

HET VERWEESDE PENSIOENFONDS, EN NU?

Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht

21

Het verweesde pensioenfonds, en nu?

2013
Sdu Uitgevers
Den Haag

Grafische vormgeving: Bert Arts BNO
Technische realisatie: LINE UP boek en media, Groningen

© 2013, Vereniging voor Pensioenrecht

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.sdufiscaal.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 3060, 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.

Inhoudsopgave

Voorwoord / 7

Opzeggen uitvoeringsovereenkomst / 9

Mr. Cornелиen Donner-Broersma
Mr.drs. Patty Kuijper
Mr. Mariëtte Vis

Besturing pensioenfonds na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst / 31

Mr. Anton van Leeuwen
Mr.dr. Emilie Schols
Mr.drs. Patty Kuijper

De figuur van de overnemende partij / 39

Mr.dr. Emilie Schols

De verantwoordelijkheden van de overnemende partij / 47

Mr.dr. Roland de Greef
Mr. Kees-Pieter Dekker

Collectieve waardeoverdracht en het bereik van artikel 84 Pensioenwet / 59

Mr. Jorn de Bruin
Mr. Friso Foppes
Mr. Sijbren Kuiper

Liquidatie van het pensioenfonds / 81

Mr. Paulien Siegman

Fusie van pensioenfondsen / 97

Mr. Irene Vermeeren-Keijzers

Voorwoord

Onze vorige publicatie *Het pensioenakkoord: pensioen op zijn kop?* (2011) is twee jaar later nog steeds actueel. Het nieuwe contract heeft zijn wettelijke basis nog niet gevonden en over de thema's invaren, waardering en communicatie wordt nog volop gedebatteerd. De grote uitdagingen en dilemma's waar de overheid en de pensioenuitvoerders in 2012 voor stonden, bestaan nog steeds. Niet alleen de inhoud van de pensioenregeling, maar ook de uitvoering ervan is al langer onderwerp van herbezinning. Onder toenemende financiële druk, de aangescherpte deskundigheidseisen voor bestuurders, schaalgrootte en kostenaspecten is het aantal pensioenfondsen in de laatste vijftien jaar flink afgenomen, van 1000 naar 400.

In deze publicatie, *Het verweesde pensioenfonds, en nu?* staat het pensioenfonds zonder sponsor centraal. De bijdragen geven u inzicht in de aspecten die een rol spelen bij het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst en het vervolg daarop. Het voortzetten als verweesd pensioenfonds heeft consequenties voor het bestuur en de governance van het fonds. Als het fonds de uitvoering van de pensioenregeling toch wil beëindigen, dan zal het voor de uitvoering een andere uitvoerder moeten vinden. In dat kader worden de figuur van de overnemende partij en de verantwoordelijkheden van de overnemende partij nader belicht. Is een overnemende partij gevonden, dan kan de collectieve waardeoverdracht plaatsvinden. Liquidatie van het pensioenfonds, maar ook de fusie met een ander pensioenfonds of het vormen van een multi-opf, komen tot slot uitgebreid aan bod. Daarmee geeft deze bundel een mooi inzicht in alle aspecten die een rol spelen vanaf het moment dat de uitvoeringsovereenkomst wordt opgezegd en beslissingen voor het vervolg moeten worden genomen.

Net als bij de vorige publicatie heeft een groot aantal leden een bijdrage geleverd. Het bestuur is hen veel dank verschuldigd. Met deze publicatie wil de Vereniging voor Pensioenrecht vanuit juridisch perspectief een bijdrage leveren aan het pensioendebat. Wij wensen u veel leesplezier en inspiratie toe.

Namens het bestuur van de Vereniging voor Pensioenrecht,
Prof.dr. Gerry J.B. Dietvorst
Hoogleraar Toekomstvoorzieningen Tilburg University

Opzeggen uitvoeringsovereenkomst

Mr. Cornélien Donner-Broersma

Advocaat pensioenrecht bij Baker&McKenzie Amsterdam N.V.

Mr.drs. Patty Kuijper

Manager detachering bij Welten

Mr. Mariëtte Vis

Advocaat arbeidsrecht & pensioenrecht

1 Inleiding

De afgelopen jaren werden pensioenfondsen geconfronteerd met een stijging van de levensverwachting, dalende rente en de financiële crisis waardoor de dekkingsgraden van de fondsen sterk daalden. Dit had direct gevolgen voor aangesloten werkgevers: pensioenpremies stegen en in veel gevallen waren herstellpremies verschuldigd. Naast deze financiële lasten kregen beursgenoteerde werkgevers per 1 januari 2013 te maken met nieuwe boekhoudregels op grond waarvan onder strengere eisen reserves voor pensioentekorten moeten worden aangehouden. Als gevolg van deze striktere regels kan de kredietwaardigheid van werkgevers onder druk komen, hetgeen weer tot gevolg heeft dat zij lastiger geld kunnen lenen op de financiële markten. Door deze omstandigheden is de verhouding tussen pensioenfonds en aangesloten werkgever op scherp komen te staan. Daarnaast zijn ook de deskundigheidseisen voor bestuurders van pensioenfondsen aangescherpt. Hierdoor is het voor werkgevers (en werknemers) moeilijker om een geschikte kandidaat voor een bestuurszetel aan te dragen. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat werkgevers zich steeds vaker afvragen of zij de uitvoeringsovereenkomst met hun ondernemingspensioenfonds niet beter kunnen opzeggen en hun pensioentoezegging bij een andere pensioenuitvoerder (verzekeraar, bedrijfstakpensioenfonds of premiepensioeninstelling) kunnen onderbrengen.

Nu werkgevers vanaf 2014 worden geconfronteerd met belangrijke wetswijzigingen die van invloed kunnen zijn op de inhoud van de pensioenovereenkomst heroriënteren werkgevers zich massaal op hun pensioenpositie. Dit moment wordt tevens aangegrepen om de uitvoerder van de pensioentoezegging te heroverwegen.

Het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds roept echter veel vragen op. Kun je een uitvoeringsovereenkomst zomaar opzeggen en, zo ja, resteren er na de opzegging nog verplichtingen voor de werkgever jegens het pensioenfonds? Wordt dit anders indien er een herstelplan van toepassing is op het pensioenfonds? En welke consultatieverplichtingen heeft de werkgever jegens zijn (voormalige) werknemers indien het voornemen bestaat de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen? In deze bijdrage zullen wij nader op deze vragen ingaan. In paragraaf 2 zullen wij eerst ingaan op de (on)mogelijkheid om een uitvoeringsovereenkomst op te zeggen. Vervolgens zullen wij in paragraaf 3 de consultatieverplichtingen jegens (voormalig) werknemers bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst

belichten. In de paragrafen 4 en 5 gaan wij nader in op de administratieve en informatieve, alsook de financiële verplichtingen van de werkgever en het pensioenfonds. Wij sluiten in paragraaf 6 af met onze conclusie.

In dit hoofdstuk beperken wij ons tot de situatie dat sprake is van een ondernemingspensioenfonds en partijen (werkgever en pensioenfonds) na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst géén nieuwe uitvoeringsovereenkomst met elkaar overeenkomen. Voor de leesbaarheid van dit hoofdstuk zullen wij hierna de term pensioenfonds gebruiken, waarmee wij – tenzij anders aangegeven – enkel refereren aan een ondernemingspensioenfonds.

2 **(On)mogelijkheid opzeggen uitvoeringsovereenkomst en voorwaarden**

Op grond van art. 23 PW (Pensioenwet) is de werkgever verplicht om een aan zijn werknemers toegezegde pensioenregeling buiten zijn onderneming onder te brengen bij een toegelaten pensioenuitvoerder.¹ Hiertoe dient de werkgever met de pensioenuitvoerder een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst² te sluiten en – zolang er sprake is van verwerving van pensioenaanspraken – in stand te houden. In de uitvoeringsovereenkomst worden de afspraken over de uitvoering van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder vastgelegd. Indien niet aan deze onderbrengingsverplichting wordt voldaan, dan kan DNB een bestuurlijke boete aan de werkgever opleggen van ten hoogste € 1.000.000.³

De onderwerpen die in ieder geval in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen dienen te worden staan vermeld in art. 25 PW. Een regeling over de wijze waarop de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds opgezegd dan wel anderszins beëindigd kan worden behoort echter niet tot de onderwerpen die op grond van art. 25 PW in de uitvoeringsovereenkomst

1 Deze verplichting is niet van toepassing indien de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds alsmede indien de werkgever tevens pensioenuitvoerder is en aan de voorwaarden in art. 23, lid 3, PW wordt voldaan.

2 Tot 2007 (onder de PSW) was de verhouding tussen de werkgever en een ondernemingspensioenfonds geregeld in de financieringsovereenkomst.

3 Art. 176 en 179 PW jo. art. 51a Besluit uitvoering PW.

opgenomen dienen te worden.⁴ Hoewel de Pensioenwet geen expliciete bepalingen bevat over het opzeggen dan wel anderszins beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst, is het wel degelijk de bedoeling van de wetgever geweest dat een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds kan worden beëindigd. Dit blijkt onder meer uit de memorie van toelichting bij de PW: 'Indien de werkgever op enig moment kiest voor een andere pensioenuitvoerder, zal de uitvoeringsovereenkomst met deze andere pensioenuitvoerder direct moeten aansluiten op de voorgaande uitvoeringsovereenkomst.'⁵

Daarnaast verwijzen wij naar art. 111, lid 2, onderdeel h, PW, op grond waarvan de Deelnemersraad het recht heeft advies uit te brengen over een voorgenomen besluit van het pensioenfonds de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen.

Uitvoeringsovereenkomst voor bepaalde tijd

De praktijk wijst uit dat de meeste uitvoeringsovereenkomsten bepalingen bevatten over de looptijd van de overeenkomst (meestal voor enkele jaren met een stilzwijgende verlenging voor eenzelfde periode indien niet tijdig is opgezegd) alsook over de opzegtermijn die in acht dient te worden genomen bij (tussentijdse) opzegging van de overeenkomst. Wel bestaan er vaak grote verschillen tussen de looptijden en opzegtermijnen van uitvoeringsovereenkomsten. Naast de looptijd en opzegtermijn kunnen ook andere voorwaarden zijn opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst, bijvoorbeeld dat de opzegging bij aangetekend schrijven moet plaatsvinden. Ook kan de uitvoeringsovereenkomst verwijzen naar bepaalde gronden of gebeurtenissen die aanleiding kunnen geven de overeenkomst te mogen opzeggen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat de werkgever onder de verplichtstelling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt of dat een van de partijen de verplichtingen onder de overeenkomst niet nakomt.⁶ Een werkgever die de uitvoeringsovereenkomst met zijn pensioen-

4 Art. 25, lid 2, onderdeel h, PW bevat enkel de verplichting om de voorwaarden die gelden bij beëindiging van een met een verzekeraar of PPI gesloten uitvoeringsovereenkomst op te nemen in de uitvoeringsovereenkomst.

5 MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 191-192.

6 Het niet nakomen van de verplichting tot het betalen van premie door de werkgever kan overigens niet zonder meer leiden tot premievrijmaking van de opgebouwde pensioenaanspraken en het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst door het pensioenfonds. In de parlementaire geschiedenis van de PW is in dit verband opgemerkt dat een pensioenfonds niet standaard een claim op een pensioenuitkering kan afwijzen op grond van het feit dat er geen premie is betaald (beginsel 'geen premie, geen pensioen'). Of een beroep op dit beginsel mogelijk is, zal het pensioenfonds per geval dienen af te wegen. MvT PW, Kamer-

fonds wil opzeggen, doet er dan ook verstandig aan om de toepasselijke uitvoeringsovereenkomst te raadplegen teneinde te bezien welke voorwaarden in acht genomen dienen te worden om de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen.

Ten overvloede verwijzen wij naar art. 7:940 BW (Burgerlijk Wetboek). De uitvoeringsovereenkomst wordt immers aangemerkt als een verzekeringsovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:925 BW.⁷ Op grond van art. 7:940 BW dient bij opzegging tegen het einde van de looptijd, teneinde verlenging van de overeenkomst te verhinderen, een termijn van twee maanden in acht te worden genomen.⁸ Afwijking van deze termijn is alleen mogelijk indien niet ten nadele van de verzekeringsnemer wordt afgeweken (art. 7:943 BW). In dit verband zou een werkgever – indien een (veel) langere opzegtermijn tussen pensioenfonds en werkgever is overeengekomen – kunnen betogen dat ten nadele van de werkgever (verzekeringsnemer) is afgeweken en dat slechts een opzegtermijn van twee maanden in acht hoeft te worden genomen.

Uitvoeringsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Indien een uitvoeringsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en er geen (tussentijdse) opzegbepaling is opgenomen, rijst de vraag of de uitvoeringsovereenkomst toch kan worden opgezegd. In dat verband wordt verwezen naar het leerstuk van de duurovereenkomst.

Ten aanzien van duurovereenkomsten waarbij partijen niets over opzegging hebben afgesproken, werd op grond van rechtspraak van de Hoge Raad lange tijd aangenomen dat er geen algemene regel bestaat dat duurovereenkomsten altijd rechtsgeldig en zonder grond kunnen worden opgezegd.⁹ Omdat de wet geen regeling biedt voor het opzeggen van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd, diende de vraag of opzegging mogelijk is beantwoord te

stukken II, 30 413, nr. 3, p. 63 en nota n.a.v. het nader verslag, Kamerstukken II, 30 413, nr. 24, p. 25.

7 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 193. Art. 5 PW sluit echter een aantal bepalingen uit Titel 7:17 BW uit voor de uitvoeringsovereenkomst.

8 Een uitvoeringsovereenkomst kwalificeert als een verzekeringsovereenkomst (meer in het bijzonder een sommenverzekering) in de zin van het BW. Met uitzondering van enkele bepalingen zijn Titel 7:17 en 7:18 BW dan ook overeenkomstig van toepassing op de uitvoeringsovereenkomst.

9 M.H. Visser, 'De opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten: een korte beschouwing', *Vennootschap & Onderneming*, juni 2007, nr. 6.

worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met alle omstandigheden van het geval.¹⁰ De omstandigheden konden meebrengen dat opzegging alleen mogelijk is indien *een voldoende zwaarwegende grond* aanwezig is. In 2011 heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgelaten over de opzegbaarheid van duurovereenkomsten.¹¹ In deze uitspraak verwijst de Hoge Raad naar zijn eerdere uitspraken inzake duurovereenkomsten. Nieuw is echter dat de Hoge Raad voorop stelt dat een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel altijd opzegbaar is. Bovendien kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat niet te snel mag worden aangenomen dat de opzegger een zwaarwegende grond voor opzegging nodig heeft. Een zwaarwegende grond zou alleen vereist zijn indien de opgezegde partij in overwegende mate afhankelijk is van de voortzetting van de contracten.

Verwijzend naar de recente jurisprudentie van de Hoge Raad inzake duurovereenkomsten zijn wij van mening dat een uitvoeringsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan zonder dat partijen enige opzeggeregelingen zijn overeengekomen, opzegbaar is zonder dat de opzegger (werkgever) een zwaarwegende grond voor opzegging nodig heeft. Weliswaar zal het pensioenfonds (de opgezegde partij) veelal in overwegende mate afhankelijk zijn van de voortzetting van de uitvoeringsovereenkomst, onzes inziens gaat deze door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering niet op in de rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds. Het pensioenfonds is immers geen commerciële partij zoals de contractspartijen in de zaken waarover de Hoge Raad zich heeft uitgelaten. Wel zal de werkgever een redelijke opzegtermijn dienen te hanteren. De vraag wat een redelijke termijn voor opzegging is, zal van geval tot geval verschillen afhankelijk van de (financiële) situatie van het pensioenfonds.

Opzegging door pensioenfonds en wederzijds goedvinden

Evenals de werkgever kan uiteraard ook het pensioenfonds de uitvoeringsovereenkomst opzeggen met inachtneming van de eventuele toepasselijke contractuele voorwaarden voor opzegging zoals neergelegd in de uitvoeringsovereenkomst. In dat geval dient het pensioenfonds een voorgenomen besluit tot beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst vooraf ter advies aan zijn Deelnemersraad voor te leggen (art. 111, lid 2, onderdeel h, PW). Binnen 8 weken nadat de Deelnemersraad van het definitieve besluit van het pen-

10 HR 21 april 1995, RvdW 1995, 98 (Kakkenberg/Kakkenberg) en HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (Latour/De Bruijn).

11 HR 28 oktober 2011, LJN: BQ9854.

sioenfonds tot opzegging van de uitvoeringsovereenkomst in kennis is gesteld, kan de Deelnemersraad hoger beroep instellen bij de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam (art. 217 PW). Dit kan echter alleen indien het bestuursbesluit afwijkt van het advies van de Deelnemersraad, de Deelnemersraad niet voorafgaand in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen over het voorgenomen besluit of dat er feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die – waren zij aan de Deelnemersraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies – aanleiding zouden kunnen zijn om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. In zijn verzoekschrift kan de Deelnemersraad de Ondernemingskamer vragen het pensioenfonds te verplichten om het besluit tot opzegging van de uitvoeringsovereenkomst geheel of gedeeltelijk in te trekken, om de gevolgen van het besluit ongedaan te maken of om een verbod op te leggen aan het pensioenfonds om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit. De Ondernemingskamer toetst het verzoek slechts marginaal; beoordeeld wordt of het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot dat besluit heeft kunnen komen.¹²

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat – los van de eventuele contractuele verplichtingen bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst – natuurlijk altijd de mogelijkheid blijft bestaan dat werkgever en pensioenfonds de uitvoeringsovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigen. In dat laatste geval zal het pensioenfonds een voorgenomen besluit tot beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst eveneens vooraf ter advies aan zijn Deelnemersraad voor dienen te leggen.

3 Consultatieverplichtingen werkgever jegens (voormalig) werknemers en hun vertegenwoordigers

Indien de werkgever overweegt de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds op te zeggen, rijst de vraag of hij hiervoor de voorafgaande instemming van zijn (ex-)werknemers en/of hun vertegenwoordigers nodig heeft. Teneinde deze vraag te beantwoorden, dienen de volgende subvragen te worden beantwoord:

12 Ten overvloede merken wij op dat daarnaast het verantwoordingsorgaan mogelijk het recht van enquête als verzetsmiddel zou kunnen inzetten als het van mening is dat het bestuur van het pensioenfonds niet naar behoren functioneert door het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met de werkgever (art. 219 PW).

- i. Bevat de uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding op grond waarvan de (ex-)werknemer partij is geworden bij de uitvoeringsovereenkomst?
- ii. Wijzigt de pensioenovereenkomst tussen werknemer en werkgever door opzegging van de uitvoeringsovereenkomst?

Ad i: Derdenbeding

In de memorie van toelichting bij de PW wordt opgemerkt dat met de PW de verantwoordelijkheden tussen de verschillende partijen worden verduidelijkt en dat daarbij expliciet wordt aangesloten bij de zogenoemde driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder.¹³ Deze driehoeksverhouding komt tot stand zodra de werkgever de pensioenovereenkomst die hij met zijn werknemers is overeengekomen, onderbrengt bij het pensioenfonds. Door het extern onderbrengen van de pensioenovereenkomst worden de werkgever en het pensioenfonds contractspartij jegens elkaar. Tussen werknemer en pensioenfonds is weliswaar geen sprake van een overeenkomst, wel ontstaat volgens de memorie van toelichting bij de PW een verbintenis tussen werknemer en pensioenfonds, welke verbintenis voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst via het zogeheten derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW.¹⁴ Op welke wijze deze verbintenis tot stand komt, hoe deze juridisch dient te worden gekwalificeerd en wat de reikwijdte daarvan is, is echter niet uitgewerkt in de PW.¹⁵

In de literatuur wordt wel aangenomen dat de werknemer door zijn deelname aan de pensioenregeling stilzwijgend het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst heeft aanvaard, waardoor hij een zelfstandig vorderingsrecht krijgt tegenover de pensioenuitvoerder. Er bestaat echter geen consensus in de literatuur over de uitleg van het derdenbeding. Zo bestaat onenigheid over de vraag of het beding slechts ziet op de verplichting van het pensioenfonds om de pensioenaanspraken te administreren en te zijner tijd pensioenuitkeringen uit te keren overeenkomstig het pensioenreglement¹⁶ of dat het derdenbeding ziet op de gehele uitvoeringsovereenkomst (inclusief allerlei administratieve en financieringsbepalingen).¹⁷ Ook jurisprudentie

13 MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 4 en 48.

14 MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 24 en 49.

15 E. Lutjens e.a., *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2007, p. 100.

16 Zie art. 1 PW, definitie 'pensioenreglement': 'de door de pensioenuitvoerder opgestelde regeling met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer'.

17 Verdedigbaar is dat uit art. 32 en 35 PW volgt dat de deelnemer zich kan beroepen op de gehele uitvoeringsovereenkomst, aangezien de inhoud van de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement in overeenstemming dienen te zijn met de gehele inhoud van de uitvoeringsovereenkomst. Bovendien bepaalt art. 6:254, lid 1, BW dat door aanvaarding van

is niet uitgekristalliseerd over de vraag of in de uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding ligt besloten en zo ja, of dit beding door de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden is aanvaard alsmede op welke bepalingen van de uitvoeringsovereenkomst dit derdenbeding ziet.¹⁸ Bij gebreke van nadere jurisprudentie waarin expliciet het bestaan van een derdenbeding wordt erkend, alsmede een oordeel wordt gegeven over de reikwijdte van het beding, is het thans nog onduidelijk of een werkgever voor het enkele beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst voorafgaande instemming aan zijn (ex-)werknemers dient te vragen.¹⁹ Wel dient bedacht te worden dat de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst al dan niet expliciet is geïncorporeerd in het pensioenreglement en/of de pensioenovereenkomst van invloed kan zijn op het eventuele bestaan van een dergelijke instemmingsverplichting. Immers, de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst kan leiden tot een inhoudelijke wijziging van het pensioenreglement en de pensioenovereenkomst.

Indien voor het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst inderdaad een (expliciet dan wel impliciet) instemmingsrecht van de (ex-)werknemer wordt aangenomen, is het de vraag of de werkgever de uitvoeringsovereenkomst kan opzeggen in de situatie dat niet alle (ex-)werknemers met de opzegging

het derdenbeding de derde partij wordt bij de overeenkomst. Nu het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen zou dat betekenen dat de werknemer partij wordt bij de uitvoeringsovereenkomst (zie ook noot 16).

- 18 In de zaak DSM/Fox (HR 20 februari 2004, LJN: AO1427) wordt in het kader van de uitleg van een pensioenreglement met een enkel woord opgemerkt dat de werknemer door aanvaarding van zijn rechten partij is geworden tussen de werkgever en het pensioenfonds gesloten overeenkomst. Deze stelling wordt echter niet nader onderbouwd. In de Akzo-zaak (Hof Arnhem 27 mei 2008, PJ 2008/67) wordt de stelling dat pensioengerechtigden een eventueel in de financieringsovereenkomst besloten derdenbeding hebben aanvaard verworpen wegens onvoldoende gestelde feiten en omstandigheden. En Kantonrechter en Rechtbank Rotterdam (Rechtbank Rotterdam 28 maart 2006, PJ 2006/64 (Texaco) en Kantonrechter Rotterdam 22 juli 2008, PJ 2008/111) nemen weliswaar een derdenbeding aan, maar dit derdenbeding zou besloten liggen in een protocol overeengekomen tussen werkgever en OR. Niet wordt overwogen dat ook een derdenbeding zou volgen uit de uitvoeringsovereenkomst.
- 19 Dezelfde vraag speelt indien een pensioenfonds overweegt de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen: zal het pensioenfonds in dat geval voorafgaande instemming aan zijn (gewezen) deelnemers en gepensioneerden dienen te vragen? Het antwoord op deze vraag zal mede afhangen van de inhoud van de statuten, het pensioenreglement en de uitvoeringsovereenkomst. Indien wordt aangenomen dat er sprake is van een derdenbeding en het pensioenfonds op grond daarvan de voorafgaande instemming van de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden dient te vragen, dan doet zich echter de ongewenste situatie voor dat het pensioenfonds enerzijds verplicht is voorafgaand advies te vragen aan zijn Deelnemersraad en daarnaast voorafgaande instemming aan zijn (gewezen) deelnemers en gepensioneerden dient te vragen.

hebben ingestemd. In dat geval zou de werkgever wellicht kunnen beargumenteren dat de weigerachtige (ex-)werknemer niet in redelijkheid zijn instemming kan onthouden gelet op de belangen van de werkgever bij opzegging. Of een dergelijk argument slaagt, zal mede afhangen van het belang van de werkgever en de vraag hoeveel (ex-)werknemers wel met de opzegging hebben ingestemd. Ook zal van belang zijn of de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst een nadeel voor de (ex-)werknemer met zich meebrengt.

Ad ii: Leidt opzegging van de uitvoeringsovereenkomst tot wijziging van de pensioenovereenkomst?

Het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds zal – gelet op de onderbrengingsplicht van de werkgever – gevolgd dienen te worden door het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder. Of deze enkele omstandigheid een wijziging van de pensioenovereenkomst met zich meebrengt, hangt af van de vraag of in de pensioenovereenkomst uitdrukkelijk is overeengekomen dat de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij het betreffende pensioenfonds. Zo ja, dan zal het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder strikt gezien een wijziging van de pensioenovereenkomst inhouden. Daarnaast zal gekeken dienen te worden of het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds en het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een andere pensioenuitvoerder nadelige gevolgen kunnen hebben voor de (ex-)werknemers voor wat betreft de toegezegde pensioenaanspraken of -rechten. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de kansen op toeslagverlening door het oude pensioenfonds dan wel de nieuwe pensioenuitvoerder en de kansen dat er in de toekomst gekort moet worden door het oude of het nieuwe (bedrijfstak)pensioenfonds. Ook dan zal sprake zijn van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Evident is dat in ieder geval sprake is van een wijziging van de pensioenovereenkomst indien de werkgever de gelegenheid aangrijpt om zijn pensioentoezegging aan te passen (bijvoorbeeld van defined benefit naar defined contribution of het wijzigen van het opbouwpercentage).

Strikt gezien is in beginsel voor iedere wijziging van de pensioenovereenkomst de instemming van de (ex-)werknemers vereist, tenzij de werkgever een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen en een zwaarwegend belang heeft om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Maakt de pensioenovereenkomst deel uit van een ondernemings-cao, dan zal de werkgever – afhankelijk van de inhoud van de cao – overeenstemming

met de vakbonden of de ondernemingsraad dienen te bereiken. In het geval de cao met de vakbonden is overeengekomen en partijen overeenstemming hebben bereikt over de gewijzigde pensioenovereenkomst, zullen deze wijzigingen automatisch van toepassing zijn jegens de (ex-)werknemers die lid zijn van de betrokken vakbonden. Hetzelfde geldt voor (ex-)werknemers die geen lid zijn van de betrokken vakbonden, maar in wiens arbeidsovereenkomst de cao (inclusief toekomstige wijzigingen) expliciet is geïncorporeerd. Aan alle andere (ex-)werknemers zal de werkgever instemming moeten vragen voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst.

