

ONTBREKEND PENSIOEN BIJ EEN ONTBONDEN PENSIOENFONDS

Een onderzoek naar bescherming tegen ontbrekende pensioenen bij liquidatie van pensioenfondsen

Herman Tamer
Studentnummer: 12246115
Scriptie Executive Master in Insurance & Risk
Universiteit van Amsterdam
Begeleider: dhr. mr. dr. Kees Engel
Augustus 2021

Verklaring eigen werk

Hierbij verklaar ik, Herman Tamer, dat ik deze scriptie zelf geschreven heb en dat ik de volledige verantwoordelijkheid op me neem voor de inhoud ervan.

Ik bevestig dat de tekst en het werk dat in deze scriptie gepresenteerd wordt origineel is en dat ik geen gebruik heb gemaakt van andere bronnen dan die welke in de tekst en in de referenties worden genoemd.

De Faculteit Economie en Bedrijfskunde is alleen verantwoordelijk voor de begeleiding tot het inleveren van de scriptie, niet voor de inhoud.

Inhoud

| | | |
|---------|---|----|
| 1. | Inleiding | 5 |
| 2. | Onderzoekopzet..... | 8 |
| 2.1 | Inleiding | 8 |
| 2.2 | Probleemstelling en begripsbepalingen | 8 |
| 2.3 | Afbakening..... | 10 |
| 2.4 | Onderzoeksmethodiek | 11 |
| 3. | Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten vanuit theoretisch juridisch onderzoek..... | 12 |
| 3.1 | Inleiding | 12 |
| 3.2 | Het arbeidsvoorwaardelijke pensioen | 12 |
| 3.2.1 | Het pensioenrecht | 13 |
| 3.2.1.1 | De Pensioenwet..... | 13 |
| 3.2.1.2 | Fiscale pensioenwetgeving..... | 14 |
| 3.2.2 | Pensioenuitvoerders..... | 14 |
| 3.2.3 | Toezichthouders | 17 |
| 3.3 | De rechtsverhoudingen tussen werkgever, werknemer en pensioenfonds | 18 |
| 3.3.1 | De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer | 19 |
| 3.3.2 | De rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds | 21 |
| 3.3.3 | De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds | 25 |
| 3.4 | Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten onder een pensioenfonds | 28 |
| 3.4.1 | Oorzaken van risico's in pensioenfondsadministraties..... | 28 |
| 3.4.2 | Titel 7.17 BW versus artikel 5 Pensioenwet | 31 |
| 3.4.3 | Aansprakelijkheid van een pensioenfonds..... | 33 |
| 3.4.3.1 | De niet aangemelde werknemer | 33 |
| 3.4.3.2 | Wettelijk kader van de mededelingsplicht van de werkgever | 35 |
| 3.4.3.3 | Wetgeschiedenis van de mededelingsplicht van de werkgever | 37 |
| 3.4.4 | Aansprakelijkheid van de werkgever..... | 41 |
| 3.5 | Liquidatie van pensioenfondsen | 42 |
| 3.5.1 | Waarom liquideren pensioenfondsen?..... | 43 |
| 3.5.2 | Beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst of verplichtstelling | 43 |
| 3.5.3 | Waardeoverdracht pensioenfondsverplichtingen aan een verzekeraar..... | 45 |
| 3.6 | Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten onder een verzekeraar | 46 |
| 3.6.1 | Rol en eisen van de toezichthouder bij waardeoverdracht aan een verzekeraar..... | 46 |
| 3.7 | De rechtsverhoudingen tussen werkgever, werknemer en verzekeraar | 50 |
| 3.7.1 | De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer | 50 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3.7.2 | De rechtsverhouding tussen werkgever en verzekeraar | 51 |
| 3.7.3 | De rechtsverhouding tussen werknemer en verzekeraar | 54 |
| 4. | Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten vanuit praktisch onderzoek | 56 |
| 4.1 | Inleiding | 56 |
| 4.2 | Risicobeperkingen door verzekeraars bij overname pensioenverplichtingen van pensioenfondsen | 57 |
| 4.3 | Opinie van verzekeraars over de eisen van DNB bij overname van..... | 60 |
| | pensioenfondsverplichtingen..... | 60 |
| 4.4 | Gerealiseerde claims en impact bij verzekeraars..... | 62 |
| 5. | Analytisch onderzoek | 65 |
| 5.1 | Inleiding | 65 |
| 5.2 | Houdbaarheid van het huidige toezichthoudende kader | 65 |
| 5.3 | Positie van de verzekeraar | 66 |
| 5.4 | Positie van de werkgever | 69 |
| 5.5 | Niveau en bestendigheid van de borging van de rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden..... | 70 |
| 6. | Conclusie en aanbevelingen | 74 |
| 6.1 | Inleiding | 74 |
| 6.2 | Conclusie | 74 |
| 6.3 | Aanbevelingen..... | 76 |
| | Bibliografie | 78 |
| | Jurisprudentielijst | 80 |
| | Bijlagen | 81 |
| | Bijlage 1: Overzicht aantal pensioenfondsen 1997 – 2020..... | 82 |
| | Bijlage 2: Vragenlijst voor interview verzekeraars..... | 83 |

1. Inleiding

Pensioen behoort tot de meest besproken actualiteiten van het afgelopen decennium. Van stijging van de fiscale pensioenrichtleeftijd naar inmiddels 68 jaar tot het al jaren niet meer verhogen van de pensioenen waardoor deze aan stevige uitholling onderhevig zijn als gevolg van inflatie. Oorzaak van het niet kunnen verhogen van de pensioenen is de te lage dekkingsgraad¹ van pensioenfondsen die weer het gevolg is van de gestegen levensverwachting en de (extreem) lage rente. De doorgaans positieve beleggingsopbrengsten kunnen hierbij geen voldoende tegenwicht bieden. Deze negatieve spiraal zet zich vervolgens voort in (dreiging van) het maatschappelijk heikele, en het in het verleden voor onmogelijk gehouden, verlagen van de pensioenen. We hebben het hier over het aanvullende pensioen als duurste secundaire arbeidsvoorwaarde in de zogenoemde tweede pijler van het Nederlandse pensioenstelsel. Dit arbeidsgelateerde pensioen maakt een belangrijk deel uit van de totale inkomensvoorziening van huishoudens in Nederland. Van alle AOW-huishoudens maakt de AOW-uitkering gemiddeld 36 procent en het aanvullend pensioen gemiddeld 35 procent van het bruto inkomen uit.²

Bij pensioen wordt doorgaans enkel gedacht aan een oudedagsvoorziening, maar het is meer dan dat alleen. Pensioen, in de vorm van partner- en wezenpensioen, is ook een inkomensvoorziening bij overlijden en, in de vorm van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrije voortzetting van pensioenopbouw, bij arbeidsongeschiktheid. Deze inkomensvoorzieningen zorgen voor verkleining van het verschil tussen de oorspronkelijke levensstandaard en de levensstandaard bij pensionering, overlijden en arbeidsongeschiktheid.

Minder prominent dan de hierboven genoemde actualiteiten, maar zeker niet minder verontrustend, is het toenemende aantal berichten over pensioenfondsen die hun administratie niet op orde hebben. Zo maakte het actualiteitenprogramma Nieuwsuur in november 2019 een uitgebreide reportage over het resultaat van een onderzoek van het Platform voor onderzoeksjournalistiek dat het in de pensioenfondsadministraties regelmatig flink mis is.³ De doorgaans complexe pensioenfondsregelingen zouden worden ondersteund door rammelende IT-systemen en relevante informatie uit het verleden zou vaak niet meer te traceren zijn. Ook zouden werkgevers, tegen hun verplichting in, niet altijd hun werknemers bij het pensioenfonds aanmelden of de juiste gegevens opgeven. Werkgevers zouden zo voor honderden miljoenen euro's te weinig aan pensioenpremies

¹ De (procentuele) verhouding tussen het vermogen en de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds.

² Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Materiële welvaart in Nederland 2020*, Den Haag: CBS 2020, p. 24.

³ <https://nos.nl/nieuwsuur/pensioenuitkering vaak te hoog of te laag door rammelend it-systeem>.
<https://www.platform-investico.nl/Fraude en slechte administratie bij pensioenfondsen>.

hebben afgedragen aan pensioenfondsen. Een jaar eerder had De Nederlandsche Bank (DNB) de 'Good practice robuuste pensioenadministratie' inzake aansturing van goed pensioenbeheer gepubliceerd om pensioenfondsen aan de hand hiervan hun pensioenadministratie onder de loep te laten nemen.⁴ De hierin gegeven voorbeelden zijn het resultaat van onderzoeken die DNB had uitgevoerd naar de beheersing van pensioenfondsadministraties. Uit deze onderzoeken kwam naar voren dat de complexiteit van pensioenfondsregelingen en verouderde IT-systemen tot grote (operationele) risico's leiden. Inmiddels heeft deze kwestie ook de politieke agenda bereikt. Op 19 februari 2020 heeft de Tweede Kamer in een debat met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) zijn zorgen geuit over de administratieproblematiek van pensioenfondsen.⁵

Vaak komen fouten in pensioenadministraties pas aan het licht bij pensionering of overlijden, als gevolg waarvan een pensioen tot uitkering komt. Pensioenfondsen kunnen en moeten fouten uiteraard herstellen. Echter, de kans dat de ontdekking hiervan plaatsvindt op een moment dat het betreffende pensioenfonds niet meer bestaat, wordt steeds groter door de sinds twee decennia ingezette consolidatie in pensioenfondsenland. Van de ruim duizend pensioenfondsen in 1997 bleven er in 2009 nog 579 over. Eind 2020 stond de teller op 208 waarbij het einde van deze consolidatie nog steeds niet in zicht is.⁶

In dit onderzoek wordt gezocht naar het antwoord op de vraag wat rechtens de situatie en positie van aanspraak- en pensioengerechtigden is indien een pensioenfonds of de aangesloten werkgever(s) verplichtingen niet zijn nagekomen als gevolg waarvan geen of te weinig pensioen bij het pensioenfonds is opgebouwd. In de basis bestaan deze verplichtingen uit het correct uitvoeren van de pensioenregeling door het pensioenfonds en het verstrekken van de correcte en volledige werknemersgegevens alsmede premiebetaling door de werkgever aan het pensioenfonds. Vervolgens wordt het onderzoek toegespitst op de situatie waarin het pensioenfonds op moment van constatering van het ontbrekende pensioen inmiddels is geliquideerd en eventueel ook de werkgever niet meer bestaat dan wel financieel niet in staat is om zijn verplichtingen alsnog te kunnen nakomen. Pensioenfondsen die zichzelf opheffen moeten vóór liquidatie hun pensioenverplichtingen aan een andere pensioenuitvoerder overdragen. De aanspraak- of pensioengerechtigden die het ontbrekende pensioen vervolgens bij de overnemende pensioenuitvoerder claimen, zijn bij deze pensioenuitvoerder niet bekend of alleen met de (te lage) pensioenen zoals die door het geliquideerde pensioenfonds waren overgedragen. Ligt hiermee onder

⁴ [https://www.dnb.nl/Good Practice Pensioenen](https://www.dnb.nl/Good-Practice-Pensioenen).

⁵ *Kamerstukken II 2019/20, 32043, 518, p. 3.*

⁶ Zie bijlage 1 (<https://statistiek.dnb.nl/pensioenfondsen>).

pensioenuitvoerders die pensioenverplichtingen van geliquideerde pensioenfondsen hebben overgenomen een bom waarvan niemand weet hoe groot die is? Voor wiens rekening komt uiteindelijk de schade van deze ontbrekende pensioenen? Aan het inkopen van (levenslange) pensioenen hangt namelijk een hoog prijskaartje als gevolg van de hierboven genoemde gestegen levensverwachting en gedaalde rentestand.

Doel van dit onderzoek is te beoordelen in hoeverre de pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden bij liquidatie van pensioenfondsen zijn geborgd. Wat is hierbij de positie van de overnemende pensioenuitvoerder, die van de werkgever en wat zijn in dit proces de rol en invloed van de toezichthouder? Is vanuit deze gezichtspunten eventueel aanpassing van wetgeving gewenst dan wel noodzakelijk?

In hoofdstuk 2 wordt het onderzoek, de afbakening hiervan en de onderzoeksmethode beschreven. Hoofdstuk 3 betreft het theoretisch juridische deel van het onderzoek. In hoofdstuk 4 wordt vanuit praktijkonderzoek beschreven in hoeverre en op welke wijze de praktijk op de juridische theorie aansluit. In hoofdstuk 5 worden de resultaten van het theoretische onderzoek en het praktische onderzoek met elkaar vergeleken en geanalyseerd. Hoofdstuk 6 geeft tenslotte de conclusies en aanbevelingen van het gehele onderzoek weer.

2. Onderzoeksopzet

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet waaruit het onderzoek bestaat en hoe het is vormgegeven. Tevens wordt een toelichting gegeven op een aantal pensioenrechtelijke begrippen.

2.2 Probleemstelling en begripsbepalingen

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt:

'In hoeverre zijn rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden geborgd indien, als gevolg van niet nakoming van verplichtingen door het pensioenfonds of de aangesloten werkgever, geen of te weinig pensioen is opgebouwd en het pensioenfonds inmiddels is geliquideerd?'

De centrale vraag wordt beantwoord middels beantwoording van de volgende deelvragen:

1. Op welke wijze zijn opgebouwde pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden onder een pensioenfonds beschermd?
 - a. Wat zijn in de onderlinge rechtsverhoudingen de rechten en verplichtingen van het pensioenfonds, de werkgever en aanspraak- c.q. pensioengerechtigden?
2. Op welke wijze wordt na liquidatie van een pensioenfonds de bescherming van opgebouwde pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden geborgd?
 - a. Wat zijn na liquidatie van het pensioenfonds de rechten en verplichtingen in de onderlinge rechtsverhoudingen van de overnemende pensioenuitvoerder, de werkgever en aanspraak- c.q. pensioengerechtigden?
3. Wat zijn onder 1. en 2. de rol en invloed van de toezichthouder?

Hierna wordt een aantal definities gegeven, dat van belang is voor een goed begrip van de centrale vraag en de overige tekst van dit onderzoek. Daarnaast wordt een toelichting gegeven op de gehanteerde term 'aanspraak- en pensioengerechtigden'. Het gaat om de volgende begrippen, die in artikel 1 van de Pensioenwet (Pw) zijn opgenomen:

Aanspraakgerechtigde: de persoon die begunstigde is voor een nog niet ingegaan pensioen

Deelnemer: de werknemer of gewezen werknemer die op grond van een pensioenovereenkomst pensioenaanspraken verwerft jegens een pensioenuitvoerder

- Gepensioneerde: degene voor wie het ouderdomspensioen is ingegaan
- Gewezen deelnemer: de werknemer of gewezen werknemer door wie op grond van een pensioenovereenkomst geen pensioen meer wordt verworven en die bij beëindiging van de deelneming een pensioenaanspraak heeft behouden jegens een pensioenuitvoerder
- Pensioenaanspraak: een recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening
- Pensioengerechtigde: degene voor wie een pensioen is ingegaan
- Pensioenrecht: een recht op een ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening

In de centrale vraag en onderzoek is voor de (ruime) term ‘aanspraak- en pensioengerechtigden’ gekozen omdat deze allesomvattend is. Termen als ‘(gewezen) deelnemers’, ‘(oud-) werknemers’ of ‘gepensioneerden’ schieten soms namelijk tekort. Dit laat zich als volgt uitleggen:

Een werknemer is een **‘deelnemer’** aan een pensioenregeling. Bij uitdiensttreding c.q. pensionering wordt de deelname aan de pensioenregeling beëindigd en is de oud-werknemer een **‘gewezen deelnemer’** c.q. een **‘gepensioneerde’**. De (gewezen) deelnemer is een **‘aanspraakgerechtigde’** op (premiëvrije) **‘pensioenaanspraken’** en een gepensioneerde is een **‘pensioengerechtigde’** met **‘pensioenrechten’**.

Vóór de liquidatie van een pensioenfonds wordt noodzakelijkerwijs de overeenkomst tussen het pensioenfonds en de aangesloten werkgever(s) voor uitvoering van de pensioenregeling beëindigd. Vanaf dat moment wordt bij het pensioenfonds geen pensioen meer opgebouwd. De pensioenregeling is dan ‘premiëvrij’ geworden. In de premiëvrije pensioenregeling is geen sprake meer van **‘deelnemers’** maar alleen nog van **‘gewezen deelnemers’** en **‘pensioengerechtigden’**, met één uitzondering. De verwerving van pensioenaanspraken, en hiermee impliciet het deelnemerschap aan de pensioenregeling, blijft namelijk bestaan ingeval van (gedeeltelijke) vrijstelling van premiebetaling wegens (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid.⁷ In de meeste pensioenregelingen is

⁷ Zie de (hierboven vermelde) definitie van ‘deelnemer’ in artikel 1 Pw. ‘Verwerving’ van pensioenaanspraken is

premiëvrijstelling bij arbeidsongeschiktheid meeverzekerd. Bij intreding van arbeidsongeschiktheid van een deelnemer komen, voor zover en zolang de arbeidsongeschiktheid duurt, de pensioenpremies van de verdere verwerving van pensioenaanspraken voor rekening van de pensioenuitvoerder.⁸ De premievrijstelling, welk recht hiertoe al wel moet bestaan op moment van beëindiging van de pensioenregeling bij het pensioenfonds, eindigt dan niet als gevolg van liquidatie van het pensioenfonds. Het pensioenfonds in liquidatie draagt hiervoor de betreffende schadevoorziening aan de overnemende pensioenuitvoerder over om de premievrije pensioenopbouw door de overnemende pensioenuitvoerder voort te kunnen laten zetten.

Als hierboven aangegeven is een **'deelnemer'**, net als een **'gewezen deelnemer'**, altijd een **'aanspraakgerechtigde'**. Een aanspraakgerechtigde is daarentegen niet altijd een (gewezen) deelnemer. Een aanspraakgerechtigde is, naast een (gewezen) deelnemer, ook een (ex-)partner of kind van een (gewezen) deelnemer of gepensioneerde, namelijk als begunstigde van aanspraken op (bijzonder) partnerpensioen of wezenpensioen.

Een **'gepensioneerde'** is altijd een **'pensioengerechtigde'** die ouderdomspensioen uitgekeerd krijgt. Een pensioengerechtigde is daarentegen niet altijd een gepensioneerde. Een pensioengerechtigde is, naast een gepensioneerde, ook een (ex-) partner of kind als begunstigde van een uitkerend (bijzonder) partnerpensioen of wezenpensioen als ook een (arbeidsongeschikte) deelnemer met een uitkerend arbeidsongeschiktheidspensioen.

Een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer met premievrijstelling én een uitkerend arbeidsongeschiktheidspensioen is dan tegelijkertijd werknemer, deelnemer, aanspraakgerechtigde en pensioengerechtigde.

2.3 Afbakening

Zoals is aangestipt in de inleiding, moet een pensioenfonds bij liquidatie al zijn pensioenverplichtingen overdragen aan een andere pensioenuitvoerder. Dit onderzoek beperkt zich tot overdrachten aan verzekeraars, implicerende dat de constructie van overdrachten aan pensioenfondsen buiten beschouwing blijft. Dit betekent evenwel niet dat dit onderzoek voor overdrachten naar pensioenfondsen niet relevant is. Immers, het leeuwendeel van het behandelde zal op beide soorten pensioenuitvoerders toepassing vinden. Reden voor deze afbakening is dat de

ruimer dan 'opbouw' van pensioenaanspraken (middels kapitaaldekking) gezien onder verwerving ook pensioenaanspraken op basis van risicodekking vallen.

⁸ De premievrijstelling duurt uiterlijk tot de pensioendatum van de pensioenregeling.

impact voor verzekeraars bij borging van rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden veel groter is dan bij pensioenfondsen. Bij pensioenfondsen komen schades als gevolg van het solidariteitsprincipe ten laste van de collectiviteit waarbij in het uiterste geval de pensioenen van alle aanspraak- en pensioengerechtigden binnen het pensioenfonds verlaagd worden. Een verzekeraar kan en mag beide maatregelen niet toepassen en moet schades volledig voor eigen rekening nemen.

2.4 Onderzoeksmethodiek

Het onderzoek bestaat uit een combinatie van een theoretisch juridisch onderzoek en een praktijkonderzoek. Vanuit een theoretisch juridisch kader wordt door middel van een literatuurstudie onderzoek gedaan naar de bescherming van pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden onder een pensioenfonds, gevolgd door de situatie waarin een pensioenfonds in liquidatie treedt en zijn pensioenverplichtingen aan een verzekeraar overdraagt. Middels het praktijkonderzoek wordt onderzocht in hoeverre en op welke wijze de praktijk op de theorie aansluit en hoe de borging van rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden zich verwezenlijkt. Welke maatregelen hebben verzekeraars hierbij getroffen en welke claims vinden er in de praktijk inzake ontbrekende pensioenen bij geliquideerde pensioenfondsen plaats? Tevens wordt getracht te achterhalen in hoeverre verzekeraars zich juridisch gebonden en gecommiteerd achten aan de huidige opgelegde kaders van de toezichthouder bij overname van de pensioenverplichtingen van geliquideerde pensioenfondsen. Zijn er voor verzekeraars gronden of omstandigheden om zich hiertegen te verzetten en wat zouden hiervan de gevolgen kunnen zijn voor aanspraak- en pensioengerechtigden?

Het praktijkonderzoek bestaat uit interviews met een aantal verzekeraars dat pensioenverplichtingen van geliquideerde pensioenfondsen heeft overgenomen. Interviews met bijzonder hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht Herman Kappelle aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en met pensioenrecht advocaat Teun Huijg van Held Law die zowel adviseert als procedeeert maken deel uit van zowel het theoretische als het praktische deel. Huijg is tevens auteur van een aantal artikelen dat in dit onderzoek aan de orde komt. Door analyse van de uitkomsten van en vergelijkingen tussen het theoretische onderzoek en het praktijkonderzoek wordt de centrale vraag beantwoord en worden aanbevelingen gegeven.

3. Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten vanuit theoretisch juridisch onderzoek

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst het Nederlandse pensioensysteem op een aantal kernonderdelen uiteengezet. Vervolgens worden de onderlinge rechtsverhoudingen van de betrokken partijen beschreven. Tenslotte wordt de bescherming van pensioenaanspraken en pensioenrechten onder het pensioenfonds behandeld en vervolgens onder de situatie waarin het pensioenfonds in liquidatie treedt en zijn pensioenverplichtingen aan een verzekeraar overdraagt.

In de situatie waarin het pensioenfonds nog bestaat ligt de nadruk van het onderzoek op de gevolgen van het in strijd handelen met de informatieverplichtingen door de aangesloten werkgever waardoor geen of te weinig pensioenaanspraken bij het pensioenfonds zijn opgebouwd. De in deze fase geconstateerde fouten van het pensioenfonds zijn minder relevant. Het pensioenfonds kan en moet immers de door zijn gemaakte fouten gewoon herstellen. De werkgever daarentegen kan om meerdere redenen niet meer bestaan of niet solvabel zijn om zijn verplichtingen alsnog te kunnen nakomen.

In de situatie waarin het pensioenfonds is geliquideerd, worden tevens de gevolgen van de door het pensioenfonds gemaakte fouten interessant. Immers is het pensioenfonds ontbonden en kan het de gemaakte fouten niet meer rechtzetten. In het meest extreme geval hebben pensioenfonds én werkgever fouten gemaakt en zijn beide rechtspersonen ontbonden op moment dat de fouten boven water komen.

Bovenstaande problematiek kan niet los gezien worden van de rol en eisen van de toezichthouder bij de bescherming van pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden in zowel de situatie dat het pensioenfonds bestaat als vanaf het moment dat het pensioenfonds de procedure van liquidatie in gang zet.

3.2 Het arbeidsvoorwaardelijke pensioen

Het aanvullende pensioen is een arbeidsvoorwaarde die door een pensioenuitvoerder moet worden uitgevoerd en waarop toezicht wordt gehouden. Een aantal belangrijke onderdelen uit het pensioenrecht, de bestaande pensioenuitvoerders en toezichthouders worden in dit hoofdstuk toegelicht.

3.2.1 Het pensioenrecht

Het pensioenrecht is zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk van aard. De van toepassing zijnde wet- en regelgeving worden bij de betreffende onderdelen in dit onderzoek benoemd. Gezien de Pensioenwet en het fiscale pensioenrecht een belangrijke rol spelen bij het arbeidsvoorwaardelijke pensioen, worden deze hieronder separaat toegelicht.

3.2.1.1 De Pensioenwet

Het startpunt van pensioen is de pensioenregeling die als arbeidsvoorwaarde tussen werkgever en werknemer wordt overeengekomen. Vanaf dat moment is de Pensioenwet op de pensioenregeling van toepassing. Belangrijke doelstelling van de Pensioenwet is waarborgen dat de pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden op effectieve en efficiënte wijze daadwerkelijk gerealiseerd worden.⁹ Zo geldt op grond van artikel 65 Pw een afkoopverbod en mogen eenmaal opgebouwde pensioenaanspraken op grond van artikel 20 Pw niet verlaagd worden.¹⁰

Onder 'pensioen' wordt volgens artikel 1 van de Pensioenwet verstaan 'ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen of nabestaandenpensioen, zoals tussen werkgever en werknemer overeengekomen'. Deze drie pensioenvormen kunnen dus tussen werkgever en werknemer worden overeengekomen. Aanspraken op ouderdomspensioen moeten op grond van artikel 127 Pw altijd op basis van kapitaaldekking gefinancierd worden. Aanspraken op partnerpensioen, wezenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen mogen daarentegen ook op basis van risicodekking plaatsvinden. Bij laatstgenoemde financieringsvorm komen pensioenen alleen tot uitkering indien het onzekere voorval (van overlijden of arbeidsongeschiktheid) gedurende het deelnemerschap aan de pensioenregeling plaatsvindt.¹¹ Op risicobasis gefinancierde pensioenen vervallen namelijk zonder waarde bij einde deelneming aan de pensioenregeling en zijn hierdoor goedkoper dan gefinancierde pensioenen bij kapitaaldekking en hierdoor bij einde deelneming een premievrije waarde hebben.

