

Evenwichtigheid en de Wet toekomst pensioenen

TPV 2022/35

1. Inleiding

In het wetsvoorstel Wet toekomst pensioenen komt het woord (on)evenwichtig 14 keer voor. In de Memorie van Toelichting (MvT) komt evenwichtig terug in 280 woorden. Ook in de nota naar aanleiding van het (nader) verslag wordt de term keer op keer gebezigd.

Aanleiding voor het veelvuldige gebruik van het woord evenwichtig is het pensioenakkoord, dat ten grondslag ligt aan het wetsvoorstel Wet toekomst pensioenen.² Hierin hebben kabinet, werkgevers- en werknemersorganisaties de afspraak gemaakt dat de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel op evenwichtige wijze plaatsvindt en dat nadelige effecten op het te bereiken pensioen worden gecompenseerd. Nu er zoveel waarde aan wordt toegekend, is het van belang om vast te stellen wat precies onder een evenwichtige transitie moet worden verstaan. Hoofdstuk 5 van de MvT besteedt hier aandacht aan. Het begrip evenwichtig komt echter in de huidige PW ook al voor. In dit artikel bezien we hoe zich dat tot elkaar verhoudt, wat de gevolgen van het hanteren van de open norm van evenwichtigheid zijn voor de rechten van deelnemers bij de transitie en welke risico's kunnen ontstaan voor de betrokken partijen.

2. Bestaande uitleg aan het begrip evenwichtigheid

De term evenwichtig komt naar voren in de huidige PW-bepalingen over de voorwaarden die gelden bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst, de eisen waaraan informatie moet voldoen en de samenstelling van het bestuur, de raad van toezicht en het verantwoordingsorgaan. Het speelt ook een belangrijke rol bij de belangenafweging die geldt voor het bestuur en andere fondsorganen. Tevens hebben de AFM en DNB zienswijzen gedeeld ten aanzien van het begrip evenwichtig.

2.1 Artikel 48 PW: evenwichtige informatieverstrekking

Artikel 48 lid 1 PW schrijft voor dat de informatie die een pensioenuitvoerder verstrekt of beschikbaar stelt correct, duidelijk, tijdig en evenwichtig moet zijn.

2.1.1 Wetsgeschiedenis artikel 48 PW

In de MvT bij de Wet pensioencommunicatie is naar aanleiding van opmerkingen en vragen over de invulling van de norm evenwichtig een nadere duiding gegeven door de wetgever.³

“De norm evenwichtig betekent dat de relevante aanwezige voor- en nadelen goed moeten worden weergegeven. Om een juist beeld te geven moet een pensioenuitvoerder, naast informatie over de positieve kenmerken, ook informatie geven over de beperkende kenmerken of voorwaarden van de pensioenregeling. Als de informatie niet evenwichtig is en een deelnemer niet voldoende op de hoogte is van de beperkende voorwaarden of risico's, kan hij ten onrechte een verkeerde conclusie trekken over zijn pensioenregeling, die hem ervan weerhoudt eventuele andere maatregelen binnen of buiten de pensioenregeling te nemen. Evenwichtige informatie betekent niet dat de pensioenuitvoerder altijd uitputtend alle risico's en voorwaarden moet noemen. De relevante aanwezige voor- en nadelen moeten goed worden weergegeven.”⁴

2.1.2 Rechtspraak artikel 48 PW

Het Gerechtshof Den Haag wijst een arrest met betrekking tot waardeoverdracht en informatieverstrekking. Het Hof constateert dat het ontvangende pensioenfonds in de brief waarin belanghebbende om goedkeuring voor de waardeoverdracht werd gevraagd, alleen argumenten aandroeg waarom er voor belanghebbende geen reden was om bezwaar te maken tegen de waardeoverdracht. Daarmee heeft het pensioenfonds volgens het Hof onvoldoende geïnformeerd over het kortingsrisico en is derhalve sprake van een gebrekkige informatievoorziening.⁵

2.1.3 Zienswijze AFM

De AFM geeft op haar website aan dat evenwichtig informeren in haar optiek betekent dat er een juiste balans is in de informatieverstrekking én dat de deelnemer een volledige weergave krijgt van de situatie en context, zodat zij begrijpt wat de gevolgen zijn van keuzes die gemaakt worden. Er dient in de informatievoorziening een juiste balans te zijn tussen de positieve en negatieve voorwaarden en kenmerken. Voordelen, nadelen en risico's moeten expliciet worden genoemd en inzichtelijk gemaakt.⁶ In de AFM leidraad informatieverstrekking aan deelnemers bij een collectieve waardeoverdracht wordt een vergelijkbare uitleg gegeven aan de term evenwichtig informeren.⁷ In een onderzoek uit 2020 naar de informatieverstrekking door pensioenfonds over eventuele korting van pensioenen, verlaging van het opbouwpercentage en toepassing van de Vrijstellingsregeling concludeerde de AFM dat de informatie van pensioenfonds niet altijd evenwichtig was. Belangrijkste aanbevelingen: leg goed uit waarom de betreffende maatregel noodzakelijk is, in het belang is van

¹ Drs. M.C.D. Janse is als pensioenadviseur werkzaam bij het Expertisecentrum van Montae & Partners, mr. S. van der Vegt is advocaat werkzaam bij JPR Advocaten.

² Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 13.

³ Kamerstukken II 2014/15, 34 008, 3, p. 14.

⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34 008, 3, p. 5-6.

⁵ Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:958, PJ 2018/101, m.nt. mr. L.H. Blom CPL.

⁶ Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/pensioenuitvoerders/informeren>.

⁷ AFM: Leidraad informatieverstrekking aan deelnemers bij een Collectieve Waardeoverdracht, Publicatiedatum: november 2020.

(gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden en geef inzicht in de gevolgen voor hun pensioen.⁸

2.2 Artikel 105 lid 2 PW: evenwichtige belangenafweging

De term evenwichtig komt ook voor in relatie tot de taakvervulling van de (mede)beleidsbepalers bij een pensioenfonds.

2.2.1 Wetsgeschiedenis artikel 105 lid 2 PW

Artikel 105 lid 2 PW schrijft voor:

“De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.”