Een ondernemingsraad (OR) heeft in beginsel geen wettelijk advies- of instemmingsrecht ten aanzien van een pensioenregeling die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds. Voorgenomen wijzigingen in de pensioenovereenkomst als gevolg van het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds zijn op dit moment dan ook niet advies- of instemmingsplichtig op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Wel kan de OR een bovenwettelijk advies- of instemmingsrecht hebben indien dat met de werkgever is overeengekomen. Dit bovenwettelijke advies- of instemmingsrecht bindt de (ex-)werknemers echter niet. In het geval dat de werkgever na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds de pensioenovereenkomst wil onderbrengen bij een verzekeraar of premiepensioeninstelling, heeft de OR wel een wettelijk instemmingsrecht op grond van art. 27 WOR.²⁰ Een uitzondering hierop bestaat indien de pensioenregeling al met de vakbonden is overeengekomen. Ook bij een wettelijk instemmingsrecht geldt overigens dat de instemming van de OR de (ex-)werknemers niet bindt.

Volledigheidshalve merken wij op dat er discussie bestaat over de reikwijdte van het wettelijk instemmingsrecht van de OR als de werkgever de pensioenregeling wil onderbrengen bij een verzekeraar of PPI. Ziet het instemmingsrecht zowel op de inhoud van de pensioenovereenkomst als op de afspraken tussen werkgever en pensioenuitvoerder neergelegd in de uitvoeringsovereenkomst? En wat moet worden verstaan onder ‘pensioenverzekering’? Sommige auteurs menen dat de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van de inhoud van de pensioenregeling, de verzekeraar, de premievaststelling, de tarief- en verzekeringsgrondslagen, de serviceverlening en (het

20 Art. 27, lid 1, onderdeel a, WOR bepaalt dat de ondernemer de instemming van de OR nodig heeft voor elk voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering.

opzeggen of niet verlengen en aangaan van) de uitvoeringsovereenkomst.²¹ Minister Donner heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel PW in eerste instantie ook het standpunt in genomen dat de uitvoeringsovereenkomst en de service level agreement onder het instemmingsrecht van de OR valt. Dit standpunt is tijdens de latere behandeling van het wetsvoorstel PW tegenover de Eerste Kamer nog eens bevestigd.²² Staatssecretaris Klijnsma heeft onlangs op Kamervragen van het lid Omtzigt in het kader van medezeggenschap bij een PPI geantwoord dat de OR geen instemmingsrecht heeft ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar of PPI.²³ De werknemer is volgens de staatssecretaris immers geen partij bij de uitvoeringsovereenkomst. Het instemmingsrecht is beperkt tot de inhoud van de pensioenovereenkomst. Wel kunnen werkgever en werknemer afspraken maken over de keuze van de pensioenuitvoerder in de pensioenovereenkomst, waardoor de werknemer of OR wel invloed krijgt op de uitvoeringsovereenkomst. De staatssecretaris wijkt daarmee welbewust af van het eerder duidelijk ingenomen standpunt in de parlementaire stukken, welk standpunt volgens haar niet in overeenstemming is met de heersende opinie op grond waarvan aan de OR geen instemmingsrecht ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst zou toekomen. Naar onze mening sluit het standpunt van de staatssecretaris ook niet geheel aan bij de heersende opinie. De staatssecretaris verwijst verder naar de 'Principes voor goed pensioenfondsbestuur'.²⁴ De Principes voor goed pensioenfondsbestuur schrijven onder meer de wijze van verantwoording voor die de werkgever dient af te leggen tegenover de OR en zijn werknemers over zijn afspraken met de verzekeraar. Op grond van deze principes dient de werkgever, in aanvulling op art. 27 WOR, de OR²⁵ en de vertegenwoordigers van gepensioneerden in staat te stellen te

- 21 Zie E. Lutjens e.a., *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2007, p. 309. en M. Heemskerk, *Ondernemingsraad en pensioen*, VU Uitgeverij, Amsterdam 2010, p. 65-72, 199.
- 22 Kamerstukken II, 2007-2008, 31 226, nr. 14, p. 22 en Kamerstukken I, 2007-2008, 31 226, nr. G, p. 5.
- 23 Ministerie SZW, Kamervragen van het lid Omtzigt over medezeggenschap bij PPI, 2 mei 2013, ref. 2013-0000036583, zie o.a. antwoord 3 van staatssecretaris Klijnsma.
- 24 In art. 33 PW en art. 11 Besluit uitvoering pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling zijn de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de STAR van 16 december 2005 aangewezen als door pensioenfondsen en verzekeraars na te leven principes bij de uitvoering van hun taak om een goed bestuur te waarborgen. De Principes zijn grotendeels geïmplementeerd in de Pensioenwet. Voor zover de Principes afwijken van de Pensioenwet heeft de Pensioenwet voorrang. Er is echter geen wettelijke sanctie op overtreding van de Principes.
- 25 Onder OR moet tevens worden verstaan: de personeelsvertegenwoordiging en de personeelsvergadering alsmede de vertegenwoordigers van gepensioneerden.

adviseren over (de verlenging van) de uitvoeringsovereenkomst (D 9). Voorts dient de werkgever de OR en de vertegenwoordigers van gepensioneerden in staat te stellen advies uit te brengen over het niveau van de serviceverlening dat de werkgever voornemens is overeen te komen met de verzekeraar (D 10). Het bedoelde adviesrecht is echter niet gelijk aan een instemmingsrecht of een adviesrecht in de zin van de WOR, maar een (andere) vorm van inspraak waarvan de juridische status niet geheel duidelijk is.²⁶

Overigens heeft het Kamerlid Omtzigt onlangs bij de behandeling van het wetsvoorstel 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen' twee amendementen ingediend waarbij hij heeft verzocht om art. 27 WOR aan te passen. Het amendement dat verzoekt om de OR een instemmingsrecht te geven over zowel de pensioenovereenkomst als de uitvoeringsovereenkomst bij verzekerde regelingen en PPI's en overige pensioeninstellingen is door de Tweede Kamer verworpen. Het amendement dat de OR een instemmingsrecht toekent bij de vaststelling of intrekking van gemeenschappelijke elementen van een pensioenovereenkomst die wordt ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds of bij een niet verplicht bedrijfstakpensioenfonds of bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds voor het aanvullende niet verplichte deel van de pensioenregeling, is aangenomen.²⁷

4 **Verplichtingen van het fonds na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst**

Na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst is het pensioenfonds bevoegd om op verzoek van de werkgever de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten collectief over te dragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder, indien is voldaan aan de voorwaarden neergelegd in art. 83 PW. Is een kortetermijnherstelplan van toepassing op het moment dat de uitvoeringsovereenkomst eindigt, dan kan het pensioenfonds ook zelf besluiten tot waardeoverdracht van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten naar een verzekeraar of ander pensioenfonds.²⁸ Besluit het pensioenfonds tot liquida-

26 Zie hierover ook M. Heemskerck, *Ondernemingsraad en pensioen*, VU Uitgeverij, Amsterdam 2010, p. 67-68.

27 Kamerstukken II, 33 182, nrs. 48, 49, 51 en stemmingsoverzicht Kamerstukken II, 33 182 d.d. 29 mei 2013.

28 Art. 150 PW bepaalt dat indien een pensioenregeling eindigt tijdens de periode waarin een kortetermijnherstelplan van kracht is, het pensioenfonds overgaat tot herverzekeren of overdracht van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. Weliswaar wordt in dit artikel niet gesproken over het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst maar het eindigen van een pensioenregeling, onzes inziens zal dit artikel – gelet op de strekking – van toepas-

tie, dan is een waardeoverdracht zelfs verplicht.²⁹ Van een verplichte waardeoverdracht kan tot slot ook sprake zijn indien dit naar het oordeel van DNB noodzakelijk is in verband met de actuariële en bedrijfstechnische opzet van het pensioenfonds of de deskundigheid en betrouwbaarheid van het bestuur.³⁰ In dat laatste geval is onduidelijk voor wiens rekening de eventuele kosten van een dergelijke overdracht komen. Dit zal mede afhangen van de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst.

Indien er geen sprake is van een waardeoverdracht op één van de hiervoor genoemde gronden, dan zullen de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten (premievrij) bij het pensioenfonds achterblijven. In dat geval behoudt het pensioenfonds ook de bijbehorende administratie- en communicatieverplichtingen zoals neergelegd in de PW en aanverwante wet- en regelgeving en – afhankelijk van de inhoud daarvan – de uitvoeringsovereenkomst. (Zie ook hoofdstuk 2.)

5 Financiële gevolgen van het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst

Op het moment dat de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds eindigt is de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer voor de toekomst niet meer ondergebracht bij het pensioenfonds. Dientengevolge wordt de pensioenopbouw niet langer voortgezet bij het pensioenfonds (een uitzondering kan van toepassing zijn bij arbeidsongeschikte deelnemers); de pensioenverwerving stopt en de deelneming in de pensioenregeling bij het pensioenfonds eindigt.³¹ Ten opzichte van het pensioenfonds zullen de deelnemers³² in de pensioenregeling vanaf dat

sing zijn bij het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst. Onduidelijk is echter welke procedures gevolgd dienen te worden bij een dergelijke overdracht of dat het pensioenfonds deze procedures zelf kan bepalen. Ook is onduidelijk voor wiens rekening de eventuele kosten van een overdracht of herverzekering zullen komen. Dit zal mede afhangen van de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst.

29 Art. 84 PW.

30 Art. 149 PW.

31 E. Lutjens e.a., *Pensioenwet. Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer 2007, p. 542.

32 Art. 1 PW definieert het begrip 'deelnemer' als volg: 'de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder'.

moment gewezen deelnemer³³ worden (met uitzondering van de arbeidsongeschikte deelnemers).

Bij het beëindigen van de deelneming worden de opgebouwde pensioenaanspraken premievrij gemaakt en – indien sprake is van een kapitaal- of uitkeringsovereenkomst³⁴ – behoudt de gewezen deelnemer de tot dat moment opgebouwde pensioenaanspraken (art. 55, lid 1, PW).³⁵ Daarnaast bepaalt art. 55, lid 1, PW dat de pensioenaanspraken volledig gefinancierd dienen te zijn op het moment van beëindiging.³⁶ De memorie van toelichting bij art. 55 PW verwijst in dit verband naar art. 27 PW, waarin is bepaald dat de werkgever de ten tijde van de beëindiging nog verschuldigde premie binnen 13 weken na de beëindiging dient te voldoen aan het pensioenfonds.³⁷ Art. 1 PW definieert ‘premie’ als volgt: ‘de in geld uitgedrukte periodiek vastgestelde structurele prestatie die verschuldigd is aan de pensioenuitvoerder en die bestemd is voor de verzekering van pensioen en de daaraan verbonden kosten’. Gelet op de achtergrond van art. 55 PW en het feit dat art. 27 PW alleen spreekt van premie, kan uit deze artikelen onzes inziens geen wettelijke verplichting voor de werkgever worden afgeleid tot betaling van herstellpremies en afwikkelingskosten indien bij beëindiging van de deelneming blijkt dat het pensioenfonds in onderdekking is.

33 Art. 1 PW definieert het begrip ‘gewezen deelnemer’ als volgt: ‘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’. Het begrip ‘beëindiging van de deelneming’ wordt in art. 1 PW als volgt gedefinieerd: ‘het beëindigen van de pensioenverwerving op basis van een pensioenovereenkomst anders dan door (a) het overlijden van de deelnemer of (b) het ingaan van het ouderdomspensioen’.

34 Voor premieovereenkomsten wordt de vaststelling van de pensioenaanspraken op een andere wijze uitgevoerd (art. 55, lid 2 en 3, PW).

35 Vreemd genoeg heeft de regering in de parlementaire geschiedenis van de PW opgemerkt dat indien een werkgever een andere pensioenuitvoerder kiest maar de relatie met de werknemer en de pensioenovereenkomst in stand blijft, er geen sprake is van een beëindiging van de deelneming (MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 164 en 165). Wij zijn echter van mening dat in een dergelijk geval in de relatie tussen de oude pensioenuitvoerder en de werknemer wel sprake is van een beëindiging van de deelneming. Dit volgt immers uit de definitie van ‘deelnemer’ en ‘gewezen deelnemer’ in art. 1 PW.

36 Omdat art. 17 PW voorschrijft dat de verwerving van pensioenaanspraken in het kader van een kapitaal- of uitkeringsovereenkomst gedurende de deelneming ten minste evenredig in de tijd plaatsvindt en aan het eind van ieder jaar de pensioenaanspraken moeten zijn afgefinancierd op basis van tijdevenredigheid, kan er in beginsel geen discrepantie ontstaan tussen de aanspraak en de financiering daarvan.

37 MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3, p. 211.

De Pensioenwet voorziet niet in een bepaling op grond waarvan de werkgever gehouden is om na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst toekomstige kosten en herstellpremies te voldoen aan het pensioenfonds. Uiteraard kan er – afhankelijk van de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst of andere overeenkomst tussen werkgever en pensioenfonds – een contractuele verplichting van de werkgever jegens het pensioenfonds bestaan om extra premies of afwikkelingskosten te voldoen bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst (exitbepaling). Dergelijke bepalingen blinken vaak niet uit in duidelijkheid, zodat onduidelijk blijft welke kosten en premies nu precies onder deze bepalingen vallen. Het is dan uiteindelijk aan de rechter hoe deze bepalingen – in het licht van de bedoeling van partijen – moeten worden uitgelegd. Of een werkgever niettemin – ongeacht het bestaan van een exitbepaling – op grond van een algemene norm wettelijk verplicht is jegens het pensioenfonds om afwikkelingskosten en toekomstige kosten te betalen na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst, is echter nog niet uitgekristalliseerd in jurisprudentie. Voor zover ons bekend heeft in 2012 voor het eerst een rechter zich uitgelaten over de vraag of een werkgever verplicht was tot betaling van afwikkelingskosten en schade aan het pensioenfonds na het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst (Alcatel-zaak).³⁸

Alcatel-zaak

In onderhavige zaak had Alcatel de uitvoeringsovereenkomst met het Alcatel Pensioenfonds met inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn opgezegd per 31 december 2011. Op dat moment was er een lange- en kortetermijnherstelplan van toepassing voor het Alcatel Pensioenfonds. In de uitvoeringsovereenkomst tussen het Alcatel Pensioenfonds en Alcatel was de volgende exitbepaling overeengekomen: ‘Na beëindiging [van de uitvoeringsovereenkomst] behouden partijen jegens elkaar de verplichtingen uit deze overeenkomst over de periode gelegen voor de datum van beëindiging.’ Naast deze exitbepaling kende de uitvoeringsovereenkomst ook een gemaximeerde premie en een gemaximeerde bijstortverplichting in geval sprake zou zijn van een dekkings- en/of reservetekort.³⁹

38 Rechtbank Den Haag, sector Kanton, 11 oktober 2012, PJ 2012/211 (Alcatel).

39 In de uitvoeringsovereenkomst is voor wat betreft de herstelbetalingen het volgende overeengekomen:

– Langetermijnherstelplan: ‘In dit langetermijnherstelplan werkt de Stichting uit hoe de premiebetalingen zodanig worden verhoogd, dat binnen 15 jaar wordt voldaan aan het vereist eigen vermogen. De maximum premie (...) en de herstelbetalingen op grond van het langetermijnherstelplan zal daarbij niet meer bedragen dan 150% van de voorschot doorsneepremie van de som van de pensioengrondslagen per jaar. Bij de vaststelling van

Kort gezegd zouden volgens het Alcatel Pensioenfonds door het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst de financiële verplichtingen van Alcatel in één keer opeisbaar zijn geworden. In dit verband vorderde het pensioenfonds betaling van afwikkelingskosten⁴⁰, kosten voor toegezegde indexatie en een verklaring voor recht dat Alcatel de kosten voor de opzegging⁴¹ moest betalen. Het Alcatel Pensioenfonds deed hiertoe primair een beroep op nakoming van de uitvoeringsovereenkomst en het herstelplan. Subsidiair beriep het Alcatel Pensioenfonds zich op onrechtmatige daad. Deze onrechtmatige daad zou bestaan uit het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst, terwijl Alcatel wist dat het pensioenfonds zonder betaling van de afwikkelkosten de door Alcatel aan de werknemers gedane pensioentoezegging niet meer zou kunnen nakomen. Meer subsidiair heeft het Alcatel Pensioenfonds aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Alcatel de gevorderde bedragen dient te voldoen als schadevergoeding van de schade die is ontstaan door opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. Door de opzegging kan het Alcatel Pensioenfonds niet langer voldoen aan zijn verplichting om de volledige pensioenen uit te keren aan de pensioengerechtigden, zodat het tekort zal schieten in de nakoming van de verbintenissen met de rechthebbenden van de pensioenen. Uiterst subsidiair heeft het Alcatel Pensioenfonds aangevoerd dat er sprake zou zijn van onvoorziene omstandigheden en dat de afwikkelkosten op grond van de redelijkheid en billijkheid voor rekening van Alcatel dienen te komen. Dit zou volgens het Alcatel Pensioenfonds voortvloeien uit de aard van de uitvoeringsovereenkomst, aangezien er sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd met langetermijnverplichtingen en voorts uit de gewoonte, aangezien Alcatel bepaalde kosten altijd voor haar rekening heeft genomen.

het langetermijnherstelplan wordt rekening gehouden met de naar verwachting toe te kennen toeslagverlening.’

– Kortetermijnherstelplan: ‘Uitgangspunt hierbij [bij het kortetermijnherstelplan] is dat door middel van extra premiebetalingen uiterlijk binnen 3 jaar aan het minimaal vereist eigen vermogen wordt voldaan. De maximum premie en de herstelbetalingen op grond van het kortetermijnherstelplan zal daarbij niet meer bedragen dan 150% van de voorschot doorsneepremie per jaar.’

40 Hieronder vielen volgens het Alcatel Pensioenfonds de volgende kosten: kosten voor herstelpremiebetalingen op grond van het korte- en langetermijnherstelplan, excassokosten en kosten voor de uitvoering van de pensioenregeling op grond van het korte- en/of langetermijnherstelplan, solvabiliteitsopslag voor het in stand houden van het vereiste eigen vermogen op grond van het korte- en/of langetermijnherstelplan en opslag algemene reserve op grond van het korte- en/of langetermijnherstelplan.

41 Hieronder vielen volgens het Alcatel Pensioenfonds de kosten voor aanpassing van het beleggingsbeleid, kosten voor aanpassing van het risicobeleid en/of kosten voor aanpassing van de governance.

De kantonrechter wijst alle vorderingen van het Alcatel Pensioenfonds af. Allereerst overweegt de kantonrechter dat de betalingsverplichtingen van Alcatel onder de exitbepaling niet meer omvat dan hetgeen is bepaald in de uitvoeringsovereenkomst, in samenhang met het herstelplan. Op grond van de uitvoeringsovereenkomst is Alcatel gehouden tot het betalen van maximaal 150% van de (voorschot doorsnee) premie per jaar. Alcatel heeft tot 2012 aan deze verplichting voldaan en heeft toegezegd aan haar verplichtingen, voortvloeiend uit de uitvoeringsovereenkomst en het herstelplan, ook wat betreft de toekomst te zullen nakomen. Dat deze betalingen in gekapitaliseerde vorm in één keer betaald zouden moeten worden volgt volgens de kantonrechter niet uit de uitvoeringsovereenkomst en het herstelplan. Wat betreft de kostenopslagen⁴² overweegt de kantonrechter dat deze kosten – zoals door partijen zelf gesteld – betrekking hebben op de uitvoering van de pensioenregeling voor het betreffende jaar. Nu er na het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst geen jaarlijkse pensioenopbouw meer plaatsvindt, brengt een redelijke uitleg van de exitbepaling volgens de kantonrechter met zich mee dat Alcatel er bij het einde van de uitvoeringsovereenkomst geen rekening mee behoeft te houden dat na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst op haar de verplichting zou blijven rusten om deze kostenopslagen te blijven betalen. Daarnaast overweegt de kantonrechter dat uit het enkele feit dat de uitvoeringsovereenkomst voor lange duur is gesloten niet zonder meer de verplichting voortvloeit om bij het einde daarvan in één keer alle toekomstige herstelbetalingen te voldoen, alsook de kostenopslagen (gebaseerd op pensioenopbouw die niet meer bij het pensioenfonds plaatsvindt). Bij gebreke van een nadere onderbouwing van het pensioenfonds kan een dergelijke verplichting dan ook niet volgen uit de aard van de uitvoeringsovereenkomst, de gewoonte, redelijkheid en billijkheid of onvoorziene omstandigheden.

Uit de Alcatel-zaak kan worden afgeleid dat voor de vraag of er na de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst nog toekomstige herstellpremies en kosten verschuldigd zijn jegens het pensioenfonds en, zo ja, of deze premies en kosten in één keer verschuldigd zijn, de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst bepalend is. Volgens de kantonrechter kan – bij gebreke van een nadere onderbouwing – een dergelijke verplichting niet worden

42 Onder kostenopslagen worden in deze procedure de volgende kosten verstaan: excassokosten, solvabiliteitsopslagen, opslag voor instandhouding van de algemene reserve, indexatiekosten, kosten voor aanpassing van het beleggingsbeleid, kosten voor de aanpassing van het risicobeleid en kosten voor de governance.

geconstrueerd op grond van een algemene wettelijke norm. Daarnaast kan wat betreft kostenopslagen uit de Alcatel-uitspraak worden afgeleid dat indien deze kosten zijn gerelateerd aan de jaarlijkse pensioenopbouw, deze kosten na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst niet langer verschuldigd zijn. Jammer is echter dat de kantonrechter zich niet expliciet uitlaat over de vraag of de werkgever – indien de uitvoeringsovereenkomst voorziet in het betalen van herstellpremies – na het beëindigen van die uitvoeringsovereenkomst nog toekomstige herstellpremies verschuldigd is. In de Alcatel-zaak waren de herstellpremies immers gemaximeerd tot een percentage van de (voorschot) doorsneepremie per jaar. Omdat de (voorschot) doorsneepremie nul bedraagt na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst, zal de eventueel verschuldigde herstellpremie na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst ook nul bedragen. De kantonrechter overweegt echter expliciet dat Alcatel heeft toegezegd haar verplichtingen, voortvloeiend uit de uitvoeringsovereenkomst ook voor wat betreft de toekomst te zullen nakomen. Het blijft dan ook de vraag of toekomstige herstellpremies na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst verschuldigd blijven indien de uitvoeringsovereenkomst (of een separate overeenkomst) deze herstellpremies heeft uitgedrukt in bijvoorbeeld expliciete bedragen dan wel als het bedrag benodigd tot verhoging van de dekkingsgraad met een bepaald percentage. Wel kan uit de Alcatel-uitspraak worden afgeleid dat indien op grond van de uitvoeringsovereenkomst (of een andere overeenkomst) blijkt dat toekomstige herstellpremies verschuldigd zijn na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst, deze herstellpremies niet in één keer gekapitaliseerd hoeven te worden, tenzij anders is overeengekomen. Dit, omdat de aard van een herstellpremie juist met zich meebrengt dat per jaar wordt beoordeeld wat de herstellpremies voor dat jaar zijn omdat het herstel van een pensioenfonds afhankelijk is van tal van factoren.

Uiteraard biedt de uitkomst van de Alcatel-zaak geen blauwdruk voor de vraag of een werkgever al dan niet jegens zijn pensioenfonds nog financiële verplichtingen heeft na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst. Het antwoord op deze vraag zal immers steeds afhangen van alle omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst en eventuele andere overeenkomsten tussen werkgever en pensioenfonds.⁴³

43 Tot slot dient bedacht te worden dat, bij gebreke aan jurisprudentie, het onduidelijk is of een werkgever – indien hij geen financiële verplichtingen meer heeft jegens het pensioenfonds na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst – niettemin nog een restverplichting heeft jegens zijn (ex-)werknemers tot nakoming van de pensioenovereenkomst. Temeer, indien de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds een bijstortingsverplichting

Daarnaast dient bedacht te worden dat er nog geen andere jurisprudentie is gepubliceerd over de financiële verplichtingen die resteren nadat een werkgever de uitvoeringsovereenkomst met zijn ondernemingspensioenfonds heeft opgezegd.⁴⁴ We zullen dan ook moeten afwachten of de lijn van Kantonnier Den Haag wordt voortgezet in toekomstige jurisprudentie.

Volledigheidshalve verwijzen wij hier nog wel naar de recente uitspraak van Rechtbank Amsterdam over het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst met een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds (PNO). In deze zaak bepaalde de uitvoeringsovereenkomst dat uittreding van de werkgever (KPN) slechts mogelijk is indien het pensioenfonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het pensioenfonds. De uitvoeringsovereenkomst tussen PNO en KPN bevatte echter een leemte over de vaststelling van het verzekeringstechnische nadeel. De rechtbank legt de uitvoeringsovereenkomst naar redelijkheid uit en oordeelt dat het bedrijfstakpensioenfonds het door hem daadwerkelijk ondervonden nadeel in rekening kan brengen bij de uittredende werkgever. Onzes inziens kan deze uitspraak niet snel worden gebruikt indien sprake is van beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met een ondernemingspensioenfonds. Een uitvoeringsovereenkomst met een ondernemingspensioenfonds zal immers niet snel een bepaling bevatten waarin expliciet is overeengekomen dat bij uittreding verzekeringstechnisch nadeel is verschuldigd, zoals het geval was in de uitvoeringsovereenkomst tussen PNO en KPN. Daarnaast is de ratio van het vergoeden van verzekeringstechnisch nadeel het behouden van de bedrijfstakbrede solidariteit. Als een werkgever uittreedt uit (of toetreedt tot) een bedrijfstakpensioenfonds, wordt de solidariteitskring doorbroken, hetgeen financieel nadeel kan opleveren voor het bedrijfstakpensioenfonds. Hiervan zal bij een ondernemingspensioenfonds niet snel sprake zijn (alleen indien er diverse werkgevers bij het ondernemingspensioenfonds zijn aangesloten).

Beëindigingsovereenkomst

Indien uit de uitvoeringsovereenkomst of een andere overeenkomst tussen de werkgever en het pensioenfonds niet duidelijk blijkt of en, zo ja, welke financiële verplichtingen voor de werkgever resteren jegens het pensioenfonds na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst, kan het raadzaam

bevatte en de (ex-)werknemers geen instemming is gevraagd ten aanzien van het wijzigen van de pensioenovereenkomst ten tijde dat de uitvoeringsovereenkomst werd opgezegd.