De financiering van verworven pensioenaanspraken moet op grond artikel 17 Pw tijdsevenredig plaatsvinden, inhoudende dat de verworven pensioenaanspraken ook altijd gefinancierd moeten zijn. Uitstel van financiering van pensioenaanspraken is dus niet toegestaan. Op grond van artikel 55 Pw moeten de pensioenen bij beëindiging deelneming aan de pensioenregeling volledig gefinancierd zijn.

⁹ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 3.*

¹⁰ Verlaging van pensioenaanspraken en -rechten is door pensioenfondsen bij een te lage dekkingsgraad op grond van artikel 134 Pw wel toegestaan.

¹¹ Arbeidsongeschiktheidspensioenen zijn in de praktijk altijd op risicobasis verzekerd.

3.2.1.2 Fiscale pensioenwetgeving

Naast de Pensioenwet spelen bij pensioenregelingen hoofdstuk IIB van de Wet Loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en hoofdstuk 4 van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (UBLB) een belangrijke rol. De Wet LB 1964 en het UBLB bepalen de grenzen van pensioenopbouw waarbinnen de zogenaamde 'omkeerregel' van artikel 11 lid 1 sub c en sub j (°1) Wet LB 1964 geldt. Deze grenzen bestaan bijvoorbeeld uit het maximale pensioengevend loon waarover pensioenaanspraken mogen worden opgebouwd, de maximale pensioenopbouw per dienstjaar en welke perioden als diensttijd voor pensioenopbouw in aanmerking mogen worden genomen. De omkeerregel behelst dat belastingheffing niet over opgebouwde pensioenaanspraken plaatsvindt maar over pensioenrechten, dus (pas) vanaf het moment dat het pensioen daadwerkelijk wordt genoten.

Indien een pensioenregeling op één of meerdere onderdelen niet (meer) binnen de genoemde grenzen valt, wordt de pensioenregeling als 'onzuiver' aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat alle pensioenaanspraken in de pensioenregeling op grond van artikel 19b lid 1 sub a Wet LB 1964 direct en volledig belast worden in box 1, verhoogd met 20% revisierente op grond van artikel 30i van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Gezien de Pensioenwet van toepassing blijft op de fiscaal onzuiver geworden pensioenregeling, is op grond van artikel 65 Pw afkoop van deze pensioenaanspraken verboden en moet de aanspraakgerechtigde de belastingheffing dus uit eigen vermogen betalen.¹² De fiscale grenzen bepalen weliswaar niet de privaatrechtelijke grenzen van de tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioenregeling, maar in de praktijk is dit begrijpelijkerwijs wel het geval.

3.2.2 Pensioenuitvoerders

Een werkgever mag zijn pensioenregeling niet zelf uitvoeren. De uitvoering van de pensioenregeling moet door een pensioenuitvoerder geschieden. Het staat de werkgever daarbij niet in alle gevallen vrij om zelf een pensioenuitvoerder te kiezen. De uitvoering van pensioenregelingen betreft de administratie van de pensioenopbouw en pensioenuitkeringen alsmede de informatie en communicatie hierover aan de aanspraak- en pensioengerechtigden. De Pensioenwet kent de volgende pensioenuitvoerders:

- Ondernemingspensioenfondsen (OPF)
- Bedrijfstakpensioenfondsen (BPF)
- Algemene pensioenfondsen (APF)
- Premiepensioeninstellingen (PPI)
- Verzekeraars

¹² Deze pensioenen worden dan bij uitkering hiervan niet (nogmaals) belast voor de inkomstenbelasting.

Dit onderzoek betreft ondernemingspensioenfondsen en verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen die liquideren en hun pensioenverplichtingen aan een verzekeraar overdragen. Algemene pensioenfondsen bestaan pas sinds 2017. Onder de sindsdien zeven opgerichte algemene pensioenfondsen hebben zich tot nu twee liquidaties voorgedaan waarbij nagenoeg alle pensioenverplichtingen aan andere Algemene pensioenfondsen zijn overgedragen.¹³ Premiepensioeninstellingen zijn, met hun bestaansrecht sinds 2011 tevens een relatief jong fenomeen, een geheel andere soort pensioenuitvoerder dan een pensioenfonds of verzekeraar. Premiepensioeninstellingen vallen dan ook buiten het bestek van dit onderzoek.

Werkingsfeer van pensioenuitvoerders

De zogenaamde werkingssfeer van pensioenuitvoerders bepaalt voor welke werkgevers een pensioenuitvoerder de pensioenregeling mag of moet uitvoeren. De werkingssfeer betreft bij ondernemingspensioenfondsen de onderneming als entiteit zelf en bij bedrijfstakpensioenfondsen de bedrijfsactiviteiten van een onderneming. De werkingssfeer van een pensioenfonds moet op grond van artikel 2:286 BW jo. 111 Pw in de statuten omschreven worden en vormt onderdeel van de doelstelling van het pensioenfonds. De werkingssfeer van verzekeraars kent geen begrenzing in soort bedrijfsactiviteiten of onderneming.¹⁴

Volgens de definitie van een pensioenfonds in artikel 1 Pw is de rechtsvorm van een pensioenfonds een stichting. Hierdoor is op pensioenfondsen Boek 2 BW van toepassing.

Ondernemingspensioenfondsen

Een ondernemingspensioenfonds voert de pensioenregeling uit van een aan dit pensioenfonds verbonden en in zijn statuten omschreven onderneming of groep ondernemingen in de zin van artikel 2:24b BW. Een werkgever die onder de werkingssfeer van een ondernemingspensioenfonds valt, is voor zowel de inhoud van de pensioenregeling als voor de pensioenuitvoering contractueel gebonden aan dit pensioenfonds. Beide onderdelen zijn door de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) bepaald door de sociale partners (werkgevers- en werknemersverenigingen).¹⁵

Ondernemingspensioenfondsen zijn bijvoorbeeld Stichting Pensioenfonds KPN en Stichting Shell Pensioenfonds.

¹³ Dit betreffen het geliquideerde Delta Lloyd APF en Stichting APF Volo pensioen in liquidatie.

¹⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 67 en 68.*

¹⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 44.* Zie tevens Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7912.

Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen

Een bedrijfstakpensioenfonds voert de pensioenregeling uit voor (een deel van) één of meerdere bedrijfstakken op basis van de in zijn statuten omschreven (hoofdzakelijke) bedrijfsactiviteiten. Op basis van deze werkingssfeer geldt voor de betreffende ondernemingen een wettelijke verplichting van deelname aan de pensioenregeling van dit pensioenfonds.¹⁶ De grondslag van deze wettelijke verplichting is de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Een werkgever die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt, is voor zowel de inhoud van de pensioenregeling als voor de pensioenuitvoering gebonden aan dit pensioenfonds. Beide onderdelen zijn bepaald door de sociale partners van de betreffende bedrijfstak.¹⁷ De verplichtstelling ontstaat door het besluit van de minister van SZW om de deelneming voor één of meer bepaalde groepen van personen aan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen.¹⁸ Alleen ingeval het bedrijfstakpensioenfonds een werkgever vrijstelling verleent op grond van het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, kan deze werkgever de pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder onderbrengen. Bedrijfstakpensioenfondsen zijn bijvoorbeeld Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn en Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek.

Voor bepaalde soorten vrije beroepsbeoefenaars bestaan, als equivalent van bedrijfstakpensioenfondsen, beroepspensioenfondsen. De verplichtstelling is dan op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Beroepspensioenfondsen bestaan bijvoorbeeld voor huisartsen en tandartsen.

Pensioenverzekeraars

Een werkgever die niet onder de werkingssfeer van een pensioenfonds valt, kan zijn pensioenregeling door een (pensioen)verzekeraar laten uitvoeren. Overigens kan een werkgever die onder de werkingssfeer van een pensioenfonds valt wel een aanvullende pensioenregeling door een verzekeraar laten uitvoeren. Bijvoorbeeld voor pensioenaanspraken boven het salaris waarover maximaal pensioen kan worden opgebouwd in de pensioenregeling van het pensioenfonds.

Een verzekeraar als pensioenuitvoerder is een verzekeraar die op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) in Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar mag

¹⁶ Onder voorwaarden is op basis van artikel 121 Pw vrijwillige aansluiting door werkgevers bij een bedrijfstakpensioenfonds mogelijk. Daarnaast bestaat er ook een aantal niet verplichte bedrijfstakpensioenfondsen. Voor deze werkgevers kunnen de juridische rechtsverhoudingen van partijen grotendeels gelijkgesteld worden met die bij ondernemingspensioenfondsen.

¹⁷ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 44.*

¹⁸ Artikel 2 Wet Bpf 2000.

uitoefenen.¹⁹ Een levensverzekeraar mag in de pensioensfeer zowel leven- als schadeproducten verzekeren en een schadeverzekeraar alleen schadeproducten. Schadeproducten zijn arbeidsongeschiktheidspensioenen en de medeverzekering van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. Voor beide verzekeraars geldt een vergunningsplicht van De Nederlandsche Bank en de vereisten van de Wft.²⁰

Pensioenen bij een verzekeraar zijn 'verzekerd'. Dit betekent onder andere dat een verzekeraar, in tegenstelling tot pensioenfondsen, pensioenen niet mag verlagen ('afstempelen') indien de pensioenvoorziening van de pensioenregeling ontoereikend zou zijn voor de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.²¹ Verzekeraars dienen een eigen vermogen aan te houden waarbij over een horizon van één jaar met een zekerheid van 99,5% aan de pensioenverplichtingen kan worden voldaan. Voor pensioenfondsen is dit 97,5%.²² Aan verzekeraars worden dus strengere zekerheidseisen gesteld dan aan pensioenfondsen.

De rechtsvorm van een verzekeraar moet een naamloze vennootschap of een onderlinge waarborgmaatschappij zijn. Op verzekeraars is dan, gelijk aan pensioenfondsen, Boek 2 BW van toepassing.

In dit onderzoek is de verzekeraar de (nieuwe) pensioenuitvoerder van de pensioenen die een geliquideerd pensioenfonds aan de verzekeraar heeft overgedragen.

3.2.3 Toezichthouders

De Nederlandse Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zijn belast met het toezicht op de uitvoering van pensioenregelingen, waarborging van het pensioenvermogensbeheer alsmede volledige en juiste communicatie door pensioenuitvoerders. Beide organen ontleen hun bestuursrechtelijke bevoegdheden jegens pensioenuitvoerders onder andere aan de Pensioenwet.

De AFM houdt gedragstoezicht op pensioenuitvoerders. Dit toezicht betreft, naast zorgplicht aangaande deelnemers met een pensioenregeling op basis van een premie- of kapitaalovereenkomst, de informatieverstrekking aan aanspraak- en pensioengerechtigden. Zo dient de informatie op grond artikel 48 Pw tijdig, correct, duidelijk en evenwichtig te zijn.

¹⁹ Artikel 1 Pw.

²⁰ Artikel 2:27 jo. 2:31 Wft.

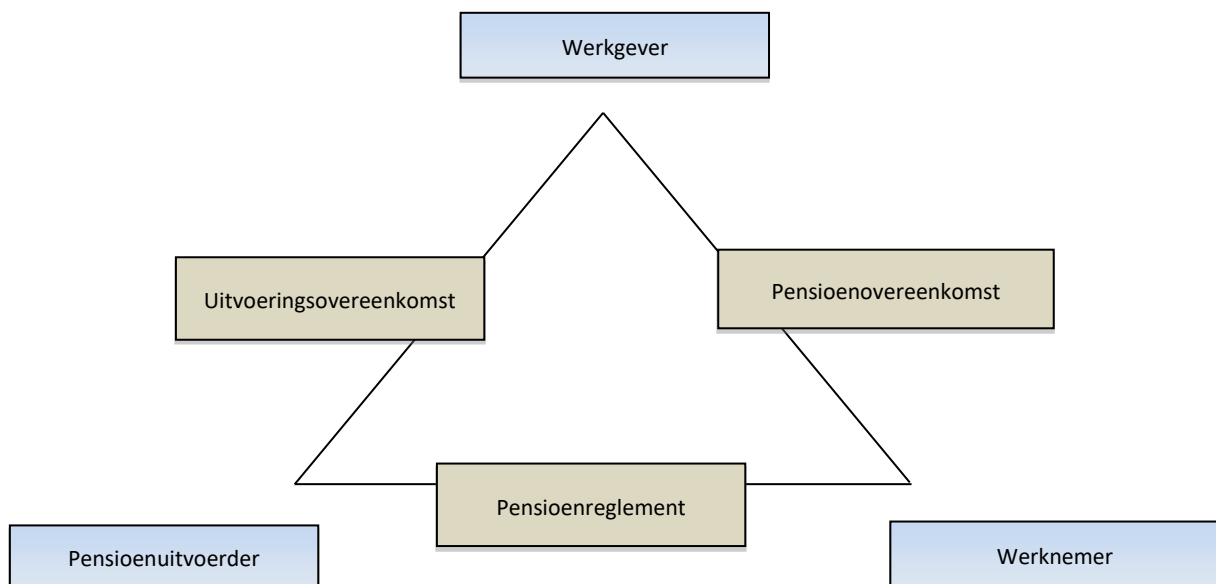
²¹ Artikel 134 Pw.

²² Artikel 132 lid 2 Pw. Voor verzekeraars geldt de wetgeving onder Solvency II.

DNB houdt prudentieel en materieel toezicht.²³ Prudentieel toezicht gaat over de financiële soliditeit van pensioenfondsen en het bijdragen aan de financiële stabiliteit van de sector van pensioenfondsen.²⁴ DNB beoordeelt of pensioenfondsen op dit moment en in de toekomst nog steeds aan de eisen voldoen om hun pensioenverplichtingen te kunnen nakomen. Materieel toezicht is toezicht gericht op alle normen in de Pensioenwet die geen onderdeel uitmaken van gedrags- of prudentieel toezicht.²⁵ In dit onderzoek is alleen de rol van DNB van belang en betreft het materiele toezicht in het kader van waarborgen van de pensioenen.

3.3 De rechtsverhoudingen tussen werkgever, werknemer en pensioenfonds

Als aangegeven wordt een pensioenregeling tussen werkgever en werknemer overeengekomen en is vanaf dat moment de Pensioenwet hierop van toepassing. Op grond van artikel 23 Pw is de werkgever verplicht om de uitvoering van de pensioenregeling bij een pensioenuitvoerder onder te brengen door het sluiten van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst. De pensioenuitvoerder moet, op grond van artikel 35 Pw, op zijn beurt een pensioenreglement voor de werknemers opstellen. Hierdoor ontstaat een directe relatie tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer. Door deze constructie van relaties ontstaat een driehoeksverhouding die als volgt geschetst kan worden:



²³ De European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) is de Europese autoriteit die prudentieel toezicht houdt in de sector verzekeringen en pensioenen in Europa.

²⁴ Artikel 151 lid 4 Pw.

²⁵ Artikel 151 lid 5 Pw.

3.3.1 De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer

In Nederland bestaat geen algemene wettelijke pensioenplicht voor werkgevers en werknemers. Een pensioenregeling ontstaat in beginsel dan ook alleen indien een werkgever zijn werknemer een pensioenovereenkomst, als onderdeel van de arbeidsovereenkomst, aanbiedt en de werknemer dit aanbod accepteert.²⁶ Een pensioenovereenkomst is volgens artikel 1 Pw ‘hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen’. Op de pensioenovereenkomst zijn, net als de arbeidsovereenkomst, de algemene regels van het overeenkomstenrecht van toepassing waardoor deze tot stand komt door aanbod en aanvaarding in de zin van artikel 6:213 jo. 217 BW.

Een werkgever is op grond van artikel 7 lid 1 Pw verplicht een werknemer binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden schriftelijk of elektronisch te informeren of hij de werknemer al dan niet een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst doet.²⁷ De aanvaarding door de werknemer is, net als de arbeidsovereenkomst, vormvrij en kan dus ook mondeling plaatsvinden of blijken uit een gedraging.²⁸ Bijvoorbeeld doordat de werknemer instemt met de inhouding van pensioenpremies op zijn loon.²⁹ Indien de werkgever niet heeft voldaan aan het vereiste van artikel 7 lid 1 Pw, wordt hij op grond van artikel 7 lid 4 Pw geacht aan de werknemer een onherroepelijk aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst gedaan te hebben, indien die werknemer behoort tot dezelfde groep van werknemers aan wie de werkgever al een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst heeft gedaan.

De pensioenovereenkomst is hiermee een meerzijdige rechtshandeling op welke het vermogensrecht van boek 3 BW, het verbintenissenrecht van boek 6 BW, de Pensioenwet en, gezien de pensioenovereenkomst onderdeel is van de arbeidsovereenkomst, het arbeidsrecht van titel 7.10 BW van toepassing is.

Het bijzondere van de pensioenovereenkomst is dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer niet eindigt bij beëindiging van de dienstbetrekking. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest ECN/Omen dat *“Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met*

²⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 12.

²⁷ Zie tevens artikel 7:655, lid 1, sub j BW.

²⁸ Artikel 3:37 lid 1 BW.

²⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 12.

*gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst.*³⁰ Met “gewijzigde hoedanigheid van de partijen” wordt bedoeld dat er een rechtsverhouding ontstaat tussen de oud-werkgever en oud-werknemer in de hoedanigheid van arbeidsongeschikte deelnemer of als gewezen deelnemer dan wel gepensioneerde. In deze situatie gaat het dan hoofdzakelijk om de, in de pensioenovereenkomst opgenomen, toeslagenregeling voor de opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.

De pensioenovereenkomst is doorgaans geen schriftelijk document maar wordt vormgegeven door een verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement van de pensioenuitvoerder waarin de pensioenregeling is omschreven. De verwijzing in de arbeidsovereenkomst tezamen met de inhoud van het pensioenreglement vormen dan de pensioenovereenkomst.³¹ Hiermee is de pensioenovereenkomst formeel geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst en materieel omschreven in het pensioenreglement.

De hierboven omschreven vrijblijvendheid oftewel contractsvrijheid voor de werkgever om aan een individuele werknemer al dan niet een aanbod tot een pensioenovereenkomst te doen, is er in de praktijk eigenlijk niet. In de overeenkomst tussen de pensioenuitvoerder en werkgever wordt namelijk overeengekomen dat de werkgever aan al zijn werknemers een gelijke pensioenovereenkomst als verplichte arbeidsvoorwaarde aanbiedt. De werknemers kunnen het aanbod van de pensioenovereenkomst dan niet los van de arbeidsovereenkomst verwerpen.

Achtergrond hiervan is de volgende:

Tariefgrondslagen die pensioenuitvoerders hanteren voor de berekening van pensioenpremies zijn onder andere gebaseerd op premievolume en risico's. Als een werkgever slechts selectief aan zijn werknemers een pensioenovereenkomst zou aanbieden en deze werknemers dit aanbod ook nog eens mogen afwijzen, ontstaat, naast het risico van verboden onderscheid tussen (groepen) werknemers, een mismatch tussen pensioenpremie en genoemde premievolume en risico als gevolg van selectiegedrag. Zo zullen jonge en gezonde werknemers eerder geneigd zijn om van een pensioenregeling af te zien voor een hoger salaris en oudere of minder gezonde werknemers eerder opteren voor de pensioenregeling. Het is pensioenuitvoerders niet toegestaan om te vragen naar de gezondheidstoestand of het verrichten van een medisch onderzoek van aspirant deelnemers voor acceptatie aan een pensioenregeling.³² Een pensioenuitvoerder wil dan ook graag collectieve

³⁰ HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 (*ECN/Omen*), r.o. 5.1. Zie ook Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050 (*Delta Lloyd*), r.o. 3.19.

³¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 12.

³² Artikel 4 lid 3 Wet op de medische keuringen.

pensioenregelingen voor alle werknemers van werkgevers uitvoeren. De werkgever zal in de meeste gevallen ook voor al zijn werknemers een gelijke pensioenregeling willen aanbieden.

Ondernemingspensioenfondsen

De contractuele aanbiedings- en acceptatieplicht van de pensioenovereenkomst is ook van toepassing op werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van een ondernemingspensioenfonds vallen. De grondslag van deze verplichtingen is de van toepassing zijnde cao waarin de werkingssfeer is bepaald.

Bedrijfstakpensioenfondsen

Onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds is daarentegen geen sprake van een contractuele verplichting van deelneming aan de pensioenfondsregeling maar van een wettelijke verplichting als vastgelegd in de Wet Bpf 2000. Uit deze wettelijke verplichting van deelneming volgt impliciet dat niet sprake kan zijn van het doen van een (vrijblijvend) aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. In artikel 2 lid 2 sub a Pw is dan ook bepaald dat de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling, gelijkgesteld wordt met een pensioenovereenkomst.

3.3.2 De rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds

Een werkgever die met zijn werknemers een pensioenovereenkomst sluit, is op grond van artikel 23 lid 1 Pw verplicht de hieruit voortvloeiende pensioenaanspraken bij een pensioenuitvoerder onder te brengen. Voor deze 'onderbrengingsplicht' dient de werkgever met een pensioenuitvoerder een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand houden en vormt hiermee de grondslag van de rechtsverhouding. In artikel 25 Pw is omschreven welke onderwerpen minimaal in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen moeten zijn. De werkgever mag het pensioenvermogen en de verzekeringsrisico's (lang leven, overlijden en arbeidsongeschiktheid) dus niet binnen de onderneming houden.³³ Hiermee wordt voorkomen dat de pensioenvoorziening door de werkgever voor andere doeleinden dan pensioen kan worden aangewend of in de failliete boedel belandt.³⁴

Indien de werkgever de onderbrengingsplicht (deels) niet nakomt, kan de werknemer nakoming hiervan eisen en afdwingen met behulp van een door de rechter vast te stellen dwangsom. De

³³ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 49.*

³⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 44.*

werkgever is in dat geval ook aansprakelijk voor schade die voortvloeit uit het feit dat de werkgever niet of niet tijdig zijn onderbrengingsverplichting is nagekomen.³⁵ Bijvoorbeeld de kosten voor inkoop van een direct ingaand nabestaandenpensioen bij overlijden van een werknemer. Daarnaast kan DNB de werkgever op grond van artikel 176 Pw een bestuurlijke boete opleggen waarvan de hoogte onder meer afhankelijk is van de draagkracht van de onderneming. Deze boete kan oplopen tot € 1.000.000,-. Tenslotte kan de werkgever op grond van artikel 215 Pw strafrechtelijk vervolgd worden.

De onderbrengingsplicht van de werkgever, en hiermee de rechtsverhouding met het pensioenfonds, eindigt niet als de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder is beëindigd. Immers eindigt hierdoor niet de pensioenovereenkomst met de werknemer. De werkgever moet dan een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met de huidige pensioenuitvoerder of een andere pensioenuitvoerder sluiten. Indien de pensioenuitvoerder de bestaande pensioenovereenkomst niet (meer) kan of wil uitvoeren, zal de werkgever de pensioenovereenkomst met de werknemers arbeidsrechtelijk moeten wijzigen. De duur van de onderbrengingsplicht bij pensioenfondsen is gekoppeld aan de duur van de werkingssfeer waaronder de werkgever valt. Bij bedrijfstakpensioenfondsen is die in ieder geval voor onbepaalde tijd.³⁶

Voor de pensioenuitvoerder betekent het einde van de uitvoeringsovereenkomst niet dat er geen uitvoering meer aan de pensioenovereenkomst gegeven hoeft te worden. Immers moeten de premievrije pensioenaanspraken en pensioenrechten geadministreerd, gemuteerd en uitgekeerd blijven worden.

Kernplicht van de pensioenuitvoerder jegens de werkgever is het uitvoeren van de pensioenovereenkomsten onder de condities en voorwaarden als in de uitvoeringsovereenkomst is overeengekomen. Kernplicht van de werkgever jegens de pensioenuitvoerder is het tijdig en correct verstrekken van de (werknemers)gegevens aan de pensioenuitvoerder om de pensioenregeling te kunnen uitvoeren. Op basis van deze gegevens worden door de pensioenuitvoerder de pensioenaanspraken en de hierbij behorende pensioenpremies vastgesteld.

De uitvoeringsovereenkomst is een verzekeringsovereenkomst in de zin van titel 7.17 BW.³⁷ Op grond van de Pensioenwet is titel 7.17 BW echter niet onverkort van toepassing op

³⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 63 en 67 en Kamerstukken II 2005/06, 30413, 17, p. 37.*

³⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 191.*

³⁷ *Kamerstukken II 2004/05, 30137, 3, p. 17 en Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 193.*

verzekeringsovereenkomsten tussen pensioenuitvoerders en werkgevers. Deze uitzondering maakt een belangrijk onderdeel van dit onderzoek uit en komt vanaf hoofdstuk 3.4.2 'Titel 7.17 BW versus artikel 5 Pensioenwet' aan de orde.

De uitvoeringsovereenkomst is hiermee een meerzijdige rechtshandeling op welke het vermogensrecht van boek 3 BW, het verbintenissenrecht van boek 6 BW, de Pensioenwet en titel 7.17 BW van toepassing is.

Ondernemingspensioenfondsen

Bovenstaande is van toepassing op een ondernemingspensioenfonds en de aangesloten werkgever. De werkgever is dan voor de duur van de werkingssfeer contractueel gebonden aan het ondernemingspensioenfonds als pensioenuitvoerder.

