



Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement

Invaren door pensioenfondsen: "Invaren doe je zo"

*René Maatman
Mark Heemskerk
Roland van Liessum*

OCCASIONAL 02 / 2023

NETSPAR INDUSTRY SERIES

OCCASIONAL PAPERS zijn onderdeel van de **Industry Paper Series**, worden niet beoordeeld door de Netspar Editorial Board ('**non-refereed**'), maar worden onder verantwoordelijkheid van de auteurs uitgebracht. De Occasional Papers zijn zeer actueel of functioneren als achtergrondpaper bij andere Netspar-publicaties.

Colofon

Netspar Occasional Paper 02, september 2023

Affiliaties

René Maatman – hoogleraar vermogensbeheer & pensioenvraagstukken Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner bij Keijser Van der Velden en voorzitter van de raad van toezicht van pensioenfondsen SPMS

Mark Heemskerk – hoogleraar pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner heldlaw en raadsheer-plaatsvervanger hof Den Bosch

Roland van Liessum – counsel bij Keijser Van der Velden, fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht Radboud Universiteit Nijmegen, voorheen senior jurist bij achtereenvolgens ABP en APG.

Netspar Occasional Papers zijn een uitgave van Netspar. De papers worden op persoonlijke titel geschreven door de auteurs en vertegenwoordigen niet noodzakelijkerwijs de visie van de werkgever(s). Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s).

INHOUD

1. <i>Inleiding</i>	4
2. <i>Invaren in grote lijnen</i>	8
3. <i>Wijzigen pensioenovereenkomst bij verplicht bpf</i>	12
4. <i>Evenwichtige besluitvorming</i>	18
5. <i>Invaarverzoek en invaarbesluit: interne collectieve waardeoverdracht</i>	21
6. <i>Opdrachtaanvaarding</i>	30
7. <i>Samenvatting</i>	34
<i>Bijlage: Concept Invaarbesluit</i>	35

1. Inleiding

1.1 Inleiding en afbakening

In dit paper beschrijven en analyseren wij het proces van invaren, vanaf de aanloop naar de wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever (sociale partners) tot en met het invaarbesluit door het pensioenfonds. Het invaarbesluit leidt tot een collectieve interne waardeoverdracht, waarmee het invaren wordt voltooid. Onze doelstelling is om *guidance* te geven voor het besluitvormingsproces door pensioenfondsen, handelend in samenspraak met sociale partners.

In de eerste drie paragrafen bespreken wij het arbeidsvoorwaardelijk traject tot aan het invaarverzoek van de werkgever aan het pensioenfonds. Wij inventariseren en benoemen de eisen om te komen tot rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst en signaleren de 'hobbels op de weg'. De paragrafen 4 en 5 hebben betrekking op het besluitvormingsproces van het pensioenfonds tot en met het invaarbesluit. In paragraaf 6 gaan wij in op de opdrachtaanvaarding en governance-eisen. Paragraaf 7 bevat een samenvatting. Als bijlage hebben wij een concept opgenomen van een mogelijk invaarbesluit. Voor zowel de werkgever (sociale partners) als het pensioenfonds doen wij aanbevelingen voor solide besluitvorming.¹ Wij spreken van een solide besluit als het een rechterlijke toetsing naar verwachting kan doorstaan. Een solide besluit omvat meer dan een evenwichtig besluit, omdat daarvoor nodig is dat het besluit aan bepaalde formele criteria voldoet, waaronder governance-eisen.

De relevante bepalingen in de Wet toekomst pensioenen (Wtp) zijn soms onduidelijk. Dat leidt tot vragen over hoe sociale partners en pensioenfondsen moeten handelen. De Wtp bestaat uit duizenden pagina's aan wet- en regelgeving en parlementaire geschiedenis. De uitleg of toelichting die daarin gegeven wordt is soms tegenstrijdig of verwarrend, onder meer omdat amendementen en voortschrijdend inzicht hebben geleid tot aangepaste standpunten. De toelichtingen en bronnen die wij in dit paper aanhalen zijn het resultaat van onze subjectieve selectie die onvermijdelijk onvolledig is.

Wij focussen in dit paper op het invaren van pensioenen bij ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen. Specifieke vereisten die gelden

1 Aanvankelijk schreven wij 'robuuste' besluitvorming, maar de regering geeft aan die woordcombinatie een andere uitleg, te weten 'complete' besluitvorming: een besluit dat rekening houdt met redelijkerwijs voorzienbare omstandigheden en daarvoor een regeling treft, zodat het pensioenfonds en sociale partners niet genoodzaakt zijn terug te gaan naar de tekentafel. Zie de nota van toelichting bij art. 44 Bup. DNB neemt die uitleg van robuuste besluitvorming over in haar *guidance* van 29 juni 2023: 'Opdrachtaanvaarding en besluitvorming pensioenfondsen over transitie'.

voor algemeen pensioenfondsen en hun collectiviteitkringen laten wij buiten beschouwing.² De invaarregels die gelden voor de pensioenopbouw bij een beroepspensioenfonds stemmen voor een belangrijk deel overeen met de regels die wij in dit paper beschrijven, met dien verstande dat de beroepspensioenvereniging de plaats inneemt van de werkgever.³ Het 'arbeidsvoorwaardelijk traject' vindt plaats binnen de beroepspensioenvereniging, die te gelden heeft als 'opdrachtgever' van het beroepspensioenfonds.⁴ Wij hebben in dit paper echter geen ruimte om de afwijkingen in detail te bespreken.⁵ Verder gaan wij niet in op de gevolgen van het Europees mededingingsrecht en de verplichtstelling.⁶

Wij houden ons aanbevolen voor verbeteringsuggesties.⁷

Enkele passages in dit paper zijn ontleend aan eerder door ons geschreven boeken of artikelen.⁸

1.2 Terminologie

Dit paper gaat over invaren. Daarbij is het nuttig om te definiëren wat wij verstaan onder enkele veel voorkomende begrippen.

In dit paper zullen wij overeenkomstig art. 150b. lid 2 Pw onder werkgever mede verstaan de partijen die de wijziging van de pensioenregeling overeenkomen of zijn overeengekomen zoals (verenigingen van) werkgever(s) en werknemer(s) (sociale partners), tenzij het tegendeel blijkt.

2 Vgl. C.J. Groffen, R.H. Maatman & A. Steneker, Ringfencing, afgescheiden vermogen en het APF, *TPV* 2017/19.

3 Zie bijv. art. 145k Wet verplichte beroepspensioenregeling voor het 'standaardinvaarpad'.

4 Zie art. 145c en 145d Wet verplichte beroepspensioenregeling. In art. 109a van deze wet is de opdrachtaanvaarding geregeld.

5 Op grond van art. 2 lid 11 Pw heeft de Wtp gevolgen voor de pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een in het buitenland gevestigde pensioenuitvoerder zoals het Belgisch Organisme voor de Financiering van Pensioenen (Ofp). Onze indruk is dat de gevolgen beperkt blijven tot de toekomstige pensioenopbouw, maar de *precieze* gevolgen vergen nader onderzoek. Vgl. R.H. Maatman & E.M.T. Huijzer, Pensioenfondsen op zoek naar schaalvergroting: van opf naar apf of ofp, *Ondernemingsrecht* 2017/33.

6 De vraag of de verplichtstelling houdbaar is na invaren wordt beantwoord in E. Lutjens, Verplichtstelling na pensioenakkoord houdbaar, advies van 7 januari 2020 aan het Ministerie van SZW.

7 rene.maatman@ru.nl; mark.heemskerk@ru.nl; roland.vanliessum@ru.nl

8 Wij noemen D. Boeijen, Ch. de Groot, M. Heemskerk, N. Kortleve & R.H. Maatman, Compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek, *Netspar Design Paper 135*, Tilburg: Netspar (Boeijen et al 2019) en R.H. Maatman & M. Heemskerk (2022), Bevoegdheidsverdeling sociale partners en pensioenfonds bij stelseltransitie, *Netspar Design Paper 201*, Tilburg: Netspar (Maatman/Heemskerk 2022).

Wij maken onderscheid tussen pensioenaanspraken (opbouwfase) en pensioenrechten (uitkeringsfase), zie de definities in art. 1 Pw. Daarmee correspondeert het wettelijk onderscheid tussen aanspraak- en pensioengerechtigden. Tot de aanspraakgerechtigden behoren de deelnemers (zij die op dit moment aanspraken opbouwen) en de 'slapers' (zij die aanspraken hebben opgebouwd maar nog geen pensioen genieten). Voor de leesbaarheid zullen wij de aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden samen ook aanduiden als 'pensioendeelnemers'. Als wij het woord 'pensioenen' gebruiken, bedoelen wij pensioenaanspraken én pensioenrechten.

Met SPR (solidaire premieregeling) bedoelen wij de solidaire premieovereenkomst als bedoeld in artikel 10a Pw. FPR (flexibele premieregeling) staat voor de flexibele premieovereenkomst, bedoeld in art. 10b Pw.⁹

De Wtp beëindigt de doorsneesystematiek. Het gevolg daarvan is dat bepaalde deelnemers, uitgaande van gelijkblijvende premie-inleg en geabstraheerd van compensatie, een verminderd pensioenperspectief krijgen. Deelnemers met een leeftijd tussen 40 en 50 jaar worden het hardst getroffen. In de context van het compensatievraagstuk duiden wij dit cohort aan als de 'middengroep'.¹⁰

1.3 Wat is invaren?

Invaren wordt in de Memorie van Toelichting (MvT) van het wetsvoorstel omschreven als 'het toepassen van de regels van een collectief gewijzigde pensioenovereenkomst op pensioenrechten en pensioenaanspraken die voorafgaand aan die wijziging zijn verworven.'. Dat gebeurt met een zogenoemde interne collectieve waardeoverdracht. 'Invaren' hebben wij eerder omschreven als de wijziging van de bestaande pensioenopbouw tot rechten met een ander – meer voorwaardelijk – karakter.¹¹ Vrij vertaald is invaren de omzetting van opgebouwd pensioen naar de nieuwe premieovereenkomst. Zonder wijziging van bestaande opbouw is invaren niet nodig.

9 Uitvoering van de premie-uitkeringsovereenkomst als bedoeld in art. 10 Pw is niet toegestaan voor pensioenfondsen.

10 Zie Boeijen et al 2019 over impliciete compensatie (een op leeftijden toegesneden beleggingsbeleid dat naar verwachting leidt tot betere beleggingsresultaten) en expliciete compensatie (toekenning extra pensioenaanspraken).

