

Uitkeren van een overschot bij waarde-overdracht

In het kader van de herziening van de fiscale regels voor onderhoudsvoorzieningen en spaarvormen, beter bekend onder de roepnaam Brede herwaardering I, is voorgesteld de subjectieve vrijstelling van de vennootschapsbelasting voor pensioenfondsen te schrappen.¹ Het kabinet meende dat veel pensioenfondsen over te ruime financiële middelen beschikten. Het voorstel stuitte op fel verzet. Het kabinet wijzigde de aanvankelijke plannen en diende een wetsvoorstel in om tot belastingheffing over vermogensoverschotten van pensioenfondsen over te gaan.² Daarmee was de voorgestelde heffing losgeweekt uit de Brede herwaarderingsoperatie. Het wetsvoorstel leidt al geruime tijd een sluimerend bestaan.

Al met al zijn vermogensoverschotten van pensioenfondsen sterk in de belangstelling komen staan.³ In de praktijk wordt regelmatig de vraag gesteld of en zo ja, hoe een vermogensoverschot uit een pensioenfonds kan worden losgeweekt. In dit artikel wordt nagegaan of pensioenfondsen in het kader van waardeoverdracht een vermogensoverschot kunnen lozen door het uitkeren ervan aan de deelnemers of aan de aangesloten werkgever(s).

1. Hoe vermogensoverschotten kunnen ontstaan

Een pensioenfonds kan over een vermogensoverschot beschikken. Onder een *vermogensoverschot* wordt verstaan het gedeelte van het vermogen van een pensioenfonds dat de voorziening verzekeringsverplichtingen waarover het fonds dient te beschikken overtreft. Het vermogensoverschot van een pensioenfonds kan uitsluitend worden vastgesteld door van bepaalde veronderstellingen uit te gaan. Deze veronderstellingen kunnen de rente- en sterfteontwikkeling op lange termijn betreffen, maar bijvoorbeeld ook de demografische ontwikkelingen en verwachtingen omtrent de loonontwikkeling. Een pensioenfonds berekent de pensioenverplichtingen op basis van verwachtingen die het koestert ten aanzien van de factoren die de pensioenverplichtingen beïnvloeden. Voor zover het vermogen van een pensioenfonds méér bedraagt dan de aldus berekende pensioenverplichtingen, kan van een vermogensoverschot worden gesproken.⁴

Vermogensoverschotten kunnen op diverse wijzen ontstaan. Het is – bijvoorbeeld – mogelijk dat vermogensoverschotten ontstaan doordat de beleggingsresultaten van een pensioenfonds beter zijn dan werd verwacht. Voorts kan een pensioenfonds een beter technisch resultaat behalen dan bij het kiezen van de actuariële grondslagen voor het berekenen van de voorziening verzekeringsverplichtingen werd verwacht. In het kader van *waardeoverdracht* kunnen er overschotten blijken te zijn. Onderscheid kan worden gemaakt tussen individuele waardeoverdracht en groepsgewijze waarde-overdracht.⁵

In het kader van individuele waardeoverdracht kunnen in beginsel op drie manieren vermogensoverschotten ontstaan. De eerste oorzaak is dat de ene pensioenuitvoerder goedkoper werkt dan de andere, bijvoorbeeld in verband met schaalgrootte of efficiency. Hetzelfde pensioen kan bij de een voor een geringer bedrag worden ingekocht dan bij de ander. De tweede oorzaak is gelegen in het feit dat de financierings-

graad van een pensioen bij het ene pensioenfonds afwijkt van die bij het andere. Wanneer het overdragende pensioenfonds verleende pensioenrechten op grond van de aansluitingsovereenkomst voor zover het coming service rechten betreft doet financieren op basis van (actuariële vastgestelde) periodieke gelijkblijvende premie en voor backservice rechten koopsommen in rekening brengt, terwijl bij het andere pensioenfonds of de andere verzekeringsmaatschappij wordt uitgegaan van financiering op basis van periodieke, niet-gelijkblijvende premie⁶ voor zowel de backservice als de coming service, ontstaat een overschot in geval van waardeoverdracht van het overdragende pensioenfonds naar het ontvangende pensioenfonds of de ontvangende verzekeringsmaatschappij. De derde oorzaak voor het ontstaan van vermogensoverschotten is dat het overdragende pensioenfonds bij het berekenen van de overdrachtswaarde van andere berekeningsgrondslagen uitgaat dan het pensioenfonds of de verzekeringsmaatschappij waarbij de overdrachtswaarde wordt aan-

1. Zie art. IV van het voorontwerp. *Financiën Bericht* 1987, nr 14, p. 9. De toelichting is te vinden op p. 2, p. 25-26 en 42.

2. TK 21 197.

3. In een bijlage van *Tijdschrift voor Pensioen*vraagstukken van oktober 1990, verschenen onder de titel 'Pensioenfondsen in de schijnwerpers', wordt door J.C.A. Gortemaker, L.G.M. Stevens en J.C.K.W. Bartel in een drietal artikelen ingegaan op de voorgestelde pensioenfondsenheffing.

4. Ook op basis van het voorstel van Wet op de heffing over vermogensoverschotten van pensioenfondsen wordt een vermogensoverschot berekend door de bezittingen van een pensioenfonds te verminderen met de pensioenverplichtingen, zie art. 5 tot en met art. 8 van het wetsvoorstel, TK 1991-1992, 21 197, nr 10, p. 2-3.

