

Invaren pensioenen: alternatieven voor afschaffing individueel bezwaarrecht

TPV 2021/19

In het wetsvoorstel voor de Wet toekomst pensioenen² staat dat collectieve interne waardeoverdracht van pensioenaanspraken en -rechten mogelijk is op verzoek van de werkgever c.q. sociale partners met afschaffing van het onder het huidige recht bestaande individueel bezwaarrecht. Die afschaffing van het individueel bezwaarrecht zal naar verwachting veel verzet en onrust oproepen. In dit artikel presenteren wij werkbare en juridisch houdbare alternatieven voor afschaffing van het individueel bezwaarrecht.³

1. Afschaffing individueel bezwaarrecht en maatschappelijke acceptatie daarvan

1.1 Wetsvoorstel schaft individueel bezwaarrecht af bij invaren

Het voorstel voor de Wet toekomst pensioenen bepaalt dat bij pensioenfondsen de interne collectieve waardeoverdracht van pensioenaanspraken en -rechten naar de gewijzigde pensioenovereenkomst als standaard invaardpad heeft te gelden (art. 150l Wtp, het 'invaren'). Een collectieve interne waardeoverdracht bij wijziging van de pensioenovereenkomst valt naar huidig recht onder art. 83 Pensioenwet. Dan bestaat een individueel bezwaarrecht voor deelnemers, gewezen deelnemers, pensioenge-rechtigden en gewezen partners. Het wetsvoorstel houdt in dat voor het invaren binnen een pensioenfonds niet art. 83 Pensioenwet, maar art. 150m Wtp geldt. Dat art. 150m Wtp voorziet in de bevoegdheid tot waardeoverdracht enkel op verzoek van de werkgever resp. sociale partners. Het individueel bezwaarrecht geldt dan niet.

In de 'Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord'⁴ van 12 juni 2020 stond dat deelnemers en pensioenge-rechtigden inspraak zouden krijgen op het invaarbesluit 'via een versterkt collectief bezwaarrecht voor het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan van het pensioenfonds'. Het wetsvoorstel maakt die belofte niet waar. Het schaft het individueel bezwaarrecht af zonder dat te vervangen door een collectief bezwaarrecht. Bij de

werkgever krijgen verenigingen van gewezen deelnemers en van gepensioneerden slechts het recht om gehoord te worden (art. 150g Wtp).⁵ Bij het pensioenfonds krijgt het verantwoordingsorgaan een adviesrecht en het belanghebbendenorgaan een goedkeuringsrecht ten aanzien van het invaarbesluit van het fonds. Wij stellen voorop dat de afschaffing bij wet van het individueel bezwaarrecht juridisch mogelijk is. Wij stellen vast dat de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel argumenten noemt waarom collectief invaren gewenst is. Belangrijke argumenten zijn gelegen in de verwachting dat de nieuwe pensioenovereenkomst betere pensioenresultaten, vooral ook ten aanzien van het indexatieperspectief, zou (kunnen) geven en de administratie en communicatie in geval van invaren eenvoudiger wordt dan zonder invaren van opgebouwde aanspraken en rechten. Het individueel bezwaarrecht is het belangrijkste struikelblok om collectief – voor alle gerechtigden – te kunnen invaren. Om die reden wordt het handhaven daarvan ongewenst geacht.

De afschaffing van het individueel bezwaarrecht wijzigt de rechtspositie van deelnemers c.s. in hun nadeel. Hoewel dit bezwaarrecht geen vermogensrecht is, zou dit recht mogelijk als een vorm van eigendom aangemerkt kunnen worden, waardoor het in beginsel wordt beschermd door art. 17 Handvest Grondrechten EU. Afschaffing in verband met het algemeen belang van hervorming van het pensioenstelsel, achten wij – mits goed gemotiveerd – nochtans in overeenstemming te brengen met de eigendomsbescherming.⁶ Zowel de houdbaarheid van het stelsel (beter toegesneden op toegenomen arbeidsmobiliteit) als macro-prudentiële overwegingen (beter bestand tegen financiële schokken, afscheid van de risicovrije rente die de dekingsgraad en het beleggingsbeleid domineert) kunnen een inmenging *in* of een inbreuk *op* het eigendomsrecht rechtvaardigen.

1.2 Ondermijnt afschaffing individueel bezwaarrecht maatschappelijk draagvlak?

Wij voorzien dat afschaffing van het individueel bezwaarrecht het maatschappelijk draagvlak van de beoogde stelselherziening erodeert. Die verwachting baseren wij op het pensioendebat sinds 2010, de eerste reacties op de internetconsultatie, Kamervragen en Moties⁷ van Kamerleden, standpunten van belangenorganisaties en bezwaren in de literatuur. Afschaffing van het individueel bezwaarrecht zal door veel belanghebbenden als een aantasting

1 Prof. dr. E. Lutjens is hoogleraar pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. mr. R.H. Maatman is hoogleraar vermogensbeheer en pensioenvraagstukken Radboud Universiteit Nijmegen. Prof. mr. drs. M. Heemskerck is hoogleraar pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Wij bedoelen hiermee steeds het op 16 december 2020 ter internetconsultatie neergelegde conceptwetsvoorstel van de Wet toekomst pensioenen, zie <https://www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen>. Dit wetsvoorstel bevat wijzigingen van onder meer de Pensioenwet. De artikelen van de Pensioenwet zoals die op basis van dit wetsvoorstel komen te luiden duiden wij aan met het artikelnummer gevolgd door Wtp, afkorting van Wet toekomst pensioenen.