11 Vgl. Boeijen et al 2019. Bij pensioenfondsen betekent die wijziging dat rechten met een hoge zekerheidsmaat (die slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden gekort) worden omgezet in rechten onder de SPR (met korten als regulier sturingsmechanisme) of rechten onder de FPR (die per definitie meebewegen met ontwikkelingen op financiële markten). De wijziging van een vaste uitkering in een variabele pensioenuitkering werd reeds geïntroduceerd bij de Wet verbeterde premieregeling. Die wijziging wordt relevant voor de pensioenen die zijn opgebouwd onder een uitkeringsovereenkomst, als deze invaren naar een SPR of FPR.

De beëindiging van de doorsneesystematiek heeft zowel impact op uitkeringsovereenkomsten (DB) als op premieovereenkomsten (DC). In DB-regelingen wordt de leeftijdsonafhankelijke doorsnee-opbouw vervangen door een leeftijdsafhankelijke degressieve opbouw. In DC-regelingen wordt de leeftijdsafhankelijke progressieve premie-inleg (premiestaffel) vervangen door een leeftijdsonafhankelijke premie-inleg (vlakke premie).¹² We spreken in beide gevallen gemakshalve van 'overstap op degressieve opbouw'. Hierdoor zal de *nieuwe* opbouw in alle pensioencontracten wijziging ondergaan. De *bestaande* opbouw wijzigt hierdoor niet.

Invaren is aan de orde als de bestaande opbouw wordt onderworpen aan de nieuwe verdeel- en toedeelregels van de SPR of de FPR, want hierdoor wijzigt het opgebouwd pensioen. Het wijzigingsverbod van opgebouwd pensioen (artikel 20 Pw) is niet van toepassing bij invaren door een specifieke wettelijke bepaling (art. 150m Pw).

Invaren betekent dat de pensioenopbouw van iedere pensioendeelnemer wordt omgezet in een voor het pensioen gereserveerd vermogen, respectievelijk een pensioenkapitaal.¹³ De wet gaat ervan uit dat het toebedeelde vermogen wordt aangewend voor het verkrijgen van pensioenaanspraken en -rechten overeenkomstig de gewijzigde pensioenovereenkomst bij dezelfde pensioenuitvoerder als waar de bestaande pensioenen zijn opgebouwd. Vandaar dat de omzetting een *interne* collectieve waardeoverdracht betreft.¹⁴

Tot slot: invaren is alleen mogelijk voor pensioenfondsen. Bij verzekeraars en premiepensioeninstellingen is invaren niet aan de orde. Pensioenfondsen staan daarom centraal in dit paper.

12 Het overgangsrecht voor met name verzekerde regelingen en premiepensioeninstellingen om premiestaffels voor bestaand personeel te handhaven (art. 220e Pw) laten wij buiten beschouwing.

13 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 14.*

14 Zie art. 150m lid 2 en 3 Pw. Zie ook art. 83 lid 1 onder c Pw.

2. Invaren in grote lijnen

2.1 Invaren vereist een aantal volgtijdelijke stappen zoals vermeld in tabel 1:

- 1) wijziging van de pensioenovereenkomst
- 2) het verzoek tot interne collectieve waardeoverdracht
- 3) het invaarbeveluit van het pensioenfonds

Daarbij is besluitvorming nodig van verschillende partijen, zoals werkgever (sociale partners) en pensioenfonds (invaarbeveluit). Tabel 1 bevat een overzicht van de meest significante besluiten en de wettelijke bevoegdheidsverdeling.¹⁵

Tabel 1: Stappenplan invaren

Rechtshandeling/besluit	Bevoegdheid	Beslisruimte
1) wijziging pensioenovereenkomst	sociale partners ¹⁶	verplicht volgens PW
2) verzoek interne waardeoverdracht	sociale partners/werkgever	invaarverzoek, tenzij
3) besluit interne waardeoverdracht	pensioenfondsbestuur	invaarbeveluit, tenzij

2.2 Wijziging pensioenovereenkomst en opstellen transitieplan: stap 1

De pensioenovereenkomst dient uiterlijk 1 januari 2025 te zijn gewijzigd door de werkgever. Dit houdt in dat de bestaande pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een pensioenfonds, moet worden gewijzigd naar een solidaire premieovereenkomst of een flexibele premieovereenkomst. Uitgangspunt is dat sociale partners bevoegd zijn tot wijziging van de pensioenovereenkomst, al kan die bevoegdheid eveneens liggen bij het pensioenfondsbestuur. Die wijzigingsmogelijkheid wordt wel aangeduid als de pensioenfondsroute.¹⁷

De werkgever moet het wettelijk verplichte transitieplan opstellen (art. 150d Pw). Het transitieplan bevat enkele voorgeschreven elementen, zoals duidelijkheid over al dan niet invaren en het karakter van de gewijzigde pensioenovereenkomst (als bedoeld in art. 10 Pw) indien wordt ingevaren. Daarnaast gelden er voor het transitieplan een aantal "als-dan bepalingen". Als er afspraken gemaakt worden, dan

15 Zie daarover A.G. van Marwijk Kooy, Invaarverzoek onder WTP vergt GEEN voorafgaande wijziging opgebouwde aanspraken, *TPV* 2023/20. Wij delen de kritiek van Lutjens op de stellingen die Van Marwijk Kooy in dit artikel betreft, zie E. Lutjens, Reactie: Invaren zonder wijziging van de pensioenovereenkomst ook voor opgebouwde aanspraken en rechten werkt niet, *TPV* 2023/21.

16 Sociale partners of de werkgever, zie art. 150b Pw. De bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst kan feitelijk liggen bij het pensioenfondsbestuur.

17 M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (2020), par. 5.11.2.

dienen die in het transitieplan te staan.¹⁸ Een voorbeeld daarvan zijn afspraken over compensatie.

2.3 Invaarverzoek: stap 2

Zonder invaarverzoek tot interne collectieve waardeoverdracht van de werkgever kan het pensioenfonds niet besluiten tot invaren. Ook voor gesloten fondsen geldt dat er slechts sprake kan zijn van invaren als de werkgever of sociale partners daartoe verzoeken. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds met vrijwillige aansluitingen wordt de vraag of een invaarverzoek nodig is van de vrijwillig aangesloten werkgever(s) beantwoord op basis van de aansluitingsbepalingen (bijv. een uitvoeringsovereenkomst of -reglement). De afspraak kán zijn dat de werkgever de besluitvorming van het bedrijfstakpensioenfonds volgt.¹⁹

2.4 Invaarbesluit pensioenfonds: stap 3

Het pensioenfonds dient een zogenoemd invaarbesluit te nemen.²⁰ Ontbreekt een door de werkgever gewijzigde pensioenovereenkomst of een invaarverzoek, dan kan het pensioenfonds niet besluiten tot invaren.²¹ De besluitvorming kent in werkelijkheid meer vereisten. Zonder volledigheid te pretenderen noemen wij de medezeggenschap bij een besluit over de wijziging van de pensioenovereenkomst, zoals een instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij een voorgenomen besluit van de werkgever.²² Bij besluitvorming van het pensioenfonds geldt wettelijk een advies- of goedkeuringsrecht van het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan.²³ Het pensioenfonds moet daarnaast andere governanceregels in acht nemen, zoals de goedkeuring door de RvT van het voorgenomen invaarbesluit.²⁴

De regering bevordert en faciliteert invaren, maar stelt invaren niet wettelijk verplicht. De regering bevordert de collectieve waardeoverdracht door schrapping van het individueel bezwaarrecht van pensioendeelnemers tegen waardeoverdracht.²⁵ In de context van de transitie zou de mogelijkheid om individueel bezwaar te maken

18 Als wordt afgesproken geen compensatie toe te kennen, ligt het voor de hand om daaromtrent in het transitieplan uitleg te verschaffen.

19 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 11, p. 42.

20 Vgl. *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 7, p. 114-115, p. 187.

21 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 7, p. 101.

22 Art. 27 WOR.

23 Art. 115a en 115c Pw. De heroverweging door de werkgever/sociale partners bij een negatief advies van een geleding ex art. 150m lid 5 Pw laten wij verder buiten beschouwing.

24 Art. 150m lid 7 Wtp.

25 Art. 83 Pw.

tegen invaren niet in het belang van de deelnemer zijn. De deelnemer realiseert zich volgens de wetgever mogelijk niet goed wat de nadelige gevolgen zijn van het achterblijven in een pensioenfonds, waardoor hij verkeerde keuzes maakt.²⁶ In plaats van het individuele bezwaarrecht van deelnemers is er aan pensioenfondszijde een advies- en beroepsrecht van het verantwoordingsorgaan.²⁷ Daarbij is de rechterlijke toets of het pensioenfonds in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.

2.5 Beoordeling DNB

De drie genoemde stappen moeten zijn voorzien van cijfermatige berekeningen. Transitieberekeningen zijn wettelijk verplicht.²⁸ Opgebouwd pensioen vaart in volgens de standaardmethode, tenzij wordt toegelicht waarom de VBA-methode beter is om te komen tot evenwichtig invaren. Het pensioenfonds moet een voorgenomen invaarbesluit uiterlijk zes maanden voor de beoogde waardeoverdracht melden bij DNB. DNB beoordeelt het implementatieplan, inclusief financiële effecten, evenwichtigheid en impactanalyse van risico's. DNB kan binnen zes maanden een verbod opleggen, met de mogelijkheid deze termijn twee keer te verlengen met drie maanden.²⁹ De toetsing van de evenwichtige belangenafweging is een marginale toets. Dit betekent dat DNB beoordeelt of het pensioenfonds in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Daarbij legt de motivering groot gewicht in de schaal.³⁰ De wetgever heeft het bezwaarrecht van individuen tegen het besluit van DNB om wel of geen verbod op te leggen, buiten toepassing verklaard.³¹

2.6 Evenwichtig invaren

Alle stappen in het invaarproces dienen te zijn gekenmerkt door enige vorm van evenwicht. De werkgever moet in het transitieplan verantwoorden waarom de

26 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 96, 236, 276.*

27 Vgl. E. Lutjens, R.H. Maatman & M. Heemskerk, *Invaren pensioenen: alternatieven voor afschaffing individueel bezwaarrecht*, *TPV 2021/19*.

28 Art. 150d en 150e Pw. Zie ook DNB guidance 29 juni 2023: 'Berekening transitie-effecten en toepassing vba-rekenmethodiek'.

29 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 7, p. 101*

30 Er is dus geen sprake van een integrale toets; DNB zal niet treden in de vraag of het pensioenfonds beter een ánder besluit had kunnen nemen. Zie ook DNB guidance 29 juni 2023: 'Q&A Redenen voor DNB om een verbod op invaren op te leggen'. Daarin geeft DNB een ruimhartige uitleg aan marginale toetsing.

