



mr. J.A. van de Hoef CPL
Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl



mr. W.P.M. Thijssen
Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

In dit artikel gaan wij in op enkele aspecten van de transitie naar de Wtp voor werkgevers met verzekerde pensioenregelingen en werkgevers aangesloten bij pensioenfondsen. Bij elk onderwerp worden praktische adviezen gegeven erop gericht de houdbaarheid van besluitvorming rond de implementatie van de Wtp te optimaliseren.

Tips en tricks bij de Wtp-transitie

ANTICIPEREN OP DE NIEUWE FISCALE SPELREGELS

Bij een nieuw pensioensysteem horen nieuwe fiscale spelregels. Hierna wordt uiteengezet op welke wijze in de transitiefase kan worden geanticipeerd op de nieuwe fiscale spelregels van de Wtp, met name bij gebruikmaking van het overgangsrecht. Het overgangsrecht wordt bekend verondersteld en wordt daarom, voor zover relevant voor dit artikel, slechts kort samengevat¹:

- Een werkgever die uiterlijk 30 juni 2023 een pensioenregeling bij een verzekeraar heeft ondergebracht en die uiterlijk direct voorafgaand aan de transitie naar de Wtp, uiterlijk met ingang van 31 december 2026², een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie doorvoert, kan vanaf de transitie, uiterlijk vanaf 1 januari 2027, binnen de premieovereenkomst volgens de Wtp die dan gaat gelden, leeftijdsafhankelijke premie handhaven voor werknemers die direct voorafgaand aan de transitie in dienst waren en deelnamen aan de pensioenregeling.
- Voor werkgevers bij pensioenfondsen bestaat deze mogelijkheid ook, met dien verstande dat een pensioenfonds uiterlijk met ingang van 30 juni 2023 de premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie moet hebben ingevoerd.³

In de praktijk bestaat de wens om bij overgang naar een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie die in aanmerking komt voor het overgangsrecht een staffel te kiezen die voldoet aan de huidige fiscale spelregels (dat kan uiteraard ook niet anders) maar die ook voldoet aan de fiscale spelregels van de Wtp

(het fiscale overgangsrecht). Dat is een kwestie van passen en meten, maar het kan.

DE HUIDIGE FISCALE SPELREGELS

Binnen het huidige pensioensysteem geldt een gesloten systeem van pensioenovereenkomsten: toegestaan zijn uitkeringsovereenkomsten, kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten.⁴ De fiscale spelregels (het zogenaamde Witteveen-kader⁵) maken onderscheid tussen uitkeringsovereenkomsten en premieovereenkomsten. Kapitaalovereenkomsten gelden voor de toepassing van de fiscale spelregels als premieovereenkomsten. Voor uitkeringsovereenkomsten houden de regels in de kern in dat grenzen worden gesteld aan de jaarlijkse pensioenopbouw. De hoogte van het op te bouwen pensioen is begrensd. Voor premieovereenkomsten houden de regels in de kern in dat de jaarlijks beschikbaar te stellen premie is begrensd. Daarbij geldt als begrenzing dat een premieovereenkomst mag zijn gericht op een pensioen van maximaal het type uitkeringsovereenkomst; middelloonsysteem dat tijdsevenredig wordt opgebouwd. De volgende uitgangspunten gelden: een rekenrente die niet lager dan 4 % mag zijn, met inflatie mag geen rekening worden gehouden, de loonontwikkeling neemt op voorgeschreven wijze in leeftijdscohorten met de leeftijd af en de premie mag stijgen in leeftijdscohorten van 5 jaar uitgaande van 40 jaar pensioenopbouw.⁶ Op deze uitgangspunten

4 Art. 10 Pw. Zie voor een heldere beschrijving van de onder de Pensioenwet mogelijke pensioenovereenkomsten Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 32-33.

5 Ingevoerd met ingang van 1 juni 1999 met een overgangstermijn tot 1 juni 2004. Zie Kamerstukken II, 1997-1998, 26 020 (Wet fiscale behandeling van pensioenen). Zie stuknummer 1 (het wetsvoorstel voor het destijds ingevoerde overgangsrecht (art. 38b Wet op de loonbelasting 1964)). Zie verder de vervallen regeling Loonbelasting, aanpassing van pensioenregelingen aan het Witteveenkader, die gold van 12 augustus 2004 tot en met 3 april 2007 waarin voor ondergeschikte aspecten nader uitstel werd geboden tot 1 december 2004.