Bedrijfstakpensioenfondsen

Onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds is daarentegen geen sprake van een uitvoeringsovereenkomst.³⁸ De bij een bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgevers zijn namelijk wettelijk verplicht de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven.³⁹ De verhouding tussen het bedrijfstakpensioenfonds en de aangesloten werkgevers wordt met name bepaald door het uitvoeringsreglement. Artikel 32 Pw omschrijft de algemene taak van een pensioenuitvoerder dan ook als het uitvoeren van een pensioenovereenkomst op basis van een uitvoeringsovereenkomst óf een uitvoeringsreglement. Onder een uitvoeringsreglement wordt in artikel 1 Pw verstaan 'de door een bedrijfstakpensioenfonds opgestelde regeling met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en werkgever'. Het uitvoeringsreglement is dus geen overeenkomst maar een eenzijdig door het bedrijfstakpensioenfonds opgesteld reglement waaraan alle aangesloten werkgevers van rechtswege gebonden zijn.⁴⁰

Vanwege de wettelijke gebondenheid van een werkgever aan het bedrijfstakpensioenfonds dient deze zich bij oprichting van de onderneming, wijziging van bedrijfsactiviteiten of het latere moment van ingang van de verplichtstelling, bij het bedrijfstakpensioenfonds te melden. Op grond van het uitvoeringsreglement moet de werkgever, vanaf het moment dat hij onder de werkingssfeer van het

³⁸ Artikel 23 lid 2 Pw. Een uitvoeringsovereenkomst is wel van toepassing voor eventuele aanvullende (niet-verplichte) pensioenonderdelen bij het bedrijfstakpensioenfonds.

³⁹ Artikel 4 Wet Bpf 2000.

⁴⁰ Heemskerk 2020, p. 161.

bedrijfstakpensioenfonds valt, zijn werknemers bij het bedrijfstakpensioenfonds aanmelden en de benodigde werknemersgegevens doorgeven voor de administratie van de pensioenregeling. Zo kan een werknemer afdwingen dat de werkgever deze (met terugwerkende kracht) bij het bedrijfstakpensioenfonds aanmeldt.⁴¹ De bedrijfstakpensioenfondsen hebben een onderzoekplicht naar werkgevers die onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds vallen. Belangrijke reden hiervoor is dat bij bedrijfstakpensioenfondsen zich de situatie van pensioenverplichtingen kan voordoen zonder dat hiervoor, de door een werkgever verplicht af te dragen, pensioenpremies zijn ontvangen. De oorzaak hiervan wordt in hoofdstuk 3.3.3 'De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds' omschreven. Het probleem dat zich hierbij kan voordoen, is dat een voor de pensioenpremies in gebreke gebleven werkgever niet meer bestaat dan wel niet in staat is om de verschuldigde pensioenpremies aan het bedrijfstakpensioenfonds te betalen. De pensioenpremies zijn door de werkgever vanaf het moment waarop hij aan de voorwaarden voor verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voldoet, van rechtswege verschuldigd.⁴² De als gevolg hiervan ontstane schade komt dan voor rekening van het bedrijfstakpensioenfonds en hiermee ten laste van de collectieve pensioenvoorziening van het bedrijfstakpensioenfonds. Anders gezegd, door pensioenverplichtingen voor welke geen pensioenpremies zijn ontvangen, daalt de dekkingsgraad van het bedrijfstakpensioenfonds als gevolg waarvan lagere of geen toeslagen op de pensioenen verleend kunnen worden. In het uiterste geval moet het bedrijfstakpensioenfonds alle pensioenen afstempelen op grond van artikel 134 Pw. In de praktijk is overigens niet altijd duidelijk of bepaalde bedrijfsactiviteiten onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Valt een pannenkoek bijvoorbeeld onder de kwalificatie 'koek' en is Booking.com te kwalificeren als een 'reisagent'? Het antwoord hierop bepaalt (mede) of de onderneming wel of niet onder de verplichtstelling van het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Zoetwarenindustrie c.q. het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche valt.⁴³

Tussen het bedrijfstakpensioenfonds en werkgevers zijn (naast de statuten en bestuursbesluiten) het uitvoeringsreglement, de Wet Bpf 2000, de Pensioenwet en titel 7.17 BW⁴⁴ van toepassing.

⁴¹ Rb. Oost-Brabant 17 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:98.

⁴² HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588 (*Bpf Beroepsvervoer/Carlande*), r.o. 3.3.2.

⁴³ Hof Den Haag, 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832 en HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Bpf Reisbranche/Booking.com*).

⁴⁴ Zie hiervoor hoofdstuk 3.4.2 'Titel 7.17 BW versus artikel 5 Pensioenwet'.

3.3.3 De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds

De pensioenuitvoerder is op grond van artikel 35 Pw verplicht om een pensioenreglement op te stellen dat in overeenstemming is met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement. Artikel 1 Pw omschrijft het pensioenreglement als 'de door de pensioenuitvoerder opgestelde regeling met betrekking tot de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en deelnemer'. Het pensioenreglement geeft dus niet alleen de inhoud van de pensioenovereenkomst weer, maar regelt ook de verhouding en de wederzijdse rechten en verplichtingen tussen pensioenuitvoerder en werknemer. Zoals is aangegeven in hoofdstuk 3.3.1 'De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer', wordt de werknemer in de hoedanigheid van deelnemer bij einde van de dienstbetrekking c.q. pensionering gewijzigd in oud-werknemer in de hoedanigheid van gewezen deelnemer c.q. gepensioneerde. Daarnaast ontstaat bij overlijden van de (gewezen) deelnemer of gepensioneerde een rechtsverhouding tussen de pensioenuitvoerder en de pensioengerechtigde(n) van het nabestaandenpensioen.⁴⁵ Gewezen partners van een (gewezen) deelnemer met aanspraken op een bijzonder partnerpensioen hebben, in tegenstelling tot bestaande partners, op grond van artikel 57 Pw reeds een zelfstandige rechtsverhouding met de pensioenuitvoerder.⁴⁶

De werknemer, de (ex-)partner en kinderen van de werknemer zijn als aanspraakgerechtigden de begunstigden van de pensioenuitkeringen.⁴⁷ Vraag is dan wat de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen de pensioenuitvoerder en de begunstigden is. Oftewel, hoe komt deze rechtsverhouding tot stand? Het antwoord op deze vraag is niet in de Pensioenwet te vinden maar in het verbintenissenrecht, in de constructie van aanvaarding van een derdenbeding welke voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder.

De pensioenuitvoerder voert op grond van de uitvoeringsovereenkomst de pensioenovereenkomst uit die de werkgever met de werknemer heeft gesloten. Het zijn hiermee de werkgever als verzekeringnemer en de pensioenuitvoerder die de aanspraakgerechtigden als derden begunstigen.⁴⁸ De uitvoeringsovereenkomst omvat hiermee een derdenbeding. Ook uit de wetsgeschiedenis en rechtspraak volgt dat bij de relatie tussen de werknemer en de pensioenuitvoerder geen sprake is van een overeenkomst maar van een verbintenis die voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst via

⁴⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 93.*

⁴⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 93 en 236.*

⁴⁷ Zie tevens artikel 1 Pw waarin de aanspraakgerechtigde wordt gedefinieerd als 'persoon die begunstigde is voor een nog niet ingegaan pensioen'.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2006/07, 30413, C, p. 27.*

het derdenbeding.⁴⁹ Overigens wordt het derdenbeding als zodanig nagenoeg nooit expliciet in de uitvoeringsovereenkomst benoemd.⁵⁰

Bij een derdenbeding dient de begunstigde derde op grond van artikel 6:253 lid 3 jo. 6:254 lid 1 BW de begunstiging te aanvaarden middels een verklaring aan één van beide partijen. Daarbij kan de begunstigde derde de begunstiging herroepen. Door de werknemer vindt bij het sluiten van de pensioenovereenkomst een dergelijke expliciete verklaring aan de werkgever of pensioenuitvoerder echter niet plaats. En het op enig moment afstand kunnen doen van het recht op pensioenaanspraken door herroeping van de begunstiging is, zowel vanuit de doelstelling van pensioen als wenselijkheid van werkgevers en pensioenuitvoerders, geen gewenste constructie. Beide punten zijn als volgt ondervangen:

De aanvaarding van de begunstiging door de werknemer ligt besloten in de pensioenovereenkomst. Op grond van de uitvoeringsovereenkomst krijgt de begunstigde werknemer of nabestaande het recht op de pensioenuitkering vervolgens rechtstreeks uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst.⁵¹ Ook uit de wetsgeschiedenis volgt dat aanvaarding van de begunstiging impliciet tot stand komt door het sluiten van de pensioenovereenkomst door de werknemer. Daarbij wordt aanvaarding gericht aan de pensioenuitvoerder door de wetgever niet als noodzakelijk gezien en zelfs als ongewenste administratieve overlast. De pensioenuitvoerder wordt namelijk bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst al door de werkgever geïnformeerd over wie de begunstigden zijn.⁵² Aanvaarding van de begunstiging door de werknemer, van het in de uitvoeringsovereenkomst besloten derdenbeding, door het sluiten van de pensioenovereenkomst is ook door de minister van SZW erkend.⁵³ Inzake de herroepbaarheid van de begunstiging volgt uit de wetsgeschiedenis dat begunstigingen bij verzekeringsovereenkomsten die in het kader van pensioenovereenkomsten zijn gesloten, naar hun aard onherroepelijk zijn.⁵⁴

De aanvaarding van de begunstiging door de werknemer dient tevens gezien te worden vanuit titel 7.17 BW. Pensioenen zijn sommenverzekeringen in de zin van artikel 7:964 BW. Artikel 7:969 BW

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 24; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.1. (*DSM/Fox*); Rb. Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6170, r.o. 4.3; Rb. Arnhem 16 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI1185, r.o. 3.9; Rb. Arnhem 25 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494, r.o. 4.1.

⁵⁰ Huijg & Vestering, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2014/7/8.

⁵¹ Asser-Lutjens 7-XI 2019/255. Zie tevens Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (*Euronext*), r.o. 3.5.18.

⁵² *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, 3, p. 14.

⁵³ Brief van de minister van SZW van 5 juli 2012, AV/PB/2012/9516.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, 3, p. 12. Zie hierbij tevens artikel 7:968 sub d BW.

vereist een schriftelijke aanvaarding van de begunstiging door de derde begunstigde. Voor pensioenen wordt dit vereiste echter buiten toepassing verklaard door artikel 5 lid 1 Pw. Een mededeling van de werknemer aan de pensioenuitvoerder voor aanvaarding van de begunstiging van de pensioenen is dus niet van toepassing. Inzake herroeping van de begunstiging wordt artikel 7:968 BW niet door artikel 5 Pw buiten toepassing verklaard. Maar, artikel 7:968 sub d BW geeft aan dat de aanvaarding van de begunstiging niet kan worden herroepen indien dit uit de overeenkomst voortvloeit. Hierboven is aangegeven dat vanuit de wetsgeschiedenis volgt dat begunstigingen bij verzekeringsovereenkomsten die in het kader van pensioenovereenkomsten zijn gesloten, naar hun aard onherroepelijk zijn.

Ondernemingspensioenfondsen

Bovenstaande is onverkort van toepassing op de verhouding tussen werknemers en ondernemingspensioenfondsen.

Bedrijfstakpensioenfondsen

Bij bedrijfstakpensioenfondsen ligt ook hier de situatie weer anders. Werknemers die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn van rechtswege deelnemer aan de bedrijfstakpensioenregeling en verwerven van rechtswege pensioenaanspraken. Deze pensioenaanspraken vloeien namelijk zelfstandig en rechtstreeks voort uit het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds. Indien voldaan is aan de voorwaarden van het pensioenreglement, dan is het ontstaan van pensioenaanspraken niet afhankelijk van een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken door het bedrijfstakpensioenfonds. Een toekenning van pensioenaanspraken door het bedrijfstakpensioenfonds houdt niet meer in dan een bevestiging of vastlegging dat op grond van het pensioenreglement pensioenaanspraken zijn opgebouwd, aldus de Hoge Raad in het *Bpf Beroepsvervoer/Labots*-arrest.⁵⁵ Dit impliceert dat de hoogte van de pensioenaanspraken niet afhankelijk kan zijn van (volledige) betaalde pensioenpremie door een werkgever. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis en de hierop gebaseerde jurisprudentie.⁵⁶ Dit is alleen anders indien sprake is van boze opzet door werkgever en werknemer.⁵⁷ Daar kan tegenovergesteld worden dat, hoewel volgens het *Bpf Beroepsvervoer/Labots*-arrest er uit het pensioenreglement direct pensioenaanspraken voortvloeien, de Hoge Raad in dit arrest niet expliciet uitsluit dat in het pensioenreglement anders kan worden geregeld. De Hoge Raad verwierp weliswaar het verweer dat het ontstaan van

⁵⁵ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 (*Bpf Beroepsvervoer/Labots*), r.o. 3.5.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30413, 3, p. 63; *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 44; Rb. Leeuwarden 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313; Hof 's-Gravenhage 28 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1751.

⁵⁷ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30413, 3, p. 63 en *Kamerstukken I*, 2006/07, 30413, C, p. 15.

pensioenaanspraken afhankelijk was van de voorwaarde van premiebetaling, maar dit was omdat het niet duidelijk als voorwaarde was gesteld in het pensioenreglement en blijkbaar niet omdat het niet mogelijk zou zijn.⁵⁸ Een aansprakelijkheidsuitsluiting bij niet betaalde pensioenpremie ligt echter niet voor de hand gezien het zich slecht verdraagt met het doel van de verplichtstelling onder de Wet Bpf 2000 om alle onder de werkingssfeer vallende werknemers aan de bedrijfstakpensioenregeling te laten deelnemen.⁵⁹

Werknemers kunnen hun reglementaire pensioenaanspraken dus jegens het bedrijfstakpensioenfonds claimen ongeacht of zij door hun werkgever bij het bedrijfstakpensioenfonds zijn aangemeld en ongeacht of er (volledige) pensioenpremie voor hen is afgedragen. De werknemers hebben aan hun kant de wettelijke verplichting om het pensioenreglement alsmede de statuten en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven.⁶⁰

3.4 Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten onder een pensioenfonds

Met borging wordt bedoeld op welke wijze de, op grond van de pensioenovereenkomst overeengekomen en in het pensioenreglement omschreven, pensioenaanspraken en pensioenrechten worden beschermd tegen fouten in pensioenfondsadministraties. Voordat de gevolgen van fouten in pensioenfondsadministraties worden uiteengezet, wordt eerst naar de onderliggende oorzaken hiervan gekeken.

3.4.1 Oorzaken van risico's in pensioenfondsadministraties

Stel een werknemer heeft 40 jaar bij een werkgever of in een bedrijfstak gewerkt, geniet daarna 20 jaar van een levenslang ouderdomspensioen waarna de partner vervolgens nog 15 jaar een levenslang partnerpensioen ontvangt. In dit eenvoudige voorbeeld worden de pensioenaanspraken en pensioenrechten gedurende 75 jaar door het pensioenfonds geadministreerd. Denk daar vervolgens situaties bij als in- en uitdiensttredingen (artikel 55 Pw), wijzigingen in de pensioenregeling met overgangsbepalingen (artikel 20 Pw), toeslagverlening op de pensioenen, arbeidsongeschiktheid, individuele waardeoverdrachten van elders opgebouwde pensioenaanspraken (artikel 71 Pw), scheidingen (artikel 57 Pw), werkloosheid (artikel 55 lid 5 Pw), uitruil van pensioenaanspraken (artikel 61 Pw) en vrijwillige pensioenmodules. Al deze situaties

⁵⁸ Schop, *PA* 2018, p. 19-22. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3196.

⁵⁹ *Kamerstukken I*, 2006/07, 30413, C, p. 15 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 44. Zie tevens Heemskerk 2020, p. 208.

⁶⁰ Artikel 4 Wet Bpf 2000.

hebben in mindere of meerdere mate impact op de pensioenadministratie. Werkgevers en werknemers moeten erop kunnen vertrouwen dat de over tientallen jaren opgebouwde en betaalde pensioenen daadwerkelijk kunnen worden genoten. Correcte en efficiënte pensioenadministratie is niet in de laatste plaats van belang voor het vertrouwen in pensioenuitvoerders en het Nederlandse pensioenstelsel zelf. De in de inleiding vermelde reportage van Nieuwsuur van eind 2019 heeft het robuuste imago van het Nederlandse pensioenstelsel, dat sinds 2018 als beste pensioenstelsel ter wereld wordt beoordeeld, dan ook geen goed gedaan.⁶¹

De minister van SZW liet er geen gras over groeien en is naar aanleiding van de reportage van Nieuwsuur direct met de pensioenfondsector in gesprek gegaan over de kwaliteit van pensioenfondadministraties. Middels zijn brief van 31 januari 2020 heeft de minister de Tweede Kamer over het resultaat hiervan geïnformeerd.⁶² Uit de gevoerde gesprekken door de minister blijken de volgende vier factoren van belangrijke invloed te zijn op de betrouwbaarheid van pensioenfondadministraties:

1. Complexe pensioenregelingen en wetswijzigingen

Om te beginnen zijn het de pensioenfondregelingen zelf, of beter gezegd de complexiteit hiervan. Pensioenregelingen zijn het gevolg van onderhandelingsresultaten tussen werkgevers en werknemers. Hierdoor zijn allerlei uitzonderingssituaties en overgangsbepalingen in de pensioenregelingen ontstaan. De mate van complexiteit is mede bepalend voor de risico's in de uitvoering van pensioenregelingen. Daarnaast zijn wetswijzigingen van invloed op pensioenregelingen of hebben een directe impact op de pensioenuitvoering.

2. Historische brondata

Zoals is weergegeven in het voorbeeld hierboven, worden pensioenen gekenmerkt door de lange termijn waarover deze worden opgebouwd en uitgekeerd. De vroeger toegepaste (handmatige) verwerkingen en controles waren foutgevoeliger dan de huidige geautomatiseerde systemen van pensioenfondsen. Daarnaast komt het voor dat oudere brondocumenten, zoals salarisadministraties en werknemersgegevens, niet meer beschikbaar zijn voor controles of om personen zelfs terug te vinden in de pensioenadministratie.

⁶¹ Mercer CFA Institute Global Pension Index.

⁶² *Kamerstukken II 2019/20, 32043, 513.*

3. Gegevensinstroom

Met name bij bedrijfstakpensioenfondsen zijn er zorgen over een tekort aan premieontvangsten en het ontbreken van (juiste) werknemersgegevens. Dit als gevolg van ten onrechte niet aangesloten werkgevers en onjuiste of onvolledige aangemelde werknemers. Het opsporen van deze werkgevers door bedrijfstakpensioenfondsen is arbeidsintensief en brengt hoge kosten met zich mee.

4. Kwaliteit van administratiesystemen

Tenslotte is de kwaliteit van de administratiesystemen van pensioenfondsen een zorgpunt. Sommige pensioenfondsen zijn nog afhankelijk van verouderde ICT-systemen die niet toekomstbestendig zijn. Er zijn dan bijvoorbeeld nog te veel handmatige verwerkingen nodig.

Fouten in pensioenfondsadministraties zijn hiermee te relateren aan twee hoofdoorzaken, namelijk onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door werkgevers aan pensioenfondsen en fouten in de uitvoering door pensioenfondsen (met verschillende onderliggende oorzaken). Schematisch is dit als volgt weer te geven:



Ontbrekende of onjuiste werknemersgegevens en foutieve pensioenuitvoering zijn geen omissies op zich. Als gevolg van ontbrekende of onjuiste verstrekte werknemersgegevens door werkgevers, worden de pensioenen niet of onjuist door het pensioenfonds vastgesteld, worden geen of verkeerde pensioenpremies geïnd en wordt tenslotte de pensioencommunicatie gebaseerd op de verkeerd vastgestelde pensioenen. Als gevolg van administratiefouten door pensioenfondsen, worden pensioenen verkeerd vastgesteld waardoor ook dan verkeerde premienota's aan werkgevers worden verstuurd en de pensioencommunicatie verkeerd vastgestelde pensioenen betreft.

De hierboven genoemde foutieve communicatie uit zich bijvoorbeeld in te laag vastgestelde pensioenaanspraken in de jaarlijkse pensioenoverzichten of in de bevestiging aan een verzoeker voor pensioeninformatie dat deze niet als (voormalige) deelnemer bij het pensioenfonds bekend is.

3.4.2 Titel 7.17 BW versus artikel 5 Pensioenwet

Zoals is aangegeven in hoofdstuk 3.3.2 'De rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds', is de uitvoeringsovereenkomst een verzekeringsovereenkomst in de zin van titel 7.17 BW. Titel 7.17 BW bevat echter bepalingen die zich niet verdragen met de door de Pensioenwet beoogde bescherming van pensioenen. Om deze reden voorziet artikel 5 Pw in een samenloopregeling waardoor bepalingen uit het verzekeringsrecht die met de genoemde bescherming in strijd zijn buiten toepassing worden verklaard.⁶³ Dit artikel regelt hiermee de verhouding tussen het verzekeringsrecht van titel 7.17 BW en de Pensioenwet.

Dat de werkingsfeer van titel 7.17 BW niet beperkt is tot verzekeraars, wat op grond van artikel 7:925 lid 1 BW wel het geval lijkt te zijn, blijkt uit artikel 5 lid 1 Pw. Hierin is namelijk bepaald dat de samenloopbepalingen op zowel uitvoeringsovereenkomsten als uitvoeringsreglementen van toepassing zijn. Oftewel, titel 7.17 BW is tevens van toepassing op ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen.

Op grond van **artikel 5 lid 1 Pw** worden onder andere de volgende bepalingen uit titel 7.17 BW voor uitvoeringsovereenkomsten en uitvoeringsreglementen buiten toepassing verklaard:

Artikel 7:929 BW

Dit artikel betreft de bevoegdheid van de pensioenuitvoerder om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen indien de verzekeringnemer (werkgever) niet voldaan heeft aan zijn mededelingsplicht als omschreven in artikel 7:928 BW. Deze bepaling is niet verenigbaar met de beschermende doelstelling van de Pensioenwet en in strijd met het afkoopverbod van artikel 65 Pw.⁶⁴ De werknemer mag niet de nadelige gevolgen van het niet nakomen van de mededelingsplicht van de werkgever ondervinden.

Artikel 7:935 lid 1 BW

Dit artikellid betreft de bevoegdheid om de uitkering van de begunstigde te verrekenen met nog verschuldigde pensioenpremie van de verzekeringnemer. Deze bepaling is niet verenigbaar met artikel 24 Pw waarin bepaald is dat de werkgever de premie aan de pensioenuitvoerder verschuldigd is.⁶⁵

⁶³ Asser/Lutjens 7-XI 2019/234.

⁶⁴ Asser/Lutjens 7-XI 2019/235.

⁶⁵ Asser/Lutjens 7-XI 2019/235.

Artikel 7:941 lid 5 BW

Dit artikellid betreft het vervallen van het recht op uitkering indien het verwezenlijken van het risico niet tijdig door de verzekeringnemer of begunstigde is gemeld (met het opzet de pensioenuitvoerder te misleiden). Deze bepaling is in strijd met het afkoopverbod van artikel 65 Pw.⁶⁶

Artikel 5 lid 2 Pw bepaalt dat de rechtgevolgen van artikel 7:930 leden 3 tot en met 5 BW niet of beperkt intreden ingeval van een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement. Volgens deze artikelliden kan de uitkering verminderd worden of is geen uitkering verschuldigd bij schending van de, in artikel 7:928 BW omschreven, mededelingsplicht. Het verminderen of laten vervallen van een pensioenuitkering door pensioenfondsen is dus niet toegestaan. Ingeval van schending van de mededelingsplicht door de werkgever, waarbij een pensioenuitkering dus niet kan worden verminderd of vervallen, kan het pensioenfonds zich op de werkgever verhalen. Alleen indien de schending het gevolg is van het door de werknemer schenden van zijn mededelingsplicht, is vermindering of verval van een pensioenuitkering wel toegestaan.

Artikel 5 lid 3 Pw bepaalt dat een in een uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement opgenomen beding als omschreven in artikel 7:941 lid 4 BW nietig is.

Dit artikellid betreft het vervallen van het recht op uitkering indien het verwezenlijken van het risico niet tijdig door de verzekeringnemer of begunstigde is gemeld (in geval de pensioenuitvoerder daardoor in een redelijk belang is geschaad). Deze bepaling is in strijd met het afkoopverbod van artikel 65 Pw.⁶⁷

Tenslotte bepaalt **artikel 5 lid 4 Pw** dat bij strijdigheid tussen bepalingen van de Pensioenwet en titel 7.17 BW, de bepalingen van de Pensioenwet voorrang hebben. Bij deze strijdigheid gaat het dan om, andere dan de in artikel 5 leden 1 tot en met 3 vermelde, bepalingen uit het verzekeringsrecht die niet verenigbaar zijn met het beschermingsdoel van de Pensioenwet. Artikel 5 lid 4 betreft een open formulering. Per bepaling zal beoordeeld moeten worden of de betreffende Pensioenwetbepaling voorrang heeft.⁶⁸ Een voorbeeld is artikel 7:985 BW op grond waarvan een rechtsvordering tot het doen van een uitkering na vijf jaar verjaart. Deze bepaling is in strijd met artikel 59 Pw waarin bepaald is dat een vordering tegen een pensioenuitvoerder tot het doen van een uitkering niet verjaart bij leven van de pensioengerechtigde.

⁶⁶ Asser/Lutjens 7-XI 2019/235.

⁶⁷ Asser/Lutjens 7-XI 2019/237.

⁶⁸ Asser/Lutjens 7-XI 2019/238.

In dit onderzoek komen verder in de relatie tot artikel 5 Pw alleen de artikelen 7:929 en 7:930 leden 3 tot en met 5 BW aan de orde.

3.4.3 Aansprakelijkheid van een pensioenfonds

Het voorgaande hoofdstuk doet de vraag rijzen wat de gevolgen van artikel 5 Pw zijn voor (het bereik van) de aansprakelijkheid van pensioenfondsen. Anders gezegd, worden pensioenfondsen, en zo ja welke, aansprakelijkheden opgelegd waarvan de oorzaak in de kern bij een werkgever als verzekeringnemer ligt? Voor het antwoord op deze vraag kan het niet aanmelden bij een pensioenfonds van een werknemer door een werkgever als uitgangspunt worden genomen. Deze nalatigheid is immers altijd zwaarder dan een onvolledige of incorrecte aanmelding van een werknemer door een werkgever.

