

# VU Research Portal

## Tien jaar Pensioenwet

Lutjens, E.

### **published in**

Arbeidsrechtelijke annotaties  
2017

### **DOI (link to publisher)**

[10.5553/ArA/156866392017011002001](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392017011002001)

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Lutjens, E. (2017). Tien jaar Pensioenwet. *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 2017(2), 5-35. Article 2017-2. <https://doi.org/10.5553/ArA/156866392017011002001>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## ARTIKEL

# Tien jaar Pensioenwet

*Erik Lutjens*

## 1 Inleiding

De Pensioenwet<sup>1</sup> geeft regels betreffende pensioenen. Het gaat daarbij om de aanvullende pensioenen op grond van een pensioenovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer en de daarmee gelijkgestelde rechtsbetrekkingen. Dit betreft de pensioenen in de tweede pijler van het pensioenstelsel. De considerans bij de Pensioenwet luidt ‘dat het wenselijk is te komen tot een herziening en modernisering van de regelgeving voor pensioenen, teneinde deze ook voor de toekomst veilig te stellen’. De Pensioenwet is op 1 januari 2007 in werking getreden<sup>2</sup> en geldt nu tien jaar. Een mooi moment om terug en vooruit te kijken. Dat gebeurt in dit artikel, waarbij onder ogen wordt gezien wat van het beoogde veiligstellen van pensioen terecht is gekomen, gezien de wetenschap dat een debat gaande is over de toekomst van het Nederlands pensioenstelsel en twijfels worden uitgesproken over de houdbaarheid van dat stelsel.<sup>3</sup> Voor het begrip van de reikwijdte van de Pensioenwet geef ik eerst een korte schets van het Nederlandse pensioenstelsel en de betekenis van de Pensioenwet, om daarna een aantal inhoudelijke aspecten van de Pensioenwet te bespreken en in te gaan op een aantal rechtsvragen die omtrent toepassing van de Pensioenwet zijn gerezen.

1 Wet van 7 december 2006, Stb. 705.

2 Met dien verstande dat enkele artikelen in 2008 en 2009 in werking zijn getreden. Zie voor een volledig beeld het besluit van 18 december 2006, Stb. 707, tot inwerkingtreding van de Pensioenwet en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet,

3 Zie onder meer de brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 april 2014 inzake de aankondiging van een pensioendialoog, Kamerstukken II 2013/14, 32043, 204, de Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel van het kabinet van 8 juli 2016, waarin wordt gesteld: ‘ons pensioenstelsel staat al jaren onder druk’ en ‘een reeks van maatregelen om het stelsel te borgen’ worden genoemd, Kamerstukken II 2015/16, 32043, 337 en het SER Advies ‘Toekomst Pensioenstelsel’, advies 2015/01. Nader hierover paragraaf 5 van dit artikel.

Erik Lutjens

## 2 De Pensioenwet in het pensioenstelsel

### 2.1 Drie pensioenpijlers

Het pensioenstelsel wordt gewoonlijk als een driepijlerstelsel aangeduid.<sup>4</sup> De hoofdlijnen van de drie pijlers zijn als volgt.<sup>5</sup>

De *eerste* pijler bestaat uit de wettelijke socialezekerheidspensioenen. In Nederland is dat voor ouderdomspensioen opgenomen in de Algemene Ouderdomswet (AOW) en voor nabestaandenpensioen in de Algemene nabestaandenwet (Anw). Ook de wettelijke arbeidsongeschiktheidsregeling (WIA) wordt veelal tot de eerste pijler gerekend.

De *tweede* pijler bestaat uit pensioenregelingen waar een persoon aan deelneemt op grond van het verrichten van arbeid. De pensioenen in de tweede pijler pleegt men aan te duiden als het aanvullend pensioen.<sup>6</sup>

De *derde* pijler bestaat uit individuele arrangementen op basis van een individuele keuze van de betrokkene. Enig verband met het verrichten van arbeid is niet vereist. Belangrijke producten in de derde pijler met een pensioen karakter zijn de lijfrente, de lijfrentespaarrekening en het lijfrentebeleggingsrecht, waarvoor in de artikelen 3.124, 3.125 en 3.126a Wet op de inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) fiscale faciliteiten zijn gegeven.

### 2.2 Aanvullend pensioen in de tweede pijler

Voor het pensioen in de tweede pijler is het verrichten van arbeid kenmerkend. Dat hoeft niet arbeid als werknemer te zijn. Ook indien de arbeid als bijvoorbeeld zelfstandige of op basis van een politieke aanstelling de grondslag is voor deelneming in een pensioenregeling, spreekt men van tweedepijlerpensioen. Vanuit het soort van werkende persoon kan bij het pensioen in de tweede pijler onderscheiden worden tussen (a) werknemers in het bedrijfsleven, (b) overheidswerknemers, (c) zelfstandigen algemeen, (d) beoefenaren van een beroep, en (e) politieke ambtsdragers. De grondslag voor deelneming in een aanvullende pensioenregeling kan contractueel zijn of wettelijk verplicht. Een overzicht van de diverse voor het aanvullend pensioen relevante pensioenwetten, het toepassingsgebied van die wetten en de onder die wetten vallende werkende personen (personenkring) is in de bijlage bij dit artikel gegeven.

### 2.3 De reikwijdte van de Pensioenwet

De Pensioenwet (PW) geeft regels betreffende het pensioen en is in beginsel van toepassing op de pensioenovereenkomst tussen een werkgever en een werkne-

4 Dat is ook internationaal een gebruikelijke duiding. Zie bijvoorbeeld het rapport van de Wereldbank, *Averting the Old Age Crisis*, 1995; OECD, *Private pensions: OECD classification and glossary*, Parijs 2005; European Parliament, *Pension Systems in the EU – contingent liabilities and assets in the public and private sector*, 2011; en meer recent European Parliament, *Pension Schemes*, Study for the EMPL Committee, 2014.

5 Zie voor een uitgebreide bespreking Asser/Lutjens, *Pensioen*, Wolters Kluwer 2016, nr. 5-12.

6 In EU-regelgeving worden deze pensioenen gewoonlijk geduid als 'aanvullende stelsels van sociale voorzieningen' (zie artikel 8 Richtlijn 2998/94/EG) of simpelweg 'aanvullend pensioen' en 'aanvullende pensioenregeling' (zie artikel 3 Richtlijn 98/49/EG).

mer. De Pensioenwet definieert de pensioenovereenkomst als: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen (artikel 1 PW). Hiernaast is de Pensioenwet van toepassing op:

- de gelijkgestelde rechtsbetrekkingen tussen een werkgever en een werknemer in geval van de *verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds* op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000;<sup>7</sup> zie artikel 2 lid 2 onder a PW);
- de gelijkgestelde rechtsbetrekking tussen een overheidswerkgever en een overheidswerknemer in geval van toepassing van de *Wet privatisering ABP* (WPA;<sup>8</sup> zie artikel 2 lid 2 onder b PW);
- de personen die geen werknemer zijn, maar wel tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten of als zelfstandige vallen onder een *verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds* (artikel 3 lid 1 en 2 PW);
- deelnemers aan de pensioenregeling voor het personeel van de *koninklijke hofhouding* (artikel 3 Wet gevolgen privatisering ABP voor het personeel van de Koninklijke Hofhouding<sup>9</sup>);
- de notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen die op grond van de *Wet op het notarisambt* verplicht deelnemen in een pensioenfonds (artikel 113a lid 2 Wet op het notarisambt<sup>10</sup>);
- militairen vallende onder de *Kaderwet militaire pensioenen* (artikel 6 lid 1 Kaderwet militaire pensioenen<sup>11</sup>).

De Pensioenwet heeft zo gezien een veel ruimere betekenis dan voor alleen werknemers en pensioenovereenkomsten. Afzonderlijke regels betreffende pensioenen gelden nog slechts voor beroepsbeoefenaren op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling<sup>12</sup> en voor politieke ambtsdragers op grond van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers.<sup>13</sup> Voor de volledigheid zij opgemerkt dat voor de openbare lichamen Bonaire, Sint-Eustatius en Saba een afzonderlijke Pensioenwet BES<sup>14</sup> en Pensioenwet ambtenaren BES<sup>15</sup> geldt.

### 3 Doel Pensioenwet

Het doel van de Pensioenwet werd in de inleiding, zoals in de considerans bij de wet omschreven, al genoemd: ‘dat het wenselijk is te komen tot een herziening en modernisering van de regelgeving voor pensioenen, teneinde deze ook voor de toekomst veilig te stellen’. De voorloper van de Pensioenwet, de Pensioen- en

7 Wet van 21 december 2000, Stb. 628.

8 Wet van 212 december 1995, Stb. 639.

9 Wet van 14 november 1996, Stb. 564.

10 Zoals gewijzigd bij wet van 5 oktober 2016, Stb. 375.

11 Wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37, zoals gewijzigd bij de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet, Stb. 2006, 706.

12 Zoals herplaatst na invoering van de Pensioenwet, beschikking van 18 december 2006, Stb. 708.

13 Oorspronkelijk Wet van 10 december 1969, Stb. 594, daarna vele malen gewijzigd.

14 Zie herplaatsing bij beschikking van 5 oktober 2010, Stb. 597.

15 Zie herplaatsing bij beschikking van 5 oktober 2010, Stb. 392.

Erik Lutjens

spaarfondsenwet (PSW), dateerde uit 1952 en was dringend aan modernisering toe. De Pensioenwet beoogde niet een volledige ommezwaai ten opzichte van de PSW tot stand te brengen. Uit de memorie van toelichting blijkt de toekomstverwachting en het doel van de Pensioenwet uit de volgende passages:<sup>16</sup>

- Een pensioenstelsel dat zo belangrijk is voor het inkomen van gepensioneerden in Nederland en dat een zo groot macro-economisch belang kent, moet ook toegesneden zijn op de toekomst.
- Dit wetsvoorstel voor de Pensioenwet heeft als doel de waarborgen voor financiële zekerheid, individuele zekerheid en uitvoeringszekerheid op een duidelijke wijze wettelijk te verankeren.
- Het perspectief dat gewaarborgd dient te zijn dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten van deelnemers, aanspraak- en pensioengerechtigden daadwerkelijk geëffectueerd worden en dat dit op een effectieve en efficiënte wijze plaatsvindt.

Het is duidelijk: zekerheid opdat pensioenen daadwerkelijk tot uitkering komen, is de rode draad.

#### 4 Pensioenovereenkomst en kernverplichtingen uit de Pensioenwet

Ter invulling van de genoemde zekerheid legt de Pensioenwet aan de werkgever en de instellingen betrokken bij de uitvoering van pensioenovereenkomsten een aantal verplichtingen op en is voorzien in toezicht door de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank (DNB). Wat de verplichtingen betreft moet voorop worden gesteld dat de Pensioenwet een werkgever niet verplicht om een pensioenovereenkomst aan zijn werknemer(s) aan te bieden.

##### 4.1 Pensioenovereenkomst

Het uitgangspunt van de Pensioenwet is, net als bij de PSW het geval was, vrijwilligheid van de werkgever om al dan niet een pensioenvoorziening te treffen.<sup>17</sup> Hier geldt contractsvrijheid. Ook uit andere (arbeids)wetgeving volgt niet de verplichting een pensioenvoorziening voor werknemers te treffen. De Pensioenwet is van toepassing *indien* een werkgever en een werknemer een pensioenovereenkomst sluiten. De pensioenovereenkomst is een in de Pensioenwet benoemde overeenkomst, maar deze hoeft niet als afzonderlijke overeenkomst tot stand gebracht te worden. Omdat de pensioenovereenkomst bij de betrokken partijen de hoedanigheid van werkgever en werknemer vereist, is er *ipso iure* wel een arbeidsovereenkomst tussen die partijen aanwezig.<sup>18</sup> Zonder werkgever- en werknemerschap kan geen pensioenovereenkomst worden aangegaan. Een tot stand gekomen pensioenovereenkomst kan wel worden gewijzigd en blijven voortbe-

16 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 1, 2 en 123.

17 Zie uitgebreid over de PSW: E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU), 1989; E. Lutjens, *De PSW: wetshistorisch overzicht en commentaar*, Kluwer, 1998.

