



Reactie op het consultatiedocument Wet toekomst pensioenen

Prof. mr. R.H. Maatman¹

Inleiding

Graag maak ik gebruik van de mogelijkheid te reageren op de consultatieversie van het Wetsvoorstel toekomst pensioenen. De hiernavolgende inbreng is deels gebaseerd op mijn artikel “Hervorming pensioenstelsel nadert wetsvoorstel”, te verschijnen in *Ondernemingsrecht* 2021/27. Naast deze inbreng hebben de hoogleraren Lutjens, Heemskerk en ondergetekende (“**Lutjens, Heemskerk & Maatman**”) een reactie ingediend om een oplossing te bereiken op het punt van de invaarproblematiek. Die gezamenlijke reactie is een aanvulling op de hierna opgenomen paragraaf 5.

In de paragrafen 1 tot en met 10 bespreek ik enkele hoofdpunten in het consultatiedocument: de invaarproblematiek, de verdeling van het collectief vermogen naar individuele rekeningen die aanleiding geeft tot compensatie en de verhouding tussen – samengevat – fiduciaire verplichtingen en zorgplichten in het nieuwe stelsel. De Bijlage bevat enkele punten van meer gedetailleerde kritiek, die overigens niet uitputtend (volledig) zijn bedoeld.

1. Samengevat

De Minister en zijn ambtenaren hebben indrukwekkend werk verricht door het consultatiedocument in vijf maanden tot stand te brengen, de zomermaanden inbegrepen. Onverminderd mijn waardering voor het Pensioenakkoord, de Hoofdlijnennotitie en dit consultatiedocument, stel ik vast dat er nog veel verbeteringen nodig zijn om te komen tot een goed wetsvoorstel. Enkele belangrijke punten zal ik in de volgende paragrafen toelichten. Die leiden tot aanbevelingen die ik als volgt samenvat:

- 1) *Inveren*: dat is de omzetting van opgebouwde pensioenen in rechten onder het nieuwe pensioencontract. Het voorstel dat er ligt schiet ernstig tekort. Ik pleit ervoor dat de omzetting hetzij bij wet wordt geregeld, hetzij de pensioendeelnemer het recht behoudt om bezwaar te maken tegen invaren, in welk geval de aanspraken of rechten onderdeel worden van een afgescheiden vermogen (een collectiviteitkring). Voor een nadere toelichting verwijs ik naar de paragrafen 4 en 5 en naar Lutjens, Heemskerk & Maatman.
- 2) *Verdeling en toedeling*: het ongedeelde pensioenfondsvermogen wordt toebedeeld aan individuele pensioendeelnemers. Vervolgens dienen wij ‘prospectief’ te compenseren of corrigeren: onder meer voor de beëindiging van de doorsneesystematiek respectievelijk behoud

¹ René Maatman is hoogleraar vermogensbeheer en pensioenvraagstukken aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R), Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat en lid van de raad van toezicht van pensioenfondsen SPMS. De onderhavige reactie is op ‘persoonlijke titel’ en mag dus niet aan een ander worden toegerekend dan Maatman zelf.

van een 'koopkrachtig' pensioen. Compensatie met het oog op het verleden ('retrospectief') lijkt mij juridisch niet nodig en praktisch ondoenlijk. Ik verwijs naar de paragrafen 7 en 8.

- 3) *Premie als instrument voor welvaartswinst*: de regering zou nader moeten (laten) onderzoeken wat de voor- en nadelen zijn van dit instrument en of er voldoende draagvlak is voor de inzet daarvan, in combinatie met een billijke verdeling van koopkracht. Ik verwijs naar paragraaf 9 en de publicaties van (i) Vandenbroucke, (ii) Boot, Teulings & De Beer en (iii) Frijns & Mensonides.
- 4) *Balans tussen zorgplicht of prudent person-regel*: ik pleit voor de herwaardering van het pensioenfonds als *trustee* – het pensioenfonds dat met inachtneming van fiduciaire verplichtingen de pensioendeelnemer ontzorgt. Het consultatiedocument verwacht teveel van de pensioendeelnemer. Ik verwijs naar paragraaf 10.
- 5) *Governance*: De sociale functie van pensioenfondsen blijkt onvoldoende uit het consultatiedocument. Het wezen van een pensioenfonds komt tot uiting in de bevoegdheid en de bekwaamheid om welvaartswinst te realiseren door herverdeling. Ik verwijs naar de paragrafen 9 en 10.

2. Inleiding

Volgens de Pensioenfondsenrichtlijn (IORP II) is een pensioenfonds een instelling met een sociaal doel die financiële diensten aanbiedt. Het pensioenfonds als financiële instelling verzekert tegen biometrische risico's en het belegt en beheert pensioenvermogen. Het is een belangrijke speler op financiële markten. Tegelijk heeft een pensioenfonds een sociale, verbindende functie. Die kan zich uiten in bijvoorbeeld het pensioendoel (voorzetten levensstandaard), financieel en maatschappelijk rendement, intergenerationele risicodeling, een vertrouwensband tussen sociale partners en pensioenfondsen en in de vrijheid om lusten en lasten in verband met pensioenen 'eerlijk' te verdelen onder werkgevers, deelnemers, slapers en pensioengerechtigden. Pensioenfondsen moeten die (her)verdeling baseren op een evenwichtige belangenafweging. Die sociale functie is in Nederland uit beeld geraakt. Er blijft behoefte aan discretionaire bevoegdheden om de hardheid van regels te mitigeren. Starre regelgeving is symptomatisch voor onze neiging het heden te extrapoleren; die miskent dat de wereld er morgen geheel anders uit kan zien. Het gebrek aan flexibiliteit in de pensioenwetgeving is schadelijk gebleken. Daardoor kampen wij nu met de dekkingsgraad- en invaarproblematiek en eindeloze discussies over korting als uiterste redmiddel. Wij kunnen daarvan leren. De wet zou uitwegen moeten bieden als zich onvoorziene omstandigheden voordoen of (financiële) schokken.

3. Huidig stelsel – beloften

Het huidige pensioenstelsel wordt gekenmerkt door *beloften* aan de pensioendeelnemers. Pensioenfondsen moet die beloften nakomen.

De financiële waardering van de beloften leidt tot verdeeldheid tussen 'pensioenprominenten'.² Ondanks verschillen van mening lijken de 'kampen' in meerderheid eensgezind in hun wens afscheid

² 'Ons pensioenstelsel verdient beter', 13 oktober 2019 en 'Briefschrijvers moeten duidelijk en volledig zijn: jongeren slechter af bij aanpassing rekenrente', 16 oktober 2019, zie <https://esb.nu/esb/20056035/ons-pensioenstelsel-verdient-beter>. Zie ook *Handelingen II*, 27 november 2019, item 29.

te nemen van de bestaande waarderingsregels (rekenrente). Dat afscheid behoeft een theoretische onderbouwing, een goede motivering én een wetswijziging.

