

Ter visie – Een oproep voor meer principiële benadering van derdenwerking in het pensioenrecht

mr. T. Huijg¹

Voor u ligt een themanummer over derdenwerking. In deze 'Ter visie' pleit ik voor meer aandacht voor derdenwerking in het pensioenrecht. Hoewel pensioenrecht bij uitstek hét rechtsgebied is waar derdenwerking onvermijdelijk om de hoek komt kijken en dus verplichte kost zou moeten zijn voor iedere pensioenjurist, is de aandacht en kennis daaromtrent minimaal. Niet in de laatste plaats geldt dat voor pensioenrechtadvocaten, maar zeker ook voor pensioenjuristen bij grote verzekeraars, pensioenuitvoerders en toezichthouders.

Die onlosmakelijke band tussen pensioenrecht en derdenwerking is er om de simpele reden dat de wettelijke onderbrengingsplicht² resulteert in een driepartijenverhouding en die plicht dé kern is van het pensioenrecht. Sociale partners mogen vrijwel alles met elkaar afspreken omtrent pensioen, maar als ze eenmaal iets hebben afgesproken dan moeten zij het daarvoor benodigde geld aan een derde – de pensioenuitvoerder – overmaken. Dat is de wettelijke onderbrengingsplicht. Een pensioenafpraak staat zo gezien dan ook gelijk aan een driepartijenverhouding.

Bij die verhouding zijn dus werknemer, werkgever en pensioenuitvoerder betrokken. Sinds jaar en dag wordt in het pensioenrecht gebruik gemaakt van de pensioendriehoek ter duiding van deze driepartijenverhouding,³ waarbij ieder van hen aan één punt staat en er zoveel rechtsverhoudingen zijn als zijden. De weinig realistische werkelijkheid die dit suggereert, is dat er steeds maar twee partijen betrokken zouden zijn bij één rechtsverhouding en niet meer. Zo zouden werknemer en werkgever louter betrokken zijn bij de pensioenovereenkomst (zijde 1); werkgever en uitvoerder alleen bij de uitvoeringsovereenkomst (zijde 2); en uitvoerder en werknemer alleen bij het pensioenreglement (zijde 3). Een fictie in *optima forma*.

De werkelijkheid is namelijk een geheel andere. Die werkelijkheid is dat de pensioenovereenkomst (werkgever ↔ werknemer) vaak ook afspraken bevat over – en in ieder geval impact heeft op – de uitvoering. Dat zou vanuit de pensioendriehoek bezien juist het exclusieve domein zijn van de werkgever en de uitvoerder. Tot veel problemen leidt dit overigens niet.⁴

Ook het pensioenreglement (pensioenuitvoerder ↔ werknemer) staat zelden los van de pensioenovereenkomst (werkgever ↔ werknemer). Laat ik het stelliger zeggen: de meeste pensioenovereenkomsten bestaan feitelijk uit niet meer dan de zin dat voor de werknemer het pensioenreglement geldt. Een incorporatiebeding dus.⁵ Feitelijk zijn de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement daardoor één. Gescheiden zijn ze zeker niet. Deze samenhang kan tot onduidelijkheden leiden, met name wat de situatie rechtens is indien het fondsbestuur eenzijdig besluit het pensioenreglement te wijzigen. Werkt dat dan ook automatisch door in de pensioenovereenkomst? Sinds de zgn. *Delta Lloyd*-uitspraak van de Hoge Raad in 2012,⁶ diverse lagere rechtspraak⁷ nadien en het wetsvoorstel betreffende de wijziging van art. 27 Wet op de ondernemingsraden (WOR) per oktober 2016⁸ lijkt daarover niet meer veel onduidelijkheid te kunnen bestaan. Wijzigingen werken in dat geval door. Het

4. Een mooi voorbeeld is overigens wel de situatie waarin sociale partners een maximale premie zijn overeengekomen (dus in de pensioenovereenkomst), terwijl de uitvoerder wettelijk gezien een hogere premie nodig heeft. Zie daarover M. Heemskerk en M.W. Minnaard, 'Premie: kostendekkend, feitelijk of budgettair?', *PM* 2012/60, en de reactie daarop: H. Breuker, 'Geef bevoegdheden rond kostendekkende premie wettelijke basis', *PM* 2012/81.

5. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 12.

6. Hoge Raad 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050.

7. Zie: (i) Ktr. Den Bosch 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438, r.o. 4.3 en (ii) Hof Den Bosch 15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229, r.o. 3.9.