3 Deze bijdrage is een bewerking van de door ons ingediende reactie op het consultatiedocument.

4 Hoofdlijnennotitie 12 juni 2020, p. 25, *Kamerstukken II 2019/20*, 32043, 519.

5 Voor gewezen partners die nu een individueel bezwaarrecht hebben is niets geregeld.

6 Zie: E. Lutjens, 'Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar', *TPV 2020/20*; A. van Marwijk Kooy, 'Invaren na de Hoofdlijnennotitie, juridisch aanvaardbaar maar alle hens aan dek', *PM 2020/106*; M. Heemskerck, 'Kroniek Pensioenrechtspraak 2020', *PM 2021/21*; Anders: H. van Meerten, 'Zand zetten in Pensioen 'Clockwork Orange': The YS case', *EULawLive*, 30 september 2020.

7 Bijvoorbeeld de motie van 14 juli 2020 van Van Brenk om art. 83 Pensioenwet niet buiten werking te stellen, *Kamerstukken II 2019/20*, 32043, 522.

Tabel 1. Besluitvorming ‘invaren’ volgens huidig recht

Stappen	Besluit	Eis
1. Wijziging pensioenovereenkomst	Werkgever of sociale partners	Bevoegdheid
2. Verzoek waardeoverdracht	Werkgever of sociale partners	Bevoegdheid
3. Besluit waardeoverdracht	Pensioenfonds ⁸	Individueel bezwaarrecht

Tabel 2. Besluitvorming ‘invaren’ volgens wetsvoorstel

Stappen	Besluit	Eis
1. Wijziging pensioenovereenkomst	Werkgever of sociale partners	Premieovereenkomst
2. Verzoek waardeoverdracht	Werkgever of sociale partners	Transitieplan Invaren, tenzij onevenredig ongunstig
3. Besluit waardeoverdracht	Pensioenfonds	Invaren moet, tenzij 1. strijd met wet 2. onevenwichtig nadeel 3. niet uitvoerbaar

van hun recht worden aangemerkt. De afschaffing zal naar onze verwachting daarom niet zonder meer bijdragen aan verbetering van het vertrouwen in het pensioenstelsel. Dit zal tot (veel) onrust leiden. Groepen belanghebbenden zullen zich onvoldoende evenwichtig vertegenwoordigd voelen. Gebrek aan vertrouwen gaat onherroepelijk ten koste van het maatschappelijk draagvlak voor het pensioenstelsel, zoals de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel terecht signaleert.⁹

Naast maatschappelijk onbegrip en verzet voorzien wij juridische procedures. Om deze redenen menen wij dat het voor de wetgever, politieke partijen en pensioenfondsden gewenst is om – in het belang van de pensioendeelnemers¹⁰ – alternatieven te verkennen. Wij reiken twee mogelijkheden aan: (1) handhaving van het individueel bezwaarrecht en (2) een collectief bezwaarrecht voor belangenverenigingen. In beide alternatieven stellen wij voor om de mogelijkheid te benutten tot het inrichten van collectiviteitkringen. Wij bespreken ook of de in de literatuur geopperde mogelijkheid van de pensioenbewaarder een alternatief kan zijn voor collectiviteitkringen. Daarbij merken wij op dat onze voorstellen beleidsopties zijn, die op onderdelen nadere uitwerking behoeven.

2. Vergelijking invaren huidig recht met conceptwetsvoorstel

2.1 *Invaren in drie stappen: wijziging, verzoek en besluit waardeoverdracht*

Invaren houdt in dat de regels van de nieuwe pensioenovereenkomst voortaan van toepassing zijn op de in het verleden opgebouwde pensioenen onder de bestaande pensioenovereenkomst.¹¹ Invaren vereist een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst, gevolgd door het

verzoek van de werkgever/sociale partners aan de pensioenuitvoerder tot een ‘interne’ collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 83 lid 1 onder c Pensioenwet.¹² De invaarproblematiek is vooral relevant voor pensioenfondsden. Het wetsvoorstel schrijft voor dat pensioenfondsden als hoofdregel zullen invaren (art. 150l Wtp).¹³ Het individueel bezwaarrecht vervalt alleen bij de collectieve waardeoverdracht binnen een pensioenfonds (art. 150l lid 5 Wtp). Hierna spreken wij daarom alleen over het pensioenfonds als pensioenuitvoerder. Het besluit tot de ‘interne’ collectieve waardeoverdracht is voorbehouden aan het pensioenfonds. Indien het pensioenfonds dat besluit neemt, dient het thans op grond van art. 83 Pensioenwet de pensioendeelnemers in staat te stellen bezwaar te maken tegen de interne waardeoverdracht. Wanneer een pensioendeelnemer bezwaar maakt, blijven diens aanspraken of rechten ‘buiten’ de collectieve waardeoverdracht; zijn aanspraken of rechten blijven in dat geval ongewijzigd.

2.2 *Verskil invaren wetsvoorstel en huidige wetgeving*

Uit het wetsvoorstel blijkt dat werkgevers of sociale partners de pensioenovereenkomst moeten wijzigen naar een premieovereenkomst (stap 1). Dit wijkt niet af van het huidige recht.

