

Advies - Wijziging pensioenregeling en waardeoverdracht ('invaren') bij een gesloten pensioenfonds

Prof. dr. Erik Lutjens – 17 maart 2022

Belangrijkste conclusies

- I. In de driepartijenverhouding en gezien de taak van een pensioenfonds stelt de werkgever de pensioenovereenkomst op en voert het pensioenfonds die uit. Werkgever kan ook zijn: de sociale partners.
- II. Het pensioenfonds kan een bevoegdheid hebben om via een wijziging van het pensioenreglement de pensioenovereenkomst te wijzigen doordat de pensioenovereenkomst verwijst naar het pensioenreglement (de pensioenfondsenroute). Andere mogelijkheden voor het pensioenfonds tot het – zelfstandig - wijzigen van de pensioenovereenkomst zijn er binnen de huidige wetgeving niet
- III. De statuten en reglementen van het pensioenfonds moeten bepalen of en in welke mate het pensioenfonds volledig zelfstandig bevoegd is op genoemde manier (via de pensioenfondsenroute) de pensioenovereenkomst te wijzigen.
- IV. Dit geldt zowel bij een gesloten pensioenfonds, een gesloten collectiviteitskring bij een algemeen pensioenfonds als een gesloten pensioenregeling bij een voor andere pensioenregelingen nog ‘open’ pensioenfonds en zowel indien de werkgever nog bestaat, als wanneer deze niet meer bestaat.
- V. Indien het pensioenfonds – op grond van de pensioenfondsenroute – de pensioenovereenkomst wijzigt, is het fonds gebonden aan het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet.
- VI. Dat verbod geldt niet bij collectieve waardeoverdracht in het kader van collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst (artikel 83 Pensioenwet).
- VII. In zowel de Pensioenwet als de Wet toekomst pensioenen (volgens de consultatieversie) is het de werkgever of zijn het de sociale partners die het verzoek tot collectieve waardeoverdracht doen.
- VIII. Het overdragen van die verzoek-bevoegdheid aan het pensioenfonds is wellicht een theoretische optie, maar is naar mijn beoordeling een te vergaand ingrijpen op de zeggenschapsverhoudingen zoals de wetgeving die vastlegt.

- IX. Het overdragen van de bevoegdheid om het verzoek tot collectieve waardeoverdracht te doen is ook niet nodig indien de werkgever nog bestaat, ook al is er een gesloten fonds (c.q. collectiviteitskring of regeling). De werkgever behoudt de zorg voor de pensioenovereenkomst.
 - X. Indien de werkgever niet meer bestaat zou mogelijk een eigen bevoegdheid aan het pensioenfonds toegedicht kunnen worden, maar alleen indien het blijven uitvoeren van de oorspronkelijke pensioenovereenkomst een evidente onaanvaardbaarheid meebrengt.
 - XI. Indien het pensioenfonds zonder overdracht van de bevoegdheid (wat mij ten aanzien van de collectieve waardeoverdracht dus niet aannemelijk lijkt dat dit mogelijk is) zelf tot wijziging van de pensioenovereenkomst (en eventueel waardeoverdracht) besluit, zal de pensioendeelnemer op de pensioenovereenkomst met de werkgever kunnen terugvallen en daar nakoming van kunnen vorderen. Ook hier tenzij het vragen van nakoming onaanvaardbaar is.
 - XII. Een toekenning van een bevoegdheid tot wijziging en collectieve waardeoverdracht bij wet aan het pensioenfonds zou een mogelijke oplossingsrichting kunnen zijn voor het geval de werkgever niet meer bestaat en wijziging in het belang van de pensioendeelnemers is.
-

Inhoud

1. Inleiding

- 1.1. Dit advies gaat in op de vraag:

kan en mag een gesloten pensioenfonds besluiten tot wijziging van de pensioenregeling en tot het omzetten van de opgebouwde pensioenaanspraken naar een premieovereenkomst conform de (beoogde) Wet toekomst pensioenen, zonder dat hier een verzoek van de werkgever aan ten grondslag ligt en zonder dat de pensioendeelnemers de werkgever op nakoming van de (oorspronkelijke) pensioenovereenkomst kunnen aanspreken.

- 1.2. Een zodanige wijziging kan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval - in het belang zijn van de pensioendeelnemers¹. Onder welke omstandigheden dat het geval is, gaat dit advies niet in. Dit advies bespreekt enkel de vraag *of* er een eigen bevoegdheid van het gesloten pensioenfonds kan zijn zoals in de geformuleerde vraag bedoeld.
- 1.3. De volgende paragraaf (2) bespreekt eerst welke ‘gesloten’ situaties zich kunnen voordoen en welke mate van werkgeversbetrokkenheid er kan zijn. De daaropvolgende paragraaf (3) analyseert of de bedoelde wijziging zonder betrokkenheid van de werkgever doorgevoerd kan worden.

2. Verschillende ‘gesloten’ situaties en mate van werkgeversbetrokkenheid

De inleiding spreekt over het gesloten pensioenfonds. Deze paragraaf bespreekt wat dit advies daar onder verstaat en bespreekt andere met een gesloten pensioenfonds vergelijkbare situaties.