44 Rechtbank Amsterdam 6 januari 2013, PJ 2013/94 (KPN/PNO).

zijn indien partijen een beëindigingsovereenkomst overeenkomen. In deze overeenkomst kan dan worden overeengekomen wanneer de uitvoeringsovereenkomst tussen partijen eindigt, welke bepalingen uit de uitvoeringsovereenkomst eventueel van kracht blijven (bijvoorbeeld de bepalingen over het beheren van het pensioenvermogen door het pensioenfonds) en of en, zo ja, welke financiële verplichtingen resterend zijn voor de werkgever jegens het pensioenfonds. Met name kan hier worden gedacht aan een vergoeding voor het continueren van het administreren en beheren van pensioenverplichtingen en -vermogen en eventuele resterende herstellpremies. Dit, om eventuele toekomstige geschillen over financiële verplichtingen te voorkomen.

6 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de werkgever een uitvoeringsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd met het pensioenfonds kan opzeggen. Of de werkgever na het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst nog (financiële) verplichtingen heeft jegens het pensioenfonds, is afhankelijk van de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst en andere overeenkomsten met het pensioenfonds. Teneinde te voorkomen dat de werkgever en het pensioenfonds voor verrassingen komen te staan als de werkgever daadwerkelijk de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds opzegt, is het raadzaam om in de uitvoeringsovereenkomst duidelijke exitbepalingen op te nemen. Hierbij kan worden gedacht aan de duur van de overeenkomst, de opzegtermijn, de eventuele kosten die bij en na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst voor rekening van één van de partijen komen en eventuele resterende betalingen ingeval sprake is van een herstelplan. Ook kan worden bepaald dat partijen – indien de uitvoeringsovereenkomst daadwerkelijk wordt opgezegd – een plan van aanpak overeen zullen komen. In het plan van aanpak kunnen partijen de eventuele consultatieverplichtingen ten aanzien van (ex-)werknemers, gepensioneerden en medezeggenschapsorganen opnemen. Ook kan hierin worden opgenomen of de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten bij het pensioenfonds achterblijven of dat er een collectieve waardeoverdracht plaatsvindt naar de nieuwe pensioenuitvoerder, alsmede de eventuele gevolgen daarvan voor de betrokkenen. Het bestuur van het pensioenfonds en de werkgever zullen moeten bespreken hoe om te gaan met de reeds opgebouwde rechten. Er moet worden bekeken of er voldoende financiering is, voor nu en voor de mogelijke toekomstige administratie en hoe het wordt opgelost als deze financiering niet (meer) aanwezig blijkt.

Biedt de uitvoeringsovereenkomst en eventuele andere overeenkomsten tussen werkgever en het pensioenfonds geen duidelijkheid, dan kan het verstandig zijn om een beëindigingsovereenkomst met het pensioenfonds overeen te komen. In deze overeenkomst worden de (gevolgen van de) beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst alsmede eventuele resterende verplichtingen van partijen geregeld.

Besturing pensioenfonds na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst

Mr. Anton van Leeuwen

Advocaat bij SteensmaEven

Mr.dr. Emilie Schols

Consultant bij Schols & de Lange

Mr.drs. Patty Kuijper

Manager detachering bij Welten

1 Consequenties opzegging goed in beeld krijgen

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de positie van het pensioenfonds is indien de uitvoeringsovereenkomst wordt opgezegd en het fonds 'slapend' en zonder sponsor verder gaat. Daartoe dient de uitvoeringsovereenkomst opgezegd te worden. Huijg constateert dat het opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en een ondernemingspensioenfonds hoogst zelden gebeurt.¹ Hij meent dat 'juridische onzekerheden' ertoe leiden dat werkgevers er niet vaak voor kiezen. Huijg stelt dat hem tot nu toe slechts één uitspraak bekend is in een procedure tussen een pensioenfonds en een werkgever naar aanleiding van de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever. Dat is de Alcatel-zaak². Uit gegevens van DNB blijkt evenwel dat het aantal pensioenfondsen vanaf 1997 behoorlijk is verminderd.³ Deze cijfers lijken te impliceren dat er toch de nodige uitvoeringsovereenkomsten zullen zijn opgezegd. Kennelijk heeft dat niet tot procedures geleid.

In het vorige hoofdstuk is de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst uitvoerig aan bod geweest. Afgesloten is met de paragraaf waarin de financiële gevolgen van het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst zijn aangegeven. Voor het pensioenfonds dat na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst de uitvoering als zogenoemd 'slapend fonds' (premienvrij) voortzet, is het van belang goed in beeld te krijgen wat de gevolgen zijn van de opzegging en of er redenen zijn de opzegging aan te vechten, althans de opzegging niet zonder meer te accepteren. Afhankelijk van de bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst dient bezien te worden of er voldoende grond is om op te zeggen, of de in acht genomen opzeggingstermijn redelijk is en of er al of niet aanleiding is voor financiële compensatie en/of aanvullende schadevergoeding. Het pensioenfonds dient in dat verband de in art. 105, lid 2, PW neergelegde norm in acht te nemen. Op grond van dit artikel is het pensioenfonds verplicht op evenwichtige wijze rekening te houden met de belangen van alle belanghebbenden.

Als het pensioenfonds zich in rechte op het standpunt stelt dat de opzegging zonder financiële compensatie strijdig is met de tussen partijen geldende

- 1 T. Huijg, 'Opzeggen uitvoeringsovereenkomst', *IP Nederland*, december 2012, p. 30.
- 2 Rechtbank Den Haag 11 oktober 2012, inz. Alcatel, *Pf* 2012/211 met noot van Lutjens.
- 3 DNB jaarverslag 2012 / grafieken: <http://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/jaarverslag/index.jsp>.

redelijkheid en billijkheid zal het daartoe voldoende moeten stellen. Zoals in het vorige hoofdstuk al aan de orde kwam oordeelde de kantonrechter in de Alcatel-zaak, kort gezegd, dat het pensioenfonds onvoldoende had gesteld ter onderbouwing van zijn vordering ter zake van de herstelbetalingen en de toekomstige kostenopslagen. Overigens is uit het vonnis mogelijk wel af te leiden dat als de opzegging tot gevolg zou hebben dat het pensioenfonds zou bezwijken onder niet gefinancierde toekomstige kosten er aanleiding zou kunnen zijn van de werkgever te verlangen die toekomstige kosten (op contante basis?) af te rekenen bij de opzegging. In de Alcatel-zaak speelde dat volgens de kantonrechter niet, omdat door Alcatel – kennelijk onbetwist – was gesteld dat de door haar ‘(wel) betaalde kostenopslagen nu juist zijn bedoeld om het Pensioenfonds in staat te stellen om aan de tot de opzegging opgebouwde pensioenaanspraken ook in de toekomst te kunnen voldoen’. Deze formulering munt niet uit in duidelijkheid, maar wij begrijpen haar aldus dat de door de werkgever betaalde kostenopslagen steeds ook betrekking hadden op de toekomstige kosten met betrekking tot de opgebouwde pensioenaanspraken.

Overigens achten wij het bepaald niet uitgesloten dat (ex-)werknemers nog kunnen aankloppen bij de werkgever als deze het pensioenfonds, door opzegging van uitvoeringsovereenkomst, onvoldoende solvabel achterlaat. Als door die opzegging duidelijk is dat de uit de pensioenovereenkomst voortvloeiende rechten, zoals ook indexatierechten, niet kunnen worden nagekomen, zou de werknemer mogelijk met succes een vordering bij de (voormalig) werkgever kunnen indienen. Vanzelfsprekend is de vraag of een dergelijke vordering succesvol is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de formulering van de pensioenovereenkomst en de daarop voortbouwende uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement. Met name als krachtens de uitvoeringsovereenkomst op de werkgever bijstortingsverplichtingen rusten, zouden er aanknopingspunten kunnen zijn voor een dergelijke vordering. Hier zou de insolventierichtlijn in beeld kunnen komen als de werkgever in de hier bedoelde situatie in staat van insolventie verkeert.⁴

4 Zie bijvoorbeeld: HvJ 25 april 2013, zaak C-398/11.

2 De besturing van een slapend fonds

Indien de werkgever de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds heeft beëindigd, is er sprake van een slapend fonds: een fonds zonder actieve deelnemers. De werknemers van de werkgever kunnen (en zullen in veel gevallen) actieve deelnemer zijn in een (andere) pensioenregeling die is ondergebracht bij een andere pensioenuitvoerder. Voor het slapende fonds zijn deze werknemers echter inactieve deelnemers. Cruciaal – zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ‘Pensioenwet’⁵ – voor het zijn van deelnemer is het verwerven van pensioen. Het gaat er daarbij om dat het pensioen ‘groeit’ als gevolg van factoren als de ontwikkeling van het salaris en/of de dienstjaren. Indien een pensioenrecht of -aanspraak uitsluitend groeit door de toekenning van toeslagen is geen sprake meer van verwerving van pensioen. Omdat de verwerving eindigt wordt de werknemer gewezen deelnemer. Althans ten opzichte van het fonds waar de regeling was ondergebracht. De werknemer is wel actieve deelnemer aan de pensioenregeling, doch die wordt dan uitgevoerd door een andere pensioenuitvoerder.

De eisen zoals opgenomen in de Pensioenwet omtrent de besturing van een fonds maken geen onderscheid tussen een pensioenfonds met actieve deelnemers en een slapend fonds. Dat zou impliceren dat de normale regels omtrent de besturing van een pensioenfonds van toepassing zouden zijn op een slapend fonds. Dit is slechts anders indien de onderneming of de groep waaraan het pensioenfonds was verbonden heeft opgehouden te bestaan. In de wet is – in elk geval met betrekking tot de besturing – niet voorzien in de situatie dat de werkgever de uitvoeringsovereenkomst opzegt en het fonds verder de eigen boontjes laat doppen. Dat is op zijn minst een omissie. Wel is tijdens de parlementaire behandeling (kort) aandacht geweest voor een gesloten fonds. Bij een gesloten fonds is uitsluitend oog geweest voor de situatie dat de werkgever is opgehouden te bestaan. Er is geen aandacht geweest voor de situatie dat de werkgever weliswaar nog bestaat doch de uitvoeringsovereenkomst met het fonds wenst te beëindigen. Evenmin wordt in de Q&A’s van DNB ingegaan op de bestuurssamenstelling van een gesloten fonds.

5 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 164-166.

Met betrekking tot een gesloten fonds is tijdens de parlementaire behandeling van regeringszijde gemeld dat in een dergelijke situatie (als er dus geen werkgever meer is) van nature niet meer voldaan kan worden aan de regels zoals opgenomen in art. 99 PW.⁶

In feite kan ook bij een gesloten fonds (waarbij de werkgever de uitvoeringsovereenkomst heeft opgezegd) niet meer voldaan worden aan de regels zoals opgenomen in art. 99 PW. Weliswaar voldoet de werkgever nog aan de definitie van het begrip werkgever zoals opgenomen in art. 1 PW, maar hij heeft als werkgever een uitvoeringsovereenkomst gesloten met een andere pensioenuitvoerder en de banden met het fonds verbroken. Voor het fonds kwalificeert de werkgever derhalve niet als werkgever. Voorts kwalificeren de werknemers van de werkgever voor het fonds niet als werknemer. Ook hier geldt dat de werknemer voldoet aan de definitie van het begrip werknemer zoals opgenomen in art. 1 PW, maar voor het fonds is de actieve werknemer een gewezen deelnemer.

Nu de wettelijke bepalingen omtrent de bestuurssamenstelling niet lijken te gelden, ligt het voor de hand om in de statuten van een fonds op te nemen hoe de bestuurssamenstelling is indien het fonds gesloten wordt. Indien een dergelijke bepaling niet in de statuten is opgenomen, kan deze bepaling, in het zicht van een toekomstige beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst, alsnog in de statuten worden opgenomen.⁷ Daarbij kan ervoor worden gekozen om slapers en pensioengerechtigden te vertegenwoordigen in het bestuur. Zodra het wetsvoorstel 'Versterking bestuur pensioenfondsen' is aangenomen, kan ook gekozen worden voor een onafhankelijk bestuur.

De overige governance-eisen (zoals het feit dat ten minste twee personen het dagelijkse beleid dienen te bepalen) gelden met betrekking tot een gesloten fonds onverkort.

Op het moment dat de uitvoeringsovereenkomst met het fonds is beëindigd, wijzigt de bestuurssamenstelling van het gesloten fonds niet automatisch. Dit is slechts anders indien in de statuten is opgenomen dat de bestuurssamenstelling van een gesloten fonds onmiddellijk bij sluiting van het fonds dient te wijzigen. Doch ook wanneer de bestuurssamenstelling niet automatisch wijzigt, zal de vraag rijzen of en in hoeverre de werkgever nog mensen

6 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 18, p. 21.

7 In verband met het feit dat het fonds een slapend fonds wordt, is een grondige statutenwijziging sowieso noodzakelijk.

beschikbaar wil houden voor de vervulling van de bestuurszetels van (voormalig) werkgevers- of van werknemerszijde.

De personen die voor de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst werknemerszetels in het bestuur hadden, kunnen desgewenst optreden als bestuursleden namens de slapers. In de statuten dient voorts bepaald te worden op welke wijze vertegenwoordigers van slapers voor de toekomst gekozen kunnen worden voor en benoemd kunnen worden in het bestuur. Omdat slapers doorgaans niet georganiseerd zijn, kan dit een lastige zaak zijn.

Indien en voor zover pensioengerechtigden deel uitmaken van het pensioenfondsbestuur, zal het feit dat sprake is van een slapend fonds het in beginsel niet lastiger maken om vanuit die hoek kandidaten te vinden voor bestuursposten. In beginsel is het aantal pensioengerechtigden in het bestuur van een ondernemingspensioenfonds beperkt. In art. 101 PW is opgenomen dat de pensioengerechtigden ten hoogste de helft van het aantal werknemerszetels kunnen bezetten. Deze lijn wordt tevens gevolgd in het wetsvoorstel 'Versterking bestuur pensioenfondsen'. Als extra rem op de bestuursdeelname van pensioengerechtigden is in dat voorstel bovendien opgenomen dat pensioengerechtigden ten hoogste een kwart van het aantal bestuurszetels kunnen bezetten. Indien er echter geen actieve deelnemers aan werknemerszijde meer zijn, ontmoet het noch in de Pensioenwet, noch in het wetsvoorstel bezwaar dat pensioengerechtigden meer zetels bezetten.

3 Ook een 'slapend' fonds is een pensioenfonds met al zijn verplichtingen

Ook een 'slapend fonds' is gewoon een pensioenfonds met alle daarbij behorende taken, alleen de premie-inning is er niet meer bij. Naast dat er op besturings- en governanceniveau aanpassingen zijn, gaan de gewone verplichtingen van het fonds (als ware het niet-slapend) onverminderd door. Bij de financiële afwikkeling van de uitvoeringsovereenkomst zal daar rekening mee gehouden moeten worden. Het fonds moet immers voldoende armslag voor de voortzetting hebben.

Een aantal van de uitvoeringsverplichtingen die in het oog springen zoals de administratieve en communicatieverplichtingen zijn hieronder als reminder nog eens weergegeven. Let wel, het totale plaatje aan verplichtingen van een pensioenfonds (ook al is dit inmiddels 'slapend' geworden) is ruimer en wijkt in feite niet af van dat van een niet-slapend pensioenfonds.

Administratieve verplichtingen van het pensioenfonds

Elke rechtspersoon, ook een pensioenfonds, dient een deugdelijke administratie te voeren die zodanig moet worden ingericht dat ten allen tijde de rechten en verplichtingen helder zijn. Weliswaar is op grond van art. 2:360 BW Titel 9 van Boek 2 BW (jaarrekening en jaarverslag) niet van toepassing op de meeste pensioenfonds, op grond van art. 146 PW is het pensioenfonds met zetel in Nederland wel verplicht om jaarlijks een jaarrekening en jaarverslag op te stellen conform de bepalingen uit Titel 9 Boek 2 BW. Daarnaast zal het pensioenfonds jaarlijks een actuariële en bedrijfstechnische nota en staten dienen op te stellen.

Voor het voeren van een deugdelijke administratie zal het pensioenfonds alle voor de (pensioen)verplichtingen relevante gegevens (zoals overlijden, trouwen, echtscheiding, mate van arbeidsongeschiktheid, verhuizing, etc.) dienen bij te houden. Dit, om de hoogte van de pensioenuitkeringen en opgebouwde pensioenaanspraken te bepalen, die immers onderhevig zijn aan diverse gebeurtenissen (zoals overlijden, scheiding of herstel na arbeidsongeschiktheid). Veelal zal – op grond van het door het pensioenfonds opgestelde pensioenreglement – de gewezen deelnemer of gepensioneerde zelf gehouden zijn eventuele wijzigingen in zijn situatie aan het pensioenfonds door te geven en niet de werkgever.

Naast het administreren van de pensioenverplichtingen zal het pensioenfonds ook het pensioenvermogen dienen te beheren. Zo zal het pensioenfonds voor de dekking van zijn pensioenverplichtingen toereikende voorzieningen moeten vaststellen, zorgen dat deze door waarden worden gedekt alsmede dat het beschikt over een minimaal vereist eigen vermogen en een vereist eigen vermogen. Daarnaast zal het pensioenfonds een beleggingsbeleid dienen vast te stellen en de beleggingen in overeenstemming met het prudentpersonbeginsel moeten beheren.

Voorts zal het pensioenfonds maandelijks een pensioenuitkering dienen uit te keren aan de uitkeringsgerechtigden.

Informatieverplichtingen van het pensioenfonds

De PW bevat vele communicatieverplichtingen voor het pensioenfonds jegens de (gewezen) deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden. Deze communicatieverplichtingen blijven na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst van toepassing. Zo zal het pensioenfonds ten minste eens per vijf jaar de gewezen deelnemers en gewezen partners een opgave

dienen te verstrekken van de opgebouwde pensioenaanspraken en informatie over de toeslagverlening (art. 40, lid 1 en art. 42, lid 1, PW). Daarnaast zal het pensioenfonds degene die pensioengerechtigd wordt een opgave dienen te verstrekken van zijn pensioenrecht, een opgave van de opgebouwde aanspraken op nabestaandenpensioen (indien de pensioenregeling daarin voorziet) en informatie over de toeslagverlening (art. 43 PW). Vervolgens zal het pensioenfonds deze opgaven jaarlijks aan de pensioengerechtigde dienen te verstrekken (art. 44 PW). Ook blijft het pensioenfonds gehouden om op verzoek van de (gewezen) deelnemer, gewezen partner en de pensioengerechtigde informatie te overleggen, zoals het pensioenreglement of het jaarverslag van het pensioenfonds (art. 46 PW). Uiteraard blijven ook de diverse informatieverplichtingen van het pensioenfonds jegens DNB in stand na het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst.

De figuur van de overnemende partij

Mr.dr. Emilie Schols

Consultant bij Schols & de Lange

Indien een fonds overweegt over te gaan tot liquidatie komt van nature de vraag op wie de nieuwe uitvoerder moet zijn van de pensioenregeling en naar welke partij de bestaande pensioenrechten en pensioenaanspraken worden overgedragen. Doorgaans is dat één en dezelfde partij. Hiervoor is een aantal mogelijkheden.¹

Overdracht naar een verzekeraar of premiepensioeninstelling

De regeling kan ondergebracht worden bij een verzekeraar. De werkingssfeer van verzekeraars is in beginsel niet begrensd.² Dit is slechts anders indien het liquiderende fonds een gedispenseerd fonds is. In dat geval immers kan een verzekeraar niet opereren binnen het werkingsgebied van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.

Het probleem bij een overdracht naar een verzekeraar is echter dat verzekeraars, mede vanwege de strengere prudentiële eisen die aan hen gesteld worden, andere tariefgrondslagen hanteren dan het gemiddelde pensioenfonds. Mede gezien de weinig rooskleurige financiële situatie waarin pensioenfondsen zich bevinden, leidt dit ertoe dat de overdrachtswaarde die het pensioenfonds beschikbaar heeft in veel gevallen niet toereikend is voor inkoop van alle opgebouwde pensioenrechten en pensioenaanspraken bij de verzekeraar. Dan dienen de aanspraken van het pensioenfonds eerst verlaagd te worden voordat overdracht kan plaatsvinden. Voor zover de overdrachtswaarde wel toereikend is, blijven er doorgaans nauwelijks of geen middelen over om uitzicht te houden op toekomstige indexatie. Dat is met name problematisch als indexatie (zij het voorwaardelijk) wel altijd in het vooruitzicht is gesteld.

Om die redenen wordt een collectieve waardeoverdracht naar een verzekeraar niet altijd als even aantrekkelijk gezien.

De verdere uitvoering van de pensioenregeling kan ook ondergebracht worden bij een premiepensioeninstelling. Deze uitvoerder kan echter alleen premieregelingen uitvoeren. Inkoop van bestaande (definedbenefit)pensioen-

1 Elders in dit boekje wordt uitgebreid ingegaan op een collectieve waardeoverdracht in verband met liquidatie. Zie hiervoor verder ook: J.L.A.M. d'Hooge, 'Guidance DNB voor pensioenfondsen die willen liquideren', *Pensioenmagazine* 2013-2, p. 10-16; R.J.W. Sessink, 'Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds', *Pensioen & Praktijk* 2013-1, p. 23-30.

2 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 67.

rechten en -aanspraken bij een premiepensioeninstelling is derhalve niet mogelijk.

Overdracht naar een pensioenfonds

Een andere mogelijkheid is het onderbrengen van de nieuwe regeling bij een ander pensioenfonds, waarheen dan ook de waarde van de opgebouwde aanspraken wordt overgedragen. Allereerst geldt daarbij de begrenzing die wordt aangebracht door de werkingssfeer van het overnemende pensioenfonds. De werkingssfeer moet door pensioenfondsen expliciet en duidelijk omschreven zijn in de statuten.³

Voorts geldt dat thans⁴ aansluiting bij een pensioenfonds alleen mogelijk is onder zeer stringente voorwaarden. Deze domeinafbakening voor pensioenfondsen is in de wet opgenomen om oneerlijke concurrentie door pensioenfondsen in de tweede pijler te voorkomen.

Overdracht naar een ondernemingspensioenfonds

Een gewoon ondernemingspensioenfonds kan, behoudens de hieronder te bespreken mogelijkheid van een multi-opf, uitsluitend de pensioenregeling uitvoeren voor één onderneming of een groep. Het betreft dan een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. Dit impliceert dat een ondernemingspensioenfonds niet de pensioenregeling van een andere onderneming kan uitvoeren of verplichtingen van een ander pensioenfonds kan overnemen. Als enige uitzondering geldt dat een ondernemingspensioenfonds de regeling mag blijven uitvoeren van een onderneming die niet langer deel uitmaakt van de groep. Een en ander is geregeld in art. 122 PW. In het artikel wordt gesteld dat in die situatie het ondernemingspensioenfonds mag *blijven* optreden als uitvoerder. Dat wil derhalve zeggen: aansluitend aan de periode waarin men onderdeel was van de groep en deelnam aan het pensioenfonds. Het artikel laat niet toe dat de pensioenregeling wordt uitgevoerd door het pensioenfonds van de groep aansluitend aan een periode waarin de onderneming (met het liquiderende pensioenfonds) geen deel meer uitmaakte van die groep.

Ondernemingen waartussen geen enkele juridische, economische, organisatorische of feitelijke band bestaat, horen – zo blijkt uit de parlementaire

3 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 68.

4 Dit wordt anders zodra een pensioenfonds als API kan functioneren, zie hiertoe het consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling van februari 2013.

behandeling van de Pensioenwet⁵ – niet bij hetzelfde ondernemingspensioenfonds aangesloten te zijn. De werkgever kan de pensioenregeling dus niet laten uitvoeren voor een ander ondernemingspensioenfonds en het liquiderende pensioenfonds kan geen overdracht doen naar een dergelijke pensioenfonds.

Ondernemingspensioenfondsen kunnen echter besluiten te komen tot een multi-opf. Dan wordt de regeling na liquidatie uitgevoerd door het multi-opf en daarheen zal dan ook de overdrachtswaarde worden overgedragen. Van een multi-opf kan thans⁶ echter alleen sprake zijn bij een fusie van pensioenfondsen die ten minste 5 jaar bestaan. Meer omtrent de figuur van de multi-opf als nieuwe uitvoerder van de pensioenregeling, leest u in het hoofdstuk omtrent de fusie van pensioenfondsen.

Overdracht naar een bedrijfstakpensioenfonds

Voor een bedrijfstakpensioenfonds gelden eveneens strikte regels met betrekking tot de domeinafbakening. In art. 121 PW is geregeld dat een bedrijfstakpensioenfonds slechts in een beperkt aantal situaties een uitvoeringsovereenkomst kan sluiten met een werkgever die niet onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, maar die zich op vrijwillige basis wil aansluiten. Allereerst moeten de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds het mogelijk maken dat er een vrijwillige aansluiting is.

Wettelijk is de aansluiting mogelijk indien de aansluiting volgt op een periode waarin de werkgever wel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel. Deze situatie zal bij een voorgenomen liquidatie niet aan de orde zijn. Voorts is een vrijwillige aansluiting mogelijk wanneer er een groepsverhouding is tussen de werkgever die zich vrijwillig wil aansluiten en een andere werkgever die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt. Indien het liquiderende fonds verbonden is aan een onderneming die binnen een dergelijke groepsverhouding valt, zou het bedrijfstakpensioenfonds de nieuwe uitvoerder van de pensioenregeling kunnen zijn en kan er bij liquidatie overdracht plaatsvinden naar het bedrijfstakpensioenfonds.

5 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 71; Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 70.

6 Deze regeling wordt aanzienlijk opgerekt op het moment dat de mogelijkheid van de API is opgenomen in de Pensioenwet.

Afgezien van deze twee uitzonderingen is een vrijwillige aansluiting mogelijk indien de loonontwikkeling bij de werkgever (die zich wil aansluiten) ten minste gelijk is aan die in de bedrijfstak waarin het bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is en de werkgever tevens deelneemt in de sociale fondsen van dezelfde bedrijfstak.

Op basis van deze criteria moet (zo blijkt uit de parlementaire behandeling⁷) duidelijk zijn dat er een aantoonbare relatie is met de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds. Deze eis van een aantoonbare relatie is tevens terug te vinden in de Hoofdlijnen taakafbakening van de STAR.⁸ Daar wordt gesteld dat de activiteiten die door de onderneming worden uitgevoerd een aantoonbare relatie dienen te hebben met de activiteiten in de desbetreffende bedrijfstak en wel op basis van de werkingssfeer zoals te bepalen door sociale partners en neer te leggen in statuten.

In de praktijk komt het voor dat verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, op verzoek van ondernemingen, hun statutaire werkingssfeer uitbreiden (zonder een aanpassing van de verplichtstellingsbeschikking) en aldus concluderen dat de onderneming onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt, op basis waarvan een vrijwillige aansluiting mogelijk is. Daarmee wordt een (voor alle bij de overdracht betrokken partijen wenselijke geachte) collectieve overdracht bewerkstelligd.