6 Een langere opbouwfase is toegestaan, maar de totale pensioenopbouw moet binnen de gestelde grenzen blijven. Zie de artt. 18 tot en met 18ga Wet op de loonbelasting 1964.

1 Art. 220e van het wetsvoorstel.

2 Omdat als uiterste transitiedatum 1 januari 2027 geldt.

3 De werkgever dient de premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie ook gelijktijdig rechtsgeldig in de arbeidsvoorwaarden te hebben doorgevoerd. Bij verplichtstelling geldt dat van rechtswege. In andere situaties geldt dat bijvoorbeeld op basis van dynamische incorporatie van het pensioenreglement van het pensioenfonds of op basis van een arbeidsvoorwaardelijk wijzigingstraject, dat dan tijdig moet zijn doorlopen.

zijn in de praktijk binnen de geschetste grenzen leeftijdsafhankelijke staffels ontwikkeld voor premieovereenkomsten.

Het pensioenfonds kan wél in bezwaar en beroep tegen een verbod op invaren

Mede omdat de marktrente al jaren minder dan 4 % bedraagt, ontstond behoefte aan het hanteren van een lagere rekenrente dan 4 %. Dat heeft ertoe geleid dat gebruik is gemaakt van de bevoegdheid die de Wet op loonbelasting biedt om afwijkingen toe te staan en groepen van pensioenregelingen binnen nader aangegeven grenzen aan te wijzen als pensioenregelingen die fiscaal als zodanig gelden.⁷ Deze aanwijzing heeft vorm gekregen in een beleidsregel onder de naam Staffelbesluit pensioenen.⁸ Voor dit artikel is de regeling van artikel 6.2 van het Staffelbesluit van belang. In dit artikel en de corresponderende Bijlage V zijn onder voorwaarden premieovereenkomsten op basis van ten hoogste de kostprijs van een fiscaal aanvaardbaar middelloonpensioen als fiscaal geldige pensioenregeling aangewezen. De voorwaarden laten zich, voor zover voor het vervolg van dit artikel relevant, als volgt samenvatten:

- De premie is maximaal gelijk aan de premie die een verzekeraar bedingt voor het verzekeren van een fiscaal maximaal nominaal⁹ middelloonpensioen, uitgaande van een uitvoeringsovereenkomst met een looptijd van maximaal 5 jaar.
- Behaald overrendement moet voor fiscaal maximale toeslagverlening worden aangewend.
- Bij waardeoverdracht naar een andere pensioenregeling of uiterlijk op de pensioendatum moet de zogenaamde ‘eventtoets’ worden uitgevoerd, inhoudend dat indien en voor zover het gevormde pensioenkapitaal meer bedraagt dan het kapitaal benodigd om het fiscaal maximale middelloonpensioen te verzekeren, het meerdere aan de verzekeraar of de (ex)werkgever vervalt.

In de kern is het systeem eenvoudig: indien en voor zover de ingelegde premie op de datum van de eventtoets te hoog blijkt te zijn geweest, vervalt deze aan de verzekeraar of de werkgever. Of de premie in de opbouwfase ‘te hoog’ was, is dan niet meer relevant.

7 Art. 19d Wet op de loonbelasting 1964.

8 Besluit van 27 december 2019, Stcrt. 2019, 66203, geldend vanaf 1 januari 2020. Het eerste staffelbesluit dateert van 20 april 2000.