2.1. Het gesloten pensioenfonds

Onder een gesloten pensioenfonds verstaat dit advies: het pensioenfonds waarbinnen geen verwerving van pensioenaanspraken meer plaats vindt.² Het is een pensioenfonds zonder

¹ Het begrip pensioendeelnemers gebruik algemeen voor zowel (actieve) deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.

² Dit is ook de omschrijving van gesloten pensioenfonds in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Verzamelwet pensioenen 2017 (onder meer tot wijziging art. 23a Pensioenwet), *Kamerstukken II* 2016-18, 34674, 3.

actieve pensioendeelnemers³; er zijn enkel nog gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.⁴ Artikel 23a Pensioenwet noemt dit de situatie van ‘een pensioenregeling die is beëindigd’.⁵ In de regel zal ook geen premie meer worden betaald aan het gesloten pensioenfonds.

Opmerking. Het geen premie meer worden betaald, behoeft een nuancering. Hieronder is te verstaan dat er geen premie voor de verwerving van pensioenaanspraken voor (actieve) deelnemers meer plaats vindt. Het is zoals onder nr. 2.4 hierna verder te bespreken mogelijk dat een werkgever nog premie is verschuldigd voor andere bestemmingen, zoals premie voor toeslagverlening, inhaalpremies ter reparatie van een tekort situatie of voor kosten.

2.2. De gesloten collectiviteitskring

Een zelfde situatie van geen pensioenverwerving en geen actieve deelnemers kan zich voordoen ten aanzien van een collectiviteitskring binnen een algemeen pensioenfonds. Er is dan een gesloten collectiviteitskring.

2.3. Eén van meerdere regelingen in een multi-employer pensioenfonds

Bij een multi-employer pensioenfonds – dat is: het pensioenfonds dat voor meerdere werkgevers de pensioenregeling uitvoert – is het mogelijk dat voor in de pensioenregeling van één van de werkgevers geen pensioenverwerving meer plaats vindt en geen actieve deelnemer meer zijn. Er is dan een gesloten pensioenregeling.

2.4. De betrokkenheid van de werkgever

Kenmerkend voor de drie ‘gesloten’ situaties is dat er geen pensioenverwerving meer plaats vindt en er geen actieve deelnemers zijn. Dat wil niet zeggen dat er geen werkgeversbetrokkenheid meer is. Het is ook niet noodzakelijk dat de onderneming van de werkgever heeft opgehouden te bestaan. Dit laatste kan wel de situatie zijn, bijvoorbeeld in geval van een faillissement of indien de onderneming anderszins niet meer bestaat. Het is echter ook mogelijk dat een nog bestaande onderneming de pensioenverwerving voor actieve deelnemers voor de toekomst bij een andere pensioenuitvoerder heeft ondergebracht en de niet meer actieve deelnemers inclusief pensioengerechtigden bij de

³ Deze duiding van gesloten pensioenfonds gebruikt de toelichting bij de Nota van wijziging op het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds houdende introductie van art. 23a Pensioenwet, *Kamerstukken II* 2014-15, 34117, 10.

⁴ Alsmede rechthebbenden op partnerpensioen is mogelijk.

⁵ De in voetnoot 3 aangehaalde toelichting spreekt over de in de wettekst geformuleerde situatie van een pensioenregeling die is beëindigd van een gesloten pensioenfonds. Zo ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Verzamelwet pensioenen 2017, aangehaald in voetnoot 2, met de woorden: ‘voor gesloten fondsen’ met tussen haken de verduidelijking: ‘(beëindigde pensioenregelingen)’.

‘oude’ pensioenuitvoerder zijn achtergebleven. In dit laatste geval is er wel een pensioenregeling die is beëindigd, derhalve een gesloten pensioenfonds (resp. gesloten collectiviteitskring of pensioenregeling), maar geen niet meer bestaande werkgever.⁶ Dan is van belang:

- *ten eerste* dat wat hier beëindiging van de pensioenregeling is genoemd *niet* als zodanig het einde van de pensioenovereenkomst impliceert. De beëindiging van de pensioenregeling zoals hier is bedoeld betreft het einde van actief deelnemerschap. De pensioenovereenkomst blijft – uiteraard zou ik willen toevoegen – voortbestaan tussen werkgever en werknemer en ook tussen werkgever en gewezen werknemer en pensioengerechtigde in dan andere hoedanigheid tussen die partijen.

Zie:

- Hoge Raad 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, *PJ* 2013/161 (*ECN*) met het oordeel dat na het einde van de arbeidsovereenkomst er een voortgezette rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer is, namelijk: ‘In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst..’
- *ten tweede* dat na beëindiging van de pensioenregeling uit de pensioenovereenkomst voor de werkgever een blijvende verplichting tot premiebetaling kan voortvloeien (voor andere bestemming dan pensioenverwerving) en wel uit goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) of de algemene redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW), dan wel op grond van specifieke (nawerkende) afspraken in de uitvoeringsovereenkomst.

Zie:

- Hoge Raad 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, *PJ* 2016/1010 (*Pensioenfonds Alcatel*) waar hij overweegt dat de werkgever een ‘zekere verantwoordelijkheid heeft (behouden)’ jegens degenen die opgebouwde pensioenaanspraken bij het pensioenfonds hebben.
- Hof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:25, *PJ* 2020/20 (*Allianz*): veroordeling van de werkgever tot financiering indexatie voor deelnemers voor wie sprake is van een gesloten regeling (ondergebracht bij een verzekeraar).