5. Individuele waarde-overdracht is waarde-overdracht ten behoeve van één deelnemer aan de regeling van een pensioenfonds. Groepsgewijze waarde-overdracht is waarde-overdracht ten behoeve van een groep, bijvoorbeeld de deelnemers aan een door een ondernemingspensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling die bij één van de bij dat pensioenfonds aangesloten ondernemingen in dienst zijn.

6. In de praktijk met de term *stortingskoopsommen* of AKS, *Amerikaans Koop-systeem*, aangeduid. Voor een praktische uitleg: N. Mol, *Pensioenen Deel 1*, Kluwer/VNO 1990 (uitgave in de reeks 'De bedrijfsadviseur', p. 118-124).

Mr W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering N.V.

gewend voor de inkoop van pensioenrechten. Zo kan een vermogensoverschot ontstaan wanneer het overdragende pensioenfonds de overdrachtswaarde vaststelt op basis van de sterftetafel GBM of GBV 1980-1985, terwijl bij het ontvangende pensioenfonds of de ontvangende verzekeringsmaatschappij inkoop van pensioenrechten plaatsheeft op basis van de sterftetafel GBM of GBV 1976-1980. Men dient te bedenken dat de bij de nieuwe pensioenuitvoerder verworven aanspraken in geval van individuele waardeoverdracht ten minste actuair gelijkwaardig moeten zijn aan de bij het overdragend pensioenfonds opgebouwde aanspraken. Met de inkoop van actuair gelijkwaardige aanspraken bij het aannemende pensioenfonds of de aannemende verzekeringsmaatschappij kan worden volstaan.⁷

Ook in het kader van *groepsgewijze waardeoverdracht* kunnen vermogensoverschotten ontstaan. Zo kan de situatie zich voordoen dat een bij een pensioenfonds aangesloten werkgever zich bij een ander pensioenfonds aansluit voor de uitvoering van dezelfde pensioenregeling. Het is mogelijk dat de overdrachtswaarde die het eerstbedoelde pensioenfonds aan het nieuwe pensioenfonds ter beschikking stelt het door de nieuwe uitvoerder ter dekking van de overgenomen pensioenverplichtingen benodigde bedrag overtreft. Deze situatie kan zich voordoen wanneer het pensioenfonds dat de overdrachtswaarde ontvangt optimistischer gestemd is ten aanzien van de keuze van de actuariële grondslagen voor de reserveringen dan het overdragende pensioenfonds.

In dit artikel wordt antwoord gegeven op de vraag of vermogensoverschotten in geval van waardeoverdracht aan de deelnemers van de door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling of aan de bij een pensioenfonds aangesloten werkgevers kunnen worden uitgekeerd.

2. De rechtsverhouding tussen werkgever, werknemer, en een pensioenfonds

In de relatie werkgever-werknemer-pensioenfonds doet de werkgever aan de werknemer de toezegging dat de werknemer aan de regeling van het pensioenfonds kan deelnemen en dat de werkgever de voor de deelneming door het fonds in rekening gebrachte bedragen zal voldoen. Soms verbindt de werkgever een voorwaarde aan de toezegging, namelijk dat de werknemer een bijdrage in de kosten verschuldigd is en dat hij moet dulden dat die bijdrage op het overeengekomen salaris wordt ingehouden. De toezegging van de werkgever kan als *aanbod* worden gekwalificeerd. Wanneer de werknemer de wetgever doet weten akkoord te zijn, is sprake van *aanvaarding* en komt tussen werkgever en werknemer een overeenkomst tot stand die met de term *pensioenovereenkomst* wordt aangeduid.⁸ De werkgever heeft in de praktijk vooraf met het pensioenfonds een *aansluitingsovereenkomst* gesloten. Uit die overeenkomst vloeit voor het pensioenfonds de verplichting voort alle werknemers van de werkgever, of alle tot een bepaalde groep van werknemers van de werkgever, als deelnemer aan de pensioenregeling van het pensioenfonds te zullen accepteren. Voor de werkgever vloeit uit de aansluitingsovereenkomst de verplichting voort de door het fonds in rekening gebrachte bedragen te voldoen. Naar wordt aangenomen bevat de aansluitingsovereenkomst een *derdenbeding* ten behoeve van de werknemers van de werkgever. Door de werkgever wordt immers van het pensioenfonds bedongen aan zijn werknemers (of een bepaalde groep daarvan) de door het pensioenfonds uitgevoerde regeling aan te bieden. Wanneer de werknemer het derdenbeding aanvaardt, komt een rechtsverhouding tussen het pensioenfonds en de werknemer tot stand. In de eerste plaats komt een *obligatoire* rechtsverhouding tot stand: een overeenkomst tussen werknemer en pensioenfonds. Het aanbod van het pensioenfonds houdt in dat de werknemer pensioenaanspraken kan verkrij-

gen volgens de pensioenregeling van het fonds. De aanvaarding van het aanbod door de werknemer, die stilzwijgend kan geschieden of volgt uit bepaalde gedragingen van de werknemer⁹, doet de bedoelde overeenkomst tot stand komen. Het leerstuk met betrekking tot het derdenbeding brengt mee dat de werknemer door het aanvaarden van de door het pensioenfonds aangeboden pensioenregeling *partij* wordt bij de aansluitingsovereenkomst.¹⁰ In de tweede plaats komt een *rechtspersonenrechtelijke* rechtsverhouding tot stand. Uit de overeenkomst tussen werknemer en pensioenfonds vloeit namelijk (tevens) voort dat de werknemer moet voldoen aan uit statuten en eventuele (huishoudelijke) reglementen van het pensioenfonds voor hem voortvloeiende verplichtingen. Voorts kan de werknemer rechten aan die statuten en huishoudelijke reglementen ontlene, bijvoorbeeld recht op een bestuurszetel of recht op zitting in een deelnemersraad.