Nieuw is dat werkgevers of sociale partners een transitieplan moeten opstellen. Verplicht onderdeel van dat transitieplan is de wijze waarop wordt omgegaan met opgebouwde pensioenen (zie art. 150d lid 2 onder b Wtp). Uitgangspunt van dat transitieplan moet zijn dat de werkgever of sociale partners een verzoek tot collectieve waar-

8 Medezeggenschap, zoals adviesrecht van het verantwoordingsorgaan, laten wij buiten beschouwing.

9 Concept memorie van toelichting, p. 8.

10 Het begrip pensioendeelnemers gebruiken wij in ruime betekenis en verstaan hieronder ook gewezen deelnemers, pensioengerechtigden en gewezen partners.

11 Daaronder verstaan wij in deze reactie ook de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling.

12 Invaren vereist een interne collectieve waardeoverdracht, een waardeoverdracht naar ‘dezelfde pensioenuitvoerder’. Dit impliceert dat de regels voor een externe collectieve waardeoverdracht en derhalve ook de nadere vereisten in art. 90a Pensioenwet voor waardeoverdracht naar een pensioeninstelling uit een andere lidstaat niet van toepassing zijn. Daaruit volgt dat het ontbreken van die nadere eisen voor de binnenlandse externe collectieve waardeoverdracht het uitvoeren van de interne collectieve waardeoverdracht niet raakt.

13 Een uitzondering is toegestaan voor bepaalde gesloten fondsen, zie par. 4b.1 van de memorie van toelichting.

deoverdracht doen. Een besluit van de werkgever of sociale partners om het pensioenfonds *niet* te verzoeken tot collectieve waardeoverdracht is slechts toegestaan indien het invaren “onevenredig ongunstig” zou zijn voor pensioendeelnemers. Dit behoeft een onderbouwing in het transitieplan (stap 2).

Het pensioenfonds moet besluiten over een verzoek tot collectieve waardeoverdracht. Het wetsvoorstel laat slechts beperkt ruimte voor het pensioenfonds om het verzoek te weigeren. De hoofdregel is dat het pensioenfonds moet meewerken aan het invaren. Dat is slechts anders wanneer het pensioenfonds zelfstandig oordeelt dat collectief invaren tot ‘onevenwichtig nadeel’ zou leiden voor deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden of andere aanspraakgerechtigden (zie art. 150l lid 1 en lid 4 Wtp).¹⁴

3. Alternatief 1: individueel bezwaarrecht met collectiviteitkring

3.1 Begunstigden behouden vrijheid over opgebouwd pensioen

In dit ‘individuele’ alternatief blijft het individueel bezwaarrecht voor pensioendeelnemers bestaan.

De pensioendeelnemer stemt in met ‘invaren’ tenzij deze bezwaar maakt. Art. 20 jo. art. 83 lid 2 onder a Pensioenwet bepalen dat degene die bezwaar uit, zijn rechten ongewijzigd behoudt. Daarin brengt dit alternatief geen wijziging. Van een wijziging of aantasting van bestaande rechten is geen sprake.

Deze individuele variant stemt overeen met het geldend recht en zal daarom geen aanleiding geven tot invaarproblematiek. De individuele variant heeft als voordeel ten opzichte van de hierna te bespreken collectieve verenigingsvariant (alternatief 2) dat zij geen vragen oproept ten aanzien van de governance van de vereniging en de verhouding tot haar leden.

Het nadeel van de individuele variant is dat deze interactie vergt met zeer veel individuen. Dat hoeft echter procedureel niet complex te zijn. Materieel gelden wel hoge eisen aan de informatie- en de zorgplicht (zie ook par. 3.3). De procedure kan zodanig worden gestroomlijnd dat een enkele ‘muisklik’ volstaat, indien een individu bezwaar wil maken. Bovendien kan de informatie over het bezwaarrecht onderdeel uitmaken van de voorlichting die de overheid, pensioenfondsen en sociale partners hoe dan ook moeten geven in verband met de zorgplicht. De nakoming van die zorgplicht moet een pensioendeelnemer in staat stellen de gevolgen van zijn bezwaar te overzien. Hij moet zodanig zijn geïnformeerd en zo nodig zijn gewaarschuwd dat hij later geen reden mag hebben tot gerecht-

vaardigd ‘klagen’ als het pensioenresultaat tegenvalt.¹⁵ Dit is een voorbeeld van zelfredzaamheid die wij meer zien in het wetsvoorstel; de pensioendeelnemers moeten kiezen voor eigen rekening en de nakoming van zorgplichten moet hen daartoe bekwamen.¹⁶ Artikel 48a Wtp met betrekking tot ‘keuzebegeleiding’ getuigt daarvan eveneens.¹⁷ Dit contrasteert met het huidige stelsel waarin pensioendeelnemers bescherming genieten door paternalisme (het pensioenfonds dat kiest voor rekening van de pensioendeelnemers met inachtneming van fiduciaire verplichtingen).

3.2 Vormgeving: collectiviteitkringen

Zij die bezwaar maken behouden hun bestaande pensioenaanspraken of -rechten. Wij vinden dat pensioenfondsen moet worden toegestaan die rechten en verplichtingen gestand te doen in een afzonderlijke collectiviteitkring. Een collectiviteitkring is een afgescheiden vermogen. Daarmee wordt het bezwaar ondervangen dat oude pensioenaanspraken en -rechten financieel een geheel vormen met de nieuwe opbouw op basis van een premieovereenkomst. Dat afgescheiden vermogen van een collectiviteitkring voorkomt ongewenste vermenging of kruissubsidiëring. Dit impliceert dat het verbod van ringfencing dient te worden gewijzigd en dat alle soorten pensioenfondsen in staat moeten worden gesteld collectiviteitkringen te vormen, zoals algemeen pensioenfondsen dat nu reeds kunnen (zie art. 123 Pensioenwet). De aanspraken of rechten van de bezwaarmakers (en de verplichtingen van het pensioenfonds als tegenhanger daarvan) vormen dan onderdeel van een afgescheiden vermogen dat toebehoort aan hetzelfde pensioenfonds.¹⁸ Dat afgescheiden vermogen is een afzonderlijke collectiviteitkring van het pensioenfonds.¹⁹ Het pensioenfonds beheert de ongewijzigde bestaande pensioenen in de collectiviteitkring in overeenstemming met de geldende solvabiliteitsregels. Waarschijnlijk zal het huidige FTK van toepassing zijn, waaronder de zekerheidsmaat van art. 132 Pensioenwet en de mogelijkheden tot vermindering (‘korting’) als uiterste redmiddel. Ons voorstel past in de bestaande wettelijke systematiek. Collectivi-