8. Kamerstuknummer 34378. En zie dan met name ook hoofdstuk 4 van het SER-advies van 20 juni 2014 (een bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33182, 56).

1. Teun Huijg is pensioenrechtadvocaat en partner bij Hield te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2. Art. 23 Pensioenwet.

3. Zie bijv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 4, 9, 48, etc. en A-G Hartlief 12 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:851, pnt. 4.25 en 5.9.

blijft echter wel altijd een kwestie van uitleg van de reikwijdte van het incorporatiebeding. Sociale partners zouden er daarom goed aan doen om het dynamische karakter van de incorporatie te expliciteren (althans, als dat de bedoeling is). Want dat gebeurt vaker niet dan wel, zo is mijn stellige indruk.

Aanzienlijk meer prangend betreft de uitvoeringsovereenkomst (werkgever ↔ pensioenuitvoerder). Dat is dus het gremium waar de afspraken over de uitvoering worden gemaakt. Het is een fictie te veronderstellen dat die uitvoeringsafspraken (vaak bestaande uit financieringsafspraken) de pensioenovereenkomst niet raken. Dit blijkt ook wel uit het gedraai van de wetgever op de vraag of het wettelijke instemmingsrecht van de ondernemingsraad ook ziet op de uitvoeringsovereenkomst (of alleen op de pensioenovereenkomst).⁹ De uitkomst van dit gedraai is het sinds oktober 2016 nieuwe art. 27 lid 7 WOR, waarin nu staat dat het instemmingsrecht ook ziet op – vrij vertaald – onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst. Het schavot tussen de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst is dus – in ieder geval medezeggenschapsrechtelijk – poreus.

Maar het beperkt zich zeker niet tot het medezeggenschapsrecht. De afspraken die werkgever en pensioenuitvoerder maken in de uitvoeringsovereenkomst zijn de afgelopen 15 jaar relevanter geworden voor de werknemer. De toenemende interesse van de werknemer in die – voornamelijk – financieringsafspraken heeft vooral sinds het knappen van de internetzeepbel in 2000 een vogelvlucht genomen. Daarvóór klotste het geld nog tegen de plinten. Pensioenfondsen – toen nog ca. 1.000 – zaten er warmpjes bij. Het ging zelfs zo goed dat het kabinet in 1989 het plan had om de overtollige reserves af te romen van pensioenfondsen. Hoe anders is het nu. Enkele crises later verkeren thans nog 51 van de ca. 213 pensioenfondsen in een dekkingstekort.¹⁰ Het verlagen van pensioen – het korten – is niet meer een theoretische mogelijkheid, maar voor miljoenen werknemers werkelijkheid geworden. Lang niet alle fondsen hebben nu genoeg geld om de pensioenbelofte van de werkgever waar te maken. Logischerwijs zijn werknemers (meestal zijn het gepensioneerde werknemers) zich daarom gaan interesseren in de verplichtingen die hun meer kapitaalkrachtige (voormalige) werkgever hebben – of in het verleden hadden – met de pensioenuitvoerder.

Illustratief is de recent gepubliceerde zaak van vier voormalige werknemers tegen hun oud-werk-

gever Mebin.¹¹ Mebin was onder de uitvoeringsovereenkomst verplicht bij te storten bij financieel noodweer. Op enig moment kwamen Mebin en het fonds overeen dat die bijstortverplichting kwam te vervallen. De vier ageerden daartegen en claimden ongewijzigde bijstorting omdat zij meenden partij te zijn geworden bij die oorspronkelijke bijstortafpraak wegens het door hen aanvaarde derdenbeding.¹² Zie voor soortgelijke claims een zaak uit 2008 (*Akzo Nobel*)¹³ en een uit 2016 (*Euronext*).¹⁴

Het beperkt zich niet tot situaties waarin de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij pensioenfondsen. Integendeel: juist bij verzekeraars speelt derdenwerking bij het wijzigen (of zelfs beëindigen) van de uitvoeringsovereenkomst een grote rol. Dat komt met name doordat uitvoeringsovereenkomsten met verzekeraars – anders dan bij fondsen – voor een bepaalde tijd (meestal 5 jaar) worden afgesloten. Daardoor wijzigen financieringsafspraken ook vrijwel iedere 5 jaar en dat kan werknemers raken. Een goed voorbeeld daarvan is de uitspraak ter zake *T-Systems*.¹⁵ Een groep voormalige werknemers zag zich geconfronteerd met het langdurig achterwege blijven van indexaties. Volgens hen kwam dat doordat de verzekeraar NN de uitvoeringsovereenkomst had opgezegd, terwijl NN dat niet rechtsgeldig zou hebben gedaan. De groep vond dat hun voormalige werkgever een beroep had moeten doen op de ongeldige opzegging en vorderde schadevergoeding.