31 *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 8; vgl. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 11, p. 67-68.* Pensioendeelnemers kunnen wel een zienswijze geven voordat DNB een invaarbesluit beoordeelt. Zie DNB guidance 29 juni 2023: 'Zienswijze door pensioendeelnemers op DNB besluiten over invaren'.

transitie evenwichtig is (art. 150d lid 1 Pw). Het nalaten van een verzoek tot invaren door de werkgever dient evenwichtig te zijn (art. 150l lid 2 Pw). De wetsgeschiedenis suggereert zelfs dat een werkgever een invaarverzoek doet, tenzij dat onevenwichtig is. De wetgever schrijft voor dat pensioenen invaren, tenzij dit onevenredig ongunstig zou zijn voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden of de werkgever (art. 150l lid 1 Pw). Als invaren onevenredig ongunstig is voor bepaalde groepen en de werkgever om die reden afziet van een invaarverzoek, moet de werkgever onderbouwen dat alle relevante belangen – dus ook de belangen van de overige groepen – zijn gewogen.³²

Het pensioenfonds mag een verzoek tot invaren slechts afwijzen indien er sprake is van strijd met de wet, als het resultaat als geheel tot onevenwichtig nadeel zou leiden voor aanspraakgerechtigden of pensioengerechtigden of als de beheerste en integere bedrijfsvoering van het pensioenfonds door de waardeoverdracht in gevaar zou komen (art. 150l lid 4 Pw). Voor elk pensioenfondsbesluit geldt overkoepelend de vereiste evenwichtigheid van art. 105 Pw: alle belanghebbenden dienen zich evenwichtig vertegenwoordigd te kunnen voelen door de beleidsbepalers van het pensioenfonds.³³

Samengevat betekent een en ander dat elke stap in het transitieproces gekenmerkt moet zijn door 'evenwichtigheid' en voorzien moet zijn van een toereikende motivering.

32 Art. 150l lid 2 Pw. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36 067, nr. 3, p. 407. Zie ook DNB guidance 29 juni 2023: 'Opdrachtaanvaarding en besluitvorming pensioenfondsen over transitie'.

33 Zie ook art. 46b lid 1 Besluit toekomst pensioenen (*Stb.* 2023/217) tot wijziging van Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, hierna afgekort als 'Bup'.

3. Wijzigen pensioenovereenkomst bij verplicht bpf

3.1 Inleiding

Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen behoort de wijziging van de pensioenovereenkomst in beginsel tot de bevoegdheden van verenigingen van werkgevers en werknemers (sociale partners). Relevant is dat de Wet bpf 2000 bepaalt dat deelnemers gebonden zijn aan statuten en reglementen en daarop gebaseerde besluiten van het pensioenfonds. De Wtp verduidelijkt dat de binding aan statuten en reglementen niet alleen geldt voor deelnemers, maar ook voor pensioengerechtigden. Verdedigbaar is dat het pensioenfonds met zijn besluit tot wijziging van het pensioenreglement deelnemers en pensioengerechtigden bindt. Te verwachten valt dat in het transitieplan sociale partners aangeven wat de gewijzigde pensioenovereenkomst is. In veel bedrijfstakken waar een verplichtstelling geldt, wordt pensioen bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) geregeld. Individuele werkgevers en werknemers die tot de bedrijfstak behoren, zijn vaak aan die cao gebonden, bijvoorbeeld door het lidmaatschap van de desbetreffende vereniging of doordat de cao is geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Dit wordt geacht een wijziging te zijn met wederzijds goedvinden. De binding van pensioengerechtigden aan statuten en reglementen maakt het voor hen moeilijker zich met succes te verzetten tegen wijziging van het reglement. Zij hebben veel te verliezen en hun positie is kwetsbaar. Dit niet alleen omdat hun bestaande opbouw is voltooid en doorgaans meer waard is dan de opbouw van werkenden, maar ook omdat zij niet in aanmerking komen voor eventuele compensatie in arbeidsvoorwaarden die gelegen zijn buiten de pensioensfeer, voor zover de werkgever die met diens werknemers overeenkomt. Die kwetsbaarheid geldt temeer voor de slapers.³⁴ In de Wtp is een hoorrecht voor een vereniging van slapers of een vereniging van pensioengerechtigden opgenomen waarmee zij aandacht kunnen vragen voor hun eigen belangen.³⁵

3.2 Wijzigen pensioenovereenkomst bij een niet verplichtgesteld pensioenfonds

Werkgever(s) en werknemers die niet zijn aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds zullen de pensioenovereenkomst zelf moeten wijzigen. Er zijn vier mogelijkheden die wij in de volgende subparagrafen bespreken. Voor elke wijzigingsroute gelden de gebruikelijke medezeggenschapsvereisten; de werkgever heeft instemming

34 Zij ontleen enige bescherming aan art. 55 lid 1 Pw, waarin is bepaald dat hun bestaande pensioenaanspraken behouden blijven.

35 Art. 150g Pw.

nodig van de ondernemingsraad, tenzij de arbeidsvoorwaarde pensioen uitputtend is geregeld in de cao of er een verplichtstelling geldt (art. 27 lid 1 en 3 WOR).

3.2.1 Wijziging bij cao of door een verwijzing in een pensioenovereenkomst naar een cao. Daaronder is ook begrepen een dynamische incorporatie van toekomstige cao-wijzigingen. In dat geval is de pensioenregeling van toepassing in de cao zoals die van 'tijd tot tijd' wijzigt of geldt. Feitelijk betekent dit dat werkgever en werknemer bij voorbaat instemmen met een wijziging die door anderen (de cao-partijen) wordt overeengekomen.

3.2.2 Wederzijds goedvinden, waaronder begrepen de negatieve optie. Die laatste komt neer op: 'wie zwijgt, stemt toe'. Gebruikelijk is dat de werkgever de pensioenovereenkomst, eventueel met instemming van de ondernemingsraad, ter instemming voorlegt aan de werknemer(s). De werkgever vermeldt daarbij dat die aanneemt dat de werknemer instemt met de wijziging, tenzij deze voor een bepaalde datum uitdrukkelijk bezwaar maakt. Een dergelijke handelwijze is bindend, mits de impact van de voorgestelde wijziging van de pensioenovereenkomst voldoende duidelijk is voor de werknemer, zodat deze begrijpt wat de gevolgen zijn van diens zwijgen.³⁶ Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het criterium voor rechtsgeldige wijziging is of een werknemer 'welbewust' heeft ingestemd.³⁷

3.2.3 Eenzijdig wijzigingsbeding: zwaarwichtig belang werkgever waarvoor het belang van de pensioendeelnemer resp. werknemer moet wijken. Het eenzijdig wijzigingsbeding kan besloten liggen in de pensioenovereenkomst (art. 19 Pw) of in de arbeidsovereenkomst (art. 7:613 BW).³⁸ Wijziging kan ook voortvloeien uit de

36 De werknemer moet kunnen begrijpen dat diens stilzitten (zwijgen) betekent dat hij instemt met de wijziging. De werkgever dient daarnaast evenwichtige voorlichting te geven omtrent de voorgestelde wijziging; hij mag zich bijvoorbeeld niet beperken tot het schetsen van goedweersscenario's.

37 Zie HR 2 februari 2010, *NJ 2010/494 (CZ)* en HR 23 april 2010, *PJ 2010/157 (Halliburton)*.

38 Zie HR 21 april 2023, *ECLI:NL:HR:2023:661 (AFM-pensioenregeling)*, (r.o. 3.2.5): De artikelen 7:613 BW en 19 PW kunnen uitmonden in hetzelfde resultaat (eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst) maar dat is niet vanzelfsprekend. De HR overweegt: 'Wanneer de arbeidsovereenkomst een algemeen eenzijdig wijzigingsbeding bevat en de pensioenovereenkomst een specifiek eenzijdig wijzigingsbeding, moet (...) door uitleg worden bepaald of gebruikmaking van de algemene eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in de arbeidsovereenkomst is uitgesloten voor wijzigingen in de pensioenovereenkomst, dan wel het algemene eenzijdige wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst naast het specifieke eenzijdige wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst van toepassing is op wijzigingen in de pensioenovereenkomst.'

verplichting om zich als goed werkgever of werknemer te gedragen (art. 7:611 BW).³⁹ Die verplichting kan vergen de wijziging te accepteren (zie de volgende paragraaf). Recente rechtspraak van de Hoge Raad toont aan dat een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst zonder eenzijdig wijzigingsbeding mogelijk is op grond van goed werknemerschap. Te kort samengevat kan soms in redelijkheid van een werknemer worden gevergd dat deze instemt met een redelijk voorstel van de werkgever.⁴⁰

*3.2.4 Pensioenfondsrout*e: dynamische incorporatie van pensioenreglement in pensioenovereenkomst. Denkbaar is dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst wordt 'doorgecontracteerd' naar het pensioenfonds(bestuur). In dat geval bepaalt de pensioenovereenkomst dat het pensioenreglement van toepassing is en staat daarin bijvoorbeeld dat het pensioenfonds bevoegd is om het pensioenreglement te wijzigen. Daarmee stemmen werkgever en werknemer er bij voorbaat mee in dat het pensioenfonds de inhoud van de pensioenovereenkomst bepaalt.

3.3 Eenzijdig wijzigingsbeding

Een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding in relatie tot de *toekomstige* pensioenopbouw van werknemers, kan de werkgever normaliter zonder veel moeite rechtvaardigen. De bestaande uitkeringsovereenkomst wordt niet langer fiscaal gefaciliteerd en de doorsneesystematiek eindigt. Dat brengt mee dat de pensioenovereenkomst in ieder geval zal moeten wijzigen met het oog op de nieuwe pensioenopbouw. De toekomstige pensioenopbouw van vooral de middengroep zal inboeten aan waarde. Er wordt van uitgegaan dat daarvoor compensatie is vereist. Die compensatie zal onderdeel zijn van het transitieplan en een door de werkgever te presenteren totaalpakket van arbeidsvoorwaarden. Dat het pensioenfonds na invaren in staat wordt geacht om zijn beleggingsbeleid beter af te stemmen op de leeftijd van de pensioendeelnemers zal daarbij ook gewicht in de schaal leggen. Anders gezegd: voor jongeren kan met meer risico worden belegd dan nu het geval is, waardoor het verwachte pensioenresultaat voor veel werknemers erop vooruit gaat. Mogelijk komt de werkgever de werknemers mede tegemoet door de verbetering van andere arbeidsvoorwaarden dan pensioen. Aandachtspunt is dat compensatie in pensioenaanspraken ook geldt voor nieuwe werknemers (art. 150f Pw). Dat geldt niet voor looncompensatie. Verder verdient aandacht dat een wijziging van de pensioenovereenkomst instemming van de ondernemingsraad (OR) vereist, tenzij dat uitputtend in de cao is geregeld.

39 HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185 (Stoof/Mammoet Transport).

40 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:17592022 (IFF).

Instemming van de OR is een indicatie voor een voldoende zwaarwegend belang, al blijft een individuele belangenafweging vereist. Stemt de OR niet in en komt er toch een besluit, dan kan de OR de nietigheid van dat besluit inroepen. De werkgever kan dan vervangende toestemming van de kantonrechter verzoeken indien het onthouden van instemming onredelijk is (art. 27 WOR).