¹⁴ Andere weigeringsgronden voor het pensioenfonds zijn in strijd met wettelijke voorschriften of onuitvoerbaarheid binnen de grenzen van een in het tegere en beheerste bedrijfsvoering.

¹⁵ Wij zien die ontwikkeling in de rechtspraak, vgl. Hof ‘s-Gravenhage 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, *PJ* 2016/43 (*Grindacc*); Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, *PJ* 2018/101 (PMT), in stand gelaten in HR 20 dec 2019, ECLI:NL:HR:2019:2035. Vgl. R.H. Maatman, ‘De prudent person-regel, zorgplichten en het nieuwe pensioencontract’, *Ondernemingsrecht* 2017/135 en ‘Pensioenfondsen en zorgplichten: uitdijen of indammen?’, in: Busch e.a. (red), *Zorgplicht in de financiële sector*, O&R nr. 122 (Deventer Kluwer 2020).

¹⁶ Zie ook de consultatiereactie AFM van 9 december 2019, naar aanleiding van het concept Wetsvoorstel ‘bedrag ineens’. Dit wetsvoorstel heeft inmiddels *Stb.* 2021/20 bereikt maar is nog niet in werking getreden.

¹⁷ Artikel 48a. Keuzebegeleiding: “De pensioenuitvoerder begeleidt de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde op een adequate wijze bij het maken van een keuze binnen de pensioenovereenkomst, zorgt voor de inrichting van de keuzeomgeving en stelt de deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner of pensioengerechtigde daarmee in staat om een passende keuze te maken.”

¹⁸ Daarmee worden de vermogens 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.

¹⁹ Dit vereist een eenvoudig [minimale] wijziging van de definitie van ‘collectiviteitkring’ in art. 1 Pensioenwet.

teitkringen bestaan al voor een algemeen pensioenfonds (zie art. 123 Pensioenwet). Daardoor leidt het voorstel tot relatief weinig rechtsonzekerheid. De 'markt' kent collectiviteitkringen omdat zij inmiddels vertrouwd is met deze figuur in het algemeen pensioenfonds. De werking en rechtsgevolgen zijn beschreven in vele legal opinions die zijn opgesteld met het oog op derivatentransacties ('hedging') voor rekening van collectiviteitkringen. Voor 'buitenlandse' wederpartijen van pensioenfondsen is die rechtszekerheid van groot belang.

Denkbaar is dat een pensioenfonds de bestaande opbouw (van bezwaarmakers) die 'neerdaalt' in een collectiviteitkring van dat pensioenfonds, niet (langer) wil uitvoeren. Wij verwachten dat er in dat geval een of meer algemeen pensioenfondsen zullen zijn (of zullen worden opgericht) die deze uitvoering wél ter hand willen nemen. In dat geval zal een collectieve externe waardeoverdracht nodig zijn van de collectiviteitkring van het desbetreffende pensioenfonds naar dat algemeen pensioenfonds. Deze collectieve waardeoverdracht kan plaatsvinden overeenkomstig art. 84 Pensioenwet (beëindiging van een collectiviteitkring) zonder dat een individueel bezwaarrecht van toepassing is.²⁰ Dan moet wel de verplichte waardeoverdracht bij beëindiging van de collectiviteitkring zoals die nu reeds geldt voor een algemeen pensioenfonds van overeenkomstige toepassing zijn op collectiviteitkringen van andere pensioenfondsen.

Ten overvloede merken wij op dat met de vorming van collectiviteitkringen door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds één van de solidariteitskenmerken ('financieel één geheel') verloren gaat. Het 'verbod op ringfencing' is echter geen essentieel solidariteitskenmerk en het verlies daarvan zal naar onze mening de verplichtstelling niet in gevaar brengen. In onze visie zijn er voldoende andere solidariteitselementen die handhaving van de verplichtstelling kunnen rechtvaardigen.²¹

3.3 Aandachtspunten en nadelen

Dit individuele alternatief stelt hoge eisen aan de zorgplicht. Alle belanghebbenden moeten tijdig, duidelijk, correct en evenwichtig worden geïnformeerd over zowel het invaren als het niet invaren. De bezwaarmaker denkt wellicht te houden wat hij heeft. Dat is in beginsel ook zo, maar toch kan het perspectief voor de toekomst veranderen (minder gunstig worden). De collectiviteitkring heeft minder schaalgrootte. Schaalvoordelen kunnen verloren gaan. Er komt geen premie meer binnen. De collectiviteitkring zal vermoedelijk een ander, 'conservatiever' beleggingsbeleid moeten voeren dan het voorheen 'ongedeelde' pensioenfonds. Mogelijk is sprake van hogere (uitvoerings)kosten. Dat inzicht zullen pensioenfondsen, de overheid en sociale partners op aanspraak- en pensioengerechtigden moeten overbrengen, zodat aangenomen mag worden dat pensioendeelnemers welbewust besluiten al dan niet bezwaar te maken.