Artikel 105 lid 2 PW is gericht op de taak van de (mede)beleidsbepalers⁹ gezien vanuit hun gezichtsveld. Met andere woorden: de (mede)beleidsbepalers moeten ervoor zorgen dat zij bij de wijze waarop zij invulling geven aan hun taak, in het bijzonder de besluiten die zij nemen, zich richten op alle belangen van de verschillende groepen belanghebbenden. In de volksmond wordt dit de evenwichtige belangenafweging genoemd. Bij de invoering hiervan in de PSW in 1990 is aangegeven dat belanghebbenden zich door het bestuur op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen indien het bestuur de belangen van alle categorieën belanghebbenden, naar de mate van gewicht van die belangen, behartigt.¹⁰ Het gevoel van belanghebbenden zelf bij een besluit is niet zozeer relevant.¹¹

Voorgaande betekent niet dat aan alle belangen in dezelfde mate, of überhaupt aan alle belangen, tegemoetgekomen moet worden. Bij het nemen van bestuursbesluiten kunnen er belangenconflicten ontstaan. Sterker nog, dat is inherent aan een pensioensysteem met collectiviteit en solidariteit als belangrijke pijlers. Besluiten van pensioenfondsbesturen zijn doorgaans geen ‘spel zonder nieten’, zeker niet als het kan leiden tot intergenerationale herverdeling van het collectieve pensioenvermogen. Het is de taak van het pensioenfondsbestuur om hierin afwegingen te maken, waarbij de wetgever via artikel 105 lid 2 PW vereist dat het bestuur het totale belang inclusief alle deelbelangen behartigt.

2.2.2 Rechtspraak artikel 105 lid 2 PW

Over het begrip evenwichtig in relatie tot artikel 105 lid 2 PW is de nodige jurisprudentie beschikbaar. Wij stippen een aantal uitspraken aan. Enerzijds omdat artikel 105

lid 2 PW onverkort van toepassing blijft tijdens en na de WTP-transitie en anderzijds omdat het handvatten kan bieden bij de uitleg en toepassing van evenwichtigheidsvereisten uit de WTP.

Vormen VPL-bestemmingsreserve ten laste van eigen vermogen pensioenfondsen¹²

Het pensioenfonds plaatste volgens DNB de VPL-aanspraken boven de pensioenaanspraken van de overige deelnemers. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) merkt op dat de formulering van artikel 105 lid 2 PW erop duidt dat aan de beleidsbepalers een bepaalde mate van beleidsvrijheid toekomt. Het CBB is het eens met de uitkomst van de toetsing door de rechtbank dat in de onderhavige casus geen sprake was van schending van artikel 105 lid 2 PW. Daarbij weegt het CBB zwaar mee dat het verantwoordingsorgaan had ingestemd met de ter discussie staande besluitvorming.

Gedifferentieerde korting vanwege wel of geen vrijwillige bijstorting (ex-)werkgever¹³

Hof Amsterdam oordeelt dat evenwichtigheid niet zonder meer in gelijke mate betekent en dat het pensioenfonds een zekere vrijheid heeft om de evenwichtige belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW in te vullen. Het Hof concludeert dat het beleid van het pensioenfonds voor een gedifferentieerde korting niet onaanvaardbaar is.

Gelijke korting actieven, slapers en gepensioneerden ondanks premiedemping¹⁴

Het Hof oordeelt onder meer dat een pensioenfonds vele vormen van solidariteit kent en dat er omgekeerd ook sprake is van solidariteit van actieven en slapers richting gepensioneerden. Het is te kort door de bocht om alleen de premiedemping uit te lichten en daaraan de conclusie te verbinden dat geen sprake is van evenwichtigheid. Het Hof merkt op dat de evenwichtigheid van artikel 105 lid 2 PW een open norm is, waarbinnen het pensioenfondsbestuur zijn eigen afweging kan en mag maken. Het enkele gegeven dat het pensioenfonds ook voor een andere oplossing had kunnen kiezen maakt bovendien niet dat zij onrechtmatig heeft gehandeld.

Afhankelijkheid tussen beleggingsbeleid en contractuele bijstortingsverplichting¹⁵

Rechtbank Rotterdam oordeelt dat het pensioenfonds zich met de contractueel afgesproken voorwaardelijke bijstortingsverplichting – die alleen van toepassing was indien het aandeel zakelijke waarden in de beleggingsportefeuille niet minder dan 60% zou bedragen – afhankelijk maakte van de werkgevers en in overwegende mate in hun belang handelde. De belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW mag niet eenzijdig gericht zijn op de belangen van één groep.

8 AFM, ‘Onderzoek naar communicatie over pensioenverlagingen – Eisen en verwachtingen aan informatieverstrekking bij verschillende vormen van aanpassingen’, 16 december 2020; <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/december/pensioenfondsen-vrijstellingsregeling-informereren>.

9 Onder (mede)beleidsbepalers worden leden van het pensioenfondsbestuur verstaan, maar bijvoorbeeld ook leden van een directie en Raad van Toezicht. In dit artikel focussen wij ons op pensioenfondsbestuurders.

10 Kamerstukken I 1988/89, 19 008, 253c, p. 6.

11 Kamerstukken I 1988/89, 19 008, 253c, p. 7.

12 College van Beroep voor het bedrijfsleven 15 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:58.

13 Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:550.

14 Hof Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1124.

15 Rb. Rotterdam 25 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ9201.

*Aanpassen premieverdeling tussen werkgever en werknemers*¹⁶

Een overleg tussen een brancheorganisatie en de voor haar relevante vakorganisaties over compensatie voor de hogere werkgeverslasten die het vaststellen van een andere premieverdeling door het pensioenfonds met zich meebracht, was mislukt. De brancheorganisatie stelde zich vervolgens op het standpunt dat het pensioenfondsbestuur zich rekenschap moest geven van de belangen van de brancheorganisatie en haar werkgevers. Het pensioenfonds verweerde zich door onder meer te stellen dat het belang van alle deelnemers een uniforme premieverdeling rechtvaardigde. De Hoge Raad oordeelt dat de enkele omstandigheid dat het pensioenfonds niet tegemoetkwam aan de wensen van de brancheorganisatie op zichzelf onvoldoende is om aan te nemen dat het pensioenfonds in strijd heeft gehandeld met artikel 105 lid 2 PW. Dat de aanpassing van de (uniforme) premieverdeling nadelig was voor de betreffende werkgevers doet hier niet aan af.

2.2.3 Code Pensioenfonds

De Code pensioenfonds borduurt voort op de evenwichtigheid. Een aantal normen in het bijzonder zien op de evenwichtige belangenafweging voor pensioenfondsbestuurders.¹⁷

2.3 Conclusie ten aanzien van de bestaande uitleg aan het begrip evenwichtigheid

Uit bovenstaande hebben wij een aantal stelregels gededuceerd, die ook relevant kunnen zijn bij de blik op evenwichtigheid ten aanzien van de WTP-transitie.

