

## **Wetsvoorstel toekomst pensioenen en governance: zeven aanbevelingen**

### **Inleiding**

In deze paper richt ik mij op verzoek van de commissie SZW specifiek op de governance in het wetsvoorstel wet toekomst pensioenen. Dat wetsvoorstel beoogt noodzakelijke duidelijkheid te bieden aan sociale partners en pensioenuitvoerders om de governance in te richten bij de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel (MvT, p. 123).

Ondanks de gepresenteerde waarborgen in het wettelijk transitiekader en de governance wordt die belofte van noodzakelijke duidelijkheid (nog) niet volledig waargemaakt. Economische en juridische patstellingen tussen sociale partners en pensioenfondsen kunnen ontstaan, terwijl individuele deelnemers zich vermalen kunnen voelen in het systeem. Hieronder geef ik enkele voorbeelden en doe ik zeven aanbevelingen.

### **1 Invaren: afschaffing individueel bezwaarrecht herzien**

Het wetsvoorstel stuurt nadrukkelijk op het invaren van opgebouwd pensioen naar de solidaire of flexibele premieovereenkomst. In het Pensioenakkoord stond nog dat het individueel bezwaarrecht zou worden vervangen door een versterkt collectief bezwaarrecht van verantwoordings- of belanghebbendenorgaan. Die belofte is niet waargemaakt. Het gaat niet om een bezwaarrecht maar om het bestaande adviesrecht van VO/BO. Dat is niet krachtig want het pensioenfondsen kan een negatief advies passeren. Het VO kan slechts met succes protesteren wanneer het pensioenfondsen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen (art. 217 PW).

Het hoorrecht van slapers- en pensioengerechtigdenverenigingen is een surrogaat t.o.v. het vetorecht. Dit ondermijnt het toch al lage vertrouwen van burgers. Het wetsvoorstel legt vooral uit waarom burgers niet tegen invaren zouden moeten zijn (MvT, p. 81). Waarom mogen mensen niet zelf besluiten over hun opgebouwd pensioen en wordt het pensioenfondsen verboden te ringfencen voor bezwaarmakers?

Het wetsvoorstel overtuigt niet op dit punt door over hen te beslissen. Ik voorzie maatschappelijke protesten en veel juridische geschillen. De 'versterkte' klachten- en geschillenregeling, nieuw te vormen geschilleninstantie en de transitiecommissie uit het wetsvoorstel gaan het druk krijgen, net als het CRM, de civiele rechter en de Ondernemingskamer.

### **2 Waarom kunnen sociale partners niet vrijelijk nee zeggen tegen invaren?**

Sociale partners die niet kiezen voor invaren van opgebouwd pensioen, moeten uitleggen waarom dat evenwichtig is (art. 150 I lid 2 WTP). Het wetsvoorstel onderkent dat er ILO verdragen zijn over de vrijheid van collectief onderhandelen (ILO 87 en 98). Het EU Handvest kent de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest). Het wetsvoorstel legt niet uit waarom sociale partners in het transitieplan moeten uitleggen wanneer zij opgebouwd pensioen niet willen wijzigen naar een premieovereenkomst. Wat maakt dat sociale partners niet vrij mogen kiezen? Dat kan en moet beter worden uitgelegd.

### **3 Simultane afspraken sociale partners en pensioenfondsen in uitvoeringsovereenkomst**

Pensioenfondsen mogen een invaarverzoek alleen weigeren als dat (a) onevenredig ongunstig is voor groepen deelnemers, (b) leidt tot onevenwichtig nadeel of (c) strijdig is met integere en beheerste bedrijfsvoering (150 I lid 1 en 4 WTP). Mijn indruk is dat pensioenfondsen graag willen invaren omdat de uitvoering in één solidaire- of flexibele premieovereenkomst na invaren eenvoudiger is dan het uitvoeren van twee systemen (opgebouwd pensioen in uitkeringsovereenkomst en premieovereenkomst).

Nadeel van het wetsvoorstel is dat sociale partners het transitieplan vaststellen en

pensioenfondsen daarna binnen 6 maanden het implementatieplan moeten sturen aan DNB (150c WTP). Het transitieplan bevat allemaal afspraken. De suggestie is dat pensioenfondsen die afspraken niet mogen weigeren.

Stel dat sociale partners in het transitieplan afspreken dat de compensatie wordt bepaald uit het fondsvermogen. Het pensioenfonds mag dat alleen weigeren bij onevenredig nadeel of onevenredige ongunstige gevallen. Dat botst met de eigen governance, bijvoorbeeld indien pensioengerechtigden door compensatie uit fondsvermogen worden benadeeld, maar niet onevenredig of onevenwichtig. Dit kan worden opgelost door afspraken niet volgtijdelijk maar simultaan te maken, bijvoorbeeld in een bedrijfstak- uitvoeringsovereenkomst (zie Maatman/Heemskerk, Netspar 2021/201).

Onduidelijk is eveneens of en in welke omstandigheden een pensioenfonds het invaarverzoek mag weigeren op grond van de eisen van beheerste en integere bedrijfsvoering. Is daaraan voldaan indien het ICT-technisch niet (tijdig) mogelijk is of omdat AFM en DNB een aanwijzing geven? Verduidelijking is ook hier gewenst.

