorshands vaststaat dat wat in het kader van Wft-toezicht niet correct en duidelijk is bevonden ook in de pensioencontext onrechtmatig is.

Over de betekenis van de verschillende criteria valt thans het volgende vast te stellen. Het vereiste van *duidelijkheid* is niet nieuw; een voortzetting van het bestaande toezichtrechtelijk kader ligt voor de hand. Dat informatie *correct* moet zijn, spreekt voor zich. Dat is in zoverre ook geen nieuwe norm, daar niet is vol te houden dat een pensioenuitvoerder aan zijn wettelijke informatieplichten kon voldoen door het verstrekken van onjuiste informatie. De toegevoegde waarde van dit voorschrift ligt in hoofdzaak in het feit dat het impliceert dat informatie (zowel het verstrekte document als in samenhang met andere informatie) geen tegenstrijdigheden bevat.

Nieuw is dat informatie *evenwichtig* moet zijn. Dit voorschrift noopt tot het weergeven van informatie omtrent, wat tijdens de parlementaire behandeling is genoemd, 'voor- en nadelen'. Wij kunnen ons voorstellen dat dit in hoofdzaak een rol speelt indien deelnemers worden geïnformeerd over keuzes, bijvoorbeeld wel of niet kiezen voor uitruil of waardeoverdracht. Het criterium evenwichtigheid strekt zich voorts uit tot het informeren over beperkende voorwaarden of risico's. Wij kunnen ons indenken dat dergelijke informatie een rol kan spelen bij het verlenen van informatie over toeslagen. Daar de voorwaardelijkheidsverklaring inmiddels volledig vormvrij is, kunnen wij ons voorstellen dat op grond van het evenwichtigheidscriterium wordt verwacht dat pensioenfondsen dienen te informeren over de voorwaarden waaronder toeslagen worden verleend, en de mate waarin die verlening waarschijnlijk is (gelet op de ontwikkelingen in het verleden en de verwachtingen over toekomstige ontwikkelingen).

Wat vooral blijkt uit deze normen is dat zij een zeer breed kader bieden. Veel van de concrete invulling zal dus afhangen van het gekozen toezichtbeleid van de AFM. Over dat beleid is vooralsnog weinig bekend. Enerzijds wellicht begrijpelijk omdat de Wet pensioencommunicatie pas kortgeleden in werking is getreden. Anderzijds kende de wet een lange voorbereidingstijd. De AFM heeft inmiddels wel te kennen gegeven dat 'evenwichtigheid' naar haar opvatting benadrukt 'de balans in informatieverstrekking, voor een eerlijke weergave van situaties en context'. Naar onze indruk leidt het nieuwe normenkader tot accentverschuivingen in het toezicht op de naleving van informatieplichten, maar niet tot een wezenlijke verandering. Nog immer staat centraal zorgvuldige afstemming van de informatie op degene voor wie de informatie is bestemd. Hoe de informatieverstrekking zich gaat ontwikkelen wachten wij met belangstelling af. Meer concreet valt er inmiddels wel het een ander vast te stellen over een ander aspect van de Wet pensioencommunicatie, namelijk elektronische informatieverstrekking. Dit bespreken wij in de volgende paragraaf.

4 ELEKTRONISCHE INFORMATIEVERSTREKKING

4.1 *Het voormalige uitgangspunt: schriftelijk-tenzij*

Met de inwerkingtreding van de Pensioenwet in 2007 werd in art. 49 (oud) de mogelijkheid voor pensioenuitvoerders gecreëerd om bepaalde informatie (zoals genoemd in art. 38 tot en met 44 PW) elektronisch te verstrekken. De regel was echter 'schriftelijk-tenzij'.[615] Voordat de pensioenuitvoerder tot elektronische verstrekking kon overgaan, diende de (gewezen) deelnemer derhalve in te stemmen met de elektronische informatieverstrekking. Aanvankelijk werd beoogd dat deze instemming door de deelnemer schriftelijk moest worden gegeven, maar uiteindelijk is deze schriftelijkheidseis vervallen. De instemming was vormvrij. Het was wel aan de pensioenuitvoerder om te bewijzen dat instemming gegeven was.[616]

Een uitzondering op de schriftelijk-tenzij-regel was gemaakt voor kleine pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers. Als de pensioenaanspraken minder bedroegen dan de afkoopgrens, mocht de informatie elektronisch worden verstrekt. De reden hiervoor was onevenredige uitvoeringslasten te voorkomen. Maakte de (gewezen) deelnemer hiertegen bezwaar, dan gold weer het uitgangspunt dat de informatie

615 *Stb.* 2006, 709, nota van toelichting, p. 38.
616 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 54, p. 1 en 2.

schriftelijk moest worden verstrekt (art. 38, lid 3, art. 39, lid 3 en art. 40, lid 3, PW (oud)).

Bij de totstandkoming van de PW is wel overwogen om ter beheersing van administratieve lasten toe te staan alle informatie die wettelijk verplicht moet worden gegeven elektronisch te verstrekken.[617] Daarvan is toen afgezien omdat bepaalde informatie dermate belangrijk werd gevonden dat deze schriftelijk verstuurd moest worden. Bij schriftelijk toegezonden informatie zou beter gewaarborgd kunnen worden dat de geadresseerde bereikt wordt en dat de informatie langdurig bewaard kan worden. Bij langlopende relaties zoals die tussen een pensioenuitvoerder en (gewezen) deelnemers of pensioengerechtigden diende bijvoorbeeld te worden voorkomen dat deze na verloop van tijd niet meer via de e-mail bereikbaar zouden zijn vanwege een wijziging van het e-mailadres. Ook zou niet iedereen een gewijzigd e-mailadres doorgeven aan zijn (voormalig) pensioenuitvoerders. Eveneens is een e-mailadres niet geregistreerd in de Gemeentelijke Basisadministratie.

Bij het verstrekken van de informatie door de pensioenuitvoerder geldt een zogenoemde 'brengplicht'. Dit betekent dat de informatie binnen het bereik van de deelnemer moet worden gebracht. Indien de pensioenuitvoerder had gekozen voor elektronische verstrekking en de deelnemer daarmee akkoord was gegaan, konden volgens de *Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders* (oud) van de AFM[618] twee soorten mediums gebruikt worden voor het verstrekken van de informatie: e-mail en een website. Indien een pensioenuitvoerder koos voor e-mail was het volgens de Leidraad van belang dat hij moest aantonen dat de e-mail in de 'inbox' van de geadresseerde was terechtgekomen. Indien de uitvoerder koos voor een website, moest de pensioenuitvoerder in het kader van de brengplicht een aanvullende handeling verrichten. Dit betekende dat er bijvoorbeeld nog een e-mail moest worden gestuurd naar de deelnemer, waarin werd gewezen op de informatie op de website.

Van belang is verder dat de te verstrekken informatie 'duurzaam' (ook onder de oude PW) moest kunnen worden bewaard. Om deze reden definieerde art. 1 PW 'elektronisch' als 'door middel van een elektronische informatiedrager die de ontvanger in staat stelt de verstrekte informatie

617 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 111.
618 De Leidraad Communicatie voor pensioenuitvoerders is vanwege de inwerkingtreding van de Wet pensioencommunicatie per 1 juli 2015 ingetrokken.

duurzaam te bewaren'. Uit de hiervoor genoemde *Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders* van de AFM volgde ook dat het 'duurzaam' bewaren van informatie meebracht dat de informatie (i) opgeslagen moest kunnen worden, (ii) toegankelijk moest kunnen zijn voor toekomstig gebruik, (iii) beschikbaar moest zijn voor een periode die past bij het informatiedoel en (iv) ongewijzigd gereproduceerd kon worden.

4.2 *Evaluatie elektronische communicatie*

In het kader van de evaluatie op grond van art. 221 PW heeft de minister van SZW aan Regioplan Beleidsonderzoek ('Regioplan') de opdracht geven deze evaluatie uit te voeren. In november 2011 heeft de minister van SWZ het rapport van deze evaluatie (*Evaluatie informatiebepalingen pensioenwetgeving*[619], de 'Evaluatie') aan de Tweede Kamer aangeboden.[620]

In het kader van het onderzoek dat voor de Evaluatie is uitgevoerd kwam naar voren dat op dat moment een op de zes pensioenfondsen de wettelijk verplichte informatie elektronisch verstrekte. De reden dat andere pensioenfondsen en -verzekeraars (een gedeelte van) de informatie niet elektronisch verstrekten was omdat zij meenden dat dit niet in het belang was van hun deelnemers en/of omdat zij uitvoeringstechnisch niet konden voldoen aan de voorwaarden ten aanzien van elektronische informatieverstrekking. Een op de vijf pensioenfondsen vond de kosten die gepaard gaan met elektronische informatieverstrekking en de voorwaarden die daaraan verbonden zijn te hoog.

Uit de Evaluatie bleek tegelijkertijd dat er verschillende pensioenuitvoerders zijn die juist een verdere digitaliseringsslag wensen, door bijvoorbeeld de relevante informatie op hun website ter beschikking te stellen. Als reden hiervoor gaven de pensioenuitvoerders aan dat deelnemers toch te weinig geïnteresseerd zijn om de toegestuurde informatie te lezen en een verdere digitalisering zou – in tegenstelling tot wat sommige andere pensioenfondsen vonden – voor een kostenbesparing zorgdragen. Uit de Evaluatie bleek verder dat vooral pensioenfondsen die met deelnemers met korte en wisselende arbeidscontracten te maken hebben, een verdere digitalisering wenselijk vonden nu de kosten van informatieverstrekking

619 Te vinden via http://www.regioplan.nl/publicaties/rapporten/evaluatie_informatiebepalingen_Pensioenwetgeving.

620 Bij brief van de minister, d.d. 29 november 2011, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 110, nr. 1.

aan deze deelnemers niet in verhouding zouden staan tot hun opgebouwde pensioenen.

Regioplan heeft in het onderzoek de deelnemers ook gevraagd naar de wijze waarop zij het liefst de informatie over hun pensioen zouden willen ontvangen. Uit de antwoorden bleek dat een aanzienlijk deel van de deelnemers er behoefte aan heeft om informatie-uitingen op papier te blijven ontvangen (bijvoorbeeld voor het eigen archief). Ook werd genoemd dat het versturen van informatie-uitingen per brief ervoor zorgt dat de eigen pensioensituatie weer even onder de aandacht wordt gebracht bij deelnemers. Digitale informatie in de vorm van een website of een digitale nieuwsbrief wordt wel als een nuttige aanvulling gezien.[621]

4.3 *Aanbevelingen pensioencommunicatie*

Vanuit het Project Pensioencommunicatie – zoals opgestart door het Ministerie van SZW[622] – kreeg een breed samengestelde werkgroep (bestaande uit onder meer de AFM, DNB en pensioenuitvoerders[623]) de instructie een plan van aanpak te maken en aanbevelingen te doen ter verbetering van de pensioencommunicatie. Daarbij is uitgebreid kwantitatief en kwalitatief onderzoek door TNS NIPO verricht onder pensioendeelnemers (actieve deelnemers, de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden). Dit onderzoek wordt ook wel aangeduid als het 'deelnemersonderzoek'. De onderzoeksbevindingen van TNS NIPO zijn vastgelegd in het rapport *Pensioencommunicatie: behoeften en barrières*. Mede op basis van het deelnemersonderzoek en de Evaluatie zijn in het door de werkgroep opgestelde rapport *Pensioen in duidelijke taal*, aanbevelingen gedaan om de pensioencommunicatie te verbeteren.

Met betrekking tot het elektronisch communiceren over pensioen stelde de werkgroep vast dat uit het deelnemersonderzoek blijkt dat 47% van de deelnemers het liefst digitaal informatie krijgt over de hoogte van het eigen pensioen.[624] De werkgroep adviseerde derhalve in de wetgeving voor pensioenuitvoerders meer mogelijkheden te creëren om digitaal te communiceren met deelnemers. Dit zou ook een aanzienlijke kostenbe-

621 *Evaluatie Informatiebepalingen Pensioenwetgeving*, par. 6.8.
622 Brief van de minister, d.d. 29 november 2011, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 110, nr. 1.
623 Rapport *Pensioen in duidelijke taal*, Ministerie van SZW, Den Haag, juni 2012, p. 6 en 7.
624 Rapport *Pensioencommunicatie: behoeften en barrières*, TNS NIPO, juni 2012, p. 42 en 43.

sparing kunnen geven.[625] De werkgroep erkende in haar rapport dat naast het online kunnen raadplegen van informatie een aanzienlijk deel van de deelnemers behoefte zal houden aan schriftelijke informatie. De werkgroep adviseerde derhalve dat de wetgeving ruimte aan de deelnemer moest bieden om bezwaren tegen elektronische communicatie eenvoudig en laagdrempelig kenbaar te kunnen maken aan de pensioenuitvoerder. Pensioenuitvoerders dienden deelnemers schriftelijke informatie bovendien kosteloos te verstrekken.

Het rapport *Pensioen in duidelijke taal* vormde de basis voor de vernieuwing en verruiming van de communicatie- en informatiebepalingen in de pensioenwetgeving.[626]

4.4 *Het nieuwe uitgangspunt: elektronisch tenzij*

Een van de elementen van de nieuwe communicatiebepalingen betreft de verruiming van de mogelijkheid tot digitale verstrekking en aanbieding van informatie in art. 49 PW.[627] Op basis van het per 1 juli 2015[628] geldende art. 49, lid 1, PW geldt dat schriftelijke verstrekking van informatie geen uitgangspunt meer is. De pensioenuitvoerder maakt de keuze of hij de informatie schriftelijk of elektronisch verstrekt. Thans geldt dus het uitgangspunt dat de informatie elektronisch kan worden verzonden indien de pensioenuitvoerder dat wenst, tenzij de (gewezen) deelnemer bezwaar maakt.

Het beginsel van de 'brengplicht' blijft gehandhaafd. In de memorie van toelichting is daarover opgemerkt dat om te voorkomen dat een deelnemer een elektronisch bericht niet krijgt omdat hij bijvoorbeeld van e-mailadres is gewisseld, het wenselijk is dat pensioenuitvoerders zo veel mogelijk gaan werken met een berichtenbox. Vanuit de berichtenbox kunnen attenderings-e-mails of andere elektronische berichten (bijvoorbeeld sms) worden gestuurd naar de deelnemer met de melding dat een bericht klaar staat. De deelnemer kan zelf zijn e-mailadres koppelen aan de berichtenbox en dit e-mailadres ook zelf aanpassen. Bovendien kent de berichtenbox

625 Rapport *Pensioen in duidelijke taal*, Ministerie van SZW, Den Haag, juni 2012, p. 14.
626 Brief Minister van SZW aan de Tweede Kamer, 26 juni 2012, 'Pensioencommunicatie aan deelnemers', ref. AV/PB/2012/9663, p. 3 en 4.
627 Kamerstukken II, 2013-2014, 34 008, nr. 3, p. 2.
628 *Stb*. 2015, 260.

een archieffunctie.[629] Een wettelijke verplichting om te werken met een berichtenbox is echter niet opgenomen.

Ook blijft gelden dat indien de pensioenuitvoerder merkt dat het e-mailadres van de deelnemer niet (meer) juist is, hij verplicht is tot schriftelijke informatieverstrekking over te gaan totdat hij een juist e-mailadres van de deelnemer heeft (art. 50, lid 4, PW). Het risico dat de informatie de deelnemer niet bereikt, wordt dus wel beperkt nu de pensioenuitvoerder gehouden is bij een 'bounce' de informatie alsnog schriftelijk te verstrekken (art. 50, lid 4, PW).

Aanvankelijk was alleen in art. 49, lid 1, PW opgenomen dat de pensioenuitvoerder de informatie elektronisch of schriftelijk verstrekt. Men wilde duidelijk maken dat de deelnemer ook een keuze zou hebben met betrekking tot de informatieverstrekking. Uiteindelijk is voorgesteld het wisselen tussen digitale en schriftelijke informatie door de pensioenuitvoerder (hooguit) eenmaal per jaar mogelijk te maken om de deelnemer wel de mogelijkheid te geven te wisselen, maar de uitvoeringskosten niet te hoog te laten oplopen.[630] De staatssecretaris van SZW vond dat een goed idee[631] en het wetsvoorstel is met algemene stemmen aangenomen.[632]

Art. 49, lid 1, PW bepaalt ook dat *ten hoogste eenmaal* per jaar wordt gewisseld tussen schriftelijke verstrekking en elektronische verstrekking van de informatie. Hoewel de Pensioenfederatie constateerde dat het vanuit deelnemersperspectief onwenselijk is om de deelnemer slechts eenmalig een keuze te bieden tussen schriftelijke of digitale communicatie,[633] stelde zij ook vast dat het verruimen van de keuzemogelijkheid een mogelijke kostenbesparing in de weg zou staan. De voorgestelde bepaling dat het wisselen tussen digitale en schriftelijke informatie op verzoek van de deelnemer hooguit eenmaal per jaar mogelijk is, is om die reden gehandhaafd. Deelnemers hebben derhalve de mogelijkheid te wisselen, maar dit is beperkt tot eenmaal per jaar om de uitvoeringskosten niet te hoog te laten oplopen. Wanneer partijen overeenkomen dat een meer

629 Kamerstukken II, 2013-2014, 34 008, nr. 3, p. 6.
630 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 008, nr. 9, Amendement van de leden Lodders en Vermeij.
631 Handelingen II, Plenair Debat, TK56, 25 februari 2015, p. 57-7-19.
632 Tweede Kamer, Stemmingen Pensioencommunicatie, TK60, 5 maart 2015, p. 60-7-1.
633 Pensioenfederatie, position paper, Wet pensioencommunicatie, 22 januari 2015, p. 2.

frequente wissel in een concreet geval is toegestaan, zou de PW naar ons oordeel daaraan niet in de weg moeten staan.
Aan het elektronisch verzenden van informatie is wel de voorwaarde verbonden dat de pensioenuitvoerder alleen tot elektronische verzending mag overgaan nadat de deelnemer hierover vooraf schriftelijk is geïnformeerd (art. 49, lid 2, PW). De pensioenuitvoerder moet kunnen aantonen dat hij de deelnemer schriftelijk heeft geïnformeerd over het voornemen tot elektronische verstrekking.
Reageert de deelnemer niet binnen een bepaalde, redelijke termijn, dan mag de pensioenuitvoerder ervan uitgaan dat hij geen bezwaar heeft. Hoe lang de 'bepaalde, redelijke termijn' is, is niet vastgesteld. Wellicht dat pensioenuitvoerders zelf in staat geacht moeten worden hiervoor, gegeven de omstandigheden, een redelijke termijn te bepalen. De Adviescommissie Pensioenrecht van de Orde van Advocaten heeft echter laten weten het wenselijk te vinden dat dit wordt aangepast.[634] Een en ander heeft niet geleid tot een aanpassing van de Wet pensioencommunicatie.

De AFM heeft aangegeven dat mogelijk nadere regels gesteld gaan worden over de bezwaarmogelijkheid van de deelnemer tegen digitale informatieverstrekking.[635] Mogelijk dat de 'bepaalde, redelijke termijn' dan nader wordt ingevuld. Uit de wettekst volgt naar onze mening dat in afwachting van de reactie van de deelnemer, de pensioenuitvoerder direct mag beginnen met het versturen van de elektronische informatie als hij bekend is met het e-mailadres van de deelnemer. Wanneer de deelnemer binnen de redelijke termijn bezwaar maakt tegen de elektronische verstrekking, dan is pensioenuitvoerder gehouden de informatie schriftelijk te verstrekken (art. 49, lid 3, PW).[636] Kiest de pensioenuitvoerder voor schriftelijke informatieverstrekking, dan heeft de deelnemer geen keuze om de informatie elektronisch te ontvangen.

634 Consultatie voorontwerp van voorstel Wet pensioencommunicatie, 3 december 2013; Adviescommissie Pensioenrecht, Nederlandse Orde van Advocaten, 13 januari 2014.

635 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

636 Ten Wolde heeft hierover genoteerd dat de pensioenuitvoerder op deze manier met twee bestanden te maken krijgt. Er is een groep die elektronisch geïnformeerd wil worden en er is een groep die schriftelijk geïnformeerd wil worden. Dit zou juist een kostenverzwaring met zich brengen. Hij verwacht derhalve dat veel pensioenuitvoerders de voorkeur zullen blijven geven aan schriftelijke informatieverstrekking, zie, R. ten Wolde, 'Communicatie over pensioenen gaat onvoldoende met zijn tijd mee', *TPV* 2014/14.

Digitale informatieverstrekking is nu de hoofdregel geworden. Waar voorheen de (gewezen) deelnemer expliciet diende in te stemmen met de elektronische informatieverstrekking, moet hij nu – indien de pensioenuitvoerder wenst over te gaan tot elektronische verstrekking van informatie en dit ook schriftelijk aankondigt – expliciet kenbaar maken dat hij schriftelijk geïnformeerd wenst te worden.
In feite wordt op grond van de Wet pensioencommunicatie bij het niet reageren van de deelnemer een impliciete aanvaarding verkregen door een zogenoemde 'piep-brief': aan de deelnemer wordt een brief gestuurd waarin wordt meegedeeld dat de pensioenuitvoerder voortaan de informatie elektronisch zal verzenden, met de mededeling dat deze wijziging zal worden verondersteld te zijn aanvaard, als een reactie van de deelnemer uitblijft.
De wijziging van de PW op dit punt lijkt niet aan te sluiten bij de onderzoeken die zijn uitgevoerd naar pensioencommunicatie. Uit het onderzoek van Regioplan blijkt bijvoorbeeld dat veel deelnemers er behoefte aan hebben informatie schriftelijk te ontvangen en dat de elektronische informatieverstrekking meer als een aanvulling op de schriftelijke informatieverstrekking wordt gezien en niet als een vervanging daarvan. Ook de werkgroep met vertegenwoordigers van AFM, DNB en pensioenuitvoerders heeft geconstateerd dat een aanzienlijk deel van de deelnemers behoefte blijft houden aan schriftelijke informatie. Naar schatting zal 50% van de deelnemers de informatie schriftelijk willen ontvangen.[637]

In de Evaluatie is daarbij ook vastgesteld dat uit onderzoek van de pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars – waarin aan consumenten wordt gevraagd hoe zij hun UPO bij voorkeur ontvangen – blijkt dat de deelnemers het UPO (en dus wellicht ook andere belangrijke informatie) graag via de post ontvangen. Maar liefst 81% van de totale onderzoeksgroep zou hun pensioenoverzicht via de post willen ontvangen. Slechts 9% geeft de voorkeur aan een e-mail en 5% geeft de voorkeur aan downloaden via een website met een persoonlijk wachtwoord.[638] Dat een groot deel van de deelnemers behoefte heeft aan schriftelijke informatie, wordt bovendien ondersteund door de onderzoeken van Montae Pensioen en GfK Panel

637 Kamerstukken II, 2013-2014, 34 008, nr. 3, p. 13.
638 *Evaluatie Informatiebepalingen Pensioenwetgeving*, par. 6.8, tabel 6.8, p. 67 en 68.

Services,[639] waarin is vastgesteld dat 43% van de (onderzochte) deelnemers via de post geïnformeerd wil worden, 47% via e-mail en 30% via internet. Zie ook het onderzoek van The Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement.[640]

Gezien het voorgaande had het beginsel 'schriftelijk-tenzij' meer voor de hand gelegen. De 'wie zwijgt stemt toe'-redenering is bovendien gezien het wettelijk systeem een uitzondering. In dat kader wijzen wij op het uitgangspunt binnen het verzekeringsrecht. Op grond van art. 7:933, lid 1, BW geldt de eis dat alle mededelingen waartoe de bepalingen van Titel 7.17 BW of de verzekeringsovereenkomst de verzekeraar aanleiding geven, schriftelijk dienen te geschieden. Deze bepaling is opgenomen om de verzekeringnemer en de uitkeringsgerechtigden te beschermen en beoogt de duidelijkheid en de zekerheid voor hen te bevorderen. Bij het opstellen van art. 7:933 BW is onderkend dat het niet ondenkbaar is dat elektronische mededelingen de verzekeringnemer ontgaan en dat het voor veel mededelingen van belang is dat zij bewaard worden. Schriftelijke stukken zijn nu eenmaal makkelijker te bewaren dan elektronische bestanden, zeker nu veel mensen niet over een printer beschikken.

Art. 7:933, lid 2, BW biedt de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur van het eerste lid afwijkende regels te stellen. Daarbij is expliciet in lid 2 opgenomen dat ook regels kunnen worden gesteld om bepaalde mededelingen en informatie via de elektronische weg te versturen. Dit biedt een grondslag om voor nader omschreven mededelingen onder nader te bepalen voorwaarden de verzending daarvan langs elektronische weg toe te staan.[641]

---

639 Uit: onderzoek Montae Pensioen en GfK Panel services in 2010 onder werknemers in Nederland. Het rapport 'Onderzoek Pensioen in Nederland: - Kennis, - Verwachtingen - Vertrouwen' is te downloaden via http://www.ornet.nl/PageFiles/1736/001_RBI-Adam-download-ORNET3563D01.pdf. Montae Pensioen en GfK Panel services hebben in 2010 onderzoek gedaan naar de vraag hoe deelnemers benaderd willen worden door hun pensioenuitvoerder.

640 Een organisatie gericht op de stimulatie van debat over de gevolgen van vergrijzing, het (spaar)gedrag van mensen, de houdbaarheid van hun pensioenen en het overheidsbeleid. Netspar heeft in 2013 door middel van hun 'Netspar Design Paper' het UPO geanalyseerd om zodoende de belangrijkste eigenschappen in kaart te brengen waaraan het toekomstige, meer deelnemergerichte UPO zou moeten voldoen. Zij stellen dat deelnemers idealiter zelf aan moeten kunnen geven of ze het UPO digitaal of schriftelijk willen ontvangen. Netspar Design Papers, *Naar een nieuw deelnemergericht UPO*, Charlotte Kuier, Arthur van Soest en Cees Dert, augustus 2013.