9 Met toeslagverlening mag geen rekening worden gehouden.

DE FISCALE SPELREGELS VAN DE WTP

Onder de Wtp wordt zowel privaatrechtelijk als fiscaalrechtelijk de premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie dwingend voorgeschreven. Deze wordt in de voorgestelde fiscale spelregels gemaximeerd.¹⁰ Met het oog op toepassing van het overgangsrecht zal vanaf de inwerkingtreding van de Wtp de staffel gelden opgenomen in artikel 38r van de Wet op de loonbelasting 1964 zoals dat vanaf de inwerkingtreding zal gelden (in de praktijk al aangeduid als de ‘38r-staffel’). Het blijkt mogelijk om onder de huidige fiscale spelregels een leeftijdsafhankelijke staffel op te zetten die binnen de grenzen van de 38r-staffel blijft, zodat de staffel voor de pensioenregeling onder het overgangsrecht vanaf de inwerkingtreding van de Wtp niet hoeft te worden aangepast.¹¹

Heikel punt daarbij is of een staffel binnen de grenzen van de 38r-staffel op onderdelen (voor sommige van de leeftijdscohorten) onder de huidige fiscale spelregels hoger mag uitpakken dan volgens artikel 18a, lid 3 van de Wet op de loonbelasting 1964. Dat blijkt wenselijk om met een premieovereenkomst een uitkeringsovereenkomst; middelloonpensioen te benaderen. Die benadering is vanuit arbeidsrechtelijk perspectief relevant als met het oog op de mogelijkheid om het overgangsrecht toe te passen op een pensioenregeling van het type uitkeringsovereenkomst; middelloonpensioen wordt vervangen door een premieovereenkomst.¹² De oplossing is gevonden door gebruik te maken van de mogelijkheid om een premieovereenkomst op basis van ten hoogste de kostprijs van een fiscaal aanvaardbaar middelloonpensioen in te voeren. Als de premie voor bepaalde of wellicht zelfs alle leeftijdscohorten ‘te hoog’ blijkt te zijn geweest, wordt dat gecorrigeerd door toepassing van de eventtoets. Een (veel) lagere rekenrente dan 4 % stuit dan ook niet op problemen vanwege de toepassing van de eventtoets.

10 Zie voor de privaatrechtelijke kant art. 17 van de voorgestelde wijziging van de Pw en art. 18a van de voorgestelde wijziging van de Wet op de loonbelasting 1964. Vanuit wet systematisch oogpunt is dat een noviteit. Onder de PSW en de Pw golden geen privaatrechtelijke beperkingen in deze zin. Onder de PSW en de Pw werd de pensioenopbouw of de pensioenpremie uitsluitend begrensd binnen de fiscale wetgeving. Overigens waren en zullen ook onder de Wtp ‘te hoge’ pensioenen niet verboden (zijn), maar ‘te hoge’ pensioenen blijven geconfronteerd met de bekende fiscale sancties van art. 19b, lid 1 Wet op de loonbelasting 1964 en art. 30i, lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

11 De pensioenregeling moet wel worden aangepast op allerlei aspecten die tot wijziging dwingen, zoals bijvoorbeeld het partnerpensioen.

12 Als de pensioenuitkomsten onder de premieovereenkomst die de uitkeringsovereenkomst vervangt (veel) lager zouden uitvallen, zou de werkgever het verschil moeten compenseren om tot rechtsgeldige, de deelnemers bindende, wijziging van de pensioenovereenkomst te kunnen komen.

VRAAG & ANTWOORD VAN HET CAP

In december 2022 heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (het CAP) deze praktijk in een Vraag & Antwoord geaccordeerd.¹³ Terecht stelt het CAP voorop dat de 38r-staffel niet vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Wtp kan worden toegepast. Het CAP geeft aan dat onder voorwaarden wel een vergelijkbare premiestaffel kan worden gehanteerd die past binnen het huidige kader. In dat verband wijst het CAP op de mogelijkheid van toepassing van artikel 6.2 en Bijlage V van het Staffelbesluit op de hiervoor beschreven wijze. Opgemerkt wordt nog dat een pensioenfonds dat ter vervanging of naast de middelloonregeling een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie invoert om aangesloten in de gelegenheid te stellen van het overgangsrecht gebruik te maken, als kostprijs de kostprijs van de eigen middelloonregeling als uitgangspunt kan nemen. Een pensioenfonds wordt voor de toepassing van het Staffelbesluit gezien als verzekeraar.¹⁴