De Pensioenwet staat pensioenuitvoerders niet in de weg om in de uitvoeringsovereenkomst te bedingen dat zij niet de pensioenen uitvoeren, en hiermee niet aansprakelijk zijn voor de gevolgen, van werknemers die niet (correct) door de werkgever zijn aangemeld. Wel dient, op grond van artikel 25 lid 1 sub c Pw, in de uitvoeringsovereenkomst geregeld te zijn welke informatie door de werkgever aan de pensioenuitvoerder moet worden verstrekt. Het door een pensioenfonds willen uitsluiten van aansprakelijkheid indien de werkgever zijn aanmeldplicht schendt, ligt voor de hand. Immers is dat een kernplicht van de werkgever op basis waarvan een pensioenuitvoerder de pensioenaanspraken en de pensioenpremie vaststelt.

3.4.3.1 De niet aangemelde werknemer

Belangrijke vraag is of artikel 7:929 BW jo. 5 lid 1 Pw (het buiten toepassing zijn van de bevoegdheid van de pensioenuitvoerder om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen bij schending van de mededelingsplicht door de werkgever) van toepassing is op de situatie waarin een werkgever een werknemer niet bij het pensioenfonds aanmeldt. Is het pensioenfonds in dat geval verplicht om de pensioenovereenkomst uit te voeren, oftewel om pensioenaanspraken of pensioenrechten toe te kennen indien een (oud-)werknemer (of diens nabestaanden) zich bij het pensioenfonds meldt? Melding houdt hier de praktische handeling in waarmee wordt aangetoond dat iemand in dienst is geweest van een bepaalde onderneming (in een bedrijfstak) en hiermee onder de werkings sfeer van het pensioenfonds viel. Bijvoorbeeld aan de hand van een arbeidsovereenkomst of salarisstroken. De vraag is in ieder geval niet aan de orde indien tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder geen uitvoeringsovereenkomst bestaat. Het ontbreken van een uitvoeringsovereenkomst impliceert dat voor een pensioenuitvoerder geen verplichting bestaat tot het vaststellen van een

pensioenreglement en toekennen van pensioenaanspraken.⁶⁹ In die situatie kan er ook geen begunstiging vanuit een derdenbeding ontstaan. De werkgever heeft in dat geval simpelweg niet aan zijn onderbrengingsverplichting van artikel 23 Pw voldaan. De (vermeende) aanspraak- of pensioengerechtigde zal in dat geval de werkgever moeten aanspreken om alsnog aan diens onderbrengingsverplichting te laten voldoen.

DNB heeft sinds eind 2011 een tot op heden voor de praktijk beslissend antwoord op de vraag gegeven middels een Vraag & Antwoord in het 'Open Boek Toezicht':⁷⁰

Vraag:

'Mag in een pensioenreglement of een uitvoeringsovereenkomst bepaald worden dat een pensioenuitvoerder niet aansprakelijk is indien de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert over aanspraak- en pensioengerechtigden?'

Antwoord:

'Nee, op grond van artikel 5 Pensioenwet (PW) is het niet toegestaan aansprakelijkheid uit te sluiten voor het geval de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert over verzekerde risico's.'

Dit antwoord wordt door DNB als volgt toegelicht:

'De werkgever is op grond van de PW verplicht nieuwe deelnemers bij de uitvoerder aan te melden. Om een deelnemer er niet de dupe van te laten zijn dat een werkgever hem niet of onjuist heeft aangemeld heeft de wetgever er bewust voor gekozen om via artikel 5 PW, artikel 7:929 BW in zijn geheel en 7:930 BW gedeeltelijk niet van toepassing te laten zijn. Met andere woorden: wanneer een werkgever een werknemer niet aanmeldt, kan de werknemer toch bij een pensioenuitvoerder een beroep doen op zijn pensioenrechten en – aanspraken, alsof hij wel (geheel juist) was aangemeld. Deze wettelijke bepaling betekent eveneens dat een pensioenuitvoerder niet de mogelijkheid heeft om het contract op te zeggen of de uitkering te verminderen wanneer de werkgever niet voldoet aan zijn informatieplicht. Het bovenstaande geldt overigens niet indien het niet of niet volledig informeren door de werkgever, het gevolg is van het niet informeren van de werkgever door de werknemer.'

Dat dit een tot op heden voor de praktijk beslissend antwoord is, volgt niet alleen door dit antwoord maar zeker ook door de toegevoegde handhavingsbepaling:

⁶⁹ Rb. Gelderland 3 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2828.

⁷⁰ [Bepanking aansprakelijkheid pensioenuitvoerder in uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement indien de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert \(dnb.nl\)](#).

'Indien DNB bepalingen in het pensioenreglement of de uitvoeringsovereenkomst aantreft die in strijd met artikel 5 PW de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder beperken, zal DNB de uitvoerder verzoeken deze te schrappen. Wanneer de pensioenuitvoerder volhardt in haar weigering om de reglementen aan te passen, kan DNB het inzetten van maatregelen zoals een aanwijzing en eventueel een last onder dwangsom overwegen.'

DNB geeft aanspraak- en pensioengerechtigden hiermee zeer ruime, zo niet maximale bescherming tegen onvolledige dan wel foutieve informatieverstrekking door werkgevers aan pensioenfondsen. Immers kan de aanspraak- of pensioengerechtigde zijn pensioen altijd rechtstreeks jegens het pensioenfonds claimen en is hiermee niet afhankelijk van de existentie, coöperatie of financiële situatie van de werkgever. De inspanningen om de ontbrekende pensioenpremies te innen en de afschrijving hiervan zijn dan volledig voor rekening en risico van het pensioenfonds. Gezien deze (opgelegde) risicoverzwaarig voor pensioenfondsen, roept zich de vraag op hoe juridisch stevig deze interpretatie van artikel 5 Pw door DNB nu eigenlijk is. Blijkbaar ontbreekt artikel 5 Pw volgens DNB dermate aan duidelijkheid, dat een interpretatie door hem als toezichthouder noodzakelijk wordt geacht. Dat het door DNB ingenomen standpunt de afgelopen tien jaar stand heeft gehouden, neemt niet weg dat sindsdien stevige kritiek hierop bestaat. Deze kritiek betreft de interpretatie door DNB van zowel het wettelijke kader als de wetsgeschiedenis inzake de mededelingsplicht van de werkgever in relatie tot de aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder.

3.4.3.2 Wettelijk kader van de mededelingsplicht van de werkgever

Volgens DNB berust de verplichting tot uitvoering van de pensioenovereenkomst van een niet aangemelde werknemer op het niet van toepassing zijn van artikel 7:929 en (gedeeltelijk) 7:930 BW op uitvoeringsovereenkomsten (en uitvoeringsreglementen) op grond van artikel 5 Pw. Beide artikelen hebben betrekking op de in artikel 7:928 BW vastgelegde mededelingsplicht en betreffen sanctiemogelijkheden van pensioenuitvoerders bij het niet voldoen van deze mededelingsplicht door de werkgever als verzekeringnemer. Deze sancties zijn het opzeggen van de verzekeringsovereenkomst en het laten vervallen dan wel verlagen van de pensioenuitkering.

De (precontractuele) mededelingsplicht uit artikel 7:928 BW heeft als doel om een pensioenuitvoerder op basis van voldoende informatie in staat te stellen of, en zo ja, onder welke voorwaarden deze een uitvoeringsovereenkomst met een werkgever wenst aan te gaan. De grondslag van deze informatieplicht komt voort uit het algemene beginsel van redelijkheid en billijkheid. Voor deze informatie is een pensioenuitvoerder namelijk grotendeels afhankelijk van de verzekeringnemer waardoor de verstrekking van deze gegevens tot een plicht wordt. Naleving van de

precontractuele mededelingsplicht door de aspirant-verzekeringnemer kan niet worden afgedwongen, maar de wet biedt dus sanctiemogelijkheden bij schending hiervan.⁷¹ Kortom, de mededelingsplicht van artikel 7:928 BW ziet hier dus op de precontractuele fase van de uitvoeringsovereenkomst.⁷² DNB geeft in zijn Vraag & Antwoord aan dat het door een pensioenuitvoerder, op grond van artikel 5 Pw, niet toegestaan is om aansprakelijkheid uit te sluiten indien de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert over de verzekerde risico's. Artikel 7:928 BW gaat echter, als aangegeven, over informatie die bedoeld is om de pensioenuitvoerder in staat te stellen een afweging te maken of deze een verzekeringsovereenkomst wenst aan te gaan.⁷³

Met artikel 5 Pw blijft de precontractuele mededelingsplicht van artikel 7:928 BW op uitvoeringsovereenkomsten onverkort van toepassing, maar zijn de sanctiemogelijkheden van de artikelen 7:929 en 7:930 BW bij schending van deze mededelingsplicht door pensioenuitvoerders niet (volledig) van toepassing. Deze sancties zijn namelijk niet verenigbaar met de beschermende doelstelling van de Pensioenwet. Gezien de mededelingsplicht van artikel 7:928 BW alleen ziet op de precontractuele fase, hebben de sanctiemogelijkheden geen betrekking op de tussen partijen gemaakte afspraken zelf, maar op de vraag of, en hoe, de pensioenuitvoerder onder die afspraken uit kan komen. Dat artikel 5 Pw de sanctiemogelijkheden buiten toepassing verklaart, impliceert niet dat in de uitvoeringsovereenkomst niet bepaald mag worden dat een werkgever zijn werknemers eerst moet aanmelden alvorens de pensioenuitvoerder verplicht is tot uitvoering van de pensioenovereenkomst. De mededelingsplicht en de sanctiemogelijkheden zeggen dus niets over de periode na totstandkoming van de uitvoeringsovereenkomst.⁷⁴ Daarbij wordt door DNB verondersteld dat de mededelingsplicht van artikel 7:928 BW ook betrekking heeft op de periode vanaf het moment dat de uitvoeringsovereenkomst tot stand is gekomen, dus vanaf het moment dat de werkgever zijn (nieuwe) werknemers dient aan te melden. Tenslotte zou betoogd kunnen worden dat bij onbekende te verzekeren werknemers de verzekeringsovereenkomst te onbepaald is en hiermee niet rechtsgeldig tot stand kan komen.⁷⁵ De interpretatie van artikel 5 Pw door DNB, dat een aansprakelijkheidsuitsluiting voor niet aangemelde werknemers niet toegestaan is, lijkt op grond van bovenstaande integraal mank te gaan.

⁷¹ Hendrikse, Van Huizen & Rinkes 2015, p. 202-203.

⁷² Zie tevens *Kamerstukken II* 2004/05, 30137, 3, p. 12.

⁷³ Zie Lutjens, *P&P* 2011/12.

⁷⁴ Zie Huijg, *P&P* 2012/1.

⁷⁵ Zie Lutjens, *P&P* 2011/12.

Hiertegen is door DNB ingebracht dat de uitvoeringsovereenkomst mede een overeenkomst tot stand brengt tussen werknemer en pensioenuitvoerder. Basis voor aansprakelijkheid van niet aangemelde werknemers voor pensioenuitvoerders is dan het derdenbeding als omschreven in hoofdstuk 3.3.3 'De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds'. De werknemer die geen kennis van de pensioenovereenkomst heeft, zou het derdenbeding dan stilzwijgend aanvaarden.⁷⁶ Bij deze stellingname moet het dan wel zo zijn dat de pensioenuitvoerder zich jegens de werknemer als begunstigde heeft verbonden. In het andere geval komt er immers geen derdenbeding tot stand en kan het dus ook niet aanvaard worden.⁷⁷ Het tegenargument van DNB neemt dan nog steeds niet weg dat een aansprakelijkheidsuitsluiting in de uitvoeringsovereenkomst kan worden opgenomen. Dus dat bepaald kan worden dat een pensioenovereenkomst alleen wordt uitgevoerd indien een werknemer ook daadwerkelijk bij de pensioenuitvoerder is aangemeld. Aanmelding is dan een constitutief vereiste voor het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst ten behoeve van een werknemer. De sancties van artikel 7:929 en 7:930 BW zijn dan niet aan de orde aangezien in dat geval, ten aanzien van de niet aangemelde werknemer, geen verzekering is gesloten.⁷⁸

3.4.3.3 Wetgeschiedenis van de mededelingsplicht van de werkgever

Uit de wetgeschiedenis van de Pensioenwet blijkt meermaals dat een pensioenuitvoerder niet aansprakelijk is voor niet aangemelde werknemers. Zo werd in de memorie van toelichting op de Pensioenwet uitgegaan van een noodzaak tot aanmelding bij de pensioenuitvoerder zodra er verwerving van pensioenaanspraken plaatsvindt en hiermee risico wordt gelopen.⁷⁹

Er speelde zich een bijzondere situatie af inzake het huidige artikel 29 Pw ('Melding door verzekeraar bij premieachterstand en gevolgen van premieachterstand'). Kamerlid De Vries diende voor een aanvulling op het genoemde wetsartikel het volgende voorstel van amendement in:

*'De verzekeraar is jegens de deelnemers of gewezen deelnemers niet aansprakelijk indien de werkgever zijn verplichtingen tot het verstrekken van inlichtingen uit hoofde van het eerste lid niet nakomt, mits de verzekeraar zich aantoonbaar voldoende heeft ingespannen om de werkgever aan deze verplichtingen te laten voldoen.'*⁸⁰

⁷⁶ Kuypers, P&P 2012/4.

⁷⁷ Heemskerk 2020, p. 208.

⁷⁸ Lutjens, P&P 2012/4. Zie ook Asser/Lutjens 7-XI 2019/255.

⁷⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 191.

⁸⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 7.

De toelichting op dit amendement luidt als volgt:

'Een verzekeraar dient zich voldoende in te spannen teneinde de informatie te verkrijgen die hij nodig heeft om de pensioenovereenkomst te kunnen uitvoeren. Deze verplichting gaat echter niet zo ver dat een verzekeraar gehouden is om dekking te verlenen in situaties waarin de werkgever onvoldoende inlichtingen heeft verstrekt, bijvoorbeeld door daarvoor in aanmerking komende werknemers niet aan te melden bij de verzekeraar, of doordat meer of andere aanspraken zijn verleend dan bij de verzekeraar bekend is.'

De minister van SZW gaf hierop het volgende aan:

*'De regering wijst erop dat nooit voorkomen kan worden dan een werknemer naar de rechter moet stappen als blijkt dat hij bij de pensioenuitvoerder geen pensioen heeft opgebouwd. Wie hij daarvoor moet aanspreken hangt af van de specifieke situaties. Indien een werkgever heeft nagelaten een werknemer aan te melden, verzaakt hij de onderbrengingsplicht van artikel 23 van de Pensioenwet en zal de werknemer uitsluitend de werkgever kunnen aanspreken.'*⁸¹

De minister verklaarde vervolgens dat het amendement overbodig was omdat er op grond van het civiele recht alleen aansprakelijkheid is als er ook schuld is.⁸² Hierop heeft Kamerlid De Vries haar amendement ingetrokken.

Verder werd bij de behandeling van de Pensioenwet inzake de niet aangemelde door de minister van SZW het volgende gesteld:

*'Pensioenuitvoerders zijn in dit wetsvoorstel derhalve niet expliciet gevrijwaard van aansprakelijkheid voor het geval de werkgever verzuimd heeft gegevens te verstrekken. Dat betekent overigens niet dat pensioenuitvoerders altijd aansprakelijk zijn. Indien de werkgever verzuimt de gegevens van een bepaalde werknemer aan de pensioenuitvoerder te verstrekken ligt het in de rede dat die werknemer de werkgever aansprakelijk stelt voor de schade. Het wegvallen van de vrijwaring onderstreept de noodzaak voor werkgevers en pensioenuitvoerders om sluitende afspraken te maken over de gegevensverstrekking.'*⁸³

Zoals eerder vermeld is het van belang in de uitvoeringsovereenkomst afspraken te maken over wie aan wie wanneer welke gegevens verstrekt. Als in die afspraken iets mis gaat ten nadele van de deelnemer, dan zijn er gronden voor de deelnemer om eventueel de werkgever aansprakelijk te

⁸¹ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 24, p. 23.

⁸² Kamerstukken II 2005/06, 30413, 62, p. 43.

⁸³ Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 58.

*stellen. De aangehaalde passage uit de memorie van toelichting strekt ter verduidelijking van de aansprakelijkheidsverdeling tussen werkgever en pensioenuitvoerder en illustreert dat de pensioenuitvoerder niet per definitie aansprakelijk is voor fouten in de uitvoering van de regeling.*⁸⁴

Bovenvermelde impliceert dat bij verzuim van aanmelding door de werkgever, de (oud-)werknemer (of diens nabestaande) nakoming van de onderbrenging van de pensioenovereenkomst door de werkgever zal moeten vorderen. In het andere geval zal schadevergoeding wegens wanprestatie op grond van artikel 6:74 BW of op grond van onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW ingesteld kunnen worden. Dit alles biedt uiteraard geen soelaas indien de werkgever niet meer bestaat dan wel financieel niet in staat is om zijn verplichtingen alsnog te kunnen nakomen.

De aangehaalde wetsgeschiedenis is een sterk argument om te oordelen dat het in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever is dat de pensioenuitvoerder niet gehouden is pensioenaanspraken toe te kennen aan de niet aangemelde werknemer, tenzij de uitvoeringsovereenkomst anders bepaalt.⁸⁵ Hiertegen is door een medewerker van DNB voor het toezicht op pensioenuitvoerders, weliswaar op persoonlijke titel maar gelijk aan het standpunt van DNB, ingebracht dat bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer de regering als volgt reageert:

*'De regering meent dat het niet aangaat om werknemers de dupe te laten worden van een fout van de werkgever, tenzij sprake is, zoals hiervoor beschreven, van een evidente situatie van boze opzet.'*⁸⁶

Volgens hem had dat de minister van SZW inderdaad in eerste instantie aangegeven dat de werknemer uitsluitend de werkgever kan aanspreken indien deze hem niet bij de pensioenuitvoerder heeft aangemeld, maar was dit standpunt bij de behandeling in de Eerste Kamer niet herhaald. De wetgever zou hiermee een standpunt hebben ingenomen dat (nu wél) strookt met de tekst van artikel 5 Pw. De uitlatingen van de minister van SZW bij de behandeling van de Pensioenwet in de Tweede Kamer zouden hierdoor niet van doorslaggevende betekenis zijn voor de beantwoording van de vraag of een werknemer zich tot de pensioenuitvoerder kan richten indien de werkgever deze niet bij de pensioenuitvoerder heeft aangemeld.⁸⁷ Dit tegenargument is vreemd gezien aan de hierboven geciteerde zin van het Kamerstuk, de volgende tekst vooraf gaat:

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 17, p. 25.

⁸⁵ Huijg, P&P 2012/1; Asser/Lutjens 7-XI 2019/45.

⁸⁶ *Kamerstukken I* 2006/07, 30413, C, p. 15.

⁸⁷ Van Kaldekerken, P&P 2012/5.

'De regering begrijpt het voorstel van de VB⁸⁸ aldus, dat de VB verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een extra middel zou willen geven om op te treden tegen een werkgever die zijn werknemer(s) niet aanmeldt bij het fonds, te weten het weigeren van pensioenuitkering aan die werknemers. Dit voorstel verdraagt zich niet met de Wet Bpf 2000, en kan reeds om die reden niet gehonoreerd worden.'

Hieruit blijkt dat dit onderdeel (alleen) betrekking heeft op bedrijfstakpensioenfondsen en niet op andere pensioenuitvoerders. In zijn Vraag & Antwoord geeft DNB overigens aan dat de verplichting tot uitvoering van de pensioenovereenkomst van een niet aangemelde werknemer op grond van artikel 5 Pw ook geldt voor bedrijfstakpensioenfondsen. Als eerder aangegeven, verwerven werknemers die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen van rechtswege pensioenaanspraken. Hierdoor kunnen zij hun reglementaire pensioenaanspraken ook van rechtswege rechtstreeks jegens het bedrijfstakpensioenfonds claimen. Een verbod op aansprakelijkheidsuitsluiting voor niet aangemelde werknemers bij bedrijfstakpensioenfondsen is hiermee niet van toepassing dan wel overbodig. Ten aanzien van ondernemingspensioenfondsen (en andere pensioenuitvoerders) geldt dit niet. In de vakliteratuur is overigens gesuggereerd dat een aansprakelijkheidsuitsluiting inzake niet aangemelde werknemers ook voor bedrijfstakpensioenfondsen mogelijk zou zijn.⁸⁹ Zoals is uitgelegd in hoofdstuk 3.3.3 'De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds', ligt de mogelijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid voor bedrijfstakpensioenfondsen bij niet aangemelde werknemers allerminst voor de hand. Kappelle is deze mening tevens toegedaan.

In dezelfde tijdsperiode ontstaat een opmerkelijke situatie als Kamerlid Omtzigt Kamervragen aan de minister van SZW stelt naar aanleiding van de Vraag & Antwoord van DNB.⁹⁰ Hierop geeft de minister antwoorden die geheel indruisen tegen zijn eerder ingenomen stellingen en uitingen. Zo werd de minister gevraagd of DNB artikel 5 Pw verkeerd uitlegt gezien de minister bij de behandeling van de Pensioenwet had geantwoord dat een pensioenuitvoerder bij niet aanmelding door de werkgever niet verantwoordelijk is. De minister antwoordde hierop dat DNB de wet niet verkeerd uitlegt en de visie van DNB deelt. Pensioenuitvoerders zijn volgens hem niet gevrijwaard van aansprakelijkheid indien niet voldaan is aan de mededelingsplicht door de werkgever. Doordat de deelnemer via een derdenbeding partij is geworden bij de uitvoeringsovereenkomst, zou deze volgens de minister nakoming kunnen afdwingen door de pensioenuitvoerder. De minister eindigde met de opmerking

⁸⁸ Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen.

⁸⁹ Zie Lutjens, P&P 2011/12 en Lutjens, P&P 2012/5.

⁹⁰ *Handelingen II 2011/12, Aanhangsel 1784.*

dat hij niet voornemens is om de wet- en regelgeving op dit punt aan te passen. Hoogleraar Pensioenrecht Erik Lutjens gaf aan niet veel waarde aan deze antwoorden van de minister te hechten. Enige onderbouwing en motivering zouden ontbreken en de visie in de antwoorden van de minister zijn volgens hem duidelijk niet verenigbaar met het verbintenisrecht.⁹¹

De antwoorden van de minister hebben geleid tot verdere Kamervragen waarin de genoemde wetsgeschiedenis wordt afgezet tegen de mening van de minister.⁹² Kortgezegd komen al zijn antwoorden neer op handhaving van het standpunt van de minister en hiermee die van DNB. Voor nadere onderbouwing van zijn zienswijze wordt door de minister verwezen naar de publicaties van de eerder genoemde DNB medewerkers.⁹³ In ieder geval kan geconcludeerd worden dat de antwoorden van de minister niet in lijn zijn met de wetsgeschiedenis. De wetsgeschiedenis als onderdeel van het overleg tussen regering en Staten-Generaal weegt inzake de bedoeling van de wetgever zwaarder dan de later in de tijd gegeven antwoorden van de minister op Kamervragen.⁹⁴

3.4.4 Aansprakelijkheid van de werkgever

De werkgever is wettelijk verplicht om de pensioenovereenkomst bij een pensioenuitvoerder onder te brengen. Bij pensioenfondsen is dit geen issue daar de onderbrenging al contractueel dan wel wettelijk in de werkingssfeer van een pensioenfonds aanwezig is. Werknemers kunnen hun pensioenaanspraken rechtstreeks bij het ondernemingspensioenfonds claimen op grond van de interpretatie van DNB (immers geen aansprakelijkheidsuitsluiting toegestaan) en het feit dat artikel 29 Pw (gevolgen premieachterstand) niet op pensioenfondsen van toepassing is. Bij bedrijfstakpensioenfondsen hebben werknemers van rechtswege pensioenaanspraken jegens het pensioenfonds (en volgens DNB tevens rechtstreeks op grond van artikel 5 Pw).

Een werknemer kan, ondanks deze directe aansprakelijkheid van het pensioenfonds jegens de werknemer, ook de werkgever aansprakelijk stellen wegens niet nakomen van de pensioenovereenkomst. Voor deze, omslachtige en eventueel kostbare, procedure is echter geen enkele reden indien duidelijk is dat de werknemer onder de werkingssfeer van het pensioenfonds valt.⁹⁵ In de praktijk zal een aansprakelijkheidsstelling van de werkgever door een werknemer, inzake de mededelingsplicht van de werkgever, dan ook niet snel voorkomen. Dit zou, bij

⁹¹ Lutjens, *P&P* 2012/4.

⁹² *Handelingen II* 2011/12, Aanhangsel 2541 en Aanhangsel 2977.

⁹³ Kuypers, *P&P* 2012/4 en Van Kaldekerken, *P&P* 2012/5.

⁹⁴ Zie tevens Asser/Lutjens 7-XI 2019/245.

⁹⁵ Rb. Oost-Brabant 17 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:98.

ondernemingspensioenfondsen, alleen anders zijn indien het standpunt van DNB niet (meer) van toepassing is.

De werkgever wordt dus doorgaans alleen door het pensioenfonds aansprakelijk gesteld bij schending van de mededelingsplicht aan het pensioenfonds. De werkgever is op grond van de uitvoeringsovereenkomst c.q. het uitvoeringsreglement contractueel c.q. wettelijk verplicht om zijn werknemers bij het pensioenfonds correct en tijdig aan te melden. Ingeval van schending van de (in artikel 7:928 BW omschreven) mededelingsplicht door de werkgever, kan het pensioenfonds zich tevens op grond van artikel 5 lid 2 Pw op de werkgever verhalen. Dit is alleen anders indien deze schending het gevolg is van het door de werknemer schenden van zijn mededelingsplicht. In dat geval is vermindering of verval van een pensioenuitkering door het pensioenfonds wel toegestaan. De aansprakelijkheidsstelling door het pensioenfonds uit zich in een vordering tot betaling van de achterstallige pensioenpremies en eventuele schade als gevolg van een reeds voltrokken onzekere gebeurtenis (overlijden of arbeidsongeschiktheid).