3.4 Eenzijdig wijzigingsbeding, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden

Een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding in relatie tot de *bestaande* opbouw van pensioengerechtigden en slapers is lastiger. De afschaffing van de doorsneesystematiek raakt hen niet. Er is geen toekomstige opbouw die noodzaakt tot wijziging. Pensioengerechtigden en slapers komen niet in aanmerking voor de daarmee samenhangende vormen van compensatie. Werkgevers zullen de rechtvaardiging moeten zoeken in andere argumenten. De regering denkt aan bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden.⁴¹ Wij kunnen ons daar weinig bij voorstellen. Wij vinden het aannemelijker dat werkgevers zich op grond van de wet min of meer gedwongen voelen om een invaarverzoek te doen. Aan die wettelijke *nudging* kunnen zij slechts gevolg geven indien eerst de pensioenovereenkomst van pensioengerechtigden en slapers wordt gewijzigd. Bovendien wordt de vorming van een solidariteitsreserve (SPR) of risicodelingsreserve (FPR) ingewikkeld zonder invaren van slapers en pensioengerechtigden. Voorstelbaar is dat werkgevers in die wettelijke systematiek een voldoende zwaarwichtig belang zoeken voor de wijziging. Zij kunnen verwijzen naar de overwegingen van de wetgever, die stelt dat het collectief invaren van bestaande en nieuwe pensioenopbouw in één pensioenfonds voordelig is.⁴² Daarnaast kunnen zij een eerdere verhoging van de pensioenen in het vooruitzicht stellen vanwege het eerder mogen uitdelen van de pensioenfondsbuffers (ervan uitgaande dat die er nog steeds zijn ten tijde van de transitie). Daarbij merken wij op dat werkgevers niet bevoegd zijn te beschikken over die buffers; daarvoor hebben zij de medewerking van het pensioenfonds nodig. Met al deze overwegingen staat echter niet vast dat de werkgever de 'lat' haalt. Wat die ziet als een zwaarwichtig belang voor de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, kan door hen heel anders worden ervaren. Wij verwachten dat dit aanleiding zal geven tot rechtsgedingen waarbij gewezen

⁴¹ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 88, 116, 189 en 348.*

⁴² *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 249:* Daardoor blijft de solidariteit tussen deelnemers- en leeftijdsgroepen in stand, worden gesloten pensioenfondsen voorkomen en verbetert de uitvoerbaarheid. Hoe meer kan worden ingevaren, hoe eenvoudiger de uitvoering kan worden. De collectieve waardeoverdracht voorkomt een splitsing van het deelnemersbestand en houdt risicodeling daarmee optimaal in stand.

deelnemers en pensioengerechtigden de vraag opwerpen of de werkgever zich terecht beroept op het eenzijdig wijzigingsbeding.

3.5 Verenigingen van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden

Een of meer verenigingen van gewezen deelnemers of pensioengerechtigden dienen te worden gehoord zodat zij een oordeel kunnen uitspreken over het transitieplan (art. 150g Pw). De uitoefening van het hoorrecht vereist dat het oordeel (sic) van deze vereniging(en) tijdig wordt gevraagd, zodat hun opvatting(en) daadwerkelijk van invloed kunnen zijn op de inhoud van het transitieplan en de daarin verantwoorde keuzes.⁴³

Wij kunnen ons voorstellen dat er werkgevers zijn die deze verenigingen een grotere rol willen geven tijdens het transitieproces. In de vorige paragraaf signaleerden wij dat een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding ten aanzien van de pensioenovereenkomst met slapers en pensioengerechtigden niet zonder meer zal slagen. Als deze verenigingen positief adviseren omtrent een zodanige wijziging c.q. van mening zijn dat er sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang, dan zullen deze adviezen gewicht in de schaal leggen als de rechter in een individueel geval over de eenzijdige wijziging moet oordelen. In dat opzicht ligt de vergelijking voor de hand met de ondernemingsraad die instemt met een wijziging van de pensioenovereenkomst met de werknemers (zie paragraaf 3.3).⁴⁴

3.6 Transitiecommissie

Partijen die geen overeenstemming bereiken over de wijziging van de pensioenovereenkomst kunnen een beroep doen op de transitiecommissie (art. 150h. Pw).⁴⁵ De transitiecommissie kan (i) bemiddelen of (ii) bindend adviseren. De transitiecommissie kan ook ná wijziging van de pensioenovereenkomst bemiddelen om geschillen tussen (organisaties van) werkgevers en werknemers op te lossen, onder meer met

⁴³ *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 98.*

⁴⁴ Dit zou betekenen dat deze verenigingen een grotere rol kunnen krijgen dan is voorzien in de parlementaire geschiedenis van de Wtp. Daarin wordt verondersteld dat zij hun rol 'pas' opnemen wanneer de werkgever een inbaarverzoek doet en het transitieplan opstelt, derhalve wanneer de pensioenovereenkomst reeds is gewijzigd. Zie *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 98*: 'De functie van het hoorrecht is aldus tweeledig: enerzijds dient het als informatievoorziening richting belanghebbenden in een vroeg stadium van de transitie en anderzijds als informatievoorziening richting sociale partners zodat de standpunten van alle belanghebbenden kunnen worden meegenomen bij de vaststelling van het transitieplan.' Zie ook p. 117, 122, 277, 401.

⁴⁵ Vgl. art. 45 – 45e Bup.

betrekking tot het invaarbeveluit.⁴⁶ De transitiecommissie gaat niet over geschillen tussen pensioenfondsen en sociale partners.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 11, p.124; *Kamerstukken I* 2022/23, 36067, H, p. 4, 46, 249.

4. Evenwichtige besluitvorming

4.1 Inleiding

Van belang is dat de werkgever in de aanloop naar de wijziging van de pensioenovereenkomst en bij de wijziging als zodanig blijkt geeft zich bewust te zijn van mogelijke kwetsbaarheden in de besluitvorming en deze in samenspraak met het pensioenfonds adresseert.

4.2 Transitie-effecten: compensatie voor de middengroep?

De wetgever dwingt de werkgever om de transitie-effecten op te nemen in het transitieplan. Die effecten zullen via de voorgeschreven nettoprofijsmethode inzichtelijk worden gemaakt. Dat is verplicht indien de pensioenen die invaren zijn opgebouwd 'onder' een uitkeringsovereenkomst zoals een middelloonregeling. Daarnaast zijn berekeningen vereist van de pensioenverwachtingen bij ongewijzigd voortzetten van de pensioenovereenkomst vergeleken met de pensioenverwachtingen (kort gezegd) na invaren, in drie scenario's.⁴⁷ De brutoprofijsmethode die wordt toegepast voor pensioenen die zijn opgebouwd onder premieovereenkomst zal bij pensioenfondsen minder vaak voorkomen. Te verwachten valt dat de transitie-effecten duidelijk maken dat er zonder compensatie nadeel is voor de middengroep (als gedefinieerd in 1.2) door de beëindiging van de doorsneesystematiek. De werkgever doet er goed aan te onderbouwen hoe deze groepen (eventueel bij wijze van overgangsmaatregel) impliciete en expliciete compensatie ontvangen. Impliciete compensatie is het vooruitzicht op een beter pensioenresultaat, bijvoorbeeld door een doelmatiger beleggingsbeleid en de totstandkoming van nieuwe verdeelregels. Expliciete compensatie kan bestaan uit een (eventueel tijdelijke) tegemoetkoming in de loonsfeer. Daarnaast kan de werkgever met medewerking van het pensioenfonds bewerkstelligen dat deze groepen extra (nieuwe) pensioenopbouw verkrijgen. Die extra opbouw kan worden

⁴⁷ Art. 150e, lid 1 onder b. Pw. Dit stuit praktisch gezien op problemen, want met welke gegevens moeten werkgever of pensioenfonds nú rekenen als zich stráks extreme situaties (onvoorziene omstandigheden) voordoen? Met het oog op die situaties kunnen partijen procesafspraken maken maar niet voorzeggen wat zij 'alsdan' zullen doen. Zij kunnen dus geen data verstrekken die zich lenen voor de hier vereiste berekeningen. Wij zien een parallel m.b.t. onvoorziene omstandigheden in art. 6:258 BW. Dit wetsartikel biedt de mogelijkheid om verplichtingen te wijzigen als door onvoorziene omstandigheden nakoming van de oorspronkelijke afspraak in strijd zou zijn met eisen van redelijkheid en billijkheid. Kort en onvolledig samengevat is een omstandigheid 'onvoorzien' als partijen geen regeling hebben getroffen met het oog op die omstandigheid, zie *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 4.2.1. Bedoelde procesafspraken kunnen inhouden dat de werkgever het transitieplan wijzigt, zie *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, nr. 89 (blok transitie), antwoorden 98, 109 en 11a.

gefinancierd uit het pensioenfondsvermogen door de vrijval van buffers en/of door een compensatiedepot te benutten.⁴⁸ Uiteindelijk is het aan het pensioenfonds om te bepalen of de uitkomsten van de maatstaven, bedoeld in art. 150e Pw, als evenwichtig worden beschouwd, aldus de regering.⁴⁹

4.3 Rechtvaardiging voor leeftijdsafhankelijke toerekening/compensatie

De werkgever dient te onderbouwen dat er bij de wijziging of bij toekenning van compensatie geen sprake is van verboden leeftijdsonderscheid. Leeftijdsonderscheid is toegestaan wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het met het leeftijdsonderscheid beoogde doel moet legitiem zijn en het leeftijdsonderscheid moet passend en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken.⁵⁰ Een leeftijdsafhankelijke compensatie of toerekening van rendementen die leidt tot een gelijk(waardig) pensioenresultaat kan dat leeftijdsonderscheid rechtvaardigen. Compensatie na invoering van degressieve pensioenopbouw beperkt het risico dat pensioendeelnemers die behoren tot de middengroep zich met succes beroepen op verboden leeftijdsonderscheid. Aannemelijk is dat voor de rechtvaardiging voor die leeftijdsafhankelijke compensatie wordt aangesloten bij dezelfde argumenten als bij rechtspraak die is gewezen in het kader van de beëindiging van vut, levensloop en prepensioen. De compensatie beoogt een voor alle groepen gelijkwaardige pensioenvoorziening mogelijk te maken en rekening te houden met gerechtvaardigde verwachtingen, binnen de fiscale en wettelijke grenzen.⁵¹

4.4 Inmenging eigendomsrecht en excessieve individuele last

Gerichte compensatie kan voorkomen dat individuen binnen leeftijdscohorten worden getroffen door een onevenredige last (*excessive burden*) als gevolg van het invaren. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aanvaardt dat een inmenging in het eigendomsrecht noodzakelijk kan zijn, ook als het om pensioenen gaat.⁵² Eerst beoordeelt het EHRM of er sprake is van een vermogensbestanddeel (een *possession*) dat bescherming geniet.⁵³ Dat is het geval bij pensioenen. Bij een inmenging op een eigendomsrecht toetst het EHRM of de inbreuk is gerechtvaardigd. De inmenging doorstaat die toets als deze is voorzien bij wet, een gerechtvaardigd algemeen belang

48 Vgl. DNB guidance 29 juni 2023: 'Compensatie en compensatiedepot'.

49 *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, nr. 89 (blok transitie), antwoord 42.