1. De evenwichtige belangenafweging op grond van de PW gaat uit van het perspectief van de pensioenfondsbestuurders; het gevoel van belanghebbenden zelf is niet zozeer relevant.
2. Pensioenfondsbestuurders hebben een zekere vrijheid bij de invulling van de evenwichtige belangenafweging.
3. De evenwichtige belangenafweging mag niet eenzijdig gericht zijn op de belangen van één groep.
4. Bij de evenwichtige belangenafweging weegt instemming van het verantwoordingsorgaan (of breder: medezeggenschapsorgaan) zwaar mee.
5. De motivering van de evenwichtigheid moet goed op orde zijn.
6. Evenwichtig betekent niet: in gelijke mate.
7. Evenwichtig betekent niet: geen nadeel voor een groep belanghebbenden.
8. Evenwichtig betekent niet: de enige mogelijke oplossing.

Evenwicht ziet zowel op het proces van besluitvorming als op de uitkomst van de besluitvorming en de motivering daarvan. Daarbij lijkt de uitkomst van de besluitvorming ondergeschikt aan het proces en de motivering. Indien proces en motivering sluitend zijn, wordt het al aanzien-

lijk ingewikkelder om – via de inhoud – iets af te dingen op de evenwichtigheid.

3. Juridisch kader

Voordat we nader ingaan op de evenwichtigheid in het kader van de WTP, staan we eerst stil bij het karakter van de open norm en de toetsing hieraan door toezichthouder DNB.

3.1 Evenwichtigheid: open norm

Open normen komen veel voor in wet- en regelgeving. Het idee is minder regeldruk en het maakt zelfregulering mogelijk. Het gaat bij open normen doorgaans om het doel en niet om de regels zelf. Open normen kennen duidelijke voordelen. Het is flexibel. Dit betekent dat het toepasbaar is naargelang de maatschappelijke ontwikkeling. Ook kan bij de toepassing van open normen beter rekening worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld bij doelregelgeving. De wetgever geeft de toezichthouder en de rechtspraak de ruimte om verdere invulling te geven aan de norm.

Het openlaten van de invulling van de evenwichtigheidsnorm getuigt volgens de wetgever van realisme dat niet voor alle concrete gevallen vooraf kan worden bepaald hoe de concrete invulling zou moeten zijn.¹⁸ Hoe concreet met ieders belangen rekening moet worden gehouden, is onder meer afhankelijk van de zwaarte van de wederzijdse belangen, de aard van het besluit dat genomen moet worden en overige relevante omstandigheden.¹⁹

Aan open normen kleven ook risico's. Denk aan rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. In de praktijk bestaat tussen voordelen en nadelen uiteraard een spanningsveld. In zijn advies over het wetsvoorstel WTP staat de Raad voor de Rechtspraak (Rvdr) ook stil bij de open norm van evenwichtigheid.²⁰ De Rvdr constateert dat het doel weliswaar is om een evenwichtig nieuw pensioensysteem tot stand te brengen, maar dat het ten opzichte van ongewijzigde voortzetting van het huidige stelsel bij groepen of individuen tot de perceptie kan leiden dat zij een nadeel zullen hebben van overstap naar het nieuwe stelsel. De Rvdr verwacht dat deze personen niet zonder meer instemmen met de wijzigingen die hen worden opgelegd en een beroep doen op de rechter. Specifiek ten aanzien van het invaren, dat blijkens de wettekst niet 'onevenredig ongunstig' mag zijn voor (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden of de werkgever, merkt de Rvdr het volgende op:

“In welk geval een nadeel 'onevenredig' is, wordt verder op geen enkele wijze omschreven. Het verdient aanbeveling dat wel te doen. De op pag. 220 van de MvT genoemde 'maatstaven voor evenwichtigheid' bieden wat dat betreft onvoldoende houvast. Wanneer een dergelijke indicatie uitblijft, zal immers in de rechtspraak moeten worden vastgesteld wanneer daarvan

¹⁶ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300.

¹⁷ Zie Norm 1, 4, 5 en 24 alsmede de toelichting daarop.

¹⁸ Kamerstukken I 1988/89, 19 008, 253c, p. 7.

¹⁹ Kamerstukken I 1988/89, 19 008, 253c, p. 3.

²⁰ Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 5, Bijlage Advies Raad voor de Rechtspraak Wet toekomst pensioenen.

sprake is. Is dat bij een (verwacht) verlies van 1% van de rechten, of bij 5%, of bij een ander percentage?”²¹

De Raad van State (RvS) merkt in zijn advies ten aanzien van het wetsvoorstel WTP op dat zowel materiële waarborgen die tot evenwichtige uitkomsten leiden als procedurele waarborgen van belang zijn.²² Interessant is dat de RvS zich op het standpunt stelt dat de transitie zelf geen aanleiding mag geven tot een verdere intergenerationele herverdeling dan noodzakelijk in verband met de stelselwijziging op zichzelf.²³ Hiermee lijkt de RvS de uitkomsten van de mogelijke transitie-effecten verder te willen inkaderen dan de wetgever doet.

Uit zowel het advies van de Rvdr als de RvS blijkt dat er behoefte bestaat aan een toelichting rondom de maatstaven van evenwichtigheid. In een rondetafelbijeenkomst in 2021 van DNB met 25 pensioenfondsbesteders over de uitdagingen, zorgen en risico's bij de WTP-transitie kwam eerder al naar voren dat er ook in de sector behoefte is aan meer uitgewerkte kaders voor de evenwichtige belangenafweging, maar wel met ruimte voor eigen invulling.²⁴ De MvT komt hier deels aan tegemoet. Daarover meer in onderdeel 4. Bovendien verschijnt er voordat de WTP in werking treedt naar verwachting een Handreiking evenwichtige transitie.²⁵

3.2 Evenwichtigheid: toetsing

3.2.1 Intern toezicht en medezeggenschap

De Raad van Toezicht en visitatiecommissie houden toezicht op de evenwichtige belangenafweging door het bestuur en dienen hierover verantwoording af te leggen aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het bestuursverslag.²⁶ Bij pensioenfondsen met een gemengd bestuursmodel dienen de niet-uitvoerende bestuurders toe te zien op een evenwichtige belangenafweging door het uitvoerende bestuur. Het pensioenfondsbestuur dient verantwoording af te leggen aan het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan (VO/BO) over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd.²⁷ Het VO/BO mag vervolgens een oordeel geven over het handelen van het bestuur.²⁸ Langs deze weg kan het VO/BO een oordeel geven over de evenwichtige belangenafweging door het bestuur. Daarnaast heeft het VO/BO diverse adviesrechten.²⁹ Het bestuur dient bij een adviesaanvraag een overzicht te verstrekken van de be-

weegredenen voor het besluit en de gevolgen van het besluit voor (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden inzichtelijk te maken.³⁰ Daarmee wordt het VO/BO in staat gesteld om bij het oordelen over een adviesaanvraag de evenwichtige belangenafweging nadrukkelijk mee te nemen. Het BO heeft overigens ook diverse goedkeuringsrechten. Bovenstaande wijzigt met de WTP niet. Wel zijn voor de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel de advies- en goedkeuringsrechten uitgebreid.