MEDEZEGGENSCHAP IN HET KADER VAN DE TRANSITIE

Het transitieplan vermeldt ingevolge artikel 150d Wtp (kort samengevat) de keuzes, overwegingen en de berekeningen die ten grondslag liggen aan de wijziging van de pensioenovereenkomst en de verantwoording van de evenwichtigheid daarvan. De bestaande pensioenovereenkomst onder de huidige Pensioenwet dient te worden gewijzigd naar één van de pensioenovereenkomsten als bedoeld in het nieuwe artikel 10 Wtp, te weten de solidaire premieovereenkomst, de flexibele premieovereenkomst of de premie-uitkeringsovereenkomst. Bij het realiseren van deze wijziging van de pensioenovereenkomst hebben diverse partijen een rol te nemen in het kader van medezeggenschap.

DE ONDERNEMINGSRAAD

De ondernemingsraad heeft op grond van artikel 27, lid 1, sub a WOR instemmingsrecht voor elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling op grond van een pensioenovereenkomst. Op de wijziging van een premieovereenkomst met een op basis van de leeftijd stijgende staffel of een uitkeringsovereenkomst naar een van de premieovereenkomsten met leeftijdsonafhankelijke premie is het instemmingsrecht van de ondernemingsraad van toepassing en zal voorts het gebruikelijke systeem van wijziging van arbeidsvoorwaarden tussen werkgever en werknemers dienen te worden doorlopen.

13 V&A 22-002 van 12 december 2022 (Toepassing progressieve premiestaffel van voorgestelde art. 38r Wet LB onder het huidige fiscale pensioen kader).

14 Dit volgt uit de definitie van het begrip (pensioen)verzekeraar in het Staffelbesluit gezien de verwijzing naar art. 19a Wet op de loonbelasting 1964. Een premiepensioeninstelling (PPI) geldt als verzekeraar als de kostprijs van de middelloonregeling wordt gesteld op de kostprijs die de verzekeraar waarmee de PPI is gelieerd daarvoor hanteert.

Wij merken op dat de ondernemingsraad geen instemmingsrecht toekomt ten aanzien van het invaarbepsluit van de werkgever. Dit volgt uit de bevoegdheid van het pensioenfonds tot interne waardeoverdracht als bedoeld in artikel 150m, lid 1 Wtp. Ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst kent de ondernemingsraad krachtens artikel 27, lid 7 WOR uitsluitend een instemmingsrecht voor zover deze de inhoud van de pensioenovereenkomst raakt. Dit laatste kan onder de Wtp het geval zijn bij regelingen over de wijze waarop de pensioenpremie wordt vastgesteld.

HET BELANGHEBBENDENORGAAN, HET VERANTWOORDINGSORGAAN EN DE RAAD VAN TOEZICHT

Hierna bespreken wij de positie van het Belanghebbendenorgaan, het Verantwoordingsorgaan, of deelnemers in het kader van het transitieplan. Het Verantwoordingsorgaan heeft op grond van artikel 150m, lid 4 een adviesrecht over het voorgenomen besluit tot invaren van de opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. In geval van een negatief advies van (een geleding van) het Verantwoordingsorgaan vraagt het pensioenfonds de werkgever om het voorgenomen besluit te heroverwegen waarbij het advies wordt betrokken. Handhaaft de werkgever het voorgenomen besluit, dan beschikt (een geleding van) het Verantwoordingsorgaan ingevolge artikel 217 Pw over de mogelijkheid beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer.

Daarnaast beschikken het Belangenorgaan op grond van artikel 150, lid 6 Wtp en de Raad van Toezicht op grond van artikel 150, lid 7 Wtp ter zake het voorgenomen invaarbepsluit over goedkeuringrechten en de mogelijkheid tot het instellen van beroep door het Belanghebbendenorgaan bij de Ondernemingskamer als bedoeld in artikel 217 Pw.

DE VERENIGING VAN GEWEZEN DEELNEMERS EN/OF PENSOENGERECHTIGDEN

Op grond van artikel 150g Wtp beschikt een vereniging van gewezen deelnemers en/of pensioengerechtigden bij een pensioenfonds tenslotte over een hoorrecht, dat betekent dat deze vereniging in gelegenheid wordt gesteld om een oordeel uit te spreken over het transitieplan.