18 Zie ook de definities van werkgever en van werknemer in artikel 1 PW.

staan na beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dus nadat partijen de hoedanigheid van werkgever en werknemer hebben verloren.<sup>19</sup>

Een pensioenovereenkomst is een vormvrije overeenkomst: zij hoeft niet de naam pensioenovereenkomst te dragen en zij kan schriftelijk of mondeling worden aangegaan, maar ook uit gedragingen blijken (zie ook artikel 3:37 BW), dan wel zijn opgenomen in een arbeidsvoorwaardenreglement of pensioenreglement waarnaar wordt verwezen.<sup>20</sup> Veelal bevat een cao afspraken omtrent een bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen pensioenregeling.<sup>21</sup>

Een werkgever heeft wel de verplichting een werknemer binnen een maand na aanvang van zijn werkzaamheden schriftelijk of elektronisch te informeren of hij een aanbod voor een pensioenovereenkomst zal doen (artikel 7 PW, zie ook artikel 7:655 BW). Dit is een beperkte informatieplicht over het – al dan niet – doen van het aanbod voor een pensioenovereenkomst en niet over (het aanbod voor) de pensioenovereenkomst zelf. Voor deze informatie is wel een vormvoorschrift gesteld, namelijk dat deze schriftelijk of elektronisch moet worden verstrekt.

Ondanks het aan de Pensioenwet ten grondslag liggende uitgangspunt van contractsvrijheid is het aantal werknemers dat deelneemt in een aanvullende pensioenregeling hoog. Het aantal werknemers zonder aanvullende pensioenregeling (de zogenoemde ‘witte vlek’) werd in 2009 op 9% van de werknemers ingeschat.<sup>22</sup> Deze redelijk beperkte omvang van de witte vlek was mede een reden geen algemene wettelijke plicht tot het treffen van een aanvullende pensioenregeling tot stand te brengen. De grote verspreiding onder werknemers van aanvullende pensioenregelingen is mede te danken aan de verplichtstellingen van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000 en aan de verplichte deelneming in het ABP voor overheidswerknemers op grond van de Wet privatisering ABP.<sup>23</sup>

Ook zijn bij het voorkomen en/of beperken van de witte vlek belangrijk de bepalingen in de Pensioenwet die de toegang tot een pensioenregeling vergemakkelijken. Dit betreft de bepalingen dat een aanbod voor een pensioenovereenkomst aan een werknemer niet achterwege mag blijven enkel wegens de leeftijd, tenzij de leeftijd onder de 21 jaar is (artikel 8 lid 5 PW), dat de verwerving van ouderdomspensioen bij 21 jaar moet aanvangen (artikel 14 lid 1 PW) en dat de wachttijd voor het ouderdomspensioen beperkt dient te zijn tot twee maanden (zes

19 Zie definitie van deelnemer in artikel 1 PW en Hoge Raad 6 september 2013, PJ 2013/161 (ECN), in welk arrest hij oordeelde dat na het einde van de arbeidsovereenkomst de pensioenovereenkomst tussen partijen in andere hoedanigheid (dan werkgever en werknemer) kan voortbestaan. Dit oordeel heeft de Hoge Raad gegeven in verband met de – door hem ontkennend beantwoorde – rechtsvraag of het einde van de arbeidsovereenkomst ten aanzien van het pensioen een ‘uitgewerkte rechtsverhouding’ impliceert, zodanig dat daarom de pensioenovereenkomst niet meer gewijzigd kan worden.

20 Zie uitgebreid over het tot stand komen en de rechtsgevolgen van een pensioenovereenkomst Asser/Lutjens 2016, hoofdstuk 3 e.v.

21 Algemeenverbindendverklaring van pensioenbepalingen in een cao vindt niet plaats, zie Toetsingskader AVV en E. Lutjens, Pensioenvoorziening bij cao, Sociaal Recht 2004, nr. 7/8.

22 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000, XV, 66.

23 Deze wetten als zodanig bespreek ik in dit artikel niet. Zie hierover Asser/Lutjens 2016, hoofdstuk 5.

Erik Lutjens

maanden bij uitzendwerknemers) en een wachttijd niet is toegestaan bij het arbeidsongeschiktheids- en nabestaandenpensioen (artikel 14 lid 2 PW).

#### 4.2 Kernverplichtingen tot uitvoering

Het kerndoel van de Pensioenwet is het veiligstellen van pensioen. Daartoe bevat de Pensioenwet voor een werkgever de verplichting de voor pensioen bedoelde gelden buiten het ondernemingsvermogen veilig te stellen, zodat deze gelden niet verloren gaan in geval van faillissement of een andere vorm van deconfiture van de werkgever. Het middel om deze externe veiligstelling te bereiken is de onderbrengingsplicht. Een werkgever is verplicht de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een toegelaten pensioenuitvoeringsinstelling door een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met die instelling (artikel 23 PW).<sup>24</sup> De uitvoeringsovereenkomst is de overeenkomst over de uitvoering van één of meer pensioenovereenkomsten (artikel 1 PW). Deze uitvoeringsovereenkomst moet schriftelijk worden aangegaan.<sup>25</sup> Toegelaten pensioenuitvoeringsinstellingen zijn (zie artikel 23 lid 1 PW en definities van de instellingen in artikel 1 PW):

- een pensioenfonds, te weten een bedrijfstakpensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een algemeen pensioenfonds;
- een verzekeraar met zetel in Nederland;
- een premiepensioeninstelling;
- een verzekeraar met zetel buiten Nederland;
- een pensioeninstelling uit een andere lidstaat.<sup>26</sup>

Een terminologisch aandachtspunt is dat de Pensioenwet niet de hiervoor gebruikte term ‘pensioenuitvoeringsinstelling’ gebruikt, maar spreekt over pensioenuitvoerder. Onder het begrip pensioenuitvoerder verstaat de Pensioenwet (slechts) het pensioenfonds, de verzekeraar met zetel in Nederland en de premiepensioeninstelling (artikel 1 PW). Ook de verzekeraar met zetel buiten Nederland en de pensioeninstelling uit een andere lidstaat zijn echter blijkens artikel 23 lid 1 PW naast pensioenuitvoerders toegelaten uitvoerders. De Pensioenwet gebruikt niettemin bij de uitwerking van de diverse voor uitvoerders geldende verplichtingen de term ‘pensioenuitvoerder’, waar de genoemde buitenlandse uitvoerders niet onder vallen. Het gebruik van deze term is te verklaren doordat aan buitenlandse instellingen niet rechtstreeks bij Nederlandse wet verplichtingen opgelegd kunnen worden. De buitenlandse uitvoerders zullen via de uitvoeringsovereenkomst aan de Pensioenwet-regels gebonden kunnen worden.<sup>27</sup> In lijn met de Pensioenwet hanteer ik hierna de term ‘pensioenuitvoerder’.

24 In enkele situaties kan volstaan worden met een door de pensioenuitvoerder vastgesteld uitvoeringsreglement, zie artikel 23 lid 2 en 3 PW.

25 Artikel 25 PW geeft een opsomming van onderwerpen waaromtrent de uitvoeringsovereenkomst een regeling moet bevatten.

26 Zie over het begrip ‘pensioeninstelling uit een andere lidstaat’ ook paragraaf 9 van dit artikel.

27 Zie daartoe ook artikel 30 PW voor de voor buitenlandse verzekeraars en voor pensioeninstellingen uit een andere lidstaat geldende regels van artikelen 199-202 PW op grond waarvan het op de pensioenregelingen van toepassing zijnde (buitenlandse) sociaal- en arbeidsrecht moet worden toegepast.



De werkgever is onder meer gehouden de verschuldigde premie aan de pensioenuitvoerder te betalen (artikel 24 PW). Deze betalingsplicht omvat een eventueel geldende werknemersbijdrage aan de pensioenpremie die de werkgever overeenkomstig artikel 7:631 BW op het loon van de werknemer mag inhouden. De werkgever is gehouden de 'totale' premie aan de pensioenuitvoerder te betalen, ongeacht een eventueel overeengekomen werknemersbijdrage en ongeacht hetgeen de werkgever ter zake daarvan feitelijk inhoudt op het loon van de werknemer.

De pensioenuitvoerder heeft tot taak de pensioenovereenkomst uit te voeren op basis van de uitvoeringsovereenkomst<sup>28</sup> (artikel 32 PW), moet een pensioenreglement vaststellen waarin de verhouding tot de deelnemer in de pensioenregeling is vastgelegd (artikel 35 PW en definitie pensioenreglement in artikel 1 PW) en heeft een scala aan informatieplichten (artikelen 39-50 PW).<sup>29</sup> En uiteraard zal de pensioenuitvoerder voor uitkering van het pensioen aan de begunstigde moeten zorgen. Met die uitkeringsverplichting ontstaat het stelsel van de drievoudige bindingen bij aanvullende pensioenregelingen (ook wel genoemd de pensioendriehoek):

- 1 tussen werkgever en werknemer op grondslag van de pensioenovereenkomst;
- 2 tussen werkgever en pensioenuitvoerder op grondslag van de uitvoeringsovereenkomst;
- 3 tussen pensioenuitvoerder en pensioen(aanspraak)gerechtigde ter voldoening aan de uitvoeringsovereenkomst.

Deze drie bindingen moeten onderling op elkaar aansluiten, omdat immers een werkgever voor – uiteraard juiste en volledige – onderbrenging van de pensioenovereenkomst moet zorgen en het ook de taak van de pensioenuitvoerder is de pensioenovereenkomst uit te voeren. Met name indien zich in een van de verbindingslijnen van de pensioendriehoek een wijziging voordoet, is de blijvende aansluiting van de bindingen een punt van aandacht. Een wijziging in bijvoorbeeld de pensioenovereenkomst brengt niet als zodanig automatisch een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst mee, noch is het omgekeerde het geval. In de praktijk is dit vaak een bron van geschillen.

#### 4.3 *Rechtspositie pensioenrechthebbende*

De uitkeringsverplichting van de pensioenuitvoerder jegens de pensioenrechthebbende is merkwaardig genoeg nergens met zo veel woorden in de Pensioenwet vastgelegd. De uitkeringsverplichting behoort ook niet tot de in de Pensioenwet genoemde onderwerpen waaromtrent de uitvoeringsovereenkomst een regeling moet bevatten. Dit roept de vraag op naar de grondslag van het – rechtstreekse – vorderingsrecht van de pensioenrechthebbende jegens de pensioenuitvoerder. In de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet is uitgegaan van de constructie van het derdenbeding,<sup>30</sup> en deze rechtsfiguur gebruikt ook de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox van 20 februari 2004 (NJ 2005/493) om te concluderen dat een deelne-

28 Of uitvoeringsreglement, zie voetnoot 24.

29 Zie voor de informatieverplichtingen S. Kuiper, *Informatie, Pensioen Analyse en commentaar*, Kluwer 2013.

30 Zie voor een uitgebreide analyse Asser/Lutjens 2016, hoofdstuk 4.



mer door aanvaarding van zijn rechten uit het pensioenreglement van een pensioenfonds 'heeft te gelden als partij bij de tussen de werkgever en het pensioenfonds gesloten overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW)'. De kwalificatie als partij roept vervolgens de vraag op of de uitvoeringsovereenkomst zonder instemming van de deelnemer bij nadere overeenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder gewijzigd kan worden. Rechttoe rechtaan geredeneerd is een wijziging zonder instemming van een partij bij de overeenkomst in het Nederlandse stelsel van overeenkomstenrecht niet mogelijk, in ieder geval niet voor zover de wijziging een aantasting of vermindering van rechten van de deelnemer meebrengt.<sup>31</sup> De vraag is of dit rechtsgevolg wel aansluit bij – de aard en strekking van – collectieve uitvoeringsovereenkomsten voor – soms zeer grote – groepen van deelnemers. Het is op zijn minst praktisch niet goed uitvoerbaar om van honderden, soms duizenden, betrokken deelnemers de instemming te verkrijgen. Dit probleem is te omzeilen door in de uitvoeringsovereenkomst vast te leggen dat de deelnemer geen partij wordt, dan wel door een eenzijdig wijzigingsbeding in de uitvoeringsovereenkomst op te nemen. Dit laatste geeft dan aan de werkgever of de pensioenuitvoerder een bevoegdheid tot wijziging van de *uitvoeringsovereenkomst*, zodat hier niet de beperkingen gelden van het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst (artikel 7:613 BW) of pensioenovereenkomst (artikel 19 PW). Toetsing aan het gebruik van deze wijzigingsbevoegdheid betreffende de uitvoeringsovereenkomst is wel mogelijk aan de regels van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) of onaanvaardbaarheid (artikel 6:248 lid 2 BW).<sup>32</sup>

De gedachte zou kunnen opkomen dat voor de deelnemer een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst niet zo van belang is, zodat zijn eventuele instemming met een wijziging daarvan ook niet ter zake doet. Met de uitvoeringsovereenkomst moet de pensioenuitvoerder immers uitvoering geven aan de pensioenovereenkomst. Een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst, waaronder begrepen een beëindiging, die tot gevolg heeft dat de pensioenovereenkomst niet meer volledig is ondergebracht of wordt nagekomen, is dan voor de positie van de werkgever aan te merken als een handelen in strijd met de pensioenovereenkomst en/of de onderbrengingsplicht van artikel 23 PW. De deelnemer kan daarop een nakomings- of schadevergoedingsvordering baseren, zoals ook Rechtbank Amsterdam besliste na opzegging door de werkgever van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds.<sup>33</sup> Dit terugvallen op de pensioenovereenkomst werkt evenwel niet indien de inhoud van de pensioenovereenkomst geheel bepaald wordt door de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst en/of het door de pensioenuitvoerder vastgestelde pensioenreglement, hetgeen het geval is indien de inhoud van de pensioenovereenkomst bestaat uit een enkele verwijzing naar die andere stukken. De pensioenovereenkomst luidt bijvoorbeeld: 'De inhoud van

31 Zie ook Rb. Rotterdam 28 maart 2006, PJ 2006/64 (Texaco), met het oordeel dat zonder instemming van gepensioneerden een wijziging van de overeenkomst tot toeslagverlening (indexatie) in hun nadeel niet mogelijk is.