3.2.2 Extern toezicht

DNB houdt toezicht op de evenwichtige belangenafweging. Zoals uit paragraaf 2.2 blijkt, heeft zij hierover ook meermaals geprocedeerd.

In 2015 heeft DNB een rapport opgesteld over de evenwichtige belangenafweging bij de vaststelling van de pensioenpremie. Ten aanzien van evenwichtigheid overweegt zij:

“Hierbij is sprake van een open norm die beleidsvrijheid aan fondsen laat om te bepalen wanneer sprake is van evenwichtigheid. Het is primair aan het pensioenfondsbestuur om te verantwoorden dat het aan de bepaling van evenwichtige belangenafweging voldoet.”

Uit het rapport volgt dat DNB de evenwichtigheid voornamelijk toetst aan de hand van het proces van besluitvorming en de motivering die wordt meegegeven aan de evenwichtigheid van het besluit.

Bij de beoordeling van een collectieve waardeoverdracht door DNB speelt evenwichtigheid ook een rol. Sterker nog, het wordt door DNB gezien als het belangrijkste onderdeel van de selfassessment die moet plaatsvinden bij een collectieve waardeoverdracht. Zo dient inzichtelijk te worden gemaakt wat de impact van de collectieve waardeoverdracht is op de belanghebbenden bij het overdragende en overnemende pensioenfonds en dat de impact op deelnemersgroepen uitdrukkelijk wordt meegewogen in de besluitvorming en in de onderbouwing van de evenwichtige belangenafweging. DNB hecht hierbij veel belang aan een adequate cijfermatige onderbouwing van de impact op de belanghebbenden.³¹

In de parlementaire behandeling van de WTP is expliciet stilgestaan bij de rol van DNB in de WTP-transitie. In lijn met de huidige praktijk wordt de open norm van evenwichtige belangenafweging bij de transitie door DNB alleen marginaal getoetst. Zij weegt de specifieke omstandigheden van het pensioenfonds mee in haar beoordeling of aan de open norm is voldaan.³² De toetsing ten aanzien van het invaren is hetzelfde als de beoordeling van een reguliere collectieve waardeoverdracht.³³

21 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 5, Bijlage Advies Raad voor de Rechtspraak Wet toekomst pensioenen, p. 2.

22 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 4, p. 7.

23 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 4, p. 30.

24 Zie <https://www.dnb.nl/nieuws-voor-de-sector/2021/terugkoppeling-rondetafelbijeenkomst-regievoering-nieuwe-pensioenregeling/>.

25 Concept Besluit toekomst pensioenen, p. 58; <https://www.internetconsultatie.nl/besluittoekomstpensioenen>.

26 Artikel 104 lid 2 PW (Raad van Toezicht) en artikel 104 lid 8 PW (visitatiecommissie).

27 Artikel 115a lid 1 PW (verantwoordingsorgaan) en artikel 115c lid 6 PW (belanghebbendenorgaan).

28 Artikel 115a lid 2 PW (verantwoordingsorgaan) en artikel 115c lid 7 PW (belanghebbendenorgaan).

29 Artikel 115a lid 3 PW (verantwoordingsorgaan) en artikel 115c lid 2 PW (belanghebbendenorgaan).

30 Artikel 115a lid 6 PW (verantwoordingsorgaan) en artikel 115c lid 5 PW (belanghebbendenorgaan).

31 Zie <https://www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-sectoren/pensioenfondsen/collectieve-waardeoverdracht/besluitvorming-en-toelichting-pensioenfondsen-bij-melding-van-de-collectieve-waardeoverdracht/>.

32 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 127.

33 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 4, p. 9.

4. Invulling van de open norm evenwichtigheid in de WTP

Bij bestudering van de wettekst en MvT op evenwichtigheid, springt een aantal zaken in het oog.

4.1 *Evenwichtigheid speelt bij diverse onderdelen van de WTP*

Het evenwichtigheidsvereiste komt terug in diverse onderdelen van de WTP. In de MvT wordt de meeste nadruk gelegd op de evenwichtigheid van de transitie als geheel, dat wil zeggen de wijziging van de pensioenovereenkomst, de omgang met de reeds opgebouwde aanspraken en rechten, eventuele compensatie inclusief de financiering hiervan en de omgang met het bestaande pensioenvermogen. Daarbij wordt enerzijds verwezen naar het transitieplan³⁴ en anderzijds naar de evenwichtige belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW. Daarnaast komt evenwichtigheid terug in een aantal specifieke WTP-onderdelen.

Zo wordt veel nadruk gelegd op de evenwichtigheid bij de besluitvorming rondom invaren. Het gaat dan onder meer om een besluit van de werkgever om geen invaarverzoek aan het pensioenfonds te doen, een besluit van het pensioenfonds om een invaarverzoek te aanvaarden of af te wijzen en een besluit voor het bijstellen van de effecten van de wijziging van de pensioenovereenkomst en het invaren.³⁵ Ten aanzien van het laatste is de evenwichtigheids eis enigszins wettelijk ingekaderd.³⁶

Het evenwichtigheidsvereiste speelt uiteraard ook bij de invulling van de nieuwe pensioenovereenkomst, bijvoorbeeld de inrichting van de solidariteits- of risicodelingsreserve. Tot slot speelt evenwichtigheid een rol bij de besluitvorming rondom het transitie-FTK, onder meer ten aanzien van de keuze voor het wel of niet gebruikmaken hiervan. Indien voor het transitie-FTK wordt gekozen, moet jaarlijks bekeken worden of de voorgenomen overstap nog verantwoord, uitlegbaar en evenwichtig kan worden gedaan. Besluiten ten aanzien van bijvoorbeeld toeslagverlening tijdens de transitieperiode, de invaardeckingsgraad en de wijze waarop wordt omgegaan met schokken tijdens de transitie- en compensatieperiode dienen eveneens evenwichtig te zijn. De verantwoording moet worden vastgelegd in het jaarlijkse overbruggingsplan.

4.2 *Evenwichtigheid wordt apart beoordeeld door sociale partners en de pensioenuitvoerder*

Sociale partners en de pensioenuitvoerder moeten afzonderlijk de evenwichtigheid van de transitie als geheel beoordelen.³⁷ De werkgever legt hierover verantwoording af in het transitieplan. Deze evenwichtigheidsbeoordeling ziet op de arbeidsvoorwaardelijke afspraken. Onderdeel van de verantwoording is het volledig weergeven van de afwegingen die tot bepaalde keuzes hebben geleid, inclusief de voor- en nadelen van de gemaakte keuzes.³⁸ Daarnaast moeten voorgeschreven berekeningen worden ge-

maakt om de consequenties van de gemaakte afspraken inzichtelijk te maken. Het is daarbij aan partijen zelf om kritisch te zijn op de kwaliteit van het transitieplan en de beoordeling of sprake is van een evenwichtige transitie. DNB speelt geen rol ten aanzien van het transitieplan en toetst hier dus ook niet op.