641 Nota II van 12 juli 2005, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 137, nr. 8, p. 6-7.

Het besluit van 25 januari 2011, houdende regels inzake de verzending van mededelingen langs elektronische weg in het kader van een verzekeringsovereenkomst (Besluit elektronische mededelingen in het kader van een verzekeringsovereenkomst) biedt voor de verzekeraar deze grondslag. Op grond van voornoemde besluiten kunnen de mededelingen als bedoeld in art. 7:933, lid 1, BW worden verzonden langs elektronische weg, mits de mededelingen kunnen worden opgeslagen op een duurzame drager. Mededelingen langs elektronische weg zijn slechts toegestaan indien de geadresseerde daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd (art. 7:933, lid 3, BW). Het 'piepsysteem' wordt hier niet gehanteerd.
Het piepsysteem wordt in het algemene vermogensrecht bovendien kritisch bekeken. Een (impliciete) aanvaarding van een aanbod door stilzwijgen mag niet snel worden aangenomen.[642] Het wettelijke systeem (van art. 3:37 BW) sluit dus niet aan bij het uitgangspunt van het thans geldende art. 49 PW dat als deelnemers niet reageren op de uitvraag van de pensioenuitvoerder om de informatie elektronisch te verzenden en blijven stilzitten, er sprake is van een 'aanvaarding' van de elektronische informatieverstrekking.

4.5 *Bewaartermijn*

Het gekozen (piep)systeem geeft ook aanleiding om de bewaartermijnen van pensioendocumentatie kritisch te bekijken. Bij het elektronisch verzenden van informatie bestaat het risico dat deelnemers de informatie minder goed opmerken, zeker als de deelnemers de uitvraag van de pensioenuitvoerder terzijde hebben geschoven. Digitale informatie wordt bovendien niet zelden door deelnemers minder accuraat opgemerkt. Het is de vraag of de digitaal verstuurde informatie standaard wordt opgeslagen door de deelnemer. Niet ondenkbaar is dat de ontvangen elektronische informatie minder zorgvuldig wordt gearchiveerd (gezien de dagelijkse stroom van e-mailberichten) dan per post verzonden informatie.

Daarom is ook bij de totstandkoming van de Wet pensioencommunicatie het amendementsvoorstel[643] gedaan om de bestaande bewaartermijn van zeven jaar (art. 169 PW) te verlengen. Bij het elektronisch verstrekken van informatie werd voorgesteld gebruik te maken van een Pensioen-Berichtenbox, waarin de pensioeninformatie in een beveiligde en onafhan-

642 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 181 en 182 en Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 889.
643 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 008, nr. 18, p. 3 en het gewijzigd amendement Kamerstukken II, 2014-2015, 34 008, nr. 28, p. 3.

kelijke omgeving langdurig – dat wil zeggen minimaal vijftig jaar – zou moeten worden bewaard. De staatssecretaris heeft het amendement echter ontraden.[644] Het opstellen van een aparte berichtenbox zou een te grote investering vergen. De bestaande eigen berichtenboxen van sommige pensioenuitvoerders en de berichtenbox van www.mijnoverheid.nl. zouden goede alternatieven zijn. (Oude) uitvoeringsovereenkomsten of reglementen zouden door de deelnemer desgewenst bij de pensioenuitvoerder kunnen worden opgevraagd.
Een daarop ingediende motie voorzag in een langdurige bewaartermijn voor UPO's.[645] Ook de vaste commissie voor SZW heeft de opmerkingen van de Kamerleden opgemerkt[646] en de regering verzocht hierop te reageren.
De staatssecretaris meende echter dat deelnemers en pensioengerechtigden ten aanzien van pensioeninformatie een eigen verantwoordelijkheid hebben.[647] Zo moet de pensioenuitvoerder ervoor zorgdragen dat verplichte pensioeninformatie, zoals het UPO, bij digitale verstrekking makkelijk door de deelnemer kan worden opgeslagen. De deelnemer en de pensioengerechtigde hebben vervolgens de verantwoordelijkheid om deze gegevens op te slaan en te bewaren. Datzelfde geldt volgens de staatssecretaris immers ook voor schriftelijk verstrekte informatie.
Ook door de AFM is een aanbeveling gedaan om de bewaartermijn voor pensioendocumentatie te verlengen, met het oog op de belangen van de deelnemer.[648]
De regering heeft op dit moment echter bewust de keuze gemaakt om de bewaartermijnen voor pensioengegevens wettelijk niet vast te leggen voor een langere periode dan zeven jaar en heeft geen aanleiding gezien om aanvullende bewaartermijnen op te nemen in de wet indien bijvoorbeeld sprake is van elektronische verzending. Dit is in lijn met de bestaan-

644 Handelingen II, 2014-2015, nr. 56, 25 februari 2015, 56-7-21.
645 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 008, nr. 29, motie-Omtzigt en Van Weyenberg.
646 Kamerstukken I, 2014-2015, 34 008, nr. B.
647 Kamerstukken I, 2014-2015, 34 008, nr. C.
648 Brief AFM, 16 januari 2014, SBI-SLi-13110252.

de bewaartermijnen in wet- en regelgeving,[649] hoewel voor bepaalde documenten of gegevens langere bewaartermijnen zijn gegeven.[650]

Hoewel een risico voor de deelnemer kan worden gezien indien de pensioenadministratie na zeven jaar wordt verwijderd, hebben ook pensioenuitvoerders er belang bij de (digitale) afschriften van hun communicatie veel langer te bewaren dan de wettelijke bewaartermijnen. Ook nadien kunnen nog claims uit (de gedigitaliseerde) pensioendocumentatie voortkomen. Aan de juridische pensioendocumenten worden immers aanzienlijke en langjarige financiële rechten ontleend. Derhalve is het voor de eigen bewijspositie van pensioenuitvoerders aan te raden stukken ruim na het overlijden van de deelnemer te bewaren.

5 SLOT

Met de Wet pensioencommunicatie zijn de informatieplichten in de Pensioenwet aangepast. In dit artikel bespraken gaven wij een inleiding op de belangrijkste wijziging vanwege deze wet. Vervolgens bespraken wij de implicaties van die wet voor het toezicht op de naleving van de Pensioenwet. Het sanctie- en toezichtmechanisme van de AFM is gelijk gebleven, echter de materiële invulling daarvan niet. Het nieuwe normenkader verplicht tot correcte, duidelijke en evenwichtige informatie met meer ruimte voor elektronische verstrekking. Wij hebben laten zien dat toezicht op de naleving sterk leunt op deze meer generieke normen en dat wijziging daarvan ertoe leidt dat de AFM haar bakens in het toezichtbeleid verzet. Oude AFM-instructies omtrent duidelijk en begrijpelijk informeren zijn ingetrokken, ondanks dat zij mogelijk betekenis houden onder de vernieuwde wetgeving. Het bieden van handelingsperspectief krijgt meer nadruk in het toezicht. Het is de vraag of daarmee een wijziging is aangebracht in wat reeds voordien gold, temeer daar de verplich-

649 Een aantal specifiek in de wet vermelde financiële bescheiden moet minimaal gedurende zeven jaar worden bewaard. Van de administratie van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon respectievelijk zijn bedrijf of beroep geldt een bewaarplicht van zeven jaar (art. 2:10 BW en art. 3:15i BW). Een bewaartermijn van zeven jaar lijkt uitgangspunt in diverse wet- en regelgeving (zie onder meer art. 8 en 48 Douanewet, art. 4:69 Awb, en art. 52 AWR). Dit zijn minimale bewaartermijnen.

650 Voor bijvoorbeeld medische gegevens zijn specifieke bewaartermijnen gegeven. In art. 7:454, lid 3, BW is de termijn gedurende welke medische gegevens in een dossier mogen worden bewaard vastgesteld op (maximaal) vijftien jaren. In situaties van langlopende en terugkerende geneeskundige behandelingen kan echter een langere termijn worden aangehouden.

ting te informeren in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen door de AFM ruim werd uitgelegd.

Een wezenlijke verandering heeft de Wet pensioencommunicatie aangebracht in de mogelijkheden om elektronisch te informeren. Elektronische verzenden van informatie is uitgangspunt geworden. Dit lijkt een vooruitgang voor zowel pensioenuitvoerders als de deelnemers: de administratieve last voor pensioenuitvoerders neemt (wellicht) af vanwege de mogelijkheid tot gedigitaliseerde berichtgeving en ook wordt het gemak van pensioendeelnemers gediend.
Het valt echter op dat het gekozen uitgangspunt niet aansluit bij de behoefte aan schriftelijke informatie van veel deelnemers. Uit diverse onderzoeken is immers gebleken dat veel deelnemers graag informatieuitingen op papier willen blijven ontvangen. Schriftelijke informatie zou ook beter gearchiveerd worden. E-mails worden bovendien doorgaans veel frequenter ontvangen dan post. Een e-mail met daarin belangrijke informatie over het pensioen zou daarom wel eens onbewust door de deelnemer over het hoofd kunnen worden gezien. Ook bestaat de kans dat een email onbedoeld in de 'junk'-folder van een e-mailbox belandt. Het standpunt van de minister dat het de eigen verantwoordelijkheid van de deelnemer is om de elektronische gegevens op te slaan en te bewaren gaat aan voornoemde stellingen voorbij. Daarnaast zou schriftelijke informatie ervoor kunnen zorgen dat de deelnemer weer meer bewust is van de eigen pensioensituatie. Voornoemde constateringen sluiten beter aan bij de oude schriftelijk-tenzij-regel.

Ook verhoudt het huidige uitgangspunt in de pensioenwetgeving zich niet tot de bestaande uitgangspunten in wet- en regelgeving over elektronisch communiceren. In het verzekeringsrecht geldt bijvoorbeeld nog steeds dat elektronische verzending mogelijk is, mits de verzekeringnemer daarmee expliciet instemt (uitzonderingen daargelaten). Het gekozen piepsysteem sluit niet aan bij het algemene vermogensrecht waarbij geldt dat een impliciete aanvaarding niet te snel mag worden aangenomen. Op grond daarvan kan worden geconstateerd dat een gebondenheid aan elektronische informatieverstrekking indien de deelnemer niet reageert op de uitvraag van de pensioenuitvoerder wellicht niet te snel moet worden aangenomen.

Het gekozen huidige uitgangspunt geeft daarbij mogelijk aanleiding de huidige bewaartermijn kritisch te bekijken. De risico's die verbonden zijn aan elektronische pensioencommunicatie pleiten mogelijk voor een lan-

gere bewaartermijn. Los van de thans geldende wettelijke bewaartermijn zou het voor zowel deelnemer als pensioenuitvoerder verstandig zijn ontvangen pensioeninformatie langer dan zeven jaar te bewaren nu aan pensioendocumenten in de verre toekomst financiële rechten kunnen worden ontleend en dergelijke pensioendocumenten duidelijk kunnen maken wat tussen partijen geldt.

De precieze uitwerking van de Wet pensioencommunicatie zal moeten blijken in de praktijk. In dit artikel stonden enkele meer algemenen normen centraal, die over de volledige breedte van de informatieplichten van belang zijn. Voor een jurist bieden zij voer voor discussie. Voor de praktijk zijn het zaken die verwerkt moeten worden ook op het punt van alle detailwijzigingen die de Wet pensioencommunicatie aanbrengt. We zijn benieuwd hoe de huidige communicatiebepalingen praktisch uitwerken.

6 *Pensioen en scheiding*

Mr. E.V.G. Bot MBA
Mr. E.K. Beckers FFP[651]

651 Eric Bot en Erik Beckers zijn beiden werkzaam bij Vivat verzekeringen.

Inhoudsopgave

1 Een kort historisch overzicht
1.1 Inleiding
1.1.1 Arrest Hoge Raad 7 oktober 1959
1.1.2 Periode vanaf 27 november 1981, HR-arrest Boon / Van Loon
1.1.3 Invoering van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS)
1.1.4 Alsnog claimen onder het arrest Boon / Van Loon.

2 Reikwijdte en werking Wet VPS
2.1 Inleiding
2.2 Reikwijdte van de Wet VPS
2.2.1 Soorten pensioen
2.2.2 Buitenlandse pensioenregelingen
2.2.3 Kleine pensioenen worden niet verevend
2.2.4 Vrijwillig aanvullende pensioenen
2.2.5 Kosten bij verevening
2.2.6 Streefregelingen en beschikbarepremieregelingen op kapitaal of op basis van beleggingen
2.2.7 Partnerpensioen
2.2.8 Bruto (gerichte) lijfrenten
2.2.9 Nettolijfrenten
2.2.10 Nettopensioen
2.3 Tweejaarstermijn
2.4 Indexering onder de Wet VPS
2.5 Wijzigingen pensioenregeling na echtscheiding
2.6 Afwijken van de regels bij echtscheiding
2.6.1 Conversie
2.6.2 Andere wijze van verevenen of verdelen

3 Pensioen en scheiding in eigenbeheersituaties
3.1 Inleiding
3.2 Wie kan in eigen beheer pensioen opbouwen?
3.3 Verevening van ouderdomspensioen in een eigenbeheersituatie
3.3.1 Verplichte afstorting verevende deel pensioenaanspraken?
3.3.2 HR 12 maart 2004 en HR 9 februari 2007
3.3.3 Afstorting verevend ouderdomspensioen een verplichting?
3.4 Recht op bijzonder partnerpensioen
3.5 Overige aspecten dga pensioen in eigen beheer
3.5.1 Waardering pensioen bij scheiding in eigenbeheersituaties
3.5.2 Is door uitsluiting van de Wet VPS het regime onder Boon van Loon weer van toepassing?
3.5.3 Eigen beheer pensioen dga plus een ‘onbepaald’ deel verzekerd

4 Beschikbarepremieregelingen en lijfrenten bij scheiding
4.1 Inleiding
4.2 Toename van oudedagsvoorzieningen in de vorm van beschikbarepremieregelingen en lijfrenten
4.3 Verschillende vereveningsmethoden beschikbarepremieregelingen

4.3.1 Kapitaal splitsen op basis van waarde in euro's
4.3.2 Kapitaal splitsen op basis van formule
4.3.3 Kapitaal splitsen op basis van aantal beleggingsunits
4.4 Verschillende verdelingsmethoden van lijfrenten bij scheiding
4.4.1 Geheel of gedeeltelijk wijzigen van verzekeringnemer of begunstigde
4.4.2 Verdelen in twee gelijke delen
4.4.3 Afzien van verdelen of de waarde verrekenen met een ander vermogensbestanddeel
4.4.5 De waarde van de lijfrente
4.5 Hoe om te gaan met alle beschreven mogelijkheden van verevenen en verdelen

5 Rechtspositie ongehuwden en gehuwden met koude uitsluiting bij scheiding
5.1 Inleiding
5.2 Ongehuwd samenwonenden
5.2.1 Verschuiving van gehuwden naar ongehuwd samenwonenden
5.2.2 Gevolgen van het verbreken van de samenleving
5.2.3 Vermogensregime ongehuwd samenwonenden en gevolgen bij het verbreken van de samenleving
5.2.4 Alimentatierecht bij het verbreken van de samenleving
5.2.5 Argumenten voor onderscheid gehuwden en ongehuwd samenwonenden – Partnerdefinitie in het pensioenreglement
5.2.6 Tegenargumenten
5.2.7 Rechtspositie ongehuwd samenwonenden ten aanzien van partnerpensioen
5.2.8 De rol van het kind ten aanzien van de partnerdefinitie
5.3 Onderscheid ten aanzien van de verdeling van afkoop klein pensioen

6 Advisering en begeleiding bij scheiding
6.1 Inleiding
6.2 Behoefte aan advies bij scheiding en pensioen in relatie tot de Wft
6.3 Behoefte aan preventief advies bij scheiding gericht op pensioenen
6.4 Behoefte aan reactief advies en voorlichting bij scheiding gericht op pensioenen

7 Conclusies en aanbevelingen
7.1 Inleiding
7.2 Aanbevelingen
7.2.1 Kosten bij verevening in mindering brengen op de waarde van de pensioenaanspraak
7.2.2 Tweejaarstermijn verlengen naar vijf jaar
7.2.3 Onderzoek conversie als default op te nemen in de Wet VPS
7.2.4 Nadere verkenning mogelijkheid peildatum gelijk te trekken met huwelijksvermogensrecht
7.2.5 Bijzonder partnerpensioen in eigen beheer voor met dga ongehuwd samenwonende
7.2.6 Beperk bijzonder partnerpensioen tot huwelijkse jaren
7.2.7 Breng zo veel als mogelijk regels met betrekking tot echtscheiding onder in de Wet VPS

7.2.8 Waarde klein pensioen op andere wijze verplicht verrekenen
7.2.9 Verduidelijking wetgever of oude jurisprudentie na invoering van de Wet VPS nog relevant is
7.2.10 Waardeoverdracht toestaan vereveningsdeel en voor partnerpensioen
7.2.11 Verken mogelijkheid reparatie pensioen na verevening of verdeling
7.2.12 Verken mogelijkheid reparatie lijfrente na verdeling
7.2.13 Verken het invoeren van een verbod op vooraf afspraken maken over pensioen na scheiding
7.2.14 Verplichte uitleg door pensioenuitvoerders over verevening bij kapitaal- en premieovereenkomsten
7.2.15 Stimuleer het meer eenduidig berekenen van vervening bij kapitaal- en premieovereenkomsten
7.2.16 Verken mogelijkheid voor sociale partners en pensioenuitvoerders om de partnerdefinitie te koppelen aan het erkennen van een kind
7.2.17 Bij afwijken van wettelijke systematiek advies verplicht stellen
7.2.18 Wijs op het opstellen van een considerans bij afspraken maken over oudedagsvoorzieningen
7.2.19 Maak advieskosten aftrekbaar
7.2.20 Verken de mogelijkheid Wft-diplomavereisten te verschuiven van beheer naar events
7.3 Slotopmerkingen

Pensioen en scheiding

1 EEN KORT HISTORISCH OVERZICHT

1.1 *Inleiding*

Het onderwerp pensioen[652] en scheiding[653] heeft door de jaren heen een enorme ontwikkeling doorgemaakt. In dit hoofdstuk schetsen wij een overzicht van de ontwikkelingen van pensioenen bij scheiding waarbij we trachten de belangrijkste ontwikkelingen en discussiepunten bij pensioen en scheiding aan de orde te laten komen. We beginnen met een kort overzicht van de historie waarbij we een drietal perioden onderscheiden. Als eerste de periode tot 7 oktober 1959 samen met de periode tot 27 november 1981. Ten tweede de periode van 27 november 1981 tot 1 mei 1995 en als laatste de periode van af 1 mei 1995 tot heden.

1.1.1 *Arrest HR 7 oktober 1959*

In de uitspraak van de Hoge Raad van 7 oktober 1959[654] is een arrest gewezen waarin de Hoge Raad oordeelt dat een pensioenaanspraak een verknocht recht is dat toebehoort aan de deelnemer en zijn partner. De reden die de Hoge Raad hiervoor aangeeft is dat het pensioen dient ter verzorging van alle tot het gezin van de deelnemer behorende leden. Een ex-partner behoort niet langer tot het gezin en er hoeft om die reden geen pensioenaanspraak aan die ex-partner toe te komen. Voor de datum van voornoemd arrest is uit de literatuur op te maken dat de lijn is dat pensioenrechten

652 In dit hoofdstuk gebruiken we de term pensioen meestal voor partner- en/of oudedagspensioen voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst. Daar waar we doelen op een andere oudedagsvoorziening, bijvoorbeeld een lijfrente zoals bedoeld in art. 1.7, lid 1, Wet IB 2001, melden we dat uitdrukkelijk.

653 In dit hoofdstuk gebruiken we de term scheiding voor het verbreken van een duurzame relatie in het algemeen, zowel bij gehuwden als ongehuwden. De term echtscheiding gebruiken we daar waar sprake is van het beëindigen van de duurzame relatie van huwelijkspartners of (conform art. 1 lid 2, onderdeel a, Wet VPS) geregistreerde partners. Doelen we specifiek op ongehuwd samenwonenden, dan hanteren we in plaats van de term scheiding of echtscheiding de woorden 'het verbreken van de samenleving'.

654 HR 7 oktober 1959, *BNB* 1959/355.

in beginsel onder de regels van het huwelijksgoederenrecht vallen.[655] Maar van echte concrete jurisprudentie, die op dat moment volstrekte duidelijkheid verschaft, is vooralsnog geen sprake.
In een uitspraak van Hof Amsterdam uit 1977 komen de eerste tekenen dat er sprake is van veranderende inzichten.[656] In dat arrest geeft het hof aan dat, hoewel pensioenaanspraken onvervreemdbaar en hoogst persoonlijk zijn, het karakter hiervan zich er niet tegen verzet dat gezien de 'aard van de aanspraken' dit moet leiden tot toedeling aan de formeel gerechtigde. Of en, zo ja, in hoeverre verrekening moet plaatsvinden, hangt af van hetgeen de goede trouw en de billijkheid vereisen. In het onderhavige arrest kwam het erop neer dat verrekening moest plaatsvinden van de helft van de contante waarde van de pensioenaanspraken op de dag van de echtscheiding. Deze uitspraak is de opmaat geweest voor het hierna te behandelen Boon / Van Loon-arrest.

1.1.2 *Periode vanaf 27 november 1981, HR-arrest Boon / Van Loon*

In het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1981 dat bekend staat als Boon / Van Loon gaat de Hoge Raad om.[657] Tot die tijd werd de pensioenaanspraak, zoals hiervoor al aangegeven, volledig toebedeeld aan de persoon die dit pensioen had opgebouwd, omdat er sprake was van een aan de persoon verknocht recht. Volgens de Hoge Raad moeten pensioenaanspraken worden gezien als onderdeel van de huwelijksgemeenschap en dienen als zodanig in de verdeling te worden betrokken en wel door middel van verrekening.[658]
Pensioenaanspraken behoren, aldus de Hoge Raad, tot de algehele gemeenschap en moeten bij verdeling van de gemeenschap dan ook worden betrokken. De waardeverrekening acht de Hoge Raad gerechtvaardigd omdat er een niet te verwaarlozen band bestaat met de andere echtgenoot, waarbij vanuit maatschappelijk oogpunt bezien het ouderdomspensioen is bestemd om te voorzien in het toekomstig levensonderhoud van beide echtgenoten.
Daarbij speelt – zeker in het toenmalige tijdsgewricht – dat de opbouw en de financiering van pensioenen veelal gezien moet worden als een gemeenschappelijke inspanning van beide echtgenoten.[659] Voor de

---

655 A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij echtscheiding*, (diss. Maastricht), Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2004, p. 53.
656 Hof Amsterdam 23 december 1977, *NJ* 1978, 507.
657 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, met noot van W.H. Heemskerk, E.A.A. Luijten.
658 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, r.o. 12.
659 Dit kan ook gezien worden als invulling, voortvloeiende uit de zorg die zij krachtens art. 1:81 BW aan elkaar verschuldigd zijn.

waardeverrekening gaat de Hoge Raad uit van een contante waardeverrekening van zowel het ouderdomspensioen als het partnerpensioen dat is opgebouwd tot de datum van echtscheiding. Dit moet plaatsvinden aan de hand van de eisen van de redelijkheid en de billijkheid, die op de verdeling van een huwelijksgemeenschap van toepassing zijn. Afhankelijk van de waarde die voor verrekening in aanmerking komt zal voor het ouderdomspensioen dit geschieden door toekenning van een voorwaardelijke uitkering die aan beider levens is gebonden en opeisbaar wordt naarmate de pensioenuitkeringen opeisbaar zijn. Op gelijke wijze moet naar het oordeel van de Hoge Raad worden gehandeld voor wat betreft het te verrekenen partnerpensioen.
In de uitspraak van de Hoge Raad is geanticipeerd op de mogelijkheid dat ex-partners alsnog een vordering tot verrekening van pensioen zouden starten. Daarover heeft de Hoge Raad het volgend in zijn arrest opgenomen.

'Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in artikel 1158 tweede lid BW [oud]. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering — die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten — thans niet meer geldend gemaakt kan worden.'[660]

Met opname van de voorgaande alinea heeft de Hoge Raad beoogd te voorkomen dat er een stroom aan claims, en als gevolg daarvan een scala aan rechtszaken zou ontstaan. Daarom kan alleen een beroep op het Boon / Van Loon-arrest worden gedaan indien de verdeling van de huwelijksgemeenschap plaatsvindt vanaf 27 november 1981.

1.1.3 *Invoering van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS)*

De aanleiding tot het invoeren van een nieuwe wettelijke regeling in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ('Wet VPS') is het hiervoor behandelde arrest van de Hoge Raad betreffende Boon / Van Loon.[661] Voornamelijk omdat het arrest ook de nodige vragen opriep. Dit ging onder andere om vragen welke soorten aanspraken het betrof die moeten

660 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, r.o. 14.
661 Zie Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 2.

worden verrekend, de relatie met het huwelijksgoederenregime en de verrekening, het moment en wijze van verrekening.[662] Naast voornoemde redenen vonden bewindslieden deze regeling nodig uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Immers de Hoge Raad was in zijn mogelijkheden beperkt door het bestaande wettelijk kader en door de geven casuspositie.[663] Een ander doel was het beogen te ontlasten van de rechtspraak omdat na het arrest vele juridische vragen de kop bleven opsteken. Kortom met dit wetsvoorstel (Wet VPS) werden meerdere doelstellingen en vragen van uit de praktijk, die de wetgever beoogde te adresseren, nader ingevuld.