Er moet een scenario liggen voor het geval een belanghebbende bezwaar maakt. Dat vergt uitvoerings- en communicatie-inspanningen. De pensioendeelnemer moet weten wat de gevolgen zijn van het 'keuzerecht' (al of geen bezwaar). Als relativering van dit bezwaar geldt dat ook in het voorstel van de Wet toekomst pensioenen een gedegen onderzoek naar alternatieven voor het invaren moet zijn uitgewerkt. Anders is het niet mogelijk om überhaupt een evenwichtig invaarbesluit te nemen en is niet te duiden of invaren 'onevenredig ongunstig' is in vergelijking met het niet invaren.

Ter relativering van het mogelijk veranderde perspectief merken wij op dat de betrokkene door bezwaar te maken daar zelf voor kiest. De zorgplichten (zie hiervoor) zijn erop gericht om de pensioendeelnemer bewust te maken van de mogelijke gevolgen. Het belang van goede en toegankelijke informatie zal daarom bijzonder belangrijk zijn.

De solidariteit tussen bestaande en nieuwe opbouw wordt doorbroken (hetgeen precies de bedoeling is, om ongewenste kruissubsidiëring te voorkomen). Er kan echter een discussie opkomen over de reikwijdte van de financiële verantwoordelijkheid van de werkgever ten aanzien van de niet ingevaren aanspraken en rechten, vooral wanneer dit aanspraken en rechten zijn waar geen premie meer voor wordt betaald. Die verantwoordelijkheid kan ook betrekking hebben op indexatieperspectief.²² Ter relativering hiervan: alle onvoorwaardelijke aanspraken en rechten moeten – wettelijk – jaarlijks zijn afgefinancierd. Pensioenregelingen met backservice-verplichtingen komen weinig voor en zullen waarschijnlijk in elke variant niet invaren.

4. Alternatief 2: collectief bezwaarrecht met collectiviteitkring

4.1 Collectief bezwaarrecht over invaarbesluit voor representatieve vereniging

Een tweede alternatief is de collectieve 'verenigingsvariant'. In deze variant kunnen voldoende representatieve verenigingen van objectief identificeerbare groepen belanghebbenden (zoals gewezen deelnemers, pensioengerechtigden of hun nabestaanden) collectief bezwaar maken tegen het voorgenoemde invaren. Daarmee krijgen die verenigingen directe medezeggenschap over het invaarbesluit. Deze medezeggenschap heeft de vorm van een bezwaarrecht van de verenigingen, dat bindend is voor – uitsluitend – de leden van de vereniging. Wij merken op dat deze verenigingen andere dan de werknemersverenigingen zijn. De leden van deze werknemersverenigingen zijn vertegenwoordigd door de betrokkenheid van die verenigingen bij het transitieplan.²³ Voor de eisen aan de verenigingen en hun representativiteit kan aansluiting worden gezocht bij de vereisten die thans in art. 22 Pensioenwet voor het hoorrecht van verenigingen bij uitvoering van de pensioenovereenkomst door een verzekeraar zijn gesteld. Voor het hoorrecht van vereni-

20 De wettelijke waarborgen van collectieve en actuariële gelijkwaardigheid en toetsing door DNB, gelden onverkort.

21 Asser-Lutjens 7-XI 2019/310 en 311.

22 Vgl. Hof Amsterdam 23 april 2019, *Pf* 2019/72, m.nt. Van Slooten en 28 juli 2020, *Pf* 2020/131, m.nt. Van Marwijk Kooy (*Euronext*).

23 Hetgeen uiteraard niet hetzelfde is als het via verenigingen kunnen uitoefenen van een bezwaarrecht. Indien leden van een werknemersvereniging dat willen, zullen zij zich bij een door ons bedoelde vereniging die het bezwaarrecht kan uitoefenen aansluiten.

gingen noemt de toelichting op het wetsvoorstel een vertegenwoordiging van 10% van de populatie.²⁴

In deze 'verenigingsvariant' dienen aanspraak- en pensioengerechtigden hun eventueel bezwaar kenbaar te maken door tussenkomst van een vereniging. Om efficiency-redenen kan alléén de vereniging bezwaar maken. Voor haar besluitvorming geldt de gebruikelijke verenigingsrechtelijke governance. De aanspraak- of pensioengerechtigde die zich niet aansluit bij een vereniging, wordt geacht geen bezwaar te maken. Dit wijkt af van het huidige recht en zal daarom niet geheel zonder weerstand verlopen. Ter relativering daarvan: ook onder het huidige recht moet de pensioendeelnemer actie ondernemen om bezwaar te maken. Stilzitten betekent dat hij geacht wordt geen bezwaar te hebben (art. 83 lid 2 onder a Pensioenwet).

Pensioenfondsen kunnen worden verplicht te bevorderen dat deze verenigingen worden opgericht en het bestaan van die verenigingen onder de aandacht te brengen van de pensioendeelnemers.

Het 'voordeel' van een verenigingsbezwaarrecht boven een individueel bezwaarrecht is de bundeling, waardoor (i) overleg en onderhandelingen efficiënter kunnen verlopen en (ii) deskundigheid kan worden geconcentreerd in het bestuur van de vereniging.