32 Aldus ook Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012/119 (Delta Lloyd). Dat alleen toetsing aan misbruik en onaanvaardbaarheid overblijft indien niet het kader van artikel 7:613 BW geldt, volgt ook uit Hoge Raad 6 september 2013, PJ 2013/161 (ECN).

33 Rb. Amsterdam 24 juni 2016, PJ 2016/138 (Euronext).

de pensioenovereenkomst is gelijk aan inhoud van het pensioenreglement van het pensioenfonds.’ Indien dat reglement (door een besluit van het pensioenfonds) wijzigt, is er niet formeel maar wel materieel een wijziging van de pensioenovereenkomst doordat het gewijzigde reglement direct doorwerkt in de pensioenovereenkomst. Dit wordt wel de pensioenfondsenroute voor wijziging genoemd. Die is juridisch rechtsgeldig,<sup>34</sup> maar wordt wel bekritiseerd. Een argument bij de kritiek is dat de Pensioenwet de overdracht van de wijzigingsbevoegdheid niet zou toestaan.<sup>35</sup> Dat argument lijkt mij niet zwaarwegend: formeel is er immers geen overdacht van een bevoegdheid, en de genoemde vormgeving van de inhoud van de pensioenovereenkomst door enkele verwijzing naar het pensioenreglement van het pensioenfonds is in de Pensioenwet niet verboden.<sup>36</sup> Toch blijft dit in de praktijk vaak vragen oproepen die veelal te maken hebben met de onvoldoende bewaking van noodzaak dat de bindingen in de pensioendriehoek op elkaar blijven aansluiten. Hier ligt een taak voor alle betrokken partijen bij de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst om dit goed te regelen. Het komt mij voor dat hier ook geen taak voor de wetgever ligt om de pensioenfondsenroute te verbieden. Indien werkgever en werknemer de directe doorwerking van een wijziging van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst niet meer willen, kunnen zij de pensioenovereenkomst op dit punt immers bij nadere overeenkomst aanpassen. Dit, waaronder het al dan niet verwijzen naar het pensioenreglement, valt in de aan de Pensioenwet ten grondslag liggende contractsvrijheid ten aanzien van de pensioenovereenkomst.

## 5 Onzekere pensioenen: financiële crisis en korten

Met de Pensioenwet zou het pensioen voor de toekomst veiliggesteld moeten worden. De Pensioenwet was echter nog niet volledig in werking getreden (zie voetnoot 2) of dit doel werd geweld aangedaan. In 2008 manifesteerde zich de wereldwijde financiële en kredietcrisis en dat had een grote invloed op met name de bij pensioenfondsen ondergebrachte pensioenen. Pensioenverwachtingen bleken onzeker te zijn, zoals blijkt uit de hierna te bespreken regels over het korten op pensioen.

### 5.1 Tekorten en korten bij pensioenfondsen

Een pensioenfonds moet voldoen aan een specifiek voor pensioenfondsen geschreven financieel toetsingskader (FTK), opgenomen in hoofdstuk 6 van de Pensioenwet en uitgewerkt in het Besluit FTK. Daarin zijn regels opgenomen over het vereiste eigen vermogen (artikel 132 PW) en het minimaal vereiste eigen ver-

34 Aldus ook Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012/119 (Delta Lloyd).

35 Van Marwijk Kooy, Wijziging pensioenregeling (pensioenlezing Vrije Universiteit), 2017.

36 Sterker: in de wetsgeschiedenis is deze vormgeving expliciet als mogelijkheid genoemd met de volgende passage in de memorie van toelichting bij de Pensioenwet: ‘Een eenvoudige verwijzing naar een bestaand pensioenreglement kan voldoende zijn om een pensioenovereenkomst tot stand te brengen’, Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 27.

Erik Lutjens

mogen (artikel 131 PW) waarover een pensioenfonds moet beschikken.<sup>37</sup> Indien een pensioenfonds niet meer beschikt over het (minimaal) vereiste eigen vermogen, kan het fonds genoodzaakt zijn om pensioenaanspraken en -rechten te verminderen (korten). Dit is volgens artikel 134 PW het geval wanneer het pensioenfonds (dat niet meer beschikt over het (minimaal) vereiste eigen vermogen) niet in staat is binnen redelijke termijn te voldoen aan de vereisten van artikel 131 of artikel 132 PW en een opgesteld herstelplan onvoldoende effect heeft. De situatie dat een pensioenfonds niet beschikt over het vereiste eigen vermogen wordt dekkingstekort genoemd, en de situatie dat het pensioenfonds niet over het minimaal vereiste eigen vermogen beschikt wordt onderdekking genoemd. De regels omtrent het opstellen van een herstelplan en over het moment waarop tot korting overgegaan moet worden zijn per 1 januari 2015 gewijzigd.<sup>38</sup> Tot deze wijziging diende, kort gezegd, bij een dekkingstekort een langetermijnherstelplan opgesteld te worden en bij onderdekking een kortetermijnherstelplan (artikelen 138 en 140 PW, oude tekst). Het kortetermijnherstelplan moest erop zijn gericht dat het fonds na drie jaar, op grond van artikel 6a Regeling Pensioenwet onder voorwaarden verlengd naar vijf jaar, weer over het minimaal vereiste eigen vermogen zou beschikken. Indien dit niet binnen de periode van het herstelplan werd bereikt, was korting noodzakelijk.<sup>39</sup> Na de wijziging in het FTK per 1 januari 2015 is de kortingsnoodzaak gekoppeld aan de zogenoemde beleidsdekkingsgraad (bedoeld in artikel 133a PW) wanneer deze vijf jaar achtereen onder het minimaal vereiste eigen vermogen ligt.

Sedert de financiële en kredietcrisis zijn er opvolgende redenen geweest waardoor bij veel pensioenfondsen de dekkingsgraad (vermogen in relatie tot verplichtingen) niet meer aan de vereisten voldeed. De reden in 2009 was het directe gevolg van de crisis en de vermogensverliezen die, vooral door waardeverlies van aandelenbeleggingen, werden geleden. Daarna is daarbij gekomen de (steeds) toenemende levensduurverwachting van pensioengerechtigden, waardoor de pensioenverplichtingen stegen, alsmede de structureel lage – en door ingrijpen van de Europese Centrale Bank kunstmatig laag gehouden – rente. De rente heeft een grote invloed op de berekening van de pensioenverplichtingen. Dit alles heeft ertoe geleid dat in 2013 het aantal van 68 pensioenfondsen heeft moeten korten.<sup>40</sup>

Een besluit tot korten moet een pensioenfonds nemen met inachtneming van de norm dat alle belanghebbenden zich evenwichtig vertegenwoordigd kunnen voelen (artikel 105 lid 2 PW). Dit impliceert niet dat alle groepen belanghebbenden op dezelfde wijze (hetzelfde percentage of bedrag) gekort moeten worden. Het op dezelfde wijze (uniform) korten kan evenwichtig zijn, maar ook kan het maken van onderscheid bij korten (ofwel: gedifferentieerd korten) evenwichtig zijn. Het

37 Zie uitgebreid over het FTK: W. Hoekert, Financiële opzet, Pensioenwet Analyse en commentaar 2103, hoofdstuk 19.

38 Wet van 17 december 2014 inzake aanpassing financieel toetsingskader, Stb. 567.

39 Uitgebreid over de kortingsregels: W.P.M. Thijssen, Pensioen (te)korten, Pensioenwet Analyse en Commentaar 2013, hoofdstuk 20.

40 Persbericht DNB 5 maart 2013, [www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrieven/nieuwsbrief-pensioenen/nieuwsbrief-pensioenen-maart-2013/index.jsp](http://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrieven/nieuwsbrief-pensioenen/nieuwsbrief-pensioenen-maart-2013/index.jsp).

gaat hier om invulling van een open norm, waar het de taak is van het bestuur van het pensioenfonds om de (beleidsmatige) afwegingen te maken. Er kunnen argumenten zijn om gepensioneerden meer te ontzien bij een korting of om bij de mate van korting rekening te houden met een door een bepaalde werkgever gedane extra storting (bijstorting) om een tekort te verminderen. Dit laatste kan zich voordoen bij een multi-werkgeverspensioenfonds, een pensioenfonds waar meer werkgevers aan zijn verbonden. Rekening houdende met de extra storting van bepaalde werkgevers, achtte Hof Amsterdam (14 februari 2017, PJ 2017/38 (Pensioenfonds Mercurius)) het toegestaan om werknemers verbonden aan niet-bijstortende werkgevers, met een hoger percentage te korten dan andere werknemers van wie de werkgever wel had bijgestort. Ook gedifferentieerd korten, rekening houdende met het karakter van de pensioenovereenkomst, is mogelijk. Bij een premieovereenkomst (overeenkomst inzake de vastgestelde premie) is sprake van een natuurlijke korting, omdat de hoogte van het pensioen afhankelijk is van beleggingen en rekenfactoren, zodat het – ook nog – betrekken bij een korting op grond van artikel 134 PW dubbelop kan worden bevonden.

### 5.2 *Geen korting bij verzekeraars*

De bij verzekeraars ondergebrachte pensioenovereenkomsten werden niet geraakt – in ieder geval niet direct – door problemen bij de financiële opzet. Verzekeraars hadden uiteraard ook te maken met de effecten van de financiële crisis en er waren verzekeraars die slechts met staatssteun konden overleven.<sup>41</sup> Verzekeraars kunnen pensioenaanspraken en -rechten echter niet korten. Een verzekerde pensioenuitkering is bij een verzekeraar ook echt verzekerd, behoudens faillissement en daarmee vergelijkbare situaties. Bij de ook als pensioenuitvoerder genoemde premiepensioeninstelling is dit vraagstuk niet aan de orde, want enerzijds mag een dergelijke instelling zelf geen risico lopen en dus geen uitkeringen verrichten (zie definitie in artikel 1 Wet op het financieel toezicht), en anderzijds mag een dergelijke instelling uitsluitend premieovereenkomsten uitvoeren (artikel 23 PW). Bij een dergelijke premieovereenkomst is het pensioenresultaat vanwege het karakter van de overeenkomst – er geldt alleen een vastgestelde premie en geen bij voorbaat vastgestelde uitkering (zie definitie artikel 1 PW) – onzeker en afhankelijk van de beleggingsresultaten en rekenfactoren.

### 5.3 *Geen premie, wel/geen recht*

Een samenhangend element en mede een verklaring voor de kortingsbevoegdheid bij pensioenfondsen is de regeling omtrent de rechtsgevolgen van niet betaalde premie. Een verzekeraar en premiepensioeninstelling kunnen in geval van het niet betaald zijn van de premie de pensioenopbouw stopzetten en risicoverzekeringen laten vervallen. Dit kan onder de voorwaarden genoemd in artikel 29 PW, dat wil zeggen nadat de verzekeraar of premiepensioeninstelling zich 'aantoonbaar heeft ingespannen' om de premie betaald te krijgen en de deelnemers en de werkgever zijn geïnformeerd dat de premieachterstand het noodzakelijk maakt de

41 Bijvoorbeeld Aegon, zie ook [www.aegon.nl/particulier/nieuws/staatssteun-aegon-goedgekeurd-door-europese-commissie](http://www.aegon.nl/particulier/nieuws/staatssteun-aegon-goedgekeurd-door-europese-commissie).

Erik Lutjens

opbouw te beëindigen en de risicoverzekeringen te laten vervallen. Blijkens Hof Amsterdam (16 februari 2016, PJ 2016/44 (Generali)) is een aantoonbare waarschuwing een voldoende inspanning als in het artikel bedoeld en kan niet, zoals de rechtbank in dit geding in eerste aanleg had geoordeeld, de eis worden gesteld dat eerst langs gerechtelijke weg wordt getracht de premie geïncasseerd te krijgen. Door de mogelijkheid van beëindiging van opbouw en vervallen van risicoverzekeringen is het risico voor verzekeraars voor niet betaalde premie beperkt. Hierbij zij overigens opgemerkt dat de dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen tot drie maanden na de informatie aan deelnemers en de werkgever over de premieachterstand in stand moet blijven (artikel 29 lid 5 PW). Het daarmee samenhangende risico blijft bij de verzekeraars liggen.