Gezien pensioenfondsen ook zonder ontvangst van (volledige) pensioenpremies pensioenverplichtingen hebben, dragen zij het wanbetalingsrisico van werkgevers. Bij bedrijfstakpensioenfondsen is dit risico nog groter gezien het aantal (onbekende) aangesloten werkgevers. Om deze reden hebben bedrijfstakpensioenfondsen op grond van artikel 21 Wet Bpf 2000 de bevoegdheid om pensioenpremies in te vorderen bij dwangbevel.⁹⁶ Daarbij zijn bestuurders van ondernemingen op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 jegens het bedrijfstakpensioenfonds hoofdelijk aansprakelijk voor betaling van de pensioenpremies.⁹⁷ Ingeval van een ondernemingspensioenfonds kan tevens sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid indien de onderneming pensioenpremies op het loon van werknemers heeft ingehouden, maar geen pensioenpremies aan het ondernemingspensioenfonds heeft afgedragen.⁹⁸

3.5 Liquidatie van pensioenfondsen

De procedure van liquidatie van pensioenfondsen is wettelijk geregeld in de Pensioenwet waarbij DNB aanvullende regelgeving heeft opgesteld. Gezien de regelgeving van DNB een groot raakvlak heeft met de bescherming van de aanspraak- en pensioengerechtigden, is dit onderdeel onder hoofdstuk 3.6 'Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten onder een verzekeraar' geplaatst.

⁹⁶ *Kamerstukken I*, 2006/07, 30413, C, p. 14.

⁹⁷ Zie inzake artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754 en Visscher, *MvO* 2018/3/4.

⁹⁸ Rb. Leeuwarden 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB6517; Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3503; Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:852.

Voordat de waardeoverdracht aan een verzekeraar als gevolg van liquidatie van een pensioenfonds toegelicht wordt, worden eerst de redenen benoemd waarom pensioenfondsen zichzelf opheffen en wordt kort de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst en de verplichtstelling uitgelegd.

3.5.1 Waarom liquideren pensioenfondsen?

Redenen waarom pensioenfondsen zichzelf opheffen zijn grotendeels de volgende:

- Stijgende uitvoeringskosten. Pensioenfondsen zijn vaak erg afhankelijk van externe partijen als (actuariële) consultants, advocaten, accountants, herverzekeraars en pensioenadministrateurs.
- Het moeten voldoen aan (nieuwe en strengere) wettelijke vereisten die door het pensioenfonds geïmplementeerd en uitgevoerd moeten worden, zoals de in 2015 inwerking getreden Wet pensioencommunicatie.
- Het probleem om geschikte pensioenfondsbestuurders te vinden als gevolg van de strengere eisen die aan hen gesteld worden, zoals door de Wet versterking bestuur pensioenfondsen die per 1 juli 2014 in de Pensioenwet is geïmplementeerd.
- De demografische situatie van het pensioenfonds, zoals veel en langlevende pensioengerechtigden en weinig premiebetalende deelnemers.
- Werkgevers die failliet gaan of fuseren (en hierdoor bijvoorbeeld onder de werkingssfeer van een andere pensioenuitvoerder komen te vallen) waardoor de situatie ontstaat van een 'gesloten pensioenfonds'.⁹⁹
- Het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst of beëindiging van de verplichtstelling waardoor de situatie ontstaat van een 'gesloten pensioenfonds'.

3.5.2 Beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst of verplichtstelling

Voordat een pensioenfonds in liquidatie kan treden, zal eerst de uitvoeringsovereenkomst moeten worden opgezegd of de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 11 Wet Bpf 2000 (gedeeltelijk) moeten worden beëindigd. Pensioenfondsen hoeven, in tegenstelling tot andere pensioenuitvoerders, op grond van artikel 25 lid 1 sub h Pw, in de uitvoeringsovereenkomst geen voorwaarden voor beëindiging hiervan op te nemen. Op grond van artikel 111 lid 1 sub I Pw dienen de statuten van een pensioenfonds daarentegen wel bepalingen betreffende de liquidatie van het pensioenfonds te bevatten.

⁹⁹ Zie voor de betekenis van een 'gesloten pensioenfonds' (het volgende) hoofdstuk 3.5.2 'Beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst of verplichtstelling'.

Bij ondernemingspensioenfondsen kan in de uitvoeringsovereenkomst de mogelijkheid tot opzegging hiervan bepaald zijn, bijvoorbeeld bij afloop van een cao. Daarnaast kan de uitvoeringsovereenkomst uiteraard ook met wederzijds goedvinden worden beëindigd. Opzegging van de uitvoeringsovereenkomst kan leiden tot buitencontractuele schadevergoeding.¹⁰⁰ Een belangrijke reden voor een werkgever om de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen, is de wens om over te stappen op een andere soort pensioenregeling en/of pensioenuitvoerder zoals een premiepensioeninstelling, verzekeraar of (op basis van vrijwillige aansluiting bij een) bedrijfstakpensioenfonds.

Werkgevers onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds kunnen de verplichte aansluiting niet beëindigen gezien in de relatie met het pensioenfonds geen sprake is van een overeenkomst die kan worden opgezegd. Een dergelijke mogelijkheid zou bovendien de wettelijk verplichte aansluiting bij het pensioenfonds ondermijnen.

Bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst of verplichtstelling vindt geen opbouw van pensioenaanspraken meer plaats en ontvangt het pensioenfonds dus ook geen pensioenpremies meer. Het pensioenfonds hoeft dan alleen nog maar de pensioenaanspraken in de administratie te houden en pensioenuitkeringen te verrichten. Er is dan sprake van een 'gesloten pensioenfonds' of 'slapend pensioenfonds'. Deze situatie kan tot een andere kostenstructuur, beleggingsbeleid en toeslagenbeleid van het pensioenfonds leiden.¹⁰¹ Hierdoor bestaat de kans dat de dekkingsgraad daalt waardoor de kans op toeslagverlening wordt verkleind en de kans op afstempelen van de pensioenen wordt vergroot.

Een gesloten pensioenfonds kan weliswaar in stand gehouden worden, maar dan moet ook het pensioenfondsbestuur in stand blijven. In dat geval zal hoogstwaarschijnlijk een andere samenstelling van het bestuur plaatsvinden als in de statuten bepaald of nader te bepalen.¹⁰² Daarnaast moet aan de wettelijke en formele vereisten voor pensioenfondsen voldaan blijven worden, zoals de governance-eisen, de opmaak van rapportages en (jaar)verslagen voor DNB en communicatie aan de aanspraak- en pensioengerechtigden met de hiermee gepaard gaande kosten. Ook kan dit de werkgever nog jaarlijks veel geld kosten op grond van bestaande financieringsafspraken met het pensioenfonds. Veel pensioenfondsbesturen zien hierin dan ook weinig toekomst waardoor de beslissing tot liquidatie door een gesloten pensioenfonds snel voor de hand ligt. Een gesloten

¹⁰⁰ HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Alcatel*).

¹⁰¹ Heemskerk 2020, p. 195.

¹⁰² De Bruin e.a. 2013, p. 35. Zie ook *Kamerstukken II*, 2005/06, 30413, 18, p. 21.

pensioenfonds kan, op grond van artikel 150 Pw, overigens ook verplicht worden om te liquideren. Dit is het geval wanneer de dekkingsgraad van het pensioenfonds onder het minimaal vereist eigen vermogen geraakt.

3.5.3 Waardeoverdracht pensioenfondsverplichtingen aan een verzekeraar

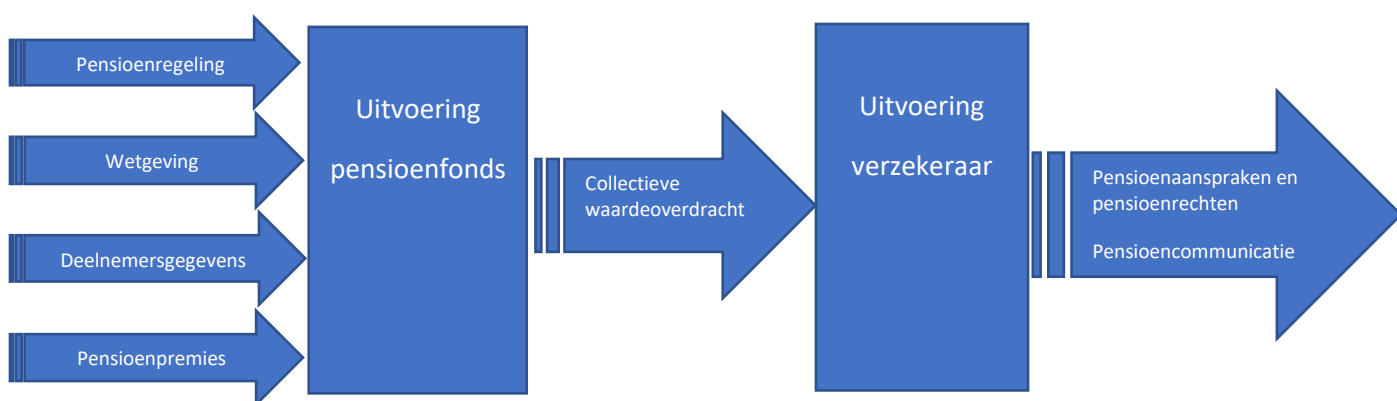
Indien het pensioenfonds, op grond van artikel 2:19 lid 1 sub a BW bij bestuursbesluit, heeft besloten om te liquideren, is het pensioenfonds *in liquidatie* en moet deze term op grond van artikel 2:19 lid 2 sub 5 BW aan de naam van het pensioenfonds worden toegevoegd. Vanaf dat moment is artikel 84 Pw ('Verplichting tot collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van de pensioenuitvoerder') van toepassing. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat het pensioenfonds verplicht is om alle pensioenverplichtingen aan een andere pensioenuitvoerder over te dragen. Dit wordt een (collectieve) waardeoverdracht genoemd. De waardeoverdracht houdt in dat de overdrachtswaarde van de pensioenen wordt aangewend voor inkoop van de pensioenen bij een verzekeraar als nieuwe pensioenuitvoerder. Ingeval de pensioenvoorziening en eventuele vrije middelen van het pensioenfonds niet voldoende zijn om de nominale pensioenen op de tariefgrondslagen van de verzekeraar te kunnen inkopen, dient het pensioenfonds de pensioenen vóór de waardeoverdracht volgens de reglementaire en statutaire bepalingen af te stempelen.¹⁰³ De verzekeraar moet immers de ingekochte pensioenen verzekeren en mag na de waardeoverdracht niet zelf de pensioenen verlagen.

Een belangrijk verschil tussen een waardeoverdracht aan een verzekeraar en een pensioenfonds is dat bij een pensioenfonds op de overgedragen pensioenen toeslagen kunnen worden verleend indien de dekkingsgraad van het overnemende pensioenfonds dit in de toekomst toelaat. De omgekeerde situatie is ook mogelijk, dus dat de overgedragen pensioenen in de toekomst worden afgestempeld indien de dekkingsgraad van het nieuwe pensioenfonds dit noodzakelijk maakt. Dit is bij een waardeoverdracht aan een pensioenfonds dus een onzekere factor, die zowel positief als negatief kan uitvallen. Verzekeraars daarentegen verzekeren de pensioenen nominaal of met een toeslagenregeling, afhankelijk van het restvermogen dat het geliquideerde pensioenfonds tot zijn beschikking heeft na inkoop van de nominale pensioenen. Dit kan bijvoorbeeld een bij de verzekeraar vooraf ingekochte levenslange jaarlijks (vaste) toeslag zijn of een tijdelijke toeslag op basis van een bij de verzekeraar gevormde toeslagendepot voor zolang hierin middelen reesteren. Bij een waardeoverdracht aan een verzekeraar kunnen de pensioenen in de toekomst dus nooit hoger worden dan bij de waardeoverdracht is overeengekomen en gefinancierd. De overgedragen

¹⁰³ De Bruin e.a. 2013, p. 40.

pensioenen kunnen bij een verzekeraar ook nooit lager worden.¹⁰⁴ Hierdoor zijn de overgedragen pensioenen (en de daarna verleende toeslagen) bij een verzekeraar beter beschermd dan bij een pensioenfonds. Inherent aan deze bescherming hanteert een verzekeraar andere tariefgrondslagen dan het gemiddelde pensioenfonds door de strengere prudentiële eisen voor verzekeraars.¹⁰⁵

De waardeoverdracht tussen het pensioenfonds en de verzekeraar moet contractueel worden vastgelegd. De contractuele vastlegging wordt bijvoorbeeld een ‘overeenkomst van waardeoverdracht’ genoemd. De overname van de pensioenverplichtingen door de verzekeraar is voor onbepaalde tijd en hiermee tot het moment dat de laatste verzekerde is overleden. Schematisch kan de situatie van een collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds als volgt weergegeven worden:



3.6 Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten onder een verzekeraar

Ook bij een waardeoverdracht naar een verzekeraar speelt DNB voor bescherming van de pensioenen een zeer belangrijke rol. Om deze reden is dit hoofdstuk volledig in het kader van de rol en eisen van DNB.

3.6.1 Rol en eisen van de toezichthouder bij waardeoverdracht aan een verzekeraar

Bij schending van de mededelingsplicht door de werkgever, zoals het niet aanmelden van een werknemer, kan de aanspraak- of pensioengerechtigde zijn pensioen rechtstreeks jegens het pensioenfonds claimen. Grondslag hiervoor is de interpretatie van artikel 5 Pw door DNB, waarmee DNB de aanspraak- en pensioengerechtigden onder een pensioenfonds zeer ruime dan wel maximale bescherming biedt. In het kader van liquidatie van een pensioenfonds is nu de vraag of, en zo ja op welke wijze, deze bescherming geborgd is na de waardeoverdracht aan een verzekeraar. Daarbij kan

¹⁰⁴ Dit is alleen anders ingeval van faillissement van een verzekeraar.

¹⁰⁵ De Bruin e.a. 2013, p. 40.

een aanspraak- of pensioengerechtigde geconfronteerd worden met administratieve fouten die het pensioenfonds in het verleden of bij de waardeoverdracht heeft gemaakt als gevolg waarvan te lage pensioenaanspraken of pensioenrechten zijn overgedragen en betaald aan de verzekeraar. Het geliquideerde pensioenfonds bestaat niet meer en de verzekeraar heeft als nieuwe pensioenuitvoerder geen schuld aan de nalatigheid van werkgever en/of pensioenfonds. Daarbij zijn alle middelen van het pensioenfonds voor de inkoop van pensioenen bij de verzekeraar aangewend.

Inzake de rol van DNB bij liquidatie van een pensioenuitvoerder bepaalt artikel 84 lid 2 sub a Pw het volgende:

'het voornemen tot waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder wordt door de overdragende pensioenuitvoerder uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van waardeoverdracht schriftelijk gemeld aan de toezichthouder en de toezichthouder heeft binnen die periode geen verbod tot waardeoverdracht opgelegd'

Op grond van deze bepaling wordt de goedkeuring van het gehele proces voor het pensioenfonds om te kunnen liquideren in handen gelegd van DNB. In dit kader heeft DNB een handleiding voor pensioenfondsen opgesteld voor het uit te voeren liquidatieproces.¹⁰⁶ Belangrijker voor dit onderzoek is echter de reeds in hoofdstuk 3.4.3.1 'De niet aangemelde werknemer' aangehaalde Vraag & Antwoord in het 'Open Boek Toezicht' van DNB.¹⁰⁷ Dit bevat namelijk ook het onderdeel 'Relatie met collectieve waardeoverdracht bij liquidatie pensioenfonds' dat als volgt luidt: *'Artikel 5 PW speelt ook een rol in geval van collectieve overdracht aan een verzekeraar bij liquidatie van een pensioenfonds. In dat geval dient de verzekeraar het fonds te vrijwaren van alle verplichtingen die op het fonds rusten. Soms wordt de overname van risico's evenwel beperkt tot die welke samenhangen met een bepaalde lijst van personen dan wel bepaalde informatie. De aansprakelijkheid voor niet-aangemelde deelnemers of informatie over risico's van deelnemers die door de werkgever niet volledig zijn gemeld, wordt dan niet overgenomen. Dat is in strijd met artikel 5 Pensioenwet en zal bij een verzoek tot collectieve waardeoverdracht dan ook niet geaccepteerd worden.'*

De gehele aansprakelijkheid die het pensioenfonds draagt, voor zowel eigen fouten als die inzake de mededelingsplicht van de werkgever, moet bij de waardeoverdracht volledig aan de verzekeraar worden overgedragen. Dus mag ook hier, in dit geval in de overeenkomst van waardeoverdracht

¹⁰⁶ [Handleiding liquidatie van een pensioenfonds \(dnb.nl\)](#).

¹⁰⁷ [Beperking aansprakelijkheid pensioenuitvoerder in uitvoeringsovereenkomst of uitvoeringsreglement indien de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert \(dnb.nl\)](#).

tussen pensioenfondsen en verzekeraar, geen aansprakelijkheidsuitsluiting ten gunste van de verzekeraar overeengekomen worden. In het andere geval zal DNB de nodige verklaring van geen bezwaar voor de waardeoverdracht niet afgeven. Ook hier baseert DNB zijn standpunt op de eigen interpretatie van artikel 5 Pw. Dit standpunt wordt in relatie tot de liquidatie van pensioenfondsen niet separaat toegelicht. Achterliggende gedachte is uiteraard om de aanspraak- en pensioengerechtigden er niet de dupe van te laten zijn dat het door hen aan te spreken pensioenfonds wegvalt. Analoog aan hoofdstuk 3.4.3.1 'De niet aangemelde werknemer' kan hier de vraag worden gesteld hoe juridisch stevig dit standpunt van DNB ten aanzien van collectieve waardeoverdrachten is. Hiervoor gelden dezelfde argumenten als omschreven in de hoofdstukken 3.4.3.2 'Wettelijk kader van de mededelingsplicht van de werkgever' en 3.4.3.3 'Wetgeschiedenis van de mededelingsplicht van de werkgever'. Daarbij is dit standpunt van DNB moeilijk rechtstreeks op artikel 5 Pw te baseren, gezien door de waardeoverdracht geen uitvoeringsovereenkomst tussen het pensioenfonds en de verzekeraar tot stand komt.¹⁰⁸

Indien de uitvoeringsovereenkomst van het pensioenfonds zou zien op de uitvoering van alleen aangemelde werknemers, dan zou ook bij liquidatie van het pensioenfonds de waardeoverdracht alleen de aangemelde werknemers moeten betreffen. De pensioenaanspraken van niet aangemelde werknemers vallen in dat geval immers niet onder de (aan de verzekeraar over te dragen) pensioenverplichtingen van het pensioenfonds. Een niet aangemelde werknemer zou dan verhaal moeten halen bij zijn werkgever.¹⁰⁹ Punt hier nu is dat DNB een dergelijke voorwaarde in een uitvoeringsovereenkomst niet toestaat. De door DNB opgelegde verplichting tot vrijwaring van het pensioenfonds in liquidatie bij waardeoverdrachten is in die zin een logisch gevolg hiervan. Dat geldt overigens niet voor administratiefouten van het pensioenfonds. Dat de verzekeraar het pensioenfonds in liquidatie ook op dit punt volledig dient te vrijwaren is een separaat onderdeel en risico dat voor risico en rekening van de verzekeraar komt.

Ten aanzien van door pensioenfondsen en werkgever gemaakte fouten kan beargumenteerd worden dat het standpunt van DNB bij een waardeoverdracht in lijn ligt met het oordeel van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) inzake de portefeuilleovername van een uitvaartverzekeraar.¹¹⁰ In dit oordeel overwoog de Geschillencommissie van het Kifid dat de verzekeraar die een portefeuille van een andere verzekeraar overgenomen heeft, verantwoordelijk is en blijft voor een adequate administratie. De verzekeraar kon zich er volgens de Geschillencommissie

¹⁰⁸ Asser/Lutjens 7-XI 2019/246.

¹⁰⁹ Huijg, *P&P* 2012/1.

¹¹⁰ GC Kifid 13 augustus 2015, nr. 2015-231.

dan ook niet achter verschuilen dat bij de overdracht geen volledige administratie was overgedragen. Bij de overdracht van een (gehele) portefeuille is verdedigbaar dat de aard van een dergelijke overdracht met zich meebrengt dat deze ook de aanspraken omvat die niet in de overgedragen administratie zijn opgenomen. Gezien het pensioenfonds ontbonden wordt, zou een volledige overdracht, dus inclusief onbekende pensioenverplichtingen, verdedigbaar kunnen zijn.¹¹¹

DNB besteedt in zijn Vraag & Antwoord ook een hoofdstuk met 'tips' voor beheersing van het uit artikel 5 Pw voortvloeiende risico voor pensioenuitvoerders:

'Pensioenuitvoerders zullen moeten inschatten hoe groot het prudentiële risico is dat met artikel 5 Pensioenwet samenhangt en welke beheersingsmaatregelen daarvoor getroffen moeten worden. Eén van de beheersingsmaatregelen zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de pensioenuitvoerder een accountantscontrole van de werkgever eist over de informatie die hij aanlevert, of het recht op inzicht in salarisgegevens afspreekt. Daarnaast kan de pensioenuitvoerder - en dat wordt door de wetgever in de wetgeschiedenis expliciet genoemd - verhaal halen bij de werkgever indien de verzekeraar met kosten wordt geconfronteerd door het niet of niet volledig informeren door de werkgever. Eventueel kunnen in het contract met de werkgever afspraken worden gemaakt over volledig verhaal. Alleen als de werkgever failliet is, is het verhaal vruchteloos. Eventueel kunnen verzekeraars voor die gevallen een buffer aanleggen om de kosten die met het niet aanmelden samenhangen, op te vangen.'

Over het door DNB genoemde inschatten van de grootte van het prudentiële risico en het aanleggen van een buffer om de kosten die met het niet aanmelden samenhangen op te vangen, geeft Kappelle desgevraagd aan dat dit risico totaal niet in te schatten is en je dus ook niet kunt bepalen welke voorziening hiervoor aangehouden moet worden. Het enige dat je volgens hem weet is dat élk pensioenfonds gaten in zijn administratie heeft zitten. Daarbij hebben de (ervaringen van de) inspanningen voor inning van pensioenpremie en verkrijging van informatie niet door de overnemende verzekeraar plaatsgevonden maar door het geliquideerde pensioenfonds.

De verzekeraar dient het pensioenfonds in liquidatie dus volledig te vrijwaren bij de collectieve waardeoverdracht. Om deze vrijwaring te kunnen afgeven, zal de verzekeraar enigszins een beeld moeten krijgen van de risico's die met deze waardeoverdracht worden binnengehaald. Gezien een pensioenfonds doorgaans tientallen jaren bestaan heeft, zal een nauwkeurig beeld niet realistisch zijn. Daarbij beschikt een werkgever ook niet over alle persoons- en salarisgegevens over het verleden om die te kunnen vergelijken met de pensioenfondsadministratie. Naast zaken als fusies en

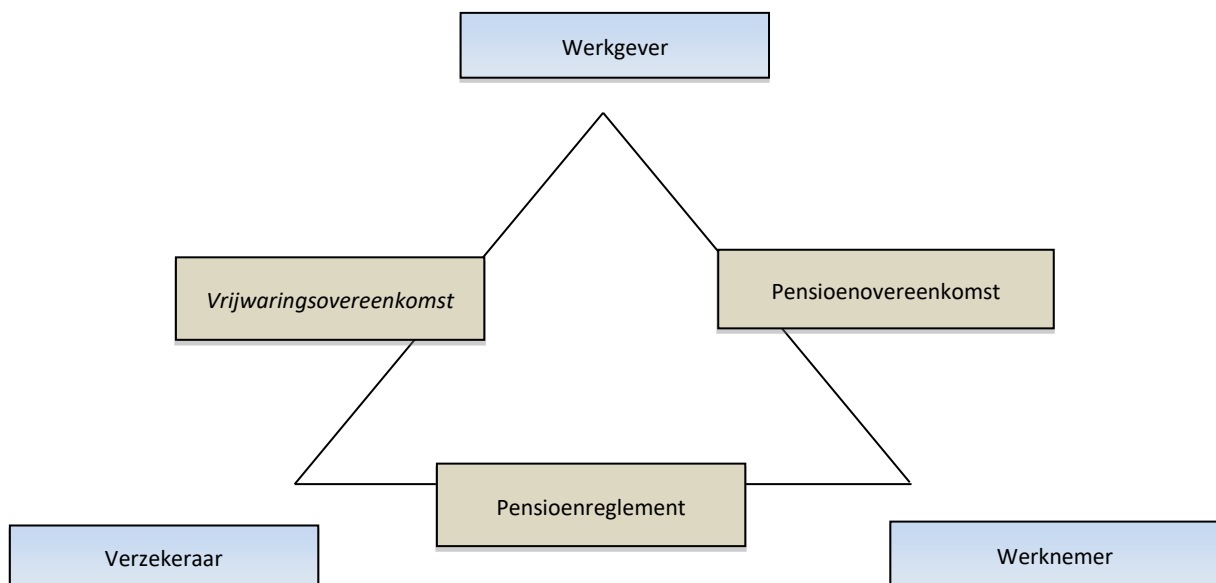
¹¹¹ Asser/Lutjens 7-XI 2019/243.

overnames, hoeft de salarisadministratie van een werkgever maximaal zeven jaar bewaard te worden. Een accountantsverklaring waaruit zou blijken dat de aan de verzekeraar over te dragen pensioenaanspraken en pensioenrechten volledig juist zijn, is hiermee ook niet realistisch. De verzekeraar zal moeten afwegen welk onderzoek verricht dient te worden voor mitigering van de risico's. Een accountantsverklaring kan hiervoor een goed middel zijn, mede afhankelijk van welke standaard hiervoor wordt gehanteerd en welke zekerheidsmaatstaf daarmee wordt verkregen.¹¹²

3.7 De rechtsverhoudingen tussen werkgever, werknemer en verzekeraar

Het pensioenfonds is nu als pensioenuitvoerder weggevallen en vervangen door de verzekeraar. Hierdoor is de voormalige pensioenfondsregeling een 'verzekerde' pensioenregeling geworden. Dit betekent dat alle (pensioen)wetgeving met betrekking tot verzekeraars hierop van toepassing wordt, zoals het verbod van afstempelen van de pensioenen.