Bij de totstandkoming van de Wet VPS maakt de wetgever expliciet een onderscheid tussen pensioenverrekening op grond van Boon / Van Loon en pensioenverevening op grond van de Wet VPS. Een pensioenverrekening binnen de kaders van het huwelijksvermogensrecht leidt tot een deling van de contante waarde van het pensioen. Daarentegen is pensioenverevening niet geënt op het huwelijksvermogensrecht, maar wordt in beginsel het ouderdomspensioen zelf gedeeld. De wetgever heeft daarbij expliciet gekozen voor pensioenverevening omdat dit samenhangt met de keuze voor een stelsel van pensioendeling en afwijzing van een stelsel van waardedeling.[664] Voor een overzicht van de verschillen tussen de Wet VPS en het Boon / Van Loon-arrest verwijzen wij naar een bijdrage van Siegman in Monografieën (echt)scheidingsrecht.[665]

1.1.4 *Alsnog claimen onder het arrest Boon / Van Loon*

Door de komst van het wetsvoorstel per 13 november 1990 is er veel aandacht voor dit onderwerp in de media waarbij het nog tot 1 mei 1995 heeft geduurd voordat de Wet VPS van kracht is geworden.[666] Mede daardoor zijn vele ex-echtelieden geattendeerd op de mogelijkheid dat er voor hen mogelijk nog latente pensioenaanspraken of pensioenrechten te verhalen zijn. Het kwam herhaaldelijk voor dat bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap en de verdeling daarvan het pensioen werd vergeten. Veelal zijn bij destijds ontbonden huwelijken van voor 1 mei 1995

662 Zie Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 3.
663 Zie Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 2, 3 en 6.
664 Zie Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 4.
665 P.M. Siegman, Monografieën (echt)scheidingsrecht deel 3, *Pensioen en scheiding*, 7e druk, p. 29.
666 Met het voorontwerp in ogenschouw van 9 oktober 1985 heeft het circa tien jaar geduurd voordat de wettelijke regeling van kracht is geworden. Zie Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3 p. 3.

afspraken gemaakt, al dan niet vastgelegd in een echtscheidingsconvenant, met daarin een finaal kwijtingsbeding waarin men afspreek dat ex-echtgenoten onderling niets meer van elkaar hebben te vorderen en afstand wordt gedaan van nog eventueel bestaande claims. In de jurisprudentie zijn verschillende uitspraken geweest met betrekking tot late claims van pensioenaanspraken of pensioenrechten. De vraag daarbij was onder andere of verdeling nog mogelijk is na ommekomst van vele jaren. Is er dan geen sprake van verjaring of rechtsverwerking of maakt het finale kwijtingsbeding dat verdeling hiervan niet meer mogelijk is? De vele uitspraken die rechters in dit soort casussen hebben gedaan verschilden tot voor kort nogal qua inhoud. Toch zijn ook vele late claims alsnog – vaak om verschillende redenen – toegewezen.[667] De open juridische formulering van 'redelijkheid en billijkheid' geeft rechters de mogelijkheid daar zelf een invulling aan te geven. De constante vaste jurisprudentie die zich sinds enige tijd manifesteert is in de lijn van een nog onverdeeld gemeenschapsgoed, ofwel een overgeslagen goed. Op grond van art. 3:179 BW kan nadere verdeling worden verlangd van een 'overgeslagen goed'. Op grond van art. 3:178 BW is een dergelijke vordering niet voor verjaring vatbaar. In deze lijn werd enige malen beslist[668] en deze lijn is bevestigd door de Hoge Raad.[669]

2 REIKWIJDTE EN WERKING VAN DE WET VPS

2.1 *Inleiding*

Op 1 mei 1995 is de Wet VPS van kracht geworden. Deze wet bevat regels met betrekking tot de vaststelling van de verevening van pensioenrechten bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Tevens zijn daarmee in verband houdende wijzigingen in andere wetten doorgevoerd. De Wet VPS kent een regeling ten aanzien van de verdeling van pensioenrechten

667 Zie Rechtbank Maastricht 12 juli 2006, *RFR* 2006, 104; Rechtbank Utrecht 19 juli 2006, nr. 190036/HAZA 05-266; Rechtbank Middelburg 11 oktober 2000, *FJR*, 26; Hof Den Bosch 22 februari 2001, LJN: BP5800; Rechtbank Den Haag, 14 november 2001, *PJ* 2003/20. Rechtbank Zwolle 5 februari 2003, LJN: AF5303. Rechtbank Alkmaar 3 maart 2010, LJN: BM6993; Rechtbank Leeuwarden 7 juni 2000, *PJ* 2001/68.

668 Hof Den Bosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4995. Zie ook *PJ* 2013/97 en 98; HR 27 maart 2015, *PJ* 2015/91; Hof Den Bosch 7 april 2015, *PJ* 2015/93.

669 HR (civiele kamer) 27 maart 2015, nr. ECLI:NL:HR:2015:762. Zie ook *PJ* 2015/91.

bij scheiding.[670] De oorspronkelijke Wet VPS is herhaaldelijk gewijzigd en ook thans loopt er nog een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet VPS.[671]

2.2 *Reikwijdte van de Wet VPS*

2.2.1 *Soorten pensioenen*

Op grond van art. 1, lid 1, onderdeel d moet onder pensioen in de zin van de Wet VPS alleen ouderdomspensioen worden verstaan.[672] Pensioenvoorzieningen die niet in het kader van een arbeidsovereenkomst zijn opgebouwd, zoals een (gerichte) lijfrente vallen niet onder de Wet VPS. Ook voor omslaggefinancierde VUT-'aanspraken' en arbeidsongeschiktheidspensioen geldt dat deze van de werking van de Wet VPS zijn uitgesloten.[673] De Hoge Raad heeft in een uitspraak van december 1988 aangegeven dat een arbeidsongeschiktheidspensioen dermate verknocht is met de invalide persoon dat dit pensioen niet voor verevening in aanmerking komt.[674]

Daarentegen valt een herrekend arbeidsongeschiktheidspensioen of een uit hoofde van ziekte toegekend pensioen dat naar diensttijd is berekend, een en ander met ingang van de dag waarop de pensioengerechtigde leeftijd in de zin van de AOW wordt bereikt, wel onder de reikwijdte van de Wet VPS.[675] Er staat namelijk in het derde lid van art. 1 Wet VPS dat onder pensioen niet wordt verstaan een ingegaan tijdelijk pensioen of een aanspraak op tijdelijk pensioen op grond van regelingen ingevolge welke alleen een recht op uitkering van pensioen bestaat indien aan betrokken aansluitend aan hun dienstverband dat tijdelijk pensioen dan wel zal worden uitgekeerd.

Kapitaalgedekte overbruggingspensioenen of een prepensioen daarentegen vallen wel onder de werking van de Wet VPS. In de literatuur wordt wel betoogd dat voor de bepaling of een pensioenregeling wel of niet onder

---

670 Indien gesproken wordt over echtscheiding wordt hier tevens de situatie bedoeld waarbij sprake is van scheiding van tafel en bed, waarbij het huwelijk alsnog is ontbonden.

671 Wetsvoorstel 34 118, Kamerstukken II, 2014-2015, betreffende wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten betreffende het uitspreken van de echtscheiding en ontbinding van het geregistreerd partnerschap door de ambtenaar van de burgerlijke stand (Wet scheiden zonder rechter).

672 Voor de dga is een uitzondering opgenomen ten aanzien van het (bijzonder) partnerpensioen. Zie par. 5.4.

673 Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 9.

674 HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 700, r.o. 3, met noot van E.A.A. Luijten.

675 Art. 1, lid 2, onderdeel c, Wet VPS.

de werking van de Wet VPS valt beoordeeld moet worden of bij tussentijds ontslag premievrije pensioenrechten worden meegegeven. Is dat het geval, dan valt die pensioenregeling binnen de reikwijdte van de Wet VPS.[676]

Het is voldoende duidelijk welke pensioenen wel en niet onder de werkingssfeer van de Wet VPS vallen. Wel werd er door de (toenmalige) vereniging van bedrijfstakpensioenfondsen voor gepleit om in de wet bepalingen toe te voegen over de wijze waarop vroegpensioenregelingen moeten worden verevend.[677] Sinds 2006 zijn de meeste vroegpensioenregelingen beëindigd, omdat de fiscale facilitering niet langer bestaat. Nieuw is het nettopensioen dat per 1 januari 2015 is ingevoerd.

2.2.2 *Buitenlandse pensioenregelingen*

Ook buitenlandse pensioenregelingen kunnen onder de reikwijdte van de Wet VPS vallen.[678] Voor de situatie dat het pensioen in het buitenland is opgebouwd valt dit alleen onder de reikwijdte van de Wet VPS indien op het huwelijksvermogensregime het Nederlands recht van toepassing is. Daarbij moet het gaan om een pensioenregeling die niet valt onder de bepaling van art. 1, lid 4, 5 en 6, Wet VPS. De laatstgenoemde bepalingen gaan om de belangrijkste pensioenen zoals we die in Nederland kennen en die in het kader van een dienstverband (arbeidsovereenkomst) worden opgebouwd. Als beide hiervoor genoemde voorwaarden (op het huwelijksvermogensregime is het Nederlands recht van toepassing én het moet gaan om een pensioenregeling die niet valt onder art. 1, lid 4, 5 en 6, Wet VPS) zijn vervuld bestaat er een vereveningsrecht ten opzichte van de expartner en niet ten opzichte van de buitenlandse pensioenuitvoerder.[679]

Een wijziging ten aanzien van het conflictenrecht met betrekking tot de verevening van pensioenrechten heeft plaatsgevonden per 1 maart 2001. Voor alle echtscheidingen die op of na 1 maart 2001 hebben plaatsgevonden zijn gewijzigde regels van toepassing.[680] Hiervoor – dus voor maart 2001 – bestond in de Wet VPS alleen de bepaling van art. 1, lid 7, Wet VPS. Deze bepaling hield in dat pensioenen die zijn ondergebracht bij een in

676 A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij scheiding*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 147.
677 Bijdrage VB in het rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, UvT 2005, o.l.v. prof.dr. G.J.B. Dietvorst.
678 Art. 1, lid 8, Wet VPS.
679 Art. 1, lid 8, laatste volzin, Wet VPS.
680 Wet van 13 december 2000 tot regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verevening pensioenrechten bij scheiding, *Stb.* 2001, 12.

het buitenland gevestigde pensioenuitvoerder in de verevening dienen te worden betrokken indien het Nederlands recht van toepassing is op de rechtsbetrekking tussen de (ex-)echtgenoten, maar ongeacht het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime.

De hoofdregel is thans dat de nieuwe regels van het conflictenrecht maken dat pensioenaanspraken in een in Nederland ondergebrachte pensioenregeling onder de reikwijdte van de Wet VPS vallen. Nogmaals, het gaat hierom alleen om pensioenaanspraken die vallen onder de bepaling van art. 1, lid 4, 5 en 6, Wet VPS. Daarbij is niet van belang welk recht op het huwelijksvermogensrecht van toepassing is. Is de pensioenregeling niet in Nederland ondergebracht – dus afwijkend van de hoofdregel – dan geldt dat aansluiting gezocht wordt bij het rechtsstelsel dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de (ex-)echtgenoten.
Als het buitenlandse recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de (ex-)echtgenoten dan is toepassing van de Wet VPS niet aan de orde. Het kan zijn dat in het buitenland onder het daar geldende recht verevening van toepassing is maar die kans achten wij niet groot.

2.2.3 *Kleine pensioenen worden niet verevend*

Op grond van art. 3, lid 3, Wet VPS wordt een klein pensioen niet verevend als op het tijdstip van de scheiding het deel van dat pensioen waarop recht op uitbetaling ontstaat, het in art. 66, lid 1, PW genoemde bedrag niet te boven gaat.[681] Dit betekent dat het opgebouwde pensioen minimaal twee keer de waarde van de afkoopgrens moet zijn. De bepaling geldt als een soort ondergrens voor het *vereveningsdeel* waarop geen recht bestaat op verevening. De mogelijkheid dat het vereveningsdeel door aangroei en/of indexaties op het tijdstip van pensionering wel boven de afkoopgrens uitkomt, is niet relevant. De reden voor het opnemen van deze bepaling is puur ingegeven vanuit doelmatigheidsoverweging omdat anders de administratieve lasten niet opwegen ten opzichte van het 'kleine' vereveningsdeel van het ouderdomspensioen.

Het niet meenemen in de verevening van dit 'kleine pensioen' kan naar ons oordeel om meerdere reden tot onbillijke situaties leiden.
Ten eerste omdat deelnemers met relatief korte dienstverbanden veel kleine pensioenen kunnen hebben opgebouwd, waarbij in geval van scheiding deze mogelijk allemaal onder de vereveningsafkoopgrens vallen.
Ten tweede omdat de waarde in euro's van een vereveningsdeel ouder-

681 Voor het jaar 2015 bedraagt deze € 462,88 brutopensioen op jaarbasis.

domspensioen dat de vereveningsafkoopgrens benadert praktisch gezien toch een flink bedrag in euro's vertegenwoordigt. Stel dat het vereveningsdeel van het ouderdomspensioen € 460 bedraagt, dan vertegenwoordigt dit, afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer, toch al gauw een waarde van circa € 10.000. Is het dan terecht om dit vereveningsdeel geheel buiten de echtscheiding te houden? Hoewel wij het doel van administratieve lastenbeheersing onderschrijven, zouden wij ons kunnen voorstellen dat de wetgever in deze situaties een ander gevolg gaat geven aan het buiten beschouwing laten van een 'klein *vereveningsdeel* ouderdomspensioen'. Zo zou de waarde van dat vereveningsdeel, dat qua *pensioen* onder de afkoopgrens voor kleine pensioenen valt, in de verdeling van de huwelijksgemeenschap kunnen worden betrokken.
Wij komen op deze problematiek bij afkoop klein pensioen terug in par. 5.3.

2.2.4 *Vrijwillig aanvullende pensioenen*

Sinds de introductie van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling[682] zijn de meeste vroegpensioenregelingen – behoudens overgangsmaatregelen – komen te vervallen. Nu kan een werkgever nog steeds een vroegpensioenregeling overeenkomen, maar omdat de fiscale omkeerregeling niet langer van toepassing is, wordt dit een heel kostbaar verhaal en vindt dit in de praktijk niet plaats. Als gevolg van het vervallen van vroegpensioenregelingen heeft men voor het grootste gedeelte de basispensioenregeling verbeterd. Een vraag die in het kader van echtscheiding gesteld moet worden is of vrijwillige aanvullende pensioenregelingen wel of niet onder de reikwijdte van de Wet VPS vallen. Als argumentatie die daartegen pleit, zou men kunnen stellen dat het niet gaat om een pensioenovereenkomst (toezegging) van een werkgever aan een werknemer. Deze stellingname wordt als zodanig in de literatuur ook wel bepleit.[683] Als tegenargument kan daarentegen worden ingebracht dat ook de vrijwillige pensioenregeling onderdeel uitmaakt van de gehele pensioenregeling en dat het pensioen onder de Pensioenwet valt en als gevolg daarvan ook onder de reikwijdte van de Wet VPS.[684]

682 Kamerstukken 29 760, Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling.
683 P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Kluwer, Deventer 1997, p. 211.
684 E. Lutjens in *P&P* 1996, nr. 6, p. 7.

Als daarbij de mogelijkheid van de vrijwillige voortzetting van pensioen in aanmerking wordt genomen, is het beeld al diffuser als het daarbij om een vrijwillige pensioenregeling gaat.[685] De lijn die in de literatuur wel gevolgd wordt, is dat vrijwillige pensioenregelingen onder de reikwijdte van de Wet VPS vallen.[686] Wij kunnen ons zeker vinden in deze redenering en hebben dan ook als standpunt dat een vrijwillige pensioenregeling evenals vrijwillige voortzetting van pensioen onder de reikwijdte van de Wet VPS valt. Ons belangrijkste argument daarbij is dat het onderdeel uitmaakt van de totale pensioenregeling met eenzelfde doel, achtergrond en regelgevend kader als de basispensioenregeling. Daarbij merken wij nog op dat een splitsing praktisch gezien lastig uitvoerbaar is.

2.2.5 *Kosten bij verevening*

De pensioenuitvoerder is bevoegd om kosten die de verevening van pensioen met zich meebreng bij ieder der ex-partners voor de helft in rekening te brengen.[687] Dit mag ook worden verrekend met de uitbetaling van de verevende pensioenbedragen. De wet regelt zelf niets betreffende de hoogte van de kosten die een uitvoerder in rekening zou mogen brengen. Wel kan de minister op grond van art. 6, lid 2, Wet VPS daarvoor regels stellen, maar dit heeft hij vooralsnog niet gedaan.

In de parlementaire behandeling van de Wet VPS staat in de toelichting op art. 6 het volgende genoemd over kosten. Daar geeft de wetgever aan dat het gaat om kosten voor het vaststellen van de aanspraken en de administratieve verwerking aan de (ex-)echtgenoten.[688] Tevens wordt aangegeven dat mocht blijken dat in de uitvoeringspraktijk op dit punt een probleem ontstaat, op grond van de ministeriële regeling nader invulling kan worden aangegeven aan wat onder kosten moet worden verstaan.

Een probleem dat wij vanuit de praktijk ervaren is dat veelal de kosten niet of niet geheel worden voldaan. Om als pensioenuitvoerder daarvoor een incassoprocedure te starten is een (te) kostbaar traject ten opzichte van het in te vorderen bedrag. Daarbij heeft de vereveningsgerechtigde een rechtstreeks vorderingsrecht op de pensioenuitvoerder in het geval

685 Art. 10a Uitv.besl. LB 1965.
686 Bijdrage hierover in het rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, UvT 2005, p. 27. Evenals P.M. Siegman, Monografieën (echt)scheidingsrecht deel 3, *Pensioen en scheiding*, 7e druk, p. 46.
687 Art. 6 Wet VPS.
688 Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 29.

deze tijdig, dat wil zeggen binnen een termijn van twee jaar, het hiervoor bedoelde formulier naar de pensioenuitvoerder heeft gestuurd.
De mogelijkheid om de kosten – al dan niet verhoogd met rente – te zijner tijd met de uitkeringen te verrekenen kan niet rekenen op groot draagvlak van de pensioenuitvoerders.[689] Het makkelijkst qua uitvoering zou zijn indien pensioenuitvoerders direct de kosten op de waarde in mindering zouden mogen brengen. Wij zouden dit kunnen billijken omdat de keuze gelegen is in de privésfeer en het pensioencollectief hierdoor niet zou moeten worden belast. Wel stellen wij hierbij de voorwaarde dat de hoogte van de kosten meer geüniformeerd zou moeten zijn. De kostenniveaus in de huidige uitvoeringspraktijk lopen zeer uiteen van nihil tot het vragen van € 500 of meer per (ex-)partner.

Wij merken nog op dat in de literatuur wel wordt verdedigd dat het op grond van fiscale regels niet mogelijk zou zijn om de kosten direct op de waarde in rekening te brengen.[690] Er zou dan namelijk sprake zijn van een niet toegestane vorm van afkoop, als gevolg waarvan op de gehele pensioenaanspraak de omkeerregel komt te vervallen en het geheel in de heffingen moet worden betrokken.[691] Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Wij kunnen ons voorstellen dat de wetgever, tegelijkertijd met het uniformeren van de kosten, de mogelijkheid creëert om de kosten met de waarde van het pensioen te verrekenen zonder dat dit tot fiscale consequenties leidt.

2.2.6 *Streefregelingen en beschikbarepremieregelingen op kapitaal of op basis van beleggingen*[692]

Bij streefregelingen is een kapitaal verzekerd en niet de pensioenuitkering zelf. De Wet VPS gaat uit van pensioenuitkeringen. Pensioenuitvoerders die voorgaande pensioenregelingen (streefregelingen) uitvoeren hebben in de praktijk een eigen weg gevonden om in geval van echtscheiding invulling te geven qua vertaling van kapitaal naar pensioen.[693] Dat geldt ook voor de gevallen waarin een beschikbarepremieregeling is verzekerd op kapitaalbasis.

---

689 Bijdrage van de VB in het rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, UvT 2005; inbreng vanuit Stichting OPF onder bijlage 4 en inbreng vanuit verzekeraars onder bijlage 5.
690 A.E. Koning, 'Drie jaar WVPS: zegen of bron van problemen', *P&P* 1998, p. 12.
691 Zie art. 19b Wet LB 1964.
692 Ontleend aan bijdrage van E.V.G. Bot namens het Verbond van verzekeraars in het rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, UvT 2005, bijlage 5.
693 Rechtbank Zutphen 1 augustus 2007, *PJ* 2008/20.

Art. 10 PW kent een drietal verschillende premieovereenkomsten.[694] Dit zijn:

- de zuivere premieovereenkomst waarbij de beschikbaar gestelde premie wordt omzet in een of meer beleggingen tot aan de pensioendatum;
- de premieovereenkomst waarbij de premie onmiddellijk wordt omgezet in een aanspraak op een kapitaal;
- de premieovereenkomst waarbij de premie onmiddellijk wordt omgezet in een aanspraak op een (uitgestelde pensioen-) uitkering.

Voor dit hoofdstuk blijft de variant van de premieovereenkomst in een aanspraak op een uitgesteld rente en kapitaal grotendeels buiten beschouwing.

De Wet VPS gaat uit van uitkeringsovereenkomsten, dit zijn eind- en middelloonregelingen. De Wet VPS ziet niet direct op zuivere beschikbarepremieregelingen en op beschikbarepremieregelingen op kapitaalbasis.[695] Bij verschillende vormen van pensioenopbouwsystemen zijn nog geen (uitgestelde) pensioenuitkeringen aanwezig in de opbouwfase terwijl in de wet (Wet VPS) wel wordt gesproken over verdeling van 'termijnen van pensioen'.[696] De vraag die gesteld kan worden is dan ook hoe een beschikbarepremieregeling moet worden verevend? De uitvoeringspraktijk heeft hier zelf zijn weg in gevonden.[697] Vanuit de wetgever is naar aanleiding van een evaluatie van de Wet VPS, uitgevoerd door SEO Economisch Onderzoek, aangegeven dat het niet nodig is om aanvullende regels voor de verevening van pensioenen bij premie- en kapitaalovereenkomsten te stellen omdat in de praktijk dit al in voldoende mate is uitgekristalliseerd.[698]

Aangezien wij beiden werkzaam zijn in de uitvoeringspraktijk zien wij ook dat pensioenuitvoerders hier een eigen invulling aan hebben geven. Daarbij spelen allerlei complexe vraagstukken een rol die op veelal arbi-

694 Opgemerkt zij dat de verschillend varianten van de premieovereenkomst zijn genoemd in verschillende besluiten waaronder het meeste recente staffelbesluit van 17 december 2014, nr. BLKB2014/2132M, *Stcrt.* 2014, 36872. Ook in art. 55 PW komen de verschillende varianten naar voren.

695 Art. 2 en 3 Wet VPS.

696 Zie art. 2, lid 2, Wet VPS.

697 In de bijdrage van het Verbond van verzekeraars in het rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding* staat op p. 24 een voorbeeld van de verevening van een beschikbarepremieregeling opgenomen.

698 Kamerstukken II, 2008-2009, 29 481, nr. 19, p. 14.

traire wijze kunnen worden ingevuld, maar van uitvoerder tot uitvoerder behoorlijk kunnen verschillen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de vraag hoe moet worden omgegaan met de keuze van de beleggingsmix als een deel van de beleggingswaarde wordt bestemd als vereveningsdeel ten behoeve van de ex-partner. Of hoe om te gaan met vorige scheidingen, of met verzoeken tot waardeoverdracht, het vaststellen van het bijzonder partnerpensioen na pensioendatum et cetera. Niet in het minst over de wijze van vaststelling van de verevening zelf op een zuivere beschikbarepremieregeling waarin de literatuur ook veelvuldig aandacht aan is geven.[699]

Op het moment van scheiding is de dan vastgestelde beleggingswaarde slechts een momentopname. Die beleggingswaarde wijzigt als gevolg van de ontwikkelingen op de financiële markten. Kan bijvoorbeeld de vereveningsgerechtigde claimen dat de beleggingswaarde van het vereveningsdeel direct moet worden omgezet in (uitgestelde) pensioenuitkeringen? Of maakt dit een te grote inbreuk op de pensioenovereenkomst van de beschikbarepremieregeling? Terwijl dit juist als een zuivere toepassing van de Wet VPS kan worden gezien. Kortom, het ontbreekt aan uniforme duidelijke regels over een scala aan onderdelen bij een beschikbarepremieregeling in geval van een echtscheiding.

Nu bepleiten wij niet direct om een wetgevingstraject te starten om alles tot in detail te regelen. Juist het tegendeel, zouden wij willen stellen, omdat de wetgever niet alles in detail kan regelen. Daarbij heeft de huidige uitvoeringspraktijk sinds vele jaren een weg hierin gevonden. Uiteindelijk kan dit aan een rechter worden voorgehouden, in gevallen waarin partijen zich tekortgedaan voelen. Deze zal toetsend aan wetgeving en de redelijkheid en billijkheid tot een beoordeling komen. Waar we wel voor pleiten is meer aandacht en transparantie voor deze problematiek. In par. 4.3 gaan wij hier verder op in.

2.2.7 *Partnerpensioen*

Zoals we in par. 2.2.1 meldden, moet onder pensioen in de zin van de Wet VPS alleen ouderdomspensioen worden verstaan. Toch moet ook partner-

699 Zie voor verschillende methoden o.a. P.M. Siegman, Monografieën (echt)scheidingsrecht deel 3, *Pensioen en scheiding*, 7e druk, p. 59; A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij scheiding*, (diss. Maastricht), Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 165 e.v., p. 147; G.J.J. Damen, 'Pensioenverevening bij beschikbarepremieregelingen', *P&P* 2002, nr. 11, p. 10-13.

pensioen bij scheiding worden toebedeeld. De Pensioenwet regelt namelijk het behoud van de aanspraak op partnerpensioen in geval van een scheiding, ook wel bijzonder partnerpensioen genoemd.[700]
De ex-partner verkrijgt, of eigenlijk behoudt, het recht op het partnerpensioen dat ten tijde van het einde van de partnerrelatie (scheiding) was opgebouwd. De hoogte wordt vastgesteld op basis van de fictie dat de deelname in de pensioenregeling is beëindigd op het moment van scheiding anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.[701]
Deze regel veroorzaakt dat uit een partnerpensioen dat is verzekerd op risicobasis geen bijzonder partnerpensioen zal voortkomen. Dat is alleen het geval als het partnerpensioen op opbouwbasis is verzekerd. De vraag is of dit onderscheid voldoende duidelijk is bij alle betrokkenen. Wij pleiten ervoor dat pensioendeelnemers op dit punt beter worden geïnformeerd, zodat inzichtelijk wordt wat het verschil in pensioenovereenkomst (toezegging) is voor een partnerpensioen op opbouwbasis ten opzichte van een partnerpensioen op risicobasis.