Voor pensioenfondsen geldt een ander regime. Hoewel niet met zo veel woorden in de Pensioenwet opgenomen, gaat de Pensioenwet blijkens de wetsgeschiedenis ten aanzien van pensioenfondsen uit van de regel 'geen premie, wel recht'. Het enkele niet betaald zijn van de premie mag daarom geen gevolgen hebben voor de (opbouw van) pensioenaanspraken. Een uitzondering is uiteraard denkbaar indien toepassing van deze regel onaanvaardbaar is of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. De wetsgeschiedenis spreekt over 'boos opzet' als uitzondering op de regel 'geen premie, wel recht'.<sup>42</sup> Hiernaast kan een pensioenfonds bij kortingsbesluiten betekenis toekennen aan het niet betaald zijn van de premie door een bepaalde werkgever (zie ook paragraaf 4.1). Deze regel bij pensioenfondsen is goed voor werknemers, is een uitdrukking van de solidariteit bij pensioenfondsen, maar heeft ook een andere kant. Die andere kant is ten eerste dat pensioenfondsen niet flexibel kunnen zijn jegens een werkgever die de premie niet heeft betaald. Het niet betaald zijn van de premie kan immers uiteindelijk ten koste gaan van de pensioen(aanspraak)gerechtigden en andere werkgevers die de premie wel betalen. Dit laatste is ook ingegeven door de regel dat een pensioenfonds financieel een geheel is (artikel 123 PW) en er niet per premiebetalende werkgever financiële hekwerken mogen zijn.<sup>43</sup> Die andere kant is ten tweede het risico van 'handig gebruik' door werkgevers, nu de regel meebrengt dat werknemers toch niet in de pensioenaanspraken worden benadeeld indien de werkgever de premie niet betaalt (tenzij de werknemers hiermee aantoonbaar onder een hoedje spelen met de werkgever). Hier staat echter tegenover dat persoonlijke aansprakelijkheidstelling voor niet betaalde premie van de bestuurder of een andere beleidsbepaler bij de werkgever hier wel op de loer ligt.<sup>44</sup>

42 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 63.

43 Bij een algemeen pensioenfonds is het financieel geheel van toepassing per collectiviteitskring binnen dit fonds.

44 Bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen is er door wetsduiding een persoonlijke aansprakelijkheid voor niet betaalde premie onder de voorwaarden van artikel 23 Wet Bpf 2000. In andere gevallen zal deze aansprakelijkheid op onrechtmatige daad gebaseerd kunnen worden.

## 6 Debat over toekomst van het pensioenstelsel

De financiële en kredietcrisis hebben de kwetsbaarheid van het pensioenstelsel blootgelegd. Bovendien ontstond een gebrek aan vertrouwen in de pensioensector. Dit heeft de vraag opgeroepen of het pensioenstelsel wel toekomstbestendig genoeg is. Het kabinet besloot daarom diverse vraagstukken in onderlinge samenhang in beeld te willen brengen.<sup>45</sup> Dat heeft geleid tot rapporten van twee hiertoe ingestelde commissies: de Commissie Beleggingsbeleid en Risicobeheer (commissie-Frijns) en de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen (commissie-Goudswaard). Volgens deze rapporten zijn de ontwikkelingen een gevaar voor het stelsel van aanvullend pensioen. Genoemd worden de toenemende levensduurverwachting en de alleen al daardoor stijgende premie, de beperkte ruimte die er voor premieverhoging is vanuit economisch perspectief, de dalende rente en daardoor de grotere afhankelijkheid van (risicovolle) beleggingen, en de combinatie met de vergrijzing waardoor het draagvlak voor continuïteit afneemt. In een brief van 7 april 2010 concludeert de staatssecretaris dat een visie ontwikkeld moet worden op het pensioenstelsel voor de toekomst.<sup>46</sup> In de brief kondigt de staatssecretaris aan dat de richting voor aanpassingen zullen moeten zijn: een herijking van het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen (gerealiseerd per 1 januari 2015; zie ook paragrafen 4.1 en 6) en een herdefinitie van het 'pensioencontract' waarbij meer voorwaardelijke aanspraken zijn toegezegd die kunnen meebewegen met financiële omstandigheden en met de levensduurverwachting. Hierbij werd wel onderkend dat de aanvullende pensioenen de – in ieder geval primaire – verantwoordelijkheid zijn van de sociale partners en dat zij hier voor de uitdaging staan om het aanvullend pensioenstelsel toekomstbestendig te maken. Naast deze wensen heeft het kabinet later als wensen voor de inrichting van het pensioenstelsel voor de toekomst geformuleerd:<sup>47</sup>

- Een toereikend pensioen moet voor alle werkenden toegankelijk zijn. Dit richt zich met name ook op de groeiende groep zelfstandigen, voor wie niet in algemene zin een aanvullende pensioenregeling geldt.<sup>48</sup>
- Een goede balans tussen premie en pensioenaanspraken is noodzakelijk. Dit hangt samen met de kritiek die er is op het stelsel van doorsneepremie zoals dat bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen wettelijk voorgeschreven is (in artikel 8 Wet Bpf 2000).<sup>49</sup>
- Meer ruimte voor individuele keuze.

45 Brief van 25 mei 2009, Kamerstukken II 2008/09, 30413, 127.

46 *Kamerstukken II* 2009/10, 30413, 142.

47 Zie Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel van het kabinet van 8 juli 2016, Kamerstukken II 2015/16, 32043, 337.

48 Een aantal maatregelen om de toegang tot het stelsel te vergroten en de opbouw van pensioen te vergemakkelijken is binnen het huidige stelsel goed mogelijk, zie: E. Lutjens, *Pensioenopbouw door zelfstandigen in de tweede pijler*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 2017/2.

49 Zie omtrent de problematiek van de doorsneepremie: M. van der Poel, *De doorsneesystematiek in pensioenregelingen*, in E. Lutjens (red.), *Acht juridische analyses voor de toekomst van het pensioenstelsel*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2014, p. 68-84.



Erik Lutjens

Na die brief uit 2010 is er veel gepraat, gepolderd, maar weinig gedaan. In juni 2010 werd in de Stichting van de Arbeid overeenstemming bereikt over het 'Pensioenakkoord', waarin de contouren van een nieuw pensioencontract met voorwaardelijke elementen werd beschreven.<sup>50</sup> Een voorontwerp voor een reële ambitieovereenkomst, ook gericht op voorwaardelijke aanspraken, werd ter internetconsultatie voorgelegd,<sup>51</sup> er werd een pensioendialoog opgestart,<sup>52</sup> de 'Perspectiefnota Toekomst Pensioenstelsel' werd in 2016 geopenbaard,<sup>53</sup> en de Sociaal-Economische Raad (SER) heeft een advies en een verkenning over de toekomst uitgebracht.<sup>54</sup> In mei 2017 probeert de SER naarstig overeenstemming te bereiken over de invulling en uitwerking van de bouwstenen voor het pensioenstelsel van de toekomst om aan de kabinetsformateur een eenduidige richting mee te geven. Het bereiken van overeenstemming stuit echter af op verschillende inzichten van werkgevers en werknemers. Een fundamentele herziening van het pensioenstelsel is vooralsnog dus vastgelopen in goede bedoelingen. De vraag is of het niet voldoende is dat enkele duidelijke knelpunten worden opgelost zonder wijziging van de fundamenten van het stelsel. Zowel bij de toegang van zelfstandigen tot de pensioenregelingen als ten aanzien van het pensioencontract kunnen sociale partners binnen de huidige wetgeving ook al heel veel van de geformuleerde doelen voor de toekomst bereiken. Zo zijn voorwaardelijke aanspraken binnen een premieovereenkomst mogelijk, kan de werknemer een keuze worden geboden zelf meer of minder eigen bijdrage aan de pensioenpremie te leveren, en kan de toegang van zelfstandigen tot een verplicht bedrijfstakpensioenfonds mogelijk worden gemaakt. Het wijzen naar de wetgever lijkt meer ingegeven door de onmacht om zelf tot overeenstemming over wijzigingen te komen dan door noodzaak van nieuwe wetgeving. Wetgeving is echter wel nodig om pensioenfonds en premiepensioeninstellingen de bevoegdheid te geven vrijwillige pensioenproducten aan zelfstandigen aan te bieden, en het mogelijk te maken pensioen voor andere doelen in te zetten (zoals voor wonen en zorgproducten). Hiernaast wordt in het toekomstdebat wel geopperd dat werknemers eigen individuele pensioenpotjes zouden moeten krijgen, waarbij zij zelf kunnen beslissen bij welke uitvoerder ze dat onderbrengen. Het volgen van die lijn zou een fundamentele verandering in het pensioenstelsel veroorzaken en de voor dat stelsel kenmerkende collectiviteit en solidariteit beëindigen. Of dat tot betere pensioenregelingen en pensioenresultaten leidt en tot meer vertrouwen in de pensioensector lijkt mij zeker niet bij voorbaat zeker.

50 *Kamerstukken II 2009/10, 30413, 143.*

51 Over dit voorontwerp: *E. Lutjens, 'Commentaar op Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst', TPV 2013/32.*

52 *Kamerstukken II 2013/14, 32043, 225; zie ook [www.denationalepensioendialoog.nl](http://www.denationalepensioendialoog.nl).*

53 Zie voetnoot 47.

54 *Advies Toekomst pensioenstelsel, Advies 15/01 en Verkenning persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling, 2016.*



## 7 Wijzigingen Pensioenwet

Er is sinds 2007 al heel wat gewijzigd aan de Pensioenwet. Het beeld dat de vorige paragraaf zou kunnen oproepen dat er helemaal niets is gebeurd, is genuanceerder. Sinds 2007 zijn er bijna zestig wijzigingen in de Pensioenwet aangebracht, gemiddeld zes per jaar, en zijn er in mei 2017 nog vier wijzigingsvoorstellen aangehangig. Het zijn niet allemaal ingrijpende wijzigingen, soms een beperkte aanpassing in verband met wijziging in andere wetten (zoals die krachtens de Aanpassingswet burgerservicenummer, Stb. 2009/108) of verbetering van fouten. Maar ook is er een aantal fundamentele wijzigingen geweest. Die bespreek ik hierna kort.

### 7.1 Wetten over pensioenuitvoerders

Er is al langere tijd een consolidatie gaande bij pensioenfondsen. De toenemende regeldruk en daarmee samenhangende eisen aan pensioenfondsen en hun bestuurders zijn belangrijke verklaringen voor deze consolidatie.<sup>55</sup> De regels over taakafbakening van pensioenfondsen versus verzekeraars werden als belemmering gezien voor liquiderende pensioenfondsen. De werkingssfeerbepalingen (de domeinregels) voor de traditionele pensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen, beperken het samengaan van fondsen. Een ondernemingspensioenfonds moet zijn werkzaamheden namelijk beperken tot het uitvoeren van een pensioenregeling voor een onderneming of een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW. Een bedrijfstakpensioenfonds moet werken voor een bedrijfstak, maar kan ook voor meer bedrijfstakken werken. Omdat het aantal bedrijfstakken niet beperkt is, is hiermee een theoretisch ongelimiteerde uitbreiding van de werkingssfeer van bedrijfstakpensioenfondsen naar – steeds nieuwe en andere – bedrijfstakken mogelijk.<sup>56</sup> Aldus kan een bedrijfstakpensioenfonds wel als opvangfonds voor liquiderende pensioenfondsen fungeren. Met de Wet algemeen pensioenfonds (Stb. 2015, 549) is hier voor verplichte bedrijfstak-

55 Zie themaonderzoek DNB, Werken aan een gezonde pensioensector, waaruit blijkt dat het aantal fondsen in de periode 1992-2013 is gedaald van 1122 naar 382; zie: [www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2014/dnb306527.jsp](http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2014/dnb306527.jsp). Eind 2015 was het aantal fondsen gedaald tot 288; zie: [www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiele-instellingen/pensioenfondsen/toezichtgegevens-pensioenfondsen/](http://www.dnb.nl/statistiek/statistieken-dnb/financiele-instellingen/pensioenfondsen/toezichtgegevens-pensioenfondsen/).