Door het wegvallen van het pensioenfonds ontstaat ook een gewijzigde (driehoeks)verhouding die als volgt geschetst kan worden:



3.7.1 De rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer

De rechtsverhouding tussen werkgever en (oud-)werknemer wordt niet gewijzigd door de waardeoverdracht van het pensioenfonds naar de verzekeraar. Wel vinden er hierdoor, deels noodzakelijke, wijzigingen van de pensioenregeling plaats. Dit zijn bijvoorbeeld de toeslagenregeling, de eventuele door de verzekeraar gehanteerde (en van het pensioenfonds afwijkende) definities van

¹¹² Van Tilburg, *PM* 2019/8/9.

'partner' of 'kind', flexibiliseringsvoorwaarden (zoals voor eerdere of latere pensioeningang) en de algemene voorwaarden die bij de verzekeraar gelden. Bij die wijzigingen, en dan met name de toeslagenregeling, dient de werkgever voldoende rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de (voormalige) werknemers.¹¹³ Het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds en doorgaans ook die van een ondernemingspensioenfonds is op grond van de statuten en het pensioenreglement (grotendeels) tot wijziging van de pensioenregeling bevoegd. Dit impliceert dat de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst bij ondernemingspensioenfondsen is overgedragen aan het pensioenfondsbestuur.¹¹⁴ De wijzigingen van de pensioenregeling dienen vóór de overdrachtsdatum reglementair te zijn doorgevoerd met de overdrachtsdatum als datum inwerkingtreding. De verzekeraar kan namelijk niet zelf de pensioenregeling wijzigen, maar moet deze uitvoeren zoals die is overgedragen.

3.7.2 De rechtsverhouding tussen werkgever en verzekeraar

De rechtsverhouding tussen een pensioenfonds en werkgever is gebaseerd op de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement. Na een waardeoverdracht tussen het geliquideerde pensioenfonds en de verzekeraar wordt de situatie anders. De verzekeraar heeft als nieuwe pensioenuitvoerder nooit een juridische relatie met de werkgever gehad. Door de waardeoverdracht tussen het pensioenfonds en de verzekeraar ontstaat ook geen verzekeringsovereenkomst of een andere contractuele relatie tussen de werkgever en de verzekeraar. Het verhaalsrecht van bijvoorbeeld artikel 5 lid 2 Pw is in deze constructie niet van toepassing. Uitgangspunt lijkt hiermee te zijn dat tussen de werkgever en de verzekeraar geen rechtsverhouding ontstaat. In dat kader zou er ook geen sprake kunnen zijn bovengenoemde driehoeksverhouding, tenzij tussen deze partijen een contractuele relatie ontstaat door een overeenkomst waarin de werkgever de verzekeraar voor aansprakelijkheid vrijwaart als hieronder wordt toegelicht. Het bijzondere hieraan is, dat de verzekeraar pensioenverplichtingen overneemt die ontstaan zijn uit de pensioenovereenkomsten tussen de werkgever en diens werknemers en op grond van de door de werkgever verstrekte werknemersgegevens aan het voormalige pensioenfonds.

Wat is bij afwezigheid van een vrijwaring door de werkgever dan de consequentie indien hij in het verleden niet voldaan heeft aan zijn mededelingsplicht aan het pensioenfonds? Kan de verzekeraar

¹¹³ Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (*Euronext*).

¹¹⁴ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, r.o. 3.3.8 en HR 8 november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:874.

deze werkgever voor de hieruit ontstane schade aanspreken? Oftewel bestaat voor de verzekeraar een juridische grondslag voor deze vordering?

Kappelle gaf op deze vraag als reactie dat je als overnemende pensioenuitvoerder de werkgever in dat geval waarschijnlijk wel aansprakelijk kunt stellen. De verzekeraar treedt dan in de positie van het voormalige pensioenfonds en heeft hiermee een claim richting de werkgever. De juridische grondslag hiervoor zou volgens hem dan wel nader onderzocht moeten worden.

Wellicht is er een grondslag indien de vordering, door de verzekeraar als rechtsopvolger onder bijzondere titel van het pensioenfonds, geschaard kan worden onder de overdracht van de pensioenverplichtingen. De waardeoverdracht betreft geen overdracht onder algemene titel. De verzekeraar neemt immers alleen de pensioenverplichtingen over en geen andere schulden of vorderingen, zoals een huurschuld van het pensioenfonds. Is de vordering op de werkgever dermate inherent aan de overgenomen pensioenverplichting op grond waarvan de verzekeraar dit vorderingsrecht van het pensioenfonds onder bijzondere titel heeft overgenomen? Hier bestaat helaas geen jurisprudentie over.

In het gesprek met Huijg gaf hij aan dat het voor een verzekeraar heel lastig zal zijn om de werkgever aansprakelijk te stellen voor schending van de mededelingsplicht. Eventueel op grond van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. De werkgever handelt hierbij echter niet in strijd met een recht van de verzekeraar of in strijd met een wettelijke plicht richting de verzekeraar. En handelen in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm jegens de verzekeraar is volgens hem ook lastig aan te tonen. Het ligt meer voor de hand dat al die plichten jegens het geliquideerde pensioenfonds gelden. Een andere, maar draconische, mogelijkheid zou volgens hem het laten heropenen van de vereffening van het pensioenfonds via de rechter kunnen zijn. Dan bestaat het pensioenfonds weer en komen de vereffenaars weer in beeld. Dan zouden de vereffenaars moeten aantonen dat zij een vordering tot nakoming van pensioenpremie hebben op de werkgever, of dat de middelen in de vereffening nu anders verdeeld moeten worden omdat deze (achteraf gezien) verkeerd waren verdeeld bij de waardeoverdracht. De verzekeraar moet dan aangeven dat het pensioenfonds die vordering moet gaan afdwingen, deze vordering onderdeel wordt van de boedel en moet worden meegenomen in de waardeoverdracht naar de verzekeraar.

Het door de verzekeraar laten heropenen van de vereffening door het geliquideerde pensioenfonds lijkt een moeilijk te bewandelen weg, voor zover deze al mogelijk is. Ten eerste moet de vordering niet verjaard zijn. Ten tweede zou de schadevordering deze omslachtige procedure moeten

rechtvaardigen. De verzekeraar kan de vereffening hoogstwaarschijnlijk niet zelf heropenen gezien de verzekeraar, op last van DNB, het pensioenfonds volledig heeft moeten vrijwaren. De route van heropening van de vereffening is wel eens door een aanspraakgerechtigde bewandeld, welke volgens Huijg een langdurige procedure is geworden zonder succes.¹¹⁵

In het gesprek met Huijg is hem vervolgens de denkbeeldige situatie voorgelegd waarin het duidelijk en onbetwist is dat een werkgever (opzettelijk) meerdere werknemers niet bij het pensioenfonds had aangemeld, de werkgever weigert de schade te vergoeden en de verzekeraar hierdoor de omslachtige omweg van het laten heropenen van de vereffening moet nemen. Dit zou voor de werkgever een middel kunnen zijn om een potentiële rechtsovereenkomst van de verzekeraar te voorkomen of te frustreren. Hierop gaf Huijg het volgende aan:

Als de nalatigheid door de werkgever zo duidelijk is, zou het volgens hem mogelijk kunnen zijn dat de rechter met de verzekeraar meegaat en aangeeft dat de verzekeraar direct de werkgever kan aanspreken. Op grond van zogenaamde schakeljurisprudentie dienen contractspartijen (hier werkgever en pensioenfonds) bij hun gedrag (hier de werkgever richting het pensioenfonds) ook met de belangen van derden (hier de verzekeraar) rekening te houden. Door niet mee te werken en de verzekeraar te dwingen tot vordering van heropening van de vereffening, handelt de werkgever dan onrechtmatig richting de verzekeraar als derde. Dit zou dan een basis kunnen zijn voor een claim van de verzekeraar op grond van een onrechtmatige daad van de werkgever.

Huijg geeft aan dat de verzekeraar dus creatief moet worden omdat er contractueel geen directe grondslag is. Dit is volgens hem ook waarom DNB de vrijwaring door de verzekeraar bij liquidatie van het pensioenfonds verlangt. Het gaat DNB om de bescherming van de aanspraak- en pensioengerechtigden en niet de overnemende pensioenuitvoerder. Volgens Huijg hebben verzekeraars dit probleem voor henzelf goed opgelost door een vrijwaring door de werkgever te vragen waardoor de risico's verlegd worden naar de werkgever. Helemaal als de werkgever de verzekeraar ook vrijwaart voor fouten van het pensioenfonds. Die risico's zouden werkgevers in hun boeken moeten opnemen.

Eén van de geïnterviewde verzekeraars uit hoofdstuk 4 'Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten vanuit praktisch onderzoek' meent deze hele problematiek omzeild te hebben door in de overeenkomst van waardeoverdracht met het pensioenfonds op te nemen dat het

¹¹⁵ Rb. Rotterdam 30 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BW2560.

pensioenfonds alle bestaande en toekomstige vorderingen met betrekking tot de overgenomen pensioenverplichtingen aan de verzekeraar overdraagt.

Vrijwaring door de werkgever

De rechtsverhouding tussen verzekeraar en werkgever wordt duidelijker indien tussen deze partijen een vrijwaring is overeengekomen. De vrijwaring is hier de contractuele afspraak tussen de verzekeraar ('gevrijwaarde partij') en de werkgever ('vrijwarende partij') dat de werkgever zich verbindt om de schade te vergoeden die de verzekeraar lijdt als gevolg van bijvoorbeeld niet-nakoming van de uitvoeringsovereenkomst (waarvan schending van de mededelingsplicht aan het pensioenfonds deel uitmaakt) door de werkgever. Eventueel kan deze vrijwaring uitgebreid worden naar fouten van het pensioenfonds. In het eerste geval houdt de werkgever de aansprakelijkheid die hij ook onder het pensioenfonds had. De tweede situatie ligt minder voor de hand. De werkgever heeft hier immers geen schuld aan. Aan de andere kant is het ook niet vanzelfsprekend dat de verzekeraar deze risico's voor haar rekening neemt, die heeft daar namelijk ook geen invloed op gehad. Daarbij draagt de verzekeraar in ieder geval de risico's als de werkgever niet meer bestaat dan wel niet in staat is om zijn verplichtingen na te kunnen komen.

Het staat de verzekeraar contractueel vrij om de voorwaarde van vrijwaring door de aangesloten werkgever(s) te verbinden aan de overname van de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds. Kritiek die hierop gegeven kan worden, is dat bij de eis van een vrijwaring door de verzekeraar waarbij de werkgever deze weigert te geven, het pensioenfonds gedwongen wordt om een andere pensioenuitvoerder te kiezen. De keuze voor de nieuwe pensioenuitvoerder is dan afhankelijk van de bereidwilligheid van de werkgever tot het aangaan van een vrijwaringsverklaring. Dit kan dan niet geheel in het belang van de aanspraak- en pensioengerechtigden zijn.¹¹⁶

De vrijwaring door de werkgever wordt vastgelegd in de overeenkomst van waardeoverdracht waarbij de werkgever inzake zijn aansprakelijkheid als derde partij wordt betrokken. Een separate overeenkomst van aansprakelijkheid en vrijwaring tussen de werkgever en verzekeraar is uiteraard ook mogelijk.

3.7.3 De rechtsverhouding tussen werknemer en verzekeraar

De verzekeraar is de nieuwe pensioenuitvoerder van de pensioenregeling geworden waardoor een rechtsverhouding ontstaat tussen de verzekeraar en de werknemer. Deze rechtsverhouding is

¹¹⁶ Van Tilburg, *PM* 2019/8/9.

grotendeels gelijk aan die onder een pensioenfonds. Verschil is dat de verzekeraar nu een premievrije pensioenregeling uitvoert die in principe materieel niet meer wijzigt. Alleen op grond van dwingendrechtelijke wetswijzigingen zouden er nog (reglementaire) wijzigingen kunnen plaatsvinden.

Ondanks dat door de verzekeraar een premievrije pensioenregeling wordt overgenomen en uitgevoerd, dient de verzekeraar nog steeds op grond van artikel 35 Pw een pensioenreglement op te stellen. Dit zal geen regulier pensioenreglement zijn. In dit pensioenreglement zullen immers niet alle voorheen geldende materiele aspecten van de pensioenregeling, zoals de omschrijving van het pensioengevend salaris of hoogtes van de opbouwpercentages opgenomen zijn, gezien er geen opbouw van pensioen meer plaatsvindt. Het pensioenreglement zal formele aspecten bevatten, zoals welke pensioenvormen er bestaan, de ingangsdata van de pensioenen en de uitvoeringsaspecten die gelden onder de verzekeraar, zoals de voorwaarden om eerder of later met pensioen te kunnen gaan of nabestaandenpensioen te kunnen uitruilen voor een hoger ouderdomspensioen.

4. Borging pensioenaanspraken en pensioenrechten vanuit praktisch onderzoek

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt door middel van interviews met een aantal verzekeraars dat pensioenverplichtingen van geliquideerde pensioenfondsen heeft overgenomen de praktijkkant van het onderzoek beschreven. Het totale aantal van deze verzekeraars in Nederland is overigens beperkt. Tenminste één verzekeraar wilde niet meewerken uit angst voor mogelijke uitwisseling van (concurrentie)gevoelige informatie. De verzekeraars die hebben meegewerkt, deden dit onder de voorwaarde dat de namen van de verzekeraars en geïnterviewden niet worden genoemd alsmede de weergegeven informatie niet rechtstreeks herleidbaar is naar de betreffende verzekeraars. De vragenlijst aan de hand waarvan de interviews hebben plaatsgevonden, is als bijlage 2 bijgevoegd.

Na de introductie van het toezichtkader door DNB inzake liquidatie van pensioenfondsen en de hierop volgende opinies in de relevante literatuur van een kleine tien jaar geleden, is het sindsdien behoorlijk stil gebleven. Op welke wijze hebben de verzekeraars in de tussentijd pensioenfondsverplichtingen overgenomen, hoe staan zij nu tegenover het toezichtkader van DNB en welke risico's hebben zich sindsdien onder hen voorgedaan? Het praktijkonderzoek is hiermee driedig ingestoken:

1. Onder welke risicobeperkende voorwaarden hebben de verzekeraars pensioenverplichtingen van geliquideerde pensioenfondsen overgenomen?
2. Welke oordelen hebben de verzekeraars over de door DNB voorgeschreven borging van de overgenomen pensioenfondsverplichtingen?
3. Welke soort claims en impact hebben zich bij de verzekeraars voorgedaan?

Van de plaatsgevonden waardeoverdrachten naar de verzekeraars betreft het leeuwendeel de pensioenverplichtingen van geliquideerde ondernemingspensioenfondsen en een klein deel die van bedrijfstakpensioenfondsen.

4.2 Risicobeperkingen door verzekeraars bij overname pensioenverplichtingen van pensioenfondsen

De door de verzekeraars gehanteerde risicobeperkende maatregelen kunnen in grote lijnen in twee categorieën verdeeld worden, namelijk in een controle op de pensioenfondsadministratie en een vrijwaring door de werkgever.

Controle op de pensioenfondsadministratie

In bijna alle gevallen eisen de verzekeraars van het pensioenfonds een controle op de pensioenfondsadministratie op basis van een accountantsrapport. Dit kan bijvoorbeeld middels een zogenaamde Standaard 4400 rapportage zijn. Dit is een opdracht tot het verrichten van, tussen het pensioenfonds en de verzekeraar overeengekomen, specifieke werkzaamheden. Hieruit volgen dan feitelijke bevindingen (dus geen oordeel van de accountant) op grond waarvan de verzekeraar zelf haar mening kan baseren en aanvullende vragen aan het pensioenfonds en/of werkgever kan stellen. De controle op pensioenfondsadministraties betreft met name een vergelijking van de werkgeversadministratie met het deelnemersbestand van het pensioenfonds. Op deze wijze kan nagegaan worden of de (oud-)werknemers in de werkgeversadministratie ook en met dezelfde gegevens voorkomen in de pensioenfondsadministratie. Gezien werkgevers vaak niet over de hele historie (hoeven te) beschikken, beslaat deze controle doorgaans (al dan niet steekproefsgewijs) een reeks jaren voorafgaande aan de waardeoverdracht naar de verzekeraar.

Het laten vervaardigen van een accountantsrapportage kan enige tijd in beslag nemen. Om de procedure van de waardeoverdracht niet te vertragen, kan de waardeoverdracht plaatsvinden onder een ontbindende voorwaarde in de overeenkomst van waardeoverdracht. Indien de rapportage vervolgens dermate grote risico's indiceert waardoor de verzekeraar geen waardeoverdracht wenst of alleen onder betaling van een aanvullende koopsom, maar waarmee het pensioenfonds niet akkoord gaat, kan de overeenkomst tot waardeoverdracht door de verzekeraar ontbonden worden.

Eén verzekeraar hanteert geen vaste wijze van controle op de pensioenfondsadministraties, maar bepaalt dit per geval. Zo wordt soms een Standaard 4400 rapportage gedaan en bij een meer rommelige indruk van de pensioenfondsadministratie wordt eerder aan een due diligence controle gedaan. Er vindt in ieder geval een analyse van de bestanden van het pensioenfonds (en werkgever) plaats waaruit een bepaald beeld wordt verkregen. Aan de hand van de bevindingen wordt dan verder gezocht en worden aanvullende vragen aan het pensioenfonds en/of werkgever gesteld. Bijvoorbeeld waarom bepaalde pensioenaanspraken worden overgedragen, terwijl het waarschijnlijk

al ingegane pensioenen zijn. Ook kan communicatie aan de aanspraak- en pensioengerechtigden aanvullende informatie opleveren. Bijvoorbeeld als de hoogte van de aan de verzekeraar over te dragen pensioenen aan de aanspraak- en pensioengerechtigden wordt gecommuniceerd. Hierop kunnen vragen of reacties komen van deze verzekerden. Het pensioenfonds bestaat in deze fase nog waardoor correcties kunnen worden doorgevoerd voordat de waardeoverdracht definitief is.

Onder de verzekeraars is het niet voorgekomen dat een waardeoverdracht op grond van bevindingen over de pensioenfondsadministratie geen doorgang heeft gevonden. Wel volgt altijd een traject van vragen aan pensioenfonds en/of werkgever en eventuele aanvullende onderzoeken als gevolg van geconstateerde zaken. Bij tenminste één verzekeraar is als gevolg van geconstateerde risico's in de accountantsrapportage een extra koopsom door het pensioenfonds betaald. Ondanks dat de geconstateerde risico's door deze verzekeraar een bepaalde categorie pensioenaanspraken betrof, gaf deze verzekeraar aan dat de hoogte van zo'n koopsom (actuarieel) lastig te bepalen is. Een volledige controle of een realistisch scenario is niet mogelijk omdat je gewoon niet weet wat je niet weet.

Eén van de verzekeraars heeft geconstateerd dat salarisverhogingen een oorzaak zijn van verkeerd vastgestelde pensioenen onder het pensioenfonds. De (periodieke) verhogingen kunnen bijvoorbeeld voor alle werknemers in een onderneming jaarlijks per 1 januari zijn, maar het komt ook voor dat met bepaalde (groepen) werknemers bijzondere afspraken zijn gemaakt. Het is regelmatig voorgekomen dat afwijkende salarisverhogingen niet door de werkgeversadministratie aan het pensioenfonds zijn doorgegeven voor een correcte pensioenadministratie. Een specifieke controle hierop scheelt dan correctie door de verzekeraar achteraf en het moeten aanspreken van de werkgever voor de ontstane schade. Een andere verzekeraar constateerde in een onderzoek dat het pensioenfonds de pensioenaanspraken van één onderdeel van de pensioenregeling in zijn geheel niet in het overdrachtsbestand had betrokken. Dit kon door de controle van de verzekeraar nog gecorrigeerd worden door het pensioenfonds.

Vrijwaring door de werkgever

Bij de meeste waardeoverdrachten vanuit ondernemingspensioenfondsen zijn de verzekeraars gevrijwaard door de werkgever. De vrijwaringen variëren van soort fouten (mededelingsplicht van de werkgever en/of administratiefouten van het pensioenfonds) tot gespecificeerde fouten, afhankelijk van de onderhandelingen met de werkgever. Bevindingen in de pensioenfondsadministratie (bijvoorbeeld een geconstateerde frequentie van een bepaalde type fout) of pensioenregeling zelf (bijvoorbeeld een mogelijke vorm van verboden indirect onderscheid op basis van de duur van de

arbeidsovereenkomst voor opname in de pensioenregeling) kan tot specificering van de vrijwaring leiden. De vrijwaring kan hiermee het karakter hebben van onvoorwaardelijk tot specifiek. In sommige gevallen bood de werkgever (flinke) weerstand tegen de door de verzekeraar gewenste vrijwaring en in andere gevallen nauwelijks of helemaal niet. Opmerkelijkerwijs ook niet voor vrijwaring voor fouten van het voormalige pensioenfonds. Eén van de verzekeraars gaf aan dat een mogelijke verklaring hiervoor kan liggen in de positieve ervaring van de werkgever met de uitvoering door het pensioenfonds en hierdoor met de vrijwaring weinig risico verwacht. Weerstand tegen een vrijwaring betreft meestal die voor fouten van het pensioenfonds. Dit risico hadden de werkgevers namelijk niet onder het pensioenfonds.

In plaats van een vrijwaring door de werkgever, komen ook tijdelijke 'schadedepots' of 'garantiedepots' bij de verzekeraars voor, gefinancierd vanuit de middelen van het geliquideerde pensioenfonds. De voorwaarden voor aanwending hiervan worden in de overeenkomst van waardeoverdracht of op andere wijze contractueel vastgelegd. Uit zo'n depot worden dan de rechtmatige claims van verzekerden gefinancierd. Indien het depot niet toereikend is of de duur hiervan afgelopen is, komen de verdere kosten van de claims noodzakelijkerwijs voor rekening van de verzekeraar. Een eventueel restantsaldo aan het einde van de afgesproken termijn van het depot wordt bijvoorbeeld aan een bestaand toeslagendepot van de pensioenregeling toegevoegd of aan de werkgever uitgekeerd.

Bij al de verzekeraars komt (de mogelijkheid van) een schadedepot of een aanvullende koopsom door het pensioenfonds voor. Niet elke verzekeraar hanteert beide constructies. De claims die uit een schadedepot gefinancierd worden, kunnen fouten van de werkgever betreffen, die van het pensioenfonds of beide. Hierop wordt onderhandeld, maar in de meeste gevallen gaat het om beide.

Bij de waardeoverdrachten vanuit bedrijfstakpensioenfonds zijn geen vrijwaringen door werkgevers afgegeven. Reden hiervan is het relatief grote aantal aangesloten werkgevers. Het is niet mogelijk om al die werkgevers een vrijwaring te laten ondertekenen. De bereidheid hiertoe wordt ook niet groot geacht. De verbondenheid tussen een bedrijfstakpensioenfonds en de aangesloten werkgevers is veel minder groot dan bij ondernemingspensioenfonds. De aansluiting is deze werkgevers immers wettelijk opgelegd en in sommige gevallen zelfs met tegenzin. Bij de overname van bedrijfstakpensioenfondsregelingen zijn door de betreffende verzekeraar extra controles uitgevoerd zoals een mailing aan alle aangesloten werkgevers om hen nogmaals te wijzen op hun aanmeldplicht. Daarnaast bestond de mogelijkheid van betaling van een extra koopsom door het

bedrijfstakpensioenfonds of een ander compromis waaronder het risico van afwezigheid van een vrijwaring door de verzekeraar is geaccepteerd.

Overige maatregelen

Eén van de verzekeraars heeft in de overeenkomst van waardeoverdracht als risicobeperkende maatregel vast laten leggen dat het pensioenfonds alle bestaande en toekomstige vorderingen met betrekking tot de overgenomen pensioenverplichtingen overdraagt aan de verzekeraar.

Achterliggende gedachte hiervan is om, naast een vrijwaring of bij afwezigheid van een vrijwaring, een rechtsoverdracht jegens de voormalige werkgevers te hebben ingeval van schending van de mededelingsplicht aan het voormalige pensioenfonds. Daarnaast verwacht deze verzekeraar dat bij een dergelijke bepaling de betreffende werkgevers ook meer hun best zullen doen om gegevens over (oud-)werknemers te zoeken en te verstrekken indien zich een claim bij de verzekeraar voordoet.

4.3 [Opinie van verzekeraars over de eisen van DNB bij overname van pensioenfondsverplichtingen](#)

Eén verzekeraar is het in ieder geval grondig oneens met de visie van DNB en wenst zich ook niet onvoorwaardelijk hieraan te committeren. Hiervoor neemt deze verzekeraar een voorbehoud op in de overeenkomst van waardeoverdracht om te voorkomen dat deze contractueel aan de eisen van DNB gebonden blijft terwijl dit niet meer noodzakelijk is. Dit voorbehoud houdt in dat de verzekeraar zich kan beperken tot de uitvoering van de pensioenen die door het pensioenfonds daadwerkelijk zijn overgedragen vanaf het moment dat DNB zijn huidige beleid herziet of de verzekeraar niet meer aan het standpunt van DNB gehouden is als gevolg van een rechtelijke uitspraak. Deze verzekeraar heeft zich dus weliswaar neergelegd bij het standpunt van DNB, maar een uitweg gecreëerd indien de mogelijkheid hiertoe zich voordoet. Deze bepaling is dan tevens te zien als een risicobeperkende maatregel. DNB heeft blijkbaar geen reden gezien om deze bepaling in de overeenkomst van waardeoverdracht te verbieden.

Een andere verzekeraar geeft aan een dergelijk voorbehoud niet in de overeenkomst van waardeoverdracht opgenomen te hebben en acht zich hiermee (contractueel) aan het standpunt van DNB gebonden, ook als die niet meer van toepassing zou zijn. Dit is volgens deze verzekeraar waarschijnlijk niet bewust gebeurd, maar wellicht is hier gewoon niet bij stilgestaan. Deze verzekeraar geeft aan dat een dergelijk voorbehoud toelaatbaar is, maar ziet ook een moreel dilemma. Je wilt als verzekeraar de aanspraak- of pensioengerechtigde namelijk niet in de steek laten door fouten waar zijzelf niets aan kunnen doen. Dus moet je je als verzekeraar afvragen of je hier dan

ook altijd gebruik van moet maken bij de mogelijkheid hiervan, ook in verband met je reputatie als verzekeraar. Bij hele grote schades kun je dan als verzekeraar voor een lastige keuze komen te staan. In ieder geval heeft een verzekeraar met een dergelijk voorbehoud nog wel een keuze.