⁶ Het is ook om deze reden dat in art. 23a Pensioenwet de aanvankelijk in de tekst opgenomen woorden: ‘en de onderneming van de werkgever heeft opgehouden te bestaan’ na de duiding van ‘een pensioenregeling die is beëindigd’ van (*Stb.* 2015, 549), later zijn geschrapt (*Stb.* 2017, 525). Door het schrappen van die woorden is art. 23a Pensioenwet ook van toepassing bij een beëindigde pensioenregeling zonder dat de werkgever heeft opgehouden te bestaan.

- Hof Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:16: op basis van de redelijkheid van artikel 6:2 BW ingevuld met toepassing van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) veroordeelt het hof de werkgever om koopsommen te betalen voor indexering van opgebouwde pensioenaanspraken in een gesloten pensioenregeling (ondergebracht bij een verzekeraar).

In aanmerking nemende deze zojuist besproken voortgezette betrokkenheid en verantwoordelijkheid van de werkgever voor de pensioenovereenkomst, is tegelijk te onderkennen dat de werkgever niet altijd meer bestaat. De volgende situaties van werkgeversbetrokkenheid kunnen er zijn bij een gesloten pensioenfonds (of gesloten collectiviteitskring resp. pensioenregeling):

- 1) de werkgever bestaat nog en er is nog een uitvoeringsovereenkomst;
- 2) de werkgever bestaat nog, maar de uitvoeringsovereenkomst is geëindigd (door verstrijken overeengekomen duur of door opzegging of op grond van een beëindigingsovereenkomst);
- 3) de werkgever bestaat niet meer en er is tevens geen rechtsopvolger (niet onder algemene titel zoals bij een juridische fusie en niet onder bijzondere titel of een in de plaats stelling van de werkgever in de uitvoeringsovereenkomst).

2.5. Betekenis voor bevoegdheid pensioenfonds

Welke invloed de verschillende ‘gesloten’ situaties en de verschillende situaties voor werkgeversbetrokkenheid op de eigen bevoegdheid van het pensioenfonds heeft, komt in de volgende paragraaf tot uitdrukking.

3. Eigen bevoegdheid gesloten pensioenfonds⁷

3.1. Vooraf: de driepartijenverhouding en taken pensioenuitvoerder

Hoewel dit voldoende bekend is, noem ik toch om te beginnen de driepartijen verhouding bij pensioenregelingen tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder gebaseerd op drie te onderscheiden grondslagen⁸:

- 1) de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer (en: gewezen werknemer, gewezen deelnemer, pensioengerechtigde); de pensioenovereenkomst conform artikel 1 Pensioenwet: de pensioenovereenkomst is de overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer betreffende pensioen;
- 2) de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder; de uitvoeringsovereenkomst conform artikel 1 Pensioenwet: de overeenkomst over uitvoering van een of meer pensioenregelingen; deze rechtsverhouding kan ook vorm hebben in een uitvoeringsreglement;
- 3) het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst (na aanvaarding daar van)⁹ en het pensioenreglement dat de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer (en: gewezen deelnemer, pensioengerechtigde) vorm geeft; het pensioenreglement conform artikel 1 Pensioenwet: de regeling met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer, volgens de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen aan te vullen met de verhouding jegens onder meer gewezen deelnemers en pensioengerechtigden.

Er zijn dus drie verschillende grondslagen voor de te onderscheiden rechtsbetrekkingen tussen de partijen. Hierbij is verder van belang dat een pensioenuitvoerder de volgende taken heeft:

- de algemene taak van de pensioenuitvoerder is het uitvoeren van een pensioenovereenkomst (artikel 32 Pensioenwet),
- de neventaak is dat de pensioenuitvoerder een pensioenreglement opstelt in overeenstemming met de pensioenovereenkomst (en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement, artikel 35 Pensioenwet).

⁷ In deze titel spreekt ik gemakshalve over gesloten pensioenfondsen. Ook de andere gesloten situaties bespreekt deze paragraaf.

⁸ Zie ook Asser/Lutjens, Pensioen, 2019, nr. 25 en ook E. Lutjens, De driepartijenverhouding in de Pensioenwet, TPV 2007/9, nr. 5-6.

⁹ Dat sprake is van een derdenbeding heeft HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 aangenomen voor een tussen werkgever en pensioenfonds gesloten overeenkomst en HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, PJ 2022/16 voor de pensioenverzekeringsovereenkomst tussen werkgever en verzekeraar.

Dit samenstel van grondslagen en taken van het pensioenfonds (de pensioenuitvoerder waar dit advies zich op richt) betekent in beginsel dat een pensioenuitvoerder de pensioenovereenkomst uitvoert, zijnde als opgemerkt de overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer, en dat het pensioenreglement in overeenstemming met die pensioenovereenkomst moet zijn.

Deelconclusie: zo bekeken heeft het de schijn dat een pensioenuitvoerder geen eigen bevoegdheid heeft ten aanzien van de inhoud van de pensioenovereenkomst. Deze schijn kent echter een verder in dit advies te duiden nuancering gerelateerd aan de wijze waarop de pensioenovereenkomst vorm krijgt.