56 Vooral het bedrijfstakpensioenfonds Grafische bedrijven, dat aanvankelijk alleen voor de grafische industrie werkte, heeft hier op grote schaal gebruik van gemaakt en werkt volgens de statuten thans behalve voor grafische bedrijven voor onder meer het kartonnage- en flexibele verpakkingenbedrijf, het karton- en papierproducerend en -verwerkend bedrijf, bedrijven die tabaksproducten vervaardigen, bedrijven in de chemische industrie, waaronder mede begrepen de bereide verf- en drukinktindustrie, bedrijven die farmaceutische grondstoffen en producten vervaardigen en de bedrijven die producten van rubber- en kunststof produceren, de informatie- en communicatie-industrie, de financiële en zakelijke dienstverlening en de zeevisserij. Zie: [www.pensioenfondspgb.nl/nlnl/Documents/Pensioenreglementen/Statuten\\_Pensioenfonds%20PGB.pdf](http://www.pensioenfondspgb.nl/nlnl/Documents/Pensioenreglementen/Statuten_Pensioenfonds%20PGB.pdf). Vanwege de mogelijkheid aldus de pensioenregelingen voor ondernemingen in tal van verschillende bedrijfstakken uit te kunnen voeren, spreekt men wel van een magneetfonds. De huidige pensioenwetgeving verhindert dit niet, zoals ook de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in haar brief van 1 december 2014 aangaf, Kamerstukken II, 2014/15, 32043, 237.

Erik Lutjens

pensioenfondsen een beperking aan gesteld doordat voor vrijwillige aansluitingen bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds na uitbreiding van de werkingssfeer de regels van artikel 121 PW van toepassing zijn verklaard (artikel 121a PW).<sup>57</sup>

Voor ondernemingspensioenfondsen is aanvankelijk een multi-werkgever werkingssfeer mogelijk gemaakt met de Wet uitbreiding werkingssfeer ondernemingspensioenfondsen (Stb. 2010, 204). Er werd gesproken van het multi-opf. Dit multi-opf bleek wegens de voorwaarden waaronder dit fonds voor meer werkgevers kon werken geen goede oplossing. Daarom is per 1 juli 2016 het alternatief van het algemeen pensioenfonds ingevoerd bij wet van 23 december 2015. Een algemeen pensioenfonds is 'een pensioenfonds dat een of meerdere pensioenregelingen of beroepspensioenregelingen als bedoeld in artikel 1 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling uitvoert en daarvoor een afgescheiden vermogen aanhoudt per collectiviteitkring' (artikel 1 PW). Kenmerkend is dat er geen domeinbeperking geldt: een algemeen pensioenfonds mag de pensioenregeling voor iedere werkgever uitvoeren, ongeacht de (groeps)band of de bedrijfstak waarin de werkgever werkzaam is. Het algemeen pensioenfonds is vooral bedoeld als opvangmogelijkheid voor consoliderende pensioenfondsen, maar is ook voor 'losse' werkgevers een alternatief voor de bestaande uitvoerders.<sup>58</sup> De memorie van toelichting verwoordt het als volgt: 'Doel hiervan is het verbeteren van de keuzemogelijkheden voor werkgevers en werknemers om een kwalitatief hoogstaande en veilige pensioenuitvoering tegen een scherpe prijs te realiseren. Met het oog op de voortgaande consolidatie van pensioenfondsen wordt een nieuwe vorm van bundeling in de uitvoering van pensioenregelingen mogelijk gemaakt.'<sup>59</sup>

Voor introductie van het algemeen pensioenfonds was per 1 januari 2011 de premiepensioeninstelling in de Pensioenwet (en de Wet op het financieel toezicht) opgenomen (Wet introductie premiepensioeninstelling, Stb. 2010, 887). Een premiepensioeninstelling is een 'onderneming die is opgericht met als doel om premieregelingen en andere regelingen waarbij de premiepensioeninstelling geen verzekeringstechnisch risico draagt uit te voeren welke op grond van de toepasselijke wetgeving zijn aangemerkt als arbeidsgerelateerde pensioenregelingen' (artikel 1 Wet op het financieel toezicht). Voor toepassing van de Pensioenwet mag een premiepensioeninstelling alleen een premieovereenkomst uitvoeren waarbij de instelling zelf geen risico loopt (artikel 23 PW). Met de premiepensioeninstelling werd overigens vooral beoogd een vehikel te hebben dat op de Europese pensioenmarkt zich als uitvoerder van premieregelingen kon manifesteren.<sup>60</sup> Ook in Nederland is er ten aanzien van premieovereenkomsten een groeimarkt, waar de premiepensioeninstelling op in kan spelen, al is de internationale aantrekkingskracht nog gering gebleken.

57 Die regels van artikel 121 PW bespreek ik niet verder. Hier vermeld ik slechts dat de in het hier besproken verband belangrijkste regel is dat de bedrijven die zich vrijwillig aansluiten, de loonontwikkeling van de bedrijfstak waarvoor het bedrijfstakpensioenfonds geldt moeten volgen.

58 Zie uitgebreid: I. Witte, Het algemeen pensioenfonds en de taakafbakening (Design Paper 33), Netspar 2014.

59 Kamerstukken II 2014/15, 34117, 3, p. 1.

60 Kamerstukken II 2008/09, 31891, 3, p. 1-2.

### 7.2 *Wet versterking bestuur pensioenfondsen*

Met de Wet versterking bestuur pensioenfondsen werd een stap gezet naar verbetering van het functioneren van pensioenfondsbesturen en het toezicht daarop (wet van 10 juli 2013, Stb. 302, inwerkingtreding 7 augustus 2014). Een belangrijk punt in deze wet is dat waar voorheen alleen het paritaire bestuursmodel bij pensioenfondsen was toegestaan (werkgevers en werknemers, aangevuld met pensioengerechtigden), nu ook een onafhankelijk bestuur (bestaande uit personen die niet directe vertegenwoordigers zijn van belanghebbenden bij een pensioenfonds) en een gemengd bestuur (bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders) mogelijk werden (artikelen 99 e.v. PW). In combinatie hiermee werden de regels over intern toezicht en verantwoording en de geschiktheidsregels voor bestuurders aangescherpt.<sup>61</sup> Deze wet beoogt vooral de kwaliteit van het bestuur van pensioenfondsen en het interne toezicht te verbeteren.

### 7.3 *Wet aanpassing financieel toetsingskader*

Met deze wet is het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen aangepast (wet van 17 december 2014, Stb. 567, inwerkingtreding 1 januari 2015). Het gaat dit artikel te buiten om de inhoud van deze wet te bespreken. De doelstelling was bij te dragen aan een stabielere pensioen doordat financiële schokken gelijkmatiger in tijd gespreid kunnen worden verwerkt. Daardoor zouden gepensioneerden minder met abrupte kortingen worden geconfronteerd. Tevens werd voorgeschreven dat er een duidelijk indexatiebeleid door pensioenfondsen moet worden vastgesteld, waarbij de realisering op lange termijn uitgangspunt moet zijn. Dit zou bijdragen aan duidelijke en eerlijke verdeelregels ten aanzien van de indexatie, zodat de buffer eerlijk over jong en oud wordt verdeeld en waardoor ook financiële meevallers in de tijd gespreid worden uitgedeeld. Dit nieuwe toetsingskader kan – uiteraard – niet voorkomen dat kortingen bij pensioenfondsen zich nog steeds kunnen voordoen.<sup>62</sup>

### 7.4 *Wet pensioencommunicatie*

Eerlijke communicatie over pensioen wordt belangrijk gevonden voor het herstel van vertrouwen in de pensioensector. De Wet pensioencommunicatie geeft een aanpassing om duidelijker en toegankelijker communicatie die beter zou aansluiten bij de behoeften van deelnemers te implementeren (wet van 20 mei 2015, Stb. 193, inwerkingtreding grotendeels 1 juli 2015).<sup>63</sup>

### 7.5 *Wet verbeterde premiereregeling*

De Wet verbeterde premiereregeling maakt een variabele pensioenuitkering bij kapitaal- en premieovereenkomsten mogelijk (wet van 23 juni 2016, Stb. 248,

61 Zie over dit onderwerp R.H. Maatman & S.R. Schuit, *Versterking bestuur pensioenfondsen*, *Ondernemingsrecht* 2012/68.

62 Volgens de brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 januari 2017 inzake 'Financiële positie pensioenfondsen' zouden slechts 5 van de 290 fondsen in 2017 een korting hoeven door te voeren.

63 Zie hierover: C. de Quelerij, *Wet pensioencommunicatie: veel ambitie, maar de deelnemer is zover nog niet*, *TPV* 2016/24.

Erik Lutjens

inwerkingtreding 1 september 2016). De Pensioenwet kende als uitgangspunt dat het pensioen vanaf ingang een vastgestelde uitkering zou moeten zijn. Tot ingang van het pensioen is de uitkering uit een kapitaal- en premieovereenkomst onzeker. Bij een kapitaalovereenkomst omdat wel de hoogte van het kapitaal vaststaat, maar onzeker is welk pensioen daarvan kan worden aangekocht. Vooral de rente op aankoopdatum is hierbij een belangrijke factor, maar ook de levensduurverwachting op dat moment. Bij een premieovereenkomst is behalve de hoogte van de uitkering ook de hoogte van het kapitaal onzeker, omdat dit afhankelijk is van de beleggingsresultaten. Het beleggingsrisico in een premieovereenkomst ligt bij de werknemer. De Pensioenwet maakte in 2007 duidelijk dat vanaf ingang van de pensioenuitkering het afgelopen zou moeten zijn met deze onzekerheden. De uitkering moest 'vastgesteld' zijn en kon derhalve niet meer wijzigen door beleggingsresultaten, levensduurverwachting of andere rekenfactoren. Omdat een ouderdomspensioen een levenslange – en vastgestelde – uitkering moest zijn (artikel 15 PW), werd bij de omzetting van het kapitaal uit de kapitaal- of premieovereenkomst door de pensioenuitvoerders geen risico genomen. Ook bij de beleggingen kon geen risico meer worden gelopen, want slechte beleggingsresultaten mochten niet doorvertaald worden in een lagere uitkering. De uitkering was immers vastgesteld. Nu is het een breed gedragen beleggingsfilosofie dat meer beleggingsrisico meer kans op betere rendementen geeft. En door betere rendementen is een hoger pensioen bereikbaar. Hier speelt de Wet verbeterde premieregeling op in doordat bij de kapitaal- en premieovereenkomst een variabele uitkering mogelijk is gemaakt. De deelnemer moet de keuze voor een vastgestelde of een variabele uitkering worden geboden (zie onder meer artikelen 10 en 63b PW). De variabele uitkering geeft de kans op een hogere uitkering door goede beleggingsresultaten, maar ook de kans op een lager pensioen indien die beleggingsresultaten of andere financiële omstandigheden, als levensduurverwachting, daar aanleiding voor geven.<sup>64</sup> Een variabele uitkering is bij een uitkeringsovereenkomst niet mogelijk.

### 7.6 *Instemmingsrecht ondernemingsraad*

Op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) had de ondernemingsraad van oudsher instemmingsrecht omtrent besluiten over een regeling betreffende een pensioenverzekering (artikel 27 lid 1 WOR). Hiermee was bedoeld dat de ondernemingsraad instemmingsrecht had indien de pensioenregeling werd uitgevoerd door een verzekeraar, maar niet wanneer een pensioenfonds met de uitvoering was belast. In artikel 23 lid 4 PW was vastgelegd dat de ondernemingsraad ook instemmingsrecht had bij besluiten tot onderbrenging van de pensioenregeling bij een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een premiepensioeninstelling. Per 7 augustus 2013 werd in artikel 27 lid 7 WOR bepaald dat de ondernemingsraad ook instemmingsrecht heeft over besluiten tot vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst bij een pensioenovereenkomst (wet van 10 juli 2013, Stb. 302). De wijziging van de pensioenovereenkomst onderge-

64 Uitgebreid over deze wet: E. Lutjens & E. Schop, Wet verbeterde premieregeling, TPV 2016/38; R.H. Maatman & S. Leloux, Wet verbeterde premieregeling, Ondernemingsrecht 2017/4.

bracht bij een pensioenfonds viel niet onder dit instemmingsrecht. Hiernaast was er debat over de vraag of het instemmingsrecht zich niet ook tot de uitvoeringsovereenkomst moest uitstrekken.<sup>65</sup>

Bij wet van 22 juni 2016 (Stb. 249) is per 1 oktober 2016 het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van pensioen geheel herzien. Volgens artikel 27 lid 1 onder a WOR heeft de ondernemingsraad thans instemmingsrecht over elk besluit over een regeling op grond van een pensioenovereenkomst. Dit geldt ongeacht wie de pensioenuitvoerder is. Bovendien heeft de ondernemingsraad in artikel 27 lid 7 WOR instemmingsrecht gekregen ten aanzien van bepaalde aspecten van de uitvoeringsovereenkomst, namelijk de aspecten 'die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst waaronder in ieder geval worden begrepen: regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld, de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt en de keuze voor onderbrenging bij een bepaalde pensioenuitvoerder, pensioeninstelling uit een andere lidstaat of verzekeraar met zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet'.<sup>66</sup> Buiten de onderwerpen die 'in ieder geval' van invloed zijn op de pensioenovereenkomst laat de formulering discussie bestaan over de vraag wanneer een in de uitvoeringsovereenkomst geregeld onderwerp invloed heeft op de pensioenovereenkomst. Is dat het geval bij een geregelde verplichting tot bijstortingsplicht, bij de afspraak omtrent de beleggingen, bij het wijzigen van actuariële berekeningsfactoren? De omstandigheden van het concrete pensioengeval zullen hier mede van belang zijn en de rechtspraak zal nadere concretisering kunnen geven. Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat het instemmingsrecht van de ondernemingsraad is onderworpen aan de 'gewone' regels van artikel 27 WOR, zoals de regel dat het instemmingsrecht niet geldt indien het onderwerp bij cao is geregeld<sup>67</sup> en de regels over het inroepen van nietigheid van een door de ondernemer zonder vereiste instemming genomen besluit en het vragen van vervangende instemming (artikel 27 lid 5 en lid 4 WOR).