Ook een andere verzekeraar heeft inzake het beleid van DNB een bepaalde ruimte in de overeenkomst van waardeoverdracht gecreëerd. Opgenomen is dat de verzekeraar artikel 5 Pw respecteert. Dit zou volgens deze verzekeraar ruimte laten voor jurisprudentie en interpretaties door DNB die bij tijd en wijle nog herzien zouden kunnen worden.

Een duidelijk bezwaar van een verzekeraar tegen het standpunt van DNB wordt als volgt verwoord: *“Bezwaarlijk is dat je als verzekeraar geen goede inschatting kunt maken van de risico’s die binnengehaald worden. Ook met een vooronderzoek in de pensioenfondsadministratie kun je niet de gewenste risicobepaling doen. Dit druist zo in tegen het wezen van verzekeren dat je als verzekeraar totaal onbekende risico’s moet kunnen uitsluiten. Het is weliswaar begrijpelijk dat de verzekerden een mate van bescherming dienen te krijgen, maar nu wordt een soort maatschappelijke rol aan verzekeraars toegedicht geheel over de ruggen van de verzekeraars. Als de mening heerst dat dit soort verborgen risico’s niet uitgesloten mogen worden, zou het dan niet een maatschappelijk collectief risico moeten zijn voor welke een branchefonds opgericht zou moeten worden?! Het zou dus niet een willekeurig risico voor een verzekeraar moeten zijn. Het zou iets nationaals moeten zijn, zoals een volksverzekering of een nationale stroppenpot.”* Volgens deze verzekeraar wil DNB deze discussie niet aangaan omdat het hierin geen maatschappelijke solidariteit ziet.

Ten aanzien van de eventuele huiver om tegen de haren van DNB in te strijken, geeft een verzekeraar aan de discussie met DNB omtrent artikel 5 Pw redelijk vergaand gevoerd te hebben. Er is zelfs overwogen om in een zich voorgedane kwestie de interpretatie van DNB aan de rechter voor te leggen. Dit om te laten toetsen of DNB de wet (artikel 5 Pw) wel juist interpreteert, zeker gezien de wetsgeschiedenis hierover. Zover is het echter niet gekomen. Ondervonden werd dat de relatie met DNB hierdoor enigszins onder druk kwam te staan. De verhouding tussen een verzekeraar en DNB zou volgens deze verzekeraar bij dergelijke discussies een rol kunnen spelen. Gezien het allemaal gevoelig ligt, zou een verzekeraar alert zijn bij het voeren van een dergelijke discussie met DNB. Dat in de verhouding met DNB andere belangen dan het onderhavige issue zelf een rol kunnen spelen, zou dan niet uitgesloten kunnen worden. DNB heeft als toezichthouder nu eenmaal een monopoliepositie. Hoe scherper en principiëler de discussie met DNB wordt gevoerd, hoe meer effect het zou kunnen krijgen op de algehele verhouding tussen DNB en een verzekeraar, aldus deze verzekeraar.

Een andere verzekeraar vindt de wettelijke grondslag van het standpunt van DNB discutabel en wankel. Een verzekeraar zou eigenlijk zelf moeten kunnen bepalen welke risico's zij van een pensioenfonds overnemen. Deze verzekeraar acht het zeker voorstelbaar dat zij, onder bepaalde omstandigheden, ageert tegen het standpunt van DNB. Dit zou dan meer op voorhand zijn. Zo heeft deze verzekeraar in tenminste één lopende waardeoverdracht geen onbeperkte garantie voor claims afgegeven, dus ondanks het voorgeschreven beleid van DNB. Het huidige standpunt van deze verzekeraar is dat anders niet met de onderhavige waardeoverdracht wordt ingestemd. Reden hiervoor zijn de dusdanige geconstateerde specifieke risico's in de verstrekte werknemersgegevens dat de verzekeraar hier haar grenzen trekt. Dit impliceert dat deze verzekeraar in dit geval geen onbekende risico's wenst over te nemen en hiermee dus ook geen pensioenverplichtingen van onbekende verzekerden overneemt. De verzekeraar vraagt zich af wat DNB gaat doen indien, gegeven de situatie, geen enkele pensioenuitvoerder de pensioenverplichtingen van dit pensioenfonds wil overnemen onder het standpunt van DNB? Dan kan het onderhavige pensioenfonds gewoonweg niet liquideren.

Bovenstaande is nog wel een spannend traject. Vraag is hoe DNB hierop gaat reageren. Maar ook wat de risico's voor deze verzekeraar kunnen zijn indien de verzekeraar DNB met het gewenste voorbehoud zou passeren, maar daarna alsnog door een onbekende aanspraak- of pensioengerechtigde, via de rechter, wordt aangesproken. Het positieve hieraan is dat dan eindelijk eens een rechtelijke uitspraak hierover zou komen.

Eén van de verzekeraars geeft aan met nog geen enkele casus geconfronteerd te zijn die aanleiding gaf om zich concreet over de interpretatie van artikel 5 Pw door DNB te buigen of tegen te verzetten en kan om deze reden hierover niets mededelen.

4.4 Gerealiseerde claims en impact bij verzekeraars

Bij geen van de verzekeraars heeft zich een rechtszaak of procedure bij het Kifid voorgedaan met betrekking tot ontbrekende pensioenen na liquidatie van een pensioenfonds. Wel gaf een verzekeraar aan te hopen op een proceswaardige situatie om het hele DNB-beleid een (eerste) rechterlijke toetsing te laten ondergaan. Er zou één, nog lopende, klacht zijn ingediend bij de Ombudsman Pensioenen.

Onder de verzekeraars hebben zich twee claims voorgedaan van aanspraakgerechtigden wiens pensioenaanspraken niet in de waardeoverdracht aan de verzekeraar waren betrokken en hierdoor

bij de verzekeraar ook niet bekend waren. Bij nader onderzoek bleek dat de pensioenaanspraken in beide gevallen in het verleden betrokken waren bij meerdere waardeoverdrachten naar verschillende (administrateurs van) pensioenfondsen. Beide keren lag de fout hoogstwaarschijnlijk bij (de administrateur van) het pensioenfonds en niet bij de werkgever. Uit de waardeoverdracht van tenminste één van deze claims wordt rekening gehouden met meerdere gelijksoortige claims.

Bij één van de verzekeraars zijn de claims op één hand te tellen. Deze betreffen alle premievrijstelling van pensioenopbouw van arbeidsongeschikten uit het verre verleden en hebben niet of nauwelijks tot schade geleid voor deze verzekeraar. Zij hadden zich bij de verzekeraar gemeld naar aanleiding van aandacht voor dit onderwerp door Omroep Max en de tv-programma's Radar en Kassa. De verzekeraar ondervond hierbij wel het probleem dat niet altijd over de volledige administratie van het pensioenfonds wordt beschikt.

Algemene maar voorzichtige bevinding van de verzekeraars is dat de schades en impact hiervan tot nu toe (enorm) meevallen. Hierbij is aangegeven dat de risicobeperkende maatregelen zeker hebben bijgedragen aan de beperkte schade. Gelijktijdig wordt er aan toegevoegd dat dit alles geen garanties voor de toekomst biedt. Een toekomstig schadescenario zou op grond van de huidige ervaringen nog steeds niet te bepalen zijn.

Een verzekeraar gaf aan dat *“het weliswaar rustig is, maar hiermee geen gesloten boek en het zou zomaar ineens kunnen ontvlammen”*. En *“de paar issues die zich tot nu toe hebben voorgedaan kosten veel tijd en geld.”* Daarnaast werd ook het volgende opgemerkt: *“Schades zijn er tot nu toe weinig, maar zijn wel hoog per geval. De risico's zijn weliswaar beperkt middels vrijwaringen, maar die zijn er niet altijd en niet in alle gevallen gelijk. Daarnaast is de vrijwaring niets meer waard indien de werkgever niet meer bestaat of financieel incapabel is. De toekomst blijft hiermee onzeker. Tenslotte is het zo dat mensen zichzelf bij de verzekeraar moeten melden waarbij er een aanleiding moet zijn ontstaan. Zij moeten zich dus zelf ervan bewust zijn dat hun pensioen aan deze verzekeraar is overgedragen. In de pers en op televisie, bijvoorbeeld door Omroep Max, is er aandacht geweest voor verdwenen pensioenen. Pensioen is en blijft echter een lastig onderwerp voor mensen. Men spant zich er niet snel voor in om er achteraan te gaan. Indien dit wel het geval zou zijn, zijn wij ervan overtuigd dat er meer gevallen naar boven zouden komen. Deze mensen worden bijvoorbeeld ook niet getriggerd door pensioenoverzichten. Indien iemand niet bekend is bij een pensioenuitvoerder, komt diegene ook niet in het Pensioenregister (mijnpensioenoverzicht.nl) voor.”*

Eén verzekeraar vindt dat de problematiek nog niet echt goed te overzien is, gezien de overnames van pensioenfondsverplichtingen grotendeels nog niet zo lang geleden hebben plaatsgevonden en de verplichtingen nog tientallen jaren duren. Hieruit zou nog geen conclusie te trekken zijn. Ook Kappelle en Huijg zijn niet bekend met noemenswaardige issues van de afgelopen tien jaar bij de overname van pensioenverplichtingen door verzekeraars (of pensioenfondsen).

5. Analytisch onderzoek

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de resultaten van het theoretische en het praktische onderzoek met elkaar vergeleken en geanalyseerd. Deze analyse betreft het doel van het onderzoek, namelijk het beoordelen in hoeverre rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden inzake ontbrekend pensioen bij liquidatie van een pensioenfonds zijn geborgd. Alvorens het niveau en de bestendigheid van deze borging te bespreken, wordt eerst een blik geworpen op de houdbaarheid van het huidige toezichthoudende kader en de positie van de verzekeraar en werkgever.

5.2 Houdbaarheid van het huidige toezichthoudende kader

Zoals is omschreven in de hoofdstukken 3.4.3.1 'De niet aangemelde werknemer' en 3.6.1 'Rol en eisen van de toezichthouder bij waardeoverdracht aan een verzekeraar', geeft DNB een eigen interpretatie aan artikel 5 Pw en stelt zij door invulling van de open norm van artikel 84 lid 2 sub a Pw aanvullende regelgeving op voor goedkeuring van waardeoverdrachten bij liquidatie van pensioenfondsen.

De genoemde interpretatie van artikel 5 Pw, dat het fundament van het huidige beleid van DNB is, zorgt ervoor dat het een verzekeraar niet toestaan is om een aansprakelijkheidsuitsluiting met een pensioenfonds in liquidatie te bedingen voor pensioenverplichtingen van het pensioenfonds die niet aan de verzekeraar zijn overgedragen. Deze pensioenverplichtingen betreffen ontbrekende pensioenaanspraken of pensioenrechten als gevolg van niet (correct) aangemelde werknemers door de werkgever en/of administratiefouten van het pensioenfonds. Dit verbod van aansprakelijkheidsuitsluiting bij liquidatie van pensioenfondsen is consistent met het verbod dat DNB aan pensioenfondsen oplegt om met de aangesloten werkgever(s) overeen te komen dat het pensioenfonds alleen de pensioenen uitvoert van (correct) aangemelde werknemers. Het is consistent omdat het pensioenfonds bij liquidatie alle pensioenverplichtingen aan een andere pensioenuitvoerder moet overdragen waarvan de ontbrekende pensioenen onder het pensioenfonds, door het beleid van DNB, onderdeel uitmaken.

Het gevolg van het beleid van DNB is dat het pensioenfonds in beginsel het risico draagt voor pensioenen van door de werkgever niet (correct) aangemelde werknemers. Bij liquidatie van het pensioenfonds moet dit risico, plus dat van administratiefouten van het pensioenfonds, aan de verzekeraar worden overgedragen.

Het beleid van DNB geeft de aanspraak- of pensioengerechtigde wiens pensioenen door fouten van een werkgever en/of pensioenfonds niet door een geliquideerd pensioenfonds aan een verzekeraar zijn overgedragen zeer ruime dan wel maximale bescherming. Gezien het doel van de Pensioenwet, waarborging van pensioenen, lijkt dit beleid van DNB te stroken met deze beschermingsgedachte. Kernvraag is of hiervoor voldoende juridische grondslag bestaat. Zowel uit het literatuuronderzoek als uit de meningen van de geïnterviewde verzekeraars blijkt dat uitsluiting van aansprakelijkheid voor niet aangemelde werknemers zowel onder het pensioenfonds als bij overdracht aan de verzekeraar contractueel mogelijk zou moeten zijn. Een (overnemende) pensioenuitvoerder zou dus niet verplicht (moeten) zijn om pensioenovereenkomsten van niet aangemelde werknemers uit te voeren. De in het theorie-deel aangehaalde wetsgeschiedenis hierover geeft duidelijk aan dat dit standpunt in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. De aan een verzekeraar over te dragen pensioenverplichtingen bij liquidatie van een pensioenfonds zouden dus ook alleen uit de daadwerkelijke overgedragen en gefinancierde pensioenen moeten bestaan. Dit is alleen anders indien en voor zover in de overeenkomst van waardeoverdracht anders (ruimer) overeengekomen wordt. Dit laatste ligt echter niet voor de hand, gezien een verzekeraar niet snel bereid zal zijn om dergelijke onbekende risico's over te nemen. Immers zijn de betrouwbaarheid van een werkgever inzake zijn aanmeldingsplicht en de betrouwbaarheid van een pensioenfondsadministratie lastiger dan wel onmogelijk te bepalen risico's.

Tot op de dag van vandaag worden de bij waardeoverdrachten betrokken partijen gedwongen zich aan het beleid van DNB te houden. Zoals uit het praktijkonderzoek blijkt, zijn er door de geïnterviewde verzekeraars nog geen rechtszaken aangaande dit beleid aangespannen. De verzekeraars sluiten een dergelijke rechtsgang echter zeker niet uit. Wat een aanleiding hiervoor kan zijn, valt nog niet te zeggen. Wellicht is het slechts wachten op de eerste verzekeraar die het belang, financieel of vanuit precedentwerking, groot of belangrijk genoeg vindt om een rechtelijke uitspraak te verkrijgen waardoor het huidige beleid van DNB onhoudbaar blijkt te zijn. Zo gaf één van de verzekeraars aan in afwachting te zijn van een proceswaardige casus ter toetsing van het DNB-beleid.

5.3 Positie van de verzekeraar

Zoals hiervoor is aangegeven, houden de verzekeraars zich bij de overname van pensioenen van pensioenfondsen noodgedwongen aan het beleid van DNB. Bij afwijking hiervan legt DNB op grond van artikel 84 lid 2 sub a Pw namelijk een verbod tot waardeoverdracht op. Verzekeraars dragen hiermee in beginsel alle aansprakelijkheid en schadelast van ontbrekende pensioenen die na liquidatie van een pensioenfonds worden opgeëist door de aanspraak- of pensioengerechtigden.

Dergelijke claims lijken zeer reëel. Uit de in de inleiding genoemde publicatie 'Good practice robuuste pensioenadministratie' van DNB en de rapportage van Nieuwsuur alsmede het in hoofdstuk 3.4.1 'Oorzaken van risico's in pensioenfondsadministraties' vermelde onderzoek door de minister van SZW naar de kwaliteit van pensioenfondsadministraties, is gebleken dat de pensioenfondsadministraties nu eenmaal niet vrij zijn van (grote) hiaten. Neem hierbij dat mensen hun rechten steeds beter kennen en hiervoor opkomen, het bestaan van laagdrempelige geschillenbeslechting (zoals het Kifid en de Ombudsman Pensioenen) en media (zoals Radar, Kassa en Omroep Max) die hieraan regelmatig aandacht besteden en een groot doelgroepenbereik hebben. Het aantal pensioenrechtzaken in Nederland neemt ook steeds meer toe. Veel uitspraken gaan over de uitleg van pensioenreglementen, maar ook over de vraag of een onderneming onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt. Zo gaf het artikel 'De stap naar de rechter wordt kleiner' van Pensioen Pro van 4 juli 2019 de ontwikkeling weer van deelnemers die sneller opkomen voor hun pensioenrechten en van wet- en regelgeving met open normen waardoor pensioengeschillen vaker aan de rechter worden voorgelegd. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat media-aandacht de oorzaak is geweest van een aantal claims bij de verzekeraars. Het praktijkonderzoek bevestigt daarentegen ook dat het aantal claims en impact hiervan op de verzekeraars gering is geweest. Ook bleek dat ondanks bovengenoemde ontwikkelingen pensioen voor mensen moeilijk te doorgronden materie is waardoor interesse in en een actieve houding met betrekking tot (ontbrekende) pensioenen nog steeds beperkt is.

Over de constatering van het geringe aantal claims onder de verzekeraars is de gemeenschappelijke reactie dat dit geen garanties voor de toekomst biedt vanwege de langlopende pensioenverplichtingen. Het huidige beleid van DNB is pas een kleine tien jaar oud en de pensioenverplichtingen duren nog tientallen jaren. Daarnaast geven de verzekeraars aan dat individuele claims zeer hoge schades kunnen betreffen. Tenslotte zijn niet alle verzekeraars altijd door werkgevers (volledig) gevrijwaard en is die vrijwaring een lege huls zodra de werkgever niet meer bestaat of de schadelast niet kan dragen.

Bij afwezigheid van het huidige beleid van DNB is de juridische mogelijkheid voor contractuele uitsluiting voor aansprakelijkheid van de verzekeraar in de overeenkomst van waardeoverdracht voor administratiefouten door het pensioenfonds niet zonneklaar. Gezien de aard van de situatie, waarin het pensioenfonds als rechtspersoon verplichtingen heeft en deze overdraagt in verband met zijn eigen opheffing, zou gesteld kunnen worden dat dit eerder niet dan wel mogelijk is. Belangrijk punt hierbij is dat dit bij waardeoverdrachten vanuit bedrijfstakpensioenfonds in ieder geval niet mogelijk lijkt te zijn, zoals hieronder wordt toegelicht. De mogelijke risico's vanuit

administratiefouten worden door de verzekeraars, naast accountantscontroles en eigen controles, wel zoveel mogelijk gereduceerd door zich ook hiervoor door de werkgever te laten vrijwaren.

Positie van de verzekeraar bij overgenomen bedrijfstakpensioenfondsverplichtingen

Hoewel het vanuit praktisch oogpunt volledig begrijpelijk is, blijft het vanuit risicobeheer voor verzekeraars een bijzondere situatie dat er bij de overgenomen pensioenverplichtingen van *bedrijfstakpensioenfondsen* geen vrijwaringen door werkgevers bedongen worden. Een bedrijfstakpensioenfonds kenmerkt zich immers door veel aangesloten werkgevers en deelnemers. De aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds is deze werkgevers daarbij wettelijk opgelegd waardoor werkgevers eerder geneigd kunnen zijn om niet alle werknemers aan te melden. Om deze redenen worden, ten aanzien van zowel administratiefouten als aanmelding van werknemers, de risico's (veel) hoger geacht dan bij ondernemingspensioenfondsen met slechts één of enkele aangesloten werkgevers. Vraag is dan of de hierbij door de verzekeraar getroffen risicobeperkende maatregelen, zoals een accountantscontrole en een eventuele schadedepot, voldoende zijn. Uit de ervaringen van de verzekeraars kunnen hiervoor nog geen conclusies getrokken worden. Dit geldt ook voor de eventuele mogelijkheid van een verzekeraar om werkgevers zonder een overeengekomen vrijwaring aansprakelijk te kunnen stellen voor niet aangemelde werknemers als in, het volgende, hoofdstuk 5.4 'Positie van de werkgever' tevens is benoemd.

Er is nog een andere belangrijke factor die bepaalt dat de potentiële risico's voor verzekeraars bij de overname van pensioenverplichtingen van bedrijfstakpensioenfondsen groter zijn dan bij die van ondernemingspensioenfondsen. In het theoretische onderzoek is aangegeven dat een aanspraak- of pensioengerechtigde zijn onder een bedrijfstakpensioenfonds opgebouwde pensioenen op grond van de Wet Bpf 2000, wetsgeschiedenis en jurisprudentie van rechtswege jegens het bedrijfstakpensioenfonds kan claimen. Hierdoor is het voor een bedrijfstakpensioenfonds ook niet mogelijk om een aansprakelijkheidsuitsluiting in het uitvoeringsreglement toe te passen voor niet (correct) aangemelde werknemers. Dit impliceert dat alle reglementaire, dus inclusief de bij het bedrijfstakpensioenfonds onbekende, pensioenen altijd onder de pensioenverplichtingen van het bedrijfstakpensioenfonds vallen en dat deze hiermee ook onder de waardeoverdracht aan de verzekeraar moeten vallen. De mogelijkheid van uitsluiten van aansprakelijkheid voor de verzekeraar van administratiefouten van het bedrijfstakpensioenfonds is hiermee niet mogelijk. Administratiefouten hebben namelijk geen invloed op de hoogte van deze reglementaire pensioenaanspraken.

Het huidige beleid van DNB voegt aan bovenvermelde niets toe. Dit betekent dat het bedrijfstakpensioenfonds en de verzekeraar, ook bij afwezigheid van het huidige beleid van DNB, in de overeenkomst van waardeoverdracht geen aansprakelijkheidsbeperkingen mogen afspreken ten aanzien van niet (correct) aangemelde werknemers door de werkgever of administratiefouten door het bedrijfstakpensioenfonds. Het huidige toezicht door DNB waarbij deze aansprakelijkheidsbeperkingen bij waardeoverdrachten niet mogen worden bedongen, is wat dat betreft correct bij waardeoverdrachten vanuit bedrijfstakpensioenfondsen. Echter is dit niet op grond van artikel 5 Pw zoals door DNB wordt verondersteld, maar op grond van de wettelijke systematiek van pensioenopbouw onder bedrijfstakpensioenfondsen.

Uit het praktijkonderzoek komt vanuit de verzekeraars het bezwaar naar voren dat zij bij de overname van pensioenfondsverplichtingen, van zowel ondernemingspensioenfondsen als bedrijfstakpensioenfondsen, onbekende risico's in huis moeten nemen waarvan het aantal en de omvang niet ingeschat kan worden. Verzekeraars zijn uiteraard niet verplicht om pensioenverplichtingen van pensioenfondsen over te nemen, maar zij ontlenen hun bestaansrecht aan het verzekeren van pensioenen. Daarbij stimuleert DNB pensioenfondsen om telkens hun bestaansrecht te monitoren en kan een verzekeraar een geschikte overnamekandidaat zijn.

5.4 Positie van de werkgever

Na liquidatie van een pensioenfonds dragen verzekeraars in beginsel alle risico's van ontbrekende pensioenen. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de verzekeraars zich, weliswaar alleen bij overname van pensioenen van ondernemingspensioenfondsen, in de meeste gevallen door de werkgevers hebben laten vrijwaren voor voormalige fouten van zowel de werkgevers zelf als die van de pensioenfondsen. Bij afwezigheid van een dergelijke vrijwaring is niet geheel duidelijk of er tussen de verzekeraar en de werkgever een rechtsverhouding bestaat. Wel zijn in het theoretische onderzoek mogelijke grondslagen voor een (buiten)contractuele verhouding tussen deze partijen benoemd. Het belang hiervan ligt in de vraag of een verzekeraar een werkgever aansprakelijk kan stellen voor schades als gevolg van schending van zijn mededelingsplicht aan het voormalige pensioenfonds. Een dergelijke casus heeft zich onder de verzekeraars helaas nog niet voorgedaan.

Bij een overeengekomen vrijwaring is er in ieder geval een contractuele rechtsverhouding tussen verzekeraar en werkgever. Afhankelijk van de inhoud van de vrijwaring loopt de werkgever risico van aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid voor eigen fouten had de werkgever ook onder het pensioenfonds. In die zin verandert er door de vrijwaring niets voor de werkgever. Dit geldt niet voor

administratiefouten van het voormalige pensioenfonds. Afgevraagd kan worden of werkgevers deze risico's wel kunnen overzien en op welke wijze zij deze risico's op hun balans zetten. De verzekeraars geven in ieder geval aan niet in staat te zijn om dergelijke risico's te kwantificeren.

5.5 Niveau en bestendigheid van de borging van de rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden

Pensioenaanspraken bestaan op grond van de pensioenovereenkomst tussen een werkgever en werknemer of op grond van de dienstbetrekking in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. De vraag is dan wat 'ontbrekende pensioenaanspraken' in juridische zin precies betekent.

Om te beginnen staan aanspraken op pensioen los van financiering en administratie hiervan. Ingeval van pensioenaanspraken die uit een pensioenovereenkomst voortvloeien, maar niet door de werkgever bij een pensioenuitvoerder zijn ondergebracht (en gefinancierd), is geen sprake van ontbrekende pensioenaanspraken. In dat geval bestaat het recht op de pensioenaanspraken van de aanspraakgerechtigde gewoon jegens deze werkgever, maar niet jegens de pensioenuitvoerder (bij afwezigheid van het huidige beleid van DNB). Het recht van de aanspraakgerechtigde is dan om de werkgever te dwingen de pensioenaanspraken alsnog bij de pensioenuitvoerder onder te brengen waardoor de aanspraakgerechtigde een rechtstreekse vordering van zijn pensioenaanspraken jegens de pensioenuitvoerder krijgt. De aanspraakgerechtigde loopt hierbij het risico van een (langlopende) juridische procedure alsmede dat de werkgever intussen niet meer bestaat of financieel niet tot onderbrenging van het pensioen in staat is. In dat geval zijn de pensioenaanspraken juridisch nog steeds niet ontbrekend, maar kan de vordering tot onderbrenging niet meer door de werkgever worden nagekomen, waardoor een vordering van pensioenaanspraken door de aanspraakgerechtigde jegens de pensioenuitvoerder niet wordt geëffectueerd.