Uit het voorafgaande volgt dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer uit overeenkomst voortvloeit namelijk de pensioenovereenkomst. Ook de rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds berust op overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds, zowel voor zover het de (vaak stilzwijgend) tot stand gekomen overeenkomst met betrekking tot de pensioenregeling betreft als voor zover het de aansluitingsovereenkomst betreft waarbij de werknemer door het sluiten van de overeenkomst terzake de pensioenregeling partij wordt. Omdat elk van de genoemde rechtsverhoudingen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid kan het gedrag van partijen over en weer door de rechter aan de redelijkheid en billijkheid worden getoetst.

De rechtsverhouding tussen werknemer en pensioenfonds berust tevens, voor zover het het besturen van het pensioenfonds betreft, op het rechtspersonenrecht. Dit brengt mee dat het gedrag van het bestuur van het pensioenfonds tevens aan de rechtspersonenrechtelijke goede trouw kan worden getoetst.¹¹

Bij de beantwoording van de vraag of vermogensoverschotten van een pensioenfonds naar de (gewezen) deelnemers of de aangesloten werkgever(s) kunnen vloeien, ga ik er in de *eerste* plaats van uit dat noch de bij een pensioenfonds aangesloten werkgever, noch de werknemer die deelnemer is aan de pensioenregeling die door het pensioenfonds wordt uitgevoerd, rechthebbende is van het vermogen van het pensioenfonds. Het pensioenfonds als rechtspersoon is eigenaar van het (pensioen)vermogen.¹² Uit de redelijkheid en billijkheid kan géén eigendomsrecht voortspruiten. Werkgever noch werknemer kunnen op grond van een verondersteld eigendomsrecht een claim op een vermogensoverschot leggen.

In de *tweede* plaats wordt aangenomen dat noch in de statuten en reglementen van het pensioenfonds, noch in één van de tussen werknemer, werkgever en pensioenfonds bestaande overeenkomsten een regeling met betrekking tot overschotten is opgenomen, zodat de gestelde vragen vanuit het objectieve recht moeten worden beantwoord.

7. Art. 32a lid 1 onder f Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).

8. In dezelfde zin E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 149.

9. Bijvoorbeeld: dulden dat de werknemersbijdrage in de kosten van de pensioenregeling op het salaris wordt ingehouden.

10. Art. 6:254 lid 1 BW.

11. Art. 2:8 BW.

12. Aldus onder andere Lutjens, a.w. p. 526-527. Anders: H. Bode, *Pensioen: van gunst naar recht*, in *Pensioen is Pensioen. Opstellen aangeboden aan mr. J.W. Janssen, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1987*, p. 14.

3. De positie van overschotten in geval van waardeoverdracht

Om de vraag of vermogenoverschotten aan de (gewezen) deelnemers of aan de bij een pensioenfonds aangesloten werkgever kunnen terugvloeien te beantwoorden, is het hier voor aangegeven onderscheid tussen individuele waardeoverdracht en groepsgewijze waardeoverdracht van belang.

3.1. Individuele waardeoverdracht

In geval van individuele waardeoverdracht doet zich de mogelijkheid voor dat de overdrachtswaarde die het overdragende pensioenfonds beschikbaar stelt méér bedraagt dan de koopsom die nodig is om actuariael gelijkwaardige pensioenen te verwerven bij het pensioenfonds dat of de verzekeringsmaatschappij die de pensioenregeling van de nieuwe werkgever uitvoert. Tevens kan het overdragende pensioenfonds een gedeelte van de eigen vrije reserve beschikbaar stellen in het kader van de waardeoverdracht. Beide bedragen kunnen als vermogenoverschot worden beschouwd. Ze zijn immers niet nodig om bij het ontvangende pensioenfonds of de ontvangende verzekeringsmaatschappij actuariael gelijkwaardige pensioenrechten te verwerven.

