

## Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, Wie betaalt de rekening voor waardeoverdracht?

Vindplaats: TPV 2014/22

Bijgewerkt tot: 23-05-2014

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen<sup>[1]</sup>

### Wie betaalt de rekening voor waardeoverdracht?

#### Samenvatting

Werknemers die deelnemen aan een pensioenregeling hebben het wettelijk recht op waardeoverdracht bij wisseling van dienstverband. In het kader van deze wettelijk verplichte waardeoverdracht kan zich bij de overdragende pensioenuitvoerder de situatie voordoen dat de beschikbare overdrachtswaarde minder of meer bedraagt dan het bedrag dat op grond van de toepasselijke wetgeving moet worden overgedragen. Bij de aannemende pensioenuitvoerder kan zich de situatie voordoen dat de overdrachtswaarde ontoereikend is om de pensioenaanspraken toe te kennen die op grond van de toepasselijke wetgeving moeten worden toegekend, of dat sprake is van een overschot. In elk van deze situaties rijst de vraag wie een tekort moet dragen respectievelijk aan wie een overschot toekomt. Is dat de pensioenuitvoerder, de oude respectievelijk de nieuwe werkgever of degene die van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruikmaakt? Die vraag wordt hierna beantwoord.

#### Wettelijk kader

Sinds 8 juli 1994 hebben deelnemers aan een pensioenregeling die door een pensioenfonds of een verzekeraar wordt uitgevoerd het wettelijk recht op waardeoverdracht bij wisseling van dienstverband.<sup>[2]</sup> Voor deelnemers aan een beroepspensioenregeling geldt een soortgelijk recht op waardeoverdracht sedert 1 januari 2006.<sup>[3]</sup> Het wettelijk recht op waardeoverdracht is in de huidige wetgeving opgenomen in art. 71 Pensioenwet (PW) en in art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling.<sup>[4]</sup>

#### Formele wetgeving

De regeling opgenomen in art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling houdt, summier en voor zover hier van belang weergegeven, het volgende in:<sup>[5]</sup>

- een werknemer die aan een pensioenregeling deelneemt heeft recht op waardeoverdracht in geval van individuele beëindiging van het dienstverband met zijn werkgever waardoor de deelneming aan de pensioenregeling eindigt indien hij gaat deelnemen aan de pensioenregeling van een nieuwe werkgever,<sup>[6]</sup> een beroepsgenoot wanneer de deelneming aan de beroepspensioenregeling individueel eindigt;
- door de waardeoverdracht verwerft de gewezen deelnemer pensioenaanspraken in de pensioenregeling van de nieuwe werkgever, ondergebracht bij de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever;
- de overdragende pensioenuitvoerder heeft de wettelijke plicht om de *waarde* over te dragen, mits de waardeoverdracht binnen 6 maanden na aanvang van de verwerving van pensioenaanspraken bij de nieuwe pensioenuitvoerder is aangevraagd;
- de ontvangende pensioenuitvoerder moet (ten minste) de actuariële gelijkwaardigheid van de overgedragen pensioenaanspraken met de bij hem onder te brengen pensioenaanspraken waarborgen;
- beide pensioenuitvoerders mogen geen kosten bij de gewezen deelnemer in rekening brengen, op straffe van nietigheid;
- lagere regelgeving bepaalt op welke wijze de overdrachtswaarde wordt berekend en op welke wijze wordt getoetst of de bij de nieuwe pensioenuitvoerder verworven pensioenaanspraken actuariëel gelijkwaardig zijn aan de overgedragen pensioenaanspraken die aan de oude pensioenuitvoerder werden ontleend.

## Materiële wetgeving

De bedoelde lagere regelgeving is opgenomen in het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling ('het Besluit') en in de Regeling uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling ('de Regeling').

Uit art. 25 lid 1 Besluit volgt dat de overdrachtswaarde die de overdragende pensioenuitvoerder beschikbaar moet stellen, ten minste gelijk dient te zijn aan de contante waarde van de over te dragen pensioenaanspraken. De overdragende pensioenuitvoerder dient de contante waarde van de over te dragen pensioenaanspraken, en daarmee de overdrachtswaarde, vast te stellen op basis van een wettelijk standaardtarief. Dat wettelijk standaardtarief is vastgelegd in art. 18 Regeling.