Per 1 januari 2007 is de Pensioenwet (gefaseerd) in werking getreden als opvolger van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Behoudens overgangsrecht is daarmee de PSW komen te vervallen. Een directeur-grootaandeelhouder ('dga') valt niet onder de Pensioenwet, maar om te voorkomen dat daarmee ook de toepasselijkheid van de Wet VPS op dga's niet aan de orde zou zijn, heeft de wetgever hiertoe expliciet een bepaling opgenomen. Daarop komen wij in par. 3.4 uitgebreid terug.

Een opvallend punt dat bij de komst van de Pensioenwet in 2007 naar voren is gekomen betreft dat van de verbreking van de samenleving van ongehuwd samenwonenden. Bij invoering van de Pensioenwet per 1 januari 2007 is naar aanleiding van een motie het volgende geregeld.[702] Indien een pensioenregeling voorziet in een partnerpensioen voor ongehuwde, niet-geregistreerde samenwoners, moet de wijze van vaststelling van het partnerpensioen gelijk zijn aan die van de andere soorten partners in het pensioenreglement.[703] Concreet betekent dit dat voor ongehuwd samenwoners ook een recht op bijzonder partnerpensioen ontstaat bij beëindi-

700 Art. 57, lid 5, PW.
701 Zie voor de peildatum waarop het bijzonder partnerpensioen moet worden vastgesteld art. 3a, lid 1, Wet VPS.
702 Motie van de leden Schimmel en Van Zijl van 14 juni 2000, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 711, nr. 25.
703 Zie Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 212.

ging van de samenleving, tenzij dit met een schriftelijk gesloten overeenkomst met het oogmerk van verbreking van die samenleving wordt uitgesloten.[704] Dit geldt echter niet voor ongehuwde partners van dga's, in par. 3.4 wordt nog uitgebreid op dit onderdeel ingegaan.

Naast het feit dat kan worden afgezien van het bijzonder partnerpensioen bestaat ook de mogelijkheid om afwijkende afspraken te maken. Zo kan de ex-partner afstand doen van het bijzonder partnerpensioen waar hij of zij recht op heeft na scheiding. Dit kan de ex-partner doen ten behoeve van een vroegere of latere partner van de (gewezen) deelnemer. Dit kan overigens alleen als aan de volgende drie voorwaarden is voldaan.[705]

1. de pensioenuitvoerder moet bereid zijn om het hieruit voortvloeiende risico van die overdracht geheel te dekken;
2. de vervreemding van het recht is onherroepelijk;
3. de afspraak moet worden vastgelegd in een notarieel verleden akte.

Deze drie voorwaarden maken afspraken die vooraf worden gemaakt, bijvoorbeeld in een notarieel samenlevingscontract, moeilijk afdwingbaar. Immers, ook al hebben de partners op een juiste wijze afwijkende afspraken vastgelegd in een overeenkomst, ze blijven afhankelijk van onder andere de bereidheid van de pensioenuitvoerder om mee te werken aan de uitvoering van de afwijkende afspraken.
Stel dat de scheidende partners bij scheiding hier niet nogmaals overeenstemming over bereiken, dan kan de tekst van een echtscheidingsconvenant of akte van splitsing pensioenuitvoerders ertoe bewegen niet mee te werken aan oude afspraken. Wellicht is daarom de mogelijkheid om tijdens de duur van een relatie afwijkende afspraken te maken over (onder andere) bijzonder partnerpensioen in de wet een dode letter.

2.2.8 *Bruto (gerichte) lijfrenten*

Onder bruto (gerichte) lijfrenten verstaan wij in deze context de ruime definitie die de Wet inkomstenbelasting 2001 ('Wet IB 2001') hanteert,[706] dus zowel de verzekeringsvariant als de bancaire lijfrente. Beide zijn bedoeld als (aanvullende) inkomensvoorziening. Tegen betaling van een premie of een koopsom wordt een kapitaal of bancair saldo opgebouwd dat wordt aangewend voor een periodieke uitkeringen. Bij beide geldt dat de overeenkomst alleen onder de definitie valt als is opgenomen dat

704 Art. 57, lid 4, PW.
705 Art. 57, lid 5, PW.
706 Art. 1.7, lid 1 Wet IB 2001.

de aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven, of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen. Onder voorwaarden valt een dergelijke lijfrente in box 1.

In de Wet VPS zijn onder andere brutolijfrenten bewust buiten beschouwing gelaten door aansluiting te zoeken bij oudedagsvoorzieningen die in het kader van een arbeidsovereenkomst zijn opgebouwd.[707] Brutolijfrenten moeten, afhankelijk van het huwelijksvermogensregime, worden verdeeld bij een echtscheiding. Maar niet volgens de wettelijke systematiek van de Wet VPS. Als belangrijke reden werd destijds aangegeven het ontbreken van een afkoopverbod[708], maar sinds 1 januari 1992 bestond dat verbod al in de Wet IB 2001. Echter, dat is slechts een fiscaal afkoopverbod met financieel nadelige gevolgen (waaronder de heffing van revisierente). Afkoop kan dus wel bij lijfrente, maar de Pensioenwet (toen nog PSW) kent een gesloten systeem waarvoor zelfs geen sancties zijn beschreven omdat afkoop civielrechtelijk bezien nu eenmaal niet wordt toegestaan (tenzij sprake is van de in par. 2.2.5 (afkoop klein pensioen) of par. 2.5 (waardeoverdracht) beschreven situatie.

2.2.9 *Nettolijfrenten*

Nettolijfrente[709] is een nieuwe derdepijleroplossing om de versoberde pensioenopbouw vanwege de per 1 januari 2015 geïntroduceerde aftoppingsgrens te repareren. Voor de premiegrondslag gelden dezelfde componenten als bij de brutolijfrente, alleen geldt bij de nettolijfrente de aftoppingsgrens (2015: € 100.000) als minimum. Voor het bepalen van de inleg voor de nettolijfrente geldt een leeftijdsafhankelijke premiestaffel. Van belang voor dit hoofdstuk is dat de nettolijfrente niet onder de werking van de PW of de Wet VPS valt. Hierdoor wordt de systematiek van verdelen gelijkgesteld met die van brutolijfrente.

2.2.10 *Nettopensioen*

Nettopensioen is een nieuwe tweedepijleroplossing om per 1 januari 2015 de verminderde pensioenopbouw te repareren. Voor de premiegrondslag geldt dezelfde minimumgrens als bij nettolijfrente (2015: € 100.000). Voor het bepalen van de inleg voor nettopensioen geldt een iets afwijkende leeftijdsafhankelijke premiestaffel waarbij uit een 3%- en een 4%-premiestaffel kan worden gekozen. Van belang voor dit hoofdstuk is dat netto-

707 Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 2, p. 6.
708 Kamerstukken II, 1992-1993, 21 893, nr. 8.
709 Art. 5.16 onderdeel b, Wet IB 2001.

pensioen wel onder de werking van de PW en de Wet VPS valt. Hierdoor wordt de systematiek van bijzonder partnerpensioen en verevenen van ouderdomspensioen gelijkgesteld met de soorten van brutopensioen die in par. 2.2.1 zijn genoemd.

2.3 *Tweejaarstermijn*

Als een van de ex-partners zich binnen twee jaar na de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking meldt bij de betreffende pensioenuitvoerder(s), ontstaat er een rechtstreeks vorderingsrecht op uitbetaling jegens de pensioenuitvoerder.[710] Dat veroorzaakt een groot emotioneel voordeel, immers de ex-partners worden op deze manier niet gedwongen om jaren na hun scheiding opnieuw afspraken met elkaar te moeten maken over de uitkering van pensioen. Daarnaast heeft dit als voordeel dat bij een onwillige ex-partner een dure, inspannende en soms kansloze incassoprocedure achterwege kan blijven en is de rechter in beginsel niet nodig.
Waarom is er in de wet een termijn van twee jaar opgenomen? Er is gekozen voor een relatief korte periode vanwege de bewijskracht. Althans, uit de memorie van toelichting[711] blijkt dat men deze afweging maakte ter voorkoming van het verloren gaan of niet meer kunnen achterhalen van relevante gegevens over welk ouderdomspensioen en eventuele indexaties moeten worden uitbetaald.
De gevolgen van het niet, incorrect of niet tijdig melden zijn enorm. Pensioenuitvoerders moeten controleren of de melding wel aan de wens tegemoetkomt van beide partners. Logischerwijs wordt bij afwijken van de standaardmethode in de praktijk van beide ex-partners een handtekening gevraagd. Wordt aan die vraag niet tegemoetgekomen, of werkt een pensioenuitvoerder niet op basis van vrijwilligheid alsnog mee aan het rechtstreeks vorderingsrecht, dan is er geen rechtstreeks vorderingsrecht meer op de uitvoerder.

2.4 *Indexering onder de Wet VPS*

De Wet VPS is van toepassing op ouderdomspensioen, maar dat kan in de vorm van een uitkeringsovereenkomst, kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst.[712] Vanaf pensioeningangsdatum moeten de ex-partners de verhogingen op pensioenaanspraken die betrekking hebben op het

710 Art. 2, lid 2, PW.
711 Kamerstukken II, 1990-1991, 21 893, nr. 3, p. 10.
712 Art. 10 PW.

tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen in twee gelijke helften delen. Hoe die verhoging wordt berekend hangt in de praktijk af van de vorm van het ouderdomspensioen en van de wijze waarop pensioenuitvoerders hiermee omgaan.
Bij een uitkeringsovereenkomst worden de verhogingen verdeeld op basis van de ontwikkeling van de verhoging van de pensioenaanspraken van de aanspraakgerechtigde die moeten worden verevend. Dat veroorzaakt in de praktijk wel eens discussie, maar op zich werkt deze systematiek prima en hanteren pensioenuitvoerders grotendeels gelijke rekenmethoden.
Bij een kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst moeten verhogingen naar redelijkheid en billijkheid worden berekend en moeten partijen proberen aansluiting te zoeken bij de strekking en methodiek van de Wet VPS.[713] Dat veroorzaakt in de praktijk discussies, maar wellicht vaker onbekende en onbedoelde verdelingen. Dat geldt vooral voor de premieovereenkomst, daar besteden wij in par. 4.3 extra aandacht aan, omdat pensioenuitvoerders hier verschillend mee om gaan.

2.5 *Wijzigingen pensioenregeling na echtscheiding*

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een pensioenregeling wordt gewijzigd. Bijvoorbeeld omdat de pensioeningangsdatum wijzigt. Of omdat de waarde wordt overgedragen naar een andere pensioenuitvoerder met een andere regeling. Of omdat de waarde wordt overgeheveld naar een ander pensioencontract van dezelfde pensioenuitvoerder. Voor het wijzigen van de pensioenrichtleeftijd is geen toestemming van een ex-partner vereist.[714]
Uit de betreffende wetsartikelen ten aanzien van waardeoverdracht blijkt dat ook in dat soort gevallen geen toestemming van de ex-partner is vereist.[715] Meestal levert dit in de praktijk geen problemen op. Maar omdat de Wet VPS alleen van toepassing is op Nederlandse pensioenuitvoerders, kan het rechtstreeks vorderingsrecht verloren gaan bij waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder.[716] De Nederlandse wetgever kan dit niet eenvoudig repareren, immers er bestaat in dit soort gevallen een grote afhankelijkheid van buitenlandse regimes. Een verdrag hierover

713 Dit volgt onder andere uit een uitspraak inzake een streefregeling: Rechtbank Zutphen 1 augustus 2007, *PJ* 2008/20.
714 Art. 8 Wet VPS.
715 Zie art. 70 t/m 92 PW.
716 Dat blijkt onder andere uit Rechtbank Zutphen 17 april 2002, LJN: AE1665.

afsluiten lijkt moeilijk haalbaar, gezien de grote uitvoeringsproblemen waarop buitenlandse pensioenuitvoerders niet zitten te wachten.

2.6 *Afwijken van de regels bij echtscheiding*

2.6.1 *Conversie*

De Wet VPS biedt een ex-partner de mogelijkheid om jegens de betrokken pensioenuitvoerder een eigen recht op pensioen te verkrijgen.[717] Conversie lijkt een prima middel voor ex-partners om de banden definitief te verbreken ten opzichte van de standaard verevening zoals uiteengezet in par. 2.2. We gaan hier niet in op alle voor- en nadelen van conversie,[718] maar in de meeste gevallen lijkt conversie voor beide partners een prima wijze om definitief afstand van elkaar te nemen. Overigens moet conversie in beginsel de instemming van beide partijen hebben, maar onder omstandigheden kan medewerking aan conversie worden gevorderd.[719]

2.6.2 *Andere wijze van verevenen of verdelen*

De Wet VPS is niet dwingendrechtelijk, er kan in huwelijkse voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant voor worden gekozen het ouderdomspensioen anders dan de wet voorschrijft te verevenen.[720] Denk daarbij aan conversie zoals hiervoor beschreven of aan

- verevening volledig buiten beschouwing laten;
- het mee laten tellen van voorhuwelijkse jaren;
- het vaststellen van een ander vereveningspercentage dan de standaard 50/50%

Ex-partners kunnen ook een andere toekenning van het bijzonder partnerpensioen afspreken,[721] maar dat moet dan wel specifiek worden overeengekomen.

In de praktijk stemmen pensioenuitvoerders, voor zover wij konden nagaan, nooit in met een van de wet afwijkende verevening of verdeling die werd overeengekomen via huwelijkse voorwaarden. Daarom lijkt het in de praktijk moeilijk afdwingbaar om al via huwelijkse voorwaarden een andere dan de wettelijke verevening of verdeling overeen te komen. Het op een andere wijze verevenen van ouderdomspensioen of toekennen

717 Art. 5, lid 1, Wet VPS.
718 Zie bijvoorbeeld Siegman, *Pensioen en Scheiding (monografieën (echt)scheidingsrecht)*, 7e gewijzigde druk 2012, p. 112 t/m 117.
719 Rechtbank Utrecht 21 maart 2007, LJN: BA3081.
720 Art. 1:155 BW jo. art. 2, lid 1, Wet VPS.
721 Art. 57, lid 4, PW.

van partnerpensioen is in veel gevallen complexe materie en zal in een echtscheidingsconvenant of splitsingsakte opnieuw moeten worden overeengekomen.

3 PENSIOEN EN SCHEIDING IN EIGENBEHEERSITUATIES

3.1 *Inleiding*

Indien een dga gaat scheiden ontstaan er voor de ex-partner bepaalde rechten als gevolg van die scheiding.[722] Dit betreft ten eerste het recht van het tot de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking opgebouwde partnerpensioen. Ten tweede heeft de ex-partner recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. In dit onderdeel gaat de aandacht uit naar de situatie waarin een dga van echt gaat scheiden, waarbij het pensioen in eigen beheer is opgebouwd. In par. 3.2 wordt aangeven wie als dga de mogelijkheid heeft – en onder welke voorwaarden – om het pensioen in eigen beheer op te bouwen. Par. 3.3 gaat over de verevening van het in eigen beheer opgebouwde ouderdomspensioen. De behandeling van het bijzonder partnerpensioen vindt plaats in par. 3.4. In par. 3.5. gaan we in op enkele bijzondere situaties en aandachtspunten. Bijvoorbeeld de situatie waarbij in eigen beheer pensioen wordt opgebouwd en een 'onbepaald' deel wordt verzekerd.

3.2 *Wie kan in eigen beheer pensioen opbouwen?*

Voor de situatie dat er geen sprake is van een verplichte toetreding tot een beroepspensioenfonds en/of een ondernemingspensioenfonds heeft de werkgever de mogelijkheid om het toegezegde[723] pensioen onder te brengen bij een verzekeringsmaatschappij dan wel deze in eigen beheer te houden. Met werkgever wordt hier bedoeld een rechtspersoon (nv of bv) waarbij de houder van de aandelen in die vennootschap werknemer/eigenaar is van die rechtspersoon. De wetgever heeft bij de komst van de Pensioenwet in 2007 er bewust voor gekozen om de dga geheel buiten de

722 Indien gesproken wordt over scheiding wordt hier tevens echtscheiding bedoeld, ook voor de situatie waarbij de directeur-grootaandeelhouder van tafel en bed is gescheiden waarna het huwelijk alsnog is ontbonden.

723 In het dagelijks spraakgebruik wordt nog steeds gesproken van pensioentoezegging terwijl in de Pensioenwet thans gesproken wordt van pensioenovereenkomst. Dit om te benadrukken dat het om een meerzijdige overeenkomst gaat. In de tekst is aangesloten bij het gebruik in de praktijk.

reikwijdte van de Pensioenwet te houden. Voor bestaande gevallen is overgangsrecht van toepassing waar verder niet op ingegaan wordt. De reden die de regering hiervoor aangeeft is dat de dga een werknemer is die feitelijk de macht heeft in een onderneming en beschouwd kan worden als eigenaar.[724] Het zijn van werknemer is echter van ondergeschikt belang, waardoor de regering van oordeel is dat de bescherming van de Pensioenwet niet nodig is.

Hoewel dus de dga niet onder de Pensioenwet valt, is de definitie van wat onder een dga wordt verstaan wel opgenomen in art. 1 van de Pensioenwet. Een dga is:

a. persoonlijk houder van aandelen die tenminste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
b. indirect persoonlijk houder van aandelen die tenminste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap van de werkgever vertegenwoordigen en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden; of
c. houder van certificaten van aandelen, uitgegeven door tussenkomst van een administratiekantoor waarvan hij voor ten minste een tiende deel in het bestuur vertegenwoordigd is, die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal in de vennootschap vertegenwoordigen en aan welke aandelen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden.

Vanuit fiscaal oogpunt zijn er ook voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil een dga zijn pensioen in eigen beheer kunnen opbouwen.[725] De belangrijkste voorwaarden hierbij zijn:

- de pensioenuitvoerder betreft een lichaam dat in Nederland is gevestigd;
- dat vennootschappelijk lichaam heeft een pensioenverplichting die voor de vennootschapsbelasting wordt gerekend tot het binnenlandse ondernemingsvermogen;
- het vennootschappelijk lichaam kan slechts als uitvoerder van een pensioen optreden als wordt voldaan aan de definities en vereisten uit de Wet op de loonbelasting 1964.

724 Zie Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 20.
725 Zie bijvoorbeeld art. 19a, lid 1, onderdeel d jo. lid 2, Wet LB 1964.

In de praktijk wordt het pensioen veelal ondergebracht in een aparte rechtspersoon, zoals een pensioen-bv of een (directie)pensioenstichting. Hiermee wordt de op te bouwen pensioenvoorziening uit de risicosfeer van de onderneming gehaald. Mocht de onderneming, financieel gezien, in zwaar weer terechtkomen, of dreigt er zelfs een faillissement, dan is het tot dan toe opgebouwde (gereserveerde) pensioen daar – onder voorwaarden – niet bij betrokken.
De pensioen-bv waarin in eigen beheer het pensioen wordt opgebouwd vormt een reserve ten behoeve van de toekomstige pensioenuitkeringen aan de dga. Jaarlijks moet hiervoor de omvang worden vastgesteld, zowel in de opbouwfase als in de uitkeringsfase. Gezien het te behandelen onderwerp van echtscheiding in een eigenbeheersituatie wordt hier verder niet op ingegaan.

De impact van een echtscheiding op de financiële positie van een dga kan zeer groot zijn. In de volgende paragraaf gaan we in op de situatie dat een dga van echt gaat scheiden, waarbij het pensioen in eigen beheer is opgebouwd. Daarbij ligt in eerste instantie de focus op de verevening van het ouderdomspensioen. Op andere onderwerpen die bij scheiding van een dga eveneens aan de orde (kunnen) zijn wordt in andere paragrafen ingegaan.

3.3 *Verevening van ouderdomspensioen in een eigenbeheersituatie*

Op grond van de Wet VPS is als hoofdregel bepaald dat het tijdens de duur van het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen moet worden verevend.[726] De Wet VPS is ook van toepassing op de dga,[727] ongeacht het huwelijksgoederenregime.[728] Op grond van een bepaling in het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld dat het pensioen buiten het huwelijksvermogensrecht wordt geplaatst.[729] Er bestaat een mogelijkheid om bij de scheiding (afwijkende) afspraken te maken met een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding. Daarbij is het belangrijk dat dit document, of het afschrift daarvan, tijdig wordt overgelegd aan de pensioenuitvoerder. Ook in de huwelijkse voorwaarden kan (vooraf) een bepaling zijn opgenomen dat de verevening van het ouderdomspensioen op grond van de Wet VPS is uitgesloten. Zelfs in het geval het betreffende document

726 Zie art. 2, lid 2 jo. art. 3, lid 1, Wet VPS.
727 Zie art. 1, lid 4, onderdeel a, Wet VPS.
728 Zie art. 1, lid 7, Wet VPS.
729 Zie art. 1:94, lid 2, onderdeel b, BW.

is ingeschreven in de openbare huwelijksgoederenregister, kunnen de (ex-)echtgenoten de pensioenuitvoerder niet verplichten conform die afspraken te handelen.[730]

Op grond van bepalingen in de Wet VPS verkrijgt de ex-partner, vereveningsgerechtigde genoemd, de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen van de dga, vereveningsplichtige genoemd. Nadeel voor de ex-partner is wel dat in deze situatie de vereveningsgerechtigde een vorderingsrecht krijgt op de vennootschap van de andere partner (vereveningsplichtige). Door diverse gerechtelijke uitspraken is in de jurisprudentie een ontwikkeling ontstaan waardoor de positie van de vereveningsgerechtigde ex-partner substantieel is versterkt. Dit ziet onder andere op het al dan niet verplicht afstorten van het verevende ouderdomspensioen bij een verzekeraar. Hier wordt in het volgende onderdeel nader op ingegaan.

3.3.1 *Verplichte afstorting verevende deel pensioenaanspraken?*

Er bestaat al geruime tijd in de rechtspraak een ontwikkeling waarbij ingeval het pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd en er sprake is van een scheiding, het verevende pensioengedeelte extern bij een verzekeraar moet worden ondergebracht. Een van de eerste casussen hierover betreft er een uit 1996, waarbij de vrouw in loondienst was van de onderneming van de andere echtgenoot, haar man (dga).[731] Beide echtelieden hebben zelfstandig pensioenaanspraken in die vennootschap opgebouwd. Opgemerkt zij dat het in deze casus ging om een *pensioenverrekeningsgeschil* dat onder het 'oude' regime van Boon / Van Loon[732] valt. De vrouw eiste in het kader van de scheiding dat de gelden ter dekking van de door haar *zelf* opgebouwde ouderdomspensioen aanspraken, die zijn gereserveerd in de vennootschap van haar man, worden overgemaakt naar een onafhankelijke verzekeraar. De Hoge Raad geeft de vrouw uiteindelijk gelijk en oordeelt dat hiertoe moet worden overgegaan.[733] De argumentatie die de Hoge Raad hierbij heeft is als volgt:[734]

730 Zie art. 2, lid 2, laatste volzin, Wet VPS. Zie art. 11 Wet VPS over de situatie voor inwerkingtreding van de Wet VPS.

731 Opgemerkt zij dat dit destijds onder de PSW nog mogelijk was, maar kan onder de PW niet meer.

732 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503 (Boon / Van Loon). Meer informatie over dit arrest staat in par. 1.1.

733 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 met noot van WMK, *PJ* 1996/71 (Rensing/Polak).

734 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, r.o. 5.2.

'In het onderhavige geval kan van de vrouw niet in redelijkheid worden gevergd dat zij zou hebben te aanvaarden dat ook na de echtscheiding de ten behoeve van haar opgebouwde pensioenreserve in genoemde vennootschap wordt gelaten, nu deze vennootschap door de man wordt beheerst.'

Voornoemde uitspraak van de Hoge Raad ging over de situatie dat de partner van de dga zelf in loondienst pensioen heeft opgebouwd in de vennootschap van de echtgenoot. De vraag is wat de situatie wordt waarbij alleen de dga zelf in eigen beheer pensioen heeft opgebouwd. Als deze dga van echt gaat scheiden, geldt voorgaande dan ook onder de werking van de Wet VPS? Daar heeft de Hoge Raad zich in zijn in arrest van 9 februari 2007 over uitgesproken.

3.3.2 *HR 12 maart 2004 en HR 9 februari 2007*

In de eerste zaak – HR 12 maart 2004[735] – gaat het om de situatie dat het pensioen door de dga – vereveningsplichtige – in eigen beheer is opgebouwd. De ex-partner – vereveningsgerechtigde – eist dat het vereveningsdeel wordt afgestort bij een professionele verzekeraar. In deze uitspraak, die nog onder het PSW-regime heeft plaatsgevonden, komt de Hoge Raad in essentie tot de volgende conclusie:

'Met de strekking van de PSW – waarborgen dat gedane toezeggingen worden nagekomen – zijn de door de vereveningsgerechtigde (de vrouw, red.) gestelde gedragingen van de BV in haar relatie tot haar onverenigbaar. De keuze die de man (dga, vereveningsplichtige, red.) indertijd heeft gemaakt voor eigen beheer impliceert weliswaar het buiten beschouwing laten van enkele beschermende bepalingen van de PSW, maar dat kan niet rechtvaardigen dat de pensioenen niet volledig gewaarborgd zijn.'