Ingevolge artikel 150h Wtp wordt een onafhankelijke Transitiecommissie ingesteld die als taak heeft om op verzoek van de partijen die de pensioenovereenkomst moeten wijzigen te bemiddelen. Daarbij gaat om de situatie waarbij partijen vastlopen in hun onderhandelingen over de wijze waarop de pensioenovereenkomst dient te worden gewijzigd. Bij overeenkomst kunnen partijen verzoeken om het uitbrengen van bindend advies. Deze bepaling roept de inmiddels afgeschafte Bedrijfscommissie van de Sociaal Economische Raad in herinnering die eveneens bemiddelde tussen werkgevers en ondernemingsraden.

WIJZIGING VAN DE PENSIOENOVEREENKOMST IN HET KADER VAN DE TRANSITIE

Volgens vaste rechtspraak kan de instemming van de ondernemingsraad de individuele instemming van deelnemers met wijziging van de pensioenovereenkomst niet vervangen en dient de deelnemer op de gebruikelijk wijze middels (al dan niet stilzwijgende) instemming akkoord te gaan met de wijziging van de pensioenovereenkomst.

De werkgever heeft de grootste zekerheid over rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst indien hij daarvoor expliciete toestemming heeft verkregen van de deelnemers. Ingeval een of meerdere deelnemers de gevraagde toestemming weigeren, dient aan de hand van het *Stoof/Mammoet*-criterium¹⁵ te worden beoordeeld waarbij de (dubbele redelijkheids-) toets is of de deelnemers onder de gegeven omstandigheden instemming met een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid konden onthouden. Van belang daarbij is dat de Hoge Raad op 25 november 2022¹⁶ oordeelde dat deze toets ook van toepassing is op collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden zoals een pensioenregeling.

DNB heeft de toetscriteria voor de beoordeling van het invaarbepaalt gepubliceerd

Indien de werkgever kiest voor stilzwijgende instemming onder toepassing van de negatieve optie, bestaat steeds de mogelijkheid dat deelnemers de rechtsgeldigheid van de wijziging achteraf betwisten. In deze situatie dient aan de hand van het CZ-criterium¹⁷ te worden beoordeeld of de deelnemer geacht kan worden te hebben ingestemd met een voor hem nadelige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden. Daarvoor is nodig dat hem voldoende duidelijkheid is verschaft over de inhoud van die wijziging en op basis van verklaringen of gedragingen van die werknemer een welbewuste instemming met die wijziging mag worden aangenomen. In dit verband dienen met het oog op de complexiteit van de pensioenovereenkomst onder de Wtp naar onze mening hoge eisen te worden gesteld aan de informatieverstrekking door de werkgever.

15 Zie Hoge Raad op 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

16 Zie ECLI:NL:HR:2022:1759.

17 Zie Hoge Raad op 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570.

Voorts kan de werkgever de pensioenovereenkomst wijzigen met een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 Pw. Het criterium is dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang dient te hebben bij wijziging van de pensioenovereenkomst dat het belang van de deelnemers bij ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken.¹⁸ Wij betwijfelen of de werkgever een succesvol beroep kan doen op een zwaarwegend belang om de pensioenregeling te wijzigen om het overgangsrecht toe te passen¹⁹, omdat deze wijziging niet geldt als een (vereiste) overgang in het kader van de transitie. Daarbij gaat het om een wijziging van de pensioenregeling voorafgaande aan de inwerkingtreding van de Wtp ten einde het overgangsrecht te kunnen benutten. Daarnaast zijn wij van mening dat de wijziging van de pensioenovereenkomst naar een van de toegelaten premieovereenkomsten onder de Wtp waarschijnlijk kan kwalificeren als een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 19 Pw onder voorwaarde van voldoende compensatie omdat een afwijkende pensioenovereenkomst fiscaal onzuiver zou zijn. Dat zou het verstrekkende gevolg hebben dat de omkeerregel van artikel 11, lid 1 Wet LB zou vervallen met als gevolg dat de volledige aanspraak wordt belast, tenzij tijdig een aanvraag wordt ingediend voor splitsing in een zuiver en een onzuiver deel van de pensioenopbouw.²⁰