3.1.1. De werknemer in relatie tot een vermogenoverschot

Men kan zich afvragen of in geval van individuele waardeoverdracht de wettelijke regeling terzake, de statuten en reglementen van het pensioenfonds, de overeenkomst waarin de waardeoverdracht is geregeld, of de redelijkheid en billijkheid bron kunnen zijn van een verbintenis tussen werknemer en pensioenfonds die recht geeft op overdracht van een aan de werknemer toe te rekenen deel van een vermogenoverschot. Zo'n verbintenis kan overigens slechts bestaan wanneer de inhoud ervan voldoende bepaalbaar is. Met andere woorden: het aan de werknemer toe te rekenen deel van een vermogenoverschot moet wél kunnen worden vastgesteld. Een sleutel voor de toerekening van een vermogenoverschot aan individuele werknemers is, naar ik meen, af te leiden uit de pensioenaanspraken van de individuele werknemer of de daarmee corresponderende voorziening verzekeringsverplichtingen. Toerekening van een vermogenoverschot aan individuele werknemers kan plaatshebben naar rato van de hoogte van de pensioenaanspraken of naar rato van de hoogte van de voor iedere werknemer gevormde voorziening verzekeringsverplichtingen. Een dergelijke verdeelsleutel pleegt in de praktijk wel te worden gehanteerd. Op de afzonderlijke veronderstelde bronnen wordt nader ingegaan. De *wettelijke regeling* voor waardeoverdracht biedt geen aanknopingspunt voor een recht voor de werknemer op overdracht van een deel van het vermogenoverschot aan de nieuwe pensioenuitvoerder. Een dergelijk recht volgt noch uit de letter, noch uit de strekking noch uit het systeem van de regeling. De wettelijke regeling kent slechts een bodemnorm: de bij de nieuwe pensioenuitvoerder verworven aanspraken moeten ten minste actuariael gelijkwaardig zijn aan de aanspraken waarvan de werknemer afstand doet. Niet meer dan dat derhalve. De *statuten en reglementen* van het pensioenfonds zouden kunnen bepalen dat in geval van waardeoverdracht voor de werknemer recht bestaat op overdracht van een op bepaalde wijze aan hem toe te rekenen deel van het vermogenoverschot van het fonds. Noch het rechtspersonenrecht, noch de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) staan aan een dergelijke regeling in de weg. Een regeling komt echter in de praktijk niet voor, waarschijnlijk omdat vastgelegd zou moeten worden hoe het vermogenoverschot ten tijde van de waardeoverdracht zou moeten worden vastgesteld, en hoe de verdeelsleutel zou luiden.¹³ Tot welke problemen vaststelling van het vermogenoverschot van een pensioenfonds leidt is duidelijk geworden in het kader van de totstandkomingsgeschiedenis van het wetsvoorstel voor een pensioenfondsenheffing.¹⁴ Het pen-

sioenfonds zou bij *overeenkomst* tot overdracht van een bepaald deel van een (vermeend) overschot kunnen besluiten. De rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst moet echter worden getoetst aan het rechtspersonenrecht, de PSW en de statuten en reglementen van het fonds. Het pensioenfonds zal in de praktijk niet bevoegd zijn tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst. De statuten van een pensioenfonds plegen immers te bepalen dat de middelen van het pensioenfonds zijn bestemd voor het toekennen van pensioenrechten aan de deelnemers en hun nagelaten betrekkingen. De *redelijkheid en billijkheid* kunnen geen zelfstandige bron van verbintenissen zijn. Zulks volgt onder andere uit het bekende Quint/Te Poel-arrest van de Hoge Raad dat onder het huidige Burgerlijke Wetboek geldingskracht heeft behouden.¹⁵ Wanneer een recht op een eigenlijk vermogenoverschot niet uit de overeenkomst van waardeoverdracht voortvloeit, en tevens niet expliciet uit de wettelijke regeling voor waardeoverdracht volgt, dient te worden nagegaan of zulk een recht voortvloeit uit het systeem van de wettelijke regeling voor waardeoverdracht of zulk een recht aansluit bij wél in de wet geregelde gevallen.¹⁶ Recht op een deel van het vermogenoverschot van een pensioenfonds vloeit naar mijn mening niet voort uit het systeem van de regeling voor waardeoverdracht. Die regeling eist dat de overdrachtswaarde rechtstreeks aan een ander pensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij wordt overgemaakt.¹⁷ Een recht op een op één of andere wijze berekend deel van het eigenlijke vermogenoverschot sluit ook niet aan bij andere regelingen terzake. Het lijkt mij veeleer dat een dergelijke betaling van het pensioenfonds aan de werknemer zelfs in strijd is met de wet, namelijk met het wettelijk verbod van het doen van uitkeringen aan de deelnemers.¹⁸

3.1.2. De werkgever in relatie tot een vermogenoverschot

Is uitkering van een deel van een vermogenoverschot aan de werkgever wél mogelijk? Voor het beantwoorden van deze vraag dient wederom te worden nagegaan of de wet, de statuten en reglementen van het pensioenfonds, de tussen werkgever en pensioenfonds gesloten aansluitingsovereenkomst of de redelijkheid en billijkheid bron kunnen zijn voor een dergelijke verplichting voor het pensioenfonds. De *wettelijke regeling* voor waardeoverdracht biedt geen aanknopingspunt voor een verplichting voor het pensioenfonds het aan een vertrekkende deelnemer toe te rekenen deel van het eigenlijke vermogenoverschot aan de werkgever uit te keren in het kader van waardeoverdracht. In dit kader is het genoemde Quint/Te Poel-arrest echter van belang. Op grond van dit arrest moet immers worden nagegaan of recht op terugbetaling past in het systeem van de wet of aansluit bij wél in de wet geregelde gevallen. Het systeem van de regeling voor waardeoverdracht biedt naar mijn mening geen grondslag voor een recht op terugbetaling. Een wettelijke regeling waarbij aansluiting zou kunnen worden gezocht is het leerstuk van de on-

13. Ook de ongunstige fiscale behandeling van de uitkering van een vermogenoverschot aan de werknemer speelt een rol. De uitkering wordt bij de werknemer belast tegen het bijzondere tarief van 45%. Er is een wetswijziging in voorbereiding op grond waarvan de afkoopsum van een pensioenrecht volledig progressief zal worden belast.

14. Zie art. 7 en art. 8 van het wetsvoorstel en de MvT p. 5-7, het VV p. 13-23 (!) en de MvA p. 15-24. Vgl. Gortemaker in de in noot 4 aangehaalde bijlage van Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, p. 4-5.