De onderbouwing in het consultatiedocument komt - versimpeld - hierop neer. Onder het nieuwe stelsel hoeven pensioenfondsen niets meer te beloven. De wetgever zal bepalen dat nieuwe pensioenaanspraken uitsluitend nog kunnen worden opgebouwd onder een premieovereenkomst (*dc- defined contribution*). De bestaande uitkeringsovereenkomsten waarin de beloften zijn verankerd (*db - defined benefit*) zal de wetgever niet langer fiscaal faciliteren. In plaats daarvan zullen sociale partners (werkgevers en werknemers) en pensioenfondsen een pensioenresultaat nastreven en de verschuldigde pensioenpremie daarop afstemmen. Het pensioenfonds dat niets belooft, hoeft niets gestand te doen en is niet verplicht daarvoor activa aan te houden. Onder de premieovereenkomst zijn er daarom geen pensioenverplichtingen meer die tegen de risicovrije rente moeten worden gewaardeerd. De dekkingsgraad verliest haar bestaande betekenis. De uitkeringsverplichtingen van een pensioenfonds onder het nieuwe stelsel zijn gelijk aan de waarde van zijn activa (die voortdurend wijzigt).³

4. Invaren: hoe luidt het voorstel?

Daarmee hebben we het probleem voor de toekomst opgelost. We zitten echter met de reeds gedane pensioenbeloften. De bestaande pensioenverplichtingen aan pensioendeelnemers hebben op dit moment een waarde van EUR 1675 miljard.⁴ Hoe transformeren we die?

Het makkelijkste zou zijn als alle pensioendeelnemers instemmen met doorhaling van die beloften. Dat zou betekenen dat pensioenfondsen en pensioendeelnemers met wederzijds goedvinden de bestaande pensioencontracten wijzigen. Maar een belangrijk deel van die miljoenen pensioendeelnemers zal niet meewerken, ook niet als de overheid, sociale partners en pensioenfondsen uitleggen dat de pensioendeelnemers daarna een beter pensioen krijgen. Langs de weg van vrijwilligheid komen we er dus niet.

Deze transformatie noemen we invaren. Invaren kan via het contract of via de wet.⁵ Contractueel invaren betekent dat de pensioenovereenkomst gewijzigd, gevolgd door een zogenoemde interne collectieve waardeoverdracht met instemming van de pensioendeelnemers.⁶ Via de wet betekent dat de wetgever een wetswijziging doorvoert: bijvoorbeeld door de verdeelregels in het solvabiliteitskader te wijzigen, door het schrappen van de zekerheidsmaat van 97,5% (art. 132 lid 2 Pw), de introductie van korting als regulier stuurmechanisme (in plaats van uiterste redmiddel – art. 134 Pw). Deze tweede categorie heb ik eerder aangeduid als prudentieel invaren.⁷ Invaren moeten we onderscheiden van invaarproblematiek. Zowel contractueel als prudentieel (wettelijk) invaren zullen leiden tot invaarproblematiek: ongenoegen, protesten en juridische procedures, kortom: gedoe. Prudentieel invaren heeft een beheersbaar claimrisico, als de wetgever de noodzaak daartoe motiveert, vastlegt en faciliteert. De wetgever is veel beter dan de werkgever (sociale partners) of pensioenuitvoerders in staat om het invaar risico te absorberen.

Het consultatiedocument biedt als oplossing om de vereiste instemming van de individuele pensioendeelnemer te vervangen door een legermacht van advies en medezeggenschap; van sociale

³ Consultatiedocument p. 13. Zie ook *Kamerstukken II 2019/20, 32043, nr. 539, antwoord op vraag 20*.

⁴ Daar staat EUR 1691 mld aan pensioenfondsvermogen tegenover, <https://statistiek.dnb.nl>, 26 januari 2021.

⁵ R.H. Maatman, Invaren, invaarproblematiek en tussenvariant, *TPV 2014/17*, p. 5.

⁶ Artt. 20 jo. 83 Pw.

⁷ R.H. Maatman, Invaren, invaarproblematiek en tussenvariant, *TPV 2014/17*. Zie ook M.J.C.M. van der Poel, Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen, *TPV 2018/29*, par. 6.4.1.

partners, verenigingen van slapers of pensioengerechtigden, ondernemingsraad, een transitiecommissie, een Verantwoordingsorgaan (VO) of Belanghebbendenorgaan (BO), het pensioenfondsbestuur, intern toezicht (RvT of niet uitvoerende bestuurders), sleutelfunctiehouders, DNB, de ‘gewone’ rechter en de Ondernemingskamer.⁸ Zelfs de afzonderlijke geledingen in het VO (deelnemers, werkgevers en pensioengerechtigden) kunnen nopen tot heroverweging door sociale partners van een eerder geuit voornemen tot al dan niet invaren.⁹ De opstellers van het consultatiedocument hopen – zo lees ik tussen de regels – dat pensioendeelnemers zich gewonnen geven als zij die overmacht tegenover zich zien.

Dit is niet eens een slechte oplossing – dit is geen oplossing. Zij versnipperd de verantwoordelijkheid over al die ‘legereenheden’ en maakt de verantwoording diffuus. Want wie begrijpt écht wat er gebeurt en beoordeelt of de wijziging van deelnemersrechten noodzakelijk is en ‘eerlijk’ geschiedt? Als iedereen meebeslist, is niemand verantwoordelijk en hoeft niemand verantwoording af te leggen. Al die meebeslissers maken de duur van het transitietraject bovendien onvoorspelbaar. De mogelijke gang naar de rechter in verschillende stadia van de transitie kunnen een slijtageslag veroorzaken met ernstige vertraging en navenant hoge kosten, temeer als blijkt dat er veel pensioendeelnemers zijn die procederen omdat zij zich niet neerleggen bij de overheersende opvatting.

5. Invaren: hoe zou het anders kunnen?

Ik zie de volgende alternatieven:

a) De Staat néémt de verantwoordelijkheid en regelt invaren.

De wetgever kan bij wet alle beloften (bestaande pensioenverplichtingen) doorhalen en omzetten naar ambities onder het nieuwe contract. De zekerheidsmaat verdwijnt en alle pensioenen ondergaan wijzigingen onder invloed van beleggings- en verzekeringsresultaten. De wetgever kan een uitzondering maken voor pensioenfondsen die blijkens hun dekkingsgraden in staat zijn de bestaande verplichtingen te honoreren of die om andere reden tevreden zijn met het bestaande contract. Denk aan gesloten pensioenfondsen, aan werkgevers die hun pensioenregeling hebben ondergebracht bij een Belgisch Ofp of pensioenfondsen die hebben geprofiteerd van een hoge renteafdekking (en die daardoor niet hebben ‘geleden’ onder de rentedaling) of pensioenfondsen met een a-typisch pensioencontract zoals sommige beroepspensioenfondsen.¹⁰ Veel pensioendeelnemers zullen die doorhaling van gedane beloften aanmerken als een aantasting van hun eigendomsrecht. Zij zullen daarover procederen tegen de overheid. In de literatuur is de overheersende opvatting dat het procesrisico onvermijdelijk is, maar dat de overheid dit beter kan dragen dan wie ook. De kans dat de rechter de overheid veroordeelt tot schadevergoeding wordt klein geacht.¹¹ Voor alle duidelijkheid: het ‘invaren’ door de wetgever staat los van de vereiste compensatie voor onder meer de beëindiging van de

⁸ Vgl. Consultatiedocument p. 94-96, 98-101.