De verenigingen moeten borgen dat zij over voldoende pensioendeskundigheid kunnen beschikken. Wij kunnen ons voorstellen dat de verenigingen zich moeten onderwerpen aan een governance-code, vergelijkbaar met de Claimcode 2019 die geldt voor belangenorganisaties die zich inzetten voor collectieve actie.

4.2 **Bezwaarrecht tegen transitieplan of besluit pensioenfonds?**

Denkbaar is om de verenigingen bezwaarrecht te geven aan de zijde van de werkgever of sociale partners die het verzoek doen tot interne collectieve waardeoverdracht. Het nu voorgestelde hoorrecht (art. 150g Wtp) voor verenigingen die een substantieel gedeelte van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden vertegenwoordigen, ziet op het transitieplan.²⁵ Bij een collectief bezwaarrecht bij de invulling van het transitieplan zou elke vereniging zodanige zeggenschap moeten krijgen dat zij – door bezwaar te maken – kan blokkeren dat in het transitieplan wordt opgenomen dat de rechten van de pensioendeelnemers die deze vereniging vertegenwoordigt, worden ingevaren. Voor die personen – hun leden – heeft de vereniging dan een vetorecht.

Eveneens denkbaar is het bezwaarrecht te positioneren bij het invaarbesluit aan de zijde van het pensioenfonds. Elke vereniging kan door bezwaar te maken tegenhouden dat de pensioenen van de pensioendeelnemers die zij vertegenwoordigt invaren; er vindt geen waardeoverdracht plaats van de pensioenen van de leden van die vereniging. Wij achten een collectief bezwaarrecht bij het invaarbesluit van het pensioenfonds de meest voor de hand liggende keuze. Dat sluit aan bij de huidige wettelijke systematiek waarin is geregeld dat het eventuele bezwaar van de

pensioendeelnemer tegen een interne collectieve waardeoverdracht zich richt tot het pensioenfonds. Bovendien is een bezwaarrecht ten opzichte van het pensioenfonds passend bij de verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever of sociale partners en pensioenfonds. Het nadeel van het positioneren van het verenigingsbezwaarrecht bij het pensioenfonds, is dat er pas dan mogelijke bezwaren naar voren komen waarmee het transitieplan geen rekening heeft gehouden. Dat nadeel weegt ons inziens minder zwaar dan het betrekken van andere verenigingen dan werkgevers- en werknemersverenigingen bij het overleg *over* en het verzoek *tot* invaren.

De besluitvorming van deze verenigingen moet passen binnen vast te stellen tijdlijnen, zodat vertraging niet kan worden ingezet als onderhandelingstactiek.

De gevolgen van het 'verenigingsbezwaar' kunnen op overeenkomstige wijze worden geregeld als bij de handhaving van het individueel bezwaarrecht, onder meer door de vorming van collectiviteitkringen.

4.3 **Geen onredelijke bezwaren verenigingen – rechterlijke toetsing**

Het pensioenfonds kan van mening zijn dat het bezwaar van één of meer verenigingen leidt tot onredelijke of onevenwichtige uitkomsten voor het pensioenfonds of zijn pensioendeelnemers. Voor die gevallen stellen wij voor om het pensioenfonds de bevoegdheid te geven de veronderstelde onredelijkheid van het bezwaar ter beoordeling aan de rechter voor te leggen. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij bestaande rechterlijke toetsingen van besluiten. Een eerste denkrichting is dat het pensioenfonds kan verzoeken om vervangende toestemming van de kantonrechter of Ondernemingskamer als (i) het bezwaar van een vereniging onredelijk is (vgl. het criterium van art. 27 lid 4 WOR) of (ii) die vereniging bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot haar bezwaar had kunnen komen (vgl. voor dat criterium art. 217 lid 5 Pensioenwet).

4.4 **Verskil collectief bezwaarrecht met conceptwetsvoorstel en individueel bezwaarrecht**

Het wetsvoorstel voorziet alleen in een hoorrecht van de verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van pensioengerechtigden bij de werkgever in het kader van het opstellen van het transitieplan (art. 150 g Wtp).²⁶ Dat hoorrecht is – uiteraard – niet meer dan het recht om gehoord te worden. Daarnaast hebben vertegenwoordigers van pensioengerechtigden weliswaar zitting in het pensioenfondsbestuur of het belanghebbendenorgaan en participeren zij (als geleding) in het verantwoordingsorgaan, maar in die organen is hun stem beperkt en is er geen bezwaarrecht namens een geleding (in afwijking van hetgeen in de Hoofdlijnennotitie in het vooruitzicht is gesteld). Bij het collectief bezwaarrecht zal er sprake zijn van het behoud van groepen en niet van individuen (zij

24 Concept MvT Wtp, p. 148.

25 Concept MvT Wtp, p. 84 en 95.

26 Wij volstaan op deze plaats met de opmerking dat de verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever/sociale partners enerzijds en pensioenfondsen anderzijds op tal van plaatsen in het conceptwetsvoorstel vragen oproept. Die aspecten laten wij hier buiten beschouwing. Dit artikel is uitsluitend beperkt tot het voorstel tot invaren.