Bovenstaande problematiek is als gevolg van het huidige beleid van DNB niet aan de orde. Immers is het pensioenfonds onder dit beleid ook aansprakelijk voor de pensioenen van niet aangemelde werknemers. Na liquidatie van het pensioenfonds is de overnemende verzekeraar op grond van het beleid van DNB voor deze pensioenen aansprakelijk.

Indien een pensioenuitvoerder fouten maakt waardoor geen of te weinig pensioenaanspraken zijn geadministreerd, is in juridische zin ook geen sprake van ontbrekende pensioenaanspraken. Het recht van de aanspraakgerechtigde is dan om de pensioenuitvoerder de fout in de administratie te

laten herstellen. De vordering tot het laten herstellen van gemaakte fouten door de pensioenuitvoerder geschiedt onder het verbintenissenrecht. Na liquidatie van het pensioenfonds geschiedt dit door de verzekeraar op grond van het beleid van DNB. Oftewel, na liquidatie van het pensioenfonds kunnen de niet aan de verzekeraar overgedragen (gefinancierde) pensioenen als gevolg van fouten van het pensioenfonds door de aanspraak- en pensioengerechtigden rechtstreeks jegens de verzekeraar geclaimd worden.

Afgaande op bovenvermelde kan *het recht van aanspraak- en pensioengerechtigden bij ontbrekende pensioenen* wellicht het beste omschreven worden als het gerechtigd zijn om deze pensioenen (alsnog) rechtstreeks jegens de pensioenuitvoerder te kunnen claimen.

Ondernemingspensioenfondsen

Bovenstaande is onverkort van toepassing op de pensioenen die vanuit geliquideerde ondernemingspensioenfondsen aan een verzekeraar zijn overgedragen.

Bedrijfstakpensioenfondsen

De situatie van ontbrekende pensioenaanspraken welke onder een bedrijfstakpensioenfonds zijn opgebouwd, is niet mogelijk. Dit is ongeacht het huidige beleid van DNB. Pensioenen onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds zijn van rechtswege opgebouwd. Zoals in het theoriedeel van dit onderzoek is aangegeven, vloeien deze pensioenaanspraken zelfstandig en rechtstreeks voort uit het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds en zijn niet afhankelijk van een toekenning of administratie door het bedrijfstakpensioenfonds. Bij een waardeoverdracht naar een verzekeraar als gevolg van liquidatie van het bedrijfstakpensioenfonds dienen deze pensioenverplichtingen aan de verzekeraar te worden overgedragen.

Samenvattend

Onder het huidige beleid van DNB geldt ten aanzien van pensioenen die onder een ondernemingspensioenfonds zijn opgebouwd dezelfde bescherming als voor pensioenen die onder een bedrijfstakpensioenfonds zijn opgebouwd. Verschil ontstaat pas indien het beleid van DNB vanaf enig moment, om wat voor reden dan ook, niet meer van toepassing zou zijn waardoor de pensioenen van niet aangemelde werknemers uitgesloten zijn van (verplichte) uitvoering door ondernemingspensioenfondsen. Bij liquidatie van een ondernemingspensioenfonds worden deze, tussen werkgever en werknemer overeengekomen maar ten onrechte niet bij het pensioenfonds ondergebrachte, pensioenaanspraken en pensioenrechten ook niet overgedragen aan de

verzekeraar. Hiermee zou de verzekeraar als nieuwe pensioenuitvoerder dus ook niet aansprakelijk zijn voor deze pensioenen.

Onder een ondernemingspensioenfondsen opgebouwde pensioenen hebben niet de wettelijke grondslag zoals onder bedrijfstakpensioenfondsen het geval is. Bij pensioenen vanuit ondernemingspensioenfondsen is de grondslag van de bescherming het huidige beleid van DNB dat een ondernemingspensioenfonds geen aansprakelijkheidsuitsluiting mag hanteren en deze ook niet in een overeenkomst van waardeoverdracht bij liquidatie mag worden overeengekomen met een verzekeraar. Dit maakt de huidige bescherming van onder een ondernemingspensioenfonds opgebouwde en aan een verzekeraar overgedragen pensioenen niet toekomstbestendig. Bijvoorbeeld in geval van een wetswijziging of rechterlijke uitspraak op basis waarvan het huidige beleid van DNB niet meer houdbaar is of, een weliswaar minder realistisch scenario, door een beleidswijziging door DNB zelf. In het beleid van DNB wordt dit onderscheid tussen bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen overigens niet zo gemaakt.

Bij het wegvallen van de huidige bescherming door DNB heeft dit als gevolg dat vanaf dat moment, tenzij tussen het geliquideerde ondernemingspensioenfonds en verzekeraar contractueel anders is geregeld, de verzekeraar niet meer aansprakelijk is voor niet aangemelde werknemers bij het ondernemingspensioenfonds. Oftewel, de verzekeraar hoeft alleen de daadwerkelijk door het ondernemingspensioenfonds overgedragen en gefinancierde pensioenen uit te voeren. Dit impliceert vervolgens dat de aanspraak- of pensioengerechtigde bij gemaakte fouten door de werkgever, deze werkgever zelf dient aan te spreken om alsnog aan diens onderbrengingsplicht te voldoen. In het uiterste geval zal de aanspraak- of pensioengerechtigde zijn recht via de rechter moeten trachten af te dwingen. Dit kan een langdurige en kostbare aangelegenheid worden. Bij het niet meer bestaan van deze werkgever of het niet financieel kunnen voldoen van deze verplichting door de werkgever, betekent dit dat de aanspraak- of pensioengerechtigde het verlies van het ontbrekende pensioen zelf moet dragen.

Ten aanzien van gemaakte fouten door het ondernemingspensioenfonds ligt het bij het wegvallen van de huidige bescherming door DNB voor de aanspraak- of pensioengerechtigde nog lastiger. Het aanspreken van het ondernemingspensioenfonds kan niet meer, gezien het pensioenfonds niet meer bestaat. In dat geval resteert waarschijnlijk alleen nog de mogelijkheid van heropening van de vereffening. Dit kan tevens een langdurige en kostbare procedure betekenen welke een aanspraak- of pensioengerechtigde, eventueel afhankelijk van de hoogte van zijn claim, kan doen besluiten om hier van af te zien. Ook in dat geval draagt de aanspraak- of pensioengerechtigde het verlies van het

ontbrekende pensioen zelf. Zoals eerder aangegeven lijkt, bij afwezigheid van het huidige beleid van DNB, de juridische mogelijkheid voor contractuele uitsluiting voor aansprakelijkheid van de verzekeraar in de overeenkomst van waardeoverdracht voor administratiefouten door het voormalige pensioenfonds overigens eerder niet dan wel mogelijk.

6. Conclusie en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de conclusie van het onderzoek besproken waarmee tevens antwoord wordt gegeven op de centrale vraag. Tenslotte wordt op grond van het gehele onderzoek een aantal aanbevelingen gedaan.

6.2 Conclusie

In dit onderzoek is gezocht naar het antwoord op de vraag wat rechtens de situatie en positie van aanspraak- en pensioengerechtigden is ingeval van ontbrekend pensioen onder de situatie waarin het pensioenfonds niet meer bestaat.

De centrale vraag hierbij in dit onderzoek luidt als volgt:

'In hoeverre zijn rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden geborgd indien, als gevolg van niet nakoming van verplichtingen door het pensioenfonds of de aangesloten werkgever, geen of te weinig pensioen is opgebouwd en het pensioenfonds inmiddels is geliquideerd?'

In het analytisch onderzoek is geconcludeerd dat een aanspraak- of pensioengerechtigde zijn onder een bedrijfstakpensioenfonds reglementaire opgebouwde pensioenen altijd wettelijk jegens het bedrijfstakpensioenfonds en na liquidatie altijd jegens de overnemende verzekeraar kan claimen. Deze pensioenen zijn onder de verzekeraar zeer ruim dan wel maximaal gewaarborgd.

Ten aanzien van ontbrekende pensioenen van een aanspraak- of pensioengerechtigde die onder een ondernemingspensioenfonds zijn opgebouwd en na liquidatie aan een verzekeraar zijn overgedragen, is in het analytisch onderzoek geconcludeerd dat deze aan dezelfde kwalitatieve bescherming onderhevig zijn als die onder bedrijfstakpensioenfondsen zijn opgebouwd. Alleen is de grondslag van deze bescherming niet een wettelijke zoals bij bedrijfstakpensioenfondsen, maar het huidige beleid van DNB. Op grond van dit beleid mogen pensioenfondsen geen aansprakelijkheidsuitsluiting voor pensioenaanspraken van niet aangemelde werknemers door de werkgever hanteren. Deze aansprakelijkheidsuitsluiting als ook die voor administratiefouten van het pensioenfonds mag de verzekeraar vervolgens niet bedingen bij de overname van de pensioenfondsverplichtingen bij liquidatie van het pensioenfonds. Het onderhavige verschil tussen bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen wordt in het beleid van DNB overigens niet als zodanig onderkend.

De bescherming van ontbrekende pensioenen die onder een ondernemingspensioenfonds zijn opgebouwd en aan een verzekeraar zijn overgedragen is onder de huidige situatie kwetsbaar. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de verzekeraars het beleid van DNB niet ondersteunen en een toekomstige rechtsgang inzake dit beleid zeer zeker niet uitsluiten of zelfs in afwachting zijn van een mogelijkheid hiertoe. Dan kan het zomaar zijn dat de huidige waarborging van ontbrekende pensioenen van aanspraak- en pensioengerechtigden vanuit een voormalig ondernemingspensioenfonds op losse schroeven komt te staan. Wat dat betreft hangt een dergelijke rechtsgang door een overnemende pensioenuitvoerder als het zwaard van Damocles boven het huidige beleid van DNB en hiermee boven de huidige bescherming van de aanspraak- en pensioengerechtigden. Dit geldt dan zeker voor schade die ontstaan is uit het niet voldoen van de mededelingsplicht van de werkgever aan het voormalige ondernemingspensioenfonds. Voor administratiefouten van het geliquideerde ondernemingspensioenfonds is dit enigszins ongewis.

Hier is overigens bewust 'overnemende pensioenuitvoerder' genoemd. Bij overnemende pensioenfonds komen schades van ontbrekende pensioenen niet ten laste van de rechtspersoon maar van het collectief. Met spreekt in dit verband van 'solidariteit', maar men moet hierbij niet over het hoofd zien dat feitelijk sprake is van benadeling van de bestaande aanspraak- en pensioengerechtigden van dit overnemende pensioenfonds. Wellicht dat ook een overnemend pensioenfonds eens met een casus geconfronteerd wordt welke dit pensioenfonds een grens doet trekken inzake acceptatie van het beleid van DNB en wel in het belang van de bestaande aanspraak- en pensioengerechtigden.

Samengevat kan het volgende geconcludeerd worden:

- ⇒ De huidige borging van rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden inzake pensioenen die vanuit een geliquideerd bedrijfstakpensioenfonds aan een verzekeraar zijn overgedragen, is en blijft onder de huidige wetgeving optimaal. Voor deze aanspraak- en pensioengerechtigden is dit een zeer gewenste situatie.
- ⇒ De huidige borging van rechten van aanspraak- en pensioengerechtigden inzake pensioenen die vanuit een geliquideerd ondernemingspensioenfonds aan een verzekeraar zijn overgedragen is tevens optimaal, echter voor zolang en zover het huidige beschermende beleid van DNB van toepassing is. Ondanks dat dit beleid van DNB sinds de introductie hiervan stand heeft gehouden, is dit voor de toekomst allerminst zeker. Voor de aanspraak- en pensioengerechtigden, maar ook voor de verzekeraars, is dit geen gewenste situatie.

6.3 Aanbevelingen

Voor pensioenen die onder een bedrijfstakpensioenfonds worden opgebouwd, is in dit onderzoek geconcludeerd dat een aansprakelijkheidsuitsluiting door een bedrijfstakpensioenfonds voor niet (correct) aangemelde werknemers juridisch niet mogelijk is. Deze aansprakelijkheidsuitsluiting als ook die voor administratiefouten van een bedrijfstakpensioenfonds kan ook niet door een verzekeraar als overnemende pensioenuitvoerder bedongen worden bij liquidatie van een bedrijfstakpensioenfonds. Deze onmogelijkheid, en hiermee de bescherming van aanspraak- en pensioengerechtigden, is echter niet wettelijk vastgelegd maar gebaseerd op de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur hierover. Wettelijke vastlegging hiervan in de Pensioenwet of in de Wet Bpf 2000 zou onzekerheid hierover wegnemen.

Voor pensioenen die onder een ondernemingspensioenfonds worden opgebouwd, is in dit onderzoek geconcludeerd dat een aansprakelijkheidsuitsluiting door een ondernemingspensioenfonds voor niet (correct) aangemelde werknemers vanuit het toezichtkader niet toegestaan is. Deze aansprakelijkheidsuitsluiting als ook die voor administratiefouten van een ondernemingspensioenfonds mag ook niet door een verzekeraar als overnemende pensioenuitvoerder bedongen worden bij liquidatie van een ondernemingspensioenfonds. Dit verbod, en hiermee de bescherming van aanspraak- en pensioengerechtigden, is afhankelijk van handhaving van het huidige (discutabele) beleid van DNB en hiermee onzeker voor de toekomst. Daarnaast levert dit beleid van DNB in de rechtsliteratuur en het praktijkveld ontevredenheid en scepsis op. Wettelijke verankering geeft veel meer verheldering en zekerheid dan een interpretatie door een toezichthouder die elk moment onderuit gehaald zou kunnen worden. DNB is immers een toezichthouder en geen wetgever. Een aanvullende wetsbepaling voor toepassing van artikel 5 Pw in relatie tot de mededelingsplicht van werkgevers bij de uitvoering van pensioenregelingen en bij liquidatie van pensioenfondsen is om deze reden zeer aanbevelenswaardig.

Aanbevelingen aan verzekeraars

Verzekeraars zullen bij de overname van pensioenverplichtingen van te liquideren bedrijfstakpensioenfondsen alert moeten zijn op de verhoogde risico's hiervan ten opzichte van pensioenverplichtingen van ondernemingspensioenfondsen. Naast de grotere kans op niet aangemelde werknemers en administratiefouten van het bedrijfstakpensioenfonds, leidt het eventueel wegvallen van het huidige beleid van DNB niet tot een wijziging van de huidige verreikende aansprakelijkheid van verzekeraars.

Op basis van de ervaringen van de verzekeraars is, voor de aan de waardeoverdracht voorafgaande (accountants)controle door de verzekeraar, extra oplettendheid aanbevolen:

- met betrekking tot deelnemersbestanden van eerder bij het pensioenfonds plaatsgevonden collectieve inkomende en/of uitgaande waardeoverdrachten;
- met betrekking tot bij de werkgever plaatsgevonden afwijkende (periodieke) salarisverhogingen in relatie tot de hierbij behorende pensioenaanspraken bij het pensioenfonds;
- met betrekking tot door het pensioenfonds toegekende premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid.

Bibliografie

Asser/Lutjens 7-XI 2019

E. Lutjens, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Kluwer 2019.

De Bruin e.a. 2013

J.W. de Bruin, *Het verweesde pensioenfonds, en nu?* (Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Heemskerk 2020

M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Hendrikse, Van Huizen & Rinkes 2015

M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Huijg, P&P 2012/1

T. Huijg, 'Deelnemer? Maar wie ben jij dan?', *P&P* 2012, nr. 1, p. 19-23.

Huijg, P&P 2012/5

T. Huijg, 'Aansprakelijkheid van een verplichtgesteld bpf', *P&P* 2012, nr. 5, p. 14-16.

Huijg & Vestering, Tijdschrift voor Financieel Recht 2014/7/8

T. Huijg & P.G. Vestering, 'De-risking door aanpassing van de pensioenregeling', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2014, nr. 7/8, p. 291-299.

Kuypers, P&P 2012/4

A.C.M. (Louis) Kuypers, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen&Praktijk* 2012, nr. 4, p. 6-7.

Lutjens, P&P 2011/12

E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij het niet aanmelden', *Pensioen&Praktijk* 2011, nr. 12, p. 4-5.

Lutjens, P&P 2012/4

E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *Pensioen&Praktijk* 2012, nr. 4, p. 7-10.

Lutjens, P&P 2012/5

E. Lutjens, 'Pensioenwet en de gevolgen', *Pensioen&Praktijk* 2012, nr. 5, p. 12-13.

Schop, PA 2018, p. 19-22

E. Schop, 'Geen premie, wel recht': klopt dat wel?', *PensioenAdvies* december 2018, p. 19-22.

Van Kaldekerken, P&P 2012/5

G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *Pensioen&Praktijk* 2012, nr. 5, p. 6-11.

Visscher, MvO 2018/3/4

M.H. Visscher, 'De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden

van betalingsonmacht) nader bezien', *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, nr. 3 & 4, p. 89-96.

Van Tilburg, *PM* 2019/8/9

B. van Tilburg, 'Houd werkgever buiten de vrijwaring bij liquidatie van pensioenfonds', *PensioenMagazine* augustus/september 2019, p. 27-31.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*)
HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462 (*Bpf Beroepsvervoer/Labots*)
HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 (*ECN/Omen*)
HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:PHR:2013:874
HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588 (*Bpf Beroepsvervoer/Carlande*)
HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (*Alcatel*)
HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300
HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Bpf Reisbranche/Booking.com*)
HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3503
Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050 (*Delta Lloyd*)
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3196
Hof 's-Gravenhage 28 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1751.
Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (*Euronext*)
Hof Den Haag, 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:832

Rechtbanken

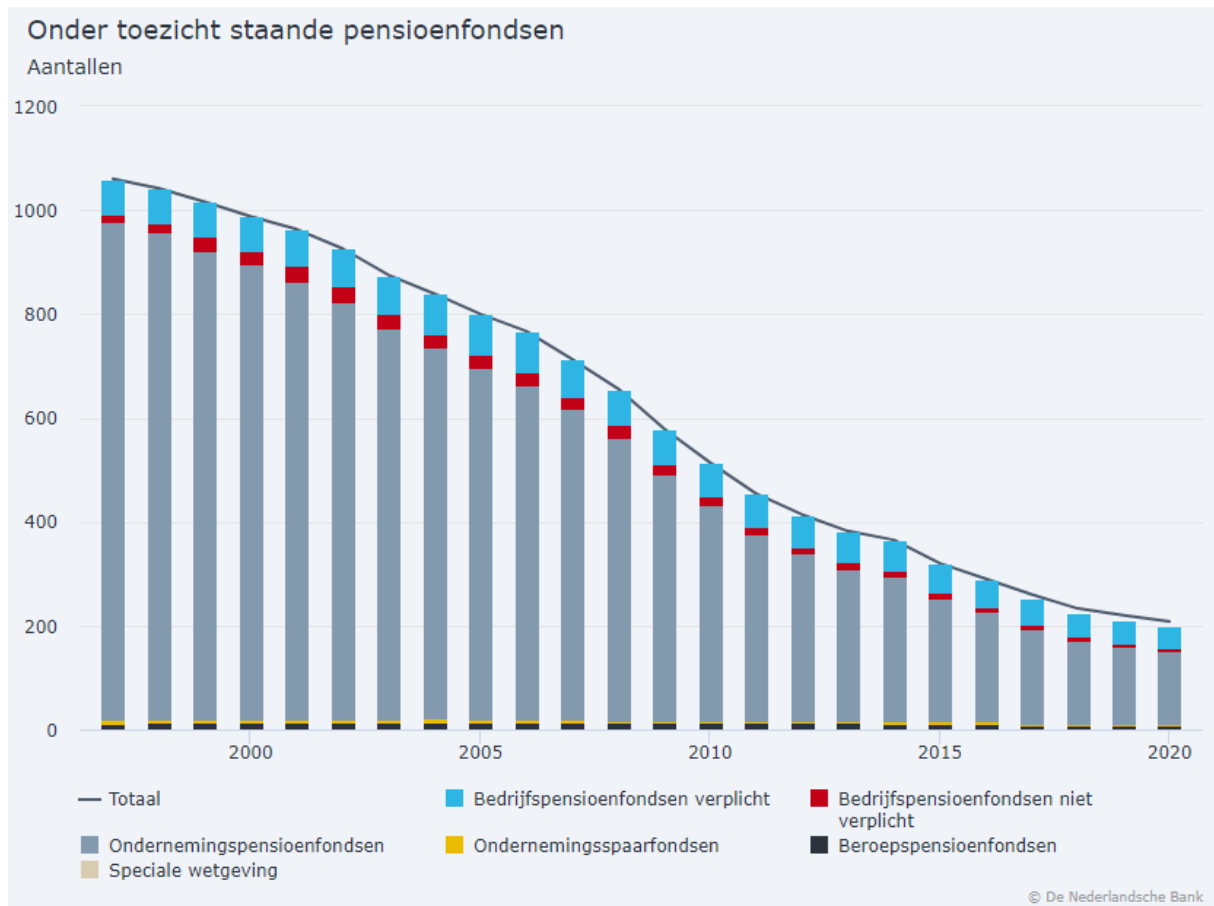
Rb. Arnhem (ktr.) 25 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494
Rb. Leeuwarden 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB6517
Rb. Arnhem (ktr.) 16 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI1185
Rb. Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6170
Rb. Rotterdam (ktr.) 30 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BW2560.
Rb. Leeuwarden (ktr.) 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313
Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7229
Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:852
Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7912
Rb. Oost-Brabant (Ktr.) 17 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:98
Rb. Gelderland (ktr.) 3 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2828
Rb. Rotterdam (ktr.) 26 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6053

Geschillencommissie Kifid

GC Kifid 13 augustus 2015, nr. 2015-231

Bijlagen

Bijlage 1: Overzicht aantal pensioenfondsen 1997 – 2020



PRAKTIJKONDERZOEK VERZEKERAARS

1. Voorwaarden van de verzekeraar voor overname pensioenfondsverplichtingen

Onder welke risicobeperkende voorwaarden zijn door de verzekeraar, binnen het wettelijke en toezichtkader van DNB, pensioenverplichtingen van pensioenfondsen overgenomen? Bijvoorbeeld:

- *Een due diligence op de juistheid van de pensioenfondsadministratie*
- *Een rapport van feitelijke bevindingen (COS 4400) gericht op de vergelijking tussen de administratie van het pensioenfonds en de werknemersadministratie van de werkgever (over een bepaalde periode)*
- *Steekproeven in de pensioenfondsadministratie*
- *Een extra koopsom voor het pensioenfonds ter dekking van toekomstige schades van niet overgedragen (en gefinancierde) pensioenen*
- *Een garantiereserve door het pensioenfonds betaald om voor een bepaalde duur toekomstige schadeclaims uit te voldoen, waarna het (restant hiervan) wordt aangewend voor toeslagen of aan de werkgever toekomt*

Wordt de verzekeraar altijd door de werkgevers gevrijwaard?

Geldt die vrijwaring dan alleen voor eigen fouten (schending mededelingsplicht) of ook voor administratiefouten van het pensioenfonds?

Zijn de voorwaarden bij ondernemingspensioenfondsen anders dan bij (verplichte) bedrijfstakpensioenfondsen? Zo kan een groot aantal aangesloten werkgevers belemmerend zijn voor vrijwaring van de verzekeraar.

Indien een extra koopsom of een garantiereserve door het pensioenfonds is betaald, worden hieruit dan alleen schades gefinancierd als gevolg van administratiefouten van het pensioenfonds of ook als gevolg van fouten van werkgevers?

Ontslaat een extra koopsom of een garantiereserve de werkgever van verdere aansprakelijkheid, waardoor sprake is van een 'afkoopsom'?

Wordt een garantiereserve bij fouten van een werkgever altijd aangesproken of alleen indien de werkgever niet meer in staat is de schade te vergoeden (bv bij faillissement)?

2. Visie van de verzekeraar over interpretatie artikel 5 Pw door DNB

Is de verzekeraar de mening toegedaan dat zij juridisch gebonden alsmede in redelijkheid gecommiteerd zou moeten zijn aan het toezichthoudende kader van DNB of zijn er gronden om zich, onder bepaalde omstandigheden, hier (rechtens) tegen te verzetten?

Bestaat voor laatstgenoemde ook ruimte in de overeenkomst van overdracht tussen het pensioenfonds en de verzekeraar?

Bijvoorbeeld dat de huidige interpretatie van DNB van artikel 5 Pw niet meer van toepassing is vanaf het moment dat dit standpunt door DNB wordt herzien, door een wetswijziging of als gevolg van een rechtelijke uitspraak.

Indien dit niet het geval is, impliceert dit dan in alle gevallen contractuele gebondenheid aan het huidige standpunt van DNB, terwijl het standpunt inmiddels niet meer van toepassing zou zijn?

Speelt de vrees voor reputatieschade of een verstoorde verhouding met DNB een rol als gevolg waarvan het standpunt van DNB (tot nu toe) niet is 'weersproken of aangevochten'.

3. *Praktijkervaringen van de verzekeraar als nieuwe pensioenuitvoerder*

Tegen welke problemen en dilemma's is de verzekeraar in de praktijk aangelopen inzake claims van aanspraak- en pensioengerechtigden als gevolg van administratiefouten van het geliquideerde pensioenfonds of de mededelingsplicht van de werkgever?

Zijn deze issues van gelijksoortig aard? Bijvoorbeeld:

- *Onbekende verzekerden*
- *Foutief verstrekte informatie door werkgevers aan het pensioenfonds*
- *Administratiefouten van het pensioenfonds of administrateur*

Wat is de impact en afhandeling hiervan? Bijvoorbeeld ten aanzien van:

- *Financiële schade*
- *Reputatie*
- *Rechtszaken of Kifidzaken*
- *Buitengerechtelijke afwikkeling*

Kan geconcludeerd worden dat de gerealiseerde risico's voor de verzekeraar tot nu toe zorgwekkend zijn of valt het allemaal wel mee?

Indien het meevalt, is dit dan mede het gevolg van de contractuele risicobeperkende voorwaarden?