15. MvA II op art. 6:1 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 42-43.

16. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. Veegens (Quint/Te Poel).

17. Art. 32a PSW.

18. Art. 2:304 lid 2 BW. Lutjens, a.w., p. 652 komt tot dezelfde conclusie. Het onderscheid tussen het verrichten van pensioenuitkeringen en andere uitkeringen aan de (gewezen) deelnemers door een pensioenfonds wordt in het kader van de interpretatie van dit artikel in de literatuur niet gemaakt, zie Lutjens, a.w., p. 297-298 en C.J. Bijl, *Vrij beroep en verplichte pensioenregelingen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 21-23. Zie tevens C.Æ. Uniken Venema, *Pensioen- en spaarfondsen in de stichtingsvorm; de deelnemers en de uitkeringen van dergelijke stichtingen*, in *Tot vermaak van Slagter, Kluwer, Deventer*, 1988, p. 334 en 348, die zijn betoog wél tot pensioenuitkeringen beperkt.

gerechtvaardigde verrijking.¹⁹ Van ongerechtvaardigde verrijking van het pensioenfonds kan geen sprake zijn wanneer de verrijking voortvloeit uit een rechtshandeling.²⁰ Van ongerechtvaardigde verrijking kan slechts sprake zijn wanneer de verrijking voortvloeit uit de wet of het systeem van de wet.²¹ Wanneer de op grond van de aansluitingsovereenkomst door de werkgever betaalde dotaties leiden tot een overschot in het pensioenfonds kan geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking zijn. Ook een vordering op grond van onverschuldigde betaling lijkt mij om dezelfde reden niet haalbaar. Ik herhaal dat ik daarbij als uitgangspunt hanteer dat de aansluitingsovereenkomst op dit punt een leemte bevat. Wanneer de werkgever zou kunnen aantonen dat de door het pensioenfonds in rekening gebrachte bedragen de op grond van de aansluitingsovereenkomst verschuldigde bedragen overtreffen, is uiteraard wél plaats voor een vordering uit onverschuldigde betaling.²² Ook de *statuten en reglementen* van een pensioenfonds zullen in het algemeen terugbetaling aan de werkgever van een eigenlijk vermogensoverschot beletten. In het algemeen bepalen de statuten van een pensioenfonds namelijk dat de middelen van het fonds een bestemming in de pensioensfeer moeten vinden. De *aansluitingsovereenkomst* zal in het algemeen ook geen expliciete grondslag bieden voor een recht op terugbetaling. De *redelijkheid en billijkheid* die de aansluitingsovereenkomst beheersen kunnen geen bron zijn van een dergelijke verbintenis.

3.2. Groepsgewijze waardeoverdracht

De exercitie die in 3.1 is gemaakt voor het geval van individuele waardeoverdracht kan op overeenkomstige wijze worden gemaakt voor groepsgewijze waardeoverdracht. Daarbij gaat het ook weer om antwoord te zoeken op de vraag of de groepsgewijze uittredende deelnemers, of de werkgever waarbij de deelnemers die uittreden in dienst waren recht hebben op overdracht van een aan hen toe te rekenen deel van een mogelijk eigenlijk overschot van het pensioenfonds. De mogelijke bronnen van een dergelijke verbintenis zijn in 2.1 aangegeven. Wat de wettelijke regeling voor waardeoverdracht in de PSW, de statuten en reglementen van het desbetreffende pensioenfonds en de overeenkomst waarbij de waardeoverdracht wordt geregeld betreft geldt voor groepsgewijze overdracht mutatis mutandis wat in 2.1.1 voor individuele waardeoverdracht geschreven is. In de literatuur is echter gesignaleerd dat in wettelijke regelingen voor waardeoverdracht, in de rechtspraak en in bepaalde contractuele regelingen voor waardeoverdracht groepsgewijze waardeoverdracht aan de hand van andere maatstaven wordt beoordeeld dan individuele waardeoverdracht.²³ De redelijkheid en billijkheid zouden derhalve voor groepsgewijze waardeoverdracht tot een ander antwoord op de gestelde vraag kunnen leiden dan voor individuele waardeoverdracht. Wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen wordt immers mede door ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak en maatschappelijke ontwikkelingen bepaald.²⁴ Geconcludeerd wordt echter dat de redelijkheid en billijkheid óók in het geval van groepsgewijze waardeoverdracht meebrengen dat géén recht bestaat op een deel van een eventueel pensioen.²⁵ Ik sluit mij daarbij aan²⁶ omdat het rechtskarakter van groepsgewijze waardeoverdracht niet anders is dan dat van individuele waardeoverdracht.²⁷ Er is slechts sprake van een kwantitatief verschil, niet van een kwalitatief.

3.3. Vrijwillige overdracht van een vermogensoverschot door een pensioenfonds

In 3.1 en 3.2 is aangetoond dat noch voor de werknemer, noch voor de werkgever recht bestaat op een deel van een mogelijk overschot in geval van waardeoverdracht. Het rechtspersonenrecht en de PSW beletten een pensioenfonds echter niet in de statuten en reglementen te bepalen dat in geval van waardeoverdracht recht bestaat op overdracht van een

deel van een mogelijk aanwezig vermogensoverschot. Het beginsel van de contractsvrijheid brengt mee dat in een overeenkomst van waardeoverdracht kan worden bepaald dat het pensioenfonds mede een deel van het aanwezige vermogensoverschot zal overdragen. Dit leidt slechts uitzondering wanneer de statuten en reglementen van het pensioenfonds het aangaan van een dergelijke overeenkomst verbieden.