De pensioenuitvoerder legt bij de opdrachtaanvaarding zelfstandig verantwoording af over de evenwichtigheid van de transitie als geheel. In de MvT wordt in dit kader onder meer verwezen naar de evenwichtige belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW.

Er is dus sprake van een evenwichtigheidsbeoordeling door sociale partners in de arbeidsvoorwaardelijke fase en een evenwichtigheidsbeoordeling door het pensioenfonds in de daaropvolgende fase van opdrachtaanvaarding. Alhoewel er veel overeenkomsten kunnen en zullen zijn tussen de evenwichtigheidsbeoordelingen van sociale partners en het pensioenfonds, kunnen er ook verschillen zijn. Het pensioenfonds kan bijvoorbeeld andere aspecten, zoals eigen beleidsbesluiten uit het verleden, laten meewegen of een andere weging geven aan bepaalde aspecten of deelbelangen.

4.3 *Evenwichtigheid ziet op het proces en op de effecten van de transitie*

De evenwichtigheidsvereisten uit de WTP zien zowel op de transitie-effecten als op het proces. Op diverse plaatsen in de parlementaire behandeling wordt gememoreerd dat de transitie moet leiden tot evenwichtige uitkomsten voor alle (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden. De transitie-effecten dienen in ieder geval inzichtelijk gemaakt te worden aan de hand van (netto-)profijtberoe-ningen.³⁹ Alle deelnemers dienen bovendien geïnformeerd te worden over hun pensioenverwachtingen voor en na de transitie. Ook dat wordt gezien als een belangrijke waarborg voor evenwichtige uitkomsten. De waarborgen in de WTP voor een evenwichtige transitie zijn evenwel vooral proceswaarborgen. Het betreft onder meer regels ten aanzien van de inspraak van medezeggenschapsorganen bij de besluitvorming, de informatie- en communicatievoorschriften en de beroepsmogelijkheden.

4.4 *Evenwichtigheid is voorzien van WTP-specifieke context*

Hoofdstuk 5 van de MvT is volledig gewijd aan waarborgen voor een evenwichtige transitie. Het is enerzijds bedoeld om het transitieproces te reguleren en anderzijds om zowel sociale partners als de pensioenuitvoerder handvatten te bieden voor een zorgvuldige en evenwichtige transitie. Paragraaf 5.7 schetst context bij het begrip evenwichtigheid in het kader van de WTP-transitie. Het betreft een soort van samenvatting van de eerdere overwegingen in de MvT ten aanzien van evenwichtigheid. Hieronder geven wij de strekking van paragraaf 5.7 daarom beknopt weer.

- *De transitie als geheel moet evenwichtig zijn:*
Het afschaffen van de doorsneesystematiek, het wijzigen van de pensioenregeling, de keuze om wel of niet

34 Het in WTP voorgestelde artikel 150d lid 1 PW.

35 Het in WTP voorgestelde artikel 150l lid 2 en 4 en artikel 150n lid 4.

36 Het in WTP voorgestelde artikel 150n lid 4 en 5.

37 *Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 113.*

38 *Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 86.*

39 Het in WTP voorgestelde artikel 150e PW.

in te varen en de afspraken over compensatie moeten in het geheel doorlopen en bekeken zijn. De toekomstige situatie dient te worden afgezet tegen het ongewijzigd voortzetten van de bestaande regeling onder toepassing van het huidige financiële toetsingskader.

- *De transitie-effecten moeten inzichtelijk zijn met profijtberekeningen:*

De transitie-effecten moeten als onderdeel van het transitieplan door de werkgever inzichtelijk worden gemaakt voor alle leeftijdscohorten per deelnemersgroep, in ieder geval met behulp van de profijtmethode. Als afzonderlijke deelnemersgroepen hebben ten minste te gelden actieve deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners en pensioengerechtigden.

- *De evenwichtigheid moet verantwoord worden aan de hand van de transitie-effecten:*

Aan de hand van de transitie-effecten moet de evenwichtigheid verantwoord worden. Dit houdt in dat de uitkomsten uitlegbaar moeten zijn. De doelen van het pensioenakkoord zijn daarbij het vertrekpunt. Positieve of negatieve effecten zijn acceptabel, mits deze inzichtelijk zijn, te verantwoorden zijn en (dus) evenwichtig zijn. Aanvullende analyse naast de profijtberekeningen, zoals vervangingsratio's, en andere overwegingen kunnen onderdeel uitmaken van deze verantwoording. De effecten van het transitie-FTK moeten meegenomen worden in de verantwoording van de evenwichtigheid van de transitie als geheel. Bij compensatie buiten de pensioensfeer wordt in de profijtberekeningen niet zichtbaar of de compensatie bijdraagt aan de evenwichtigheid van de transitie. Een kwalitatieve toelichting en onderbouwing biedt dan uitkomst.⁴⁰

4.5 **Evenwichtigheid is open norm met gedeeltelijke wettelijke kleuring**

Hiervoor is geconstateerd dat bij de evenwichtigheidsbeoordeling in ieder geval rekenschap gegeven moet worden aan de uitkomsten van (netto-)profijtberekeningen. Hiermee wordt een gedeeltelijke wettelijk kleuring gegeven aan de invulling van de open norm van evenwichtigheid. Dat gebeurt niet alleen ten aanzien van de evenwichtigheid van de transitie als geheel. Ook op specifieke onderdelen van de transitie wordt wettelijk richting gegeven aan de evenwichtigheid.

Zo worden ten aanzien van de werking van de solidariteitsreserve of risicodelingsreserve via het Besluit toekomst pensioenen nadere regels gesteld aan de evenwichtigheid. Hierin is opgenomen dat de evenwichtigheid van de invulling van de reserve kwalitatief dient te worden onderbouwd, waarbij rekening moet worden gehouden met de doelstellingen van de reserve. Ook dient een kwantitatieve onderbouwing plaats te vinden met een scenario-analyse of een stochastische ALM-analyse. En bij de inrichting moet ex ante voorkomen worden dat een bepaalde generatie uitsluitend baten of lasten heeft van de reserve.⁴¹ Met andere woorden: generaties die bijdra-

gen aan de reserve moeten daar ook van kunnen profiteren. Specifiek voor de risicodelingsreserve geldt nog dat de (implicaties van de) keuze voor een vast of variabel pensioen meegenomen moet(en) worden in de evenwichtigheidstoets.⁴²

Voor het invaren zijn ook nadere criteria gesteld. Op grond van artikel 150I lid 1 WTP geldt het standaardpad van invaren, tenzij dit *onevenredig ongunstig* is voor (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden, andere aanspraakgerechtigden of de werkgever. Op grond van artikel 150I lid 4 WTP kan het pensioenfonds een invaarverzoek van de werkgever op drie gronden afwijzen, waaronder als de effecten van de transitie als geheel tot *onevenwichtig nadeel* leiden voor (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden, andere aanspraakgerechtigden of de werkgever.