Derdenwerking speelt met name bij wijzigingstrajecten, zoals bij het veranderen van de toeslagsystematiek en bij derisking-operaties.¹⁶ Niet alleen achteraf – zoals uit de twee voorbeelden blijkt – maar zeker ook vooraf, namelijk op het moment dat een werkgever zich de vraag stelt hoe zij de regeling moet wijzigen en of – en ten aanzien van welke onderdelen – zij instemming nodig heeft van haar werknemers. Veruit de meeste uitvoeringsovereenkomsten zwijgen echter over de positie van de derde bij dat contract. Een *quickscan* van de eerste tien uitvoeringsovereenkomsten die online te vinden zijn leert dat maar één daarvan iets zegt over het wel of niet bestaan van een derdenbeding daarin. En ook in mijn praktijk kom ik zelden uitvoeringsovereenkomsten tegen die daar iets over zeggen. Dit terwijl op dat gebied contractsvrijheid heerst en een derdenbeding vooraf uitgesloten kan worden of beperkt kan worden. Het blijft voor mij een raadsel waarom partijen daar dan geen gebruik

9. Niet de uitvoeringsovereenkomst: *Kamerstukken II* 2012/13, 33182, D, p. 21, *Kamerstukken II* 33182, 46, p. 10, *Kamerstukken II* 2012/13, 33182, 46 (bijlage) en *Handelingen II* 2012/13, 2122, p. 2.
Wel de uitvoeringsovereenkomst: *Handelingen II* 2011/12, 2259, *Kamerstukken I* 2007/08, 31226, G, p. 5 en *Kamerstukken II* 2007/08, 31226, 14, p. 22.
10. Vgl. <https://statistiek.dnb.nl/statistiek/index.aspx>.

11. Ktr. Den Bosch 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438.
12. Kantonrechter Den Bosch wees deze claim overigens van de hand.
13. Hof Arnhem 27 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE9201.
14. Ktr. Amsterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742, PJ 2016/138.
15. Ktr. Utrecht 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4311.
16. Zie daarover: T. Huijg & P.G. Vesterling, 'De-risking door aanpassing van de pensioenregeling', *FR* 2014/07-08.

van maken. Zeker levensverzekeraars zouden hier hun verantwoordelijkheid moeten nemen. Het zou toekomstige wijzigingstrajecten vergemakkelijken of in ieder geval zekerheid geven omtrent de positie van de werknemer bij de uitvoeringsafspraken.

Mijn oproep om meer – en beter – na te denken over derdenwerking beperkt zich niet alleen tot het praktische. De uiterst beperkte gedachtevorming hierover raakt ook meer principiële punten. Een goed voorbeeld hiervan vormen de eisen die de toezichthouder DNB stelt aan de afspraken die een liquiderend pensioenfonds moet maken over de waardeoverdracht van zijn pensioenportefeuille met de overnemende pensioenuitvoerder. DNB stelt bij dit soort collectieve waardeoverdrachten als eis dat de overdracht zich niet mag beperken tot de louter op dat moment bekende pensioenen, maar dat daaronder ook de onbekende pensioenen moeten worden overgedragen. Die onbekende pensioenen kunnen bijvoorbeeld zijn ontstaan doordat een werkgever abusievelijk een werknemer niet heeft aangemeld voor pensioenopbouw bij het liquiderende fonds of doordat de werkgever een wijziging in het pensioengevend salaris niet (juist) heeft doorgegeven. Daarnaast eist DNB ook dat de overnemende pensioenuitvoerder het liquiderende fonds vrijwaart voor alle verplichtingen die op dat fonds rust(te). Die vrijwaring moet worden opgenomen in de waardeoverdrachtsovereenkomst. Ook daarvoor geldt dat die vrijwaring zowel moet zien op de bekende als op de onbekende pensioenen.