De ex-partner heeft succesvol kunnen aanvoeren dat de gedragingen van de dga met betrekking tot het pensioen in eigen beheer, tot gevolg zouden kunnen hebben dat haar aanspraken illusoir zouden kunnen worden. Dit vanwege het feit dat de bv al een aantal jaren doende was haar vermogen weg te maken, althans structureel te weinig zorg besteedde aan de dekking van de pensioenverplichting in eigen beheer.

In de tweede zaak gaat het om een dga die in een aparte pensioen-bv zijn pensioen opbouwt. Er vindt een echtscheiding plaats op grond waarvan

735 HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289. Zie ook *PJ* 2001/63 met noot van R.A.C.M. Langemeijer.

de ex-partner recht heeft op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Tevens vordert zij afstorting van dit verevende deel bij een verzekeraar.
De reden hiervoor is dat als de pensioenaanspraken achterblijven in de onderneming van de dga, de ex-partner, zijnde de dga, dan nog steeds de bevoegdheid heeft om over deze gelden te beschikken tot aan de pensioenuitkeringsdatum. Als de bv, om welke redenen dan ook, in financiële problemen komt, of zelfs in een faillissement geraakt, loopt de ex het risico dat het pensioen geheel of ten dele tenietgaat. Om dit risico dat de ex-partner loopt te voorkomen, vordert zij directe afstorting van het verevende ouderdomspensioen. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest onder meer het volgende:[736]

'de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de ex-echtgenoten beheersen, in het algemeen zullen meebrengen dat de tot verevening verplichte echtgenoot die als directeur en enig aandeelhouder de rechtspersoon beheerste waarin de te verevenen pensioenaanspraak is ondergebracht, dient zorg te dragen voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar van het kapitaal dat nodig is voor het aan de andere echtgenoot toekomende deel van de pensioenaanspraak.'

Met andere woorden zegt de Hoge Raad dat de vereveningsgerechtigde in beginsel kan verlangen dat deze niet bij voortduring afhankelijk blijft van het beleid van de vereveningsplichtige (dga) en als gevolg daarvan het risico loopt dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet of niet geheel kan worden uitbetaald.
Aangezien het veelal om grote bedragen gaat, kan verplichte afstorting het einde van de vennootschap betekenen. De vraag is dan gerechtvaardigd of een ex-partner te allen tijde kan vorderen dat het verevende ouderdomspensioen verplicht moeten worden overgedragen aan een verzekeraar indien daarmee de continuïteit van de vennootschap op te tocht komt te staan (zie r.o. 4.5). Vanuit de jurisprudentie hebben zich hier criteria ontwikkeld waarlangs men kan beoordelen of wel of niet tot verplichte afstorting moet worden overgegaan. Hierop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

736 HR 9 februari 2007, *NJ* 2009, 155, r.o. 4.2. Zie ook *PJ* 2009/73 met noot van C.M.C.P. van Herpen-Thuring.

3.3.3 *Afstorting verevend ouderdomspensioen een verplichting?*

In de jurisprudentie hebben we verschillende uitspraken gevonden over de problematiek van het al dan niet verplicht afstorten van het verevende ouderdomspensioen.[737] De rode draad daarbij is dat in beginsel het verevende ouderdomspensioen ten behoeve van de ex-partner moeten worden afgestort bij een professionele verzekeraar. Welke overwegingen spelen nu een rol bij de vraag of wel of niet moet worden overgegaan tot verplichte afstorting van het verevende deel van het ouderdomspensioen? Over deze materie is veel gepubliceerd, veelal naar aanleiding van diverse gerechtelijke uitspraken.[738]

Voor de beoordeling of het redelijk en billijk is te vorderen dat het verevende ouderdomspensioen vanuit een eigenbeheersituatie al dan niet verplicht moeten worden afgestort zijn de volgende criteria vanuit de jurisprudentie af te leiden:

1. Als eerste is de financiële positie van de vennootschap van belang. Als de financiële positie van de vennootschap slecht is dan zou de vordering van de ex-partner tot verplichte afstorting niet geëist kunnen worden. Dit moet wel met feitelijke stukken worden aangetoond, bijvoorbeeld door een accountantsverklaring.
2. Als de waarde van het verevende ouderdomspensioen niet in een keer kan worden voldaan is het wellicht mogelijk dit te spreiden over een aantal jaren, zodat de continuïteit van de vennootschap gewaarborgd blijft. De bewijslast om aan te tonen dat bij volledige directe storting de continuïteit van de onderneming op het spel staat, berust bij de dga.
3. Het feit dat de pensioenrechten van de ex-partner niet zijn ondergebracht bij een onafhankelijke pensioenuitvoerder indien deze in de vennootschap achterblijven.
4. Indien de vennootschap zelf niet over voldoende liquide middelen beschikt, moet onderzocht worden of de benodigde gelden kunnen worden geleend.

---

737 Zie onder andere *Pensioen en Praktijk* 2011, 12 dat een bijdrage bevat van Ingemarie Hofmeijer dat een (beperkt) overzicht geeft van de jurisprudentie op het al dan niet verplicht afstorten van de pensioenverplichting.

738 Rechtbank Den Haag 19 oktober 2011, LJN: BU3673; Rechtbank Rotterdam 23 februari 2011, LJN: BP6657; Rechtbank Middelburg 22 december 2010, LJN: BP1976; Hof Den Haag 4 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416. Zie ook *PJ* 2013/141 met noot van W. van Heest. HR 12 maart 2004, *PJ* 2004/63 en Hof Den Bosch 15 augustus 2002, *PJ* 2002/109.

5. De eisen van de redelijkheid en de billijkheid, evenals de onderliggende verhoudingen van partijen, brengen met zich mee dat de tot verevening verplichte echtgenoot (dga) in het algemeen moet zorgdragen voor afstorting bij een professionele verzekeraar.

Opgemerkt zij dat het in de praktijk ook voorkomt dat een vordering tot afstorting wordt afgewezen. Zo heeft Hof Den Haag op 4 juni 2013 een dergelijke uitspraak gedaan.[739] In deze casus ging het om een bijzonder omstandigheid op grond waarvan het hof heeft vastgesteld dat de vennootschap niet over voldoende financiële middelen beschikte of deze via externe financiering kon verkrijgen om daadwerkelijk het verevende ouderdomspensioen te kunnen afstorten bij een externe verzekeraar. Saillant detail in deze (recente) uitspraak van Hof Den Haag is dat het hof het niet redelijk en billijk acht dat de afstorting van het vereveningsdeel van de ex-partner – vereveningsgerechtigde – tot gevolg heeft dat de pensioenaanspraak van de dga – vereveningsplichtige – volledig in rook opgaat. De postsolidariteit die ex-echtgenoten jegens elkaar in acht dienen te nemen verzet zich daartegen.
Deze uitspraak toont feitelijk aan dat men het liefst zo spoedig mogelijk over gaat tot externe afstorting omdat anders de realisatie van de pensioenaanspraken wel eens illusoir kunnen zijn. Gegeven het feit dat in de lagere rechtspraak nu is geoordeeld dat het niet redelijk en billijk is dat afstorting van de pensioenaanspraak van de ex-partner – vereveningsgerechtigde – mede tot gevolg heeft dat de pensioenaanspraak van de dga – vereveningsplichtige – illusoir wordt. Overigens kan dit tevens tot het gevolg hebben dat er mogelijk sprake is van het prijsgeven van pensioenaanspraken met als gevolg dat hierdoor een belastbaar feit ontstaat. Voor een dga kan het zeker lonen zich te beroepen op een dergelijk (aanvullend) verweer mits dit verweer deugdelijk is onderbouwd.

Vermeldenswaardig is nog een uitspraak van Hof Den Haag.[740] Daarin deed het hof een belangrijke uitspraak over de postrelationele solidariteit. In dit arrest ging het om een bv waaraan geen premieafdrachten meer plaatsvonden omdat de dga de dienstbetrekking had beëindigd. De expartner had verzocht tot volledige afstorting bij een professionele verzekeraar van de aan de vereveningsgerechtigde toekomende pensioenrechten in het kader van verevening van pensioen. De bv was echter in onderdek-

739 Hof Den Haag 4 juni 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416. Zie ook *PJ* 2013/141 met noot van W. van Heest.
740 Hof Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744. Zie ook *PJ* 2014/136.

king. Op grond van die onderdekking stelde het hof dat in het kader van de postrelationele solidariteit tussen ex-echtgenoten een dekkingstekort gelijk tussen de echtgenoten verdeeld moet worden. Het hof is hierbij van oordeel dat het redelijk is dat zowel de man als de vrouw – in het licht van de postrelationele solidariteit – het dekkingstekort evenredig voor hun rekening nemen, mede omdat er zoals gezegd geen premieafdrachten meer plaatsvinden.

3.4 *Recht op bijzonder partnerpensioen*

In art. 57 PW is een regeling opgenomen die het behoud van de aanspraak op partnerpensioen regelt in geval van scheiding. Art. 57 PW gaat uit van partnerrelatie en is daarmee afhankelijk van de definitie van partner zoals deze luidt in het pensioenreglement. Volgens voornoemd artikel krijgt de gewezen partner een aanspraak op partnerpensioen zoals de deelnemer ten behoeve van die gewezen partner zou hebben behouden indien op het tijdstip van scheiding zijn deelneming zou zijn geëindigd anders dan door overlijden of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De ex-partner verkrijgt dus het recht op het *gehele* partnerpensioen dat is opgebouwd.

Voor de bepaling van de hoogte van dit (bijzonder) partnerpensioen bestaat de fictie dat de deelname van de deelnemer in de pensioenregeling is beëindigd op het moment van scheiding.[741] Nadat de gewezen deelnemer uit dienst is getreden wordt de fictie als het ware ingeruild voor de voor de werkelijkheid.

Per 1 januari 2007 is de Pensioenwet (gefaseerd) in werking getreden als opvolger van de Pensioen- en spaarfondsenwet ('PSW'). Behoudens overgangsrecht is daarmee de PSW komen te vervallen. Zoals eerder genoemd valt een dga niet onder de PW (zie par. 3.2). Om te voorkomen dat daarmee ook de toepasselijkheid van de Wet VPS op dga's niet aan de orde zou zijn, heeft de wetgever hiertoe expliciet een bepaling opgenomen. In art. 1, lid 4, onderdeel a, Wet VPS is namelijk bepaald dat de Wet VPS ook van toepassing is op dga's met een pensioenovereenkomst als bedoeld in

741 Zie voor het tijdstip waarop het (bijzonder) partnerpensioen moet worden vastgesteld voor een dga art. 3a, lid 1, Wet VPS en voor de fictie van beëindigen art. 3a, lid 2, Wet VPS.

art. 1 PW.[742] Nu ziet dit specifiek op de vervening van het ouderdomspensioen.

In de PSW was een regeling opgenomen ten behoeve van het (bijzonder) partnerpensioen bij scheiding die van toepassing was voor alle werknemers, waaronder dga's. In verband met de uitsluiting van dga's van de PW en als gevolg hiervan het niet langer van toepassing zijn van toekenning van het (bijzonder) partnerpensioen bij scheiding van een dga is per 1 januari 2007 een nieuw artikel toegevoegd aan de Wet VPS. In dit 'nieuwe' art. 3a Wet VPS staan normen met dezelfde inhoud en strekking zoals dat onder de PSW tot 2007 van toepassing was voor het (bijzonder) partnerpensioen bij scheiding van een dga. De wetgever heeft ervoor gekozen de Wet VPS zodanig aan te passen dat er geen materieel verschil ontstaat ten opzichte van vroeger ten aanzien van het bijzonder partnerpensioen. De wetgever introduceerde om die reden het hiervoor genoemde art. 3a Wet VPS. Lid 2 t/m 5 van dit artikel zijn geënt op art. 8a PSW en lid 6 op art. 8c, lid 2, PSW.

Opmerkelijk is te vermelden dat de Wet VPS die gaat over de verevening en verdeling van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen door komst van art. 3a Wet VPS nu ook een regeling kent voor de verdeling van het (bijzonder) partnerpensioen. Er is in de literatuur wel voor gepleit om alle 'pensioenscheidingsaspecten' onder te brengen in de Wet VPS.[743] Argumenten hierbij zijn dat het begrippenkader geüniformeerd kan worden en de Wet VPS een bredere werking heeft dan de Pensioenwet.

Een opvallend punt dat bij de komst van de Pensioenwet in 2007 naar voren is gekomen betreft dat van de verbreking van de samenwoning van ongehuwde, niet geregistreerde partners. Want hoewel het wettelijke recht op (bijzonder) partnerpensioen na scheiding alleen is opgenomen voor (gewezen) echtgenoten en (gewezen) geregistreerde partners betekent dit nog niet dat ongehuwde samenwoners waarvan de samenleving wordt verbroken geen recht op (bijzonder) partnerpensioen zouden kunnen krijgen. Bij invoering van de Pensioenwet per 1 januari 2007 is naar aanleiding van een motie het volgende geregeld.[744] Indien een pensioenrege-

742 Zie ook I.E. Leene-Hoedemaeker, 'De nieuwe Pensioenwet', *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2006, p. 175-178.

743 G.J.B. Dietvorst et al, 2005, rapport *10 jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, UvT 2005, p. 78.

744 Motie van de leden Schimmel en van Zijl van 14 juni 2000, Kamerstukken II, 1999-2000, 26 711, nr. 25.

ling voorziet in een partnerpensioen voor ongehuwd, niet geregistreerde samenwoners, moet de wijze van vaststelling van het partnerpensioen gelijk zijn aan die van de andere soorten partners in het pensioenreglement.[745]

Concreet betekent dit dat voor ongehuwd samenwoners ook een recht op (bijzonder) partnerpensioen ontstaat bij beëindiging van de samenleving, tenzij dit met een schriftelijk gesloten overeenkomst met het oogmerk van verbreking van die samenleving wordt uitgesloten.[746]

Voor samenwonende dga's van wie de samenleving wordt verbroken bestaat geen recht op een bijzonder partnerpensioen ten behoeve van de ex-partner. Waarom dit voor 'gewone' werknemers wel geldt en voor samenwonende dga's waarvan de samenwoning wordt verbroken niet ontgaat ons. We vermoeden dat de wetgever de tekst van de bepalingen hieromtrent zoals vermeld in de PSW[747] 'onverkort' heeft overgenomen, zonder in de Wet VPS eveneens deze aanvulling door te voeren. Immers, samenwonende dga's die de samenleving verbreken vallen als 'werknemers' niet onder de reikwijdte van de Pensioenwet. Of deze verschillende wijze van behandeling wel de bedoeling van de wetgever is geweest wagen wij sterk te betwijfelen. Wij zien deze omissie dan ook als een weeffout. Ook voor gehuwde dan wel geregistreerde dga's die gaan scheiden bestaat de mogelijkheid om met een bij geschift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding anders overeen te komen.[748]

Wat indien er een situatie als hiervoor uiteengezet zich voordoet? Wat gebeurt er dan met het partnerpensioen? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van hoe het is verzekerd en bij welke pensioenuitvoerder. Het pensioenreglement of de begunstiging op een verzekeringsovereenkomst moet daar uitsluitsel over kunnen geven.
Naast het feit dat kan worden afgezien van het (bijzonder) partnerpensioen bestaat ook de mogelijkheid om afwijkende afspraken te maken. Zo kan de ex-partner afstand doen van het bijzonder partnerpensioen waar hij of zij recht op heeft na scheiding. Dit kan de ex-partner doen ten behoeve van een vroegere of latere partner van de (gewezen) deelnemer met uit-

745 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 212.
746 Art. 57, lid 4, PW respectievelijk art. 3a, lid 4, Wet VPS.
747 Zie de inhoud van de bepalingen van art. 8a en 8c PSW die zijn omgezet in art. 3a Wet VPS.
748 Zie art. 3a, lid 4, Wet VPS.

zondering van de dga. Dit kan overigens alleen als aan de in par. 2.2.7 genoemde drie voorwaarden wordt voldaan.

Men zou er een pleidooi voor kunnen houden om wettelijk te regelen dat in geval van een eigenbeheersituatie het partnerpensioen verplicht zou moeten worden ondergebracht bij een externe verzekeraar. Dat is in de praktijk overigens niet ongebruikelijk, waarbij de nagelaten betrekkingen (partner en/of kinderen) als begunstigde op de polis worden opgenomen. Of dat ook voor het in eigen beheer op te bouwen ouderdomspensioen zou moeten gelden, daarover kan men van mening verschillen. Veelal liggen hier tevens andere redenen aan ten grondslag waarom de gelden binnen de 'eigen' vennootschap worden gehouden.

3.5 *Overige aspecten dga pensioen in eigen beheer*

3.5.1 *Waardering pensioen bij scheiding in eigenbeheersituaties*

We hebben hiervoor kunnen vernemen dat afstorting van het aan de ex-partner toekomende deel van de pensioenrechten er niet toe mag leiden dat de vennootschap hierdoor in liquiditeitsproblemen komt. Dit zou mogelijk de continuïteit van de onderneming op het spel kunnen zetten. In dat verband speelt nog een ander element een belangrijke rol. Namelijk dat de fiscale regelgeving maakt dat de fiscale waardering van de in eigen beheer gehouden pensioenvoorziening geenszins gelijk hoeft te zijn aan de commerciële waarde van de benodigde koopsom voor het verevenings-deel. De ex-partner (dga) moet deze koopsom in beginsel verplicht afstorten bij een externe verzekeraar.

De fiscale waardering van een in eigen beheer gehouden pensioenvoorziening moet plaatsvinden met inachtneming van algemene aanvaarde actuariële grondslagen waarbij ten minste een rente in aanmerking wordt genomen van 4%.[749] Voor het vaststellen van de waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer zijn verschillende methoden mogelijk. Sinds 1995 bestaat de verplichting dit via een actuariële methode te doen.

De verschillende actuariële methoden zijn:
- de koopsommethode,
- de premie/koopsommethode,
- de premie-bij-indiensttredingsmethode.

749 Zie art. 3.29 Wet IB 2001.

Op de pensioendatum zijn de doelvermogens die in eigen beheer zijn gereserveerd ongeacht de gekozen actuariële methode weer gelijk. Tijdens de opbouwfase zit er verschil in de hoogte van de jaarlijkse pensioendotaties, waarbij pensioenlasten veelal naar voren worden gehaald. In verschillende procedures is bovenstaande methode bepleit – tot de Hoge Raad aan toe – om vast te stellen of genoemde methodes in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik.[750]
De Hoge Raad heeft bevestigd dat verschillende methodes zijn toegestaan. Dat wil zeggen dat deze methoden in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik. Wel heeft naar aanleiding hiervan de wetgever een wijziging in de regelgeving doorgevoerd per 1 januari 2004. Daarbij is het niet langer toegestaan om de premie bij indiensttredingsmethode te hanteren.

Een ander element dat meeweegt, is dat van de leeftijdsterugstelling. In eerste instantie was ook leeftijdsterugstelling in eigenbeheersituaties mogelijk en werd dit in de praktijk ook gebruikt. De wetgever is echter van oordeel dat in eigenbeheersituaties een correctie wegens leeftijd niet langer zou moeten worden toegepast omdat er geen sprake is van autoselectie. In de regelgeving is dan ook per 1 januari 2004 opgenomen dat leeftijdsterugstelling niet langer is toegestaan indien het pensioen in eigen beheer wordt opgebouwd.[751]

Voorgaande maakt dat in geval van echtscheiding de pensioenaanspraak van het vereveningsdeel op basis van de commerciële tarieven van een verzekeraar veel hoger is dan de fiscale waardering van het in eigen beheer gehouden pensioen. Dat dit tot verschillende uitkomsten kan leiden blijkt onder andere uit tweetal uitspraken.[752] In deze casussen werd de afstortingskoopsom naar evenredigheid van de liquide middelen van de vennootschap vastgesteld. De overweging daarbij was dat het nadeel van de veel lagere fiscale waardering van de pensioenvoorziening, en als gevolg hiervan een gebrek aan voldoende liquide middelen, niet uitsluitend bij de vereveningsplichtige moet worden neergelegd. Daarnaast kijken de fiscale autoriteiten ook naar het dividend verleden van de afgelopen zeven

750 Zie HR 28 september 2001, nr. 36.206, *BNB* 2002/54c; HR 9 augustus 2002, nr. 36.578, *BNB* 2003/25c en HR 9 augustus 2002, nr. 36.930, *BNB* 2003/26c.
751 Opgemerkt zij nog dat een uitzondering bestond voor het geval niet de meeste recente overlevingstafel wordt gebruikt. Maar na verloop van tijd zal men deze overlevingstafel moeten aanpassen.
752 Rechtbank Middelburg 22 december 2010, LJN: BP1976; Rechtbank Gelderland 17 april 2013, LJN: BX0788.

jaren. Staat het pensioen in eigen beheer 'onder water', maar is toch dividend uitgekeerd, dan bestaat de mogelijkheid dat hierdoor de regeling als onzuiver wordt gekwalificeerd.

In de rechtspraak mag deze lijn zijn ontwikkeld, maar dit staat naar ons oordeel wel haaks op wat de Wet VPS beoogt te bereiken ten aanzien van pensioenverevening. Hier kan dan ook de vraag worden gesteld of het rechtvaardig is dat een ex-partner van een dga die in eigen beheer het pensioen heeft opgebouwd anders moet worden behandeld dan een ex-partner waarvan het pensioen niet in eigen beheer is opgebouwd. Dit staat dan nog los van het feit of deze ex-partner wel of niet dga is. De staatssecretaris heeft in het kader van het toekomstperspectief pensioen in eigen beheer aangeven met nadere voorstellen te komen voor de problematiek betreffende het pensioen in eigen beheer en dit daarna te concretiseren in wetgeving.[753] In de gepubliceerde voorstellen van 1 juli 2015 geeft de staatssecretaris mogelijke oplossingsrichtingen aan.[754]

Een gevolg hiervan is dat de Pensioenwet en de Wet VPS niet meer van toepassing zullen zijn en dat scheidende dga's en hun partners zullen moeten terugvallen op de algemene regels van het huwelijksvermogensrecht. Dat is alleen anders als de opgebouwde pensioenen in eigen beheer worden bevroren of de volledige toezegging wordt verzekerd bij een verzekeraar.

In de oplossingsrichtingen van de staatssecretaris wordt expliciet ingegaan op de positie van de partner.[755] Voor de oudedagsbestemmingsreserve ('OBR') wordt aangegeven dat de Wet VPS niet van toepassing is. Er is namelijk geen sprake van voor de partner juridisch afdwingbare aanspraken jegens de vennootschap. Voor de opbouwfase kan een deel van de dotatie aan de OBR worden gebruikt voor het extern verzekeren van een eigen recht op een voorziening ten behoeve van de (ex-)partner. Daarbij kunnen contractueel en/of via huwelijkse voorwaarden nadere afspraken worden gemaakt ter compensatie van het gebrek aan een oudedagsvoorziening bij echtscheiding.

---

753 Brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 13 januari 2015, kenmerk DB 2014/526U.

754 Kamerbrief van 1 juli 2015, Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, kenmerk DB 2015/106U.

755 Kamerstukken I, 2014-2015, 33 752, nr. AA, p. 9 voor de variant van oudedagsbestemmingsreserve (OBR) en p. 14 voor de variant van het oudedagssparen in eigen beheer.

In de uitkeringsfase van een OBR is wel sprake van juridisch afdwingbare aanspraken voor de dga. Daarbij wordt het OBR omgezet in een recht op uitkering, vanuit de vennootschap, voor de duur van in beginsel twintig jaar. De Wet VPS is niet van toepassing. Contractueel en/of via huwelijkse voorwaarden kunnen afspraken worden gemaakt voor de situatie van echtscheiding. Opmerkelijk is te noemen dat bij overlijden van de dga tijdens de uitkeringsfase, voordat de twintigjaarstermijn is verstreken, de uitkeringen vanuit de vennootschap over gaan aan de partner en/of kinderen tot de twintig jaren zijn bereikt. Voor dit onderscheid ten opzichte van andere werknemers, waarbij het ouderdomspensioen verplicht levenslang moet zijn, ontgaat ons de ratio.

In geval van oudedagssparen in eigen beheer, de tweede oplossingsrichting die de staatssecretaris noemt, kan een deel van de beschikbare ruimte worden gebruikt om extern het vooroverlijdensrisico af te dekken, of door middel van een kwalificerende lijfrente te zorgen voor afdekking van het overlijdensrisico ter waarborging van de belangen van partner en/of kinderen. Aangegeven wordt dat dit geen pensioen is in de zin van de Wet VPS, maar dat de wet op dit punt mogelijk kan worden aangepast. Opgemerkt zij nog dat dit nog slechts oplossingsrichtingen zijn en dat het wetsvoorstel hierover nog moet worden ingediend. Dit maakt dat er nog van alles aangepast kan worden aan deze voorstellen.

3.5.2 *Is door uitsluiting van de Wet VPS het regime onder Boon / Van Loon weer van toepassing?*

In veel huwelijkse voorwaarden, maar ook in bij geschrift gesloten overeenkomsten, komt het voor dat de werking van de Wet VPS wordt uitgesloten. Dit roept per direct de vraag op of in geval van een dga die van echt gaat scheiden dit dan alleen uitsluiting van het te verevenen ouderdomspensioen betreft of dat hiermee eveneens uitsluiting van het bijzonder partnerpensioen wordt bedoeld.

Aangezien zowel de verevening van het ouderdomspensioen als de regeling betreffende het bijzonder partnerpensioen voor dga's in de Wet VPS is geregeld kan men zich op het standpunt stellen dat alles is uitgesloten. De praktijk is echter weerbarstig en afwijkende afspraken vormen een bron van onduidelijkheid en irritatie. Los van de onduidelijkheid bestaat er ook verschil van mening over de situatie dat waarbij de Wet VPS is uitgesloten men dan automatisch terugvalt op het daarvoor geldende regime van Boon / Van Loon (zie par. 1.1.2). Zo wordt in de literatuur wel aangegeven dat wanneer partijen afzien van toepassing van de Wet VPS

hierdoor het regime van Boon / Van Loon herleeft.[756] Maar er zijn ook auteurs die anders betogen en stellen dat als uitsluiting van de Wet VPS plaatsvindt, men niet alsnog terugvalt op de verdeling conform het Boon / Van Loon-systeem.[757]

Los van het feit of men hier wel of niet mee eens is, ligt hier naar ons oordeel een opdracht voor de wetgever om daar duidelijkheid over te scheppen. Dit onderdeel kan meegenomen worden in de uitwerking van de oplossingsrichtingen die de staatssecretaris recentelijk heeft gepubliceerd. Zie ook par. 1.1.4 waar meer over dit onderwerp staat vermeld.