Bij wettelijk verplichte waardeoverdracht zet de overdragende pensioenuitvoerder de *eerste* stap. Hij berekent de overdrachtswaarde zowel op de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst gesloten met, of het uitvoeringsreglement dat geldt voor, de oude werkgever als volgens het standaardtarief. Vervolgens stelt hij het overschot of het tekort vast. De ontvangende pensioenuitvoerder zet de *tweede* stap. Hij berekent de inkoopsum voor pensioenaanspraken volgens de pensioenregeling van de nieuwe werkgever die actuariael gelijkwaardig zijn aan de pensioenaanspraken waarop de werknemer bij de oude werkgever recht had. Hij berekent deze op grond van art. 27 lid 1 Besluit op basis van het standaardtarief van art. 19 lid 1 en 2 Regeling en art. 2 van bijlage 2 bij de Regeling. Daarnaast berekent hij de inkoopsum voor de verwerving van actuariael gelijkwaardige pensioenaanspraken als waarop bij de overdragende pensioenuitvoerder recht bestond volgens de uitvoeringsovereenkomst die, of het uitvoeringsreglement dat, voor de nieuwe werkgever geldt. Vervolgens stelt ook de aannemende pensioenuitvoerder het overschot of het tekort vast.

### Oorzaak van het ontstaan van een tekort of overschot

De toepassing van het standaardtarief van art. 25 Besluit kan leiden tot een discrepantie tussen de bij de pensioenuitvoerder op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement beschikbare overdrachtswaarde en de volgens het standaardtarief beschikbaar te stellen overdrachtswaarde. De oorzaak is dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij het vaststellen van het standaardtarief dient uit te gaan van marktwaardering (art. 25 lid 1 Besluit). Het standaardtarief is uitgewerkt in art. 18 Regeling. In verband met de voorgeschreven marktwaardering is art. 18 lid 3 Regeling het meest in het oog springend: de in een bepaald jaar in het kader van marktwaardering te hanteren rentefactor is de door DNB gepubliceerde rentetermijnstructuur (de RTS) als geldend op 1 oktober van het voorafgaande jaar.<sup>[7]</sup>

Pensioenfondsen dienen hun pensioenverplichtingen ook op marktwaarde te waarderen (art. 126 lid 2 aanhef en onder a PW). Daarbij dienen zij bovendien als rentefactor de RTS te hanteren. Dat betekent dat het standaardtarief dat bij wettelijke waardeoverdracht moet worden gehanteerd min of meer aansluit bij de door een pensioenfonds te hanteren grondslagen. Bij waardeoverdracht door een pensioenfonds is daarom in de regel geen sprake van een significant tekort of overschot.<sup>[8]</sup> Pensioenfondsen plegen indien en voor zover desondanks sprake is van een tekort of een overschot, een tekort voor hun rekening te nemen en een overschot te behouden.

Overdragende *verzekeraars* hanteerden in het verleden meestal en hanteren nog steeds vaak een vaste rekenrente in door hen aangeboden uitvoeringsovereenkomsten. Hoewel verzekeraars in het kader van hun verslaglegging voor de waardering van hun verzekeringsverplichtingen net als pensioenfondsen de RTS moeten hanteren,<sup>[9]</sup> is het aan hen toegestaan om in het kader van aangaan van uitvoeringsovereenkomsten waarbij op de voet van art. 23 PW pensioenaanspraken worden verzekerd, een vaste rekenrente te hanteren. De regels voor verslaglegging hoeven immers in het kader van te sluiten uitvoeringsovereenkomsten niet te worden gevolgd.<sup>[10]</sup> Deze vaste rekenrente is voor uitvoeringsovereenkomsten die vóór 1 augustus 1999 werden gesloten vaak 4%, voor uitvoeringsovereenkomsten die vanaf 1 augustus 1999 werden gesloten in de regel 3%.<sup>[11]</sup> Momenteel hanteren verzekeraars gezien de structureel lage rentestand bij het aangaan van uitvoeringsovereenkomsten vaak de marktrente of een veel lagere rente dan de maximaal toegestane rente.

Indien verzekeraars in door hen aangeboden uitvoeringsovereenkomsten voor de premieberekening een min of meer met de RTS overeenkomende rente hanteren, wijkt de situatie niet relevant af van de situatie bij pensioenfondsen (die immers ook de RTS ten grondslag leggen aan hun uitvoeringsovereenkomsten of uitvoeringsreglementen). Die rente stemt dan immers grosso modo overeen met de in het kader van toepassing van het standaardtarief te hanteren rente.

In de situatie waarin de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen te hanteren rente voor de premieberekening structureel hoger is dan de wettelijke rekenrente volgens het standaardtarief (bijvoorbeeld omdat een vaste rekenrente is overeengekomen die hoger uitvalt dan de RTS), is de beschikbare overdrachtswaarde lager dan de op grond van het standaardtarief beschikbaar te stellen overdrachtswaarde. Dan doet zich een tekort voor. Dit tekort pleegt in de praktijk aan de oude werkgever in rekening te worden gebracht en dat pleegt in de praktijk als een *fait accompli* te worden beschouwd.<sup>[12]</sup> Deze situatie doet zich sedert 2011 feitelijk vaak voor, omdat de in het kader van het standaardtarief te hanteren rente sedertdien structureel lager is dan de rekenrente die aan uitvoeringsovereenkomsten ten grondslag pleegt te liggen.<sup>[13]</sup> Voor werkgevers veroorzaakt dat financiële tegenvallers die in de praktijk niet bleken te zijn voorzien en die vaak knellen.<sup>[14]</sup> Indien de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen te hanteren rente voor de premieberekening structureel lager is dan de wettelijke rekenrente volgens het standaardtarief, is de beschikbare overdrachtswaarde hoger dan de op grond van het standaardtarief beschikbaar te stellen waarde, zodat een bedrag overblijft. Dat overschot pleegt in de praktijk terug te vloeien naar de oude werkgever. Ook dat wordt als een *fait accompli* beschouwd.