3.2. Vaststelling van de pensioenovereenkomst: incorporatie

De pensioenovereenkomst is de overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer, maar daaruit volgt niet dat de inhoud niet door een of meer andere partijen kan zijn op- en vastgesteld.

- Zo kan de inhoud van een pensioenregeling zijn overeengekomen tussen werkgevers- en werknemersverenigingen en vastgelegd zijn in een voor de werkgever bindende cao. De afspraak over de (inhoud) van de pensioenregeling wordt dan gemaakt op het niveau van de sociale partners. Zoals de memorie van toelichting bij de Pensioenwet opmerkt: ‘Voor de rechten en plichten over en weer tussen werkgever en werknemer maakt het echter niet uit, of zij het pensioen feitelijk zelf overeenkomen, dan wel dat de hun vertegenwoordigende organisaties dat doen.’¹⁰
- Hiernaast kan de door organisaties van werkgever en werknemers overeengekomen pensioenafpraak - die veelal in een cao of daarmee vergelijkbaar document, bijvoorbeeld een Pensioenprotocol¹¹ is vastgelegd -, door verwijzing daarnaar in de arbeidsovereenkomst als inhoud van de pensioenovereenkomst gelden tussen werkgever en werknemer (dit is de incorporatie, zoals ook gangbaar is bij verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar een cao).
- Op basis van dezelfde methode van verwijzing kan een door de pensioenuitvoerder opgesteld pensioenreglement in de arbeidsovereenkomst als invulling van de pensioenovereenkomst zijn geïncorporeerd. De memorie van

¹⁰ *Kamerstukken II* 2005-06, 30413, 13, p. 13.

¹¹ Vgl. HR 15 maart 2013, *PJ* 2013/102.

toelichting bij de Pensioenwet ziet dat als een toelaatbare constructie: 'Voor de inhoud van die pensioenregeling wordt dan in de arbeidsovereenkomst verwezen naar het pensioenreglement van de pensioenuitvoerder van de werkgever. De verwijzing in de arbeidsovereenkomst en de inhoud van het pensioenreglement samen vormen vervolgens de pensioenovereenkomst; 'Een eenvoudige verwijzing naar een bestaand pensioenreglement kan voldoende zijn om een pensioenovereenkomst tot stand te brengen'.¹² Op deze manier kan het pensioenfonds door vaststelling en wijziging van het pensioenreglement derhalve de pensioenovereenkomst vaststellen en wijzigen.

Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is er een verplichting tot naleving van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds door wetsduiding (art. 4 Wet Bpf 2000). Het kan een vorm van incorporatie door wetsduiding genoemd kunnen worden. Dit volgt ook uit HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, PJ 2018/48 (*PMT/Bovag*): 'Het pensioenreglement, en daarmee de inhoud van de pensioenregeling, wordt vanaf dat moment immers vastgesteld en gewijzigd op een wijze zoals voortvloeit uit de afspraken tussen de sociale partners in de bedrijfstak en zoals voorzien in de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds.'

Deelconclusie: niet de werkgever zelf hoeft de inhoud van de pensioenovereenkomst vast te stellen c.q. met een werknemer overeen te komen. Door verwijzing kan een door andere (partijen of instellingen) opgesteld document, zoals het door het pensioenfonds opgestelde pensioenreglement, de inhoud van de pensioenovereenkomst vormgeven.

3.3. *Eigen bevoegdheid pensioenfonds: de pensioenfondsroute*

Aan de incorporatie van het pensioenreglement door verwijzing¹³ is de naam 'pensioenfondsroute' ontleend. Daarmee is bedoeld dat een pensioenovereenkomst niet wordt gewijzigd door het aangaan van een nieuwe overeenkomst tussen werkgever en een werknemer, eventueel via incorporatie van een cao, maar enkel doordat het pensioenfonds het – door verwijzing geïncorporeerde – pensioenreglement wijzigt. Er wordt wel gesproken over het 'overdragen' van de wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfonds.¹⁴ Hoewel er

¹² *Kamerstukken II* 2005-06, 30413, 3, p. 10 en 27. Ondanks kritiek van sommige auteurs is dit een incorporatie van het pensioenreglement die rechtsgeldig moet worden geacht nu dit en aansluit bij de in het arbeidsrecht geaccepteerde incorporatie en in de wetsgeschiedenis expliciet is oarmd. Zie ook Asser/Lutjens, *Pensioen*, 2019, nr. 174. In de rechtspraak wordt aanvaard dat verwijzing in arbeidsovereenkomst en inhoud pensioenreglement samen de pensioenovereenkomst vormen, zie onder meer Hof Leeuwarden 12 maart 2008, *PJ* 2008/66 en Hof Den Bosch 15 december 2015, *PJ* 2016/18.

¹³ Dit is niet van belang bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen wegens de bij deze fondsen bestaande wettelijke binding aan onder meer het pensioenreglement op grond van art. 4 Wet Bpf 2000.