50 Art. 7 lid 1 sub c WGBL.

51 Vergelijk CRM 2005-219.

52 Vgl. M.J.C.M. van der Poel, Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen, *TPV* 2018/29.

53 Vgl. J. Tangelder, *Naar een duidelijk eigendomsbegrip*, Netspar Design Paper 107 (2018), par. 3.1.

dient en proportioneel is.⁵⁴ Bij de laatste twee toetsingscriteria laat het EHRM aan de verdragsluitende staten veel beleidsruimte.⁵⁵ Het proportionaliteitsvereiste brengt mee dat een belanghebbende geen onevenredige last (*excessive burden*) mag worden opgelegd. Is dat wel zo, dan is er geen evenwicht (*fair balance*) tussen het belang dat de inmenging vereist en de bescherming van het eigendomsrecht.

54 Is de inbreuk niet voorzienbaar bij wet, dan is de inbreuk niet geoorloofd, vgl. EHRM 24 oktober 2013, nr. 52943/10, *PJ* 2014/43, m.nt. Lutjens.

55 Zie bijv. EHRM 12 oktober 2004, 60669/00 (*Kjartan Ásmundsson v. Iceland*), par. 42; EHRM 8 december 2009, 18176/05 (*Wieczorek v. Poland*), par. 63. Het EHRM toetst of er een gerechtvaardigd algemeen belang is en of de inbreuk proportioneel is. Er mag geen sprake zijn van een *excessive burden*. Eerder oordeelde het EHRM dat er wel sprake was van zo'n *excessive burden* omdat de klagers ongeveer twee derde van hun pensioen verloren. De overwegingen die tot dit oordeel leiden (vanaf ro. 56), zijn volledig ingebed in oudere rechtspraak van het EHRM. Wij menen derhalve dat deze uitspraak geen aanleiding geeft om te denken dat de toets van het EHRM is verscherpt. In EHRM 15 april 2014, nr. 21838/10 *RSV* 2015, 38 oordeelde het EHRM dat sprake was van een *excessive burden* omdat de klagers ongeveer twee derde van hun pensioen verloren.

5. Invaarverzoek en invaarbesluit: interne collectieve waardeoverdracht

5.1 Inleiding

Na de wijziging van de pensioenovereenkomst naar een solidaire of flexibele premieovereenkomst met een vlakke premie volgt de tweede invaarstap. De werkgever verzoekt het pensioenfonds mee te werken aan een interne collectieve waardeoverdracht. Een besluit van de werkgever om niet in te varen moet evenwichtig zijn en worden gemotiveerd in het transitieplan, zo staat in art. 150l lid 2 Pw. De parlementaire stukken lijken uit te gaan van een zwaardere toets. In de Memorie van Toelichting staat dat sociale partners alleen mogen afzien van een invaarverzoek wanneer invaren leidt tot 'een onevenredig nadeel voor belanghebbenden'.⁵⁶ Zonder invaarverzoek is invaren niet mogelijk. Een pensioenfonds dat wil invaren maar geen invaarverzoek ontvangt, doet er verstandig aan van sociale partners een onderbouwing te vragen van dit nalaten. Wij verwachten dat DNB aanleiding zal zien om daarover vragen te stellen aan pensioenfondsen.⁵⁷

5.2 Invaren is hoofdregel (default)

Het standaardpad is invaren. Dit volgt uit art. 150l lid 1 Pw. Opmerkelijk is dat dit artikellid in de passieve vorm is geschreven en geen verantwoordelijke (adressant) aanspreekt: 'De wijze waarop wordt omgegaan met opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten als bedoeld in artikel 150d, tweede lid, onderdeel b, houdt voor pensioenfondsen in (...)'.⁵⁶

Wij interpreteren dit zo dat werkgever en pensioenfonds *in samenspraak* komen tot invaren, 'tenzij dit onevenredig ongunstig zou zijn voor deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden of de werkgever' (art. 150l lid 1 Pw). In de volgende subparagrafen gaan wij nader in op enkele aspecten van de besluitvorming volgens art. 150l Pw.

5.2.1 Onevenredig – onevenwichtig

Termen als 'onevenredig ongunstig', 'onevenwichtig nadeel' en 'een evenwichtige transitie' zijn open normen die multi-interpretabel zijn. Bij de toetsing van 'onevenredig ongunstigheid' wordt het belang van de werkgever betrokken, bij 'onevenredig nadeel' niet. De parlementaire geschiedenis biedt enige verduidelijking. De Memorie van Toelichting noemt als voorbeeld van onevenredig ongunstige effecten: het

⁵⁶ Het gaat om *groepen* van belanghebbenden, zie paragraaf 2.6 en *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 24 en 407.

⁵⁷ DNB zal zich niet richten tot de werkgever of sociale partners. Die staan niet onder toezicht.

vervallen van een onvoorwaardelijke indexatie, bestaande garanties in de vorm van bijstortingsverplichtingen van werkgevers of andere fondsspecifieke omstandigheden.⁵⁸

Het onevenwichtig nadeel lijkt aan te sluiten bij de juridische buitengrens van de toetsing van het individuele eigendomsrecht.⁵⁹ Daar mag geen sprake zijn van een *individual and excessive burden*.⁶⁰ Laat in de wetsgeschiedenis is naar aanleiding van veel vragen over wat een evenwichtige transitie is, verduidelijkt dat na invaren deelnemers in beginsel niet minder dan 95 procent van de uitkomst van de toepassing van de standaardregel zouden moeten overhouden (art. 1500 lid 2 Pw). Die 95 procent-toets is niet van toepassing wanneer de technische voorziening voor de pensioenaanspraak of het pensioenrecht van de deelnemer, gewezen deelnemer, andere aanspraakgerechtigde of pensioengerechtigde lager is. Dan bedraagt de waarde ten minste de technische voorziening. Die individuele 95 procent-toets of het alternatief van de waarde van de technische voorziening geeft meer richting, want is kwantitatief bepaalbaar door actuarissen. Wij verwachten dat pensioenfondsen die binnen die grenzen blijven de individuele evenwichtigheidstoets doorstaan. Dat neemt niet weg dat de (uitkomst van de) toetsing tussen leeftijdscohorten evenwichtig moet zijn. Een uitkomst waarbij leeftijdscohort 45–55 jaar 95 procent van de uitkomst van de standaardregel haalt waar andere leeftijdscohorten op 110 procent zitten, kan onevenwichtig zijn. Een andere invalshoek is echter mogelijk: als 'evenwichtig' wordt gedefinieerd in termen van toe te delen vermogen en een gelijke impact op toekomstige uitkeringen, kan de uitkomst van de toets anders zijn.

Potentieel problematisch is de aansluiting tussen enerzijds het implementatieplan en het invaarbesluit (van het pensioenfonds) en anderzijds het transitieplan en het invaarverzoek (van de werkgever). Wij kunnen ons voorstellen dat het pensioenfonds niet in staat is om de pensioenverwachtingen zoals berekend door de werkgever (art. 150e Pw) waar te maken.⁶¹ Een belangrijke mogelijke oorzaak is tijdsverloop: de omstandigheden kunnen tussentijds ingrijpend wijzigen. Maar denkbaar is ook dat de werkgever een optimistische berekening heeft gemaakt van

58 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 92, 94.

59 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 180, 350.

60 Het verdient aanbeveling om het pensioenfonds in staat te stellen de financiële pijn van individuele pensioendeelnemers in uitzonderlijke 'schrijnende' gevallen te mitigeren. Die bevoegdheid en de toepassing daarvan kunnen eraan bijdragen dat de inbreuk op het eigendomsrecht een rechterlijke toetsing doorstaat.

61 De regering onderkent dat probleem, maar biedt geen oplossing: *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 397: 'Dit onderstreept het belang van een nauwe afstemming tussen de arbeidsvoorwaardelijke partijen en de pensioenuitvoerder bij het opstellen van het transitieplan.'

de pensioenverwachtingen (art. 150e lid 1 onder b. Pw) om daarmee werknemers- (organisaties) over de streep te trekken.⁶² Dit kan leiden tot spanningen tussen de werkgever en het pensioenfonds en tot teleurgestelde verwachtingen bij pensioendeelnemers.⁶³

5.2.2 Weigeren invaarverzoek

Het pensioenfonds heeft beperkte ruimte om een invaarverzoek te weigeren. In 150l lid 4 staat dat een pensioenfonds een invaarverzoek alleen mag afwijzen indien i) invaren in strijd is met wettelijke voorschriften, ii) leidt tot onevenwichtig nadeel voor de pensioendeelnemers of iii) niet uitvoerbaar is binnen de grenzen van een beheerste en integere bedrijfsvoering. Het pensioenfonds kan een weigering – mits goed gemotiveerd – baseren op elk van deze criteria, waartoe ook art. 105 Pw behoort; de belanghebbenden moeten zich evenwichtig vertegenwoordigd kunnen voelen.⁶⁴ Een weigering kan aanleiding geven tot geschillen met de werkgever of met bepaalde (cohorten van) pensioendeelnemers.

5.2.3 Onevenredig ongunstig – onevenwichtig nadeel

De afwegingscriteria van de werkgever (onevenredig ongunstig) en het pensioenfonds (onevenwichtig nadeel) lijken verwarrend veel op elkaar. Toch is het nuttig dat ze niet gelijkkluidend zijn. Het gegeven dat voor het pensioenfonds een gedeeltelijk ander evenwichtigheids criterium geldt dan voor de werkgever, biedt het pensioenfonds meer ruimte om te komen tot een eigen (zelfstandige) beoordeling en een afwijkend besluit. Relevant is verder dat de verwijzing naar 'de voorgenomen wijzigingen ten aanzien van het pensioen *als geheel*' in art. 150l lid 4 onder b. Pw (curs. auteurs) impliceert dat het pensioenfonds in zijn beoordeling ook de compensatie voor wijzigingen in de toekomstige pensioenopbouw kan betrekken, evenals de pensioenen

62 Zie ook paragraaf 4.2. Het probleem is vergroot omdat in art. 150e Pw is voorgeschreven dat de werkgever berekeningen maakt m.b.t. nettoprofijs (onderdeel a) en pensioenverwachtingen (onderdeel b). Onderdeel b. is toegevoegd in de Derde nota van wijziging, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 067, nr. 43, p. 26. Hier wreekt zich de keuze van de wetgever voor een volgtijdelijk proces. In Maatman/Heemskerk 2022 hebben wij gepleit voor een simultaan proces om discrepanties tussen transitie- en implementatieplan te vermijden. Zie ook DNB guidance van 29 juni 2023: 'Berekening transitie-effecten en toepassing vba-rekenmethodiek'.