## 8 Pensioenrechtspraak

Ook in de pensioenrechtspraak is richting gegeven aan de uitleg en toepassing van de Pensioenwet. Ik beperk mij tot enkele uitspraken van de Hoge Raad en één van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Veel (lagere) rechtspraak betreft pensioenverevening bij scheiding, inclusief de afstortingsplicht bij een in eigen beheer door een directeur-groootaandeelhouder (dga) opgebouwd pensioen, de betekenis van informatie over pensioen, de (cao-)uitleg van pensioenreglemen-

65 Hetgeen op grond van het toenmalige lid 7 van artikel 27 WOR niet het geval was; zie ook Hof Den Haag 25 oktober 2016, PJ 2016/160 (Aon).

66 Zie over de wijzigingen in het instemmingsrecht: E. Schop, Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost, TRA 2017/2.

67 Zie Rb. Amsterdam 30 november 2016, PJ 2017/4 (KLM).

Erik Lutjens

ten en vragen betreffende de (toelaatbaarheid van een) wijziging van een pensioenregeling. Het gaat dit artikel te buiten hier allemaal op in te gaan.<sup>68</sup>

### 8.1 *Instemming met wijziging – HR 12 februari 2010, PJ 2019/69 (CZ) en 23 april 2010, PJ 2010/157 (Haliburton)*

De uitspraak betreft de vraag of de werknemer geacht kan worden (door niet te protesteren) ingestemd te hebben met een wijziging van de pensioenregeling en aldus een gewijzigde overeenkomst was aangegaan. Hierbij zij opgemerkt dat een wijziging van een pensioenovereenkomst in beginsel tot stand komt doordat partijen bij de overeenkomst een nieuwe, gewijzigde, overeenkomst aangaan. In uitgangspunt is daar wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer voor nodig. De pensioenregeling inclusief de wijziging daarvan kan echter ook zijn opgenomen in een voor de werknemer bindende cao, dan wel via de pensioenfondsenroute (zie paragraaf 3.3) tot stand worden gebracht. Hiernaast kan de werkgever zich de bevoegdheid hebben voorbehouden de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen doordat in de pensioenovereenkomst een pensioenwijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW is opgenomen. Dat beding is de pensioenrechtelijke evenknie van artikel 7:613 BW en vereist een voldoende zwaarwegend belang bij de werkgever in verhouding tot het belang van de werknemer. Indien er geen cao, pensioenfondsenroute of eenzijdige wijzigingsbevoegdheid is, is voor een rechtsgeldige wijziging – individuele – instemming van de werknemer vereist. Indien deze wordt geweigerd, bestaat nog de ontsappingsroute dat de ‘goede werknemer’ zijn instemming niet mag onthouden, waarvoor conform het arbeidsrecht wel zware eisen gelden.<sup>69</sup> Die besproken rechtspraak betreft de vraag wanneer een werknemer zijn instemming met een gewijzigde pensioenovereenkomst geacht kan worden gegeven te hebben door niet te reageren op een wijzigingsvoorstel. Dat het niet reageren als de rechtshandeling van aanvaarding van een wijzigingsvoorstel kan gelden, volgt uit artikel 3:37 BW. De Hoge Raad overwoog in het arrest CZ: ‘De vraag of een overeenkomst als bedoeld is tot stand gekomen, moet in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.’

De Hoge Raad past hier zijn uit het arbeidsrecht bekende rechtspraak toe, inhoudende dat het voor instemming met een wijzigingsvoorstel ten aanzien van de arbeidsovereenkomst bij onvoldoende informatie ‘ondubbelzinnig’ moet blijken van instemming.<sup>70</sup> Kort na dit CZ-arrest oordeelde de Hoge Raad in dezelfde lijn

68 Verwezen kan worden naar Asser/Lutjens 2016, waar veel rechtspraak is beschreven.

69 Zie HR 11 juli 2008, NJ 2011/185 (Stoof/Mammoet Transport).

70 HR 28 mei 1999, NJ 1999/509.



door in het arrest van 23 april 2010 (PJ 2010/157 (Haliburton)) tot uitdrukking te brengen dat zonder duidelijke informatie over een pensioenwijzigingsvoorstel het hof een ‘uitdrukkelijke’ instemming mocht vergen.

### 8.2 *Verjaring van vordering tot pensioenopbouw – HR 3 februari 2012, PJ 2012/39 (Bpf Beroepsvervoer)*

Dit geding betreft pensioenaanspraken uit een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, maar de betekenis is niet daartoe beperkt. Een werknemer constateert dat over de jaren 1988-1989 aan hem ten onrechte geen pensioenaanspraken zijn toegekend en maakt daar in 2007 alsnog aanspraak op jegens het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Het fonds verweert zich met het standpunt dat de vordering tot opbouw van pensioen over die jaren is verjaard. Het hof had geoordeeld dat de pensioenaanspraken van de werknemer op grond van zijn deelneming in de pensioenregeling rechtstreeks voortvloeiden uit het pensioenreglement, zodat er geen toekenning, geven of doen van het pensioenfonds was vereist om aanspraken te doen ontstaan. Van verjaring van een dergelijke – dus niet aanwezige – verbintenis kon volgens het hof daarom geen sprake zijn. De Hoge Raad oordeelt dat het hof aldus van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan, onder toevoeging dat een (rechts)handeling voor het ontstaan van aanspraken niet was vereist en de toekenning niet meer was dan een administratieve vastlegging van aanspraken. De vordering tot toekenning heeft dan meer het karakter van een verklaring voor recht, welke vordering niet verjaart. Het hof had toegevoegd dat een vordering tot uitkering van pensioen niet verjaart op grond van het in 2007 in de Pensioenwet geïntroduceerde artikel 59.

Dat artikel 59 PW (inhoudende dat een vordering tot uitkering pensioen jegens een pensioenuitvoerder niet verjaart bij leven van de gerechtigde) heeft onmiddellijke werking, dus omvat alle uitkeringsvorderingen vanaf 2007. De uitleg dat geen – aan verjaring onderworpen – toekenningsvordering aanwezig is indien geen (rechts)handeling is vereist voor het ontstaan van aanspraken, is van algemene betekenis en is ook van belang voor andere pensioenuitvoerders dan verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Bij een andere opzet en formulering van het pensioenreglement kan wel een (rechts)handeling zijn vereist die aan verjaring onderhevig kan zijn.

### 8.3 *Binding aan pensioenprotocol – HR 15 maart 2013, PJ 2013/102 (Bpf Beroepsvervoer)*

Tussen de werkgeversorganisatie TLN en de vakbonden was een ‘Protocol onderhandelingsakkoord’ overeengekomen betreffende een prepensioenregeling. Het Protocol hield in dat de kosten van de prepensioenregeling vanaf 2002 door een ‘bedrijfstakheffing’ zouden worden gefinancierd. De vraag was aan de orde of het Protocol voor werkgevers een verplichting bevat om pensioenpremie te betalen. Die vraag beantwoordde het hof ontkennend, met de overweging dat ‘een bedrijfstakheffing is een heffing gebaseerd op een verplichtstelling krachtens de Wet Bpf 2000’. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof omdat ‘het enkele gebruik van het woord “bedrijfstakheffing” nog niet uitsluit dat die heffing voortvloeit uit het Protocol zelf’.



Erik Lutjens

De uitspraak gaat niet in op de Pensioenwet zelf, maar markeert wel het ook met de Pensioenwet samenhangende onderscheid tussen de contractuele grondslag voor pensioenverplichtingen enerzijds en de wettelijke grondslag op basis van de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds anderzijds. Ook voor een bedrijfstak kunnen uiteraard via een cao of andere sociale afspraak tussen werkgeverorganisatie(s) en vakbonden afspraken over pensioen worden gemaakt. Alleen zijn niet-georganiseerde werkgevers dan niet gebonden. Voor binding van niet-georganiseerde werkgevers is de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds nodig. Een sociale afspraak die niet het karakter heeft van een cao is ook bindend voor leden van de werkgeversorganisatie en vakbonden via de rechtsfiguur van het ledencontract (artikel 2:46 BW).

#### *8.4 Zorgplicht bij aanbod deelname in pensioenregeling – HR 8 februari 2013, PJ 2013/60 (Bpf Bouwnijverheid)*

Dit geding betreft de wijziging van een pensioenregeling in de vorm van een beëindiging. Op grond van destijds artikel 17 PSW moest het pensioenfonds de deelnemer hierover informeren. Een zodanige informatieplicht is thans in artikel 21 PW voor alle pensioenuitvoerders neergelegd. De informatie van het pensioenfonds ging in dit geval gepaard met het aanbod om op vrijwillige basis te blijven deelnemen in de pensioenregeling. Dat aanbod was gebonden aan een bepaalde termijn. Een aantal werknemers claimde na afloop van die termijn alsnog toelating tot de pensioenregeling, althans schadevergoeding, waarbij zij aanvoerden het aanbod niet ontvangen te hebben. Hoewel er geen verplichting was dat aanbod voor deelneming te doen, hield het wel zodanig verband met de informatie over het einde van de pensioenregeling – het aanbod en die informatie waren opgenomen in dezelfde brief – dat de Hoge Raad hier een zorgplicht aannam. Het hof had geoordeeld dat het pensioenfonds de brief met het aanbod niet zodanig had hoeven verzenden dat deze de werknemer zeker zou bereiken en niet hoefde te rappelleren bij het niet reageren. De Hoge Raad overwoog: ‘Nu echter dat aanbod was vervat in de brief die de eerdere regelingen beëindigde en daarmee rechtstreeks verband hield, kan de zorgplicht die op (de rechtsvoorgangster van) Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los worden gezien van de zorgplicht die op haar rustte ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen.’ In hoeverre een zorgplicht aanwezig moest worden geacht, is dan wel afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

#### *8.5 Wijziging pensioenovereenkomst voor gewezen werknemers en maatstaf – HR september 2013, PJ 2013/161 (ECN)*

Dit geding bevat de toepassing van een wijzigingsbeding in de pensioenregeling onder de werking van de PSW. De Pensioenwet kent, zoals onder paragraaf 7.1 is opgemerkt, een met artikel 7:613 BW overeenkomende regeling omtrent de bevoegdheid om van een wijzigingsbeding gebruik te maken (artikel 19 PW). De PSW bevatte niet een vergelijkbare beperking van de bevoegdheid om van een wijzigingsbeding gebruik te maken. Op grond hiervan oordeelde de Hoge Raad dat de uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid slechts beperkt is door de regels inzake

misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) en onaanvaardbaarheid (artikel 6:284 lid 2 BW). Thans zou, zoals gezegd, aan artikel 19 PW getoetst moeten worden. Hiernaast weerlegde de Hoge Raad het argument dat een wijziging voor gewezen werknemers niet mogelijk zou zijn omdat de rechtsverhouding was ‘uitgewerkt’ met de volgende redenering: ‘Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.’