De gekozen terminologie wekt de suggestie dat voor invaren een andere normering geldt dan bij de reguliere toets op evenwichtigheid. Tegelijkertijd stelt de MvT dat een eventueel besluit om het invaarverzoek te weigeren wordt genomen na een evenwichtige belangenafweging in de zin van artikel 105 lid 2 PW.

Ten aanzien van het invaarverzoek lijkt dus een dubbele toets uitgevoerd te moeten worden: het moet evenwichtig zijn en tegelijkertijd mag het niet onevenredig ongunstig zijn en leiden tot onevenwichtig nadeel. Wij worden in die gedachte gesterkt, doordat het pensioenfonds bij de beoordeling of sprake is van een onevenwichtig nadeel de werkgever niet als belanghebbende hoeft mee te nemen.⁴³ Bij de evenwichtige belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW moet het pensioenfonds de werkgever wél meenemen in de belangenafweging.

4.6 **Evenwichtigheid in belangenafwegingen blijft voor pensioenfondsen het hoofdcriterium**

De evenwichtige belangenafweging van artikel 105 lid 2 PW wijzigt niet met de WTP. Dit betekent dat het onverkort van toepassing blijft op ieder besluit van het pensioenfondsbestuur, ook tijdens de transitieperiode. In de MvT wordt dit op diverse plaatsen benadrukt, met name ten aanzien van het al dan niet invaren, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van het transitie-FTK.⁴⁴ Een hulpmiddel bij deze evenwichtige belangenafweging zijn de uitkomsten van de profijtberekeningen, maar het hoeft zich hier toe niet te beperken. Het pensioenfonds kan ook andere factoren in de evenwichtigheidsbeoordeling betrekken.

5. **Positie deelnemer ten aanzien van evenwichtigheid**

Evenwichtigheid lijkt het toverwoord te zijn om draagvlak te creëren voor de transitie naar het nieuwe stelsel. Dit roept de vraag op wat de mogelijkheden voor een individuele deelnemer zijn om de evenwichtigheid van de transitie ter discussie te stellen. Daarbij zien we een verschil tussen de positie van de deelnemer bij een pensioenfonds en een direct verzekerde regeling. De deelnemer in een direct verzekerde regeling kan rechtstreeks invloed uitoefenen.

40 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 7, p. 79-80.

41 Artikel 1g lid 2 van het Concept Besluit toekomst pensioenen.

42 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 54-55.

43 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 93.

44 Kamerstukken II 2021/22, 36 067, 3, p. 30-31.

5.1 **Positie deelnemer pensioenfondsen**

De wetgever kiest bewust voor aanvullende *collectieve* waarborgen voor de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel. In het bijzonder ten aanzien van het invaren betwijfelt de wetgever openlijk of het doenvermogen van het individu voldoende is om zelf een weloverwogen keuze te maken. Ondanks herhaaldelijke kritiek wordt er daarom geen individuele bezwaarmogelijkheid ten aanzien van het invaren geboden.

De wetgever is van mening dat een inhoudelijke collectieve beoordeling op evenwichtigheid de belangen van iedereen het best borgt. De collectieve waarborgen voor een evenwichtige transitie zijn vooral proceswaarborgen. In de arbeidsvoorwaardelijke fase betreft dit met name de verplichting tot het opstellen van een transitieplan, het hoorrecht voor verenigingen van gewezen deelnemers en verenigingen van gepensioneerden ten aanzien van het transitieplan en de introductie van de transitiecommissie. In de fase van de opdracht aanvaarding betreffen de collectieve waarborgen onder meer de uitbreiding van de advies- en goedkeuringrechten van het VO/BO tijdens de transitie, het expliciteren van de rol van het intern toezicht en de verbodsbevoegdheid van DNB ten aanzien van het invaarsbesluit.

Deelnemers bij pensioenfondsen zijn doorgaans gebonden aan de wijzigingen van de pensioenovereenkomst die op collectief niveau worden afgesproken, via de CAO of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. In de arbeidsvoorwaardelijke fase zijn de mogelijkheden voor hen om in het geweer te komen tegen de door sociale partners gemaakte afspraken en de evenwichtigheid daarvan gering. Er moet dan vooral gedacht worden aan acties in de sfeer van beïnvloeding van de sociale partners.

Naast collectieve waarborgen is er ook een aantal individuele rechtsmiddelen. Dit is ten eerste de interne klachten- en geschillenprocedure van pensioenfondsen. Een belanghebbende kan een klacht indienen of een geschil voorleggen naar aanleiding van een besluit van het pensioenfondsbestuur, bijvoorbeeld een besluit om een invaarsverzoek wel of juist niet te accepteren.⁴⁵ Vervolgens kan een belanghebbende desgewenst bij een externe geschilleninstantie terecht, die in ieder geval tot 1 januari 2028 wordt ingesteld. Ook kan een belanghebbende zich rechtstreeks tot de rechter wenden.

De kans van slagen van een individuele actie van een werknemer richting een pensioenfonds lijkt ons echter beperkt. De inhoudelijke evenwichtigheidsbeoordeling zal door zowel DNB als rechters marginaal worden getoetst. Dit leidt bij ons tot de overtuiging dat het betwisten door een individu van de evenwichtigheidsbeoordeling van het pensioenfondsbestuur op inhoudelijke gronden niet snel succesvol zal zijn. Ook hier geldt weer dat er wel acties van individuen in de sfeer van beïnvloeding kunnen plaatsvinden, in dit geval richting het VO/BO die moeten oordelen over de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan de evenwichtige belangenafweging.

Het wordt anders als er fouten worden gemaakt in het proces van de evenwichtigheidsbeoordeling. Bijvoorbeeld

als het VO/BO niet of onvoldoende is betrokken, er sprake is van geen of onvoldoende motivering van de gemaakte keuzes of als de belangenafweging eenzijdig gericht is op de belangen van één groep. Dan kan een individu wel een concreet haakje hebben om de evenwichtigheidsbeoordeling van het pensioenfondsbestuur rechtens te betwisten. Voor pensioenfondsen is het dus zaak om het proces goed op orde te hebben.

5.2 **Positie deelnemer direct verzekerde regeling**

Anders dan bij een (bedrijfstak)pensioenfonds, vindt de besluitvorming over een eventuele transitie plaats binnen het domein van de onderneming. Ook die besluitvorming dient evenwichtig te zijn.