De inhoud van de pensioenovereenkomst kan tevens bij collectieve arbeidsovereenkomst worden bepaald. In dat geval bepalen sociale partners in onderhandelingen de inhoud van de pensioenovereenkomst en zijn werkgevers die zijn aangesloten bij een contracterende werkgeversorganisatie, of bijv. door incorporatie van deze pensioenregeling in zijn arbeidsovereenkomst, aan deze gewijzigde pensioenovereenkomst gebonden. Ook zijn werkgevers die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen krachtens de Wet Bpf 2000 verplicht om de door sociale partners gewijzigde pensioenregeling toe te passen door zich aan te sluiten en de premies af te dragen.

DE PROCESRECHTELIJKE POSITIE VAN DE DEELNEMER JEGENS DNB BIJ DE BEOORDELING VAN EEN INVAARBESLUIT

Na de meer algemene aspecten, alsmede van medezeggenschap, in het kader wijziging van de pensioenovereenkomst bij de transitie en het transitieplan gaan wij in op de procesrechtelijke posi-

18 Zie ook Hoge Raad op 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2020:72 waarbij werd geoordeeld dat de wederzijdse belangen van werkgever en werknemers tegen elkaar dienen te worden afgewogen.

19 Zie art. 220e Wtp.

20 Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Dordrecht op 13 december 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BC0741, PJ 2009/38 over de afschaffing van een VUT-regeling. Tevens wordt revisierente verschuldigd, art. 30i, lid 1 AWR.

tie en de rechtsbescherming van de (gewezen) deelnemer en pensioengerechtigden tegenover DNB die het voorgenomen besluit tot interne collectieve waardeoverdracht (het invaarbeesluit) dient te beoordelen. Het pensioenfonds is bevoegd tot interne collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 150m, lid 1 Wtp op verzoek van de werkgever aan het pensioenfonds. Het uitgangspunt van de wetgever is dat opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten worden ingevaren, tenzij dit leidt tot onevenredig nadeel voor (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en andere aanspraakgerechtigden. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een nadelige netto profijt vergelijking van pensioenaanspraken en -rechten als bedoeld in artikel 150e, lid 1 Wtp vóór en ná invaren voor bepaalde leeftijdscategorieën, terwijl daar geen of onvoldoende compensatie tegenover wordt of kan worden gesteld. Ook kan dit bijvoorbeeld aan de orde zijn indien sprake is van een bestaande bijstortplicht van de werkgever in geval van vermogenstekort van het pensioenfonds die (gewezen) deelnemers of gepensioneerden niet wensen prijs te geven.

Indien de werkgever besluit tot invaren van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten, dient DNB te beoordelen of wordt voldaan aan de eis van evenwichtige belangenbehartiging. Het voorgenomen invaarbeesluit dient onverwijld door het pensioenfonds te worden gemeld aan DNB nadat dit besluit is genomen maar melding dient uiterlijk 6 maanden voor de datum van de voorgenomen interne collectieve waardeoverdracht te worden gedaan aan DNB. Binnen deze termijn van 6 maanden, die tweemaal met drie maanden kan worden verlengd, kan DNB een verbod opleggen tegen de interne collectieve waardeoverdracht. In geval DNB geen verbod oplegt, geldt er geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor verzekerden. Dit is geregeld in de derde Nota van Wijziging²¹ waar de mogelijkheid van bezwaar en beroep door deelnemers expliciet wordt uitgesloten. Deelnemers kunnen derhalve geen bezwaar en beroep instellen tegen het besluit van DNB om géén verbod op te leggen tegen het invaarbeesluit van de werkgever.

Daarentegen kan het pensioenfonds wél opkomen in bezwaar en beroep in het geval DNB een verbod oplegt tegen de interne collectieve waardeoverdracht. Hier is naar onze mening sprake van een onevenwichtigheid in de rechtsbescherming door de wetgever die er sterk gericht is om het invaren te bevorderen en de kans op bestuursrechtelijke procedures in te perken.²² Daarmee worden mogelijk juist andersoortige procedures getriggert.