¹⁴ Zoals in *Kamerstukken II* 2015-16, 34378, 6, p. 8 (wetsvoorstel wijziging WOR inzake arbeidsvoorwaarde pensioen).

wel kritiek op deze route is, moet dit gezien de toegestane incorporatie een rechtsgeldige wijzigingsmethode worden geacht te zijn en wordt deze route in de rechtspraak en overwegend in de literatuur ook als rechtsgeldig aangemerkt.¹⁵ Het in de literatuur genoemde argument waarom de pensioenfondsroute niet zou (mogen) bestaan houdt in essentie in dat de werkgever resp. sociale partners over de inhoud van de pensioenregeling gaan, zoals zou volgen uit de definitie van pensioenovereenkomst in de Pensioenwet en de ‘opdracht’ die sociale partners aan een pensioenfonds geven in de zin van artikel 102a Pensioenwet. De consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen zou die visie bevestigen door bevoegdheden, zoals het geven van de opdracht, het opstellen van het transitieplan en het verzoek doen tot collectieve waardeoverdracht, bij de werkgever/sociale partners te leggen.¹⁶ Deze duiding van bevoegdheden gelet op de formuleringen in de Pensioenwet en de consultatieversie over de rol van de werkgever/sociale partners is niet onjuist, maar de conclusie dat het daarom niet mogelijk is de bevoegdheid tot vaststelling van de inhoud van de pensioenovereenkomst via incorporatie neer te leggen bij (over te dragen aan zou men kunnen zeggen) het pensioenfonds is niet juist te achten en in ieder geval in tegenspraak met de memorie van toelichting van de Pensioenwet en overige aangehaalde bronnen.¹⁷

Deelconclusie: de pensioenfondsroute, waarbij het pensioenfonds door wijziging van het pensioenreglement de inhoud van de pensioenovereenkomst wijzigt, is aan te merken als een juridisch toegestane en houdbare constructie.

3.4. Volledige eigen bevoegdheid van het pensioenfonds?

Via de pensioenfondsroute kan het pensioenfonds derhalve via een wijziging van het pensioenreglement de pensioenovereenkomst wijzigen.

De vraag die hier dan aanvullend bij hoort is of het pensioenfonds een volledige eigen, zelfstandige, bevoegdheid heeft om het pensioenreglement te wijzigen. Dat is mogelijk, maar is niet gegeven met enkel een verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement. Of er sprake is van een bevoegdheid van het pensioenfonds tot wijziging van het pensioenreglement (met doorwerking naar de pensioenovereenkomst) zal moeten volgen uit de statuten en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement van het pensioenfonds. Het is zeer wel mogelijk dat de uitvoeringsovereenkomst of het

¹⁵ Zie voor een uitgebreide bespreking van de argumenten pro en contra en verwijzing naar rechtspraak Asser/Lutjens, Pensioen, 2019, nr. 569. Zie ook K.A. van Haaren, Navigeren door de pensioenfondsroute, TPV 2019/46 (pro pensioenfondsroute), A.G. van Marwijk Kooy, Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd, TPV 2020/40 (contra pensioenfondsroute) met reactie hierop van E. Lutjens, TPV 2020/41 en M. Heemskerk, TPV 2020/42 (beiden pro pensioenfondsroute).

¹⁶ Zie voor dit standpunt Van Marwijk Kooy, a.w. in voetnoot 15.

¹⁷ Zie voetnoot 15.

uitvoeringsreglement een wijziging van het pensioenreglement afhankelijk maakt van de instemming van bijvoorbeeld cao-partijen. Dit was ook het geval in het arrest HR 8 november 2013, PJ 2013/91 (*Delta Lloyd*): de afspraken gemaakt bij in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerde cao werden ‘uitgeschreven’ in het pensioenreglement.¹⁸

Ik noem een voorbeeld uit de praktijk ter illustratie: in de cao Philips 2020-2022 staat in artikel 4.3.1: ‘Jouw rechten en verplichtingen die voortvloeien uit deelname aan de pensioenregeling staan in de statuten en het ‘Pensioenreglement Flex pensioen’ van de Stichting Philips Pensioenfonds.’ In artikel 6 uitvoeringsreglement van het Philips pensioenfonds staat dat na wijziging van pensioenovereenkomst het fonds ‘na het van kracht worden van de gewijzigde Pensioenovereenkomst zo nodig een gewijzigd Pensioenreglement op(stelt)’. De pensioenovereenkomst is volgens de definities in het uitvoeringsreglement hetgeen in de cao over de pensioenregeling is overeengekomen.

Een overeenkomstige situatie wat betreft de eigen wijzigingsbevoegdheid is er bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is er weliswaar door wetsduiding (artikel 4 Wet Bpf 2000) binding aan onder meer het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds, maar daaruit volgt niet dat het fonds een autonome eigen bevoegdheid heeft het reglement vast te stellen en te wijzigen. Dit blijkt ook uit HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, PJ 2018/48 (*PMT/Bovag*). De Hoge Raad overweegt: ‘Het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds kan aan de statuten en reglementen bovendien de bevoegdheid ontleen om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee aan de inhoud van de pensioenregeling), en aan het uitvoeringsreglement.’ Uit deze overweging blijkt al dat de bevoegdheid ten aanzien van het pensioenreglement moet volgen uit de statuten en reglementen, zoals in deze *PMT/Bovag* zaak het pensioenfonds het besluit van de sociale partners verenigd in de zogenaamde ‘Vakraad’ had overgenomen in het pensioenreglement.