Onduidelijk is echter hoe een en ander zich verhoudt tot de stringente regels rond domeinafbakening. De eerste vraag die daarbij opkomt is of en in hoeverre het mogelijk is – met het oog op een vrijwillige aansluiting – de statutaire werkingssfeer op te rekken. Mogelijkerwijs levert dit problemen op. Dat is de vraag. In de brief (betreffende de Algemene Pensioeninstelling) die de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 28 juni 2013 aan de Tweede Kamer zond, staat letterlijk⁹ dat een Nederlands pensioenfonds alleen regelingen mag uitvoeren voor de eigen onderneming of de sector waarvoor het pensioenfonds is opgericht. Indien dat juist is, lijkt het terloops toevoegen van sectoren hiermee wellicht niet in lijn.

7 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 72; Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 70.

8 Stichting van de Arbeid, *Hoofdlijnen voor een nadere regeling van de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars*, Den Haag 30 september 1998.

9 Op p. 2 van genoemd schrijven, alsmede Kamerstukken II, 2007-2008, 30 413, nr. 106, p. 20.

Mocht men niettemin veronderstellen dat het wel mogelijk is – met het oog op een vrijwillige aansluiting – de statutaire werkingssfeer uit te breiden, dan doet een volgend probleem op. De onderneming die op die wijze een vrijwillige aansluiting heeft weten te realiseren, zal – omdat die wettelijke verplichting nu eenmaal is opgenomen in art. 121 PW – deel gaan nemen aan de sociale fondsen die gelden in de bedrijfstak waar het bedrijfstakpensioenfonds verplicht is gesteld. Juist omdat de wettelijke criteria zijn opgenomen met als doel een aantoonbare relatie aan te tonen, is de vraag of het volstaat dat de onderneming met het oog op de aansluiting gaat deelnemen aan genoemde sociale fondsen of dat aangenomen moet worden dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de onderneming al voordien deelnam aan die fondsen. De vraag is of in het eerste geval nog wel gesproken kan worden van een aantoonbare relatie.

Overdracht naar een algemene pensioeninstelling

Indien en zodra de Pensioenwet in die zin is aangepast, dat een pensioenfonds kan optreden als algemene pensioeninstelling (API), zal de uitvoering van de pensioenregeling kunnen worden ondergebracht bij een API en kan daarheen ook overdracht plaatsvinden. Bij een API zal sprake zijn van ringfencing waardoor er compartimenten ontstaan binnen het vermogen van de API. Hiermee wordt voorkomen dat er een herverdeling zou kunnen plaatsvinden binnen de verschillende vermogens.¹⁰ Vaststaat overigens dat verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich niet kunnen omvormen tot een API en de domeinafbakening voor die fondsen derhalve blijft gelden.¹¹

Concentratietoezicht

De figuur van de overnemende partij is van belang in verband met de mededingingsregels. Op de handhaving van deze regels ziet sinds 1 januari 2013 de Autoriteit Consument en Markt toe. Voor die tijd was deze taak belegd bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). In het kader van het mededingingsrecht kwalificeert iedere organisatie die economische activiteiten verricht als een onderneming. Van pensioenfondsen is vastgesteld dat deze economische activiteiten verrichten en daarom kwalificeren als ondernemingen. In die zin oordeelde in elk geval het Europese Hof van Justitie een aantal malen met betrekking tot bedrijfstakpensioenfondsen¹²

10 Consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling, februari 2013, p. 8.

11 Brief van staatssecretaris Klijnsma d.d. 14 december 2012, betreffende Antwoorden verslag schriftelijk overleg, vraag 23 t/m 26, p. 8 en 9.

12 Zie onder meer HvJ 21 september 1999, zaken C-219/97, C-67/96 en C-115/97.

en met betrekking tot beroepspensioenfondsen¹³. Deze lijn is door de NMa doorgetrokken voor alle pensioenfondsen in de Uitvoeringsregel NMa Pensioenfondsen.¹⁴ Voor het toepassingsbereik van het concentratietoezicht¹⁵ geldt een omzet van ten minste € 30.000.000.

Voor een pensioenfonds wordt blijkens de Uitvoeringsregel de omzet van het pensioenfonds vastgesteld aan de hand van de bruto geboekte premie in het voorafgaande jaar.¹⁶ Dit impliceert dat een voorgenomen fusie (overdracht) moet worden gemeld indien de omzeldrempel wordt overschreden. De fusie (overdracht) kan geen doorgang vinden indien de Autoriteit binnen 4 weken na de melding niet heeft aangegeven dat voor de transactie een vergunning vereist is.

13 Zie onder meer HvJ 12 september 2000, zaak C-180/98).

14 In de literatuur wordt betwist of de NMa de uitspraken van het Hof ter zake van bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen zodanig had moeten interpreteren dat ook een ondernemingspensioenfonds als onderneming kwalificeert, zie B. Reuder, 'Uitvoeringsregel NMa Pensioenfondsen, zekerheid over fusietoezicht?' *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2009-5, p. 167-172. Deze zienswijze wordt terzijde geschoven in een informele zienswijze betreffende concentratietoezicht uitgebracht door de NMa op 13 september 2012 in zaak 7502.

15 Art. 29, lid 1, Mededingingswet.

16 In de informele zienswijze d.d. 13 september 2012 in zaak 7502 worden onder de premie in enig jaar tevens verstaan min of meer structurele aanvullingen.

De verantwoordelijkheden van de overnemende partij

Mr.dr. Roland de Greef

Advocaat pensioenrecht en fiscalist, werkzaam bij Houthoff Buruma

Mr. Kees-Pieter Dekker

Advocaat pensioenrecht bij Van Benthem & Keulen N.V. advocaten en notariaat

Inleiding

Dit onderdeel behandelt de verantwoordelijkheden van de pensioenuitvoerder die de pensioenverplichtingen overneemt van de latende pensioenuitvoerder. Daarbij zien wij als meest actuele onderwerpen (i) de verantwoordelijkheid van de overnemende partij ten aanzien van de onbekende deelnemer en (ii) de verantwoordelijkheid bij overdracht van pensioenverplichtingen, de vrijwaring. Wij beperken ons tot deze onderwerpen. Uiteraard liggen op dit terrein ook verantwoordelijkheden van de latende partij, maar daarvan abstraheren wij in dit onderdeel.

Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden als deelnemer

Wat zijn de rechten van een werknemer voor wat betreft zijn pensioenopbouw, als hij niet is aangemeld door zijn werkgever bij de pensioenuitvoerder, terwijl er wel een pensioenovereenkomst van kracht is?

Deze vraag houdt de gemoederen – in elk geval onder pensioenjuristen en -advocaten – al enige tijd bezig. De aanleiding daarvan moet worden gezocht in een publicatie van DNB van november 2011 in een zogenoemde Q&A op zijn website. Hierin stelt DNB zich op het standpunt dat ook de niet bij de pensioenuitvoerder als deelnemer aangemelde werknemer recht heeft op een pensioenuitkering, mede op grond van art. 5 PW (Pensioenwet)¹. In zijn nieuwsbrief van maart 2013 heeft DNB aangekondigd onderzoek te gaan doen naar de naleving van art. 5 PW bij middelgrote en kleine pensioenfondsen. Indien DNB bepalingen in het pensioenreglement of de uitvoeringsovereenkomst aantreft die de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder beperken, zal DNB dat in strijd achten met art. 5 PW en ‘passende’ maatregelen nemen.

Standpunt DNB en minister van SZW

Het standpunt van DNB dat de niet-aangemelde werknemer recht heeft op een uitkering van de pensioenuitvoerder is gestoeld op de gedachte dat i) de werkgever verplicht zou zijn op grond van de Pensioenwet om nieuwe deelnemers bij de uitvoerder aan te melden en ii) dat art. 5 PW beoogt te voorkomen dat een pensioenuitvoerder zich tegen een claim van een

1 www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp.

werknemer kan verweren met de stelling dat de werkgever (de verzekeringnemer) zijn mededelings(meldings)plicht niet is nagekomen. De minister van SZW is het eens met de lijn die DNB heeft gekozen, getuige de antwoorden op Kamervragen.²

In art. 5 PW wordt gerept over 'de verzekeringsovereenkomst' en wordt verwezen naar het verzekeringsrecht in Boek 7 BW. Ik ga ervan uit dat de uitvoeringsovereenkomst mede de verzekeringsovereenkomst omvat, zodat het in Titel 7.17 en 7.18 BW opgenomen verzekeringsrecht van toepassing is op de verzekerings- of uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder.³ Dat betekent dat de werkgever als verzekeringnemer (in de zin van het verzekeringsrecht van Boek 7 BW) kan worden aangemerkt.

Indien een werkgever een werknemer niet aanmeldt als deelnemer bij de pensioenuitvoerder kan de werknemer toch bij de pensioenuitvoerder een beroep doen op zijn pensioenrechten en -aanspraken, alsof hij wel juist en tijdig was aangemeld. De pensioenuitvoerder zou volgens DNB ook niet de mogelijkheid hebben om het contract op te zeggen of de uitkering te verminderen indien de werkgever niet voldoet aan zijn informatieplicht. De pensioenuitvoerder kan vervolgens de werkgever aansprakelijk stellen voor de geleden schade, zodat uiteindelijk het risico bij de werkgever ligt.⁴

Voor het verweesde pensioenfonds⁵, het pensioenfonds zonder sponsor, maar overigens ook voor de verzekeraar, gaat deze laatste vlieger echter niet altijd op: er is immers geen sponsor meer. Vaak zal de ex-sponsor zelfs niet meer bestaan. Dat laatste hoeft echter niet het geval te zijn. In dat geval zou er voor het pensioenfonds dus nog een mogelijkheid kunnen zijn om

2 Zie Kamerstukken II, 2011-2012, Aanhangsel van de Handelingen nrs. 1784, 2541 en 2977.

3 Zie Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 14 en onder meer E. Lutjens en S.H. Kuiper, 'Pensioenwet en privaatrecht', *NTBR* 2008/2, p. 76-93.

4 NB: Deze uitleg van de wet door DNB is bovendien ook relevant bij collectieve waardeoverdracht aan een verzekeraar bij liquidatie van het pensioenfonds. In dat geval dient volgens DNB de verzekeraar het fonds te vrijwaren van alle verplichtingen die op het fonds rusten. Soms wordt de overname van risico's evenwel beperkt tot die welke samenhangen met een bepaalde lijst van personen dan wel bepaalde informatie. De aansprakelijkheid voor niet-aangemelde deelnemers of informatie over risico's van deelnemers die door de werkgever niet volledig zijn gemeld, wordt dan niet overgenomen. Dat is volgens DNB ook in strijd met art. 5 PW en zal bij een verzoek tot collectieve waardeoverdracht dan ook niet door DNB geaccepteerd worden. Dit aspect komt verderop in dit hoofdstuk aan de orde.

5 Doorgaans tevens als 'gesloten' voor nieuwe deelnemers (en premiebetalingen) aan te merken.

de ex-sponsor aan te spreken, tenzij dat bij het uit elkaar gaan van pensioenfonds en sponsor contractueel is uitgesloten en partijen van elkaar financieel zijn gekweten.

Het feit dat deze discussie pas is ontstaan naar aanleiding van de genoemde publicatie van DNB, doet vermoeden dat verweerde pensioenfondsen zich reeds langere tijd niet hebben gerealiseerd om bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst de ex-sponsor aansprakelijk te stellen voor niet aangemelde deelnemers of daarvoor een voorziening op te nemen in de beëindigingsovereenkomst. De reden daarvoor zou natuurlijk ook kunnen liggen in de veronderstelling van het pensioenfonds dat het risico voor niet aangemelde deelnemers in elk geval niet bij hem ligt.

De vakliteratuur

Of het standpunt van DNB zoals hiervoor verwoord juridisch juist is, is niet geheel met zekerheid te zeggen. Kuypers⁶ komt tot dezelfde conclusie als DNB, maar op andere gronden dan DNB. Ook Van Kaldekerken concludeert dat de werknemer die niet is aangemeld recht heeft op een uitkering van de pensioenuitvoerder, op grond van art. 5 PW.⁷ Lutjens⁸ komt tot een andere conclusie.

Kuypers stelt kortgezegd dat de niet aangemelde werknemer de pensioenuitvoerder direct kan aanspreken omdat hij rechtstreeks partij is geworden bij de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder als gevolg van een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst ten gunste van de werknemer. De uitvoeringsovereenkomst bepaalt immers dat de pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer zal uitvoeren, ten gunste van de werknemer. Dit derdenbeding is door de werknemer aanvaard door het sluiten van de pensioenovereenkomst.

Van Kaldekerken stelt enerzijds dat reeds op grond van het aanwezig zijn van een derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst ten behoeve van de

6 A.C.M. Kuypers, 'Reactie: aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2012/4, p. 6-7.

7 G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *Pensioen & Praktijk* 2012/5.

8 E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij het niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk*, 2011/12, p. 4-5. Zie ook E. Lutjens, 'De driepartijenverhouding in de pensioenwet', *TPV* 2007/1, p. 36.

werknemer die een pensioenovereenkomst met de werkgever heeft gesloten, aanspraken worden verworven voor de werknemer/deelnemer. Dat is dus gelijklopend aan Kuypers' analyse. Anderzijds stelt hij dat nu art. 7:928 BW buiten werking wordt gesteld door art. 5 PW, rechtstreeks uit art. 5 PW volgt dat de niet-aangemelde werknemer recht heeft op een uitkering van de pensioenuitvoerder. Verder stelt hij vast dat de parlementaire geschiedenis over dit punt tegenstrijdig is, maar dat de formele wetgeving van hogere orde is dan de parlementaire geschiedenis en derhalve moet prevaleren. Punt is echter dat de formele wetgeving (art. 5 PW in deze) niet ziet op het buiten werking stellen van art. 7:928 BW.

Lutjens daarentegen stelt dat pensioenuitvoerders niet aansprakelijk zijn voor niet aangemelde deelnemers. Hij hangt zijn redenering op aan het feit dat art. 7:928 BW in art. 5 PW *niet* buiten toepassing wordt verklaard, zodat dit artikel ook bij pensioenverzekeringen relevant is.⁹ Art. 7:928 BW ziet op de precontractuele fase en beoogt zeker te stellen dat de verzekeraar alle relevante informatie ontvangt om zijn afweging te kunnen maken al dan niet over te willen gaan tot het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Weliswaar kan de in art. 7:929 BW geregelde sanctie – waar DNB zich onder meer op beroept – op het schenden van de informatieplicht van de werkgever niet worden ingeroepen als gevolg van het feit dat dit artikel in art. 5 PW buiten werking wordt gesteld, maar bij art. 7:929 BW wordt ervan uitgegaan dat de verzekering al tot stand is gekomen. Dat zal bij het ontbreken van persoonsinformatie nu juist niet het geval hoeven te zijn, aldus Lutjens.

Beschouwing

Zoals vaak het geval is, ligt de waarheid, althans naar mijn mening, in het midden. Ik ben het eens met Lutjens dat art. 7:928 BW in het geheel niet van toepassing is, aangezien i) dit artikel niet wordt uitgesloten in art. 5 PW en ii) art. 7:928 BW ziet op de precontractuele fase. Uit het feit dat in art. 5 PW de toepassing van art. 7:929 BW wel wordt uitgesloten, volgt echter een impliciete verwijzing tot het eveneens uitsluiten van art. 7:928 BW ten aanzien van pensioenverzekeringen. In art. 7:929 BW wordt immers verwezen naar art. 7:928 BW. Art. 7:928 BW is echter alleen relevant in de fase waarin de verzekeraar het contract nog niet heeft gesloten, zodat de verzekeraar op dat moment nog kan bepalen al dan niet in zee te willen gaan met de

9 De vraag is overigens of het buitensluiten van art. 7:928 BW voor pensioenverzekeringen niet toch plaatsvindt via het vierde lid van art. 5 PW.

werkgever-aspirant verzekeringnemer. Is de uitvoeringsovereenkomst eenmaal gesloten, dan is de pensioenuitvoerder op grond van het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst op contractuele basis gebonden aan het verzekeren van alle werknemers in dienst van de werkgever. De werknemers die in dienst waren van de werkgever op het moment van sluiten van de uitvoeringsovereenkomst zullen derhalve verzekerd zijn van het opbouwen van pensioenaanspraken onder de uitvoeringsovereenkomst, ook al zijn zij niet aangemeld.

De uitvoeringsovereenkomst bepaalt dat de pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer zal uitvoeren, ten gunste van de werknemer. Dit derdenbeding is door de werknemer aanvaard door het sluiten van de pensioenovereenkomst. Dat brengt met zich dat ook de werknemer die eerst na het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder in dienst treedt van de werkgever, in beginsel pensioenaanspraken zal gaan opbouwen, niet slechts jegens diens werkgever, maar ook jegens de pensioenuitvoerder.

Het verbintenisrechtelijke karakter in de postcontractuele fase en het ontbreken van een dwingendrechtelijk kader in deze, betekent echter ook dat het de pensioenuitvoerder vrij staat om in de uitvoeringsovereenkomst een bepaling op te nemen die als voorwaarde stelt dat slechts die werknemers die nadien in dienst treden zullen worden toegelaten tot het contract, die zijn aangemeld. Als de werknemers daarvan op de hoogte zijn gebracht, bijvoorbeeld door deze voorwaarde in de pensioenovereenkomst op te nemen of in het pensioenreglement te verwijzen naar de uitvoeringsovereenkomst waarin de voorwaarde tot aanmelding is opgenomen, bouwt de werknemer die niet is aangemeld geen aanspraken op. Wel kan de niet aangemelde werknemer mijns inziens de werkgever aanspreken indien het aan de werkgever te wijten is dat de werknemer niet of niet tijdig is aangemeld bij de pensioenuitvoerder.

Indien de werknemer redelijkerwijze niet op de hoogte kan zijn van de voorwaarde in de uitvoeringsovereenkomst – bijvoorbeeld omdat hiermee geen verband wordt gelegd in de pensioenovereenkomst – die niet aangemelde werknemers uitsluit, ligt het naar mijn mening anders. De werknemer is dan op grond van het derdenbeding wel deelnemer in de pensioenregeling geworden. 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.

Het nut van vrijwaringen bij het verweesde pensioenfonds

In de vorige paragraaf is uitgebreid stilgestaan bij het standpunt van DNB dat een collectieve waardeoverdracht niet beperkt is tot de bekende aanspraken en rechten, maar zich mede uitstrekt tot de pensioenaanspraken en pensioenrechten van de onbekende deelnemer. Basis daarvoor is het pensioenreglement op grond waarvan een deelnemer zijn aanspraken ontleent,¹⁰ ook al is de deelnemer nooit in de administratie van het pensioenfonds opgenomen.

Deze opvatting wordt door DNB doorgetrokken in de behandeling van een collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van pensioenfonds. Uit het Open Boek Toezicht volgt dat DNB eist dat bij een collectieve waardeoverdracht in geval van liquidatie van een pensioenfonds ex. art. 84 PW, de overnemende pensioenuitvoerder het te liquideren pensioenfonds dient te vrijwaren van mogelijke claims van onbekende deelnemers. Hierbij gaat DNB er kennelijk vanuit dat een onbekende deelnemer die meent een vordering te hebben ter zake van niet toegekende aanspraken of rechten zich altijd tot het pensioenfonds in liquidatie zal richten en niet tot zijn (ex-) werkgever of de overnemende pensioenuitvoerder.

De opvatting van DNB kan verklaard worden uit het feit dat DNB bij de uitoefening van het op haar rustende toezicht de belangen van de deelnemer (bekend en onbekend) centraal stelt. Maar hoe verdedigbaar dit standpunt ook is, door het stellen van de 'vrijwaringseis' werpt DNB een het liquidatieproces onnodig belemmerende drempel op.

Vrijwaring¹¹

Alvorens het belemmerende effect van deze eis te bespreken, en alternatieven te benoemen, is het van belang om wat meer aandacht te besteden aan de 'vrijwaring'. Een vrijwaring is een contractuele afspraak tussen twee partijen (de *vrijwarende partij* en de *gevrijwaarde partij*) waarbij de vrijwarende partij

10 HR 3 februari 2012, nr. 10/02648, LJN: BT8462.

11 M.J.E. van den Bergh en P.P.J. Jongen, 'Garanties of vrijwaringen; that's the question', *Contracteren* juni 2011, 2. Dit artikel beschrijft weliswaar de rol van garanties en vrijwaringen in koopovereenkomsten, maar de algemene beschrijving van 'vrijwaring' als begrip geldt ook in de overeenkomst tot collectieve waardeoverdracht.

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 derhalve niet zelf te dragen. Of de vrijwariende partij de schade zelf ook weer kan verhalen op een andere partij, bijvoorbeeld de werkgever, is niet relevant voor de beantwoording van de vraag of de vrijwariende partij aan zijn verplichtingen uit hoofde van de vrijwaring moet voldoen.

Het belangrijkste kenmerk van een vrijwaring is dat de schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor de vrijwaring wordt verleend duidelijk omschreven moet zijn. Dit in tegenstelling tot een garantie die algemener van strekking is. Toegepast op de voorwaarden van DNB, zal in de vrijwaring opgenomen moeten worden dat deze dient voor alle vorderingen van de onbekende deelnemers. Zou namelijk de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zijn opgenomen in de vrijwaring dan moet eerst worden vastgesteld of de schadeveroorzakende gebeurtenis wel onder de reikwijdte van de vrijwaring valt. Door in de vrijwaring de schadeveroorzakende gebeurtenis te beschrijven worden discussies ter zake voorkomen. Een vrijwaring zou als volgt kunnen luiden:

‘Pensioenuitvoerder X vrijwaart Pensioenfonds Y tegen alle schade, verliezen en kosten, die Pensioenfonds Y lijdt respectievelijk moet maken als gevolg van de omstandigheid dat Pensioenfonds Y pensioenaanspraken of pensioenrechten dient toe te kennen aan een natuurlijk persoon die stelt deelnemer te zijn geweest in de pensioenregeling waarvan de uitvoering door Pensioenuitvoerder X is overgenomen van Pensioenfonds Y, welke natuurlijke persoon niet is opgenomen in de deelnemersadministratie die Pensioenfonds Y aan Pensioenuitvoerder X heeft overgedragen en wiens beweerdelijke pensioenaanspraken of pensioenrechten onherroepelijk zijn komen vast te staan.’

Maar kan het pensioenfonds in liquidatie zich zonder meer beroepen op de vrijwaring als het geconfronteerd wordt met een vordering van een onbekende deelnemer? Naar mijn mening dient de vrijwaring als sluitstuk van een proces dat begint met de (zorg)plicht van het pensioenfonds in liquidatie om eerst te verifiëren of de vordering wel een terechte vordering is en, indien nodig, de onbekende deelnemer te verwijzen naar diens (ex-)werkgever ten einde te proberen de schade die deze onbekende deelnemer heeft geleden te verhalen op de (ex-)werkgever. Mocht uiteindelijk blijken dat de vordering van de onbekende deelnemer onherroepelijk vaststaat en dat verhaal van de schade (de kosten die gemoeid zijn met het inkopen van de aanspraken) op de (ex-)werkgever niet (meer) mogelijk is, dan zal het pen-

sioenfonds in liquidatie een beroep kunnen doen op de vrijwaring om aldus de vordering van de onbekende deelnemer te honoreren. De door DNB voorgestelde wijze werkt daarbij als volgt uit. De overnemende pensioenuitvoerder zal het pensioenfonds in liquidatie de middelen moeten verschaffen voor inkoop van de toegekende aanspraken. Vervolgens moet het pensioenfonds in liquidatie dit bedrag overdragen aan de overnemende pensioenuitvoerder die de verplichtingen op zich neemt en daarmee het pensioenfonds in liquidatie ontslaat van de verplichtingen. In de praktijk kan worden volstaan met een mededeling dat de aan de onbekende deelnemer toegekende aanspraken door de overnemende pensioenuitvoerder worden erkend en uitgevoerd.

De door DNB voorgestelde wijze betekent wel dat de kosten van het toekennen van de aanspraken aan de onbekende deelnemer voor rekening van de overnemende pensioenuitvoerder komen die vervolgens moet onderzoeken of deze kosten weer verhaald kunnen worden op de (ex-)werkgever.

De belemmerende werking van de vrijwaringseis

De vrijwaringseis die DNB stelt heeft tot gevolg dat het liquidatieproces een onbepaalde tijd duurt, alsmede dat de overnemende pensioenuitvoerder voor onbepaalde tijd een vrijwaring moet geven. In een liquidatieproces is het verzoek aan de bevoegde rechter om de rechtspersoon te liquideren het sluitstuk. De verplichtingen en de middelen van het pensioenfonds in liquidatie zijn dan al overgedragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder, waardoor een rechtspersoon zonder middelen en zonder verplichtingen resteert. Door beide pensioenuitvoerders te verplichten om voor onbepaalde tijd een vrijwaring af te geven respectievelijk om het liquidatieproces onbepaalde tijd te laten duren, kent de vrijwaringseis een mate van overkill.

De belangrijkste vraag die zowel DNB als beide pensioenuitvoerders zich moeten stellen is hoe groot de kans is dat een onbekende deelnemer zich meldt met een vordering tot toekenning van pensioenaanspraken. Naar mijn mening is deze kans klein waardoor de verplichting om voor onbepaalde tijd een vrijwaring te geven te belastend is voor het gehele liquidatieproces. Deze constatering duidt overigens op het belang van een grondig onderzoek ('due diligence'), eventueel aangevuld met steekproeven in de deelnemersadministratie teneinde de risico's – voor alle partijen – zo klein mogelijk te houden.

Alternatieven

Met de verplichting voor de overnemende pensioenuitvoerder om het pensioenfonds in liquidatie te vrijwaren voor de gevolgen van het toekennen van aanspraken aan een onbekende deelnemer wordt beoogd deze onbekende deelnemer te beschermen en ervoor te zorgen dat deze onbekende deelnemer zijn aanspraken te gelde kan maken. Dit is een goed uitgangspunt, maar of het daarvoor noodzakelijk is dat het liquidatieproces onbepaalde tijd moet duren en dat de overnemende pensioenuitvoerder een levenslange vrijwaring moet geven valt te betwijfelen.

Hoewel in de literatuur wordt betoogd dat de onbekende deelnemer de pensioenuitvoerder rechtstreeks kan aanspreken uit hoofde van het pensioenreglement, laat dit onverlet dat de onbekende deelnemer ook zijn (ex-)werkgever of diens rechtsopvolgers kan aanspreken. Dat is een voor de hand liggende benadering omdat de onbekende deelnemer zich jegens diens (ex-)werkgever of diens rechtsopvolgers op het standpunt kan stellen dat de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst niet is nagekomen en derhalve de schade die deze onbekende deelnemer heeft geleden moet vergoeden.

Een andere mogelijkheid die de onbekende deelnemer heeft is het indienen van een verzoek tot heropening van de liquidatie. Bij een verzoek tot heropening van de liquidatie wordt slechts marginaal getoetst of de onbekende deelnemer een vordering heeft en hoeft de vordering nog niet te worden gesubstantieerd. Opgemerkt wordt dat dit wel een langdurige procedure kan (gaat?) worden.