DNB wil met deze twee eisen (de volledige overdracht en de vrijwaring) voorkomen dat een werknemer tussen wal en schip raakt. Immers: het oude fonds bestaat niet meer (want geliquideerd) en de nieuwe uitvoerder zou de claim kunnen afwijzen door te stellen dat het desbetreffende (onbekende) pensioen niet is overgedragen naar haar. Weliswaar kan in dat geval de ‘onbekende werknemer’ (of de bekende werknemer met de ‘onbekende claim’) zijn recht halen bij het oude fonds, maar zal daarvoor eerst de vereffening van het oude fonds moeten heropenen langs de weg van art. 2:23c BW om vervolgens de inhoudelijke procedure tegen dat fonds te starten. Die route is kostbaar en lang. Een goed voorbeeld van hoe lang zo iets kan duren, zijn de uitspraken ter zake een in 1997 geliquideerd pensioenfonds van Nedlloyd.¹⁷ Een ex-partner van een Nedlloyd-werknemer kwam in 2002 erachter dat ze te weinig pensioen kreeg en wist de vereffening in 2006 (na hoger beroep) te heropenen. In 2012 werd haar claim op het hogere pensioen inhoudelijk voor het eerst beoordeeld door de kantonrechter (met

een overigens negatieve uitkomst voor de ex-partner). Tussen het heropeningsverzoek (2004) en de inhoudelijke beoordeling (2012) zat dus 8 jaar.

Om dit te voorkomen, verlangt DNB dus een volledige overdracht. DNB's oplossing¹⁸ en de wijze waarop de praktijk daarmee omgaat, zijn zonder een derdenbeding¹⁹ niet sluitend. Dit zit als volgt. Stel dat in de waardeoverdrachtsovereenkomst (het bestaan van) een derdenbeding is uitgesloten – wat niet ongebruikelijk is. Een onbekende werknemer loopt in dat geval alsnog het risico dat de overnemende pensioenuitvoerder hem succesvol de deur wijst door te stellen zij met die onbekende werknemer geen afspraken heeft gemaakt. Simpel gezegd: de onbekende werknemer kan wel claimen dat zijn onbekende pensioenen zijn overgedragen, maar uit niets blijkt dat dat ook met hem zo is afgesproken, zo kan de kwaadwillende uitvoerder stellen. De onbekende werknemer resteert dan maar één mogelijkheid; zich alsnog wenden tot het ontbonden pensioenfonds. Juist dat scenario wil DNB voorkomen. DNB doet er naar mijn mening dan ook goed aan haar eisen op dit punt aan te scherpen. Alleen zo kan zij immers haar doel – dat niemand tussen wal en schip raakt – volledig realiseren. Want met alleen de volledige overdracht en de vrijwaring komt zij er niet.

Het punt wat ik tracht te maken, is dat de pensioenwereld meer moet gaan nadenken over derdenwerking. Dat beperkt zich overigens niet louter tot het derdenbeding, maar ook over de invloed van de zgn. schakeljurisprudentie.²⁰ Dat dwingt partijen vooraf na te denken wie waarover verantwoordelijk is en voorkomt problemen achteraf.

Hierna volgt nog een aantal andere beschouwingen over de positie van de derde, waaronder een eerste aanzet voor een meer principiële benadering van het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst.

17. Rb. Rotterdam 25 februari 2005, *PJ* 2012/181 en Hof Den Haag 27 juli 2006, *PJ* 2012/176. Zie voor hieraan gerelateerde uitspraken: Rb. Rotterdam 15 maart 2011, *JOR* 2011/174 en Rb. Rotterdam 27 mei 2015, *PJ* 2015/127, waarin de (weer) aangestelde vereffenaar beloning voor zijn werk vorderde van de rechtsopvolger van Nedlloyd. En ook (v.w.b. de inhoudelijke procedure van de ex-partner): Ktr. Rotterdam 30 december 2011, *PJ* 2012/100.

18. Waarvan de wettelijke basis discutabel is, maar dat terzijde.

19. Dat ook nog openbaar is voor (bekende en onbekende) gerechtigden. Immers: een onbekende werknemer kan onmogelijk een derdenbeding aanvaarden indien hij niet eens kennis heeft kunnen nemen van dat beding.

20. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 (*Vleesmeesters/Alog*), en meer recent: HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR: 2017:1355, *NJ* 2017/364 (*Vissers c.s./Compaaen*). Zie in het kader van pensioen: Ktr. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:697, Ktr. Utrecht 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4311 en Ktr. Amsterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742.