⁹ Consultatiedocument p. 85, 100 en 190.

¹⁰ Vgl. R.H. Maatman & E.M.T. & Huijzer, Pensioenfondsen op zoek naar schaalvergroting: van opf naar apf of ofp, *Ondernemingsrecht* 2017/33.

¹¹ A. van Marwijk Kooy, Invaren na de Hoofdlijnennotitie: juridisch aanvaardbaar, maar alle hens aan dek, *Pensioen Magazine* 2020/106; E. Lutjens, Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar, *TPV* 2020/20.

doorsneesystematiek. Compensatie is primair een aangelegenheid voor pensioenfondsen.¹² Ik verwijs naar de paragrafen 7 en 8.

- b) Handhaving van het individueel bezwaarrecht met toepassing van collectiviteitkringen. De pensioendeelnemer stemt in met 'invaren' tenzij deze bezwaar maakt. Dat is conform de geldende wetgeving. Art. 20 jo art. 83 lid 2 onder a Pw bepalen dat de degene die bezwaar uit, zijn rechten ongewijzigd behoudt. Nieuw in mijn voorstel is een regeling die verdere gevolgen verbindt aan dat bezwaar. In dat geval zouden de aanspraken of rechten van de bezwaarmakers (en de verplichtingen van het pensioenfonds als tegenhanger daarvan) onderdeel moeten gaan vormen van een afgescheiden vermogen dat juridisch toebehoort aan hetzelfde pensioenfonds.¹³ Dat afgescheiden vermogen moet een collectiviteitkring zijn van dat pensioenfonds.¹⁴ We kunnen die collectiviteitkring aanduiden als een voorzettingskring of afwikkelfonds. Dit betekent dat de wetgever moet regelen dat bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en beroepspensioenfondsen collectiviteitkringen kunnen aanhouden, zoals dat nu reeds is geregeld voor algemeen pensioenfondsen. Eventueel kan een collectiviteitkring later via de weg van art. 84 Pw worden samengevoegd met een of meer andere collectiviteitkringen van hetzelfde pensioenfonds of met een collectiviteitkring van een ander pensioenfonds, bijvoorbeeld als daarmee belangrijke schaalvoordelen kunnen worden behaald. Dat 'andere pensioenfondsen' zou ook een algemeen pensioenfonds kunnen zijn. De ongewijzigde bestaande pensioenen in de collectiviteitkring worden beheerd in overeenstemming met de geldende solvabiliteitsregels (lees: het huidige FTK).
- c) Collectief bezwaarrecht voor belangenverenigingen met toepassing van collectiviteitkringen. Ik verwijs naar Lutjens, Heemskerk & Maatman.

Oplossing (b) reduceert het invaar risico aanmerkelijk. Zij vereenvoudigt de transitie naar het nieuwe contract en maakt de tijdsduur en mijlpalen beheersbaar. Het bestaande individuele bezwaarrecht blijft ongewijzigd. Degene die bezwaar maakt behoudt zijn bestaande aanspraken of rechten. Van onrust in verband met het afschaffen van het individueel bezwaarrecht kan in deze variant uiteraard geen sprake zijn.

Er is een belangrijke kanttekening. Als pensioenen onderdeel worden van een afgescheiden vermogen, verslechtert mogelijk het pensioenvooruitzicht van pensioendeelnemers. In die collectiviteitkring komen geen nieuwe middelen (premie); het beleggingsbeleid zal waarschijnlijk behoudend moeten zijn waardoor het uitzicht op indexatie verder slinkt. De uitvoeringskosten zullen mogelijk stijgen en denkbaar is dat de pensioenuitvoerder genoodzaakt zal zijn tot het verminderen ('korten') van mijn aanspraken. Daarom is essentieel dat de overheid, sociale partners en pensioenfondsen pensioendeelnemers moeten waarschuwen voor de mogelijke gevolgen van hun eventuele bezwaren. Een publiekscampagne vergelijkbaar met orgaandonatie lijkt daarvoor geschikt: "U heeft een bezwaarrecht en u mag bezwaar maken tegen 'invaren', maar als u dat doet, zijn dit de

¹² Vgl. D. Boeijen, Ch. de Groot, M. Heemskerk, N. Kortleve en R.H. Maatman, *Compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek*, Netspar Design Paper no 135.

¹³ Daarmee worden de vermogens die zijn bestemd voor de bestaande pensioenopbouw en het nieuwe contract van elkaar gescheiden. Als dat niet gebeurt, kunnen de rechten verwateren. Het consultatiedocument (p. 73, 75, 83, 99) signaleert terecht dat deze verwatering (kruissubsidiëring) "nadelig en ongewenst" is.

¹⁴ Dit vereist een eenvoudig [minimale] wijziging van de definitie van 'collectiviteitkring' in art. 1 Pw.

gevolgen en die komen voor uw rekening. *Mogelijk in uw voordeel maar waarschijnlijk in uw nadeel.*¹⁵ Het is een voorbeeld van de later te bespreken zorgplicht: derden die de pensioendeelnemers moeten informeren of waarschuwen en hen in staat moeten stellen weloverwogen keuzes te maken. In dit geval: bezwaar maken óf zich van bezwaar te onthouden.

6. Persoonlijker pensioen en verdeling

Als pensioen niet langer een belofte inhoudt, moet er iets vertrouwenwekkends terugkomen. De stelselwijziging betekent een overstap naar een persoonlijker pensioen, waarbij de deelnemer in de gaten kan houden hoe de voor hem (m/v) gereserveerde ‘pensioenpot’ zich ontwikkelt. De deelnemer kan zien wat zijn beginsaldo is, zijn premie-inleg, het aan hem toegerekende rendement en het eindsaldo. Als hij ervoor kiest op de pensioendatum 10% van zijn saldo op te nemen, ziet hij de gevolgen daarvan.¹⁶ De pensioengerechtigde die pensioen geniet, kan op vergelijkbare wijze zijn saldi volgen. Het is aannemelijk dat dit inzicht het vertrouwen van pensioendeelnemers in het pensioenstelsel zal versterken.¹⁷ Het is de uitwerking van de eerder geuite wens om te komen tot ‘heldere eigendomsrechten’ in verband met pensioen.¹⁸