Wij constateren ook dat hierbij afgeweken wordt van de rechtsbescherming die geldt bij de bevoegdheid tot collectieve waardeover-

dracht van de pensioenuitvoerder als bedoeld in artikel 83 Pw waarbij individuele (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden individueel bezwaar kunnen maken. Dit bezwaarrecht ontbreekt expliciet bij de interne collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 150m Wtp. Opgemerkt zij wel dat de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden bij een artikel 83-waardeoverdracht als belanghebbenden ook niet over de mogelijkheid van bezwaar en beroep beschikken ter zake het besluit van DNB om geen verbod op te leggen tegen de voorgenomen collectieve waardeoverdracht. In deze situatie geldt echter wél de mogelijkheid van individueel bezwaar hetgeen naar onze mening aansluit bij een hoge mate van rechtsbescherming die ook passend is bij wijziging van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten in het licht van het aantastingverbod van artikel 20 Pw. Artikel 83 vormt een uitzondering op het aantastingverbod van opgebouwde aanspraken en rechtsbescherming is daarbij naar onze mening een voorwaarde.

Forse indexaties gaan mogelijk ten koste van het compensatiebudget voor oudere werknemers

Onze conclusie is dat de rechtsbescherming van (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en andere aanspraakgerechtigden met het oog op de ingrijpende gevolgen van de interne collectieve waardeoverdracht te wensen overlaat en waarschijnlijk aanleiding zal geven tot veel gerechtelijke procedures. Om dit te voorkomen en met het oog op de complexiteit van de te wijzigen pensioenovereenkomst bevelen wij sterk aan om, ondanks de beperkte rechtsmiddelen van (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden tijdens het transitieproces, uitvoerig te informeren over de voorgenomen keuzes en (financiering van) compensatie zodat optimaal draagvlak wordt gecreëerd voor deze ingrijpende wijzigingen. De kans op procedures kan daarmee worden verkleind.

GUIDANCE DOOR DNB

Op 23 december 2022 publiceerde DNB enkele concepten voor *guidance* in het kader van de Wtp die voor de praktijk van belang zijn omdat daarin handvatten worden geboden voor de praktijk. Wij vermelden de concept beleidsuiting Oprachtaanvaarding en invaren²³ waarin DNB (onder meer) de besluitvorming van sociale partners en pensioenfondsen over de transitie beschrijft. Tevens wordt ingegaan op de formele oprachtaanvaarding door het pensioenfonds van de gewijzigde pensioenregeling en het invaarver-

21 Zie de toelichting bij onderdeel 63 (art. XIII).

22 Zie ook de bijdrage van mr. A.L. van Leeuwen aan het Advocatenpanel bij de Lezing Pensioenactualiteiten VU Law Academy op 7 december 2022.

23 Concept beleidsuitingen DNB over oprachtaanvaarding en invaren versie van 23 december 2022 ten behoeve van openbare consultatie.

zoek van de werkgever. De toezichthouder wijst daarbij op de noodzaak van ‘complete’ besluitvorming door sociale partners die alle aspecten van de nieuwe pensioenregeling dient te bestrijken zodat nadere besluitvorming achteraf onnodig zal zijn.

DNB gaat voorts uitgebreid in op het adviesrecht van het Verantwoordingsorgaan, het goedkeuringsrecht van het Belanghebbendenorgaan en de in dat kader aan deze organen te verstrekken informatie. Naast de te hanteren rekenmethodes voor omrekening van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten is van belang dat DNB uitgebreid ingaat op de toetscriteria die zij hanteert bij de beoordeling van het invaarbesluit. Daarbij gaat het om de besluitvorming, financiële en andere risico's, financiële effecten, de collectieve actuariële gelijkwaardigheid en de evenwichtige belangenbehartiging. De toetsing wijkt in die zin niet af van de huidige toetsing bij collectieve waardeoverdrachten op grond van artikel 83 en 84 Pw.

Wij bevelen pensioenfondsen aan de richtlijnen van DNB zo goed mogelijk te volgen, omdat dit de juridische houdbaarheid van de besluitvorming mogelijk verhoogt.