Slechts in geval van groepsgewijze waardeoverdracht heeft toetsing van de transactie door de Verzekeringskamer plaats. Dit geldt slechts wanneer een pensioenfonds tot groepsgewijze waardeoverdracht overgaat.²⁸ De Verzekeringskamer kan ingrijpen wanneer een groepsgewijze waardeoverdracht de liquiditeits- of de solvabiliteitspositie van het overdragende pensioenfonds in gevaar brengt. Deze toetsing staat echter niet ten principale in de weg aan overdracht van een deel van een vermogensoverschot.

4. Aanwending van een vermogensoverschot

Wat de bestedingsmogelijkheden van een vermogensoverschot betreft moet worden ingegaan op de besteding van een overschot door een pensioenfonds, geheel los van de waardeoverdrachtsproblematiek. Daarnaast moet op de bestedingsmogelijkheden van een vermogensoverschot nadat dit overschot aan een andere uitvoerder is overgedragen worden ingegaan.

4.1. De besteding van een vermogensoverschot door een pensioenfonds

De besteding van een vermogensoverschot door een pensioenfonds moet worden beoordeeld aan de hand van het rechtspersonenrecht, de PSW, de statuten en reglementen van het fonds en de rechtsverhouding met de deelnemers enerzijds, en die met de werkgever anderzijds.

Het *rechtspersonenrecht* legt aan de besteding van een vermogensoverschot in beginsel geen beperkingen op, mits het bestuur van het pensioenfonds zich maar houdt aan wettelijke bepalingen, met name aan de algemeen geformuleerde verplichting de bestuurszaak naar behoren te vervullen.²⁹ In de literatuur wordt verdedigd dat de strekking van de PSW zich er tegen verzet dat tot uitkering van een vermogensoverschot aan de werkgever wordt overgegaan. De uitvoeringsverplichting zou meebrengen dat de aan een pensioenfonds betaalde gelden niet mogen worden terugbetaald aan de werkgever.³⁰ Met name van belang zijn de *statuten en reglementen* van een pensioenfonds. Veel pensioenfondsen kennen een statutaire doelomschrijving die inhoudt dat het vermogen van het pensioenfonds moet worden aangewend voor het doen van pensioenuitkeringen aan degene die hebben deelgenomen aan de pensioenregeling van het pensioenfonds en aan hun nagelaten betrekkingen (weduwen, weduwnaars, samenlevingspartners en wezen). Terugbetaling aan de werkgever van een vermogensoverschot aan de werkgever is in die situatie strijdig met

19. Art. 6:212 BW.

20. TM op art. 6:212 BW. PG Boek 6, p. 829.

21. MvA 11 bij art. 6:212 BW, PG Boek 6, p. 832.

22. Art. 6:203 BW.

23. Lutjens, a.w., p. 652-654.

24. Vgl. art. 3:12 BW.

25. Lutjens, a.w., p. 654-658.

26. Ook HR 24 september 1976, NJ 1978, 245 m.nt. Wachter staat niet aan deze opvatting in de weg. Vgl. Lutjens, a.w., p. 537-538.

27. Ik laat daarbij buiten beschouwing dat groepsgewijze waardeoverdracht ook een gevolg van splitsing of van gedeeltelijke liquidatie van een pensioenfonds kan zijn. In een dergelijke situatie is een andersluidende conclusie niet ondenkbeeldig. Hierover P.M.C. de Lange, Splitsing van pensioenfondsen, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1990, p. 26-29.

28. Art. 32a lid 1 onder d PSW.

29. Art. 2:9 BW.

30. Art. 2 lid 1 PSW. Zie Lutjens, a.w., p. 539.

de statutaire doelomschrijving van het pensioenfonds.³¹ Het pensioenfonds kan zich in de hier geschetste situatie op nietigheid van de betaling aan de werkgever beroepen, tenzij de werkgever onkundig was van de doeloverschrijding.³² Voorts zal terugbetaling van een vermogenoverschot aan de werkgever ingevolge de *aansluitingsovereenkomst* en de *overeenkomst tussen werknemer en pensioenfonds* niet mogelijk zijn. De mogelijkheid van terugbetaling kan expliciet zijn uitgezonderd in deze overeenkomsten.³³ Indien niet is voorzien in een dergelijke expliciete uitzondering, zullen de strekking van die overeenkomsten en de redelijkheid en billijkheid zich tegen terugbetaling verzetten. Aan de statutaire doelomschrijving zou in het kader van interpretatie volgens de redelijkheid en billijkheid normatieve werking (reflexwerking) kunnen worden toegekend. De conclusie zou slechts anders luiden, wanneer terugbetaling van vermogenoverschotten expliciet is overeengekomen. Een dergelijke bepaling pleegt in de praktijk niet te worden opgenomen en zou overigens, zoals hiervoor in dit onderdeel uiteengezet is, nietig of vernietigbaar kunnen zijn wegens strijd met de strekking van de PSW.³⁴