In het huidige stelsel is het pensioenfonds fiduciair eigenaar van een ongedeeld pensioenvermogen ten behoeve van een veelheid van pensioendeelnemers. Individuele pensioendeelnemers zijn niet pro rata deelgerechtigd; er is geen sprake van een scheiding op het niveau van cohorten (deelnemers, slapers of pensioengerechtigden). Als dat collectief vermogen wordt verdeeld naar individuele saldi, roept dat vragen op. Zijn de verdeelregels ‘eerlijk’ en leiden zij tot een billijk resultaat voor alle cohorten? En als dat niet zo is, mogen pensioenfondsen de uitkomst van die berekening bijstellen? Een ander vraagstuk betreft de afschaffing van de doorsneesystematiek. De huidige 40- tot 50-jarigen krijgen daardoor een lager pensioenvooruitzicht. Volgens het Pensioenakkoord krijgen zij daarvoor per cohort compensatie. De daaraan ten grondslag liggende methodiek zou tot stand moeten komen in een iteratief proces tussen sociale partners en pensioenfondsen.¹⁹ Als er een verdeling is op het niveau van cohorten, kunnen er individuele pensioendeelnemers zijn die disproportioneel nadeel ondervinden, als gevolg van ‘invaren’ of bijvoorbeeld leeftijddiscriminatie. Compensatie zal nodig zijn om dat nadeel tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen.²⁰

7. Verdeling en herverdeling

¹⁵ Volgens het consultatiedocument (p. 52) blijft het bestaande financieel toetsingskader van kracht voor gesloten pensioenfondsen, dat zijn pensioenfondsen waarin geen premie meer binnenkomt en die ‘slechts’ de bestaande pensioenopbouw ‘afwikkelen’.

¹⁶ Stb. 2021/20. Dit is geregeld als een gedeeltelijke afkoop van pensioen. Dit onderdeel van de wet treedt waarschijnlijk pas per 1 januari 2022 in werking. Eerst moeten mogelijke uitvoeringsproblemen worden opgelost. Zie *Handelingen I*, 2020/21, EK 18.

¹⁷ Consultatiedocument p. 10.

¹⁸ Vgl. J. Tangelder, *Naar een duidelijk eigendomsbegrip*, Netspar Design Paper 107 (2018).

¹⁹ Consultatiedocument p. 44, 45, 63, 66, 75, 86, 88-89. Het ‘iteratief proces’ geeft aan dat de verantwoordelijkheden niet scherp zijn afgebakend. Zo schrijven de auteurs op p. 89 dat sociale partners bepalen wat een adequate compensatie is. Volgens p. 88 ligt het besluit “over de inzet van vermogen bij invaren” bij het pensioenfonds.

²⁰ Vgl. M.J.C.M. van der Poel, Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen, *TPV* 2018/29; D. Boeijen, Ch. de Groot, M. Heemskerck, N. Kortleve en R.H. Maatman, *Compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek*, Netspar Design Paper no 135.

Het wetsvoorstel zou aan individuele pensioenfondsen de bevoegdheid moeten geven om de uitkomst van de rekenkundige individuele toedeling zo nodig te corrigeren, om daarmee een verdeling van het pensioenvermogen te bereiken die evenwichtig is. Fondsspecifieke correcties lijken mij beter dan een generieke regeling; die kan leiden tot onbalans bij fondsen die nu relatief 'in evenwicht' zijn en kan bij andere fondsen scheefgroei verergeren. Denkbaar is dat die correctiebevoegdheid wordt beperkt tot een nader te bepalen maximum en wordt gekoppeld aan feiten en omstandigheden die pensioenfondsen in hun afwegingen mogen (of moeten) betrekken. Daarover is een discussie gaande; de vraag of gebeurtenissen in het verleden moeten worden meegewogen.²¹ Mag een rol spelen dat tot 2004 eindloonregelingen algemeen gangbaar waren en dat onvoldoende is betaald voor backservice-verplichtingen en dat de huidige pensioengerechtigden daarvan profiteren? Dat de gemiddelde levensverwachting aanzienlijk is gegroeid en dat de huidige pensioengerechtigden daarvoor geen premie hebben betaald? De Minister wil terugkijken: hij schrijft dat feiten en omstandigheden uit het verleden (zoals premiedemping en "het langdurig uitstellen van kortingen") onderdeel zijn van een 'decentrale afweging'. Hij wil een handleiding opstellen met daarin "een kwalitatieve en feitelijke duiding" van de verschillende relevante factoren om daarmee "een handvat te bieden waarmee decentrale partijen tot de voor hun passende, generatie-evenwichtige besluitvorming kunnen komen."²²

8. Alleen 'prospectief' compenseren en corrigeren

Het lijkt mij ondoenlijk alle relevante factoren uit het verleden te inventariseren en in een nieuwe afweging te betrekken. Daarenboven geldt dat die factoren in het verleden *zijn* meegewogen in besluiten van pensioenfondsbesturen. Rechtsens worden die besluiten geacht te zijn gebaseerd op een evenwichtige belangenafweging. Ik zie geen valide reden om het resultaat daarvan - de bestaande vermogenspositie - te wijzigen met achterafkennis. Het lijkt mij praktisch én beter verdedigbaar om de bevoegdheid tot compensatie en correctie te beperken tot de transitie als zodanig en de gevolgen daarvan. Ik noemde reeds de gevolgen van invaren en leeftijdsdiscriminatie. Een ander voorbeeld is de verdeling van het vermogen en de toerekening van beleggingsresultaten. Door de voorgestelde discontovoet (die bepalend is voor de contante waarde van pensioenen) krijgen pensioengerechtigden een relatief klein deel van het collectief vermogen toegerekend. In combinatie met het voornemen tot levensloop-beleggen (*life cycle*) dreigt er voor pensioengerechtigden een mager pensioen. Aan de jurisprudentie kunnen argumenten worden ontleend om te stellen dat een verslechtering van het pensioenperspectief compensatie vereist.²³ Tot slot noem ik langlopende herstelplannen om de dekkinggraad van pensioenfondsen op het vereiste niveau te brengen. Die zullen door de stelselwijziging voortijdig eindigen. Hoe rekenen we af

²¹ Vgl. R. Mehlkopf, FD (Pensioenpro) 8 januari 2021: 'Laat het verleden rusten bij invaren'. Anders M. Pikaart, FD (Pensioenpro) 14 januari 2021: 'Meenemen verleden bij stelseltransitie is onvermijdelijk'. Th. Kocken waarschuwt voor het 'terugwerkend aanpassen van regels': "Zorg dat nieuw pensioenstelsel niet bij voorbaat strandt", Het Financieele Dagblad 13 januari 2021.

²² *Kamerstukken II 2020/21*, 32043 nr. 554. Met die decentrale partijen zal de Minister sociale partners en pensioenfondsen bedoelen.