3.5.3 *Eigen beheer pensioen dga plus een 'onbepaald' deel verzekerd*

In geval van een scheiding waarbij gedeeltelijk eigen beheer wordt gevoerd ontstaat nog al eens discussie met accountants over de verdeling van het (onbepaalde) verzekerde deel. Daar wordt straks verder op ingegaan. Eerst kijken we naar de toezegging die veelal in eigen beheer wordt gedaan. Deze toezegging in eigen beheer berust veelal op een salaris-diensttijdtoezegging waarbij daarnaast een aanspraakpolis of dekkingspolis op kapitaalbasis is gesloten.[758] In geval van een aanspraakpolis gaat het om een door de vennootschap gesloten verzekering waarbij de begunstigde en verzekerde de dga is. Daarbij wordt de begunstiging aanvaard waarmee de verzekeringnemer niet zonder medewerking van de aanvaarde begunstigde deze kan wijzigen.

Bij een dekkingspolis sluit de vennootschap een verzekering eveneens op het leven van de dga (verzekerde), maar met de vennootschap als begunstigde voor de uitkering. Deze verzekering is gesloten ter dekking van het in eigen beheer op te bouwen pensioen en vormt daarmee een herverzekering. De vennootschap sluit deze verzekering om in geval van vroegtijdig overlijden van de verzekerde (de dga) de uitkering uit de verzekering te kunnen gebruiken om het toegezegde partnerpensioen (deels) te kunnen financieren.

Terugkomend op scheiding waarbij gedeeltelijk eigen beheer plaatsvindt. In geval van een dergelijke scheiding heeft de verzekeraar alleen het on-

---

756 A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij scheiding*, (diss. Maastricht), Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 193.

757 Zie bijdrage van M.N. Koenes en J.T. Gommer in *Pensioen Magazine*, 2015-3, p. 23.

758 Zie voor een nadere toelichting op de aanspraak- en dekkingspolis de serie *Onderneming en Recht*, 2011, deel 64, p. 551 en 552.

bepaalde deel van de pensioentoezegging in zijn administratie opgenomen en vormt het in eigen beheer gehouden deel het sluitstuk om de totale toegezegde pensioenregeling na te komen. Dit is anders als een 'bepaald gedeelte' zou zijn verzekerd, dan moet de verzekeraar als pensioenuitvoerder wel rekening houden met de totale pensioenregeling, ook voor het gedeelte dat in eigen beheer wordt uitgevoerd. In dat geval is er sprake van communicerende vaten wat betreft de toezegging in eigen beheer en de bij de verzekeraar ondergebrachte deel van de pensioenregeling.

In de praktijk ontvangen pensioenuitvoerders waarbij onbepaalde overeenkomsten van levensverzekering zijn gesloten soms verzoeken van accountants voor alternatieve afwikkelingen c.q. verdelingen in geval van echtscheiding. Daarbij worden ook vaststellingsovereenkomsten opgesteld zonder dat rekening wordt gehouden met de bepalingen uit de Wet VPS. Er zijn accountants die de verzekeraar vragen om in afwijking van het echtscheidingsconvenant of de huwelijkse voorwaarden anders te handelen omdat naar verluidt de situatie in eigen beheer hierom vraagt. Het is verzekeraars niet toegestaan een afwijkende afwikkeling uit te voeren voor zover dit niet is vastgelegd in het echtscheidingsconvenant dan wel de huwelijkse voorwaarden. Partijen zouden later de verzekeraar hiervoor aansprakelijk kunnen stellen op grond van wanprestatie omdat de verzekeringsovereenkomst onjuist zou zijn uitgevoerd.

4 BESCHIKBAREPREMIEREGELINGEN EN LIJFRENTEN BIJ SCHEIDING

4.1 *Inleiding*

Zoals in par. 2.2.6 en par. 2.4 is beschreven ontstaan vooral bij premieovereenkomsten in de opbouwfase onbekende of onbedoelde financiële gevolgen bij scheiding. Dat wordt bijvoorbeeld veroorzaakt door het feit dat pensioenuitvoerders de verevening naar redelijkheid en billijkheid moeten berekenen. Men zoekt aansluiting bij de strekking en methodiek van de Wet VPS, maar dit type oudedagsvoorziening laat ruimte voor interpretatieverschillen.
Zoals in par. 2.2.10 is beschreven is de Wet VPS niet van toepassing op de verdeling van nettolijfrente of brutolijfrente. Maar het ontbreken van gestandaardiseerde op maat gemaakte rekenregels veroorzaakt ook bij dit soort typen oudedagsvoorzieningen ruimte voor interpretatieverschillen.

Wij zien een toename van het belang van oudedagsvoorzieningen in de vorm van zowel beschikbarepremieregelingen als lijfrenten. Dat veroorzaakt nu en naar de toekomst toe steeds meer onbedoelde en wellicht onwenselijke effecten. In deze paragraaf zetten we eerst uiteen waarom volgens ons het belang van beschikbarepremieregelingen en lijfrenten als oudedagsvoorzieningen toeneemt. Daarna gaan we in op de problemen die hierbij spelen bij een scheiding.

4.2 *Toename van oudedagsvoorzieningen in de vorm van beschikbarepremieregelingen en lijfrenten*

In de jaren negentig vond de opbouw van oudedagsvoorzieningen voornamelijk of nagenoeg allemaal plaats via salaris-/diensttijdregelingen (ook wel 'Defined Benefit'- of DB-regelingen genoemd). Inmiddels spelen andere vormen van oudedagsvoorzieningen, namelijk beschikbarepremieregelingen (ook wel 'Defined Contribution'- of DC-regelingen genoemd) en lijfrenten, een grotere rol. Die trend lijkt zich voort te zetten. Dat heeft in ieder geval vier redenen.

In de eerste plaats heeft in de tweede pijler een toename plaatsgevonden van beschikbarepremieregelingen, vooral door eindloon- en middelloonregelingen die worden omgezet naar een beschikbarepremieregeling. De verwachting is dat de groei van beschikbarepremieregelingen toeneemt en dat DB-regelingen in omvang afnemen.[759]

In de tweede plaats zijn de beschikbarepremieregelingen in de tweedepijlerpensioenmarkt meer divers geworden. Dat wordt vooral veroorzaakt door de komst van een nieuw pensioenuitvoeringsorgaan in 2011, de premiepensioeninstelling ofwel PPI. Deze pensioenuitvoerder mag alleen pensioenproducten aanbieden in de vorm van een beschikbarepremieregeling, maar zonder verzekeringstechnische risico's, zoals risico's in verband met overlijden en/of arbeidsongeschiktheid en levensverwachting, een garantie van een beleggingsrendement of een bepaalde hoogte van de uitkering.[760] Daarom zijn de beschikbarepremieregelingen op een aantal onderdelen anders dan de producten van levensverzekeraars die al langer dit soort regelingen aanbieden. Daarnaast proberen PPI's hun productaanbod aantrekkelijk te maken door innovatieve producten in de

759 Zie onder andere het rapport *Toekomstbestendigheid bedrijfsmodellen Nederlandse verzekeraars* van DNB, 26 december 2014, p. 12, 13.

760 Art. 1:1 Wft, art. 1 PW en art. 13, lid 30, Solvency II-richtlijn.

markt te zetten. In veelal nieuwe systemen die de berekeningen van te verevenen ouderdomspensioen weer net wat anders kunnen doen uitkomen dan andere pensioenuitvoerders.

In de derde plaats zijn per 1 januari 2015 twee nieuwe vormen van oudedagsvoorziening gecreëerd: nettopensioen en nettolijfrente. Deze regelingen zijn voor sommige werknemers en voor wat betreft nettolijfrente voor sommige dga's een prima alternatief voor het opvangen van de negatieve financiële gevolgen van de aftoppingsgrens van 100.000 euro die sinds 1 januari 2015 geldt.
Maar dit alternatief is alleen toegestaan in de vorm van een beschikbarepremieregeling in de tweede pijler en lijfrente in de derde pijler. Daarom neemt het belang van dit soort oudedagsvoorzieningen volgens ons toe de komende jaren.

In de vierde plaats verrichten steeds meer werkenden niet in loondienst maar als zelfstandige hun arbeid. Zelfstandigen kunnen, op enkele uitzonderingen na, geen pensioen opbouwen in de tweede pijler, maar wel via lijfrenten. Lijfrenten kunnen daarom vanwege de groeiende groep zelfstandigen als oudedagsvoorziening in belang toenemen.[761]

Door de vier hierboven genoemde ontwikkelingen neemt dus het belang van enerzijds pensioen als beschikbarepremieregeling en anderzijds een oudedagsvoorziening in de vorm van lijfrente toe. De problematiek bij scheiding is wel op onderdelen anders, daarom behandelen we deze apart in de volgende paragrafen.

4.3 *Verschillende vereveningsmethoden beschikbarepremieregelingen*

In paragraaf 2 stelden we al dat de waarde van een pensioenaanspraak op basis van een beschikbarepremieregeling in beleggingen continu wijzigt, zowel gedurende als na de premiebetalende periode voor de pensioeningangsdatum. Dat is bij een DB-regeling gedurende de opbouwfase ook het geval, maar de aanspraak ontwikkelt zich dan op basis van een vast patroon. Zodra een DB-regeling premievrij wordt, is de aanspraak afgefinancierd. Bij een beschikbarepremieregeling wijzigt de waarde van de beleggingen dan nog onder invloed van beleggingsgerelateerde kosten

761 De toename van het aantal zelfstandigen blijkt onder andere uit CBS-statistieken (zie http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/arbeid-sociale-zekerheid/publicaties/artikelen/archief/2015/herstel-arbeidsmarkt-zet-door-in-lager-tempo.htm).

en fluctuaties in de waarde van de beleggingsfondsen als gevolg van ontwikkelingen op de financiële markten. Op pensioendatum moet vervolgens met de beleggingswaarde die dan beschikbaar is een levenslange uitkering worden aangekocht. De hoogte van de uitkering is niet alleen afhankelijk van de beleggingswaarde op pensioendatum, maar ook van de keuze voor een eventueel partnerpensioen en de dan geldende tarieven die afhankelijk zijn van onder andere de levensverwachting, rente, kosten, winstmarge en eisen aan solvabiliteit op dat moment.

Pensioenuitvoerders stellen op verzoek van scheidende partijen een verdeling vast en interpreteren daarbij de regels in de praktijk op verschillende wijzen. Wij zetten hierna drie hoofdvormen kort uiteen. Daarbij is nog geen rekening gehouden met de problematiek die bijzonder partnerpensioen veroorzaakt, dit om het enigszins begrijpelijk te maken.

4.3.1 *Kapitaal splitsen op basis van waarde in euro's*

Bij een beschikbarepremieregelingen kunnen pensioenuitvoerders een beleggingswaarde vaststellen in euro's die moet worden verevend bij scheiding. Dat doen ze op basis van een berekening van het verschil in de waarde van de beleggingen bij aanvang van het huwelijk en de waarde van de beleggingen op het tijdstip van de scheiding. Door deze berekeningswijze telt de volledige waardeontwikkeling (ook waardeontwikkeling van eventueel aanwezige waarde op de huwelijksdatum) en inleg tijdens de huwelijkse periode mee. Dat is meestal in het voordeel van de partner van de deelnemer.

4.3.2 *Kapitaal splitsen op basis van de formule huwelijksjaren/deelnemingsjaren*

Pensioenuitvoerders kunnen ook een beleggingswaarde vaststellen op basis van het vermenigvuldigen van de waarde van de pensioenaanspraak op datum scheiding met het aantal huwelijksjaren gedeeld door het aantal deelnemingsjaren. Het gevolg van deze methode is dat fluctuaties in de waarde veroorzaakt door het grillige verloop van beleggingsrendementen tijdens de deelneming worden uitgesmeerd over alle jaren.
Als tijdens de huwelijkse periode meer of juist minder rendement is gehaald dan gemiddeld over de hele looptijd tot scheiding wordt het effect van dat resultaat afgevlakt. Dus bij een dalende waardeontwikkeling van de polis heeft de ex-partner daar voordeel van ten opzichte van de methode zoals uiteengezet onder par. 4.3.1.

4.3.3 *Kapitaal splitsen op basis van aantal beleggingsunits*

Pensioenuitvoerders kunnen naast de twee voornoemde methoden ook kiezen voor een berekeningsmethode waarbij het aantal beleggingsunits tussen aanvang van het huwelijk en echtscheiding worden betrokken. Bij deze methode wordt de toename van het aantal beleggingsunits en de inleg van de pensioenpremies tijdens de huwelijkse periode afgesplitst. Op moment van scheiding wordt de te verevenen waarde bepaald door het aantal beleggingsunits bij aanvang van het huwelijk in mindering te brengen op het aantal beleggingsunits op het moment van echtscheiding. Het partnerpensioen ná pensioendatum moet in mindering worden gebracht op de alsdan berekende kapitalen. Dat geldt ook voor de andere twee beschreven methoden, maar deze derde methode is in principe de meest zuivere methode, omdat dan echt de feitelijke inleg van premie tijdens het huwelijk en het rendement over die premie verdeeld wordt. Echter, administratief is dit in de praktijk de minst uitvoerbare methode.

4.4 *Verschillende verdelingsmethoden van lijfrenten bij scheiding*

Zoals gesteld in par. 2.2.8 en 2.2.9 valt de verdeling van brutolijfrente en nettolijfrente niet onder de regels voor scheiding volgens de Wet VPS of de Pensioenwet. Maar ex-partners worden vaak wel geconfronteerd met de wens of de plicht hierover afspraken te maken, het is immers geen verknocht goed. Maar welke waarde moet men aan een lijfrente toekennen en hoe houdt men rekening met toekomstige handelingen?

4.4.1 *Geheel of gedeeltelijk wijzigen van verzekeringnemer of begunstigde*

In de praktijk wordt, ter compensatie van het nemen van genoegen met minder of geen pensioenverevening of een lagere alimentatie, een wijziging van de verzekeringnemer overeengekomen. Dat leidt bij echtscheiding fiscaal gezien niet tot negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. De in het verleden verleende aftrek wordt namelijk bij een wijziging van de verzekeringnemer(s) anders dan in het kader van echtscheiding teruggenomen, het rentebestanddeel wordt belast en er is mogelijk revisierente verschuldigd. Omdat bij echtscheiding het wijzigen van de verzekeringnemer wenselijk is heeft de wetgever hiervoor een uitzondering in de wet opgenomen. Het is namelijk toegestaan om:[762]

- de verzekeringnemer geheel of gedeeltelijk te wijzigen ten behoeve van de ex-partner;

762 Art. 3.134, lid 2, Wet IB 2001.

- de ex-partner (geheel of gedeeltelijk) als onherroepelijk begunstigde aan te wijzen;
- de lijfrente zodanig te wijzigen zodat het een toegestane lijfrente voor de ex-partner wordt.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, is geen sprake van negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Vervolgens is er sprake van belaste verrekening bij een andere verdeling dan 50/50, omdat hetgeen in het kader van echtscheiding wordt ontvangen ter zake van een recht op verrekening is belast.[763] De ex-partner die oorspronkelijk verzekeringnemer en begunstigde van de lijfrente was, heeft dan een persoonsgebonden aftrekpost, behalve als de compensatie zelf uit een lijfrente bestaat waarvoor al aftrek is genoten in het verleden.[764]

4.4.2 *Verdelen in twee gelijke delen*

Verdeling van een lijfrente in twee gelijke delen lijkt een logische verdeelsleutel als twee partners scheiden en de lijfrente volledig in de huwelijkse periode is opgebouwd of volledig als gemeenschapsgoed wordt beschouwd. Ter voorkoming van een belaste verrekening is daartoe een bepaling opgenomen in de wet, maar dan moet de verdeling ook precies in gelijke delen plaatsvinden.[765]

4.4.3 *Afzien van verdelen of de waarde verrekenen met een ander vermogensbestanddeel*

Ook is het mogelijk om bijvoorbeeld een hogere alimentatie af te spreken in ruil voor het afzien van de verdeling van lijfrente. Nadeel kan zijn dat de alimentatie bij ontvangst hoger wordt belast, maar de betaler heeft juist een persoonsgebonden aftrekpost die hoger kan uitvallen. Om de aftrekbaarheid van de betaling naar voren te halen en om onafhankelijker van de ex-partner te zijn, kunnen ex-partners kiezen voor een alimentatielijfrente tegen koopsom. De koopsom voor deze lijfrentevorm is aftrekbaar als persoonsgebonden aftrek en pas belast bij het ontvangen van de termijnen. Daarbij geldt de voorwaarde dat de uitkeringen direct na het betalen van de koopsom ingaan en uiterlijk eindigen bij het overlijden

763 Art. 3.102, lid 3, onderdeel b, Wet IB 2001.
764 Art. 6.3, lid 1, onderdeel d jo. art. 3.102, lid 4, Wet IB 2001. Zie ook art. 6.4, lid 2, Wet IB 2001.
765 Art. 3:134 Wet IB 2001.

van de alimentatiegerechtigde.[766] Een alimentatielijfrente kan alleen bij een levensverzekeraar (en dus niet bij een bank) worden ondergebracht.

4.4.4 *De waarde van de lijfrente*

Een belangrijk vraagstuk dat samenhangt met de voorgaande paragrafen over de verdeling van lijfrente bij scheiding betreft de waardebepaling. De wetgever heeft geen regels opgesteld waar ex-partners houvast aan hebben. In beginsel moet de waarde in het economische verkeer worden bepaald, maar die waarde is erg afhankelijk van welk scenario zoals genoemd in de paragrafen 4.4.1 tot en met 4.4.3 wordt gekozen. Een lijfrente die wordt afgekocht heeft een andere te verdelen waarde dan een lijfrente die premievrij wordt gemaakt. Moet wel of geen latente belastingclaim ter grootte van 30% worden verrekend? En als de premiebetaling van een lijfrente wordt voortgezet, dan vertegenwoordigt dat een hogere waarde op scheidingsdatum dan een lijfrente die premievrij wordt gemaakt met alle kosten die daarmee gepaard gaan. Het is daarom van belang voor scheidende partners goed na te (laten) gaan welk scenario op welke wijze het meest wenselijk is.

4.5 *Hoe om te gaan met alle beschreven mogelijkheden van verevenen en verdelen*

De effecten van de in deze paragraaf beschreven methoden van verevening bij beschikbarepremieregelingen zijn vaak niet bekend bij de ex-partners en hun adviseurs die betrokken zijn bij de afwikkeling van een scheiding. Om discussies in de toekomst te voorkomen is het te overwegen voor dit soort oudedagsvoorzieningen pensioenuitvoerders te verplichten om bij aanvang van de pensioenopbouw nadere informatie hierover te verstrekken. Dat creëert meer duidelijkheid over wat wordt verevend en voorkomt wellicht discussies en verrassingen in een later stadium. Uiteraard is het nog beter de vereveningsmethodiek te uniformeren, maar dat kan beter op termijn via zelfregulering dan via wetgeving geschieden om pensioenuitvoerders niet met uitvoeringsproblemen of extra kosten te confronteren.

De regels en fiscale gevolgen ten aanzien van lijfrenten zijn voor zowel ex-partners als adviseurs die betrokken zijn bij een scheiding erg ingewikkeld. Fiscaal ontstaan onbedoelde effecten als een lijfrente (de afkoopwaarde op het moment van scheiding) anders dan 50/50 wordt verdeeld. Dan

766 Art. 6.5 Wet IB 2001.

is voor de ene ex-echtgenoot mogelijk sprake van een persoonsgebonden aftrekpost en voor de andere ex-echtgenoot van een belaste verkrijging. Daar moet de wetgever naar onze mening iets aan doen.
Er kan aansluiting worden gezocht bij de systematiek van de Wet VPS op basis van regelend recht zonder allerlei fiscale consequenties bij afwijking daarvan.
Dit is in een ver verleden ook al voorgesteld door prof. Bod.[767] Wel met een bijzonder voorbehoud, immers hij stelde dat er dan sprake moet zijn van een echte rente en niet van een kapitaal dat nog niet was omgezet in een definitieve verzorgingsbestemming. Dat oogt in deze tijd vreemd, nu de beschikbarepremieregeling als oudedagsvoorziening steeds meer in opkomst is.

Levensverzekeraars en banken worden dan geconfronteerd met extra uitvoeringslasten en de vraag is of de flexibiliteit die nu bestaat bij het verdelen van lijfrente wellicht nog minder aandacht krijgt dan wenselijk. Daarenboven bestaat zoals wij eerder al stelden voor lijfrente geen gesloten systeem zoals dat wel geldt voor pensioen. Ten slotte blijkt uit deze paragraaf dat de waarde van lijfrente erg afhankelijk is van factoren die bij pensioen niet maar bij lijfrente wel door individuen kunnen worden beïnvloed, zelfs nadat de afspraken van kracht zijn geworden. Wat ons betreft is het daarom nog steeds minder goed verdedigbaar dat lijfrenten onder de Wet VPS gaan vallen. Hier wordt echter door deskundigen ook wel anders over gedacht. Maar het is wel volgens vrijwel iedereen wenselijk dat verdeling van lijfrente op verzoek wordt gedefiscaliseerd en expartners worden gestimuleerd meer advies in te winnen over de verdeling van lijfrente en verevening van pensioen op basis van beschikbare premie.

5 RECHTSPOSITIE ONGEHUWDEN EN GEHUWDEN MET KOUDE UITSLUITING BIJ (ECHT)SCHEIDING

5.1 *Inleiding*

Zoals in paragraaf 1 is beschreven is de Wet VPS niet van toepassing op de verdeling van de pensioenaanspraken bij het verbreken van de samenleving van ongehuwd samenwonenden. Maar voor hen gelden onder bepaalde voorwaarden wel regels voor bijzonder partnerpensioen zoals bleek uit par. 2.2.7. We beschrijven kort deze en andere belangrijke verschillen tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden en bekijken de

767 Th.L.J. Bod, *Pensioen- en privaatrecht* (diss. KU Nijmegen), 1979, p. 38.

argumenten om dit onderscheid in de pensioensfeer te handhaven of wellicht te wijzigen.
Tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden enerzijds, maar ook tussen gehuwden onderling bestaat een onderscheid in rechtspositie ten aanzien van de verdeling van afkoop klein pensioen. Dat verschil kreeg nooit veel aandacht, maar wij verwachten dat dit verschil in de toekomst vaker dan tot nu toe het geval was effecten veroorzaakt die wellicht kunnen worden voorkomen. Het wat en hoe van deze problematiek komt na par. 5.2 in par. 5.3 aan de orde.

5.2 *Ongehuwd samenwonenden*

5.2.1 *Verschuiving van gehuwden naar ongehuwd samenwonenden*

In Nederland woonden in 2014 bijna 25% meer ongehuwd samenwonenden ten opzichte van 1990, terwijl het aantal gehuwden enkele procenten daalde.[768] Dat is de wetgever niet ontgaan, want in wet- en regelgeving worden steeds vaker normen opgenomen die de rechtspositie van ongehuwd samenwonenden beogen te verbeteren. Denk aan het socialezekerheidsrecht[769], het kinderalimentatierecht[770] en het fiscale partnerbegrip[771]. Echter nog niet ten aanzien het vermogensrecht, partneralimentatierecht en recht op pensioenverevening.

5.2.2 *Gevolgen van het verbreken van de samenleving*

Er is veel jurisprudentie over de gevolgen van ongehuwd samenwonen voor al toegekende partneralimentatie. Op grond van art. 1:160 BW komt van rechtswege een einde aan de alimentatieverplichting ten behoeve van de ex-echtgenoot als de alimentatiegerechtigde in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat of is gaan samenleven als waren zij gehuwd of als zij hun partnerschap hadden laten registreren. Maar hier doelen wij in dit verband niet op. Wij doelen op vermogensrechtelijke gevolgen bij het verbreken van de samenleving van ongehuwd samenwonenden en de toekenning van partneralimentatie en pensioenverevening direct na het beëindigen van een periode van ongehuwd samenwonen. Op de wenselijkheid van die toekenning discussiëren politiek en diverse beroepsgroepen. Daarbij wordt de conclusie getrokken dat er geen wijzi-

768 CBS StatLine, bevolking; geslacht, leeftijd, burgerlijke staat 1990-2014 (gewijzigd op 18 april 2014).
769 Zie bijvoorbeeld art. 3 WWB.
770 Art. 1:160 BW.
771 Art. 5a, lid 1, onderdeel b, AWR.

gingen nodig zijn om de rechtspositie van ongehuwd samenwonenden te verbeteren.
Het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden blijft op het gebied van vermogensregime, partneralimentatie en pensioenverevening vooralsnog ongewijzigd. Is dat verklaarbaar en logisch? Wij gaan dat na aan de hand van een korte analyse van het vermogensregime en het recht op partneralimentatie in relatie tot het ontbreken van regels ten aanzien van pensioenverevening.

5.2.3 *Vermogensregime ongehuwd samenwonenden en gevolgen bij het verbreken van de samenleving*

Het vermogensregime en de daarmee gepaard gaande regels bij het verbreken van de samenleving zijn voor gehuwden anders dan voor ongehuwd samenwonenden. Eigenlijk ontbreekt een specifiek vermogensregime voor ongehuwd samenwonenden die de samenleving verbreken. Er geldt slechts een wettelijke regeling voor bepaalde details zoals een woonrecht na overlijden van de ongehuwd samenwonende partner.[772]
Alle vermogensbestanddelen die de partners hadden bij aanvang van het ongehuwd samenwonen vermengen niet en hoeven dus ook niet te worden verdeeld bij het verbreken van de samenleving. Vermogensbestanddelen die tijdens het ongehuwd samenwonen zijn gekocht moeten wel worden verdeeld, maar daarvoor geldt niet de expliciete bescherming van Boek 1 BW zoals die voor gehuwden geldt. Ongehuwd samenwonenden kunnen afspraken maken op basis van regels uit Boek 3 BW. Verder kunnen regels in Boek 5 en Boek 6 BW van belang zijn en kunnen ongehuwd samenwonenden na het verbreken van de samenleving proberen via een rechter een bepaalde verdeling af te dwingen.