De kleine kans dat een onbekende deelnemer alsnog aanspraak maakt op pensioenaanspraken of pensioenrechten kan voor DNB ook aanleiding zijn om van de onder toezicht staande instellingen te eisen dat zij een specifieke voorziening aanhouden die deze aanspraken dekt.

Conclusie

De verplichting voor een overnemende pensioenuitvoerder om het pensioenfonds in liquidatie te vrijwaren tegen vorderingen van onbekende deelnemers is een te verstrekkende maatregel die geen rekening houdt met de kleine kans dat een onbekende deelnemer zich meldt. Het pensioenfonds in liquidatie doet er bovendien goed aan om de vordering van de onbekende deelnemer eerst te verifiëren voordat tot toekenning wordt overgegaan en een

beroep wordt gedaan op de vrijwaring die de overnemende pensioenuitvoerder moet afgeven.

Collectieve waardeoverdracht en het bereik van artikel 84 Pensioenwet

Mr. Jorn de Bruin

Advocaat bij Van Doorne NV

Mr. Friso Foppes

Advocaat bij Van Doorne NV

Mr. Sijbren Kuiper

Adviseur bij Van Doorne NV en verbonden aan de Universiteit van Amsterdam

1 Inleiding

Voor inwerkingtreding van de Pensioenwet was het niet ongebruikelijk dat een overeenkomst tot collectieve waardeoverdracht slechts een pagina of twee à drie besloeg. Veelal betrof het een twee-partijenovereenkomst tussen twee pensioenuitvoerders waarbij de ene pensioenuitvoerder de rechten en verplichtingen overdroeg aan de andere pensioenuitvoerder. De omvang van de verplichtingen was dan het voornaamste onderwerp dat in de overeenkomst werd vastgelegd.

Een dergelijke korte overeenkomst lijkt nu nauwelijks meer denkbaar. Gelet op de forse financiële belangen die worden overgedragen, is het in het huidige tijdperk vanzelfsprekend dat partijen meer tijd besteden aan een overeenkomst tot collectieve waardeoverdracht. Bovendien is tegenwoordig de sponsor van de overdragende pensioenuitvoerder ook vaak partij bij de overeenkomst. Ook kan het voorkomen dat er meerdere overeenkomsten worden gesloten. Een uitwerking is bijvoorbeeld een tripartite-overeenkomst tussen de twee pensioenuitvoerders en de betrokken werkgever, en een tweepartijenovereenkomst tussen de twee pensioenuitvoerders, die de daadwerkelijke waardeoverdracht bevat.

Vaststaat dat de afgelopen jaren de vastlegging van de collectieve waardeoverdracht fors is uitgebreid. Daarbij heeft ongetwijfeld meegespeeld de meer uitgebreide regulering van collectieve waardeoverdracht door de komst van de Pensioenwet en de grotere rol die de toezichthouder is gaan spelen bij het proces van collectieve waardeoverdracht. Het onderwerp collectieve waardeoverdracht staat dus in de belangstelling. Niet in de laatste plaats omdat het instrument van de waardeoverdracht een hoofdrol zal spelen bij de overgang naar het nieuwe reële pensioencontract.

Wat ons betreft zijn verschillende aspecten van een collectieve waardeoverdracht – waaronder vrij essentiële – echter nog niet uitgekristalliseerd. In deze bijdrage geven wij onze visie op enkele van deze aspecten. Daarbij beginnen wij met een praktische en een juridische duiding van het begrip collectieve waardeoverdracht om vervolgens in te gaan op de verschillen tussen collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (art. 83 PW) en collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van de pensioenuitvoerder (art. 84 PW), met name in relatie tot – wat wij nu maar noemen – het aantastingsverbod van art. 20 PW.

2 **Waardeoverdracht en collectieve waardeoverdracht volgens de Pensioenwet**

De Pensioenwet reguleert waardeoverdracht en benoemt vele varianten. Waar de Pensioenwet 26 artikelen wijdt aan waardeoverdracht, bevatten slechts drie artikelen bepalingen over *collectieve* waardeoverdracht. Deze artikelen betreffen collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever (art. 83 PW), bij liquidatie van de pensioenuitvoerder (art. 84 PW) en naar een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of verzekeraar met zetel buiten Nederland (art. 90 PW). Wij richten ons hierna op collectieve waardeoverdracht binnen Nederland (al hebben veel van de hierna te bespreken kwesties ook voor internationale waardeoverdrachten relevantie).

De Pensioenwet definieert waardeoverdracht als volgt:

‘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; of (2) dezelfde pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder.’

Wat een waardeoverdracht een ‘collectieve waardeoverdracht’ maakt, benoemt de Pensioenwet niet. Wel is duidelijk dat het initiatief tot een dergelijke waardeoverdracht bij de werkgever kan liggen (art. 83 PW). Een werkgeversinitiatief is evenwel niet steeds voorwaarde. Ook wanneer een werkgever niet langer in beeld is – bijvoorbeeld wanneer deze is gefailleerd – is collectieve waardeoverdracht denkbaar. Als de pensioenuitvoerder besluit tot liquidatie, is er zelfs sprake van een wettelijke verplichting tot collectieve waardeoverdracht (art. 84 PW).

De Pensioenwet voorziet er niet in dat het initiatief tot een collectieve waardeoverdracht bij (een collectief van) begunstigden voor het pensioen kan liggen. Dat de waarde van ten behoeve van meer dan één begunstigde opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt overgedragen aan één andere pensioenuitvoerder, lijkt afdoende om een waardeoverdracht als collectieve waardeoverdracht aan te merken. Tijdens de behandeling van de Pensioenwet schetste de toenmalige minister van Sociale Zaken en

Werkgelegenheid (SZW) De Geus collectieve waardeoverdracht dan ook treffend als ‘een gezamenlijk vertrek bij de pensioenuitvoerder’.¹

Ook onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet bestond de rechtsfiguur van waardeoverdracht.² Voor zover het een collectieve waardeoverdracht betrof, bevatte art. 32ba PSW de relevante regels. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de Pensioenwetgever koos voor het uit elkaar trekken van de PSW-bepalingen om (i) de wet beter leesbaar te maken, (ii) de normstelling explicieter te vervatten in de wet zelf in plaats van deze over te laten aan de toezichthouder, en (iii) een aantal beleidsmatige wijzigingen en toevoegingen op te kunnen nemen.³ Een voorbeeld van dit laatste motief is de introductie van een separaat artikel voor de hieronder te bespreken *verplichting* van een pensioenuitvoerder om in geval van liquidatie over te gaan tot collectieve waardeoverdracht.

3 **Verzoek van de werkgever tot collectieve waardeoverdracht**

Collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever komt in theorie in drie verschillende smaken:

- Een interne collectieve waardeoverdracht. De pensioenuitvoerder verandert niet, slechts de pensioenaanspraken en -rechten worden gewijzigd.
- Een externe collectieve waardeoverdracht, waarbij de pensioenaanspraken en -rechten niet wijzigen. Om later te bespreken redenen komt deze vorm van externe collectieve waardeoverdracht maar weinig voor.
- Een externe collectieve waardeoverdracht, waarbij ook de pensioenaanspraken en -rechten wijzigen.

Art. 83 PW stelt kort gezegd de volgende voorwaarden voor het overdragen van de waarde:

- De werkgever dient het initiatief te nemen en te verzoeken om de collectieve waardeoverdracht. Daarmee is de wettelijke rol van de werkgever ook direct uitgespeeld.

1 Handelingen EK, 2006-2007, 497, p. 12-511.

2 Zie art. 32a, 32b en 32ba PSW.

3 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 47-48.

- Er dient sprake te zijn van ofwel beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst, een overgang van onderneming, of een wijziging van de pensioenovereenkomst.⁴
- Er dient voldaan te zijn aan de eisen van collectieve actuariële gelijkwaardigheid.⁵
- Het voornemen tot de collectieve waardeoverdracht dient uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van overdracht te zijn gemeld aan de toezichthouder en deze heeft geen verbod opgelegd.⁶
- Maar bovenal: de begunstigen mogen geen bezwaar hebben gemaakt tegen de beoogde collectieve waardeoverdracht.⁷

Met name die laatste voorwaarde is van belang. Immers, als de populatie maar groot genoeg is, is er vrijwel altijd wel een begunstigde die bezwaar maakt. Het gevolg van het bezwaar is dat de pensioenaanspraken en -rechten van de bezwaarmaker niet mogen worden overgedragen.⁸ Dat laat onverlet dat de pensioenuitvoerder de overige aanspraken wel mag overdragen. Uitsluitend de pensioenaanspraken en -rechten van de bezwaarmaker(s) blijven dus achter.

In de praktijk wordt deze voorwaarde als problematisch ervaren. Zodanig problematisch zelfs dat belangenorganisaties binnen het pensioenlandschap de minister van SZW hebben verzocht om deze voorwaarde te schrappen.⁹ De bezwaarmogelijkheid zou anders zo maar een onneembare hobbel kunnen blijken te zijn voor het geslaagd invaren van pensioenaanspraken en -rechten. Goed verdedigbaar is dat ook invaren kwalificeert als een interne collectieve waardeoverdracht. En partijen die invaren als onwenselijk beschouwen zijn er inmiddels meer dan voldoende. De minister van SZW

4 Vgl. art. 83, lid 1, PW. Onder overgang van onderneming wordt in dit verband niet alleen een bedrijfsfusie verstaan, maar ook een overgang van een onderneming als gevolg van een juridische fusie of een juridische splitsing, vgl. art. 7:662 BW.

5 Vgl. art. 83, lid 2, onderdeel b, PW.

6 Vgl. art. 83, lid 2, onderdeel c, PW.

7 Vgl. art. 83, lid 2, onderdeel a, PW.

8 Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet werd daarover opgemerkt: 'Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de weigering van één of enkele deelnemers niet de hele overdracht kan blokkeren, maar uitsluitend de waardeoverdracht met betrekking tot hun pensioenaanspraken of -rechten.' (Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 235-236).

9 Vgl. bijvoorbeeld het 'Uitvoeringsmemorandum Pensioenakkoord' d.d. 9 juni 2011 van de Stichting van de Arbeid of meer recent het Sociaal Akkoord 2013: 'Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020'.

heeft voorgesteld voor de specifieke situatie van invaren de bezwaarmogelijkheid van art. 83 PW te laten vervallen.¹⁰

Het laten vervallen van deze bezwaarmogelijkheid gaat ver en is volgens sommigen ook niet nodig. Zo meent Lutjens dat collectieve overeenkomsten over waardeoverdracht onder het thans geldende recht mogelijk zijn.¹¹ Dat is juist, maar daaruit volgt niet dat sociale partners in het geval van een dergelijke collectieve overeenkomst een doorslaggevende rol toekomt. Individuen kunnen hun recht om (geen) bezwaar te maken, laten uitoefenen door anderen, bijvoorbeeld een werknemers- of werkgeversvereniging.¹² Voorts is wellicht ook te verdedigen dat sociale partners in een voor het individu bindende overeenkomst bepalen hoe het *bezwaarrecht* van art. 83 PW wordt uitgeoefend. Echter, een dergelijke overeenkomst bindt partijen. Het recht op bezwaar is daarmee niet volledig prijsgegeven. Het vertrouwen dat een derde, zoals een pensioenuitvoerder, aan de bevoegdheid van sociale partners mag ontleenen, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.¹³ Wanneer bijvoorbeeld van meet af aan duidelijk is dat deelnemers of gewezen deelnemers niet positief staan tegenover collectieve waardeoverdracht, dan legt een bevoegdheid van sociale partners weinig gewicht in de schaal.

Een tweede problematisch aspect van art. 83 PW in het kader van invaren is de vraag hoe om te gaan met het vereiste dat de werkgever een verzoek tot collectieve waardeoverdracht dient te doen. In geval van een bedrijfstakpensioenfonds brengt dit mogelijkserwijs met zich dat alle werkgevers in een bedrijfstak het bedrijfstakpensioenfonds een verzoek dienen te doen om in te varen. Dat maakt invaren via deze weg tamelijk onuitvoerbaar. In dit kader zouden wij ons kunnen voorstellen dat een dergelijk verzoek ook

10 Rapport 'Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract', bijlage bij Kamerstukken II, 2011-2012, 32 043, nr. 113. P. 31 vermeldt: 'Om de overgang naar het reële pensioencontract soepel te laten verlopen is van belang dat voor deze specifieke situatie de thans geldende individuele bezwaarmogelijkheid voor de deelnemer wordt geschrapt. (...) Om het collectief invaren goed te laten verlopen zal de individuele mogelijkheid om waardeoverdracht te blokkeren voor de overgang van het bestaande naar het nieuwe reële pensioencontract moeten worden geschrapt.' Art. 83 PW zal daarvoor moeten worden aangepast.

11 E. Lutjens, 'Opties voor invaren', *TPV* 2013/14.

12 Er zijn evenwel de nodige voorbehouden te maken ten aanzien van ex-werknemers en ongebonden werknemers.

13 Art. 3:36 BW.

van sociale partners afkomstig kan zijn. Ook dat vergt dan wel aanpassing van art. 83 PW.

Meer recent speelde de discussie omtrent het omzetten van pensioenaanspraken met ingangsdatum 65 jaar naar pensioenaanspraken met als ingangsdatum 67 jaar. Ook dat kwalificeert als een interne collectieve waardeoverdracht. En ook in dit geval vreesden pensioenuitvoerders mogelijke bezwaarmakers.¹⁴ Staatssecretaris Klijnsma schreef in haar brief van 17 januari 2013 daarover het volgende aan de Eerste Kamer:

‘Bij het collectief actuariel herrekenen van aanspraken naar een hogere pensioenrichtleeftijd (67 jaar) wordt de omvang van de pensioenuitkering vanaf die nieuwe pensioenleeftijd hoger. Er is in zoverre derhalve geen sprake van een aantasting van pensioenaanspraken. Het proces van waardeoverdracht en de instemming van individuele deelnemers, zoals dat geregeld is in de Pensioenwet, is dan ook niet aan de orde. (...) Een pensioenuitvoerder kan besluiten tot collectieve herrekening naar een hogere pensioenleeftijd. Als die herrekening actuariel neutraal plaatsvindt en het pensioenreglement erin voorziet dat betrokkene de pensioeningsdatum individueel weer naar de oorspronkelijke pensioenleeftijd terug kan zetten, zonder dat dit op voorhand de rechten aantast, dan biedt de Pensioenwet hiervoor de ruimte.’¹⁵

Opmerkelijk is dat Klijnsma aanknoopt bij ‘aantasting van pensioenaanspraken’, waarbij zij aansluiting lijkt te zoeken bij art. 20 PW. Voor de vraag of sprake is van collectieve waardeoverdracht is echter bepalend of sprake is van ‘andere pensioenaanspraken’ als bedoeld in de definitie van waardeoverdracht. Daarvan lijkt onzes inziens sprake. Maar bovendien kan wel degelijk sprake zijn van aantasting van pensioenaanspraken: de pensioenaanspraken worden immers *collectief* actuariel herrekend. Indien een begunstigde vervolgens zijn pensioen weer wenst te vervroegen naar een eerder tijdstip, wordt die aanspraak *individueel* actuariel herrekend. Hierdoor kan snijverlies optreden. Een reglementaire bepaling dat de begunstigde recht houdt op zijn pensioenaanspraken ‘oude stijl’, indien de begunstigde bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd met pensioen gaat, voorkomt snijverlies op deze

14 Vgl. inbreng voor de informatiebijeenkomst over de Wet Verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd d.d. 9 juli 2012 (www.pensioenfederatie.nl).

15 Kamerstukken I, 2012-2013, 33 290, nr. N.

specifieke datum.¹⁶ Maar wanneer de begunstigde de pensioeningangsdatum naar elk ander moment vervroegt, is hij mogelijkterwils wel minder goed af.

4 **Liquidatie van de pensioenuitvoerder en collectieve waardeoverdracht**

Collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenuitvoerder is gereguleerd door art. 84 PW. De voorganger van dat artikel was initieel opgenomen in art. 32a PSW¹⁷ en is vervolgens herplaatst naar art. 32ba, lid 2, PSW.¹⁸ De toelichting op de voorloper van art. 84 PW is summier. Wel blijkt uit de memorie van toelichting dat de wetgever met de introductie van art. 32a PSW beoogde pensioenbreuk te voorkomen.¹⁹ Slechts in de artikels-gewijze toelichting gaat de wetgever in op de nieuw gecreëerde mogelijkheid van collectieve waardeoverdracht in geval van liquidatie:

‘Het nieuwe tweede lid van artikel 32a voorziet in de situatie dat er geen sprake meer is van een onderneming, waaraan een betrokkene was of zou zijn verbonden. In die situatie is er weliswaar sprake van een vroegere arbeidsverhouding met daaraan verbonden deelneming in een pensioen-regeling, doch de desbetreffende onderneming of haar rechtsopvolger is opgehouden te bestaan. Ingeval van liquidatie van het fonds kan waarde-overdracht plaatsvinden naar een ander fonds of een verzekeraar. Gelet op het feit dat er geen sprake meer is van een toezegging omtrent pensioen kan er geen sprake zijn van rechtstreekse toepassing van PSW-bepalingen. Niettemin is het wel van belang dat een optimale PSW-bescherming wordt geboden. Daarom is in de tweede en derde zin opgenomen dat de PSW, respectievelijk artikel 2, vierde lid en de daarop gebaseerde regels van overeenkomstige toepassing zijn.’²⁰

De beschermingsgedachte die anno 1999 al ten grondslag lag aan de bedoe-lingen van de wetgever, maakte dat met de inwerkingtreding van de Pen-sioenwet art. 84 PW minder vrijblijvend geformuleerd werd: in geval van

16 Voor nu signaleren wij slechts dat de actuariële factoren elke paar jaar wijzigen. Ook dat maakt dat omrekenen lastig is, althans dit draagt bij aan het feit dat de begunstigde een ander pensioen zal ontvangen.

17 Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 592. Deze wet trad in werking per 1 januari 2000.

18 Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 625. Deze wet trad – voor zover hier relevant – in werking per 1 januari 2002.

19 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 415, nr. 3, p. 26.

20 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 415, nr. 3, p. 43.

liquidatie van de pensioenuitvoerder werd de pensioenuitvoer *verplicht* tot collectieve overdracht over te gaan.

Desalniettemin was een pensioenfonds in liquidatie ook onder de PSW gehouden tot het overdragen van waarden. Al was het maar omdat een entiteit in liquidatie wordt geacht zijn vermogen te vereffenen en pas wordt geacht opgehouden te zijn te bestaan wanneer geen enkele bekende bate meer resteert. Bovendien konden (en kunnen) de begunstigten zich verzetten tegen de vereffening van het fonds. Zouden de verplichtingen niet zijn overgedragen aan een nieuwe pensioenuitvoerder, dan lijkt het aannemelijk dat begunstigten massaal in verzet zouden komen. De Pensioen- en Verzekeringkamer, de voorganger van de huidige pensioentoezichthouder DNB, had onder de PSW de taak toezicht te houden op een collectieve waardeoverdracht in geval van liquidatie. In zoverre is de introductie van een verplichting tot collectieve waardeoverdracht in geval van liquidatie dus niet volledig nieuw, maar deels een codificatie van de reeds onder de PSW bestaande praktijk.

Voorts dienden onder de PSW de rechthebbenden in te stemmen met de collectieve waardeoverdracht, ook wanneer deze waardeoverdracht plaats vond bij liquidatie. In art. 84 PW is deze voorwaarde echter niet teruggekomen, terwijl – zoals hierboven besproken – deze voorwaarde (weliswaar in de vorm van een bezwaarrecht in plaats van een instemmingsrecht) wel deel uitmaakt van art. 83 PW. De parlementaire geschiedenis gaat niet in op de achtergrond van dit verschil. Slechts constateert de wetgever dat bij liquidatie instemming (uitdrukkelijk of stilzwijgend) niet is vereist.²¹

Het lijkt ons aannemelijk dat de wetgever door het schrappen van deze voorwaarde wilde voorkomen dat een pensioenuitvoerder niet zou kunnen liquideren als een van de begunstigten zou weigeren om in te stemmen met de collectieve waardeoverdracht. Op die manier kan een begunstigde het volledige liquidatieproces frustreren.

Doordat art. 84 PW geen bezwaarrecht voor begunstigten kent, zal een pensioenuitvoerder die uiteindelijk tot liquidatie wenst over te gaan vermoedelijk eerder geneigd zijn om een collectieve waardeoverdracht via art. 84 PW te laten verlopen dan via art. 83 PW. DNB houdt, in het kader van haar

21 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 236.

bevoegdheid om een verbod tot waardeoverdracht op te leggen alsook in het kader van haar bevoegdheid om maatregelen te treffen als door de pensioenuitvoerder de belangen van de begunstigden niet op evenwichtige wijze worden vertegenwoordigd, nauwgezet toezicht op een collectieve waardeoverdracht via art. 84 PW. Als gevolg zou zij oneigenlijk gebruik van deze wijze van collectieve waardeoverdracht via art. 84 PW kunnen sanctioneren. De kans op oneigenlijk gebruik van de collectieve waardeoverdracht via art. 84 PW is bovendien verder gereduceerd nu de wet tevens de eis stelt dat het moet gaan om een collectieve waardeoverdracht 'bij liquidatie'.

Siegman (hoofdstuk 6, Liquidatie) meent dat nu de wet slechts spreekt over 'bij liquidatie', dit ruimte biedt voor het fonds om eerst te besluiten tot collectieve waardeoverdracht (en daaraan ook uitvoering te geven) en pas daarna het besluit te nemen tot liquidatie en het zodoende wegblijft van de overschotprocedure.²² Wij hebben onze twijfels over de juistheid van deze stellingen. Immers, uit de parlementaire geschiedenis van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet blijkt dat de wetgever de bezwaarmogelijkheid slechts niet heeft opengesteld voor begunstigden indien op het moment van (het besluit tot) de collectieve waardeoverdracht, vaststaat dat de pensioenuitvoerder in liquidatie verkeert.²³ Bovendien bestaat het risico dat de begunstigden zullen stellen dat – als de pensioenuitvoerder nog niet in liquidatie is – zij dus het recht hebben om bezwaar te maken tegen de voorgenomen collectieve waardeoverdracht.

De bezwaarmogelijkheid die wordt geboden door art. 83 PW leidt in de praktijk nogal eens tot problemen. Nu art. 84 PW niet voorziet in een bezwaarmogelijkheid, lijkt het evident om in het kader van de beëindiging van een pensioenfonds de collectieve waardeoverdracht via art. 84 PW te bewerkstelligen. Wij zullen hierna nader ingaan op de reikwijdte van art. 84 (en daarbij ook art. 83 PW) om te bezien of dat ook echt zo is. Alvorens dat te doen, zullen we de figuur van de (collectieve) waardeoverdracht plaatsen binnen de kaders van het Burgerlijk Wetboek.

22 P.M. Siegman, 'Liquidatie pensioenfonds sneller en eenvoudiger via art. 84 PW', *PM* 2011/175.

23 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 655, nr. 3, p. 40.

5 **Collectieve waardeoverdracht volgens het Burgerlijk Wetboek**

In het hiernavolgende tonen wij de denkbare inbedding in het verbintenisrecht van (collectieve) waardeoverdracht. Dat heeft tot doel te verifiëren in hoeverre het verbintenisrecht zich leent voor een figuur als waardeoverdracht waarbij in het geval van liquidatie van een pensioenuitvoerder *geen* instemming van de begunstigden voor het pensioen is vereist. Dat is immers wat art. 84 PW beoogt. Het navolgende betreft collectieve waardeoverdracht waaraan een of meerdere rechtshandelingen ten grondslag liggen.²⁴

De betekenis van het verbintenisrecht hangt af van de aard en strekking van deze rechtshandelingen. Bij waardeoverdracht wordt de waarde van opgebouwde *pensioenrechten* en *pensioenaanspraken aangewend om* nieuwe pensioenrechten en -aanspraken bij een andere pensioenuitvoerder te verwerven. Een tussenstap waarbij op enig moment de begunstigde niet jegens een pensioenuitvoerder maar jegens een andere pensioenrechten of aanspraken heeft, is in strijd met de Pensioenwet.²⁵

Aangenomen mag worden dat het recht van de begunstigde op pensioenrechten en pensioenaanspraken jegens de overdragende uitvoerder na overdracht geheel (of gedeeltelijk indien slechts een deel van de rechten is overgedragen) zal komen te vervallen. Tegelijkertijd met de overdracht van waarden tussen de pensioenuitvoerders onderling, zal een verbintenis tot het doen van uitkeringen tussen begunstigde en verkrijgende uitvoerder(s) tot stand moeten komen terwijl dergelijke verbintenissen van de overdragende uitvoerder jegens de begunstigde gelijktijdig vervallen.

- 24 Wij merken op dat de Pensioenwet waardeoverdracht neutraal formuleert. Gesproken wordt over 'iedere handeling' waarmee het in de Pensioenwet benoemd gevolg van waardeoverdracht wordt bereikt. Het ontstaan van een collectieve waardeoverdracht is daarmee niet afhankelijk van de vraag of de wil van de handelende persoon of personen is gericht op het ontstaan van waardeoverdracht. De materiële daad van het aanwenden van waarden is afdoende om de in de Pensioenwet voorziene rechtsgevolgen van waardeoverdracht te doen intreden.
- 25 Wanneer een werkgever en werknemer pensioen als arbeidsvoorwaarde overeenkomen, dan noopt de Pensioenwet ertoe dat slechts jegens een pensioenuitvoerder recht op een uitkering komt te ontstaan. In andere gevallen wordt gehandeld in strijd met art. 23 PW (en ligt niet voor de hand dat ook voor deze onrechtmatige situaties is voorzien in waardeoverdracht).

Om het voorgaande te bewerkstelligen zullen ook de twee pensioenuitvoerders betrokken bij waardeoverdracht zicht tot wederzijdse prestaties verbinden. De collectieve waardeoverdrachtsovereenkomst zal bepalen dat per de datum waarop de verbintenis jegens begunstigde eindigt/begint, de corresponderende waarde voor rekening en risico van de verkrijgende uitvoerder komt (als de juridische overdracht niet al op diezelfde dag kan worden gecompleteerd). Met andere woorden, het verkrijgende fonds krijgt daarmee een vordering op het oude fonds in de boeken en beschikt daardoor over het benodigde aanvullende vermogen. Zou de economische gerechtigdheid tot de waarde op een later moment worden overgedragen dan het moment van het ontstaan van de verbintenis van de verkrijgende uitvoerder jegens de begunstigde, dan zal dat vanzelfsprekend tot toezichtvragen leiden²⁶, nu de dekkingsgraad van de verkrijgende uitvoerder als gevolg (en mogelijk significant) zal dalen.