Deelconclusie: het is juridisch mogelijk dat het pensioenfonds een volledige eigen, autonome bevoegdheid heeft het pensioenreglement vast te stellen en te wijzigen. *Of die*

¹⁸ Waarbij is aan te nemen dat deze incorporatie voor gewezen werknemers bleef doorwerken. Ik merk op dat in dit arrest vaak wordt gelezen dat de Hoge Raad de pensioenfondsenroute heeft aanvaard. Dit kan m.i. niet uit dit arrest afgeleid worden. Zie voor argumentatie met literatuurverwijzing Asser/Lutjens, *Pensioen*, 2019, nr. 569.

bevoegdheid aanwezig is, wordt bepaald in de statuten en reglementen. Vaak is een wijziging slechts mogelijk na een besluit daartoe door de sociale partners.

3.5. *De collectiviteitskring en multi-employer fonds*

In voorgaande paragrafen lag het accent op het pensioenfonds. Deze paragraaf bespreekt of dezelfde juridische kaders gelden bij een collectiviteitskring binnen een algemeen pensioenfonds of een pensioenregeling bij een multi-employer fonds. In beginsel is dat het geval. Zowel bij de collectiviteitskring als de multi-employer situatie is er de toetreding tot een pensioenfonds op basis van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement. Het pensioenfonds heeft dezelfde taken als geschetst in paragraaf 3.1, dat wil zeggen het uitvoeren van een pensioenovereenkomst. Ook hier geldt dat voor de inhoud van de pensioenovereenkomst kan zijn verwezen naar het pensioenreglement van het pensioenfonds, waarvoor dezelfde in paragraaf 3.4 besproken vraag over eigen wijzigingsbevoegdheid geldt.

Deelconclusie: de eerdergenoemde conclusies zijn overeenkomstig geldig voor zowel het pensioenfonds, de collectiviteitskring als het multi-employer fonds.

3.6. *Betekenis voor een gesloten pensioenfonds, collectiviteitskring of pensioenregeling*

Wat betekent voorgaande vanaf een en voor de gesloten situaties? De gesloten situatie houdt in dat er geen actieve deelnemers meer in het fonds, de collectiviteitskring of de pensioenregeling aanwezig zijn. Voor de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden is het niet alleen zo dat de pensioenovereenkomst tussen partijen, zij het in andere hoedanigheid, is blijven bestaan, maar is het tevens zo dat de pensioenuitvoerder in de gesloten situatie uitvoering blijft geven aan die pensioenovereenkomst. Dat is niet anders wanneer de eerder bestaande uitvoeringsovereenkomst is beëindigd. Voor het vaststellen en wijzigen van de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement gelden niet opeens andere juridische regels. Met deze opmerking dat het in ieder geval in theorie mogelijk is dat in een gesloten situatie het pensioenfonds een ruimere eigen bevoegdheid heeft voor wijziging van het pensioenreglement (dat moet dan voortvloeien uit de statuten en reglementen). De werkgever behoudt ook wanneer de pensioenregeling is geëindigd (geen actieve deelnemers meer) en het fonds, de collectiviteitskring of de regeling gesloten is, zijn verantwoordelijkheid als werkgever uit hoofde van de pensioenovereenkomst uit (nawerking van) goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid.

Deelconclusie: bij een gesloten situatie (gesloten pensioenfonds, gesloten collectiviteitskring, gesloten pensioenregeling) geldt evenzeer als eerder besproken dat de pensioenovereenkomst de basis is, maar in de pensioenovereenkomst kan zijn verwezen naar het pensioenreglement, waarbij het van de statuten en reglement van het pensioenfonds afhangt welke bevoegdheid het fonds heeft om het reglement autonoom te wijzigen.

3.7. *De betekenis van het niet meer bestaan van de werkgever*

Een verdiepende vraag is of het uitmaakt of de werkgever nog bestaat. Die vraag is naar mijn inzicht ontkennend te beantwoorden. De afspraak is de uitvoering van een pensioenovereenkomst en als die niet meer gewijzigd kan worden omdat de werkgever niet meer bestaat, zal het pensioenfonds uitvoering moeten geven aan de pensioenovereenkomst zoals die luidt. Dit tenzij het pensioenfonds volledig autonoom bevoegd is een in de pensioenovereenkomst geïncorporeerd pensioenreglement te wijzigen.

Een vervolgvraag is of (behoudens de bij ‘tenzij’ genoemde situatie) de pensioenovereenkomst dan nooit meer is te wijzigen? Dat is in beginsel zo. Gelet op de besproken driepartijenverhouding heeft het pensioenfonds geen andere mogelijkheid voor het bepalen van de inhoud van de pensioenovereenkomst dan na overdracht van de bevoegdheid (dat is de pensioenfondsroute). Er zijn nochtans mogelijk twee juridische ankers om tot een wijziging door het pensioenfonds te komen.