4.2. De besteding van een vermogenoverschot na waardeoverdracht

Hoewel daarop geen recht bestaat, kan een pensioenfonds in het kader van waardeoverdracht op vrijwillige basis mede een deel van het vermogenoverschot overdragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder. Een statutaire bepaling inhoudende dat het vermogen van het pensioenfonds een pensioenbestemming moet houden hoeft daaraan niet in de weg te staan. Stel dat de nieuwe pensioenuitvoerder niet aan een soortgelijke beperking is gebonden, bijvoorbeeld omdat de nieuwe uitvoerder een verzekeringsmaatschappij is. Kan in die situatie een vermogenoverschot door de verzekeraar aan de werknemer of de werkgever worden betaald? Bij de beantwoording van deze vraag zal ervan moeten worden uitgegaan dat de overeenkomst waarbij de waardeoverdracht is geregeld terzake een leemte bevat.³⁵ De gestelde vraag kan in deze situatie niet aan de hand van de letter van de overeenkomst van waardeoverdracht worden beantwoord. Aan bepalingen in de statuten en reglementen van het pensioenfonds kan in het kader van interpretatie van de overeenkomst van waardeoverdracht naar de redelijkheid en billijkheid reflexwerking worden toegekend. De statutaire doelomschrijving zou, deze visie volgende, kunnen meebrengen dat de redelijkheid en billijkheid zich tegen betaling van een vermogenoverschot verzetten. Zulks geldt in sterkere mate wanneer in een reglement van het pensioenfonds bepalingen zijn opgenomen over de aanwending van vermogenoverschotten. Zo kan bepaald zijn dat vermogenoverschotten worden aangewend voor (beleidsmatige) aanpassing van ingegane vermogenoverschotten en slapersrechten. Ook aan een dergelijke bepaling zou op grond van de redelijkheid en billijkheid de hiervoor bedoelde reflexwerking kunnen toekomen. Zelfs wanneer aanpassing niet geregeld is, maar het fonds feitelijk tot de bedoelde aanpassingen overgaat, kunnen de redelijkheid en billijkheid aan betaling aan de werkgever in de weg staan.

Op grond van het voorafgaande moet worden aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid een overeenkomst van waardeoverdracht niet kunnen aanvullen met een verplichting voor de nieuwe pensioenuitvoerder een eigenlijk vermogenoverschot aan de oude werkgever of de vertrokken werknemer te betalen. Sterker: het bestuur van een pensioenfonds is op grond van de wettelijke verplichting de bestuurstaak naar behoren te vervullen gehouden in de overeenkomst van waardeoverdracht een bepaling op te nemen die terugbetaling aan werkgever of werknemer blokkeert, wanneer de statuten bepalen dat de middelen van het pensioenfonds een bestemming in de pensioensfeer moeten vinden. Wanneer de nieuwe uitvoerder de statutaire doelomschrijving kende of moest ken-

nen, kan het pensioenfonds de nietigheid inroepen van de uitbetaling van het overschot, wanneer blijkt dat die uitbetaling tot doeloverschrijding leidt.³⁶ Het is dan maar de vraag of de nieuwe uitvoerder een rechtsgrond heeft voor verhaal op de werkgever of werknemer waaraan het vermogenoverschot is doorbetaald.

5. Het belang bij de uitoefening van een recht

In het BW is een regeling opgenomen die inhoudt dat een rechtsvordering slechts bestaat wanneer degene die de rechtsvordering wenst in te stellen daar voldoende belang bij heeft.³⁷ Geen belang, geen vordering dus. De rechter die over de toewijzing van een vordering moet oordelen moet zelfs ambtshalve toetsen of de eiser belang bij zijn vordering heeft.³⁸ De vraag rijst of een pensioenfonds er in alle gevallen voldoende belang bij heeft een vermogenoverschot te behouden.

Deze vraag zou kunnen rijzen in de situatie van een 'sluimerend' pensioenfonds, een pensioenfonds waarin geen opbouw van pensioenrechten meer plaatsheeft maar uitsluitend slapersrechten zijn verzekerd. Het kan zijn dat zelfs uitgaande van een worst case scenario wat betreft de rente en sterfteontwikkeling en de ontwikkeling van het lang-leven-risico er een overschot zal zijn. Pas wanneer de laatste pensioenge-rechtigde is overleden valt het overschot vrij wanneer het pensioenfonds wordt opgeheven. Uitkering van het aldus voorzichtig vastgestelde overschot aan de werkgever, die het per slot van rekening heeft opgebracht, zou niemand schaden.

Uit het voorbeeld blijkt dat zich een situatie kan voordoen waarin het fonds, gegeven de verplichtingen jegens de (gewezen) deelnemers, er nauwelijks of geen belang bij heeft het vermogenoverschot te behouden. De situatie doet zich in de praktijk wel voor wanneer een pensioenfonds waarin (bijna) uitsluitend slapersrechten zijn verzekerd van eigen beheer over gaat tot herverzekering van de pensioenverplichtingen bij een verzekeringsmaatschappij. In een dergelijke situatie komt het pensioenfonds waarschijnlijk niet de vordering toe die zou moeten leiden tot een verklaring voor recht dat het vermogenoverschot dient ter dekking van de pensioenverplichtingen van het fonds. Zulks is immers in die situatie niet het geval. Het feit dat het pensioenfonds geen voldoende belang toekomt bij een dergelijke verklaring voor recht scheidt echter nog geen vorderingsrecht voor de werkgever of de (gewezen) deelnemers op het vermogenoverschot.