De uitspraak houdt voor dit punt betekenis onder de Pensioenwet, met dien verstande dat artikel 20 PW zich tegen een wijziging van opgebouwde aanspraken verzet (behoudens onder meer waardeoverdracht). Dit laatste impliceert dat een wijziging slechts op voorwaardelijke aanspraken en op risicobasis toegekende aanspraken kan zijn gericht. Zoals in paragraaf 3.1 en voetnoot 19 is aangegeven verhindert het einde van de arbeidsovereenkomst niet dat partijen, die dan niet meer als werknemer en werkgever maar in een andere hoedanigheid jegens elkaar zijn verbonden, de pensioenovereenkomst wijzigen (geen ‘uitgewerkte rechtsverhouding’). Indien een wijziging tot stand komt doordat het pensioenfonds het pensioenreglement wijzigt, kan dat eveneens werking hebben jegens gewezen werknemers. Hetzelfde geldt voor een wijziging bij cao indien de pensioenovereenkomst bij cao was vastgelegd en partijen bedoelden of de cao zo uitgelegd moet worden dat deze ook voor post-actieven geldt.<sup>71</sup>

#### 8.6 *Opzegging uitvoeringsovereenkomst – HR 10 juni 2016, PJ 2016/101 (Alcatel-Lucent Pensioenfonds)*

Dit geding betreft de vraag of en onder welke voorwaarden een uitvoeringsovereenkomst door de werkgever kan worden opgezegd. De Hoge Raad gaf de belangrijke overweging: ‘Voor de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst als de onderhavige gelden geen andere regels dan in het algemeen gelden voor de opzegging van duurovereenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan. Opzegging is dus in beginsel mogelijk, ongeacht of wet en overeenkomst voorzien in een regeling van de opzegging. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat, dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen, of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.’ Vervolgens oordeelde hij dat het hof ten onrechte niet was ingegaan op de stellingen omtrent onder meer de werking van de redelijkheid en billijkheid. Wat de redelijkheid en billijkheid meebrengt is afhankelijk, aldus de Hoge Raad,

71 Vgl. T. Huijg, (Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage voor post actieve, TRA 2010/57.

Erik Lutjens

van de omstandigheden van het geval. Hij overweegt dat daarbij onder meer gewicht kan toekomen aan 'de aard van de betrokken belangen (...) en aan de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst betrekking heeft op (opgebouwde) pensioenaanspraken van (gewezen) werknemers, tegenover wie de (voormalige) werkgever op grond van de (voormalige) arbeidsverhouding een zekere verantwoordelijkheid heeft (behouden)'.

De uitspraak illustreert dat regels voor overeenkomsten in het algemeen ook op de in de Pensioenwet geregelde overeenkomsten toegepast dienen te worden.

### 8.7 *Overgang onderneming en pensioenpremies – HR 14 oktober 2016, PJ 2016/156 (GOM)*

Deze uitspraak staat aan de zijlijn van de Pensioenwet en betreft de toepassing van artikel 7:663 BW inzake de overgang van rechten en verplichtingen uit een bestaande arbeidsovereenkomst bij de overgang van een onderneming. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat deze regel van artikel 7:663 BW ook geldt voor achterstallige pensioenpremies verschuldigd op grond van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. De uitspraak betreft de situatie dat de overdragende werkgever en de verkrijgende werkgever onder hetzelfde verplichte bedrijfstakpensioenfonds vielen. De uitspraak geeft evenwel een uitleg aan artikel 7:773 BW die ook buiten een dergelijke situatie toepassing zal kunnen vinden.<sup>72</sup> Ten aanzien van de overgang van rechten en plichten uit pensioenovereenkomsten bevat artikel 7:664 BW enkele uitzonderingen op artikel 7:663 BW, die ik hier echter niet nader bespreek.<sup>73</sup> Wel wijs ik erop dat indien een dergelijke uitzondering voor pensioenovereenkomsten van toepassing is, bijgevolg rechten en plichten uit pensioenovereenkomsten niet overgaan op de verkrijger van de onderneming. Daarmee is een sleutel in handen om aan achterstallige pensioenpremies te ontkomen, zij het dat de overdragende werkgever dan natuurlijk daar wel voor aansprakelijk blijft, als ook mogelijk de bestuurders, hetzij op grond van onrechtmatige daad, hetzij door de specifieke regel inzake persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid in geval van premiebetaling aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds in artikel 23 Wet Bpf 2000.

### 8.8 *Invulling prudent person regel - CBb 10 september 2013, PJ 2013/151 (Pensioenfonds Glasfabrieken/DNB)*

Deze uitspraak betreft het beleggingsbeleid van een pensioenfonds en de vraag welke mate van eigen vrijheid en verantwoordelijkheid het fonds heeft om daar zelf invulling aan te geven in relatie tot de normering die de toezichthouder DNB in het kader van toezicht mag geven. Voor de beleggingen geldt de *prudent person*-regel (artikel 135 PW). Het is een open norm, die wel in het Besluit FTK een zekere inkadering kent. In dit geval had het pensioenfonds een deel van het vermogen in goud (fysiek goud) belegd. Die belegging beschouwde DNB als te risico-

72 Zie de kritische bespreking van: V. Gerlach, Overgang van onderneming en derdenwerking: het GOM-arrest, TAR 2016/76 F. Hoppers, Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming, ArA 2016/02.

73 Daarover uitgebreid: Asser/Lutjens 2016, hoofdstuk 15.

vol en had opdracht gegeven het goud te verkopen. De uitspraak is van belang, omdat het CBb oordeelde dat in eerste instantie het pensioenfonds zelf, gegeven dat er sprake is van een open norm, invulling moet geven aan het beleggingsbeleid: 'het in eerste instantie aan het pensioenfonds is om de prudent-person regel uit te leggen en zijn beleggingsbeleid daarop af te stemmen. Het is vervolgens aan DNB als toezichthouder om te toetsen of het pensioenfonds dit op juiste wijze heeft gedaan en of het pensioenfonds aldus aan de tot hem gerichte open norm heeft voldaan. Bij deze toets zal DNB in aanmerking moeten nemen dat het gegeven dat het hier gaat om een tot de pensioenfondsen gerichte open norm met zich brengt dat de pensioenfondsen een zekere ruimte hebben om hun beleggingsbeleid zo in te richten dat aan de norm wordt voldaan. Daarbij zullen zij keuzes moeten maken die DNB, zolang die keuzes er niet toe leiden dat niet aan de norm wordt voldaan, heeft te respecteren.'

### 8.9 *Beschouwing*

De uitspraken betreffen verschillende onderwerpen en geven slechts een beperkt beeld. Toch blijkt hier wel een algemeen gezichtspunt uit. Dat is dat de rechtsverhoudingen op pensioenterrein beheerst worden door enkele specifieke regels, maar overigens vallen onder de toepassing van de (algemene) regels van het privaatrecht respectievelijk het normenkader geldende voor de arbeidsovereenkomst. De pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst zijn weliswaar in de Pensioenwet benoemde overeenkomsten, maar voor zover de Pensioenwet geen specifieke eigen bepalingen bevat, moeten de totstandkoming, wijziging, opzegging en uitvoering van deze overeenkomsten getoetst worden aan de regels van het vermogensrecht in het BW, terwijl hiernaast de normen van onder meer misbruik en redelijkheid en billijkheid (artikelen 3:13 en 6:248 BW) van invloed zijn. Dit blijkt bij alle uitspraken: de toetsing van een overeenkomst tot wijziging aan de arbeidsrechtelijke rechtspraak over wijziging, de duiding van rechtshandelingen en verjaring, de binding aan sociale overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisatie, de zorgplicht bij een aanbod, de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst en de overgang van pensioenpremies. De relevantie van de Pensioenwet blijkt enerzijds indien er wel specifieke regels zijn, zoals het wijzigingsverbod van artikel 20 PW inzake opgebouwde aanspraken of de regel in artikel 19 PW over het wijzigingsbeding, en anderzijds kunnen de aard van de rechtsverhoudingen en de aan de orde zijnde belangen van partijen, mede gezien de doelstelling van de Pensioenwet en de zorgplicht van de werkgever, een rol spelen bij duiding van hetgeen de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval meebrengt.

## 9 AOW-leeftijd en fiscale behandeling pensioen

Hoewel de in de titel van deze paragraaf genoemde onderwerpen niet de Pensioenwet als zodanig betreffen, hebben deze wel veel impact op de inhoud van aanvullende pensioenregelingen. Weliswaar bevatten de AOW en de fiscale regels geen bepalingen die de rechtsgeldigheid van met deze regels niet in overeenstem-

Erik Lutjens

ming zijnde pensioenovereenkomsten raken: de regels betreffen immers ‘slechts’ de AOW en de belastingheffing.<sup>74</sup> Toch is het meer dan gebruikelijk om bij de inhoud van de pensioenovereenkomsten met de AOW en de fiscale regels rekening gehouden. Wat de AOW betreft omdat het aanvullend pensioen een aanvulling op de AOW-uitkering beoogt te geven. Dat komt gewoonlijk tot uitdrukking door in pensioenregelingen een ‘franchise’ op te nemen waarbij pensioenopbouw slechts plaatsvindt over het loon dat hoger is dan deze franchise. Een ander punt bij de aanvullende betekenis is dat er een AOW-gat ontstaat indien de pensioenleeftijd van de aanvullende pensioenregeling lager is dan de AOW-leeftijd. Wat de belastingheffing betreft geldt dat alleen een pensioenregeling die binnen de normen van de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) blijft voor fiscale goedkeuring in aanmerking komt. Ik volsta ten aanzien van de AOW en de fiscale regels met een korte duiding van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd en wat de fiscale regels betreft de verhoging van de pensioenrichtleeftijd, de beperking van de toegestane jaarlijkse pensioenopbouw, alsmede maximering van het fiscale pensioengevende loon.

### 9.1 AOW-leeftijd

De AOW-leeftijd wordt vanaf 1 januari 2013 stapsgewijs jaarlijks verhoogd, tot dat deze in 2021 op 67 ligt. Aanvankelijk was bij de Wet verhoging AOW-leeftijd en pensioenrichtleeftijd van 12 juli 2012 (Stb. 328) voorzien in een verhoging naar 67 jaar in 2023. Bij wet van 4 juni 2015 (Stb. 218) is voorzien in versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd. De toestand van de overheidsfinanciën als gevolg van de economische teruggang en de vergrijzing waren aanleiding voor deze versnelling.<sup>75</sup> In 2017 is de AOW-leeftijd 65 jaar en negen maanden (artikel 7a lid 1 AOW). Een eventuele verdere verhoging van de AOW-leeftijd zal elk jaar bepaald worden op basis van een in de wet vastgelegde formule, waarbij de verhoging telkens na vijf jaar, dus voor het eerst in 2022, ingaat (artikel 7a lid 2 AOW). Volgens de brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is op basis hiervan reeds bepaald dat de AOW-leeftijd in 2022 op 67 jaar en drie maanden uitkomt. De AOW-leeftijd is eveneens de relevante leeftijd voor de bevoegdheid tot opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid BW.

### 9.2 Fiscale behandeling

De Wet LB 1964 geeft regels omtrent een fiscaal geaccepteerde pensioenregeling. Fiscaal geaccepteerd betekent dat de pensioenpremies en aanspraken niet zijn belast, maar (wel) de te zijner tijd te verrichten pensioenuitkeringen (omkeerregel). De Wet LB 1964 bevat hiertoe strikte regels waar een pensioenregeling aan moet voldoen. De regels beperken de omvang van de pensioenpremies en aanspraken, met als doel een te groot uitstel van betaling van loonbelasting – door de werking van de omkeerregel – tegen te gaan. De afgelopen jaren zijn de mogelijk-

74 In zijn arrest van 14 maart 2014, PJ 2014/171, overwoog de Hoge Raad dat de fiscaalrechtelijke behandeling ‘geheel losstaat van de rechtsgeldigheid van de toezegging’.

75 Kamerstukken II 2014/15, 34083, 3.

heden voor pensioenopbouw binnen een fiscaal geaccepteerde pensioenregeling beperkt. Bij de wet van 12 juli 2012 (Stb. 328) inzake verhoging van de AOW- en pensioenrichtleeftijd werd de jaarlijkse pensioenopbouw als bedoeld in artikel 18a Wet LB 1964 beperkt en werd de fiscale pensioenrichtleeftijd op 67 jaar gesteld. Bij de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen van 2 juni 2014 (Stb. 504) werden de opbouwpercentages verder verlaagd en werd het fiscaal toegestane maximuminkomen gemaximeerd op € 100.000 (in 2017: € 103.317). Als alternatief voor dit maximuminkomen werd voor het inkomen boven deze grens de nettolijfrente en het nettopensioen mogelijk. Ingevolge de wet van 21 december 2016 tot wijziging van enige wetten op het gebied van de belastingen zal de fiscale pensioenrichtleeftijd per 1 januari 2018 de leeftijd van 68 zijn. Een lagere pensioenleeftijd dan fiscaal toegestaan mag overeengekomen worden – de fiscaliteit raakt, zoals gezegd, niet de rechtsgeldigheid –, maar om binnen een fiscaal aanvaardbare pensioenregelingen te blijven zal bij een pensioenleeftijd onder 68 jaar (vanaf 1 januari 2018, thans 67 jaar) het opbouwpercentage – overeenkomstig – naar beneden bijgesteld moeten worden. Een verhoging van de pensioenleeftijd naar 68 jaar in lijn met de fiscaal toegestane pensioenrichtleeftijd zal gevolgen kunnen hebben voor het tijdstip van beëindiging of opzegging van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:667 lid 1 respectievelijk artikel 7:669 lid 4 BW).