Tijdens het ongehuwd samenwonen ontstaan natuurlijk wel vermogensbestanddelen en pensioenaanspraken, zodat bij het verbreken van de samenleving discussie kan ontstaan wie waar recht op heeft. Veel vermogensbestanddelen zijn niet goed toe te rekenen aan een partner en er kan een meningsverschil ontstaan over de waarde. De meeste waarde vertegenwoordigen vaak de eigen woning en de pensioenaanspraken.

Bij een eigen woning is vanuit bewijsrechtelijk oogpunt duidelijk wie gedurende welke periode eigenaar is dankzij regels over registergoederen uit Boek 3 BW. Daarom ontstaat in de praktijk weinig discussie over de waardeaangroei of de eigendomsverhouding. Het eigendom van de aan-

772 Art. 4:28, lid 2, BW en art. 7:268, lid 2, BW.

spraak op ouderdomspensioen is ook duidelijk geregeld. Een aanspraak op ouderdomspensioen vertegenwoordigt in veel gevallen, net als veel eigen woningen, een waarde van tienduizenden euro's of meer. De financiële belangen bij het verdelen van een eigen woning en het verevenen van pensioen kunnen dus groot zijn. Maar anders dan ten aanzien van de eigen woning (of een ander registergoed) hebben we geen voorbeelden gevonden in de rechtspraak dat een rechter zich uitspreekt dat ook ouderdomspensioen moet worden verdeeld. Ook niet in situaties dat sprake was van ongehuwd samenwonen als waren zij gehuwd.

5.2.4 *Alimentatierecht bij het verbreken van de samenleving*

Alimentatierechten bestaan ten aanzien van kinderen en ex-partners. Ten aanzien van het alimentatierecht is voor ongehuwd samenwonenden alleen de kinderalimentatie wettelijk geregeld. In de rechtspraak zien we, anders dan ten aanzien van ouderdomspensioen, steeds meer discussie tussen ongehuwd samenwonenden over partneralimentatie. Vooral bij ongehuwd samenwonenden met een duurzame relatievorm, een financiële verstrengeling en de zorg voor kinderen kennen rechters wel eens partneralimentatie toe aan ongehuwden. Namelijk in situaties dat de niet of in mindere mate werkende partner de zorg voor de kinderen op zich nam en huishoudelijke arbeid leverde in plaats van inkomen uit arbeid, voortvloeiend uit een wettelijke bepaling over de mogelijkheid alsnog een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen aan een ongehuwd samenwonende ex-partner.[773] Dit soort uitspraken is eerder uitzondering dan regel en het is zoals we hiervoor al stelden ons niet bekend dat ook pensioenaanspraken worden toegekend aan een ongehuwde partner, anders dan op basis van een gezamenlijk verzoek of op basis van toekennen van het bijzonder partnerpensioen. Maar blijkbaar achten rechters de zorggedachte tot pensioendatum wel steeds vaker aanwezig bij ongehuwd samenwonenden die de samenwoning verbreken. Waarom dan niet de zorggedachte na pensioendatum?

5.2.5 *Argumenten voor onderscheid gehuwden en ongehuwd samenwonenden*

Op 31 maart 2011 presenteerde staatssecretaris Teeven het rapport *Koude uitsluiting*[774], onder andere inhoudende een onderzoek naar de rechtspositie van ongehuwd samenwonenden en gehuwden op basis van koude uitsluiting. Uit het rapport en de gesprekken met een aantal vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, notariaat en advocatuur bleek dat het verster-

773 Art. 1:408b BW.

774 *Koude uitsluiting*, Netherlands Institute for Law and Governance, november 2010.

ken van de rechtspositie onwenselijk was, vooral ten aanzien van ongehuwd samenwonenden.[775] Als argument werd onder andere naar voren gebracht dat ongehuwden er zelf voor kunnen kiezen om niet onder het wettelijke huwelijksvermogensregime te vallen en desgewenst via een samenlevingsovereenkomst alsnog afspraken over zaken als vermogensverdeling, alimentatie en pensioen te maken. Met extra voorlichting moeten ongehuwden worden gewezen op de gevolgen voor hun vermogen en pensioenaanspraken na het verbreken van de samenleving en de verwachting is dat men er dan bewuster mee omgaat.[776]

5.2.6 *Tegenargumenten*

Wij zien twee belangrijke andere zienswijzen ten opzichte van de argumenten uit par. 5.2.5.

In de eerste plaats vertonen de rechtsposities van gehuwden op basis van koude uitsluiting en ongehuwd samenwonenden op het gebied van het vermogensregime veel gelijkenissen, immers ook bij koude uitsluiting vermengt het vermogen van de gehuwden niet. Maar de Wet VPS kent wel rechten op ouderdomspensioen toe ongeacht het huwelijksgoederenregime, dus ook aan gehuwden op basis van koude uitsluiting. Ondanks het feit dat gehuwden op basis van koude uitsluiting er blijkbaar voor kiezen geen vermogens te laten vermengen, grijpt de Wet VPS daarop in via de wettelijke verevening van ouderdomspensioen. De Wet VPS ziet niet op de verevening van ouderdomspensioen bij de verbreking van de samenleving van ongehuwd samenwonenden. De argumenten voor de bescherming van gehuwden op basis van koude uitsluiting en ongehuwd samenwonenden worden op een hoop gegooid, echter hun rechtspositie is op pensioengebied aanzienlijk verschillend.

In par. 2.2.7 stelden wij dat het vooraf afspraken maken over pensioen een dode letter lijkt in de praktijk, dat geldt zowel voor ongehuwd samenwonenden als voor gehuwden. Maar het lijkt erop dat men ervan uitgaat dat ongehuwden beter in staat zijn alle complexe regels voor of tijdens een juridisch minder vergaande vorm van een partnerrelatie onderling te bespreken en afspraken hierover vast te leggen. Wellicht dat het tegenovergestelde het geval is, immers gehuwden kiezen ervoor hun situatie juridisch nader vast te leggen.

---

775 Zie de brief van Teeven aan de Tweede Kamer van 28 februari 2012 met als onderwerp 'Overleg met praktijk over twee instrumenten uit rapport Koude uitsluiting'.

776 Kamerstukken II, 2011-2012, 28 867, nr. 29.

Wij vinden het voorstel om extra voorlichting te geven nodig, maar is dat voldoende vergaand? En als een ex-ongehuwd samenwonende ondanks de drempels (kosten, tijd en emoties) toch een rechtszaak start, dan hebben rechters geen houvast en zullen niet alleen de samenlevingsvoorwaarden, maar alle specifieke omstandigheden per keer worden beoordeeld. Dat geldt niet alleen voor de verzorgingsgedachte, tot de pensioengerechtigde leeftijd (partneralimentatie), maar ook ten aanzien van de aanspraken op ouderdomspensioen die betrekking hebben op de verzorgingsgedachte na de pensioengerechtigde leeftijd. Daarom vinden wij het argument dat ongehuwd samenwonenden zelf afspraken kunnen maken over pensioen in de praktijk mager.

5.2.7 *Rechtspositie ongehuwd samenwonenden ten aanzien van partnerpensioen*

Uit par. 2.2.7 bleek dat ongehuwd samenwonenden wel in aanmerking kunnen komen voor bijzonder partnerpensioen.
Echter, ongehuwd samenwonenden ervaren in de praktijk nog een extra drempel die moet worden overwonnen richting een oplossing voor het toekennen van bijzonder partnerpensioen. Het wel of niet aanspraak maken op partnerpensioen is namelijk mede afhankelijk van de omschrijving in het pensioenreglement. Er bestaat een verbod op onderscheid tussen regimes van gehuwden en geregistreerd partners, gehuwden op basis van koude uitsluiting vallen standaard al onder de partnerdefinitie van 'gehuwden'. Dus ongehuwd samenwonenden worden door de wet minder goed beschermd tegen een beperkte partnerdefinitie dan gehuwden op basis van koude uitsluiting.

De Pensioenwet stelt dat indien een pensioenovereenkomst voorziet in een partnerpensioen ten behoeve van een partner met wie de deelnemer niet getrouwd is, noch een geregistreerd partnerschap heeft, daarvoor ten aanzien van de wijze van vaststelling van het partnerpensioen dezelfde rechten en plichten moeten gelden als voor een gehuwde of geregistreerde partner.[777] De Pensioenwet stelt geen voorwaarden waaraan een ongehuwde, niet- geregistreerde partner moet voldoen. Dat doet de fiscale pensioenwetgeving wel[778]; wil er voor partnerpensioen een fiscaal geaccepteerde partner zijn, dan:

- moet sprake zijn van een partner met wie duurzaam een gezamenlijke huishouding wordt gevoerd; en

777 Art. 16, lid 1, PW.
778 Art. 18, lid 1, onderdeel a, onder 2°, Wet LB 1964.

- mag er tussen de partners geen bloed- of aanverwantschap zijn in de eerste graad (kinderen en ouders).

Het begrip duurzaam wordt niet concreet ingevuld. Het is dan aan de werkgever, sociale partners en pensioenuitvoerders om de definitie van partner in de pensioenregeling ten aanzien van de ongehuwd samenwonenden nader te bepalen. Uit het pensioenreglement blijkt dus eerst of een ongehuwd partner wellicht volledig is uitgesloten van de regeling, bijvoorbeeld door in de partnerdefinitie uitsluitend te verwijzen naar gehuwden en geregistreerd partners. En als een ongehuwde partner wel als partner ten behoeve van het partnerpensioen wordt gezien, dan verschillen de eisen die men stelt aan het ongehuwd samenwonen.
In de praktijk[779] zien wij in pensioenreglementen de volgende combinaties van elementen terug:
- de partner moet zijn aangemeld bij de pensioenuitvoerder;
- de partner moet door de pensioenuitvoerder uitdrukkelijk geaccepteerd zijn;
- de partner moet minimaal zes maanden op hetzelfde adres staan ingeschreven;
- er moet minimaal zes maanden een gezamenlijke huishouding zijn gevoerd (geen eis om dat aan te tonen via een inschrijving op hetzelfde adres of een bepaalde termijn);
- er moet minimaal zes maanden een gezamenlijke huishouding zijn gevoerd, hetgeen moet worden aangetoond met een inschrijving op hetzelfde adres;
- de samenleving moet minimaal een andere periode dan zes maanden hebben geduurd (in de praktijk zien wij termijnen van 6, 12, 36 en 60 maanden);
- de partners moeten een schriftelijke samenlevingsovereenkomst hebben gesloten;
- de samenlevingsovereenkomst moet voldoen aan bepaalde eisen, bijvoorbeeld vastlegging wederzijdse verzorgingsplicht;
- het huisvestingscriterium geldt niet bij ziekenhuisopname, vakantie en tijdelijke opname in een verpleeghuis;
- het huisvestingscriterium geldt niet bij ziekenhuisopname, vakantie en tijdelijke of langdurige opname in een verpleeghuis;
- de partners hebben een notariële samenlevingsovereenkomst gesloten;

779 Wij onderzochten meer dan honderd partnerdefinities van pensioenregelingen bij levensverzekeraars en pensioenfondsen, voor de leesbaarheid hebben we de verwijzingen naar specifieke regelingen achterwege gelaten.

- dat bepaalde groepen partners zijn uitgesloten, bijvoorbeeld broer, zus, neef, nicht, of alle bloed- en aanverwanten.

Een belangrijk element zien wij niet terug in de partnerdefinities, namelijk het wel of niet hebben van een gezamenlijk kind. De gevolgen van het wel of niet voldoen aan de partnerdefinitie zijn enorm, maar blijkbaar vinden pensioenuitvoerders en sociale partners bijvoorbeeld het vastleggen van een wederzijdse verzorgingsverplichting belangrijker dan het erkennen van een kind. Een kind heeft wel betekenis gekregen bij de berekening van de AOW, hoe dat is ontstaan en op welke wijze dat is ingevoerd zetten wij uiteen in de volgende paragraaf.

5.2.8 *De rol van het kind ten aanzien van de partnerdefinitie*

Mede op grond van jurisprudentie[780] heeft de Sociale Verzekeringsbank ('SVB') elementen van partnerdefinities in pensioenreglementen en de fiscale eisen gecombineerd met beleid ten aanzien van tijdelijke of langere onderbreking van het huisvestingsvereiste om bepaalde redenen ter bepaling van het recht op AOW.[781] Als tijdelijke onderbreking geldt een periode van maximaal zes maanden, maar bij langer durende of kennelijk definitieve opname in een verpleeghuis van één van de partners wordt de gezamenlijke huishouding niet zonder meer als beëindigd beschouwd. De SVB gaat dan voorbij aan het huisvestingsvereiste indien:

- de partners een notarieel samenlevingscontract hebben afgesloten, *of*
- uit de relatie een kind is geboren, *of*
- het eigen kind van één der partners door de ander is erkend.

Het beleid van de SVB sluit aan op het fiscale partnerbegrip[782], waarin partners die op hetzelfde woonadres staan ingeschreven en samen een kind hebben ook als partners worden gekwalificeerd. Erkenning van een kind van de ander wordt als eenzelfde situatie aangemerkt. Het is opmerkelijk dat pensioenuitvoerders voor zover wij konden nagaan nooit een verband leggen met het erkennen van een kind en het recht op bijzonder partnerpensioen. Anderzijds is het opmerkelijk dat de partnerdefinities in pensioenreglementen voor zover ons bekend niet aanhaken op het hebben van een kind en zo lijken te focussen op het voeren van een gezamenlijke huishouding of schriftelijke vastlegging van hun partnerrelatie.

---

780 CRvB 8 oktober 1992, *RSV* 1993/114.

781 Zie beleidsregels SB 1008 (Awb en de beleidsregels Overige onderwerpen is afgesloten naar de stand van de wetgeving en de jurisprudentie op 1 november 2014).

782 Art. 5a AWR jo. art. 1.2 Wet IB 2001.

Juist het krijgen van een kind veroorzaakt immers, zo constateerden we al eerder, de wenselijkheid iets te regelen voor de partner die minder gaat werken en meer taken ten aanzien van de opvoering van het kind en het huishouden op zich neemt.

Uit deze wettekst volgt overigens dat adoptie- en pleegkinderen hier niet onder vallen. Dat is dan weer opmerkelijk, omdat juist pensioenuitvoerders de definitie van kind in het kader van begunstiging wel vaak plegen uit te breiden tot adoptie- en pleegkinderen.

5.3 *Onderscheid ten aanzien van de verdeling van afkoop klein pensioen*

De wet regelt dat vanaf de voltrekking van het huwelijk tussen partners van rechtswege een gemeenschap van goederen ontstaat. Daarvan kan echter via huwelijkse voorwaarden worden afgeweken.[783] Huwelijkse voorwaarden bestaan in veel vormen, er bestaan vooral afwijkingen ten aanzien van de gemeenschappelijkheid wat betreft vermogen of inkomen. Trouwen op basis van koude uitsluiting is de meest vergaande vorm van scheiding van vermogens en inkomens tussen partners. Waar bij gemeenschap van goederen bijna alles wordt gedeeld, wordt bij koude uitsluiting zo min mogelijk gedeeld.

Uit onderzoek blijkt dat deze eeuw jaarlijks ongeveer 1.500 huwelijken op basis van koude uitsluiting worden gesloten. Dat is weliswaar minder dan in de jaren zestig, zeventig, tachtig en negentig van de vorige eeuw, maar altijd nog significant aanwezig.[784]

Niet alle gehuwden zijn gelijk, al beoogt de Wet VPS ze wel gelijk te behandelen. De koude uitsluiting heeft namelijk geen gevolgen voor de verevening van het ouderdomspensioen en voor de regels betreffende het bijzonder partnerpensioen. Echter, het huwelijksvermogensregime voor gehuwden op basis van koude uitsluiting veroorzaakt dat afgekocht pensioen zoals beschreven in par. 2.2.5 en par. 5.2 in het vermogen van de partner met de aan de afkoop ten grondslag liggende pensioenaan-

783 Art. 1:94, lid 1, BW.

784 Cijfers over koude uitsluiting zijn overgenomen uit de rapporten van de sectie Notarieel recht van Rijksuniversiteit Nijmegen. M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 2005, 6648.

spraak valt. Dat hoeft bij een scheiding niet worden verdeeld, en gezien de uitsluiting in de Wet VPS ook niet worden verevend.[785]

Bij afkoop van pensioen valt de waarde van de aanspraak in het vermogen van de pensioengerechtigde. Dus bij koude uitsluiting ontvangt de gehuwde partner niets. Stel dat, zoals wij in par. 2.2.3 betoogden, de afkoop van pensioen in de toekomst vaker voorkomt. Dan veroorzaakt dat een verslechtering van de rechtspositie van gehuwden op basis van koude uitsluiting ten opzichte van gehuwden die de vermogens wel vermengen. Dit geldt ook voor ongehuwd samenwonenden, immers zij hebben, zo bleek uit par. 5.2.2, slechts in beperkte mate een gezamenlijk vermogen en daar vallen afgekochte pensioenaanspraken niet onder. Wij vinden dat deze constateringen meer aandacht verdienen.

6 ADVISERING EN BEGELEIDING BIJ SCHEIDING

6.1 *Inleiding*

Wij zijn sterk voor de romantiek, maar kijken ook naar de hedendaagse realiteit met de statistiek van vandaag de dag. Raadplegen van deze statistiek op de website van het Centraal Bureau voor de Statistiek geeft aan dat in het jaar 2013 38,1% van de huwelijken eindigden in een echtscheiding.[786] Hierbij is de gemiddelde leeftijd van de man 46,2 en die van de vrouw 43,0 jaar. In het jaar 2013 blijkt dat de gemiddelde duur van het huwelijk 14,4 jaar is.

Naast de praktische en emotionele aspecten van scheiding zijn er ook financiële, fiscale en juridische vraagstukken die geadresseerd moeten worden. Het onderdeel pensioen is daar een belangrijk onderdeel van. Naast de eigen woning – voor zo ver deze niet 'onder water' staat – vormt de pensioenaanspraak en/of pensioenrechten van de ex-partners in waarde veelal het belangrijkste vermogensbestanddeel in de huwelijksgemeenschap.

Nu zijn er diverse partijen in de markt die er hun beroep van hebben gemaakt om personen die van echt gaan scheiden te begeleiden op dit vlak. Op Google intoetsen van de term 'pensioen en echtscheiding' levert

785 Art. 3, lid 3, Wet VPS jo. art. 66, lid 1, PW.
786 Website CBS op maandag 16 maart 2015 geraadpleegd in online StatLine.

193.000 hits op en 'advies bij echtscheiding' levert zelfs 417.000 hits op.[787] Een stroom van onder andere advocaten, mediators, notarissen en scheidingsplanners bieden zich aan om partijen van advies en begeleiding te voorzien bij hun (voorgenomen) scheiding. Nu zijn er zeker partijen in de markt die hun werkzaamheden, die zij in dit kader verrichten, goed op orde hebben. Zij kunnen met raad en daad (ex-)echtgenoten die voornemens zijn te gaan scheiden prima bijstaan en goed begeleiden in de afwikkeling van de huwelijksgemeenschap. De afwikkeling van het pensioen vormt daarbij een apart 'onderdeel' dat specifieke kennis vergt van de pensioenmaterie en de bijzondere scheidingswetgeving die hierover bestaat.

Pensioen- en andere van toepassing zijnde regels rondom scheiding zijn veelal complex en worden niet door iedereen begrepen en op de juiste waarde geschat. Daarbij speelt dat men ook nog kan afwijken van het standaard regelend recht dat in de Wet VPS en in de Pensioenwet ten aanzien van het (bijzonder) partnerpensioen is opgenomen. De vraag is ook of scheidende partners zich voldoende bewust zijn van deze complexe materie.

6.2 *Behoefte aan advies bij scheiding en pensioen in relatie tot de Wft*

Het belang van advies rondom scheiding en pensioenen is bijzonder groot te noemen. Diverse professionals hebben zich gespecialiseerd in advies bij scheiding. Daarbij worden soms fundamentele keuzes gemaakt ten aanzien van de afwikkeling van het pensioenvraagstuk. De vraag die hierbij gesteld kan worden is of advocaten, echtscheidingsbemiddelaars, notarissen en mediators zonder Wft-pensioenvergunning zouden mogen adviseren over 'pensioen' in het kader van scheiding?
Immers in de Wet op het financieel toezicht ('Wft') staat dat het in Nederland verboden is om zonder vergunning van de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') te adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten.[788] Nu geeft de wet zelf aan wat onder adviseren moet worden verstaan.[789] In eigen woorden luidt onze definitie:

787 Uitgevoerd op maandag 16 maart 2015 om 11.15 uur.
788 Art. 2:75 Wft ten aanzien van adviseren en art. 2:80 Wft ten aanzien van bemiddelen.
789 Art. 1:1 Wft.

'Adviseren in de zin van de Wft is het na een grondige inventarisatie aanraden van een concreet en passend financieel product van een specifieke aanbieder.'

In art. 4:23 Wft[790] is bepaald dat, indien een financiële onderneming een cliënt adviseert, zij informatie moet inwinnen over die cliënt voor zo ver dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies. Het gaat hierbij om elementen als de doelstellingen van cliënt, de risicobereidheid, de kennis en ervaring en de financiële positie van cliënt(en). Het gegeven advies moet mede gebaseerd zijn op deze gemaakte klantinventarisatie. Bij het reconstrueren van het (destijds) gegeven advies moet het klantdossier zodanig zijn opgebouwd dat het gekozen product en/of de verleende dienst als 'logische uitkomst' wordt gezien gegeven de gemaakte klantinventarisatie.

Op grond van voorgaande zal voor het adviseren over pensioenen in het kader van scheiding niet snel een vergunningplicht voor de Wft ontstaan.

Is er dan sprake van bemiddeling van of bij een financieel product? Kan op die gronden een vergunningplicht van toepassing zijn? De Wft kent voor de definitie van bemiddeling een zeer ruime omschrijving waarbij het meeste is gekoppeld aan het tot stand laten komen van een verzekering tussen een cliënt en een aanbieder.[791] Mogelijk zou dit geschaard kunnen worden onder het assisteren en beheer bij de uitvoering van een verzekering. Nu wordt het adviseren en bemiddelen in pensioenverzekeringen in de Wft beperkt tot de rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen die bij verzekeraars zijn ondergebracht. Daarmee zouden alle pensioenregelingen bij scheiding die bij een andere pensioenuitvoerder zijn ondergebracht dan bij een pensioenverzekeraar geheel buiten de scope vallen. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Ten tweede beperken pensioenverzekeringen in de zin van de Wft zich tot levensverzekeringen die een werkgever afsluit voor zijn werknemers waaronder ook de dga. Voorgaande moet dan ook tot de conclusie leiden dat de Wft niet van toepassing is op personen die zich in het kader van scheiding met pensioenvraagstukken bezighouden.

Nog los van de Wft-pensioenvergunning en de vraag of het adviseren en/of bemiddelen onder de reikwijdte van de Wft zouden moeten vallen bij het begeleiden van pensioen bij scheiding, blijft er nog een vraag openstaan.

790 Art. 4:23 Wft wordt ook wel het 'ken-uw-klant-artikel' genoemd.
791 Art. 1:1 Wft.

Deze vraag is namelijk hoe ervoor gezorgd wordt dat personen die zich bezighouden met pensioenvraagstukken bij scheiding vakinhoudelijk over de juiste kwalificaties beschikken. Naar ons oordeel is dat thans niet c.q. niet voldoende geregeld.[792] Scheiden op zichzelf valt onder het personen- en familierecht, een omvangrijk en complex rechtsgebied. Daarnaast spelen er ook zaken als alimentatie en omgangsregelingen met de eventuele kinderen. Indien aanwezig kan er spraken zijn van een eigen woning die moet worden verkocht of op naam van een van de ex-partners moet worden gezet. De veelal complexe fiscaliteit moet daarbij zeker niet vergeten worden. In het bijzonder als pensioen of lijfrenteverzekeringen op afwijkende wijzen worden verdeeld vormen de civiele en fiscale regels hierover een complex geheel dat voor een moeilijke – en veelal kostbare – uitvoering zorgt in de praktijk.

Dat ook de fiscus zich sterk maakt voor goede voorlichting blijkt onder andere uit een recent geopende website waarop belastingplichtigen die voornemens zijn te gaan scheiden informatie kunnen vinden over de mogelijke fiscale aspecten hiervan.[793] De voorlichting die over pensioen en scheiding kan bestaan zouden wij willen splitsen in twee verschillende onderdelen. Als eerste de preventieve voorlichting en als tweede de reactieve voorlichting en begeleiding.

6.3 *Behoefte aan preventieve voorlichting bij scheiding gericht op pensioenen*

Veel burgers gaan met elkaar overeenkomsten aan, veelal zonder er voldoende over na te denken hoe men die overeenkomst kan beëindigen op een voor beide partijen acceptabele manier.
Bij het sluiten van een huwelijk of geregistreerd partnerschap komt het wel voor dat bij het aangaan hiervan wordt nagedacht over de mogelijk voortijdige beëindiging van dat huwelijk of geregistreerd partnerschap. Dat doet zich in het bijzonder voor als er een onderneming bestaat of voor het geval een van de partners beschikt over een aanzienlijk privévermogen en de andere partner niet.
Wie is nu de geëigende partij om die voorlichting te geven?