In de kern zijn bij een waardeoverdracht dus twee zaken aan de orde. Ten eerste wordt de schuldenaar van de begunstigde voor het pensioen een ander: aanvankelijk was dit de overdragende pensioenuitvoerder en na overdracht is dit de opvolgend pensioenuitvoerder. Ten tweede gaan – althans dat is het beoogde doel – verplichtingen van het overdragende pensioenfonds jegens de begunstigde teniet vanwege de waardeoverdracht en ontstaan daarvoor in de plaats nieuwe verplichtingen van de nieuwe pensioenuitvoerder jegens de begunstigde voor het pensioen. Overigens zouden de voorwaarden waaronder pensioen tot uitkering komt, gelijk kunnen blijven (regel is dit overigens niet). In dat geval gaan verplichtingen mogelijk niet teniet, maar gaan verplichtingen van de oude pensioenuitvoerder jegens de begunstigde voor het pensioen onder gelijktijdige bevrijding van die oude pensioenuitvoerder over op de verkrijgende pensioenuitvoerder.

De vraag is nu of het voorgaande instemming vergt van de begunstigde voor het pensioen, ook bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie op grond van art. 84 PW.

De hierboven geschetste systematiek van waardeoverdracht heeft op het eerste gezicht iets weg van contractoverneming (art. 6:159 BW). Contractoverneming kan men beschrijven als een rechtshandeling waarmee een partij (de overdragende pensioenuitvoerder) bij een overeenkomst de gehele

26 Hierbij ligt het opleggen van een verbod tot collectieve waardeoverdracht in de rede.

rechtsverhouding, dus onder instandhouding van de daaruit voortvloeiende verbintenissen, doet overgaan op een derde (de verkrijgende pensioenuitvoerder) onder gelijktijdige bevrijding van de overdrager. Contractoverneming bij collectieve waardeoverdracht is niet noodzakelijkerwijs aan de orde. Het contract – de verbintenissen – van de oude pensioenuitvoerder wordt veelal niet een-op-een overgenomen door de nieuwe pensioenuitvoerder. Het is slechts de kennelijke waarde van deze verbintenissen die wordt overgedragen en deze overdracht doet nieuwe verbintenissen van de nieuwe pensioenuitvoerder jegens de begunstigde (of de werkgever) ontstaan. Hoe dan ook contractoverneming vergt medewerking van de wederpartij van de overdrager. Bij waardeoverdracht is dat de begunstigde voor het pensioen en eventueel ook de werkgever.

De hierboven geschetste systematiek van waardeoverdracht heeft ook iets weg van schuldovername (art. 6:155-158 BW). Schuldovername houdt in dat een schuld van de debiteur overgaat op de overnemer onder instandhouding van de verbintenis waaruit de schuld voortvloeit. De verkrijgende pensioenuitvoerder volgt de overdragende pensioenuitvoerder op onder bijzondere titel in de passieve zijde van de verbintenis. Uitgangspunt is dat schuldovername pas werking heeft jegens de schuldeiser, indien deze zijn toestemming geeft nadat partijen hem van de overname kennis hebben gegeven (art. 6:155 BW).

De systematiek van waardeoverdracht lijkt nog het meest weg te hebben van schuldvernieuwing (art. 6:160 BW). De verplichting van de overdragende pensioenuitvoerder houdt per het moment van de collectieve waardeoverdracht op te bestaan (gaat teniet) en per het zelfde moment verbindt de opvolgende pensioenuitvoerder zich, tegen betaling van een inkoop prijs door de overdragende pensioenuitvoerder, om een verplichting, dezelfde of een andere, jegens de begunstigde van het pensioen op zich te nemen. Een dergelijke schuldvernieuwing behelst een afstand van recht, waarvoor een overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar is vereist.

Het Burgerlijk Wetboek neemt voor met collectieve waardeoverdracht vergelijkbare rechtshandelingen, wilsovereenstemming (op welke wijze dan ook) tot uitgangspunt. Het is opmerkelijk dat juist die wilsovereenstemming

ontbreekt als benoemde voorwaarde in art. 84 PW. Tegelijkertijd moeten we constateren dat de wetgever hiervoor bewust heeft gekozen.²⁷

6 Overdrachtswaarde en afstemmen van beleggingsbeleid

In het voorgaande concentreerden wij ons op de juridische duiding van het door de begunstigden van pensioen doen verkrijgen van pensioenaanspraken en -rechten jegens de opvolgend pensioenuitvoerder in geval van een collectieve waardeoverdracht (oftewel de passiefzijde van de balans van het fonds). Een belangrijk aspect van de overeenkomst tot waardeoverdracht is tot dusverre nog onderbelicht: de opvolgend pensioenuitvoerder zal geen verplichtingen jegens de begunstigden op zich kunnen nemen als niet een corresponderende waarde (de overdrachtswaarde) aan activa door de overdragende pensioenuitvoerder wordt overgedragen (oftewel de actiefzijde van de balans van het fonds), de inkoopprijs.

Het door een fonds aangehouden actief zal doorgaans in meerderheid uit beleggingen bestaan. Het overdragen van de beleggingen zal veelal bewerkelijk zijn. Allereerst dienen partijen overeen te komen of de beleggingen contant gemaakt moeten worden (overdracht *in cash*) of dat de beleggingen zelf worden overgedragen (overdracht *in kind*). Niet zelden zal het contant maken van beleggingen resulteren in koersverlies. En bij sommige beleggingen is het überhaupt maar de vraag of de beleggingen voor het op korte termijn contant gemaakt kunnen worden. De overdragende pensioenuitvoerder heeft er dus alle belang bij om (ten behoeve van diens begunstigden) te trachten om *in kind* over te dragen. Dat zal voor de ontvangende pensioenuitvoerder slechts acceptabel zijn als de beleggingen (*in kind*) van de overdragende pensioenuitvoerder ook daadwerkelijk passen in het beleggingsbeleid van de ontvangende pensioenuitvoerder.²⁸

Het doorlopen van een collectievewaardeoverdrachtstraject vergt al snel een langere periode. Zo dient het voornemen tot een collectieve waardeover-

27 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 96. De wetgever schrijft: 'Ook bij waardeoverdracht als gevolg van liquidatie van de pensioenuitvoerder dient er collectieve waardeoverdracht plaats te vinden (artikel 76). Hierbij is geen instemming van de deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden nodig.'

28 Zo is een pensioenfonds gebonden een beleggingsbeleid te voeren in overeenstemming met de prudentpersonregel (art. 135 PW).

dracht minimaal drie maanden voor de beoogde datum van overdracht gemeld te worden aan DNB.²⁹ Daaraan vooraf gaan doorgaans (i) een periode waarin een pensioenuitvoerder zijn mogelijkheden verkent en (ii) een periode waarin onderhandeld wordt met mogelijke gegadigden. Zolang de voorwaarden nog niet bekend zijn waaronder de overdragende en verkrijgende pensioenuitvoerder bereid zijn uitvoering te geven aan de collectieve waardeoverdracht, zal DNB geen oordeel vellen over de geoorlooftheid van de collectieve waardeoverdracht. Indien DNB nog een verbod kan opleggen, mag geen uitvoering worden gegeven aan de collectieve waardeoverdracht.

Gedurende de periode dat DNB nog een verbod zou kunnen opleggen, kan het voor de betrokken pensioenuitvoerders wenselijk zijn om – gezamenlijk – al bepaalde voorbereidingen op de waardeoverdracht te treffen, bijvoorbeeld door te trachten het beleggingsbeleid zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen, zodat hun dekkingsgraden synchroon bewegen en de omvang van de inkoop van pensioenaanspraken en -rechten zo constant mogelijk blijft. Daarbij zouden de pensioenfondsen kunnen afspreken dat de collectieve waardeoverdracht alleen doorgaat wanneer het verschil tussen hun dekkingsgraden zich nog bevindt binnen een bepaalde bandbreedte.

Het ligt hierbij voor de hand dat het overdragende pensioenfonds het beleggingsbeleid gaat volgen van de ontvangende pensioenuitvoerder. Dit zou kunnen worden vastgelegd in de overeenkomst van collectieve waardeoverdracht maar ook in een separate ‘dekkingsgraadegaliseringsovereenkomst’. Uit ervaring weten we echter dat DNB bezwaren heeft tegen dergelijke afspraken, omdat het overdragende pensioenfonds in dat geval niet langer in control zou zijn³⁰ en voorts het overdragende fonds de facto reeds uitvoering geeft aan de collectieve waardeoverdracht, terwijl deze nog niet mag worden voltrokken.

29 Onder de beoogde datum van overdracht wordt verstaan de datum waarop de opvolgende pensioenuitvoerder de inkoopprijs ontvangt en de verplichtingen van de opvolgende pensioenuitvoerder jegens de begunstigden aanvangen. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijs dezelfde datum te zijn als de datum per wanneer de opvolgende pensioenuitvoerder de verplichtingen jegens de begunstigden op zich neemt. Laatste bedoelde datum, de effectieve datum van de collectieve waardeoverdracht, kan op een eerder gelegen moment liggen, ook voordat de driemaandsperiode als bedoeld in art. 83 en 84 PW is verstreken of zelfs is aangevangen.

30 Ex art. 143 PW.

Voor die bezwaren zien wij weinig grond. Immers, het is onderdeel van het beleggingsbeleid van een pensioenfonds om verplichtingen aan te gaan die gedurende langere tijd van invloed zijn op de door het fonds te behalen rendementen. Het fonds kan zich simpelweg niet zomaar op elk gegeven moment terugtrekken uit bepaalde beleggingen.

Vanzelfsprekend dient het bestuur van een fonds, alvorens het afspraken maakt over beleggingsbeleid, te beoordelen of dit valt te verenigen met de belangen van de begunstigen en of het fonds blijft voldoen aan de prudent-personregel. Ter zake van beide afwegingen heeft het bestuur van het fonds echter enige beleidsruimte. En mocht het belang van het fonds toch met zich brengen dat afgeweken moet worden van de dekkingsgraadegaliseringsovereenkomst, dan kan het ontvangende pensioenfonds dat niet voorkomen. Weliswaar zal het overdragende pensioenfonds in dat geval vermoedelijk wanprestatie plegen onder de dekkingsgraadegaliseringsovereenkomst, dat doet niet af aan zijn bevoegdheid om anders te beslissen en dus zijn beleggingsbeleid aan te passen.

7 **Instemmingsrecht waardeoverdracht en het onderscheid tussen art. 83 en 84 PW**

Hiervoor kwam al aan de orde dat de wetgever bij art. 83 PW wel en bij art. 84 PW niet wilsovereenstemming tot uitgangspunt heeft genomen.³¹ Als gezegd vermeldt de wetsgeschiedenis weinig over het hoe en waarom van deze keuze.

Verdedigbaar is dat de wetgever hiervoor gekozen heeft omdat hij ervan uitgaat dat een collectieve waardeoverdracht op grond van art. 84 PW niet ertoe zou kunnen leiden dat de pensioenaanspraken en -rechten wijzigen. De memorie van toelichting bevat een tabel, waarin is vermeld dat art. 76 (door wijzigingen vernummerd tot wat wij nu kennen als art. 84 PW) slechts van toepassing is als de pensioenovereenkomst *dezelfde* inhoud behoudt.³²

31 Het lijkt ons goed verdedigbaar dat het in art. 84 PW neergelegde uitgangspunt ten aanzien van het niet verlangen van wilsovereenstemming als een bijzondere uitwerking van de eerder beschreven algemene verbintenisrechtelijke regels moet worden gezien.

32 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 97.

	Individueel of collectief	Zelfde of andere werkgever	Zelfde of andere inhoud pensioenovereenkomst	Zelfde of andere pensioenuitvoerder	Artikel dat van toepassing is
1	Individueel	Andere werkgever	Andere inhoud	Andere uitvoerder	65 of 69
2	Individueel	Andere werkgever	Andere inhoud	Zelfde uitvoerder	65 of 69
3	Individueel	Andere werkgever	Zelfde inhoud	Andere uitvoerder	65 of 69
4	Individueel	Andere werkgever	Zelfde inhoud	Zelfde uitvoerder	Geen waardeoverdracht nodig of 65 of 69
5	Individueel	Zelfde werkgever	Andere inhoud	Andere uitvoerder	70 of 72
6	Individueel	Zelfde werkgever	Andere inhoud	Zelfde uitvoerder	70 of 72
7	Individueel	Zelfde werkgever	Zelfde inhoud	Andere uitvoerder	70 of 74
8	Individueel	Zelfde werkgever	Zelfde inhoud	Zelfde uitvoerder	73
9	Collectief	Andere werkgever	Andere inhoud	Andere uitvoerder	73
10	Collectief	Andere werkgever	Andere inhoud	Zelfde uitvoerder	73
11	Collectief	Andere werkgever	Zelfde inhoud	Andere uitvoerder	73
12	Collectief	Andere werkgever	Zelfde inhoud	Zelfde uitvoerder	Geen waardeoverdracht nodig
13	Collectief	Zelfde werkgever	Andere inhoud	Andere uitvoerder	75
14	Collectief	Zelfde werkgever	Andere inhoud	Zelfde uitvoerder	75
15	Collectief	Zelfde werkgever	Zelfde inhoud	Andere uitvoerder	75 of 76
16	Collectief	Zelfde werkgever	Zelfde inhoud	Zelfde uitvoerder	Situatie bestaat niet

In de literatuur is ook wel gesteld dat een pensioenovereenkomst bij collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenuitvoerder dezelfde inhoud dient te behouden. Zo wijst Lutjens erop dat art. 84 PW niet is uitgezonderd van het aantastingsverbod ex art. 20 PW als gevolg waarvan de pensioenaanspraken en -rechten niet mogen worden gewijzigd.³³

Een nader onderzoek van dit zogenoemde aantastingsverbod lijkt ons noodzakelijk.³⁴ Het huidige artikel luidt als volgt:

‘In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134.’

Het valt op dat drie vormen van waardeoverdracht zijn uitgezonderd van het aantastingsverbod. Het betreft alle drie vormen van waardeoverdracht, die de wilsovereenstemming van de begunstigde tot uitgangspunt hebben.

33 E. Lutjens, ‘Wijziging van de pensioenregeling’, in E. Lutjens, *Pensioenwet. Analyse en Commentaar*, Kluwer, Deventer 2013 (nog te verschijnen), par. 9.6.2.4; R.J.W. Sessink, ‘Collectieve waardeoverdracht bij de liquidatie van een pensioenfonds’, *P&P* 2013/1.

34 Art. 20 PW had geen voorganger – althans geen gecodificeerde voorganger – onder de PSW. De wetsgeschiedenis van de PSW biedt dus geen uitkomst.

De vreemde eend in de bijt is de verwijzing naar de kortingsbevoegdheid van het pensioenfonds.

Het lijkt ons aannemelijk dat toepassing van de kortingsbevoegdheid in elk geval niet leidt tot een gewijzigde pensioenovereenkomst. Het uitgangspunt is nu juist dat de kortingsbevoegdheid deel uitmaakt van de pensioenovereenkomst en dat toepassing van deze bevoegdheid dus niet een gewijzigde pensioenovereenkomst tot gevolg heeft. De toelichting van de wetgever maakt dit aspect niet duidelijker. De memorie van toelichting vermeldt:

‘Het gebod tot behoud van aanspraken laat onverlet dat een pensioenfonds in geval van nood pensioenaanspraken en -rechten mag korten. Dat is echter een recht van het pensioenfonds als uitvoerder.’³⁵

Die laatste toevoeging zou kunnen suggereren dat in de andere genoemde uitzonderingen het de werkgever is die het initiatief neemt de pensioenovereenkomst te wijzigen. In geval van art. 83 PW is dat juist. Bij art. 76 en 78 PW is het echter de juist de begunstigde zelf die het initiatief neemt.

Nog verwarrender wordt het als wij de Pensioenwetgever aan het woord laten over de genoemde waardeoverdrachtexcepties in het aantastingsverbod.

‘Tevens kan wijziging plaatsvinden bij interne waardeoverdracht (in dat laatste geval moet overigens wel actuair gelijkwaardigheid gewaarborgd worden).’³⁶

Dit is opmerkelijk te noemen nu interne waardeoverdracht slechts een van de mogelijkheden is op basis van art. 83 PW en art. 76 en 78 PW niet zien op interne waardeoverdracht.

Maar laten wij nu aannemen dat de wetgever inderdaad beoogd heeft om art. 84 PW alleen toepassing te laten vinden wanneer de pensioenaanspraken en -rechten volkomen identiek blijven. Anders gezegd: de pensioenregeling mag niet wijzigen (en daarom zou het dan mogelijk niet nodig zijn om de begunstigden de bescherming van een bezwaarrecht te bieden).

35 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 39 en p. 189.

36 Ibid.

Nu pensioenregelingen (vrijwel) nooit volkomen identiek zijn,³⁷ zou deze benadering tot gevolg hebben dat al direct bij inwerkingtreding van de Pensioenwet art. 84 PW zou zijn verworpen tot een vrijwel dode letter.

Bovendien heeft de opvatting dat een pensioenregeling bij collectieve waardeoverdracht vanwege liquidatie van een pensioenuitvoerder exact dezelfde inhoud dient te behouden, nog een tweede ingrijpend gevolg. De pensioenuitvoerder die niet langer zelfstandig wil of kan voortbestaan en daarom tot liquidatie wil overgaan, dient eerst een interne collectieve waardeoverdracht ingevolge art. 83 PW te doorlopen. Dit gevolg van de strikte interpretatie van art. 20 jo. art. 84 PW lijkt ons ongewenst en ook niet door de wetgever beoogd. Op die manier zou een enkele begunstigde van pensioen, door gebruik te maken van het bezwaarrecht, de door het fonds gewenste liquidatie onmogelijk kunnen maken.

Uit ervaring weten wij dat ook DNB art. 84 PW ruimer uitlegt. Het in het kader van een liquidatie van een pensioenfonds wijzigen van een pensioenregeling wordt door haar binnen de kaders van art. 84 PW toegestaan, mits de wijzigingen beperkt zijn en bovendien redelijkerwijs nodig zijn voor de waardeoverdracht. Dat lijkt ons een functionele (en juiste) interpretatie van de Pensioenwet, die een pensioenfonds dat niet langer zelfstandig wil of kan voortbestaan ook daadwerkelijk in staat stelt uitvoering te geven aan de verplichting die art. 84 PW bevat.

Overigens lijkt ook de minister van SZW enige terughoudendheid te betrachten ten aanzien van art. 84 PW. Toen hem in het kader van de invaardiscussie werd gevraagd of invaren via art. 84 PW tot de mogelijkheden behoorde, antwoordde hij:

‘Bij liquidatie is er op basis van artikel 84 PW sprake van een verplichte collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder en zijn

37 Desalniettemin lijkt de wetgever weinig oog te hebben voor de problemen van de uitvoeringspraktijk. Toepassing van de hoofdregel ex art. 7:663 BW leidt er ook toe dat de verkrijgende werkgever een pensioenregeling moet dupliceren. Nog een voorbeeld: de vrijstelling wegens onvoldoende beleggingsrendement (ex art. 5 Vrijstellingsbesluit) stelt als voorwaarde het repliceren van de pensioenregeling, uitgevoerd door het bedrijfstakpensioenfonds waaraan het vrijstellingsverzoek is gedaan. Ondanks dat verschillende verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds een negatieve performancetoets hebben, wordt de mogelijkheid om vrijstelling te vragen fors uitgehold door de voorwaarde van het inregelen van een volkomen identieke pensioenregeling. Voor zover ons bekend is het slechts eenmaal een werkgever gelukt om op basis van art. 5 Vrijstellingsbesluit een vrijstelling te verkrijgen.

er geen individuele blokkades mogelijk zoals bij waardeoverdracht op grond van artikel 83 PW. Wel moet worden voldaan aan de eisen omtrent collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Liquidatie en onderbrenging bij een nieuwe pensioenuitvoerder kan een wijziging van de pensioenovereenkomst met zich meebrengen. Indien dit het geval is dan gelden de algemene regels voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Het is twijfelachtig of deze sterfhuisconstructie om invaren mogelijk te maken juridisch houdbaar is, aangezien deze vorm van waardeoverdracht niet is uitgezonderd van het aantastverbod van artikel 20 PW.³⁸

In bovenstaand citaat lijkt door de minister een – zij het zeer beperkte – opening te worden geboden de pensioenovereenkomst te kunnen wijzigen in andere gevallen dan de in art. 20 PW genoemde (de juridische houdbaarheid daarvan wordt immers ook door de minister niet uitdrukkelijk uitgesloten).

Gezien het voorgaande menen wij dat een redelijke wetstoepassing in het geval van collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenuitvoerder beperkt wijziging van de pensioenovereenkomst kan toelaten. Het niet wijzigen van de regeling zou een door de wetgever ongemotiveerde breuk zijn met de staande praktijk van waardeoverdracht, liquidatie van een pensioenfonds praktisch zeer lastig maken, niet passen bij de opvattingen van toezichthouder DNB en ook niet aansluiten bij hoe de minister van SZW thans denkt over de functie van art. 84 PW. Met deze wetstoepassing moet, menen wij, wel terughoudend worden omgesprongen, gezien het wijzigingsverbod van art. 20 PW. Dit artikel moet dan ook niet gelezen worden als een betoog tot invaren via art. 84 PW.

8 Conclusies en aanbevelingen

Collectieve waardeoverdracht is naar onze waarneming – zeker de laatste jaren – een geregeld voorkomend verschijnsel. De verwachting is dat de ingezette consolidatie in de pensioensector ook nog tot vele collectieve waardeoverdrachten zal leiden. Met de inwerkingtreding van de Pensioenwet is het wettelijk instrumentarium voor collectieve waardeoverdracht zeker verbeterd. Echter, een verdere verduidelijking door de wetgever blijft wenselijk, met name ten aanzien van de reikwijdte van art. 84 PW en de noodzakelijke mogelijkheid om bij liquidatie – beperkte – wijzigingen in de pensioenregeling door te kunnen voeren. De parlementaire geschiedenis

38 Kamerstukken II, 2011-2012, 32 043, nr. 118, p. 33.

verschafft hierover geen duidelijkheid en de in de praktijk heersende opvattingen zijn verdeeld.

In het kader van het invaren van pensioenaanspraken is gepleit voor een aanpassing van art. 83 PW, waarbij het individuele bezwaarrecht voor die specifieke situatie zou moeten komen te vervallen. Het lijkt ons wenselijk dat de wetgever in het kader daarvan ook de verdere verduidelijking van art. 84 PW verschafft. Onzes inziens zou die verduidelijking moeten bestaan uit het toestaan van het aanbrengen van wijzigingen in de pensioenregeling binnen de kaders van art. 84 PW (dus zonder dat de begunstigten ter zake een bezwaarrecht toekomt of de wijzigingen anderszins afhankelijk zijn van hun wilsuïting), mits die wijzigingen beperkt van aard zijn en redelijkerwijs nodig zijn om de waardeoverdracht in liquidatie te bewerkstelligen.

Liquidatie van het pensioenfonds

Mr. Paulien Siegman

Partner bij d'Hooghe Siegman

1 **Rol en verantwoordelijkheid pensioenfondsbestuur vs. werkgever**

Pensioenfondsen zijn veelal stichtingen. Het bestuur is belast met het besturen van de stichting, zo staat in het Burgerlijk Wetboek (art. 2:291 BW). De rol van de werkgever in het bestuur is beperkt; hij, dan wel de werkgeversvereniging, wijst werkgeversvertegenwoordigers in het bestuur aan. Een werkgeverslid mag niet alleen de belangen van de werkgever vertegenwoordigen. Volgens de Pensioenwet moeten alle pensioenfondsbestuurders, dus ook die de werkgever vertegenwoordigen, zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van alle direct betrokkenen. Dus de bij het fonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden én de werkgever. Daarbij moeten de bestuurders ervoor zorgen dat zij zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

Startpunt voor de rol van de werkgever op pensioengebied is natuurlijk de pensioenovereenkomst die hij sluit met de werknemers. De ondernemingsraad heeft hier instemmingsrecht, zo blijkt uit een recente toelichting op art. 27 WOR van staatssecretaris Klijnsma¹ en uit het voorstel tot aanpassing van dit artikel in het wetsvoorstel 'Versterking bestuur pensioenfondsen'. De werkgever zal vervolgens voor de uitvoering van zijn pensioenregeling een pensioenuitvoerder moeten zoeken. Dit kan een pensioenfonds zijn. Na het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst tussen het pensioenfonds en de werkgever wordt de pensioenregeling verder uitgewerkt in het pensioenreglement, dat het pensioenfond opstelt. Volgens de staatssecretaris heeft de OR geen instemmingsrecht ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst.

Met het sluiten van de pensioenovereenkomst, de keuze voor een pensioenfonds als uitvoerder van de regeling, het vervolgens aanwijzen van werkgeversvertegenwoordigers in het bestuur en de keuze voor een lid of leden van het verantwoordingsorgaan is de rol van de werkgever grotendeels uitgespeeld. Daarnaast kan de werkgever besluiten tot wijziging van de pensioenovereenkomst.

1 Aanhangsel van de Handelingen, 2012-2013, 2122. En haar brief van 21 mei 2013 aan de Tweede Kamer. Zie ook art. IVA in Kamerstukken I, 33 182, nr. A.

Het pensioenfondsbestuur staat aan het hoofd van het pensioenfonds. Het is verantwoordelijk voor wat er binnen het fonds gebeurt, ook voor taken die zijn uitbesteed. Het fondsvermogen is eigendom van het pensioenfonds en het is het pensioenfonds dat hier over beslist, zo wordt algemeen erkend. Bij een liquidatie van het fonds neemt het bestuur derhalve het liquidatiebesluit en beslist wat er met het opgebouwde pensioen gebeurt.

Indien er geen werkgever meer betrokken is bij het pensioenfonds, hoeft dit derhalve niet tot problemen te leiden, gezien zijn veelal beperkte rol, maar dit kan wel tot een andere dynamiek en toekomstbeeld leiden. (Zie verder hoofdstuk 2.)

2 Liquidatieproces

Een pensioenfondsbestuur besluit (zelf) over het voortbestaan van het pensioenfonds en de aanwending van het pensioenvermogen in het fonds. Hiertoe kan het zich overigens gedwongen voelen door de keuze van de sponsorende werkgever om naar een andere uitvoerder te gaan. Ingeval gekozen wordt om te liquideren is er een keuze voor het volgen van de route van art. 83 of art. 84 PW. DNB meent dat dit altijd art. 84 PW moet zijn. Op de keuze tussen beide artikelen wordt ingegaan in het hoofdstuk over collectieve waardeoverdracht. (Zie hoofdstuk 5.)

Hieronder zal ik de belangrijkste stappen in het liquidatieproces kort beschrijven.

Opvallend is dat pensioenfondsen nog wel eens tot liquideren willen overgaan, zonder zich af te vragen of dat wel een oplossing is voor hun probleem. Daarom pleit ik voor het doorlopen van een voortraject. Op deze wijze stelt een bestuur vast of een liquidatie de geëigende weg is en wordt zo een beter en breder gedragen liquidatiebesluit zorgvuldig voorbereid.