²³ Hof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2080, *PJ 2020/131* m.nt Van Marwijk Kooy (Euronext II) en Hof Amsterdam, 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, *PJ 2019/72* m.nt. Van Slooten (Euronext I), hoewel de onderbouwing daarvan een "problematisch onderdeel" is van de uitspraak, aldus Van Slooten.

met de volgens die plannen verschuldigde betalingsverplichtingen?²⁴ Het pensioenfonds zou daarvoor beleid moeten ontwikkelen. Er kan een aantal ‘gevalstypen’ worden onderscheiden en er kan een gezichtspuntencatalogus worden opgesteld.²⁵ Het pensioenfonds zal beleid moeten ontwikkelen voor herverdeling. Elders is voorgesteld om daarvoor billijkheidsbeginselen of *fairness beliefs* op te stellen.²⁶ Vormen van solidariteit die leden tot welvaartswinst kunnen daarin een plaats hebben.²⁷

9. Het wezen van een pensioenfonds

Meer in zijn algemeenheid rijst de vraag of het pensioenfonds de bevoegdheid moet krijgen tot herverdeling van financiële schokken die verschillende cohorten van pensioendeelnemers asynchroon kunnen treffen. Daar zijn goede argumenten voor. Volgens de Pensioenrichtlijn (IORP II) is een pensioenfonds een instelling die financiële diensten aanbiedt maar die ook een sociale, verbindende functie heeft.²⁸ Het pensioenfonds als financiële instelling verzekert tegen biometrische risico’s en het belegt en beheert pensioenvermogen; het is een belangrijke speler op financiële markten. De sociale functie kan zich uiten in bijvoorbeeld het pensioendoel (voorzetten levensstandaard), financieel en maatschappelijk rendement, intergenerationele risicodeling, een vertrouwensband tussen sociale partners en pensioenfonds en in de vrijheid om lusten en lasten in verband met pensioenen ‘eerlijk’ te verdelen onder cohorten pensioendeelnemers. De sociale en samenbindende functie van pensioenfondsen staat sinds de eeuwwisseling onder druk. Er is aanleiding voor een herwaardering van die sociale functie, gelet op de financiële schokken die zich sindsdien hebben gemanifesteerd. Vandenbroucke wijst op de ‘fundamenteel onzekere wereld’ en de rol van het pensioenfonds. Hij vindt dat het pensioenfonds een bevoegdheid tot herverdeling behoeft en deze moet inzetten voor de pensioendeelnemers; om hun onzekerheid over de toekomst te mitigeren. Daarbij hoort dat die deelnemers erop mogen vertrouwen dat het pensioenfonds het pensioencontract zo goed mogelijk uitvoert en de flexibiliteit heeft “tot billijke aanpassingen omwille van economische, financiële of demografische omstandigheden”.²⁹ Recent onderzoek duidt erop dat de hoogte van de pensioenpremie onder het nieuwe stelsel een effectief instrument is voor

²⁴ Vgl. HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *PJ* 2016/101 m.nt Lutjens (Alcatel). Die problematiek komt ook aan de orde in Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2930 (Pensioen AFM).

²⁵ ‘Gevalstypen’ en ‘gezichtspuntencatalogus’ zijn begrippen die ik leen van het Haviltex-criterium. Het zijn principes waarmee de rechter vaststelt wat de bedoeling van partijen was bij de totstandkoming van een overeenkomst. Zie *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 2.12.2 en *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/373 e.v. De Hoge Raad onderscheidt gevalstypen waarbinnen de omstandigheden van het concrete geval, met inachtneming van maatstaven van redelijkheid en billijkheid bepalend zijn voor het oordeel. Zie ook *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/64 en het oordeel van de Hoge Raad inzake aardbevingsschade waarover Lindenbergh 2020, (T&C BW), art.6:162 BW, aant. 8.

²⁶ R.H. Maatman, Doelgericht pensioenfondsbesturen: over de toegevoegde waarde van een pensioenfonds, *Pensioen Magazine* november 2020.

²⁷ Er zijn echter vormen van solidariteit (zoals het verbod op ringfencing, art. 123 lid 1 Pw) die geen welvaartswinst opleveren en waarvoor ik geen rechtvaardiging zie. Solidariteit mag uiteraard evenmin een dekmantel zijn van willekeur.

²⁸ Richtlijn 2016/2341/EU van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV’s), *PbEU* 2016, L 354. Nader over het ‘wezen’ van een pensioenfonds, R.H. Maatman, “Zonder doel kun je niet sturen. Over pensioenfonds, doelstelling, governance en toezicht”, in: J.H. Tamerus & C.W. Van Dedem (red.), *Waartoe zijn pensioenfondsen op aarde?*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 141 – 166.

²⁹ F. Vandenbroucke, *Collectiviteit, solidariteit en zekerheid in het pensioenakkoord*, p. 6 en 16, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 32 043, nr. 520.

dergelijke aanpassingen.³⁰ De idee is dat financiële schokken die leiden tot welvaartswinst of -verlies (koopkracht) procentueel in gelijke mate voor rekening komen van pensioen- én aanspraakgerechtigden. Als de daarbij horende berekeningen kloppen, wordt het pensioen tevens veel minder kostbaar. Het zou mogelijk moeten zijn het gewenste pensioenresultaat te bereiken met een veel lagere pensioenpremie dan 30% van de pensioengrondslag die de regering voor ogen heeft.³¹ De idee is dat financiële schokken die leiden tot welvaartswinst of -verlies (koopkracht) procentueel in gelijke mate voor rekening komen van pensioen- én aanspraakgerechtigden. Het pensioenfonds zou via de premie periodiek een welvaartscorrectie kunnen toepassen op ieders pensioensaldo. Als het daadwerkelijk mogelijk blijkt om met een aanzienlijk lagere premie welvaartswinst te boeken, zullen deze voordelen opwegen tegen de nadelen van een fluctuerende premie en de minder inzichtelijke ontwikkeling van het pensioen in nominale termen.³²

Met deze bevoegdheid tot 'billijke aanpassingen' (herverdeling) kan een pensioenfonds zich onderscheiden van een verzekeraar, bank of beleggingsinstelling.³³ Een pensioenfonds kan zijn toegevoegde waarde onderstrepen als zijn (her)verdeling draagvlak heeft onder alle cohorten. Dat is een moeilijke en ondankbare taak, want er zullen individuen of cohorten zijn die zich tekort gedaan voelen.³⁴ De voor die taak vereiste kennis en vaardigheden moet zijn weerslag hebben op het pensioenfondsbestuur, de kwaliteit van de beleidsvoorbereiding, besluitvorming, geïnternaliseerd intern toezicht, verantwoording, kostenbewustzijn, correctiemechanismen, transparantie, cultuur, normen en waarden. Consolideren met een ander pensioenfonds kan noodzakelijk zijn om een betere governance of een beter pensioenresultaat te verkrijgen.

10. Prudent person-regel of zorgplichten

Hoe moeten pensioenfondsden het pensioenvermogen beheren? Er zal niet langer sprake zijn van één onverdeeld pensioenfondsvermogen. Dat vermogen wordt toebedeeld aan individuele

³⁰ Vgl. A. Boot, C. Teulings & P. de Beer, Een beter Pensioenakkoord met risicodeling via premies, *ESB* 2020/4793; J.M.G. Frijns & J. Mensonides, Pensioenakkoord is in deze vorm beslist niet toekomstvast, *MeJudice* 6 augustus 2020; F. Vandenbroucke, *Collectiviteit, solidariteit en zekerheid in het pensioenakkoord*, UvA 8 juni 2020 (bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 32 043, nr. 520) en in *FD/Pensioenpro* 24 september 2020, allen onder verwijzing naar het zogenoemde Musgrave-criterium.