CONFLICTBEHEERSING

De transitie naar de Wtp is veelomvattend, vooral bij pensioenfondsen in verband met invaren. Op de korte termijn (vóór 1 juli 2023, uitgaande van de huidige planning) dienen werkgevers die zijn aangesloten bij pensioenfondsen zich de vraag te stellen of zij van het overgangsrecht gebruik willen maken. Zo ja, dan dient het pensioenfonds te worden bewogen een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie aan te bieden of dient de aansluiting bij het pensioenfonds te worden beëindigd om elders tijdig een dergelijke premieovereenkomst te kunnen onderbrengen. Werkgevers bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zijn afhankelijk van de besluitvorming op dit punt van de sociale partners die de verplichtingstelling hebben aangevraagd en verkregen. De kwestie of al dan niet wordt gekozen voor toepassing van het overgangsrecht behoort overigens uitdrukkelijk niet tot de transitie, maar geldt technisch gezien als een reguliere regelingswijziging onder huidig recht. Wat als werkgevers, werknemers en hun pensioenuitvoerder er niet uitkomen en een pastelling ontstaat, terwijl de dwingende wettelijke termijnen dreigen te verstrijken?

Werkgevers en werknemers kunnen zich dan tot de nieuw op te richten Transitiecommissie richten voor bemiddeling of bindend advies.²⁴ Deze Transitiecommissie zou wel eens een belangrijke rol kunnen gaan spelen bij transities, omdat de burgerlijke rech-

ter partijen in het algemeen niet kan dwingen om een regeling aan te gaan.²⁵

Zoals hiervoor al uitgebreid werd behandeld kan een werkgever zijn werknemers binden aan een nieuwe pensioenovereenkomst door deze in te voeren via de negatieve optie ('wie zwijgt, stemt toe'²⁶) aangesterkt met een beroep op de *Stoof/Mammoet*-rechtspraak²⁷ of door een beroep te doen op een eenzijdig wijzigingsbeding via de *Fair Play*-rechtspraak²⁸. De *Stoof/Mammoet*-rechtspraak houdt in dat de werknemer een redelijk voorstel van de werkgever niet mag weigeren als hij daarvoor geen redelijke argumenten heeft. Deze rechtspraak kan bij collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden worden toegepast.²⁹ Een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding kan uitsluitend slagen als de werkgever zwaarwichtige redenen tot het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden heeft. Voor dit artikel is de essentie dat een beroep op deze doctrines erg riskant is voor de werkgever en tot langdurige procedures kan leiden, zodat een gang naar de Transitiecommissie mogelijk een goed alternatief biedt.

Een pensioenuitvoerder die aan een aangesloten werkgever een voorstel doet voor de Wtp-transitie dat niet wordt geaccepteerd zit enorm in de knel. Deze casus kan in de praktijk met name spelen bij verzekerde regelingen. Uiteindelijk zit er voor de pensioenuitvoerder niets anders op dan de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen tegen de uiterste transitiedatum (met een beroep op het onaanvaardbaarheidsleerstuk³⁰ als het een tussentijdse opzegging betreft). Daarbij zal de pensioenuitvoerder zorgvuldigheid in acht moeten nemen. Met name zal moeten worden gewezen op het vervallen van risicodekkingen. In deze situatie zal de pensioenuitvoerder mogelijk ook de verzekerden moeten informeren. Uit de rechtspraak volgt immers dat grote omzichtigheid is geboden bij het opzeggen van uitvoeringsovereenkomsten en dat de verplichtingen van de partij die opzegt verder kunnen gaan dan wettelijke en contractuele verplichtingen.³¹

- 24 Art. 150h van het wetsvoorstel, uit te werken in het voorgenomen Besluit toekomst pensioenen.
- 25 Zie recent in het kader van een betalingsregeling tussen een werkgever en een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds Rechtbank Rotterdam 6 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4139.
- 26 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 inzake *CZ*.
- 27 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 inzake *Stoof/Mammoet*.
- 28 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864.
- 29 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 inzake *International Flavors & Fragrances Nederland*.
- 30 Art. 6:248, lid 2 BW.
- 31 HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Alcatel/Lucent*) en recent HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267 inzake *Euronext*.