het dat een aantal individuen weer een groep kan vormen). Het bezwaar wordt collectief via verenigingen georganiseerd en niet via elk individu. Dit collectieve karakter kan betekenen dat het pensioenfonds makkelijker in staat is tot beheer van de bestaande pensioenen (die in beide varianten als gevolg van het bezwaar ongewijzigd blijven). Verenigingen die relevante groepen pensioendeelnemers vertegenwoordigen hebben directe zeggenschap met een collectief bezwaarrecht. Zij kunnen zich laten vertegenwoordigen om hun opgebouwd pensioen niet in te varen. Dat is bijvoorbeeld voor slapers, pensioengerechtigden of deelnemers een veel sterkere zeggenschap dan het voorgestelde hoorrecht. Verenigingen die specifiek als doel hebben de belangen van die groepen te behartigen zijn beter in staat dan individuen om kennis en juridische actie te organiseren. Individuen kunnen via het verenigingsrecht hun invloed op de besluiten van de verenigingen uitoefenen. Het collectief bezwaarrecht is hiermee een zodanige sterke vorm van zeggenschap over het 'invaren' dat dit de beschreven onrust (die het gevolg is van het afschaffen van het individueel bezwaarrecht) in belangrijke mate, zo niet geheel, kan wegnemen. Bijkomend voordeel voor 'de politiek' is dat daarmee de in de Hoofdlijnennotitie en het Pensioenakkoord gedane toezegging van een collectief bezwaarrecht wordt nagekomen.

De nadelen komen overeen met die welke zijn genoemd bij de handhaving van het individueel bezwaarrecht. In aanvulling daarop moet de relevante informatie zowel aan het individu als aan de verenigingen worden gericht. De informatietaak en zorgplicht richting het individu moet hem in staat stellen bewust te besluiten over al dan niet aansluiten bij de vereniging.

5. Collectiviteitkring of pensioenbewaarder?

In de literatuur is geopperd dat de instelling van een pensioenbewaarder voor het onderbrengen van de pensioenaanspraken en -rechten van bezwaarmakers een goede route zou zijn.²⁷ Wij bespreken in deze paragraaf of de pensioenbewaarder een (betere) vormgeving kan zijn in plaats van de inrichting van een door ons bepleite collectiviteitkring.

5.1 De aard en werking van een pensioenbewaarder

Het verschijnsel van de pensioenbewaarder is geïntroduceerd bij de Wet introductie premiepensioeninstellingen.²⁸ Art. 4:71b Wft verplicht de premiepensioeninstelling ('PPI') om de eigendom van het pensioenvermogen over te dragen aan een pensioenbewaarder indien – zoals de memorie van toelichting het verwoordt –: "uit het beleggingsbeleid behorende bij dat pensioenvermogen reële risico's voortkomen die een onacceptabel besmettingsgevaar voor andere pensioenvermogens opleveren."²⁹ Deze verplichting betekent dat de PPI het pensioenvermogen niet zelf houdt: de overdracht van de eigendom betekent dat de

pensioenbewaarder rechthebbende wordt op het pensioenvermogen. Door overdracht van de eigendom aan de pensioenbewaarder is beoogd de kruissubsidiëring ofwel het 'besmettingsrisico' tegen te gaan ingeval de PPI meerdere pensioenvermogens beheert en bij een van deze vermogens een tekort ontstaat.³⁰ Bij implementatie van Richtlijn 2016/2341 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV's, ook wel aangeduid als IORPS's) is de overdracht van de eigendom van pensioenvermogen aan een pensioenbewaarder ook voor pensioenfondsen mogelijk gemaakt in art. 124a Pensioenwet.³¹ Art. 33-35 Richtlijn 2016/2341 geven de mogelijkheid tot aanstelling van een pensioenbewaarder met als doel "financiële instrumenten" aan de bewaarder toe te vertrouwen. Voor de bewaarder in de zin van de Pensioenwet is aangesloten bij de regeling in de Wft voor de PPI. Bij de implementatie van Richtlijn 2016/2341 is de definitie van pensioenbewaarder in art. 1:1 als volgt komen te luiden: "rechtspersoon die belast is met de bewaring van het vermogen van een premiepensioeninstelling of een pensioenfonds voor zover dat voortvloeit uit de uitvoering van pensioenregelingen." Met de pensioenbewaarder moet het pensioenfonds een overeenkomst inzake het beheer en de bewaring van het pensioenvermogen sluiten. Art. 42 Besluit uitvoering Pensioenwet geeft aan welke onderwerpen in ieder geval in die overeenkomst geregeld moeten worden.

5.2 Collectiviteitkring vergeleken met pensioenbewaarder

De pensioenbewaarder beoogt blijkens de voorgaande beschrijving hetzelfde te bewerkstelligen als ringfencing van pensioenvermogens. Door ringfencing van pensioenvermogens in verschillende collectiviteitkringen mogelijk te maken – door wijziging van art. 123 Pensioenwet – kan binnen het pensioenfonds vermogensscheiding worden bewerkstelligd. De rechtsgevolgen daarvan (geen vermogensvermenging of kruissubsidiëring, faillissementsbestendig) komen overeen met de aanstelling van een pensioenbewaarder. Als alle pensioenfondsen – niet alleen de algemeen pensioenfondsen – collectiviteitkringen kunnen vormen, is er geen behoefte aan een pensioenbewaarder als bedoeld in art. 124a Pensioenwet. Van Meerten noemt de aanstelling van de pensioenbewaarder dan ook het 'ultieme ringfencing' instrument voor pensioenfondsen die intern geen scheidingen tussen pensioenvermogens kunnen aanbrengen en daarom een heel goed alternatief voor het invaren.³² Indien die scheidingen wel mogelijk zijn, na aanpassing van art. 123 Pensioenwet, is dat ultieme instrument derhalve niet nodig. Een formeel verschil is dat de aanstelling van de pensioenbewaarder geen wijziging van de Pensioenwet vergt, maar dat achten wij een verwaarloosbaar punt omdat de Pensioenwet met de komst van de Wet toekomst pensioenen al op veel onderdelen aanpassing behoeft. Bovendien kost het niet veel moeite om de collectiviteitkring te introduceren voor alle pen-

27 Zie H. van Meerten, 'Invaren: de pensioenbewaarder', *P&P* 2021/2.

28 *Stb.* 2010, 887, zie art. 4:71 onder b en c Wet op het financieel toezicht ('Wft').