## 10 Europese invloed

De Europese invloed kan niet ontbreken in een overzicht van tien jaar Pensioenwet. Hoewel de inrichting van het stelsel van (aanvullende) pensioenen een verantwoordelijkheid is van de lidstaten zelf, hebben de in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie opgenomen beginselen van gelijk loon, vrije mededinging en vrij verkeer (van werknemers en van diensten), met inbegrip van de nadere uitwerking daarvan in richtlijnen, een belangrijke impact op de Nederlandse pensioenen. Uit de geschiedenis roep ik in herinnering de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake de toepassing van het beginsel van gelijk loon voor mannen en vrouwen op aanvullende pensioenregelingen (met name het Barber-arrest van 17 mei 1990, NJ 1992/436), inzake de betekenis van het mededingingsrecht voor de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, hetgeen door het Hof sociaal gerechtvaardigd is bevonden (arresten van 21 september 1999 (Albany, Brentjens en Drijvende Bokken)), en inzake de toepassing van de regels inzake het vrij verkeer van werknemers op beperking op fiscale voordelen voor pensioenpremies betaald aan een pensioenuitvoerder in een andere lidstaat (onder meer arrest Wielockx van 11 augustus 1995, zaak C-80/94). In dit artikel wil ik enkel ingaan op de betekenis van de Richtlijn inzake de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening voor de grensoverschrijdende uitvoering van pensioenregelingen (Richtlijn 2003/41/EG, ook genoemd Pensioenfondsenrichtlijn of IORP-richtlijn). Kernpunt van de richtlijn is dat het mogelijk wordt dat pensioeninstellingen op een gelijk speelveld grensoverschrijdend opereren en



Erik Lutjens

pensioenregelingen uitvoeren. Instellingen met een zogeheten Europees paspoort kunnen vrijelijk diensten verrichten betreffende de uitvoering van pensioenregelingen. Aldus kunnen dergelijke instellingen zich manifesteren als internationaal opererende pensioeninstellingen.<sup>76</sup> In Nederland zijn de pensioenfondsen en de premiepensioeninstellingen onder de richtlijn vallende pensioeninstellingen. Deze uitvoerders spelen echter geen rol op de Europese pensioenmarkt. Blijkens onderzoek voerden Nederlandse uitvoerders in oktober 2016 geen enkele buitenlandse regeling uit.<sup>77</sup> Dit komt mede door de beperkende Nederlandse voorschriften over de governance en het financieel toetsingskader, alsmede voor de ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen de regel dat bij de uitvoering van meerdere pensioenregelingen deze regelingen een financieel geheel dienen te zijn (artikel 123 PW). Buitenlandse aanbieders – de pensioeninstellingen uit een andere lidstaat zoals artikel 23 PW die als toegelaten pensioenuitvoeringsinstelling noemt – zijn echter wel aantrekkelijk gebleken voor Nederlandse werkgevers om daar de uitvoering van de pensioenovereenkomst onder te brengen. Vooral de gang naar Belgische uitvoerders, de zogenaamde België-route, bleek gebruikt te worden. Uit onderzoek blijkt dat in 2015 twintig Nederlandse pensioenovereenkomsten werden uitgevoerd door zeventien pensioeninstellingen uit een andere lidstaat.<sup>78</sup> De Tweede Kamer heeft met regelmaat de zorg uitgesproken over deze vlucht naar België. Al op 15 augustus 2007 ging de toenmalige minister Donner in antwoord op Kamervragen uitgebreid in op de mogelijkheden tot grensoverschrijdende uitvoering. Vragen die vervolgens herhaald blijven worden, zonder ook maar enig initiatief vanuit kabinet of Kamer om de voorwaarden voor uitvoering van pensioenregelingen door Nederlandse uitvoerders te veranderen.<sup>79</sup> Het is een weinig daadkrachtige houding, die zich bij meer pensioendossiers manifesteert. Bij die houding zal de eenzijdige trek vanuit Nederland naar het buitenland niet snel omgebogen worden.

## 11 Pensioenwet in 2027?

Wat leert ons het overzicht van tien jaar Pensioenwet? In ieder geval dat de bedoelingen goed zijn, maar pensioenzekerheid niet kan worden geboden. Dat is echter geen gebrek in de wetgeving als zodanig, maar een gevolg van de economische realiteit. Andere wetgeving, een nieuw pensioencontract waar al jaren over wordt gesproken, zal niet meer voor pensioen beschikbaar geld opleveren en ook niet meer pensioenzekerheid. De richting om het vertrouwen in de pensioensector te herstellen zou naar mijn oordeel moeten zijn dat zowel in de formulering van pensioenovereenkomsten als in de communicatie de onzekerheid naar voren

76 Ontleend aan de memorie van toelichting bij wetsvoorstel introductie premiepensioeninstelling, Kamerstukken II 2008/09, 31891, 3, p. 1.

77 Grensoverschrijdende pensioenuitvoering, SEO Economisch Onderzoek, Amsterdam 2016, SEO-rapport nr. 2016-86.

78 SEO Economisch Onderzoek 2016.

79 Zie ook: E. Schouten, Kabinet onderzoekt grensoverschrijdende pensioenuitvoering, Pensioen-Magazine 2017/35.



komt. In de formulering van de pensioenovereenkomst door meer voorwaardelijke pensioenaanspraken toe te zeggen, die afhankelijk zijn van economische en financiële omstandigheden. In de communicatie door de onzekerheid van voorstellingen van de hoogte van het toekomstige pensioen nadrukkelijk te benoemen. Dan worden verwachtingen gemanaged en kunnen teleurstellingen in gewekte verwachtingen – het tegengaan daarvan was al de kerndoelstelling van de Pensioen- en spaarfondsenwet – zich niet of minder snel en vaak openbaren.

De daadkracht bij de politiek is gering gebleken. Dit komt naar voren bij de besluitvorming over de toekomst van het pensioenstelsel, maar ook bij de genoemde uitvoering van pensioenregelingen in het buitenland. Het is misschien mede veroorzaakt door de korte horizon bij veel Kamerleden, maar ook door getouwtrek tussen sociale partners zonder eenduidige uitkomst.

Bij het denken over de toekomst zou naar mijn oordeel niet veronachtzaamd moeten worden dat – ondanks gebleken onzekerheden – Nederland internationaal een (zeer) goed pensioenstelsel heeft. Dat is mede te danken aan het fenomeen van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Deze verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen is vanwege de insteek van dit artikel – de Pensioenwet staat centraal – niet uitgebreid ter sprake gekomen. Hier wil ik daarover opmerken dat zorgvuldige bezinning gewenst is met een beeld van de gevolgen voor de – deelneming in – pensioenregelingen, alvorens een dergelijk belangrijk fenomeen wordt afgeschaft.

Daarbij aanhakend rijst de vraag of alternatieven voor het huidige pensioenstelsel tot een beter, veiliger, zekerder pensioen zullen leiden. Ik heb daar twijfels over. Er zijn uiteraard niet onbelangrijke wijzigingen in de maatschappelijke context en in de arbeidsmarktomstandigheden, waaronder arbeidspatronen, waarbinnen pensioenregelingen functioneren. Veranderingen ten aanzien van de factor arbeid gaan door nieuwe productietechnieken en robotisering ook snel. Toch zullen arbeidsomgevingen als ondernemingen en bedrijfstakken naar mijn verwachting blijven bestaan, zodat ook die omgevingen voor de organisatie van een pensioenregeling relevant blijven. Zolang dat het geval is, lijkt mij een herinrichting van het pensioenstelsel dat zich daar los van maakt geen juiste richting. Wel zijn maatregelen gewenst om alle werkenden, dus ook zelfstandigen, toegang te geven tot aanvullende pensioenregelingen, alsook een regulering, opdat wisseling van werkgever of van werknemerschap naar zelfstandig werken, alsmede onderbreking van arbeid, zonder nadelige pensioengevolgen mogelijk is. Ten aanzien van zelfstandigen meen ik dat pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen de bevoegdheid moeten krijgen om pensioenproducten aan zelfstandigen aan te bieden. Wat betreft de wisselende arbeid zou geregeld kunnen worden dat blijvende deelneming in een pensioenregeling mogelijk is, en zou overdracht van pensioenaanspraken makkelijker gemaakt moeten worden. Dit zijn echter geen voorstellen die het huidige pensioenstelsel geheel op zijn kop zetten. Zoals uit het voorgaande blijkt, ben ik daar ook geen voorstander van, overigens mede omdat overgangsproblematiek die van een fundamentele wijziging het gevolg is, met onzekerheid gepaard zal gaan. Wijzigingen kunnen daarom beter stapsgewijs plaatsvinden. Mede gezien het lage tempo van politieke besluitvorming over de toe-

Erik Lutjens

komst, durf ik te voorspellen dat ik in 2027 op nog eens tien jaar Pensioenwet kan terugkijken.

## Bijlage

Wet en toepassing	Personeel bereik
<p><b>Pensioenwet (PW)</b> <i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer;</i></p> <p>b <i>rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer op grond van verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds;</i></p> <p>c <i>rechtsbetrekking tussen overheidswerkgever en overheidswerknemer op grond van de Wet privatisering ABP;</i></p> <p>d <i>niet-werknemers die vallen onder een verplicht bedrijfstakpensioenfonds;</i></p> <p>e <i>pensioen ingevolge:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Kaderwet militaire pensioenen</i></li> <li>– <i>Wet op het notarisambt</i></li> <li>– <i>pensioenregeling voor de koninklijke hofhouding,</i></li> </ul>	<p>Geldt in beginsel alleen voor werknemers, onder wie tevens begrepen werknemers die vallen onder de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en overheidswerknemers die vallen onder de Wet privatisering ABP (artikel 2 lid 2 PW) en onder hen begrepen de door aanwijzing van de minister met een werknemer gelijkgestelde personen (zie over deze aanwijzing artikel 2 lid 3 PW). Personeel van de koninklijke hofhouding wordt beschouwd als werknemer (Wet gevolgen privatisering ABP voor het personeel van de Koninklijke Hofhouding). Werknemers die onder een verplichte beroepspensioenregeling vallen zijn uitgesloten van het begrip werknemer in de Pensioenwet, evenals de directeur-grotaandeelhouder (dga).</p>
<p><b>Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000)</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>degenen die werkzaam zijn in de bedrijfstak waartoe de verplichtstelling zich uitstrekt.</i></p>	<p>De Pensioenwet is van overeenkomstige toepassing op personen die persoonlijk arbeid verrichten, maar geen werknemer zijn, alsook op zelfstandigen indien zij onder de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Voorts is de Pensioenwet van toepassing op het pensioen voor militairen ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen.</p> <p>De verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan gelden voor alle personen die werkzaam zijn in een bedrijfstak waarvoor een verplichte deelneming geldt (artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000). De grondslag van het werkzaam zijn maakt niet uit, of dit nu is als werknemer, als zelfstandige of anderszins.</p>
<p><b>Wet privatisering ABP (WPA)</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>verplichte naleving overeenkomst inzake pensioen tussen overheidswerkgevers en -werknemers voor overheidswerknemers in de zin van de wet.</i></p>	<p>De WPA geldt voor overheidswerknemers in de zin van artikel 2 WPA.</p>
<p><b>Wet verplichte beroepspensioenregeling</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>beroepsbeoefenaar die valt onder de verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling.</i></p>	<p>De verplichtstelling van een beroepspensioenregeling geldt voor beroepsgenoten, dat wil zeggen personen die werkzaam zijn in een bepaald beroep. Dit kan zijn als zelfstandige of als werknemer.</p>
<p><b>Kaderwet militaire pensioenen</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>verplichte deelneming voor militairen in de zin van de wet.</i></p>	<p>Onder deze wet vallen beroepsmilitairen in de zin van de Militaire ambtenarenwet 1931.</p>

*(Vervolg)*

<b>Wet en toepassing</b>	<b>Personeel bereik</b>
<p><b>Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (Wet APPA)</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>verplichte deelneming voor politieke ambtsdragers in de zin van de wet</i></p>	<p>Deze wet heeft betrekking op politieke ambtsdragers in de zin van de Wet APPA.</p>
<p><b>Wet op het notarisambt</b><i>Toepassing:</i></p> <p>a <i>verplichte deelneming voor notarissen, kandidaat-notarissen en toegevoegd notarissen in de zin van de wet.</i></p>	<p>Deze wet regelt verplicht deelneming in een door de minister aangewezen pensioenfonds voor notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen (zie artikel 113a van die wet). Dit betreft derhalve personen die dat beroep uitoefenen, hetzij als zelfstandige, hetzij als werknemer.</p>