³¹ De 30% is onderdeel van het Pensioenakkoord, zie ook consultatiedocument p. 200. Ik vind dat de auteurs de vaststelling van de hoogte van de premie ten onrechte aanmerken als een bevoegdheid die exclusief toekomt aan sociale partners (consultatiedocument p. 106, 108). De ervaring leert dat sociale partners bij de vaststelling en verdeling van de loonruimte de belangen van de deelnemers en de werkgever(s) laten prevaleren; slapers en pensioengerechtigden onderhandelen niet mee. In het bijzonder bedrijfstakpensioenfondsden zouden in staat moeten zijn de hoogte van de premie (mede) te bepalen. Het pensioenfonds zou moeten toetsen of de premie past bij de overeengekomen pensioenambitie – de beoogde welvaart voor alle leeftijdscohorten. Die taak past bij de bij de trustee-rol en de institutionele verplichtingen van het pensioenfonds; het fonds dat opkomt voor de belangen van alle begunstigden en verantwoordelijkheid draagt voor het pensioenproduct dat het aanbiedt.

³² Dit laatste betekent dat de pensioendeelnemer de ontwikkelingen op zijn 'pensioenafschrijf' minder goed kan volgen. Dit nadeel is beperkt als het mogelijk is die welvaartscorrectie te objectiveren; dan zijn de pensioendeelnemers op dit punt niet 'overgeleverd' aan de subjectieve beoordeling door het pensioenfonds.

³³ Een bijkomend voordeel is die bevoegdheid bijdraagt aan de solidariteit die het pensioenfonds bewerkstelligt, hetgeen de houdbaarheid van de verplichtstelling versterkt. Vgl. E. Lutjens, *Verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar*, advies bij de Hoofdlinjennotitie; M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (2020), § 7.4.4.2 en R.H. Maatman & J. den Breems, *Verplichtstelling houdbaar bij uitvoering pensioenakkoord*, *TPV* 2019/5.

³⁴ De evenwichtige belangenafweging als norm voor bestuurlijk handelen werd geïntroduceerd met de verdeling van zogenoemde 'overwinsten' voor ogen, vgl. *Kamerstukken II 1987/88*, 19 008, nr. 16.

pensioendeelnemers. Méér dan nu het geval is, krijgen pensioendeelnemers keuzes voorgelegd die invloed hebben op hun pensioen. Het recht om op de pensioendatum maximaal 10% van de waarde van de pensioenaanspraken op te nemen ('afkoop') zal waarschijnlijk in 2022 worden ingevoerd. Het is een 'voortrein' van de uitwerking van het Pensioenakkoord. De AFM is hierover positief, maar wijst erop dat de stapeling van keuzes kan leiden tot een 40 -50% lager pensioeninkomen op 80-jarige leeftijd.³⁵ Eerder hebben Leloux en ik kanttekeningen geplaatst bij de overvloed aan opties die de wetgever heeft opgenomen in de Wet verbeterde premieregeling.³⁶ Die leiden tot verstrekkende informatieverplichtingen aan de zijde van de pensioenuitvoerder. Die verplichtingen en, als reciproke, de keuzestress bij de deelnemers, zijn beheersbaar als het pensioenfonds die opties niet aanbiedt en het fonds de verantwoordelijkheid behoudt voor de beleggingen. Volgens het consultatiedocument moet daar verandering in komen en zijn de voorkeuren van de pensioendeelnemers bepalend voor het handelen van de pensioenuitvoerder.³⁷ Dit betekent onder meer dat de pensioenuitvoerder de risicohouding van (cohorten van) pensioendeelnemers moet onderzoeken en daarop de uitvoering van het beleggingsbeleid moet baseren.³⁸ Het consultatiedocument stelt dat de pensioendeelnemers daarbij bescherming ontnemen aan de prudent person-regel, omdat het pensioenfonds in hun belang moet beleggen.³⁹ Daarmee voedt het consultatiedocument de begripsverwarring over de prudent person-regel en het onderscheid met zorgplichten. De prudent person-regel is van toepassing in een fiduciaire verhouding; als er een scheiding is tussen juridische macht en economisch belang. Wanneer het handelen van de een, een ander economisch (financieel) in zijn belangen treft. Zorgplichten zijn van toepassing als de deelnemer handelt voor eigen rekening; als hij de verantwoordelijkheid voor de beleggingen overneemt of wanneer van hem bepaalde keuzes worden gevraagd. De nakoming van zorgplichten moet leiden tot geïnformeerde pensioendeelnemers; zodat zij daadwerkelijk in staat zijn om voor eigen rekening te handelen (kiezen).⁴⁰ Als het pensioenfonds verantwoordelijk is voor de beleggingen maar deze zijn beleggingsbeleid moet baseren op de risicohouding van de pensioendeelnemers, gaan zorgplichten en fiduciaire verplichtingen door elkaar lopen.⁴¹

Het consultatiedocument verwacht teveel van pensioendeelnemers. Het pensioenfonds moet zorgen dat de pensioendeelnemer voldoende inzicht verkrijgt om zélf te besluiten wat goed voor hem is. Het pensioenfonds moet hem informeren, onderzoeken wat hij wil, hem adviseren en waarschuwen. Het consultatiedocument introduceert zelfs een nieuwe zorgplicht: de pensioenuitvoerder moet de pensioendeelnemer *aanzetten tot relevante actie*.⁴² Hij maakt zijn keuzes of voorkeuren (waaronder zijn risicohouding) kenbaar aan het pensioenfonds. Het pensioenfonds voert die uit en de gevolgen zijn voor rekening van de pensioendeelnemer. Die wordt geacht te weten wat hij doet en de gevolgen te kunnen overzien. Dát is de lijn van denken blijktens het consultatiedocument.

Dat lijkt mij een verkeerde weg. Pensioen is ingewikkeld en wordt geen favoriete vrijetijdsbesteding. Pensioendeelnemers hebben al genoeg kopzorg; ik denk dat de overgrote meerderheid wil dat het

³⁵ Consultatiereactie AFM van 9 december 2019, p. 3-4.

³⁶ R.H. Maatman & S. Leloux, Wet verbeterde premieregeling, *Ondernemingsrecht* 2017/4.

³⁷ Consultatiedocument p. 109 – 11.

³⁸ Art. 52a lid 1 Pw en art. 52 (concept); consultatiedocument p. 106-107.

³⁹ Consultatiedocument p. 19, 21-22, 27, 54.

⁴⁰ R.H. Maatman, Pensioenfondsen en zorgplichten: uitdijen of indammen?, in: Busch e.a. (red), *Zorgplicht in de financiële sector*, O&R nr. 122, Deventer Kluwer 2020.

⁴¹ Consultatiedocument p. 147, 160, 167; Art. 52a en 52b Pw (concept).