5.2.1 *De rol van de ondernemingsraad*

De WTP voorziet niet in een aanpassing van artikel 27 WOR. De vaststelling van het transitieplan maakt onderdeel uit van de instemmingsprocedure in de zin van artikel 27 WOR. De ondernemingsraad (OR) heeft de keuze al dan niet in te stemmen met het voorgenomen besluit.

Verleent de OR geen instemming, dan kan de werkgever (vervangende) toestemming vragen aan de kantonrechter. De kantonrechter zal uitsluitend (vervangende) toestemming verlenen, indien het niet-verlenen van instemming door de OR onredelijk is. De kantonrechter zal ook toestemming verlenen in de uitzonderlijke situatie dat sprake zou zijn van zwaarwegende redenen aan de zijde van de werkgever.

Het alternatief is dat de werkgever een besluit neemt zonder instemming. De OR kan dan de nietigheid van het besluit inroepen en de kantonrechter verzoeken de werkgever te verplichten zich te onthouden van de uitvoering van het besluit. De werkgever kan de kantonrechter verzoeken te verklaren dat het beroep op de nietigheid onterecht is. Bij de beoordeling van een dergelijk verzoek spelen met name formele aspecten een rol, zoals het overschrijden van de termijn voor het inroepen van de nietigheid of een besluit dat niet instemmingsplichtig is. De materiële afweging speelt dan geen rol.

Het nemen van een besluit zonder instemming van de OR heeft invloed op de evenwichtigheid van het besluit. De werkgever neemt aldus een aanzienlijk risico door een besluit te nemen zonder instemming van de OR.

Kort en goed: om tot een evenwichtig besluit te komen, heeft het sterk de voorkeur dat de werkgever instemming verkrijgt van de OR.

5.2.2 *Overeenstemming met de individuele deelnemer*

De instemming van de OR komt niet in de plaats van de individuele instemming van de werknemers. Met de individuele werknemers dient tot overeenstemming te worden gekomen. Deze individuele instemming komt in beginsel tot stand door middel van aanbod en aanvaarding. Dit zou kunnen door gebruik te maken van de zogenoemde negatieve optie. De werknemer wordt geacht in te stemmen, tenzij de werknemer protesteert.

Een vorm van aanbod en aanvaarding is het eenzijdig wijzigingsbeding zoals bedoeld in artikel 19 PW. Daarbij stemt de werknemer vooraf schriftelijk in met toekomstige wijzigingen in de pensioenovereenkomst. Voor een rechtsgeldig beroep op een schriftelijk eenzijdig wijzi-

⁴⁵ Met de WTP wordt de interne klachten- en geschillenprocedure wettelijk verankerd en worden hieraan via lagere regelgeving nadere regels gesteld.

gingsbeding is nodig dat de werkgever uiteenzet dat hij een zodanig zwaarwegend belang bij wijziging van de regeling heeft, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid moet wijken.

Het is natuurlijk mogelijk dat de werknemer niet instemt, protesteert in het kader van een negatieve optie of bezwaar maakt ten aanzien van de toepassing van het eenzijdig wijzigingsbeding. Dan biedt het goed werknemerschap (artikel 7:611 BW)⁴⁶ al dan niet in combinatie met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW wellicht uitkomst voor de werkgever.⁴⁷

Van de werknemer kan onder omstandigheden worden verlangd op redelijke voorstellen van de werkgever in te gaan indien die verband houden met gewijzigde omstandigheden. De werknemer mag de voorstellen uitsluitend afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem gevergd kan worden. Strikt genomen wijzigt de inhoud van de pensioenovereenkomst niet van rechtswege met een beroep op goed werknemerschap. Stelt de werknemer een rechtsvordering in op basis van de initiële pensioenovereenkomst, dan ligt zijn vordering voor toewijzing gereed tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Bij de beoordeling van de weigering van de werknemer om in te stemmen, speelt uiteraard de evenwichtigheid van het besluit en de besluitvorming een rol. In dat opzicht blijft instemming van de OR van wezenlijk belang. Bij deze beoordeling speelt echter ook het individuele belang van de werknemer een rol. Een evenwichtig besluit behoeft niet per se evenredig te zijn.

5.2.3 Evenwichtigheid bij een direct verzekerde regeling

In het algemene deel staan wij uitgebreid stil bij de open norm van evenwichtigheid. In de huidige pensioenwet ziet de open norm van evenwichtigheid met name op het bestuur van het pensioenfonds en de informatieverstrekking. De WTP borduurt hierop voort. De WTP is geschreven vanuit het perspectief van pensioenfondsen.

Bij een direct verzekerde regeling is de evenwichtigheid met name een verantwoordelijkheid van werkgever en OR. Materieel zal het ook de pensioenuitvoerder zijn in het kader van de opdrachtaanvaarding.

Tegelijk zien we dat de open norm van evenwichtigheid niet gelijk is aan de belangenafweging in het kader van artikel 19 PW of de toets in het kader van artikel 7:611 BW al dan niet in combinatie met artikel 6:248 lid 2 BW. De Rvdr merkt dit ook op in haar advies door te schrijven:

“Voor het kunnen toepassen van een eenzijdig wijzigingsbeding is een zwaarwegend bedrijfsbelang nodig. De ervaring leert dat over de aanwezigheid daarvan in redelijkheid discussie mogelijk is, alsook dat aan de aanwezigheid van zo'n zwaarwegend bedrijfsbelang in de rechtspraak soms hoge eisen worden gesteld. Juist omdat het hier de invulling van een open norm betreft,

blijkt de uitkomst van zo'n procedure voor partijen moeilijk te voorspellen, hetgeen een aanzuigende werking op het aantal zaken kan hebben.”

5.2.4 Invloed overgangsrecht progressieve premie

Het overgangsrecht progressieve premie kent eerbiedigende werking voor de leeftijdsafhankelijke premie in bestaande regelingen. Voor huidige deelnemers mag de premiestaffel ook in de toekomst worden toegepast. Voor nieuwe deelnemers geldt een leeftijdsafhankelijke premie. Het overgangsrecht maakt het ook mogelijk dat verzekerde middelloonregelingen die worden gefinancierd met een gestaffelde premie in de periode tot 1 januari 2027 kunnen worden omgezet in een premieovereenkomst met een leeftijdsafhankelijke premiestaffel voor bestaande werknemers. De peildatum voor het overgangsrecht is vooralsnog 31 december 2022.

Overgangsrecht impliceert een keuzemogelijkheid. Deze keuzemogelijkheid heeft invloed op de belangenafweging die plaatsvindt in het kader van een eenzijdig wijzigingsbeding of een beroep op artikel 7:611 BW al dan niet in combinatie met artikel 6:248 BW. Omdat de werkgever de keuzemogelijkheid heeft, kan de werknemer de werkgever het maken van een verkeerde keuze voor de voeten werpen.