- *als eerste* de leemtetheorie. Dan is de redenering dat er in de rechtsbetrekkingen een leemte is die naar redelijkheid en billijkheid opgevuld moet worden. Het is evenwel een grote stap om op grond van deze theorie het pensioenfonds de bevoegdheid toe te bedelen om de pensioenovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer te wijzigen, ook al bestaat de werkgever niet meer.
- *als tweede* de redelijkheid en billijkheid. Indien de uitvoering van de bestaande pensioenovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geworden, kan dit grond zijn voor aanpassing van de overeenkomst (door de rechter, art. 6:258 BW of doordat nakoming van de oorspronkelijke overeenkomst niet meer kan worden gevegd, art. 6:248 BW). Dit is een zware norm. Dit advies is niet bedoeld om te onderzoeken wanneer op deze grond een wijziging mogelijk is, maar als eerste gedachte zou genoemd kunnen worden strijd met dwingend recht, een aanwijzing van de toezichthouder, zodanige mate van onuitvoerbaarheid dat dit geen recht meer is, waarbij mogelijk ook een (zeer) ernstige vorm van onevenredig nadeel

(van het in stand houden van de oorspronkelijke pensioenregeling) een wijzigingsgrond kan geven.

Deelconclusie: indien een werkgever niet meer bestaat (en het pensioenfonds met toepassing van de pensioenfondsroute geen autonome eigen bevoegdheid heeft tot wijziging van de pensioenovereenkomst via het pensioenreglement) zal het pensioenfonds de pensioenregeling moeten blijven uitvoeren zoals die luidt, tenzij dit onaanvaardbaar zou zijn. Onevenredig nadeel zou een onaanvaardbare situatie kunnen opleveren, afhankelijk van de mate van nadeel en de verdere omstandigheden.

3.8. De materiele grenzen aan wijziging

Het voorgaande besprak het bestaan van een wijzigingsbevoegdheid. Zo al een bevoegdheid van het pensioenfonds aanwezig is, moet er rekening mee worden gehouden dat de bevoegdheid van het pensioenfonds tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst via een wijziging van het pensioenreglement (de pensioenfondsroute) is beperkt door de Pensioenwet. Met name artikel 20 Pensioenwet is hier relevant dat een wijziging van opgebouwde pensioenaanspraken (en ipso iure pensioenrechten¹⁹) verbiedt. In een gesloten situatie is er geen verdere opbouw van pensioen en zijn er derhalve enkel nog opgebouwde aanspraken en rechten (en toekenning van voorwaardelijk overeengekomen toelagenverlening). Dit artikel 20 Pensioenwet verhindert dat een pensioenfonds opgebouwde aanspraken (en rechten) wijzigt.

Deelconclusie: indien het pensioenfonds bevoegd is de pensioenovereenkomst te wijzigen (via de pensioenfondsroute) dan is de wijzigingsbevoegdheid materieel beperkt door het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet. Dit wijzigingsverbod geldt algemeen en – derhalve – ook in een gesloten situatie.

3.9. Wijziging door collectieve waardeoverdracht

Het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet geldt niet bij een waardeoverdracht in verband met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst. Dit is een methode om de opgebouwde pensioenaanspraken onder te brengen in een pensioenovereenkomst met een ander karakter. Een toepassing die bij de beoogde Wet toekomst pensioenen de methode kan zijn om opgebouwde aanspraken (binnen een uitkeringsovereenkomst) onder te brengen in een aan die Wet aangepaste premieovereenkomst. Deze collectieve

¹⁹ De pensioenrechten zijn niet genoemd in artikel 20 Pensioenwet, maar dat moet daar als redelijke bedoeling wel in gelezen worden (wel bescherming van pensioenaanspraken, maar niet van pensioenrechten is geen aannemelijke uitleg). De Wet toekomst pensioenen zal (volgens de consultatieversie) ook pensioenrechten onder de bescherming van art. 20 Pensioenwet brengen.

waardeoverdracht is niet alleen voor actieve deelnemers mogelijk, maar ook voor gewezen deelnemers, pensioengerechtigden en degenen met aanspraak op een bijzonder partnerpensioen. Deze collectieve waardeoverdracht is daarom op basis van de Pensioenwet en de Wet toekomst pensioenen (althans de consultatieversie daarvan) ook binnen een gesloten pensioenfonds, een gesloten collectiviteitskring en gesloten pensioenregeling toepasbaar.

Volgens artikel 83 Pensioenwet is voor deze collectieve waardeoverdracht een verzoek van de werkgever of sociale partners vereist. Volgens artikel 150l en 150m consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen is de collectieve waardeoverdracht naar een in lijn met de Wet toekomst pensioenen gewijzigde pensioenovereenkomst mogelijk, ook hier op verzoek van de werkgever of sociale partners (artikel 150b consultatieversie).

In een gesloten situatie terwijl de werkgever nog bestaat, kan dit verzoek door de werkgever worden gedaan. Dat past ook bij de zorg die de werkgever in een beëindigde situatie behoudt ten aanzien van de pensioenovereenkomst. Omdat de werkgever nog bestaat en die verantwoordelijkheid van het verzoeken om waardeoverdracht kan invullen, is er geen dwingende reden om hier over andere constructies na te denken. De werkgever kan waar nodig door invloed van werknemersverenigingen of door informatie vanuit het pensioenfonds bewust worden gemaakt van zijn verantwoordelijkheid zodat een weloverwogen besluit kan worden genomen.