63 *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, nr. 89 (blok transitie), antwoord 42.

64 De regering meldde in de MvT (*Kamerstukken II 2022–2023*, 36067, nr. 3, p. 407) dat de drie criteria in art. 150l lid 4 een limitatieve opsomming zouden betreffen. De regering voegt daar later aan toe dat art. 105 Pw onverminderd van toepassing is, zie antwoord 2, artikelsgewijze behandeling *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 89 (blok transitie). Zie ook de Handreiking evenwichtige transitie, p. 13.

van slapers en pensioengerechtigden. In die context kwam het vervallen van de bijstortverplichting ter sprake, waaraan het pensioenfonds mogelijk een ander gewicht toekent dan de werkgever.⁶⁵

5.2.4 *Belang werkgever relevant?*

Bij de overwegingen die ten grondslag liggen aan een invaarverzoek, mag de werkgever gewicht toekennen aan het belang van de werkgever (art. 150l lid 1 Pw). Ogenschijnlijk mag het pensioenfonds een invaarverzoek niet weigeren onder verwijzing naar het belang van de werkgever, want de werkgever ontbreekt in de opsomming van art. 150l lid 4 onder b. Pw. Het pensioenfonds kan echter – evenals de werkgever – verwijzen naar de hoofdregel van art. 150l lid 1 Pw: invaren mag niet onevenredig ongunstig zijn voor onder meer de werkgever. Bovendien weegt het belang van de werkgever mee in de belangenafweging van het pensioenfonds via de band van art. 105 Pw.

5.2.5 *Actuariële gelijkwaardigheid m/v*

Art. 83 lid onder b. Pw bepaalt dat de overdrachtswaarde zodanig wordt vastgesteld, dat de voor mannen en vrouwen te verwerven pensioenrechten gelijk zijn, waarbij aan het vereiste van collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen wordt voldaan. Dit vereiste geldt ook bij invaren.

5.2.6 *Wettelijke eisen*

Duidelijk lijkt ons dat een pensioenfonds een invaarverzoek mag afwijzen als het niet voldoet aan wettelijke procedurele eisen, bijvoorbeeld ten aanzien van het transitieplan. Minder duidelijk is met welke diepgang het pensioenfonds moet beoordelen of er sprake is van strijd met wettelijke voorschriften. Voor zover het gaat om de werkgeversverantwoordelijkheden of -bevoegdheden zal het pensioenfonds zich er (tot op zekere hoogte) van willen vergewissen dat de werkgever heeft voldaan aan de wettelijke eisen die voor werkgevers gelden voor rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst.⁶⁶ Het pensioenfonds dient kritische vragen te stellen aan de werkgever indien het transitieplan daartoe aanleiding geeft. Het pensioenfonds

65 *Kamerstukken II 2022–2023, 36067, nr. 184, p. 74.* Zie ook *Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 89* (blok transitie, artikel 150l, p. 26 e.v.).

66 Dit sluit aan bij het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden, 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8467: 'Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenuitvoerder mag in de situatie waarin de werkgever vraagt het pensioenreglement aan te passen (zoals hier) worden verwacht dat deze zich ervan vergewist dat de wijziging van het pensioenreglement spoort met de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer.'

kan ervoor kiezen de opdracht niet te aanvaarden zolang het onvoldoende informatie heeft of onvoldoende gerustheid ervaart (*comfort* heeft) omtrent de uitvoerbaarheid van de nieuwe pensioenovereenkomst. Dat lijkt eenvoudiger dan een afwijzing van het inbaarverzoek. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de mogelijkheid om de opdracht niet te aanvaarden juridisch kwestieus omdat het de verplichtstelling niet wegneemt. Voorstelbaar is dat er later claims komen van werknemers, slapers of pensioengerechtigden die vinden dat de berekeningen waarop het evenwichtigheidsoordeel is gebaseerd, fouten of onzorgvuldigheden bevatten. Zij kunnen zich ook het standpunt stellen dat de verplichtstelling in strijd is met het Europees recht of dat sprake is van verboden leeftijdsonderscheid of onevenwichtig nadeel.

5.3 Solide besluitvorming

Het pensioenfonds zal willen anticiperen op de toetsing van het inbaarbesluit door DNB en de rechter. In het algemeen kunnen eisen van formele en materiële zorgvuldigheid worden onderscheiden. In de volgende subparagrafen behandelen wij enkele aspecten daarvan.

5.3.1 Formele zorgvuldigheid

Eisen van formele zorgvuldigheid hebben betrekking op de totstandkoming van het beleid. Uiteraard dienen wet, statuten en reglementen te worden gerespecteerd.⁶⁷ Uit besluiten en notulen dient te blijken dat alle relevante organen daadwerkelijk bij het besluitvormingsproces zijn betrokken (zie 5.3.2) en dat alle ex ante – materieel – relevante feiten en omstandigheden zijn afgewogen.⁶⁸ Dit stelt eisen aan de informatieverschaffing over en weer. Belangen dienen op juiste wijze te worden afgewogen. Het beleid dat op juiste wijze tot stand is gekomen, behoort dienovereenkomstig te worden uitgevoerd.

Het fonds dient aan alle formele zorgvuldigheids- en procedurele eisen te voldoen. Handelen in strijd met de eigen statuten of reglementen of met eerder gedane toezeggingen maakt de besluitvorming aantastbaar. Dat geldt voor besluiten

67 Handelen in strijd met een reglement is ernstig, zie art.2:15 lid 1 onder c BW. Zie ook art. 215 lid 1 Pw.

68 Dit wordt wel aangeduid als het deelnemingsvereiste. Zie C.A Uniken Venema, Enquêterecht en ondernemerschap, in: *Rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid en ondernemerschap*, SMO-Boek, Den Haag 1995, p. 69-70 en M. Koelemeijer, Delegatie, mandaat en volmacht in het stichtingsbestuur en de rol van redelijkheid en billijkheid, in: *SEV* 2000-3, p. 70-71. Zie ook DNB guidance 29 juni 2023: 'Opdrachtaanvaarding en besluitvorming pensioenfondsen over transitie' met daarin een opsomming van de informatie die ten minste moet worden verstrekt aan het VO, BP en intern toezicht (onder verwijzing naar art. 46b Bup).

van rechtspersonen (zie art. 2:14 en 2:15 BW) in het algemeen – en dus ook voor pensioenfondsen. Niet-naleving van statuten en reglementen maakt bovendien het beleid en de gang van zaken (het besluitvormings- en transitieproces) kwetsbaar, bijvoorbeeld als pensioenfondsorganen gebruikmaken van het beroepsrecht of het enquêterecht.⁶⁹

5.3.2 VO – Beroepsrecht – BO

Het pensioenfonds dient het verantwoordingsorgaan (VO) in staat te stellen te adviseren over het voornemen tot invaren (de collectieve waardeoverdracht), zie art. 150m lid 4 Pw. In art. 46b Besluit toekomst pensioenen (Bup) is geregeld welke informatie aan het VO moet worden verstrekt.⁷⁰ Het advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit (art. 115a. lid 5 Pw). Dezelfde vereisten gelden voor het goedkeuringsrecht van het belanghebbendenorgaan (BO) (art. 115m lid 6 Pw). Het VO kan beroep instellen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, onder meer als niet (tijdig) advies wordt gevraagd of als het pensioenfonds besluit in afwijking van het advies.⁷¹ Het beroepsrecht in verband met het invaarbesluit komt niet toe aan het BO, omdat er zonder goedkeuring van het BO geen invaarbesluit kan zijn. Als het BO meent dat het onvoldoende serieus wordt genomen in het transitieproces, zou het via de band van art. 115c. lid 1 Pw (ongevraagd advies) alsnog het beroepsrecht kunnen inroepen (art. 217 lid 1 Pw).⁷²

5.3.3 Goedkeuring BO (indien van toepassing) en RvT

Het lijkt ons praktisch als het pensioenfondsbestuur het BO en de RvT gelijktijdig benadert met de adviesaanvraag aan het VO.⁷³ Merk op dat de goedkeuring van het BO en van de RvT betrekking hebben op het besluit van het pensioenfondsbestuur om mee te werken aan invaren, dus níet op het verzoek van de werkgever. Niettemin, voor het geval het BO en de RvT bezwaren hebben die het invaarverzoek (en dus de werkgever) betreffen en die aanleiding kunnen zijn te zijner tijd goedkeuring te onthouden aan het invaarbesluit (van het pensioenfonds), is het dienstig deze tijdig

69 Zie art. 217 Pw (beroepsrecht VO en BO bij de Ondernemingskamer) en art. 219 Pw (VO, BO en RvT die een verzoek tot een enquête kunnen indienen bij de Ondernemingskamer).

70 Wij gebruiken de afkorting 'Bup' omdat het Besluit toekomst pensioenen (*Stb.* 2023/217) strekt tot wijziging van Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

71 Zie art. 150m. lid 4 gelezen in samenhang met art. 217 lid 1 Pw.

72 *Kamerstukken II* 2021/2022, 36067, nr. 3, p. 99–100, 125, 190, 277, 344.

73 Het fonds verstrekt aan het intern toezicht dezelfde gegevens als aan het VO, alsmede het advies van het VO of de reactie van het BO op het verzoek tot goedkeuring. Zie art. 46b. lid 3 Bup.

onder de aandacht van de werkgever te brengen. Dit stelt de werkgever in staat die eventuele bezwaren op voorhand weg te nemen. Die kunnen zich in het bijzonder richten op de voorgestelde wijze van verdeling van het pensioenfondsvermogen, bedoeld in art. 150n Pw. Op dit punt heeft het intern toezicht een bijzondere verantwoordelijkheid, als het de vraag krijgt voorgelegd het invaarbesluit goed te keuren.⁷⁴

Zonder goedkeuring van het BO 'kan het pensioenfonds niet invaren'.⁷⁵ Betekent dit dat het invaarbesluit nietig is of niet rechtsgeldig? Wij denken dat dit zo stellig niet is bedoeld, mede omdat bij het ontbreken van goedkeuring de statutaire geschillenregeling van toepassing is en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het pensioenfondsbestuur onaangetast blijft. Dat geldt eveneens voor (het ontbreken van) de goedkeuring door de RvT.⁷⁶ Het ontbreken van goedkeuring betreft derhalve de interne rechtsorde van de stichting; zij heeft geen externe werking.