5.2.5 Conclusie ten aanzien van direct verzekerde regeling

De WTP is een uitwerking van het pensioenakkoord, waarbij de focus op pensioenfondsen ligt. Ten aanzien van direct verzekerde regelingen drukt de open norm van evenwichtigheid hoofdzakelijk op de schouders van de werkgever. Een evenwichtige besluitvorming is daarbij geen garantie op succes. De individuele werknemer kan zijn medewerking aan de aanpassing van de regeling weigeren, waarbij voor de beoordeling van die weigering een andere (open) norm geldt.

Met name ten aanzien van bestaande gestaffelde premies, kan een werknemer de werkgever voor de voeten werpen geen gebruik te hebben gemaakt van het overgangsrecht. Sterker nog, de wetgever gaat ervan uit dat de werkgever gebruik zal maken van het overgangsrecht. De MvT maakt dit duidelijk in een voetnoot:

“Hierbij wordt uitgegaan van: 1) Voor werkgevers met een verzekerde regeling is de verwachting dat het overgrote deel (naar schatting 85% (42.500 werkgevers)) gebruik zal maken van eerbiedigende werking waardoor de transitie voor hen sterk vereenvoudigd wordt, zij zullen de pensioenregeling niet aanpassen; (...)”

De individuele werknemer in een direct verzekerde regeling heeft veel meer invloed dan de individuele deelnemer bij de meeste pensioenfondsen. De werknemer kan de werkgever wijzen op het overgangsrecht progressieve premie. Mocht de werkgever toch overgaan tot een transitieplan, dan zijn de lijntjes met de OR vaak kort. Bovendien kan de individuele werknemer bezwaar maken tegen de aanpassing van de pensioenovereenkomst.

46 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:LZC2688, NJ 1998, 767.

47 HR 11 juli 2009, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

6. Conclusies

- Al in het pensioenakkoord is als onderdeel van de doelstelling opgenomen dat de overgang op een evenwichtige manier dient te geschieden. Het wekt in dat opzicht geen verbazing dat deze evenwichtigheid zo prominent naar voren komt in het wetsvoorstel WTP.
- Het hanteren van een open norm bij een transitie, is vanuit doelmatigheid wel te billijken. Ieder pensioenfonds heeft immers te maken met eigen specifieke omstandigheden, zoals de financiële positie van het fonds, (financiële) afspraken met de bijdragende onderneming, de missie, visie en strategie van het fonds, de risicohouding van de belanghebbenden, doelstellingen van sociale partners en besluiten van het pensioenfonds (toeslagbeleid, kortingenbeleid, premiebeleid, beleggingsbeleid, etc.) en sociale partners in het verleden. Dit zijn allemaal elementen die meegeenomen kunnen worden bij de beoordeling van de evenwichtigheid van de WTP-transitie.
- De wijze waarop de open norm in de WTP wordt toegelicht, is in lijn met de rechtspraak over evenwichtigheid als open norm. Dat is direct ook het nadeel. Invulling van de norm wordt nog niet heel concreet.
- De open norm van evenwichtigheid dient door zowel sociale partners als pensioenuitvoerders te worden toegepast. Dit moet ook in één keer goed gebeuren. Indien zou worden geoordeeld dat de overgang niet evenwichtig is gebeurd, zijn de gevolgen niet te overzien.
- Het aanzienlijk beperken van de (rechts)middelen om zich met succes te verzetten tegen de WTP-transitie, is vanuit het perspectief van doelmatigheid te verklaren.
- Voor deelnemers bij pensioenfonds en achten wij de kans van slagen van een individuele actie richting de sociale partners en het pensioenfonds om hun evenwichtigheidsbeoordeling te betwisten beperkt, tenzij er fouten gemaakt worden in het proces of sprake is van een gebrekkige motivering. Dat betekent overigens niet dat pensioenfonds lichtvaardig kunnen omgaan met de inhoudelijke evenwichtigheidsbeoordeling. Van pensioenfondsbestuurders mag immers verwacht worden dat zij naar eer en geweten de belangen van alle deelgroepen op evenwichtige wijze behartigen. Dat is cruciaal voor het vertrouwen van belanghebbenden in hun pensioen en het pensioenstelsel in het algemeen en het pensioenfonds en de WTP-transitie in het bijzonder. Het opstellen van een evenwichtigheidskader met kwalitatieve en kwantitatieve normen waaraan de (effecten van de) transitie getoetst worden, al dan niet in de vorm van een evenwichtigheidsmatrix, kan een pensioenfonds hierbij helpen. Dat geldt overigens ook voor de werkgever of sociale partners. Het verdient aanbeveling dat pensioenfonds en werkgever of sociale partners elkaar hierin opzoeken.
- Voor direct verzekerde regelingen geldt dat het primair de verantwoordelijkheid van de werkgever wordt om de evenwichtigheid te waarborgen. Hij wordt geconfronteerd met een nieuwe norm, waarmee ervaringsdeskundigen nu al worstelen. Dit op zich zou al een reden kunnen zijn om gebruik te ma-

ken van het overgangsrecht progressieve premie, waar mogelijk. Voor de werkgever met een direct verzekerde regeling geldt immers ook de open norm als bedoeld in artikel 19 PW en artikel 7:611 BW. Dit betekent ook dat individuele werknemers met meer kans op succes zich zouden kunnen verzetten tegen aanpassing van de bestaande regeling.

7. Aanbevelingen voor de praktijk

Voor werkgevers, uitvoerders en sociale partners is van belang in een vroegtijdig stadium na te denken over de invulling van de open norm van evenwichtigheid. Aan de hand van rechtspraak, ervaringen uit de praktijk en nadere richtlijnen, zoals het Besluit toekomst pensioenen, zullen voor de organisatie respectievelijk de toepasselijke regeling richtsnoeren moeten worden uitgewerkt om uiteindelijk te kunnen vaststellen of de transitie evenwichtig is.

Bij iedere stap in het proces zal die toets moeten plaatsvinden, om te voorkomen dat achteraf blijkt dat geen sprake is geweest van evenwichtigheid. De evenwichtigheid ziet niet uitsluitend op de uitkomst, maar juist ook op het proces en de verantwoording.

Voor werkgevers met een bestaande gestaffelde premieregeling of een direct verzekerde middelloonregeling die wordt gefinancierd met een gestaffelde premie is extra waakzaamheid geboden. De keuzemogelijkheid voor het overgangsrecht progressieve premie zal bij hen een rol (moeten) spelen bij de belangenafweging. De werkgever die gebruik kan maken van het overgangsrecht, zal zich daarom goed moeten laten adviseren over het wel of niet toepassen van het overgangsrecht.