⁴² Consultatiedocument p. 116; art. 48 lid 4 Pw (concept).

pensioenfondsen hen 'ontzorgt'. Bovendien: pensioendeelnemers vertonen tijdinconsistent gedrag. Vanaf volgende maand ga ik elke week naar de sportschool – we weten hoe dat gaat. Zij zijn ook van nature risicomijdend. Een goed pensioen vereist dat het pensioenfonds zoveel mogelijk risico neemt. Zonder risico geen rendement en een schraal pensioen. Dat is werk voor specialisten, niet voor pensioendeelnemers die op grond van hun buikgevoel consistent verkeerde beleggingskeuzes maken.

In plaats van zorgplichten pleit ik daarom voor fiduciaire plichten. Een deskundig pensioenfonds als *trustee*: het fonds belegt en verzekert in het beste belang van de pensioendeelnemers en presteert zoals van een professional mag worden verwacht. De prudent person-regel is van toepassing.⁴³ Aan die fiduciaire verplichtingen kan de pensioendeelnemer bescherming ontnemen. Er moeten waarborgen zijn die dat vertrouwen rechtvaardigen. Ik verwijs naar de vorige paragraaf met betrekking tot de governance van pensioenfondsen.

Prof. mr. René Maatman

Hoogleraar vermogensbeheer en pensioenvraagstukken

Radboud Universiteit Nijmegen



⁴³ De prudent person-regel leidt tot fiduciaire plichten. Zij heeft haar oorsprong in een trustverhouding: de scheiding tussen juridische macht en economisch belang. Het pensioenfonds is gebonden aan fiduciaire plichten als het pensioenfonds voor rekening van de deelnemer kiest. Het pensioenfonds 'biedt' zorgplichten als de deelnemer voor zichzelf (voor eigen rekening) moet kiezen. In het consultatiedocument (p. 54) versmalt de regering de prudent person-regel tot de eis dat de pensioenuitvoerder belegt in het belang van de pensioendeelnemers.



BIJLAGE bij de reactie van prof. mr. René Maatman op het consultatiedocument Wet toekomst pensioenen

Hieronder zijn enkele passages geciteerd uit het consultatiedocument ('Memorie van Toelichting'), voorzien van mijn ("RHM") eerste reactie.

p.8

Dit wetsvoorstel biedt ruimte voor een nieuw type pensioenovereenkomst. Het wettelijk kader voor bestaande pensioenovereenkomsten wordt aangepast. Het nieuwe type pensioenovereenkomst wordt in de Hoofdlijnennotitie aangeduid als 'het nieuwe contract'. Deze benaming is echter niet geschikt om in wetgeving vast te leggen, al was het maar omdat de kans bestaat dat er over een aantal jaren een nog nieuwer pensioencontract wordt ontwikkeld. In de consultatiefase van dit wetsvoorstel is de benaming 'het nieuwe contract' nog aangehouden. Bij de verwerking van de reacties op de internetconsultatie zal de regering voor deze pensioenovereenkomst een definitieve naam bepalen, waarin de kenmerken van deze overeenkomst duidelijker tot uitdrukking komen.

RHM: Ik stel voor de aanduiding "ambitieovereenkomst" te gebruiken voor het nieuwe contract. Indachtig het gedachtegoed van Jan Tamerus meen ik dat deze aanduiding vereist dat het nieuwe contract in voldoende mate 'stuurt' op het pensioenresultaat, te weten het realiseren of het behoud van koopkracht.

p. 18

De risicohouding per leeftijdscohort is een belangrijk uitgangspunt voor de inrichting van het beleggingsbeleid en afhankelijk van de pensioenregeling ook voor de uitwerking van toedelingsregels, inclusief afspraken over de solidariteitsreserve en eventuele spreiding van schokken. Hiermee wordt geborgd dat pensioenuitvoerders zich goed rekenschap geven over hoeveel risico hun deelnemers willen en kunnen lopen in de hoogte van hun pensioen en aldus beleggen in het belang van de deelnemers (prudent person beginsel). Bij de vormgeving van het beleggingsbeleid en de uitwerking van toedelingsregels moet dan ook nadrukkelijk worden aangesloten op de risicohouding per leeftijdscohort. En ook nadien wordt periodiek getoetst of het gevoerde fondsbeleid nog steeds past bij de vastgestelde risicohouding. (...) Het is van belang voldoende informatie bij deelnemers te verkrijgen over hun risicopreferenties om daarmee ook rekening te kunnen houden in het beleggingsbeleid en vormgeving van de regeling waaronder de verdeelregels.

p. 21 - 22

Voorts dient periodiek, in het kader van prudent person, getoetst te worden of het beleggingsbeleid (nog) past bij de vastgestelde risicohouding per leeftijdscohort. (...) Op grond van het prudent person principe wordt periodiek getoetst of het beleggingsbeleid past bij de vastgestelde risicohouding.

RHM: deze passages negeren dat het vermogensbeheer specialistenwerk. Zij kennen teveel gewicht toe aan het 'buikgevoel' van pensioendeelnemers en miskennen de reikwijdte van de prudent person-regel. Ik verwijs naar paragraaf 10 hiervoor.

Zie ook p. 54:

Via de prudent-person regel in het huidige financieel toetsingskader wordt geborgd dat pensioenuitvoerders beleggen in het belang van hun aanspraak- en pensioengerechtigden. Hierbij gelden diverse regels ten aanzien van de beleggingen, uitgewerkt in lagere regelgeving. Eén van de eisen is dat het strategisch beleggingsbeleid moet aansluiten op de risicohouding om te borgen dat de pensioenuitvoerders zich goed rekenschap geven hoeveel risico hun deelnemers willen en kunnen lopen in de hoogte van hun pensioen en aldus beleggen in het belang van de deelnemers.

RHM: deze passage miskent de reikwijdte van de prudent person-regel.

p. 26

Eén van de voordelen van het nieuwe contract is dat in de opbouwfase - op basis van de risicohouding van verschillende leeftijdscohorten – al op een gerichte wijze rekening kan worden gehouden met de stand van en veranderingen in de rente, waardoor het in de toekomst verwachte pensioen in de opbouw- en uitkeringsfase al stabiel kan worden gehouden. De voorgeschreven gerichte ex ante toedeling van beschermingsrendement naar leeftijdscohorten zorgt hiervoor.

RHM: deze passage begrijp ik niet. De eerste zin niet: "...dat in de opbouwfase (...) al op een gerichte wijze rekening kan worden gehouden met de stand van en veranderingen (sic) in de rente...." en ik begrijp evenmin waarom de tweede zin een probleem (?) oplost dat in de eerste zin wordt gesignaleerd (?).

p. 39

Het systeem van vooraf mogen toewerken naar een richtdekkingsgraad die noodzakelijk is voor het invaren wordt gezien als een vorm van een herstelplan in de zin van art. 14 IORP II richtlijn naar een daadwerkelijk benodigd vermogen.