29 *Kamerstukken II* 2008/09, 31891, 3, p. 42.

30 Zie Nota naar aanleiding van het verslag *Kamerstukken II* 2009/10, 31891, 6, p. 18-19.

31 *Stb.* 2018, 515.

32 H. van Meerten, 'Invaren: de pensioenbewaarder', *P&P* 2021/2.

sioenfonds. Zij is reeds geregeld voor het algemeen pensioenfonds; de wettelijke 'infrastructuur' is er reeds. Dan blijft toch de vraag of een collectiviteitkring met afgescheiden vermogen een betere vormgeving is voor de bezwaarmakers tegen invaren dan de pensioenbewaarder. Wat opvalt is dat de wetgever bij introductie van het algemeen pensioenfonds de verplichting om een pensioenbewaarder aan te stellen nadrukkelijk heeft afgewezen en in plaats daarvan voor de mogelijkheid van ringfencing heeft gekozen (art. 123 lid 1 en 3 Pensioenwet).³³ De aanstelling van een pensioenbewaarder vergt contractuele afspraken met een andere rechtspersoon, waarbij onder meer geborgd moet worden dat de pensioenbewaarder zich zal houden aan het door het pensioenfonds voorgeschreven beleggingsbeleid. Dit gaat gepaard met – onnodige – extra kosten en governance problematiek. De collectiviteitkring heeft praktische voordelen boven een pensioenbewaarder omdat er bij een collectiviteitkring geen afzonderlijke rechtspersoon is, geen afzonderlijke governance, geen additioneel financieel toezicht op de bewaarder en zijn bestuurders, geen contracteringskosten, geen eigendoms-overdracht van het pensioenvermogen, geen 'termination event' onder beleggingstransacties. Psychologisch heeft de pensioenbewaarder een additioneel nadeel voor sociale partners. Het pensioenfonds zal niet langer eigenaar zijn van het pensioenvermogen. Dit betekent dat paritaire besturen van pensioenfonds hun 'control' over het pensioenvermogen in belangrijke mate prijsgeven. Hieruit blijkt dat de afzonderlijke pensioenbewaarder gepaard gaat met zwaarwegende nadelen.³⁴ Bij introductie van het algemeen pensioenfonds werd de optie van een pensioenbewaarder afgewezen omdat dat naar de mening van de regering 'belemmerend' zou werken 'vanwege het de facto creëren van een dubbele boekhouding'.³⁵ Van Meerten pleitte in 2018 vanwege al deze nadelen ook voor het afschaffen van de pensioenbewaarder (bij de PPI); hij noemde deze 'overbodig en nadelig'.³⁶ Daar zijn wij het mee eens. Dat de pensioenbewaarder overbodig en onnodig is, geldt temeer indien alle pensioenfonds kunnen ringfencen.³⁷ Het heeft daarom stellig onze voorkeur om de activa en passiva, behorend bij de aanspraken en rechten van bezwaarmakers, te beheren in collectiviteitkringen en niet in een pensioenbewaarder.

6. Tot slot

Het conceptwetsvoorstel Wet toekomst pensioenen schafft het individueel bezwaarrecht bij collectieve interne waardeoverdracht binnen een pensioenfonds af om transitie van opgebouwd pensioen mogelijk te maken. Die afschaffing kan het maatschappelijk vertrouwen ondermijnen omdat zij een recht van pensioendeelnemers afneemt. In deze bijdrage hebben wij twee alternatieven gepresenteerd voor afschaffing van het individueel bezwaarrecht: de individuele en de collectieve verenigingsvariant. De door ons aangegeven routes sluiten aan bij de bestaande wettelijke systematiek. De verdere uitwerking daarvan vergt dat de wetgever aan alle pensioenfonds de mogelijkheid biedt tot het vormen van collectiviteitkringen, zodat pensioenfonds niet op de pensioenbewaarder zijn aangewezen. Het daarvoor vereiste denkwerk is gedaan: de bestaande wettelijke regeling van collectiviteitkringen van algemeen pensioenfonds kan als uitgangspunt dienen.

33 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, *Kamerstukken II 2014/15*, 34117, 3, p. 27. Zie over collectiviteitkringen bij het algemeen pensioenfonds uitgebreid C.J. Groffen, R.H. Maatman, A. Steneker, 'Ringfencing, afgescheiden vermogen en het APF', *TPV 2017/19*.

34 Zie ook R. Maatman, S. Steneker, *Ringfencing van pensioenvermogens*, NEA Paper 20, Netspar, 2009.

35 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel algemeen pensioenfonds, *Kamerstukken II 2014/15*, 34117, 3, p. 27.

36 S.N. Hooghiemstra, H. van Meerten, 'Voortschrijdend inzicht: pleidooi afschaffen Pensioenbewaarder voor premiepensioeninstellingen', *Renforce publicatie*. In zijn publicatie in *P&P* noemt Van Meerten geen van deze bezwaren.

37 Zie ook R. Maatman, S. Steneker, *Ringfencing binnen het algemeen pensioenfonds (APF) en andere pensioenuitvoerders*, NEA Paper 60, Netspar 2015.