2.1 *Voortraject: analyse positie pensioenfonds*

Voorafgaand aan het liquidatietraject is er veelal een zoektocht van het bestuur van het fonds naar de toekomst ervan. Wat is de huidige positie, welke ontwikkelingen worden verwacht, wat zijn de uitdagingen nu en in de toekomst. Op basis van deze analyse en discussie kan worden besloten om het fonds in de toekomst te gaan opheffen. Een tweede analyse die dan moet worden gemaakt is die naar alternatieve uitvoerders voor de opgebouwde pensioenen. Want bij opheffing van het fonds hoort een collectieve waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder.

Hierbij speelt ook de financiële positie van het pensioenfonds. Deze is immers mede bepalend voor de mogelijkheden om te gaan deelnemen in een bedrijfstakpensioenfonds, maar speelt ook bij de overgang naar een verzekeraar of een premiepensioeninstelling. Welke uitvoerders zijn er? Is er een bedrijfstakpensioenfonds waarbij kan worden aangesloten, zijn er verzekeraars die geïnteresseerd zijn in een zogenoemde buy-out, is overdracht ook mogelijk naar een premiepensioeninstelling (alleen bij beschikbarepremieregeling), etc. Om een goed beeld te krijgen zou hier al informatie moeten worden vergaard van de mogelijkheden, inclusief een grove inschatting van de voorwaarden en kosten van een overgang naar een alternatieve uitvoerder.

2.1.1 *Beleggingsportefeuille*

Een belangrijke inventarisatie is ook die van de beleggingsportefeuille van het pensioenfonds. Immers, ingeval het fonds gaat liquideren wordt de beleggingshorizon zeer kort en daar hoort een andere wijze van beleggen bij. Hierbij is onder meer van belang om duidelijk te krijgen of de beleggingen zijn over te dragen naar de nieuwe pensioenuitvoerder of dat de beleggingen moeten worden omgezet in cash. Welke risico's worden er gelopen, hoe snel kan de portefeuille worden omgezet in cash, etc. En uiteraard: hoe sterk mag de dekkingsgraad nog fluctueren vanaf het moment dat het voornemen tot liquidatie is genomen? En kan de beleggingsportefeuille daar afdoende naar worden ingericht?

2.2 *Voortraject: inventarisatie afspraken*

Nadat het idee is ontstaan om te gaan liquideren, zullen de bestaande afspraken en overeenkomsten moeten worden geïnventariseerd om duidelijk te krijgen of een liquidatie mogelijk is en, zo ja, op welke termijn. Bijvoorbeeld de afspraken met een herverzekeraar, de administrateur, de Sociale Verzekeringsbank, de vermogensbeheerder, etc., etc. Van belang zijn hierbij de voorwaarden van opzegging en de opzeggingstermijn. Hierbij dienen ook de zaken die tussen fonds en werkgever op papier staan te worden bestudeerd. Heeft de werkgever bijvoorbeeld een bijstortverplichting of is er in het kader van een herstelplan een afspraak gemaakt over extra stortingen door de werkgever? Wat gebeurt er met deze afspraken bij een opheffing van het fonds? Veelal start in dit stadium – of al eerder! – met de werkgever een onderhandelingstraject over de toekomstige collectieve waardeoverdracht. De positie van veel fondsen is immers zodanig, dat alleen met aanvullende financiering van de werkgever de pensioenen met een vorm van toekomstige inflatiebescherming kunnen worden overgedragen naar een

nieuwe uitvoerder. En dat maakt het voor het bestuur een stuk eenvoudiger om de liquidatie en collectieve waardeoverdracht zonder protesten van (oud-)deelnemers te realiseren.

2.2.1 *Wijze van besluitvorming*

Daarnaast is van belang te bestuderen hoe er precies tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht wordt besloten.

Ingevolge het BW bestuurt het bestuur het pensioenfonds en neemt het bestuur dus dergelijke besluiten, maar in de statuten kunnen specifieke bepalingen zijn opgenomen. Bijvoorbeeld over een minimaal aantal stemmen dat nodig is om tot een liquidatie te besluiten. Of dat het besluit tot liquidatie is voorbehouden aan de algemene vergadering van deelnemers (alleen actieven dus!), na een voorstel van het bestuur. Vaker zijn er goedkeuringsrechten opgenomen voor een algemene vergadering van (oud-)deelnemers. Daarnaast heeft de deelnemersraad op grond van art. 111, lid 2, onderdeel f en g, PW adviesrecht ten aanzien van de collectieve waardeoverdracht en de liquidatie van het fonds. En straks, als het wetsvoorstel ‘Governance’ doorgang vindt, hebben het belanghebbendenorgaan en de raad van toezicht zelfs wettelijke goedkeuringsrechten ten aanzien van dit besluit en het verantwoordingsorgaan een adviesrecht.²

Wat betreft het geven van besluitvormingsrechten aan (bijvoorbeeld) de vergadering van deelnemers lijkt dit mogelijk op grond van art. 2:19 en 291 BW. In art. 2:19 BW is opgenomen dat een stichting wordt ontbonden door een besluit van het bestuur tenzij in de statuten anders is voorzien. Tevens is in art. 2:291 BW opgenomen dat het bestuur belast is met het besturen van de stichting ‘behoudens beperkingen volgens de statuten’. De vraag is hoe dergelijke goedkeuringsbevoegdheden zich verhouden tot art. 108 PW, waarin staat dat elke bepaling die een instemmingsrecht inhoudt van een partij die geen orgaan is van het pensioenfonds inzake een (voorgenomen) besluit van het pensioenfonds, nietig is. Een vergadering van deelnemers kan waarschijnlijk worden gezien als een orgaan van het fonds als dit in de statuten zo is geregeld.³ Dit geldt niet voor een werkgever. Die mag in ieder geval geen instemmingsrecht ten aanzien van het liquidatiebesluit hebben.

2 Kamerstukken I, 33 128, nr. A.

3 Zie Ondernemingskamer Hof Amsterdam 16 mei 2011, PJ 2011/92.

2.2.2 *Betrokken partijen*

De hier geschetste inventarisatie dient niet alleen het proces, maar ook de betrokken partijen te beslaan. Zij spelen immers een cruciale rol in het traject. En dan gaat het niet alleen om hun wettelijke of statutaire rechten, maar bijvoorbeeld ook hun belangen en hun mening ter zake. De drie belangrijkste te onderscheiden belanghebbenden zijn:

Werkgever

Als er nog een sponsorende organisatie betrokken is bij het fonds, kan de werkgever een rol spelen, omdat in het kader van de beëindiging c.q. opzegging van de uitvoeringsovereenkomst nadere afspraken dienen te worden gemaakt, bijvoorbeeld over (eventuele) aanvullende financiering. Daarnaast zal de werkgever, als dat niet reeds het geval was, een nieuwe pensioenuitvoerder dienen te vinden. Bovendien betreft de overdracht de pensioenen van zijn werknemers, wat ertoe kan leiden dat hij ingeval er problemen optreden ten aanzien van de pensioenregeling mede wordt aangesproken.

Deelnemers

De deelnemers zijn direct belanghebbenden en hebben soms via een algemene vergadering van deelnemers, maar in ieder geval via de deelnemersraad, inspraak in het proces tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht. Daarnaast moeten zij via (het in het governancewetsvoorstel opgenomen instemmingsrecht van) de ondernemingsraad instemmen met een door de werkgever voorgestelde intrekking van een pensioenovereenkomst, ingeval deze niet meer wordt ondergebracht bij een (bedrijfstak)pensioenfonds. Overigens bestaat er discussie over of dit instemmingsrecht de pensioen- of de uitvoeringsovereenkomst betreft die bij een verzekeraar of premiepensioeninstelling wordt ondergebracht. De OR heeft daarnaast adviesrecht op grond van de 'Aanbevelingen inzake goed pensioenfondsbestuur' ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst die wordt overeengekomen met een verzekeraar (Principe D9), hoewel er twijfels bestaan over de afdwingbaarheid van deze aanbevelingen.

Na inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfonds zal, zoals hierboven al even aangegeven, de deelnemer via het belanghebbendenorgaan een instemmingsrecht en via het verantwoordingsorgaan een

adviesrecht hebben ten aanzien van het voorgenomen liquidatiebesluit, naast het instemmingsrecht van de OR.⁴

Pensioengerechtigden

De pensioengerechtigden (en ook de slapers) zijn eveneens direct belanghebbenden en kunnen, naast deelname in het bestuur, hun invloed aanwenden via de deelnemersraad, een eventuele vereniging van gepensioneerden en als individu. Dit laatste geldt overigens ook voor de deelnemers. En als de pensioenregeling bij een verzekeraar wordt ondergebracht moet de werkgever de vertegenwoordigers van gepensioneerden in staat stellen te adviseren over de uitvoeringsovereenkomst, net zoals de OR (op grond van aanbeveling D9) dit recht heeft.

Voor alle drie genoemde groepen geldt bovendien dat zij zitting hebben in het verantwoordingsorgaan, en uit dien hoofde DNB een oordeel over de liquidatie moeten geven. Na de aanpassing van de Pensioenwet zullen pensioengerechtigden via het belanghebbendenorgaan en het verantwoordingsorgaan medezeggenschap ten aanzien van het voorgenomen liquidatiebesluit blijven houden.⁵

2.3 *Voortraject: stakeholdersmanagement*

Na de eerste twee stappen van het voortraject te hebben doorlopen, heeft het bestuur op hoofdlijnen zicht op de toekomst van het fonds, de alternatieven met globaal de voorwaarden en kosten hieraan verbonden en het (besluitvormings)traject en de betrokken partijen om tot aanpassing te komen. In veel gevallen heeft het pensioenfondsbestuur deze twee stappen alleen doorlopen, zonder andere partijen erbij te betrekken. Via de vertegenwoordiging van de belangrijkste groepen in het bestuur is er evenwel indirecte betrokkenheid van in ieder geval (een vertegenwoordiging van) de werknemers en de werkgever en steeds vaker ook van pensioengerechtigden. Bijna altijd heeft het bestuur meerdere partijen nodig om tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht te komen. Ook als andere partijen niet een goedkeuringsrecht ter zake hebben. Een enkele keer zie ik dat alleen het bestuur beslist over de liquidatie, zonder inspraak van anderen; dit kan het geval zijn als er geen deelnemersraad bestaat en er ook geen andere organen van het fonds ingevolge de statuten bepaalde medezeggenschapsrechten

4 Kamerstukken I, 33 128, nr. A.

5 Kamerstukken I, 33 128, nr. A.

hebben gekregen. Na de komende wijziging van de Pensioenwet is dit in ieder geval niet meer mogelijk: er moet altijd een verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan zijn en dat krijgt advies- respectievelijk instemmingsrecht. Verder krijgt, indien aanwezig, ook de raad van toezicht een instemmingsrecht.

In stap 2 is zijn de betrokken partijen geïnventariseerd. In stap 3 adviseren wij om deze partijen te betrekken bij de idee dat vorm heeft gekregen om te komen tot liquidatie en waardeoverdracht. Dus nog voordat er al een formeel voornemen hiertoe bestaat, als onder punt 5 wordt besproken. Duidelijk moet zijn dat veel partijen bij het gehele traject op verschillende manieren een belang hebben. De ervaring leert dat als deze partijen in een (te) laat stadium bij het traject betrokken worden, dit geen positieve weerslag heeft op het traject. Als derde stap in dit traject, of zelfs al eerder, is het daarom raadzaam om de belangrijkste partijen mee te nemen in het denken besluitvormingsproces.

Er zijn besturen die het gehele proces tezamen met de deelnemersraad doorlopen en via periodieke vergaderingen het verantwoordingsorgaan op de hoogte houden, waarbij de (gepensioneerden in de) deelnemersraad in direct contact staat met de vereniging van gepensioneerden. Dit blijkt in veel gevallen het meest effectief te zijn.

Gedurende het gehele proces blijft daarom stakeholdersmanagement en communicatie zeer belangrijk. Dit is nog eens extra het geval indien bepaalde groepen instemmingsrechten hebben. Ze moeten dan niet alleen geïnformeerd worden over het gehele proces, maar dit ook kunnen begrijpen. Anders zijn zij immers niet in staat om te kunnen besluiten. De komende wijziging van de Pensioenwet ten aanzien van de toenemende invloed van betrokken partijen heeft derhalve ook gevolgen voor het stakeholdersmanagement.

2.4 *Voortraject: selecteren uitvoerder*

In de eerste stap is globaal een indruk gekregen van de mogelijke partijen waaraan het pensioenkapitaal kan worden overgedragen. Alvorens een concreet voornemen tot liquidatie formeel kan bestaan, zal er meer duidelijkheid moeten zijn over de (dag)prijs die de ontvangende partij wenst te ontvangen, de voorwaarden die daarvoor gelden en wat de betekenis hiervoor is voor de over te dragen pensioenen. Van een longlist aan mogelijke uitvoerders, dient hier na het analyseren en vergelijken van offertes, het voeren van gesprekken en het onderhandelen met mogelijke partijen, tot een

shortlist te worden gekomen van een partij waaraan de opgebouwde pensioenen kunnen worden overgedragen.

Veelal assisteert overigens het pensioenfonds daarnaast de werkgever bij het selecteren van een uitvoerder voor de regeling van de actieven, zoals die na het opheffen van het pensioenfonds dient te worden uitgevoerd.

2.5 *Liquidatietraject: voorgenomen besluiten liquidatie en collectieve waardeoverdracht*

Nadat de mogelijkheden om te komen tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht duidelijk zijn, kan formeel het voorgenomen besluit hiertoe worden genomen. Hierbij geldt, net als voor het gehele traject, dat er sprake moet zijn van een evenwichtige besluitvorming in de zin van art. 105, lid 2, PW. Concreet betekent dit dat per groep belanghebbenden moet worden overwogen wat de consequenties zijn van de te nemen stappen. Van dit voorgenomen besluit dient advies te worden gevraagd aan de deelnemersraad. Bovendien dient DNB over het voornemen tot waardeoverdracht te worden geïnformeerd. De waardeoverdracht mag pas plaatsvinden als DNB binnen een periode van drie maanden na de melding geen verbod hiertoe oplegt (art. 84, lid 2, onderdeel a, PW).

2.5.1 *Informatie aan DNB*

Nadat het voornemen tot collectieve waardeoverdracht, en daarmee ook de liquidatie, is gemeld bij DNB, ontvangt het pensioenfonds een (standaard)brief van DNB met daarin het verzoek om veel informatie te verschaffen. Opvallend is dat DNB zich hier niet beperkt tot vragen over de waardeoverdracht, maar ook allerlei informatie over de liquidatie wenst te ontvangen. Op grond van de Pensioenwet is er (art. 102 PW) een plicht om de oprichting van een pensioenfonds aan DNB te melden, maar niet de liquidatie. DNB heeft ervoor gepleit deze plicht wel op te gaan nemen in de wet, maar dat is nog niet het geval. Kennelijk op grond van haar algemene toezichtstaak eist ze veel informatie van pensioenfondsden die tot liquidatie willen besluiten. DNB schrijft hierover in haar standaardbrief aan pensioenfondsden dat pas de laatste stap in het liquidatieproces, namelijk het uitschrijven bij de Kamer van Koophandel, kan plaatsvinden, 'indien u DNB volledig heeft geïnformeerd over de liquidatie en u van DNB een brief heeft ontvangen dat het toezicht op uw pensioenfonds is beëindigd.' Overigens kan hierbij de vraag worden gesteld of deze stelling van DNB terecht is. Want volgens art. 1 PW is een pensioenfonds 'een rechtspersoon, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering

van tenminste een basispensioenregeling.' Na de waardeoverdracht wordt niet meer aan deze definitie voldaan, en zou kunnen worden gesteld dat het fonds geen pensioenfonds meer is en daarmee niet meer valt onder het toezicht van DNB.

Een lastig element bij deze stap is dat DNB volledige informatie over de collectieve waardeoverdracht wenst te ontvangen op het moment dat het voornemen bestaat om op een termijn van drie maanden te gaan overdragen, maar dat die volledige informatie er niet altijd op dat moment is. Pas als het definitieve besluit wordt genomen is veelal de informatie, met name de precieze koopsom die de ontvangende partij eist, bekend. De driemaanden-termijn wordt bij het ontbreken van de door haar gevraagde informatie stopgezet en de waardeoverdracht kan zelfs worden afgekeurd als het fonds niet met aanvullende informatie na verzoek van DNB komt.

In de praktijk zorgt dit vraagstuk overigens meestal niet voor problemen, omdat fondsen veelal overdragen zonder dat de driemaandentermijn is doorlopen. De overeenkomst met de ontvangende partij bevat dan de ontbindende bepaling dat de gehele overdracht wordt teruggedraaid ingeval DNB een verbod tot collectieve waardeoverdracht oplegt. Hiermee loopt het fondsbestuur een risico, dat in de praktijk echter niet erg groot blijkt te zijn.

2.6 *Overeenkomst voorbereiden met ontvangende partij*

Nadat het voornemen bestaat en advies van de deelnemersraad is ontvangen, zal een overeenkomst met een verzekeraar, pensioenfonds of premiepensioeninstelling moeten worden voorbereid waarnaartoe de pensioenen worden overgedragen. Deze akte van overdracht moet zo veel mogelijk klaarliggen voor het moment dat het definitieve besluit tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht wordt genomen.

2.6.1 *Vrijwaringsverklaring*

Een belangrijk element in deze overeenkomst is de vrijwaringsbepaling die de ontvangende partij richting het overdragende pensioenfonds moet opnemen. De ontvanger moet de overdrager vrijwaren voor claims ten aanzien van bekende, maar ook onbekende pensioenen! Dit eist DNB: '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 blijvende maar wel door de werkgever toegezegde

pensioenaanspraken dienen te worden overgedragen. De pensioenovereenkomst is leidend, niet de administratie die bij die overeenkomst hoort.⁶ DNB keurt een akte van overdracht af en legt daarmee een verbod tot collectieve waardeoverdracht op indien de akte een dergelijke vrijwaring niet kent. Pensioenontvangers proberen vervolgens veelal de vrijwaringsclausule door te schuiven aan de betrokken werkgever, indien die er is. Die moet dan weer de ontvanger vrijwaren voor het geval de ontvanger wordt aangesproken. Is er geen werkgever (meer) of weigert de werkgever te tekenen, dan wordt regelmatig een extra koopsom berekend door de ontvanger als vergoeding voor het door de ontvanger te nemen risico. De akte van overdracht moet dus een akte van overdracht en vrijwaring zijn. Deze overeenkomst kan overigens ook worden gesplitst, waarbij de akte van vrijwaring door sponsor, pensioenfonds en ontvanger wordt getekend en de akte van overdracht alleen door de twee laatstgenoemde partijen.

2.7 Definitief besluit tot collectieve waardeoverdracht en liquidatie
Nadat alle hiervoor genoemde stappen succesvol zijn doorlopen, kan het bestuur definitief besluiten tot collectieve waardeoverdracht en liquidatie. Daarbij hoort tevens dat een overeenkomst met de ontvangende partij van de opgebouwde pensioenen wordt ondertekend. Alle drie de elementen – besluit tot liquidatie, besluit tot collectieve waardeoverdracht en overeenkomst met ontvanger – zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en vinden dan ook veelal plaats op dezelfde dag of in dezelfde week. Ingeval enige dagen zitten tussen de bestuursbesluiten en het tekenen van de overeenkomst, kan de koopsom die de ontvangende partij vraagt al weer veranderd zijn, waardoor niet meer aan de door het bestuur gewenste of geëiste voorwaarden wordt voldaan, zodat de waardeoverdracht toch niet kan of mag plaatsvinden.

2.7.1 Volgorde besluitvorming
Een element dat hier nog van belang is, is de volgorde van de besluitvorming. In art. 84 PW staat 'de pensioenuitvoerder is verplicht tot waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder bij liquidatie van de eerstgenoemde pensioenuitvoerder'. Welk besluit moet er eerst zijn: die tot liquidatie of die tot collectieve waardeoverdracht? Of moeten de besluiten gelijktijdig worden genomen? Logisch is dat eerst de pensioenen worden overgedragen en daarna het fonds ophoudt te bestaan. Maar het besluit tot liquidatie houdt

6 openboek DNB, www.toezicht.dnb.nl/3/50-224398.jsp.

niet in dat het fonds er niet meer is, het fonds verkeert dan in liquidatie, en deze toestand kan lange tijd bestaan. In art. 2:19, lid 5, BW staat daarom opgenomen dat een rechtspersoon na ontbinding blijft voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is.

Alle drie de opties lijken dus mogelijk: eerst de waardeoverdracht dan de liquidatie, andersom of tegelijkertijd.

De vraag is evenwel wat de bedoeling van art. 84 PW is, anders geformuleerd: wanneer is dit artikel van toepassing? Er staat waardeoverdracht 'bij liquidatie'. Moet het *besluit* tot collectieve waardeoverdracht gelijktijdig met het liquidatiebesluit worden genomen? Of moeten beide *voornemens* gelijktijdig bestaan? Dit is onduidelijk. DNB heeft aangegeven dat zij van mening is dat bij een liquidatie *altijd* de procedure van art. 84 PW dient te worden gevolgd. De volgorde van de voornemens en besluitvorming en de eventuele tijd die tussen beide besluiten ligt lijkt daarvoor niet van belang.

2.7.2 *Eerst liquidatiebesluit dan besluit collectieve waardeoverdracht*

De volgorde is wel van belang voor onder meer het vervolgtraject en hangt mede samen met de financiële positie van het fonds. Ingeval het besluit tot liquidatie plaatsvindt voordat de collectieve waardeoverdracht heeft plaatsgevonden, wordt het bestuur op basis van art. 2:19, lid 5, en art. 2:23b BW vereffenaar en zorgt het voor de vereffening van het vermogen. Is er een overschot dan stelt het bestuur een rekening en verantwoording op en een plan van verdeling. Deze stukken moeten bij de Kamer van Koophandel twee maanden ter inzage worden neergelegd. Dit moet in een nieuwsblad worden bekendgemaakt. Pas na deze twee maanden mag de liquidatie verder worden afgewikkeld en kan uiteindelijk tot ontbinding van het pensioenfonds worden gekomen.

De procedure in geval van een overschot in het fonds is dus minimaal twee maanden langer dan ingeval er geen overschot is en kan nog veel langer duren, ingeval iemand bezwaar maakt tegen het plan van verdeling.

2.7.3 *Wanneer overschot*

Een interessante vraag is hierbij wanneer sprake is van een overschot bij liquidatie. En dus de overschotprocedure als hierboven geschetst moet worden gevolgd. Heeft een pensioenfonds met een dekkingsgraad die hoger is dan alleen benodigd om de nominale (100%) pensioenen in te kopen, een overschot? Er is immers meer vermogen aanwezig dan de pensioenverplichtingen. Of moeten de pensioenen met (een bepaalde mate van) inflatiecorrectie worden overgedragen ingeval het reglement een (voorwaardelijke)

indexatiebepaling kent? Is hierbij nog van belang als het fonds in het verleden niet altijd toeslagen heeft kunnen verlenen vanwege een slechte financiële positie, of nog erger: zelfs pensioenen heeft moeten korten?

DNB beantwoordt de vraag over het overschot aan de hand van art. 129 PW. Hierin staat dat een pensioenfonds uitsluitend geld kan terugstorten indien (onder meer) de voorwaardelijke toeslagen met betrekking tot de voorgaande tien jaar zijn verleend en kunnen worden verleend en een korting op de pensioenen in de voorgaande tien jaar is gecompenseerd. Zo lang dat niet is gedaan is DNB van mening dat er geen sprake is van een overschot. Ook niet als de pensioenen met een toeslag worden overgedragen naar een andere uitvoerder.

2.7.4 *Tekort*

Ingeval er een tekort is zullen de vereffenaars hiermee aan de slag moeten. Volgens het BW is er dan sprake van een faillissement, maar dat is niet mogelijk bij een pensioenfonds. Het BW voorziet derhalve niet in deze situatie. Pensioenen moeten mogelijk eerst worden gekort, voordat ze worden overgedragen.

Als het tekort zou leiden tot een wijziging van de pensioenovereenkomst met als gevolg dat de tot de wijziging opgebouwde pensioenaanspraken worden aangetast, dan is dat in strijd met art. 20 PW. Toch vindt in de praktijk regelmatig aanpassing van de pensioenovereenkomst plaats in geval van een liquidatie, bijvoorbeeld ingeval de voorwaardelijke toeslagen onvoorwaardelijk worden (door de inkoop bij de nieuwe uitvoerder). Of, in geval van een tekort, bij het verdwijnen van het voorwaardelijke toeslagenrecht, omdat er alleen geld is om de nominale pensioenen over te dragen. Het bevreemdt mij dan ook dat DNB tijdens een congres over liquidaties in 2012 heeft gezegd dat er weinig discussie bestaat over dit artikel.⁷ (Zie ook hoofdstuk 5.)

2.7.5 *Eerst besluit collectieve waardeoverdracht dan liquidatiebesluit*

Een andere mogelijkheid is om eerst de collectieve waardeoverdracht te laten plaatsvinden en daarna de liquidatie. Ook dan kan de procedure van art. 84 PW worden gevolgd, zolang de waardeoverdracht maar plaatsvindt in het kader van de liquidatie, zo lijkt mij. Het fonds is dan leeg op het

7 DNB Themabijeenkomst voor herverzekerde fondsen en fondsen die liquidatie overwegen, 3 oktober 2012.

moment dat het fondsbestuur besluit tot liquidatie. De (langere) overschot-procedure hoeft dan dus niet te worden gevolgd.

Een aandachtspunt is hierbij nog wel dat dit een uitholling van bepaalde statutaire rechten en het wettelijk recht om te ageren tegen het plan van verdeling kan inhouden en daarmee wellicht sprake is van een misbruik van recht. Als immers in de statuten een bepaald orgaan wel instemmingsrecht heeft voor het liquidatiebesluit, maar niet voor het besluit om over te gaan tot collectieve waardeoverdracht, dan heeft dat eerste recht weinig waarde meer als het fonds al 'leeg' is gehaald. Het belangrijkste besluit – tot waardeoverdracht – is immers al genomen en is al geëffectueerd. Het orgaan kan met zijn instemmingsrecht het fondsbestuur nog wel flink dwarszitten, maar de collectieve waardeoverdracht niet meer tegenhouden. Ik pleit er daarom voor dat als ervoor wordt gekozen om eerst tot collectieve waardeoverdracht over te gaan en daarna pas te besluiten tot liquidatie, het statutaire orgaan al instemming te vragen van het *voornemen* tot beide besluiten. Dit kan veel problemen achteraf voorkomen. Nog beter, zoals reeds onder stap 3 geformuleerd, is om relevante partijen al zo snel mogelijk bij het voortraject te betrekken.