Uit onderzoek van Stichting SEO, waarin aan advocaten en notarissen de vraag wordt gesteld wie verantwoordelijk is voor de informatievoorziening

792 Zie ook de evaluatie van de Wet VPS door SEO, Amsterdam 2007, rapport nr. 969, p. 43. Of Kamerstukken II, 2007-2008, 29 481, nr. 16.
793 Zie hiervoor de website: www.belastingdienst-scheiden.nl.

aan scheidende partners, blijkt het volgende. Uit de antwoorden valt op te maken dat advocaten en notarissen zelf aangeven dat advocaten als eerst aangewezen partij moeten worden gezien.[794] Naast de advocaat en de notaris wordt ook de pensioenuitvoerder genoemd als bron voor informatievoorziening. Opgemerkt zij wel dat het gaat om (ex-)partners die al voornemens zijn te gaan scheiden, terwijl wij juist graag zouden willen zien dat vanuit een preventief oogpunt, daarmee bedoelen wij voorafgaande aan het sluiten van een huwelijk, nadrukkelijk aandacht wordt geven aan pensioenen. Naar ons oordeel lijken daarbij de pensioenuitvoerders geen primair logisch eerste aanspreekpunt, omdat deze in de praktijk niet betrokken worden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden. Wij zijn van oordeel dat advocaten en notarissen de geëigende partijen zijn waar burgers voorafgaande aan een huwelijk de voorlichting zouden moeten verkrijgen, als zij bepaalde voorwaarden willen regelen bij het aangaan van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap. In de vastlegging van eventuele huwelijkse voorwaarden (partnerschapsvoorwaarden) moet dan nadrukkelijk aandacht worden gegeven aan de mogelijkheid dat het huwelijk (partnerschap) wegens scheiding wordt beëindigd en wat hiervan de gevolgen zijn ten aanzien van pensioen.

Vanuit de preventieve voorlichtingskant zien we eveneens een meer nadrukkelijke rol voor de overheid weggelegd om proactief voorlichting te geven aan het publiek. Wij vinden steun voor deze zienswijze in het SEO-rapport, omdat daarin advocaten en notarissen zelf aangeven dat zij verantwoordelijk zijn voor personen die voornemens zijn te gaan scheiden.[795] Het komt voor dat in huwelijkse voorwaarden afspraken worden vastgelegd over verdeling (of juist niet) van pensioenaanspraken. Echter, pensioenuitvoerders gaan daar in de praktijk niet altijd van uit en eisen veelal een nieuwe vastlegging hiervan in een convenant of splitsingsakte. Die schijnzekerheid moet dus worden geschrapt of pensioenuitvoerders moeten worden verplicht uit te gaan van de huwelijkse voorwaarden. Het komt in de praktijk voor dat in huwelijkse voorwaarden, echtscheidingsconvenanten of splitsingsakten de Wet VPS wordt uitgesloten. Maar men vergeet veelal een uitsluiting op te nemen ten aanzien van het bijzonder partnerpensioen dat voor 'gewone werknemers' in de Pensioenwet is geregeld. De bedoeling van partijen is vaak wel duidelijk, maar men ver-

794 Evaluatie van de Wet VPS door SEO, Amsterdam 2007, rapport nr. 969, figuur 5.7, p. 44.

795 Evaluatie van de Wet VPS door SEO, Amsterdam 2007, rapport nr. 969, p. 44.

woordt het verkeerd. Het opnemen van een considerans, steeds gebruikelijker bij het opstellen van testamenten bij de notaris, ondervangt wellicht dit soort onbedoelde effecten. Daar kan wat ons betreft extra aandacht aan worden besteed vanuit de preventieve voorlichtingskant.

6.4 *Behoefte aan reactief advies en voorlichting bij scheiding gericht op pensioenen*

Als partners voornemens zijn te gaan scheiden bestaat er behoefte aan gedegen advies op een breed scala aan onderwerpen (zie ook hiervoor par. 6.1 en 6.2). Als (ex-)partners voornemens zijn te gaan scheiden is het belangrijk om hierbij goede professionele begeleiding te vragen.[796]
Dat dit kosten met zich meebrengt, mag duidelijk zijn. Echter de potentiële kosten die kunnen voortvloeien uit het niet correct afwikkelen van de huwelijksgemeenschap en pensioenen in het bijzonder kunnen een veelvoud daarvan bedragen.

Zo is het belangrijk voor de vereveningsgerechtigde dat het daartoe bestemde model meldingsformulier[797] tijdig, dat wil zeggen binnen twee jaar, bij de betreffende pensioenuitvoerder is ingediend. Daarmee wordt voor de vereveningsgerechtigde veiliggesteld dat deze een rechtstreeks vorderingsrecht heeft op die betreffende pensioenuitvoerder.

Het borgen van de tijdigheid is juridisch nergens expliciet belegd. De schade kan erin bestaan dat sprake is van oninbare pensioenuitkeringen, indirect veroorzaakt door het ontbreken van een rechtstreeks vorderingsrecht jegens de pensioenuitvoerder. Voor die schade kunnen adviseurs die de pensioenverevening hebben begeleid aansprakelijk worden gesteld. Maar of er sprake is van een fout hangt af van de omstandigheden van het geval, de bedoeling van partijen. De aansprakelijkheid van een advocaat is geregeld via het tuchtrecht en het civiele recht.

Een tuchtrechtelijke veroordeling brengt echter niet automatisch civiele aansprakelijkheid met zich mee. Belangrijker is dat advocaten verplicht zijn zich hiervoor te verzekeren. De voorwaarden van de beroepsaanspra-

---

796 Via verschillende bronnen kan informatie worden verkregen, evenals een verwijzing naar professionele partijen die kunnen ondersteunen en begeleiden. Zoals: de Vereniging van Advocaat-Scheidingsbemiddelaars, de Koninklijk Notariële Broederschap, het Ministerie van Justitie en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

797 Vaststelling Modelformulier Wet VPS, nr. AV/PB/2002/16901, *Stcrt.* 2002, 58.

kelijkheidsverzekering bieden dekking tegen fouten met onder andere pensioenverevening. De verzekering biedt zelfs uitloopdekking voor gevallen dat het advocatenkantoor failliet is gegaan of om een andere reden is gestopt. De verhaalsmogelijkheden van een scheidende partner naar aanleiding van een fout van een advocaat zijn dus relatief goed geborgd. De waarborgen voor fouten van andere beroepsgroepen die zich op het vlak van mediation bij scheiding bevinden zijn erg divers georganiseerd. Er bestaan wel gedragsregels, en soms een verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering, maar de verhaalsmogelijkheden zijn waarschijnlijk minder goed geborgd dan bij een advocaat.

Gezien de ontwikkelingen in de financiële dienstverlening, bijvoorbeeld als gevolg van de komst van een provisieverbod per 1 januari 2013,[798] zijn er ondernemers die hun dienstverlening verleggen of uitbreiden met het financieel begeleiden van personen die voornemen zijn te gaan scheiden.[799] Blijkbaar is hier nog behoefte aan in de huidige markt. Ons advies zou daarbij zijn om dit in samenwerking met anderen te doen, gezien de complexiteit van alles wat hierbij kan komen kijken. Zo wordt in het SEO-onderzoek als een van de knelpunten genoemd het probleem van de levenslange afhankelijkheid die de standaard vereveningsmethode met zich meebrengt.[800] Als antwoord hierop zou men als default in de Wet VPS kunnen uitgaan van conversie of dit via het huwelijksvermogensrecht anders kunnen regelen. De mogelijkheid om met andere vermogensbestanddelen de verevening van pensioen anders in te vullen brengt een fiscale complexiteit met zich mee die veelal niet geheel overzien wordt. Dat vraag om expert-ondersteuning op dit vlak, waarmee de nodige kosten gemoeid zijn.

7 AANBEVELINGEN EN SLOTWOORD

7.1 *Inleiding*

Over pensioen en scheiding valt nog veel meer te vertellen dan wij in onze bijdrage aan deze jubileumuitgave hebben opgenomen. Daarvoor was de beschikbare ruimte eenvoudig weg niet toereikend. Dat belet ons niet in deze paragraaf stil te staan bij een aantal van de meest opmerkelijke bevindingen. Deze onderwerpen verdienen wat ons betreft nadere

798 Art. I, onderdeel Z, *Stb.* 2012, 695, p. 17.
799 D&O besteedt hier ook aandacht aan in nieuwsbrief nr. 290, 18 maart 2015.
800 Evaluatie van de Wet VPS door SEO, Amsterdam 2007, rapport nr. 969, p. 72.

actie om te komen tot oplossingen of tot heldere regelgeving. Hierbij hebben zo veel mogelijk de volgorde van het hoofdstuk aangehouden waar over dit onderwerp wordt geschreven.

7.2 *Aanbevelingen*

7.2.1 *Kosten bij verevening in mindering brengen op de waarde van de pensioenaanspraak*

Omdat er verschillende visies bestaan over het wel of niet verrekenen van kosten bij verevening op de waarde van de pensioenaanspraak stellen wij het volgende voor. Maak expliciet duidelijk in de civiele en fiscale wetgeving dat het pensioenuitvoerders is toegestaan om de kosten bij verevening direct in mindering te brengen op de waarde van de pensioenaanspraak. In de praktijk blijkt dat de kosten gemiddeld genomen niet erg hoog zijn en facturering en incasso werken onnodig kostenverhogend. Daarbij zou het goed zijn als een standaardkostenniveau door de wetgever wordt vastgesteld dat voor alle pensioenuitvoerders van toepassing is.

7.2.2 *Tweejaarstermijn verlengen naar vijf jaar*

Wij zien geen bezwaren om de tweejaarstermijn voor de melding van de scheiding op te rekken naar bijvoorbeeld vijf jaar. Een periode van scheiden wordt door (ex-)partners als bijzonder impactvol ervaren waarbij het onderdeel pensioenen niet altijd de aandacht krijgt die het verdient. In de onderhandelingen over de verdeling van de huwelijksgemeenschap komt het ook veelvuldig voor dat het onderdeel pensioen überhaupt niet is meegenomen.[801] Het nadeel dat pensioenuitvoerders langer in de tijd terug moeten rekenen en administreren weegt volgens ons inmiddels niet meer op tegen het voordeel dat scheidende partijen meer tijd wordt geboden om tijdig en correcte afspraken te maken over pensioen.

7.2.3 *Onderzoek conversie als default opnemen in de Wet VPS*

De voor- en nadelen van conversie lijken weinig of onvoldoende duidelijk onder de aandacht te worden gebracht door mediators, advocaten en pensioenuitvoerders. Het is ook een erg complexe materie en of de keuze uiteindelijk financieel voordeel oplevert, is afhankelijk van veel factoren die onzeker zijn. Daarom pleiten wij voor een nieuw systeem van conversie, waarbij de nadelen worden ondervangen zoals opgesomd in par. 2.7.1. Het automatisch van toepassing laten zijn van conversie is volgens ons vooral wenselijk bij pensioenregelingen die zijn overeengekomen op basis

801 Evaluatie van de Wet VPS door SEO, Amsterdam 2007, rapport nr. 969, p. 36.

van een beschikbare premie of op basis van een streefregeling. Maar wat ons betreft mag een nieuw systeem van conversie op alle pensioenkarakters, dus ook op DB-regelingen, worden toegepast.

7.2.4 *Nadere verkenning mogelijkheid peildatum gelijk te trekken met huwelijksvermogensrecht*

Het lijkt ons zinvol opnieuw te verkennen of de peildatum voor de berekening van het te verevenen pensioen gelijk kan worden getrokken met de peildatum die in 2012 is gekozen voor de vermogensrechtelijke verdeling. Een groot bezwaar om dat niet te doen is volgens ons weggenomen, namelijk dat van de bewijsrechtelijke kant. Zoals uiteengezet in paragraaf 5 registreert de rechtbank sinds 1 januari 2012 wanneer een partner een verzoek tot echtscheiding indient.
Daarmee wordt echter niet het bezwaar ten aanzien van de bewijsrechtelijke kant weggenomen voor ongehuwd samenwonende partners, immers zij kunnen de samenleving beëindigen zonder een gang naar de rechtbank, waardoor de peildatum niet vaststaat. Voor deze groep bestaat echter geen wettelijk recht op pensioenverevening. Als dat er wel komt of als men daar vrijwillig voor kiest, dan kunnen de ex-partners gezamenlijk een peildatum overeenkomen. Bestaat daar een verschil van mening over, dan kan aansluiting worden gezocht bij de vroegste datum waaruit blijkt dat de relatie is geëindigd, blijkend uit de omstandigheden van het specifieke geval. Bijvoorbeeld de datum waarop een partner zichzelf uitschrijft op het betreffende adres.

7.2.5 *Bijzonder partnerpensioen bij eigen beheer bij ongehuwd samenwonende dga*

Een opvallend punt is de verbreking van de relatie van ongehuwd samenwonende partners. Het wettelijke recht op partnerpensioen na scheiding is alleen opgenomen voor echtgenoten en geregistreerde partners. Toch kunnen onder omstandigheden ook ongehuwd samenwonende partners recht hebben op (bijzonder) partnerpensioen. Indien de pensioenregeling voorziet in een partnerpensioen voor ongehuwd samenwonende partners, moet de wijze van vaststelling van het partnerpensioen gelijk zijn aan die van de andere soorten partners in het pensioenreglement.[802] Concreet betekent dit dat voor ongehuwd samenwonende partners ook een recht op (bijzonder) partnerpensioen ontstaat bij beëindiging van de samenleving, tenzij dit wordt uitgesloten.[803] Voor ongehuwd samenwonende

802 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 212.
803 Art. 57, lid 4, PW.

partners van dga's waarvan de relatie wordt verbroken ontstaat geen recht op een bijzonder partnerpensioen. Voor het feit dat dit voor 'gewone' werknemers wel geldt en voor ongehuwd samenwonende partners van dga's waarvan de relatie wordt verbroken niet, ontgaat ons de ratio. Immers, ongehuwd samenwonende partners van dga's die de relatie verbreken vallen als 'werknemers' niet onder de reikwijdte van de Pensioenwet. Of deze verschillende wijze van behandeling wel de bedoeling van de wetgever is geweest, wagen wij sterk te betwijfelen. Daarom adviseren wij dit onderscheid op te heffen.

7.2.6 *Beperk bijzonder partnerpensioen tot de periode dat de partner als begunstigde werd aangemerkt*

Wij onderschrijven de opvatting, die ook in de literatuur wordt genoemd, om bij de huidige wijze van verdeling van het partnerpensioen slechts uit te gaan van de huwelijkse jaren. Of bij ongehuwd samenwonende partners de periode dat de partner als begunstigde werd aangemerkt. Hiermee wordt aansluiting verkregen met de verevening van het ouderdomspensioen, die ook alleen ziet op de huwelijkse jaren. Bijkomend voordeel is dat door uitruilmogelijkheden het voor de vereveningsplichtige relevant kan zijn om een opgebouwd partnerpensioen deels uit te ruilen voor extra ouderdomspensioen.

7.2.7 *Breng zo veel als mogelijk regels met betrekking tot echtscheiding onder in de Wet VPS*

De bepalingen die zien op de verdeling van pensioen bij scheiding zijn nu ondergebracht in de Pensioenwet en in de Wet VPS. Naar ons oordeel zou het goed zijn om alle bepalingen met betrekking tot pensioen en scheiding in de Wet VPS onder te brengen. Dan is alles in een specifieke wet met betrekking tot dit onderwerp opgenomen.

7.2.8 *Waarde klein pensioen op andere wijze verplicht verrekenen*

Kleine pensioenen worden niet verevend. Naar ons oordeel moet dit gewijzigd worden. Wij stellen voor dat de waarde van het niet verevende kleine pensioen op een andere wijze wordt betrokken in de verdeling van de gemeenschap. De hoogte van het bedrag rechtvaardigt dit. Ook het feit dat door meerdere kleine dienstverbanden en opbouw van pensioen in nieuwe vormen (denk aan nettopensioen) het pensioen daarmee vaker wordt uitgesloten van verevening.
Hierbij denken wij aan een verplichting tot verdeling van de afkoopwaarde van het kleine pensioen via de regels van de verknochtheid. Het afzien van verevening omdat dit onder de afkoopgrens voor klein pensioen valt,

is dan niet meer in het voordeel van een van de partners. De ex-partner van de pensioengerechtigde heeft volgens ons voorstel recht op 50% van de waarde van het kleine pensioen op scheidingsdatum.

7.2.9 *Verduidelijking wetgever of oude jurisprudentie na invoering van de Wet VPS nog relevant is*

In de literatuur wordt verschillend geoordeeld over de vraag of de verdeling van het pensioen conform het arrest Boon / Van Loon door de komst van de Wet VPS betekenis heeft verloren. Wij pleiten ervoor dat de wetgever hier duidelijkheid over schept.

7.2.10 *Waardeoverdracht toestaan vereveningsdeel en voor partnerpensioen*

Wij bepleiten dat de wetgever de mogelijkheid creëert om zowel de waarde van het bijzonder partnerpensioen als de waarde van het verevende ouderdomspensioen te kunnen overdragen naar de eigen pensioenregeling. Door deze waarde-inbreng worden alle pensioenrechten die de vereveningsgerechtigde heeft verkregen omgezet in pensioenrechten binnen de eigen pensioenregeling. Dit maakt het administratief een stuk goedkoper, omdat alles binnen één pensioenregeling wordt gehouden, en voor betrokkene overzichtelijker.

7.2.11 *Verken mogelijkheid reparatie pensioen na verevening of verdeling*

De regels voor inhaal en inkoop van pensioen houden geen rekening met inkomenstekorten vanaf pensioendatum veroorzaakt door scheiding. Veel gescheiden mensen hebben daardoor een pensioentekort en kunnen dat niet via extra premie- of koopsomstortingen corrigeren. Wij achten het wenselijk en realiseerbaar hiervoor wel een extra aftrekmogelijkheid in de pensioensfeer te creëren. Dat veroorzaakt ongetwijfeld bepaalde aandachtspunten en neveneffecten, bijvoorbeeld ten aanzien van de kans op bovenmatigheid bij het overlijden van een ex-partner. Maar de versobering van het fiscale regime met betrekking tot pensioen en de toename van het aantal mensen dat een pensioentekort heeft door een scheiding achten wij voldoende belangrijk om hier een serieuze verkenning voor te starten.

7.2.12 *Verken mogelijkheid reparatie lijfrente na verdeling*

De betekenis van lijfrente als oudedagsvoorziening kan in de toekomst toenemen. Dat wordt veroorzaakt door de grote toename van het aantal ondernemers en zelfstandigen zonder personeel die geen toegang krijgen tot de tweedepijlerpensioenopbouw. En door de nieuwe vorm van opbouw van een oudedagsvoorziening via de nettolijfrente. Vanwege de mogelijke toename van deze vorm van oudedagsvoorziening is een nadere verken-

ning op zijn plaats om tekorten die zijn ontstaan door scheiding te repareren.

7.2.13 *Verken het invoeren van een verbod op vooraf afspraken maken over pensioen na scheiding*

Via huwelijkse voorwaarden of samenlevings- of partnerschapsvoorwaarden kunnen voorafgaande afspraken worden gemaakt over verevening of verdeling van pensioen. Dit veroorzaakt schijnzekerheid en veel discussies met pensioenuitvoerders. In de paragraaf hierover legden we namelijk uit dat pensioenuitvoerders niet zijn gehouden die afspraken uit te voeren en het blijkt dat ze dit in de praktijk ook niet doen. Een verplichting opleggen aan pensioenuitvoerders om dat wel te doen lijkt ons niet wenselijk, omdat de situatie bij aanvang van het samenwonen of huwelijk volstrekt anders kan zijn dan ten tijde van de scheiding. Beter is op het moment van scheiden hierover afspraken te maken in combinatie met een stevige wettelijke basis die regelt hoe pensioenaanspraken verdeeld of verevend moeten worden als men niets regelt of als men onderling niet uit een afwijkende verdeling komt.
Wellicht dat het zinvol is dat het maken van afspraken hierover in huwelijkse voorwaarden, samenlevings- of partnerschapsvoorwaarden te ontmoedigen en mogelijk zelfs te verbieden (nietig te verklaren).

7.2.14 *Verplichte uitleg door pensioenuitvoerders over verevening bij kapitaal- en premieovereenkomsten (transparantie-eis).*

Het is naar ons oordeel gewenst dat de in par. 4.2 beschreven verschillende methoden van verevening gedurende de opbouwfase in kapitaal- of beschikbarepremieregeling vooraf duidelijker worden gecommuniceerd. Dat biedt scheidende partners en hun adviseurs de mogelijkheid zich hier in een vroeg stadium in te verdiepen en eventuele onwenselijke consequenties via andere vermogensbestanddelen te corrigeren of andere afspraken te maken.

7.2.15 *Stimuleer het meer eenduidig berekenen van verevening bij kapitaal- en premieovereenkomsten*

Via zelfregulering vanuit de pensioenkoepels is het wenselijk te stimuleren dat alle pensioenuitvoerders een uniforme werkwijze hanteren. Als dat wordt gecombineerd met verplichte uitleg over hoe een pensioenuitvoerder de verevening uitvoert, is dat volgens ons op korte termijn haalbaar en wenselijk.

7.2.16 *Verken mogelijkheid voor sociale partners en pensioenuitvoerders om de partnerdefinitie in de pensioenregeling te koppelen aan het erkennen van een kind*

De ongelijke uitgangspositie ten aanzien van inkomen en aan arbeid gerelateerde pensioenopbouw die in paragraaf 4 naar voren kwam, vloeit vaak voort uit de situatie van het krijgen van kinderen. Immers, na het krijgen van kinderen blijkt vaak dat een of beide partners minder gaan werken. Echter, ongehuwd samenwonenden met gezamenlijke kinderen komen door een strikte partnerdefinitie in het pensioenreglement en vanwege de beperkte reikwijdte van de Wet VPS vaak niet in aanmerking voor een bijzonder partnerpensioen en/of pensioenverevening.
Wij pleiten voor nader onderzoek naar een koppeling tussen recht op pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen als een ongehuwd stel dat de samenleving verbreekt gezamenlijk een of meer kinderen verzorgt.

7.2.17 *Bij afwijken van wettelijke systematiek advies verplicht stellen*

In par. 2.7.2 is de mogelijkheid genoemd van het afwijken van de wettelijke regels van pensioen bij scheiding. Niemand zal ontkennen dat pensioen en scheiding complexe materie betreft die ook een variëteit aan verschillende (rechts)gebieden raakt. Bij afwijken van de wettelijke regels zullen beide partners zowel financiële, juridische als fiscale aandachtspunten op hun merites moeten kunnen beoordelen. Daarbij is het van belang dat zij snappen wat de gevolgen zijn van de door hen gemaakte keuzes. Voorwaar geen sinecure om dit voor de meeste personen helder uiteen te kunnen zetten. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of hier niet sprake moet zijn van verplichte voorlichting over het maken van keuzes en wat hiervan de gevolgen zijn. Daarbij zou ervoor gepleit kunnen worden dat beide ex-partners hierover onafhankelijk advies moeten inwinnen teneinde tot uitkomsten te komen waarin beide ex-partners zich kunnen vinden.

7.2.18 *Wijs op het opstellen van een considerans bij afspraken maken over oudedagsvoorzieningen*

Het verplicht stellen vinden we wat ver gaan, maar stimuleer adviseurs en scheidende stellen een considerans op te stellen bij een splitsingsakte of echtscheidingsconvenant. Op basis van een considerans kunnen vaak betere inzichten worden verkregen in de bedoelingen van partijen. Daarnaast biedt dat de mogelijkheid om meer aandacht te besteden aan wat nu echt de bedoeling is van partijen en kunnen adviseurs een gesprek hierover aangrijpen om bepaalde onderwerpen bij te sturen of aan te scherpen.

7.2.19 *Maak advieskosten aftrekbaar*

Wij vinden dat de drempel om advies in te winnen moet worden verlaagd. Een mogelijkheid is advies verplicht te stellen, maar een vriendelijkere methode is de advieskosten bij scheiding aftrekbaar te maken voor de inkomstenbelasting.

7.2.20 *Verken de mogelijkheid Wft-diplomavereisten te verschuiven van beheer naar events*

De huidige systematiek van diplomavereisten is erg gericht op het bemiddelen van een product en het beheren daarvan. Maar de adviseur die betrokken was bij de bemiddeling en het beheer is vaak niet de adviseur die wordt ingeschakeld bij het begeleiden van een scheidingsproces. Niet alleen scheiding, ook andere events als overlijden en emigreren zijn momenten dat advies erg belangrijk is. Maar de betrokken adviseurs zijn dan vaak niet gebonden aan de Wft-diplomavereisten. Dat verdient volgens ons nader onderzoek. Wellicht dat de diplomavereisten in de Wft zich minder op beheer en meer op het adviseren bij events kunnen richten.

7.3 *Slotopmerkingen*

Er bestaat de nodige literatuur over dit onderwerp, evenals een behoorlijke hoeveelheid jurisprudentie. Wij hebben dan ook niet beoogd om het onderwerp 'pensioen en scheiding' uitputtend te bespreken. Wat we wel hebben beoogd is om voor de praktijk van vandaag belangrijke onderdelen te adresseren. Daarbij vragen we aandacht voor die onderdelen die niet, of niet voldoende, zijn vastgelegd in de huidige wet- en regelgeving. Soms ontbreken er bepalingen en soms is er sprake van onduidelijkheid over de uitleg en toepassing van de bestaande wet- en regelgeving. Wij zijn beiden werkzaam in de uitvoeringspraktijk en worden dan ook regelmatig met die onduidelijkheid geconfronteerd. Maar uiteindelijk is het aan de wetgever, of aan de rechter, om zaken tot verduidelijking te brengen (jurisprudentie). In dit licht bezien hebben wij dan ook aanbevelingen en voorstellen tot verbeteringen aangedragen, zodat in de dagelijkse uitvoering pensioenscheidingszaken vlotter en goedkoper kunnen worden verwerkt. Dat is naar ons oordeel in het belang van allen.