RHM: Deze passage behoeft een toelichting; ik kan deze zin niet volgen.

p.42

Een pensioenfonds dat gebruik maakt van het transitie-ftk, groeit vanaf 2022 naar een richtdekkingsgraad van minimaal 95% op uiterlijk 1 januari 2026.

Idem p. 47

RHM: Ik mis de onderbouwing van de 95%.

p. 45

Het verantwoordingsorgaan krijgt met dit wetsvoorstel een (jaarlijks terugkerend) adviesrecht ten aanzien van het overbruggingsplan. Als het verantwoordingsorgaan niet om advies wordt gevraagd, het advies van het verantwoordingsorgaan niet wordt opgevolgd of als het advies vanwege later bekend geworden feiten en omstandigheden zou moeten worden herzien, kan het gebruik maken van het beroepsrecht uit artikel 217 van de Pensioenwet.

RHM: Hiermee wordt teveel macht toegekend aan het VO. Het beroepsrecht is een zwaar middel. Onder de huidige omstandigheden is het VO - gemiddeld genomen - onvoldoende geëquipeerd om te functioneren als een medezeggenschapsorgaan. Het is een orgaan dat verantwoording in ontvangst neemt, over die verantwoording een opvatting ventileert en het adviseert. Zo is het ook bedoeld door de wetgever. Indien het advies niet wordt gevraagd of opgevolgd, kan het VO zich tot de Ondernemingskamer wenden, hetzij via de beroepsprocedure (art. 217 Pw) hetzij via het enquêterecht (art. 219 Pw). De wetgever zou m.i. terughoudend moeten zijn in het toekennen van additionele beroepsmogelijkheden, vanwege de enorme impact van alleen al een dergelijke procedure – dus ongeacht de uitkomst daarvan. Zij kan de besluitvorming lamleggen. De dreiging om het rechtsmiddel in te zetten kan leiden tot een disproportionele beïnvloeding.

p. 92

De veranderingen in het netto of bruto profijt moeten in kaart gebracht worden voor alle leeftijdscohorten en per deelnemersgroep op het moment van de transitie. Dat betekent in ieder geval afzonderlijk voor de actieven, gewezen deelnemers, arbeidsongeschikte deelnemers, pensioengerechtigden en andere aanspraakgerechtigden. Het in kaart brengen hiervan is de verantwoordelijkheid van de werkgever, aangezien deze verantwoordelijk is voor het (laten) opstellen van het transitieplan.

RHM: Daargelaten dat deze passage leidt tot verwarring in de verantwoordelijkheidsverdeling, is de werkgever – in doorsnee – niet geëquipeerd om deze taak op zich te nemen.

p. 93

Daarom is voor het kader waarbinnen deze marktwaarden berekend moeten worden een aparte bijlage bij dit wetsvoorstel opgenomen.

RHM: Het lijkt een illusie om die marktwaarde adequaat te kunnen berekenen. Is het ontbreken van de desbetreffende bijlage bij het consultatiedocument daarvoor symptomatisch?

p. 94

Met dit wetsvoorstel wordt voorgesteld te regelen dat een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling die zich mede uitstrekt tot gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, slechts toelaatbaar is, indien het belang van de werkgever bij die wijziging zodanig zwaarwichtig is dat de belangen van de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken. Dit betreft codificering van bestaande jurisprudentie dat bij pensioen het einde van de arbeidsovereenkomst niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen partijen is uitgewerkt. Die rechtsverhouding wordt, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de

partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Doordat de pensioenovereenkomst wordt voortgezet worden de belangen van de gewezen deelnemer en pensioengerechtigde geborgd.

RHM: De onderstreepte zin is onnavolgbaar – het één (“geborgd”) vloeit niet voort uit het andere (“doordat”). Het consultatiedocument gaat daarenboven voorbij aan het moeilijke vraagstuk of pensioengerechtigden en ‘slapers’ zijn gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst door (organisaties van) werkgever(s) en werknemers.

p. 99

Als sociale partners besluiten om af te wijken van het standaard invaarpad en niet verzoeken om in te varen maar bij het pensioenfonds wel de nieuwe pensioenregeling willen onderbrengen, zal het pensioenfonds bij de besluitvorming over opdrachtaanvaarding van de nieuwe pensioenregeling de verwachte effecten hiervan communiceren aan sociale partners. Het pensioenfonds kan zonder verzoek van sociale partners niet zelfstandig besluiten tot invaren. Wel zal het pensioenfonds aan de sociale partners moeten aangeven of het de analyse, onderbouwing en het besluit van sociale partners om niet in te varen deelt. Het pensioenfonds zal eveneens moeten motiveren hoe het de risico-overdrachten en kruissubsidiëring tussen de bestaande uitkeringsovereenkomst en de nieuwe premieregelingen in één financieel geheel en potentiële ongewenste effecten worden gemitigeerd. Deze gemotiveerde mededeling wordt ter informatie ook aan de fondsorganen verstrekt. Tenslotte zal het pensioenfonds in het communicatieplan moeten aangeven hoe het de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden hierover zowel correct, duidelijk en evenwichtig als tijdig informeert.

RHM: ten aanzien van de invaarproblematiek, de verantwoordelijkheidsverdeling tussen sociale partners en pensioenuitvoerder en de noodzaak tot het vormen van collectiviteitkringen (ringfencing), verwijs ik naar Lutjens, Heemskerk & Maatman. Op dit punt gaat het consultatiedocument voorbij aan de rechtsontwikkeling die wij sinds 2013 hebben gezien op het punt van de scheiding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer (art. 102a Pw).

p. 100

Voorafgaande aan de opdrachtaanvaarding legt het bestuur het voorgenomen besluit tot invaren voor aan het belanghebbendenorgaan of verantwoordingsorgaan. Hierbij geldt dat als het verantwoordingsorgaan negatief adviseert of een geleding van het verantwoordingsorgaan negatief staat tegenover het voorgenomen besluit van het bestuur, terwijl het voorgenomen besluit van de meerderheid van dit orgaan een positief advies krijgt, het bestuur het voorgenomen besluit kritisch dient te bezien en in ieder geval sociale partners, beroepspensioenvereniging of werkgever dient te vragen het verzoek tot invaren te heroverwegen met inachtneming van de negatieve advisering. Dit kan voor hen aanleiding zijn het verzoek tot invaren in te trekken.

RHM: ten aanzien van de invaarproblematiek, de verantwoordelijkheidsverdeling en de noodzaak tot het vormen van collectiviteitkringen (ringfencing), verwijs ik naar Lutjens, Heemskerk & Maatman. Bovendien is het ongepast dat een geleding van het VO, behorend tot de opdrachtnemer, zich gaat bemoeien met de besluitvorming van de opdrachtgever. Dit is bovendien strijdig met art. 102a Pw. Tot slot geldt ook hier dat het VO - gemiddeld genomen - onvoldoende geëquipeerd is om te functioneren als een medezeggenschapsorgaan. Dat geldt temeer voor een geleding binnen het VO.