5.3.4 Materiële zorgvuldigheid

Het pensioenfonds dient op grond van art. 105 Pw te motiveren waarom invaren evenwichtig is.⁷⁷ Het pensioenfonds (vertegenwoordigd door het bestuur) dient aan het VO of het BO en aan de RvT advies resp. goedkeuring te vragen voor *elk* voorgenomen besluit met betrekking tot de collectieve waardeoverdracht, met inbegrip van het aanwenden van het vermogen bij de collectieve waardeoverdracht (art. 150m lid 4 t/m 7 Pw).⁷⁸

Wat is de achtergrond van het woordje 'elk'? Voorstelbaar is dat het eerste verzoek geen positief advies of goedkeuring verkrijgt, hetgeen aanleiding kan zijn voor heroverweging door de werkgever en een nieuw verzoek van de werkgever en een volgend voorgenomen besluit van het pensioenfonds. Art. 46b lid 3 Bup gaat uit van de veronderstelling dat het pensioenfondsbestuur aan de raad van toezicht (of de visitatiecommissie) de relevante gegevens verstrekt voor hun toezicht nadat het VO of het BO daarover besloten heeft.

74 Art. 46b Bup.

75 *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, H, p. 67. Die lijkt ons te stellig; het kan wel maar het is niet de bedoeling.

76 Zie de verwijzingen in art. 150m lid 6 en lid 7 Pw naar respectievelijk art. 115c lid 8 en art. 104 lid 4 Pw.

77 Dit is een 'positief' oordeel. Daarbij mag een rol spelen dat de wetgever in art. 150l lid 1 en lid 4 Pw een negatief criterium heeft vastgelegd: invaren, tenzij 'onevenredig ongunstig' resp. 'als geheel tot onevenwichtig nadeel'. De *bottom line* lijkt ons dat het gemotiveerde invaarbesluit naar verwachting kan rekenen op voldoende draagvlak als bedoeld in art. 105 Pw.

78 Zie ook DNB guidance 29 juni 2023: 'Omrekenmethoden en aanwenden vermogen pensioenfondsen bij invaren'.

5.3.5 Enquêterecht

Het pensioenfonds kan lessen trekken uit de jurisprudentie naar aanleiding van het enquêterecht. Een kennelijk onjuiste afweging van belangen of een verstrengeling van privébelangen van beleidsbepalers van pensioenfondsen met het belang van het pensioenfonds kan leiden tot de conclusie dat er reden is om aan een juist beleid te twijfelen. Dat is de drempel voor de toewijzing van een enquêteverzoek. Het daaropvolgende onderzoek kan de besluitvorming gedurende lange tijd lamleggen. Eisen van materiële zorgvuldigheid vloeien voort uit de doelstelling van het pensioenfonds en de uitwerking daarvan in art. 102a Pw. De activiteiten van het pensioenfonds dienen bij te dragen aan de verwezenlijking daarvan. Niet iedere incidentele fout van een beleidsbepaler zal als wanbeleid worden aangemerkt, doch een enkele gedraging kan kwalificeren als wanbeleid, bijvoorbeeld als deze voor het pensioenfonds of zijn belanghebbenden zeer nadelige gevolgen heeft gehad. Eenmalig onzorgvuldig of laakbaar handelen kan zo ernstig zijn, dat in strijd is gehandeld met elementaire beginselen van verantwoord bestuur.⁷⁹ Toegesneden op invaren: stel dat de berekeningen die ten grondslag liggen aan het invaarbeveluit of de opdrachtaanvaarding fouten bevatten of onvolledig zijn. Indachtig de jurisprudentie van de Ondernemingskamer kunnen wij ons voorstellen dat een groot aantal fouten of één zeer ernstige fout reden kunnen zijn tot rechterlijk ingrijpen.⁸⁰ Toegesneden op het invaarbeveluit zal het pensioenfonds verder in zijn overwegingen betrekken of er – waar nodig – compensatie wordt of kan worden toegekend. Die compensatie kan bijvoorbeeld nodig zijn om te voorkomen dat er op individueel niveau sprake is van disproportioneel nadeel – een *excessive burden* in de terminologie van het Europese Hof.⁸¹

5.3.6 Toetsing

De rechter kan makkelijk vaststellen of er sprake is van strijd met formele voorschriften; de formele zorgvuldigheid leent zich voor integrale toetsing. Een fout 'in formele zin' biedt de belanghebbende een ingang om tevens de inhoud van het besluit aan de rechter voor te leggen ter beoordeling. In de regel zal de rechter de beleidsvrijheid respecteren die het pensioenfonds dienaangaande heeft; de materiële zorgvuldigheid

79 Vgl. R.H. Maatman, Enquêterecht en pensioenfondsen, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 175, Deventer: Wolters Kluwer 2022).

80 Dat kan bij de gewone rechter (op grond van onrechtmatige daad) of (minder waarschijnlijk) op verzoek van het Verantwoordingsorgaan of de raad van toezicht door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure.

81 Kortheidshalve verwijzen wij naar Boeijen et al 2019.

zal de rechter in de regel slechts marginaal toetsen. Dit geldt in het bijzonder voor de evenwichtigheidsoordelen als bedoeld in art. 150l lid 4 en 105 Pw.

5.3.7 Art. 46b Bup

De hiervoor genoemde formele en materiële aspecten komen tot uitdrukking in art. 46b Bup. Daarin is bepaald dat DNB een bijzondere toetsingsbevoegdheid heeft met betrekking tot het invaarbesluit. De vraag kan rijzen of de gang naar de rechter door individuele pensioendeelnemers nut heeft als DNB geen reden heeft gezien om in te grijpen. Denkbaar zou zijn dat de rechter gewicht toekent aan de beoordeling door DNB en daarin aanleiding ziet om zich terughoudend op te stellen bij diens oordeel over formele en materiële zorgvuldigheids-eisen. De parlementaire geschiedenis geeft daar echter geen aanleiding toe. Daarin wordt vaak gememoreerd dat belanghebbenden de bescherming van de rechter kunnen inroepen.⁸² Het ontbreken van bescherming door de bestuursrechter pleit temeer voor een zelfstandige beoordeling met een volle toetsing door de burgerlijke rechter; belanghebbenden kunnen langs bestuursrechtelijke weg immers geen beroep instellen tegen het toetsingsbesluit van DNB; dat beroep staat alleen open voor het pensioenfonds.⁸³

82 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 11, p. 50, 88, 98; *Kamerstukken II 2022/23*, 36067, nr. 43, p. 33; *Kamerstukken I 2022/23*, 36067, H, p. 7, 79, 138, 158, 323.

83 Dit volgt uit art. XIIA Wtp dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wijzigt. Art. 1 van bijlage 2 (nieuw) bij de Awb regelt dat er geen beroep mogelijk is tegen besluiten als bedoeld in de artikelen 150m, tweede lid, 1500a, eerste lid, en 150q, tweede lid, tenzij het beroep wordt ingesteld door het pensioenfonds.

6. Opdrachtaanvaarding

1. Inleiding

De opdrachtaanvaarding is te beschouwen als de wilsovereenstemming tussen werkgever en pensioenfonds. Opdrachtgever en opdrachtnemer komen overeen hoe zij 'het' zullen gaan doen; dat zij de stappen willen zetten zoals beschreven in het transitie- en implementatieplan, de modaliteiten kennen van het uit te voeren pensioencontract en dat contract uitvoerbaar achten. Zij geven er blijk van dat zij het eens zijn over (al dan niet) invaren, de vereiste compensatie, hoe de daarvoor vereiste middelen worden verkregen of vrijgespeeld en hoe zij daarover zullen communiceren met de (oud-) werknemers en pensioendeelnemers. Het pensioenfonds moet in de opdrachtaanvaarding uitdrukkelijk bepaalde elementen benoemen, zoals de risicohouding en verdeel- en toedeelregels. Art. 28d Bup noemt dit de opdrachtbevestiging. Het pensioenfonds moet de besluitvorming over de opdrachtaanvaarding van de pensioenregeling en over invaren vóór 1 juli 2025 hebben afgerond. Uiterlijk op die datum moet een pensioenfonds het implementatieplan bij DNB indienen.⁸⁴

6.2 Wilsovereenstemming

De wilsovereenstemming komt tot uiting in een verzoek (aanbod) van de werkgever en aanvaarding door het pensioenfonds. De aanvaarding is vormvrij en wordt bij opf, apf of beroepspensioenfonds gevolgd door het sluiten van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst. Aan de nieuwe regel dat het pensioenfonds een opdrachtbevestiging doet uitgaan waarin bepaalde onderwerpen expliciet worden geadresseerd, ligt de veronderstelling ten grondslag dat de opdrachtbevestiging een schriftelijk stuk is.⁸⁵ Het lijkt ons praktisch en overzichtelijk de opdrachtaanvaarding en -bevestiging te incorporeren in de uitvoeringsovereenkomst.⁸⁶ Het lijkt ons nuttig om ook tussen sociale partners en een bpf een uitvoeringsovereenkomst te sluiten, waarin de opdrachtaanvaarding en -bevestiging kan zijn uitgewerkt.⁸⁷ DNB en de AFM houden toezicht op de opdrachtbevestiging en de informatie die daarin is opgenomen.⁸⁸

84 DNB guidance 29 juni 2023: 'Opdrachtaanvaarding en besluitvorming pensioenfondsen over transitie'.

85 Vgl. *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 151-152, 293-294.

86 Vgl. het Bup (Stb. 2023/217), nota van toelichting p. 57. Daarin wordt verondersteld dat de opdrachtbevestiging een ander document is dan de uitvoeringsovereenkomst.

87 In *Maatman/Heemskerk 2022* hebben wij bepleit de bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst verplicht te stellen, maar ook zonder die verplichting kunnen partijen een zodanig contract sluiten.

88 Bup (Stb. 2023/217), nota van toelichting p. 58.

Aandachtspunt is dat het pensioenfonds bij de opdrachtaanvaarding de verantwoordelijkheid heeft om de uitvoerbaarheid en evenwichtigheid van de opdracht bij verschillende financiële en economische omstandigheden te toetsen. Aangekondigd is dat DNB regels gaat stellen over de manier waarop pensioenfonds informatie over de opdrachtbevestiging aan DNB moeten verstrekken.⁸⁹ Het pensioenfonds moet partijen die de pensioenregeling zijn overeengekomen uiterlijk bij de opdrachtaanvaarding informeren over risicohouding, regels over solidariteits- of risicodelingsreserve, toedeelregels, projectierendement en spreidingssystematiek.