Toch biedt de genoemde bepaling een opening. Het pensioenfonds kan vrijwillig, bijvoorbeeld uit hoofde van een vermeende fatsoensverplichting jegens de werkgever of de (gewezen) deelnemers, of op grond van een overeenkomst met de werkgever of de (gewezen) deelnemers tot uitkering van het overschot overgaan. Betaling uit hoofde van een fatsoensverplichting kan als natuurlijke verbintenis worden beschouwd, mits voldaan is aan de wettelijke vereisten.³⁹ In de situatie waarin de betaling als voldoening aan een natuurlijke verbintenis moet worden beschouwd, kan het fonds het be-

31. *Lutjens, a.w.*, p. 539.

32. *Art. 2:7 BW.*

33. *Een dergelijke bepaling zal veelal vanuit fiscaal oogpunt, de subjectieve vrijstelling van pensioenfonds voor de vennootschapsbelasting, zijn opgenomen.*

34. *Art. 3:40 lid 2 BW.*

35. *Een pensioenfonds zou als voorwaarde aan de waarde-overdracht kunnen verbinden dat de overgedragen gelden niet aan de werkgever mogen worden uitbetaald, en is daartoe wellicht zelfs gehouden indien de statuten de aangegeven doelomschrijving bevatten, vgl. art. 2:8 BW.*

36. *Art. 2:8 jo. 2:6 BW.*

37. *Art. 3:303 BW.*

38. *HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29 m.nt. Houwing. In het nieuwe recht moet worden getoetst of er voldoende belang bij de vordering bestaat. Over het verschil: VV II en MvA II bij art. 3:303 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 915-916.*

39. *Die zijn vastgelegd in art. 6:3 lid 2 BW.*

taalde bedrag niet als onverschuldigd betaald terugvorderen.⁴⁰ In de situatie waarin het fonds de betaling op grond van een overeenkomst verricht, geldt eveneens dat terugvordering niet kan plaatsvinden.

Waar het om gaat is of het fonds de betaling van (een deel van) een overschot aan (gewezen) deelnemers of een aangesloten werkgever kan terugvorderen op grond van het feit dat de betaling als doeloverschrijding kan worden gekwalificeerd, gegeven het feit dat het fonds daarbij geen belang heeft. Het is mogelijk dat de regel 'geen belang, geen vordering' meebrengt dat aan het fonds deze vordering moet worden ontzegd. In dat geval zou het fonds dus bij nadere overeenkomst met de werkgever, in afwijking van de aansluitingsovereenkomst, of bij overeenkomst met de (gewezen) deelnemers kunnen overeenkomen het vermogenoverschot uit te keren. Het fonds zou deze betaling ook op basis van een natuurlijke verbintenis kunnen verrichten. Hoewel formeel ook in deze situatie van doeloverschrijding sprake is, werken de rechtsgevolgen van doeloverschrijding niet zodat het pensioenfonds zich niet op de nietigheid van de verrichte rechtshandeling kan beroepen.

In geval van waardeoverdracht wordt een momentopname gemaakt op basis waarvan wordt vastgesteld of een overschot aanwezig is. In de literatuur wordt gesteld dat een aldus op een bepaald moment berekend overschot feitelijk geen overschot is, maar slechts als een tijdelijk actuariel overschot moet worden gezien. Afhankelijk van de feitelijke omstandigheden die zich kunnen voordoen, is het mogelijk dat moet worden ingeteerd op tijdelijke actuariële overschotten.⁴¹ Hieruit volgt dat uiterste terughoudendheid gepast is bij het bepalen van het vermogenoverschot van een pensioenfonds.

6. Conclusies

Wanneer in de statuten van een pensioenfonds op enigerlei wijze is bepaald dat de financiële middelen van het fonds een bestemming in de pensioensfeer moeten vinden, is uitbetaling van een vermogenoverschot aan de aangesloten werkgever of een (gewezen) deelnemer nietig op grond van het feit dat de betaling doeloverschrijding impliceert, mits de werkgever of (gewezen) deelnemer van de doeloverschrijding op de hoogte was of kon zijn. Betaling van een vermogenoverschot aan een (gewezen) deelnemer is bovendien in strijd met het verbod van ledenuitkeringen voor stichtingen, aangenomen dat het pensioenfonds in de stichtingsvorm wordt gedreven. De nietigheid impliceert dat het pensioenfonds de betaalde bedragen als onverschuldigd betaald kan terugvorderen. De bestuurders van het pensioenfonds zijn persoonlijk aansprakelijk voor de schade die het pensioenfonds ondervindt van de doeloverschrijding. Die schade zal met name bestaan uit bedragen die onverhoopt niet meer kunnen worden teruggevorderd.

Betaling van een overschot van een pensioenfonds aan de werkgever of de (gewezen) deelnemers zou kunnen plaatshebben op grond van een andere overeenkomst of een natuurlijke verbintenis. Er is hoe dan ook sprake van doeloverschrijding. Wanneer de financiële positie van het pensioenfonds zodanig is dat het fonds geen enkel belang heeft bij het behoud van het vermogenoverschot, ontbreekt mogelijkerwijs het beroep op nietigheid van de overeenkomst of natuurlijke verbintenis op grond waarvan de betaling is verricht.

40. Zulks volgt uit het systeem van art. 6:4 BW, vgl. de TM bij art. 6:4 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 85. Vgl. art. 1395 lid 2 oud-BW.
41. Luitjens, a.w., p. 525.