#### **4 Te open normen: onevenredig ongunstig, onevenwichtig nadeel, adequaat**

Het wetsvoorstel beoogt via open normen maatwerk mogelijk te maken. Door de combinatie van het schrappen van individueel bezwaarrecht en open normen zoals adequate en evenwichtige transitie gekoppeld aan invaarcriteria als onevenredig ongunstig, onevenwichtig nadeel en integere en beheerste bedrijfsvoering duwt de wetgever naar de gewenste uitkomst. Uitgangspunt van de wet is invaren tenzij. En zonder invaren is er geen transitie-FTK.

De buitengrenzen en discretionaire bevoegdheid hebben door de afschaffing van het individueel bezwaarrecht tot gevolg dat individuele deelnemers genoeg moeten nemen met een lager beschermingsniveau: een 'adequaat en evenwichtig pensioen' kan significant lager zijn zolang het nadeel niet onevenredig of onevenwichtig groot is.

Juridische bescherming via het verbod van leeftijdsdiscriminatie, het Europees eigendomsrecht of het vetorecht van DNB kent vergelijkbare ruime begrenzings. Het wetsvoorstel maakt niet duidelijk of onevenwichtig nadeel en onevenredig ongunstig bedoeld is als invulling van de toetsing van die normen (individual and excessive burden art. 1 EP EVRM of excessief nadeel/disproportionaliteit bij WGBL/Richtlijn 2000/78). Is het de bedoeling om de transitie mogelijk te maken zolang maar geen sprake is van excessief nadeel of unfair balance, wees daar dan duidelijk over. Dat geldt temeer omdat mensen het bestaande individuele bezwaarrecht wordt ontnomen. Waar mogelijk is meer guidance wenselijk, al dan niet in indicatieve bandbreedtes van een gelijkwaardig pensioen. Het wetsvoorstel neemt niet in overweging de economische waarde van de onzekerheid die verschuift van uitkeringsovereenkomst naar premieovereenkomst naar de deelnemer.

#### **5 Bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst in plaats van opdrachtaanvaarding**

Tussen sociale partners en pensioenfonds kunnen patstellingen ontstaan. Adequate en evenwichtige compensatie vereist. Wie de compensatie betaalt is een bottleneck. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat pensioenfondsen het door sociale partners opgestelde transitieplan moeten uitvoeren. Daarnaast moet de opdracht worden aanvaard door het pensioenfonds (art. 102a PW). De wettelijke opdrachtaanvaarding is vaag en kan beter geregeld worden in een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst. Dan is sprake van een echte

Position paper: nieuw stelsel en governance

Prof. dr. mr. Mark Heemskerk EPP

T.b.v. commissie SZW ronde tafelgesprek Tweede Kamer 22 april 2022

overeenkomst tussen partijen in plaats van een eenzijdige aanvaarding van een niet duidelijk omschreven opdracht.

Het pensioenfonds heeft te weinig mogelijkheden om de opdracht of het transitieplan te weigeren. Hoe ziet de wetgever het voor zich als een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds de opdracht weigert ondanks een wettelijke verplichting uit de verplichtstelling? Er is geen exit-scenario. Mijn voorstel is pragmatisch en eenvoudig: sociale partners en pensioenfondsen leggen de afspraken vast in een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst. Dat kan eenvoudig door artikel 25 Pensioenwet aan te passen.

## **6 Waaronder oordeelt de transitiecommissie niet over de hele transitie?**

Indien sociale partners er niet uitkomen, kan de transitiecommissie helpen met bemiddeling of bindend advies. Deze commissie is niet bevoegd om een impasse tussen sociale partners en pensioenuitvoerders te doorbreken. Ik raad aan om de transitiecommissie uit te breiden tot geschillen tussen sociale partners en pensioenuitvoerders, zodat zij de gehele transitie kan ondersteunen (vgl. Maatman/Heemskerk, Netspar 2021/201).

Zonder die aanpassing ontbreekt een al aanwezig instrument voor geschillenbeslechting tussen sociale partners en pensioenuitvoerders tijdens de transitie.

## **7 Adviesrecht VO: uitbreiden tot pensioenreglement en opdracht en herformuleren**

Het adviesrecht van het VO is gebaseerd op het adviesrecht van de OR maar sluit daar niet goed op aan. Dat kan eenvoudig hersteld worden door art. 115a PW te herformuleren conform de WOR ('voorgenomen besluit'). Het VO heeft bovendien nu geen adviesrecht over belangrijke zaken zoals de wijziging van het pensioenreglement of de opdrachtaanvaarding. Dat lijkt een medezeggenschapslacune (vgl. M. Heemskerk, Op weg naar het nieuwe pensioen maar niet zonder medezeggenschap, OOR 2020).

Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat een negatief advies van het VO aan de werkgever wordt voorgelegd zodat deze moet heroverwegen (150m lid 5 WTP). Die constructie past niet in de medezeggenschap, omdat het VO adviseert over (voorgenomen) besluiten van het pensioenfonds. Zelfs een geleding van het VO van het pensioenfonds kan leiden tot verplichte heroverweging door een besluit van sociale partners. Dat past niet in de wettelijke systematiek van de medezeggenschap. Dat bevordert de kwaliteit van de medezeggenschap en brengt het adviesrecht van het VO in lijn met doel en strekking van de WOR.

Prof. mr. dr. Mark Heemskerk EPP, hoogleraar pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner heldlaw advocaten en raadsheer-plaatsvervanger Hof Den Bosch.