6.3 Document op hoofdlijnen en advisering door VO

Voorafgaand aan de opdrachtaanvaarding kan het nuttig zijn als werkgever en pensioenfonds een document op hoofdlijnen vaststellen, waarin de resultaten van hun gedachtewisseling 'tot zover' worden opgenomen. Daarmee kunnen zij de stand van zaken in het iteratief proces vastleggen en worden misverstanden later in het 'traject' voorkomen. Die vastlegging kan plaatsvinden onder het voorbehoud van finale besluitvorming of de opvatting van de toezichthouders (opschortende of ontbindende voorwaarden). Denkbaar is dat het pensioenfondsbestuur op basis van dat stuk het voornemen tot invaren voor advies voorlegt aan het VO.⁹⁰ Als het VO (of een geleding binnen het VO) daarover negatief adviseert, dient het pensioenfonds terug te gaan naar de werkgever met de vraag of dit advies aanleiding geeft tot heroverweging. De werkgever zal zijn invaarverzoek onderbouwd moeten aanpassen of bevestigen.

6.4 Gemengd bestuur, NUB's en visitatiecommissie

In het gemengd bestuursmodel (*one tier board*) berust het intern toezicht bij de niet-uitvoerende bestuurders (NUB). Het gegeven dat sprake is van één bestuur laat onverlet dat een taakverdeling is vereist. De taakverdeling binnen een gemengd bestuur is niet wettelijk geregeld. Op basis van artikel 101a lid 4 Pw dienen de statuten te bepalen hoe de bestuurstaken worden verdeeld over UB's en NUB's. De vrijheid om de taakverdeling in de statuten te regelen is slechts begrensd door enkele taken die op basis van artikel 101a lid 4 Pw jo. 104 lid 2 Pw altijd aan de NUB's toekomen. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel UB's als NUB's. Deze opzet voorkomt dat onbenoemde taken tussen wal en schip vallen.

89 Bup (Stb. 2023/217), nota van toelichting, p. 110.

90 Art. 150m. lid 4 Pw.

De goedkeuring van het invaarbeesluit wordt in de Wtp niet specifiek opgedragen aan de NUB's en is dus een bevoegdheid van het bestuur als geheel.⁹¹ Dat is een juridisch zuivere benadering omdat het invaarbeesluit een collegiaal bestuursbesluit is. Merk op dat het toezicht op de adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur wél is 'belegd' bij de NUB's.⁹² Dat zijn belangrijke pijlers van het invaarbeesluit. Overigens geldt dat het intern toezicht (RvT, NUB's of visitatiecommissie) op grond van art. 150m lid 3 'toezicht [houdt] op de voorgenomen interne collectieve waardeoverdracht met inbegrip van het aanwenden van het vermogen'. Het legt hierover verantwoording af in het bestuursverslag.⁹³ De visitatiecommissie heeft overigens geen goedkeuringsbevoegdheid gekregen in de Wtp.⁹⁴

6.5 Invaarbeesluit

Uiteindelijk zal het iteratief proces culmineren in één invaarbeesluit. Voor elk besluit geldt dat de algemene bepalingen van het rechtspersonenrecht (waaronder begrepen de mogelijke aantasting van besluiten) daarop van toepassing zijn. Het invaarbeesluit (intern) zal aan de basis liggen van de opdrachtaanvaarding of -bevestiging (een vertegenwoordigingshandeling).⁹⁵

6.6 Invaarsjabloon

DNB heeft een invaarsjabloon ontwikkeld voor pensioenfondsen met een bijbehorende invulinstructie. In definitieve vorm zal het invaarsjabloon door pensioenfondsen worden ingediend bij DNB als onderdeel van de melding van een voorgenomen invaarbeesluit. Het sjabloon is dus bedoeld als een bijlage bij dat besluit. Het sjabloon maakt duidelijk waar het pensioenfonds aan moet denken en waarover het een mening moet vormen. Het is een gedegen document van DNB, al kunnen wij ons voorstellen dat een pensioenfonds niet enthousiast raakt van het moeten doornemen van 53 bladzijden en het beantwoorden van drie- tot vierhonderd vragen.

91 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 11, p. 86: 'Kenmerkend voor dit bestuursmodel is dat het intern toezicht reeds vroegtijdig betrokken is bij de besluitvorming, aangezien de niet-uitvoerende bestuurders onderdeel zijn van het bestuur. Een vergelijkbare aanvullend goedkeuringsrecht zoals voor de raad van toezicht is daarmee niet nodig noch passend.'

92 Zie art. 104 lid 2 Pw jo. 101a lid 4 Pw.

93 *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 99, 125-127, 148, 325, 409; *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 11, p. 86.

94 Dat lijkt ons terecht. Een visitatiecommissie is geen orgaan van het pensioenfonds.

95 In *Maatman/Heemskerk 2022* noemden wij dit een *closing* in fusie- en overnametermen.

6.7 Format van een invaarbe-sluit

Het invaarsjabloon kan niet zijn bedoeld als een format voor het invaarbe-sluit als zodanig. Wij hebben als handreiking voor de praktijk een concept van een invaarbe-sluit opgesteld dat compact is in vergelijking tot het sjabloon. Het is beschikbaar op de Netspar-website, als bijlage bij dit paper. Het oogt op het eerste gezicht omvang-rijk (12 pagina's). Dit omdat wij in het concept rekening houden met de mogelijke keuzes van de werkgever en het pensioenfonds en van de feiten en omstandigheden ten tijde van het invaarbe-sluit, waaronder de dekkingsgraad van het pensioenfonds. In werkelijkheid kan het invaarbe-sluit aanmerkelijk minder (maar ook meer) pagina's beslaan dan ons concept. Vanzelfsprekend is het concept-invaarbe-sluit niet meer dan een aanzet ter inspiratie en geen afvinklijst. Ieder pensioenfonds moet eigen keuzes maken en daarbij maatwerk willen en moeten leveren.

6.8 Na het invaarbe-sluit: wat dan?

In de regel krijgt een besluit 'werking' door uitvoeringshandelingen, bijvoorbeeld door een vertegenwoordigingshandeling. Een besluit heeft in beginsel alleen interne werking, binnen de rechtspersoon (het pensioenfonds). Neem als voorbeeld het besluit om in zee te gaan met een PUO of softwareontwikkelaar. Dergelijke besluiten vergen een uitbestedingsovereenkomst of een andere overeenkomst van opdracht om effect te sorteren. Een pensioenfondsbesluit tot een *externe* collectieve waardeoverdracht krijgt externe werking door een overeenkomst met de andere pensioen-uitvoerder. Het invaarbe-sluit als bedoeld in de Wtp heeft echter betrekking op een *interne* collectieve waardeoverdracht: het is niet nodig dat het pensioenfonds een overeenkomst met zichzelf sluit. De veronderstelling van de wetgever is dat de rechten en verplichtingen tussen het pensioenfonds en de pensioenfondsdeelnemers *door* het invaarbe-sluit wijzigen. Het pensioenfonds mag in het invaarbe-sluit opnemen dat die wijziging op termijn wordt geëffectueerd, bijvoorbeeld per 1 januari van het komende kalenderjaar. Het pensioenfonds kan ook een of meer opschortende voor-waarden opnemen in het invaarbe-sluit, bijvoorbeeld een bepaalde dekkingsgraad op de beoogde invaardatum of de goedkeuring van de toezichthouder op een bepaald onderdeel van het invaarbe-sluit. Een ontbindende voorwaarde in het invaarbe-sluit, in die zin dat de pensioenrechten onmiddellijk wijzigen en die wijziging later wordt teruggedraaid bij het intreden van de voorwaarde, lijkt ons niet gewenst. Een dergelijke voorwaarde kan leiden tot veel verwarring en complexe mutaties met terugwer-kende kracht.

7. Samenvatting

'Invaren doe je zo' is de alleszeggende titel van dit paper. Wij hebben geprobeerd om pensioenfondsen richting te geven voor invaarbe besluitvorming die een rechterlijke toetsing kan doorstaan ('solide besluitvorming'). Bij het invaarproces onderscheiden wij drie invaarstappen:

- i) de wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever naar een solidaire of flexibele premieovereenkomst;
- ii) het invaarverzoek van de werkgever;
- iii) het invaarbe besluit van het pensioenfonds.

Wij hebben laten zien dat de invaarprocedure anders verloopt bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dan bij ondernemingspensioenfondsen of een algemeen pensioenfonds. Het wettelijk kader gaat uit van een standaardinvaarpad met een transitieplan van de werkgever en een invaarverzoek. Het pensioenfonds heeft beperkte weigeringsgronden: invaren mag niet onevenredig ongunstig zijn noch onevenredig nadeel berokkenen en niet strijdig zijn met wettelijke voorschriften of de beheerste en integere bedrijfsvoering in gevaar brengen. De transitie moet evenwichtig zijn en het invaarbe besluit moet voldoen aan de eisen van art. 105 Pw.

De wet kent een individuele kwantitatieve evenwichtigheidsgrens voor invaren. Na invaren moeten deelnemers in beginsel minimaal 95 procent van de uitkomst van de toepassing van de standaardregel overhouden of de technische voorziening voor het pensioen indien deze lager is. Wij verwachten dat pensioenfondsen die binnen die grenzen blijven de individuele evenwichtigheidstoets doorstaan. Dat neemt niet weg dat uit de toetsing tussen leeftijdscohorten een evenwichtig resultaat moet blijken. Een uitkomst waarbij een leeftijdscohort een significant hoger percentage overhoudt dan een ander leeftijdscohort kan onevenwichtig zijn.

Voor een pensioenfonds kan de opdrachtaanvaarding en bevestiging een middel zijn om niet akkoord te gaan met de voorgestelde wijzigingen. Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds leidt een weigering van de opdracht tot complicaties gelet op de verplichtstelling.

De vormgeving van een invaarbe besluit stuit op hoofdbrekens. Als handreiking voor de praktijk hebben wij een generieke opzet voor een mogelijk invaarbe besluit gemaakt ter inspiratie. Dit concept-invaarbe besluit wordt ter consultatie voorgelegd aan de Netspar partners. Een (eventueel herziene) versie daarvan zal na een consultatieperiode worden gepubliceerd op de Netspar website (zie bijlage bij dit paper).

Nijmegen, 26 september 2023

Bijlage: Concept Invaarbesluit (wordt later toegevoegd, na consultatie van Netspar-partners)

- Na de consultatieperiode wordt op de Netspar-website een concept, een eerste 'proeve' van een invaarbesluit gepubliceerd.
- Dit concept is werk in uitvoering.
- Voortschrijdend inzicht van de auteurs kan aanleiding zijn om dit concept te wijzigen.
- De auteurs zijn niet verplicht dit voortschrijdend inzicht kenbaar te maken aan Netspar, noch aan de lezers van dit paper noch aan de gebruikers van dit concept. Niettemin zijn de auteurs bereid om over enige tijd het concept te actualiseren, indien zij dit wenselijk of nodig vinden.
- De auteurs nodigen de lezers en gebruikers van het concept-invaarbesluit uit om hun verbetersuggesties te mailen aan: papers@netspar.nl.

Dit is een uitgave van:
Netspar
Telefoon 013 466 2109
E-mail info@netspar.nl
www.netspar.nl

September 2023