2.7.6 *Gelijktijdig besluit tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht*

Er wordt wel gesproken van een flitsliquidatie als het fonds op het moment van het liquidatiebesluit leeg is. Dat is het geval als de overdracht van de pensioenen reeds heeft plaatsgevonden of als beide besluiten tegelijkertijd worden genomen en er geen sprake is van een overschot. Is op dat moment het fonds leeg, dan houdt het fonds op te bestaan (art. 2:19, lid 4, BW).

2.8 *Feitelijke collectieve waardeoverdracht*

Nadat de besluiten zijn genomen moet nog de feitelijke waardeoverdracht plaatsvinden. Dit kan, zoals gezegd, ook voordat DNB heeft laten weten geen bezwaar tegen de waardeoverdracht te hebben, zolang er maar een ontbindende voorwaarde hiervoor in de overeenkomst tot overdracht is opgenomen.

2.9 *Formaliteiten*

De laatste belangrijkste stap is het voldoen aan een aantal formaliteiten. Zo moet bijvoorbeeld een finaal bestuursverslag inclusief accountantsrapport over de liquidatie worden opgesteld en aan DNB gezonden. In haar standaardbrief laat DNB nadrukkelijk weten dat 'de laatste stap in het liquidatieproces, uitschrijving uit de Kamer van Koophandel, pas kan worden genomen, indien u DNB volledig heeft geïnformeerd over de liquidatie en u van DNB een brief heeft ontvangen dat het toezicht op uw pensioenfonds is beëindigd.'

De allerlaatste stap is derhalve de uitschrijving van het fonds bij de Kamer van Koophandel. De vraag is overigens hoe dat rijmt met art. 2:19, lid 4, BW waarin staat dat een rechtspersoon ophoudt te bestaan op het moment dat hij geen baten meer heeft!

3 **Conclusie**

Hierboven heb ik de belangrijkste stappen in het liquidatietraject van een pensioenfonds geschetst. En een aantal vraagpunten dat hierbij bestaat. Een liquidatie van een pensioenfonds met de daarbij horende collectieve waardeoverdracht is een traject dat zorgvuldig moet worden doorlopen. Naar mijn mening is het daarbij cruciaal om te beginnen met het beantwoorden van een aantal vragen; het voortraject dat ik onder de punten 2.1 t/m 2.4 heb geschetst.

Fusie van pensioenfondsen

Mr. Irene Vermeeren-Keijzers

Partner bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

1 **Inleiding**

De DNB riep al in 2007 de fondsbestuurders op zich te bezinnen op de schaalgrootte van hun pensioenfonds. Hij wees daarbij op de mogelijkheid van een fusie of samenwerking. Deze roep is in de afgelopen vijf jaar niet veranderd. Het aantal fondsen is vanaf 1997 tot heden flink afgenomen van meer dan 1000 naar ongeveer 400. Bij deze consolidatie is nagenoeg altijd sprake van een collectieve waardeoverdracht onder bijzondere titel, dat wil zeggen een overdracht van verplichtingen, meestal na liquidatie van de rechtspersoon. Deels vindt overdracht plaats naar andere ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen, maar ook waardeoverdrachten naar verzekeraars zijn populair.

Daarnaast wordt sinds het wetsvoorstel 'Uitbreiding werkingssfeer voor ondernemingspensioenfondsen' (Kamerstukken II, 32 141) de mogelijkheid van de multi-opf geboden. De multi-opf wordt gevormd door een (juridische) fusie van de pensioenfondsen.

Op dit moment zijn er drie multi-opf'en gevormd en naar verwachting zal dat aantal toenemen. In dit hoofdstuk wordt de juridische weg naar een (juridische) fusie van pensioenfondsen geschetst, resulterend in een multi-opf.

2 **Juridische weg van de fusie: vennootschapsrechtelijke aspecten**

2.1 *Algemeen*

De stichting zoals die is neergelegd in Boek 2 BW kent een grote populariteit en heeft zeer vele verschijningsvormen. De wettelijke regelingen voor een stichting zijn echter zeer summier, zeker als je deze vergelijkt met andere rechtsvormen. Voor wat betreft de stichting als rechtsvorm voor het pensioenfonds is dit evenwel anders. Deze stichting is onderworpen aan de strikte regels van de Pensioenwet en de daaruit voortvloeiende nadere wet- en regelgeving. Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 1 jo. art. 2 PW dat het pensioenfonds dat voornemens is toe te treden tot een multi-opf reeds vijf jaren moet bestaan. Dit om te voorkomen dat de multi-opf te veel in concurrentie met verzekeraars zou gaan treden (Kamerstukken II, 32 141, nr. 3 en Kamerstukken I, 32 141, nr. C). Maar de pensioenfondsenstichting is ook 'gewoon' een rechtspersoon en valt in zoverre ook onder de voorschriften van Boek 2 BW inzake het rechtspersonenrecht. Zowel het Burgerlijk Wetboek als de Pen-

sioenwet (en aanverwante wet- en regelgeving) bepalen dus het wettelijke speelveld, ook daar waar het gaat om fusies van pensioenfondsen.

2.2 *Juridische fusie*

Een juridische fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen, waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt óf waarbij een nieuwe rechtspersoon, die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt (art. 2:309 BW). Verrijking onder algemene titel houdt in dat de verkrijger de rechtpositie van zijn voorganger voortzet. De opvolging in diens gehele vermogen voltrekt zich (door de fusie) in het algemeen zonder dat daartoe een bijzondere dan wel aanvullende rechtshandeling nodig is. De twee vormen van juridische fusie zijn eveneens mogelijk bij een juridische fusie van pensioenfondsen, ook als daarbij een multi-opf ontstaat (Kamerstukken II, 32 141, nr. 3, p. 5). Bekend is de juridische fusie tussen het pensioenfonds Detailhandel en het pensioenfonds van Maxeda.

Naast de overgang onder algemene titel heeft een juridische fusie nog twee rechtsgevolgen:

1. de verdwijnende rechtspersoon houdt op te bestaan, zonder dat zijn vermogen wordt vereffend (zie verder art. 2:311, lid 1, BW); en
2. de leden of aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersonen worden van rechtswege lid of aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon (zie verder art. 2:311, lid 2, BW).

Dit laatste gevolg is uiteraard niet van toepassing op stichtingen, gezien het ontbreken van leden of aandeelhouders.

2.3 *Uitzonderingen*

Op de hoofdregel dat het gehele vermogen onder algemene titel overgaat bij een fusie, gelden een aantal uitzonderingen. Voor de stichting in het bijzonder betreft dit de volgende punten. Zo gelden de rechtsgevolgen van een overeenkomst mede voor de rechtsverkrijger onder algemene titel, tenzij uit overeenkomst iets anders voortvloeit. Partijen kunnen uitdrukkelijk bedingen dat de contractuele rechtsbetrekkingen niet overgaan op een verkrijgende partij onder algemene titel. Zo kunnen contractspartijen zich vooraf contractueel beschermen tegen een eventuele toekomstige fusie van de wederpartij. In het contract kan een eenzijdige opzeggingsclausule worden opgenomen, waarbij de wederpartij van een fuserende rechtspersoon de mogelijkheid wordt geboden om tot opzegging van het contract over te gaan. Aandacht zal daarbij gegeven moeten worden aan de grond van

opzegging en het tijdstip. Zo kan de grond voor opzegging het fusiemoment zelf betreffen of bijvoorbeeld de deponering van het fusievoorstel bij het handelsregister. Een dergelijke clausule is relevant voor bijvoorbeeld de vraag of een herverzekeringsovereenkomst tussen het pensioenfonds en de verzekeraar of de vermogensbeheerder al dan niet onder algemene titel mee overgaat naar de verkrijger. Ook voor wat betreft de uitvoeringsovereenkomst zal een dergelijke clausule een rol kunnen spelen, alhoewel dit eerder theorie lijkt dan de praktijk. Belangrijk is dat het pensioenreglement mee overgaat, maar dat de fusiepartijen overeen kunnen komen dat de aanspraken van de gerechtigden in het verdwijnende fonds voortaan zullen worden beheerd door het reglement van het verkrijgende fonds.

Wat betreft de rechten en verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst tussen het pensioenfonds en bijvoorbeeld de pensioenfondsdirecteur bestaan verschillende visies. In de literatuur wordt betoogd dat voornoemde rechten en verplichtingen onder de overgang onder algemene titel vallen en op deze wijze overgaan naar de verkrijger. De bijzondere regeling in de artikelen 7:662 e.v. BW zijn dan niet van toepassing. Echter, in de literatuur wordt ook betoogd dat de artikelen 7:662 e.v. BW inzake overgang van ondernemingen juist wel van toepassing zijn bij een fusie, aangezien in verband met de invoering van de wettelijke regeling van splitsing van rechtspersonen is opgenomen dat onder overdracht van onderneming een overgang in het kader van een splitsing wordt verstaan. En daarmee ook een fusie, aangezien dit het tegenovergestelde is van een splitsing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat de splitsing/fusie alleen wordt genoemd om de medezeggenschapsregels van toepassing te maken.

Tot slot geldt dat uit de aard van een rechtsverhouding kan voortvloeien dat zij niet onder algemene titel overgaat op de verkrijger. Zo kan een bepaalde rechtsverhouding bestaan die vanwege de verknochtheid aan de verdwijnende stichting niet over gaat op de verkrijger.

2.4 *Organisatorische gevolgen*

In geval er sprake is van een juridische fusie van pensioenfondsenstichtingen, wijzigen de statuten van de verkrijgende vennootschap (in beginsel) niet. Het bestuur en organisatorisch apparaat van de verkrijger blijft eveneens in stand in het geval er geen sprake is van een nieuw op te richten pensioenfonds waarin de bestaande pensioenfondsen fuseren.

Wat betreft de organen van de verdwijnende pensioenfonds geldt dat deze niet onder algemene titel overgaan op de verkrijger. Hoewel dit niet letterlijk volgt uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis, kan beargumenteerd worden dat het bestuur, de deelnemersraad, verantwoordingsorgaan en visitatiecommissies van het pensioenfonds kwalificeren als onlosmakelijk verbonden met de verdwijnende stichting, zodat zij niet overgaan op de verkrijger. Art. 99, lid 4, PW bepaalt dat de bestuurssamenstelling bij een multi-opf zodanig moet zijn dat iedere onderneming of groep door ten minste een werknemersvertegenwoordiger en een werkgeversvertegenwoordiger in het bestuur vertegenwoordigd is. Het is dus aan de bestuurders om voorafgaand aan de fusie afspraken te maken over de bestuurssamenstelling en deze neer te leggen in het fusievoorstel, statuten en een uitvoeringsovereenkomst. Of bepaalde ondernemingen met meer bestuursleden vertegenwoordigd zijn, is hierbij dus de verantwoordelijkheid van betrokken partijen zelf. De wetgever heeft, op advies van de Stichting van de Arbeid, hier geen verdere wettelijke invulling aan willen geven (Kamerstukken II, 32 141, nr. 3, p. 3). Ten aanzien van het bestuur blijft gelden dat het bestuur in totaliteit verantwoordelijk is en dat alle besluiten over de financiële afgescheiden regelingen door het gehele bestuur genomen moeten worden.

In de Eerste Kamer is voorts de vraag aan bod gekomen of verschillende deelnemersraden naast elkaar kunnen bestaan in een multi-opf. Het antwoord hierop luidde negatief: na samenvoeging van pensioenfonds kan slechts één pensioenfondsbestuur en ook één deelnemersraad bestaan. Om te waarborgen dat iedere solidariteitskring vertegenwoordigd is, zal wel iedere deelnemende onderneming of groep vertegenwoordigd moeten zijn in de deelnemersraad, zo is te lezen in de memorie van antwoord (Kamerstukken II, 32 141, nr. C, p. 6). Hieruit kan worden afgeleid dat dit overeenkomstig geldt voor de overige organen van een multi-opf.

Voor de vorming van een nieuwe deelnemersraad kan wellicht een parallel worden getrokken met een fusie van ondernemingen, met ieder een eigen ondernemingsraad. Waar in de Wet op de ondernemingsraden deze gebeurtenis niet geregeld is, worden in de praktijk vaak vooraf aan het fusiemoment afspraken gemaakt tussen verkrijgende ondernemer en beide (of meer) ondernemingsraden. In deze afspraken kan bijvoorbeeld geregeld worden dat na de fusie verkiezingen worden uitgeschreven voor een nieuw te vormen ondernemingsraad, waarin alle werknemers zijn vertegenwoordigd. Deze onderlinge afspraak zou ook kunnen worden gemaakt met de

betrokken bestuurders en de diverse deelnemersraden voorafgaand aan het fusiemoment.

2.5 Doelvermogen

Bij een juridische fusie gaat het vermogen van de ene pensioenfondsenstichting onder algemene titel over op dat van een andere stichting. De statuten van de verkrijgende stichting blijven evenwel in beginsel ongewijzigd. Een en ander heeft tot gevolg dat het vermogen van de verdwijnende stichting na de fusie wordt aangewend voor het doel van de verkrijgende stichting. Indien de verkrijgende stichting een heel ander doel heeft dan de verdwijnende stichting, krijgt het doelvermogen van de verdwijnende stichting ineens een andere bestemming.

Het doelvermogen van een stichting wordt echter bij een (voorgenomen) juridische fusie op twee manieren beschermd. Zo schrijft art. 2:317, lid 5, BW voor dat rechterlijke goedkeuring is vereist voor een besluit tot een juridische fusie van een stichting, tenzij de statuten het mogelijk maken alle bepalingen daarvan te wijzigen. De statuten van de verkrijgende stichting, waaronder de doelomschrijving, kunnen uitsluitend gewijzigd worden, indien de statuten daarin voorzien (art. 2:293 BW). Daarnaast geldt de plicht tot behoorlijke taakvervulling van het bestuur, voor pensioenfondsen nader uitgewerkt in art. 105 PW. Voor fuserende pensioenfondsen speelt de problematiek van een ander doelvermogen vermoedelijk geen rol. Immers, een pensioenfonds is gedefinieerd in de PW 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’.

Ingeval de stichting door de juridische fusie van rechtsvorm wijzigt, wordt het inmiddels gevormde doelvermogen door de wet op twee manieren beschermd. In de eerste plaats doordat het vermogen van de stichting ten tijde van de rechtsvormwijziging ingevolge art. 2:18, lid 6, BW wordt beklemd. Het vermogen dient te worden aangewend voor het doel van de stichting zoals dat bestaat voordat de rechtsvormwijziging geëffectueerd wordt. In de tweede plaats wordt het beschermd doordat art. 2:18, lid 6, BW voorschrijft dat het beklemd stichtingsvermogen na rechtsvormwijziging alleen dan op andere wijze aangewend mag worden indien de rechtbank daarvoor expliciet toestemming geeft. Deze problematiek deed zich voor in

de Zaak Optas Pensioenen.¹ In deze zaak gaf de rechter in overweging dat er een goede grond is om van de beklemmingsregel af te wijken, indien de verruiming van de bestedingsmogelijkheid aantoonbaar direct en indirect strekt ter bevorderingen van de belangen die binnen de oorspronkelijke doelstelling vielen.

2.6 *Ringfencing*

Sinds de introductie van de multi-opf in 2010 is het mogelijk geworden voor ondernemingspensioenfondsen om werkzaam te zijn voor meerdere ondernemingen zonder onderlinge band. Echter, het samengaan van ondernemingspensioenfondsen om zo bestuur, medezeggenschap en governance te delen, betekent niet dat ook de wens bestaat om een financieel geheel te vormen en elkaars risico's te dragen.

Waar voorheen voor een ondernemingspensioenfonds met meerdere pensioenregelingen gold dat hij deze slechts mocht uitvoeren als een financieel geheel ('verbod op ringfencing') is deze regel met invoering van de multi-opf verlicht. Wanneer meerdere bestaande ondernemingspensioenfondsen besluiten gezamenlijk een multi-opf te vormen, kan het pensioenfonds kiezen tussen ringfencing respectievelijk het vormen van financieel een geheel (art. 123, lid 2, PW). Hiermee wordt beoogd de mate van solidariteit niet te laten beïnvloeden, en worden mogelijke belangenconflicten binnen het bestuur van de multi-opf geminimaliseerd omdat de financiële posities van de verschillende regelingen los van elkaar staan (Kamerstukken II, 32 141, nr. 3). Hierbij is evenwel opgemerkt dat deze keuze alleen geldt indien de pensioenfondsen dezelfde bijdragende ondernemingen hebben. In dat geval zal er geen sprake kunnen zijn van het eerder genoemde belangenconflict in het bestuur tussen verschillende ondernemingen.

2.7 *Evenwichtige belangenbehartiging*

De samenvoeging van pensioenfondsen is een bestuursbesluit van de afzonderlijke fondsen. Ingeval een pensioenfondsenstichting een juridische fusie overweegt, zal ieder bestuur zich rekenschap moeten geven van een evenwichtige belangenbehartiging. Het bestuur zal zich bij de uitvoering van de pensioenovereenkomst mede richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de werkgever(s) en ervoor

1 Rechtbank Rotterdam 18 februari 2004, JOR 2004, 100.

zorgen dat deze groepen door het bestuur op evenwichtige wijze vertegenwoordigd worden (art. 105 PW en MvT PW, Kamerstukken II, 30 413, nr. 3). Indien het bestuur een juridische fusie overweegt, zal het zich moeten afvragen wat de gevolgen hiervan zijn voor de toekomstige uitvoering van de pensioenovereenkomst. Hierbij zal het bestuur diverse factoren mee moeten laten wegen, zoals het aantal (gewezen) deelnemers en gepensioneerden en hun gemiddelde leeftijd, financiële positie en governance van het pensioenfonds waarmee gefuseerd wordt.

In dit verband is relevant te noemen dat de voorbereidingsfase een geschikt moment is om de deelnemersraad zijn wettelijke adviesrecht te laten uitoefenen. Art. 111, lid 2, onderdeel j, PW bepaalt dat de deelnemersraad een adviesrecht heeft ten aanzien van besluiten die gaan over een samenvoegen van pensioenfonds. Het advies moet op een zodanig tijdstip gevraagd worden dat het van wezenlijke invloed kan zijn, nu een besluit tot fusie van groot belang is voor de toekomst van de pensioenfonds (art. 111, lid 3, PW). De deelnemersraad van de verdwijnende partij kan haar adviesrecht inroepen ten aanzien van besluiten die gaan over een samenvoegen van pensioenfonds. De deelnemersraad van het verkrijgende pensioenfonds kan op zijn beurt het adviesrecht inroepen ten aanzien van besluiten die gaan over een overname van verplichtingen. De pensioenfondsbesturen van beide pensioenfonds zullen de adviezen van hun deelnemersraden moeten meenemen bij hun besluiten tot fusie.

3 Het proces van de (juridische) fusie

3.1 *Het fusievoorstel*

Wanneer een geschikte partij gevonden is en de eerste afspraken zijn vastgelegd in bijvoorbeeld een intentieverklaring, vangt de voorbereiding van het fusievoorstel aan. De besturen van beide pensioenfonds zijn wettelijk verplicht een fusievoorstel op te stellen (art. 2:312 BW). Dit fusievoorstel vermeldt ten minste:

- de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de te fuseren pensioenfonds;
- de statuten van het verkrijgende pensioenfonds zoals die ten tijde van deponering luiden, en zoals die na fusie zullen luiden;
- de voornemens ten aanzien van de samenstelling van het pensioenfondsbestuur van het verkrijgende pensioenfonds na fusie;

- voor het verdwijnende pensioenfonds het tijdstip met ingang waarvan financiële gegevens zullen worden verantwoord in de jaarrekening van het (nieuwe) verkrijgende pensioenfonds;
- welke organen (en eventuele derden) de fusie middels besluit moeten goedkeuren.

3.2 *Toelichting op het fusievoorstel en informatieverstrekking*

In een schriftelijke toelichting geeft het pensioenfondsbestuur van elk te fuseren pensioenfonds de redenen voor de fusie met een uiteenzetting van de te verwachten gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt (art. 2:313 BW). Daarnaast worden van beide pensioenfondsen de laatste drie vastgestelde jaarrekeningen (met accountantsverklaring) en indien van toepassing een tussentijdse vermogensopstelling of niet vastgestelde jaarrekening bijgesloten (art. 2:314 BW).

Alvorens over te gaan tot ondertekening van het fusievoorstel, zullen alle belanghebbenden op de hoogte gesteld moeten worden van de ophanden zijnde fusie. Dit is geen wettelijke plicht, maar omdat de fusie in een later stadium publiekelijk bekend wordt gemaakt in dagbladen is het raadzaam om eerst de betrokken partijen te informeren.

Bij een juridische fusie van pensioenfondsen bestaat er geen meldingsplicht bij DNB. Dit gegeven wordt nog eens onderstreept in de brief van DNB aan toenmalig minister Kamp, van 3 december 2010. In beginsel zijn de in een multi-opf samengaande ondernemingspensioenfondsen al aangemeld. Van ondernemingspensioenfondsen die de stap richting een multi-opf overwegen wordt echter verwacht dat zij hun toezichthouder tijdig op de hoogte stellen van deze voorgenomen ingrijpende beleidswijziging, zo is te lezen in de DNB factsheet nr. 00572 van 11 juni 2010.

Nadat alle belanghebbenden op de hoogte gesteld zijn van de voornemens tot fusie, kan het fusievoorstel worden ondertekend door de besturen van de betrokken pensioenfondsen.

3.3 *Deponering en publicatie*

Het getekende fusievoorstel (inclusief toelichting) wordt ten kantore van het handelsregister neergelegd. Ook worden de stukken ten kantore van elk te fuseren pensioenfondsen neergelegd. De te fuseren pensioenfondsen kondigen in een landelijk verspreid dagblad aan dat en waar de stukken

zijn neergelegd of raadpleegbaar zijn. Deze te nemen stappen volgen uit art. 2:314 BW.

3.4 *Fusiebesluit en notariële akte*

Het besluit tot fusie wordt genomen door de pensioenfondsbesturen van de te fuseren pensioenfondsen, ten minste één maand na aankondiging van het deponeren van het fusievoorstel (aangenomen dat er door schuldeisers geen verzet is aangetekend tegen de fusie). Een besluit tot fusie wordt op dezelfde wijze genomen als een statutenwijziging (art. 2:317 BW).

De feitelijke fusie geschiedt bij notariële akte en wordt van kracht met ingang van de dag na de dag waarop de akte verleden is (art. 2:318 BW). Dit is tevens het moment dat de waarde van rechtswege overgedragen wordt onder algemene titel. Het verkrijgende pensioenfonds zal binnen acht dagen na het verlijden de fusie inschrijven in het handelsregister waar elk gefuseerd pensioenfonds en hijzelf staat ingeschreven.

4 **Overige onderwerpen**

4.1 *Mededingingsrecht*

Omdat er onduidelijkheid heerste over de toepassing van de Mededingingswet op pensioenfondsen, bestaat sinds 2009 de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen om deze onduidelijkheid weg te nemen. In de Uitvoeringsregel besluit de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit dat bedrijfstak-, beroeps- en ondernemingspensioenfondsen aan te merken zijn als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Hierdoor zijn pensioenfondsen onder meer onderworpen aan het concentratietoezicht. Concentratie in de zin van de Mededingingswet (art. 27 Mededingingswet) is naast fusie ook bijvoorbeeld het verkrijgen van zeggenschap in een onderneming. Concentratie is in deze context dus een breed begrip. Afhankelijk van de hoeveelheid bruto geboekte omzet van de betrokken partijen, zullen zij aan het concentratietoezicht onderworpen zijn.

De Mededingingswet verbiedt een fusie tot stand te brengen voordat het voornemen daarvan gemeld is aan de Autoriteit Consument en Markt, en vervolgens vier weken zijn verstreken (ex art. 34 Mededingingswet). De Autoriteit Consument en Markt bericht vervolgens binnen vier weken na het ontvangen van een melding of voor het tot stand brengen van de concentratie, waarop die melding betrekking heeft, een vergunning is vereist. Wordt het doen van de melding nagelaten door de te fuseren pensioenfond-

sen, zal kan de Autoriteit Consument en Markt een boete opleggen van ten hoogste € 450.000 en/of een last onder dwangsom (ex art. 34 jo. art. 74 Mededingingswet).

4.2 *Fiscaliteit*

Art. 5bis Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer bevat per 1 januari 2012 een fusievrijstelling voor fusierende pensioenfondsen. Voor deze datum was een fusierend pensioenfonds in veel gevallen gehouden overdrachtsbelasting te betalen vanwege de overdracht van vastgoedportfolio. Omdat de fusie van pensioenfondsen maatschappelijk gewenst wordt geacht, en stelden Kamerleden Groot en Vermeij vragen aan staatssecretaris Weekers over de fiscale belemmeringen bij de fusie van pensioenfondsen. De staatssecretaris was van mening dat de heffing van overdrachtsbelasting een financiële drempel zou kunnen vormen voor pensioenfondsen, zo blijkt uit de brief met antwoorden van 28 januari 2011. Deze brief is de aanleiding geweest de fusievrijstelling te verruimen naar stichtingen (en zo ook pensioenfondsen).

5 **Tot slot**

Op dit moment bestaat er slechts een beperkt aantal multi-opf'en. De verwachting is evenwel dat dit aantal zal toenemen in de verdere consolidatieslag. In dit verband is ook de rol van DNB interessant. In de wetgevingsbrief van DNB aan toenmalig minister Kamp (van 3 december 2010) is in onderdeel 6 een passage opgenomen over de wenselijkheid van een meldingsplicht bij een juridische fusie en splitsing van pensioenfondsen. De wetgevingsbrief geeft aan dat DNB graag de bevoegdheid zou krijgen om een voornemen tot fusie te verbieden wanneer de fusie nadelige gevolgen zou kunnen brengen voor de betrokken pensioen- en aanspraakgerechtigden.

Strikt geïnterpreteerd hoeft bij een juridische fusie de voorgenomen overdracht niet op basis van art. 83 of 84 PW te worden gemeld. Toenmalig minister Kamp heeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen' (Kamerstukken II, 33 182, nr. 3, p. 28) naar aanleiding van de wetgevingsbrief van DNB aangegeven dat dit punt nog nader bestudeerd zal worden. Zoals het er nu naar uit ziet zullen in de aankomende Wet versterking bestuur pensioenfondsen de Raad van Toezicht en de toezichtsorganen goedkeurings- en instemmingsrechten krijgen ten aanzien van het besluit tot fusie van het pensioenfondsbestuur. Anderzijds kan opgemerkt worden dat het reguliere toezichtinstrumentarium (bijvoorbeeld de evenwichtige belangenafweging en de beheerste en integere

bedrijfsvoering) bij een besluit tot fusie of splitsing van de betrokken pensioenfondsen gewoon toepasbaar zijn.

Al met al is de verwachting dat het aantal multi-opf'en binnen Nederland de komende jaren zal stijgen omdat de metamorfose naar een multi-opf een goed alternatief blijkt voor pensioenfondsen die anders tot liquidatie zouden overgaan.