Hierbij is van belang dat volgens de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen de werkgever gehouden is een transitieplan op te stellen. Indien de werkgever bij een andere pensioenuitvoerder ondergebrachte actieve deelnemers heeft, zal vermoedelijk (het is niet zeker of transitie nodig is) een transitieplan opgesteld moeten worden door deze werkgever waarin ook aan de opgebouwde rechten van gewezen deelnemers en pensioengerechtigden aandacht gegeven moet worden (artikel 150d consultatieversie). Over dat laatste zal de werkgever dus een keuze moeten maken. Dit zal niet hoeven te gebeuren indien er geen enkele transitie zal zijn, hetgeen ook aan de orde is indien er bij deze werkgever geen actieve deelnemers zijn. Maar ook dan houdt de werkgever wel zijn zorgplicht jegens de pensioendeelnemers in het gesloten fonds, de gesloten kring of gesloten regeling.

Indien er geen werkgever meer bestaat, is geen verzoek door de werkgever tot collectieve waardeoverdracht mogelijk. In theorie is niet uitgesloten dat een werkgever – bij voorbaat – het pensioenfonds heeft gemachtigd om niet alleen de pensioenovereenkomst autonoom te wijzigen maar ook namens de werkgever een verzoek tot collectieve waardeoverdracht te doen. Dit staat wel op gespannen voet met de zeggenschapsverdeling waar (ook) de consultatieversie van de Wet toekomst pensioenen vanuit gaat en het is bepaald geen uitgemaakte zaak dat zo vergaand het ingrijpen in de pensioenovereenkomst – met in geval van collectieve waardeoverdracht conform de consultatieversie het geheel wegschrijven van

zeggenschap van de pensioendeelnemers²⁰ – aanvaardbaar is. Daar heb ik twijfels over. Van een zelfstandige bevoegdheid van het pensioenfonds zou dan hooguit sprake kunnen zijn indien zonder de collectieve waardeoverdracht voor de pensioendeelnemers een onaanvaardbare situatie ontstaat. Dat het uitvoeren van de bestaande pensioenovereenkomst onaanvaardbaar wordt, zal niet heel snel aangenomen kunnen worden, maar een onevenredig ongunstige situatie is vooral indien de werkgever in een gesloten situatie niet meer bestaat nou ook niet ondenkbaar.

Deelconclusie: indien de werkgever nog bestaat, zal daar de verantwoordelijkheid horen te liggen om een verzoek tot collectieve waardeoverdracht te doen. Indien de werkgever niet meer bestaat, zal deze dus dat verzoek niet kunnen doen en zal naar mijn beoordeling de pensioenuitvoerder slechts bij evidente onaanvaardbaarheid, omdat voortzetten van de bestaande pensioenregeling onevenredig ongunstig uitwerkt, zelf een besluit tot collectieve waardeoverdracht kunnen nemen.

3.10. Aansprakelijkheid werkgever

Voorgaande analyse gaan in op de vraag naar het wijzigen van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds. Indien het pensioenfonds een volledige eigen bevoegdheid heeft toegekend gekregen dan zal de werkgever niet meer zijn aan te spreken. De pensioenovereenkomst is dan rechtsgeldig gewijzigd. In alle gevallen dat een werkgeversbesluit (of besluit van de sociale partners) vereist is, zal de werkgever aangesproken kunnen blijven worden op nakoming van de pensioenovereenkomst. Dit is ook het geval bij een gesloten fonds (of kring of regeling). De pensioenovereenkomst is immers blijven bestaan.

3.11. Wetswijziging?

Voorgaande is gebaseerd op de huidige wetgeving en wat uit de consultatieversie bekend is over de Wet toekomst pensioenen. Dan resteert de vraag of het pensioenfonds een eigen bevoegdheid bij wet toegekend kan krijgen.

Bij artikel 23a Pensioenwet is die keuze gemaakt voor het onderbrengen van pensioenen bij een algemeen pensioenfonds, aanvankelijk voor het geval de onderneming van de werkgever niet meer bestaat, later voor alle gevallen van een beëindigde pensioenregeling (zie voetnoot 6). Dit artikel 23a heeft niet zo'n verstrekkende impact dat het pensioenfonds dan over wijziging van de pensioenovereenkomst en waardeoverdracht beslist. Dat neemt

²⁰ Door het schrappen van deze waardeoverdracht van het in art. 83 Pensioenwet opgenomen bezwaarrecht, art. 150l lid 5 consultatieversie.

niet weg dat het artikel ondersteunt dat bij wet een eigen bevoegdheid aan het pensioenfonds toegekend kan worden. Indien de werkgever niet meer bestaat, is dit een ruimer toe te passen optie. Mogelijk zouden dan extra waarborgen overwogen kunnen worden om de pensioendeelnemers in de gesloten situatie meer eigen medezeggenschap te geven, als compensatie van het ontbreken van de afwegingen die een werkgever of de sociale partners maakt resp. maken. Verdere analyse van de invulling hiervan valt buiten dit advies.

Prof. dr. Erik Lutjens
Hoogleraar Pensioenrecht
Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid -Expertisecentrum Pensioenrecht

(020) 59 86268 | 06 52 418408 || e.lutjens@vu.nl
Bezoekadres: Gebouw Initium, De Boelelaan 1077, 1081 HV Amsterdam |