#### Een overschot of tekort bij de overdragende pensioenuitvoerder

In verband met de hiervoor bedoelde eerste stap bevat art. 26 Besluit een regeling met het oog op de situatie dat de overdrachtswaarde niet gelijk is aan de beschikbare waarde. De regeling houdt in dat '*het verschil ten gunste, respectievelijk ten laste, van de oude werkgever of van het fonds waar de regeling was ondergebracht*' komt.<sup>[15]</sup>

Met het oog op de toepassing van art. 71 lid 5 PW respectievelijk van art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling in het kader van toepassing van art. 26 Besluit rijzen de volgende vragen:

- valt een tekort onder het begrip 'kosten' van art. 71 lid 5 PW respectievelijk van art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling (indien dat het geval is, mag een tekort niet op de werknemer worden afgewenteld; indien dit niet het geval is, bijvoorbeeld omdat het begrip *kosten* uitsluitend ziet op uitvoeringskosten, dient de vraag of een tekort op de werknemer mag worden afgewenteld te worden beantwoord aan de hand van art. 26 Besluit);
- bevat art. 26 Besluit dwingend of regelend recht (indien sprake is dwingend recht, kan een tekort in elk geval niet op de werknemer worden afgewenteld, indien sprake is van regelend recht zou een tekort op de werknemer kunnen worden afgewenteld indien dat bij een verzekerde pensioenregeling met de werknemer is overeengekomen in de pensioenovereenkomst of bij een door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling is vastgelegd in het pensioenreglement);
- is met het woord 'fonds' in art. 26 Besluit uitsluitend *pensioenfonds* bedoeld, of werd bedoeld dat dit woord mede verzekeraars zou omvatten (indien uitsluitend pensioenfonds zijn bedoelt, kunnen verzekeraars een tekort nimmer op de werkgever afwentelen, tenzij art. 26 Besluit regelend recht bevat; indien met het begrip *fonds* mede verzekeraars zijn bedoeld, betekent art. 26 Besluit dat een tekort niet op de werknemer mag worden afgewenteld, tenzij art. 26 Besluit regelend recht bevat).

#### Een overschot of een tekort bij de ontvangende pensioenuitvoerder

In verband met de tweede stap bepaalt art. 19 lid 3 Regeling met het oog op de situatie dat de overdrachtswaarde lager is dan het bedrag benodigd voor de inkoop van de toe te kennen actuariael gelijkwaardige pensioenaanspraken dat het tekort '*ten laste komt van de nieuwe werkgever of het ontvangende fonds*'. Dit roept overeenkomstige vragen op als hiervoor ten aanzien van art. 26 Besluit geformuleerd.

Een overschot vervalt niet ten gunste van de nieuwe werkgever of de pensioenuitvoerder. Uit art. 28 Besluit volgt namelijk dat de overdrachtswaarde in zijn geheel voor pensioenverwerving bij de nieuwe pensioenuitvoerder moet worden aangewend.<sup>[16]</sup> Het gevolg is dat in de situatie waarin sprake is van een overschot, de werknemer uit hoofde van de waardeoverdracht hogere dan de actuarieel gelijkwaardige pensioenaanspraken verwerft.

#### *De positie van de werknemer*

In art. 71 lid 5 PW respectievelijk art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling is bepaald dat in het kader van waardeoverdracht bij de deelnemer geen kosten in rekening mogen worden gebracht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze regeling inhoudt dat uitvoeringskosten in verband met verplichte waardeoverdracht niet bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in rekening mogen worden gebracht en bovendien niet op de aanspraak in mindering mogen worden gebracht.<sup>[17]</sup> Dat laatste betekent feitelijk dat geen administratiekosten op de overdrachtswaarde in mindering mogen worden gebracht.<sup>[18]</sup>

Van belang voor het navolgende is dat de regeling gezien de wetsgeschiedenis kennelijk slechts ziet op administratiekosten en daarom niet op de eventuele kosten voortvloeiend uit toepassing van het standaardtarief. Dit is van belang omdat het gevolg is dat een tekort bij waardeoverdracht door een overdragende of een aannemende pensioenuitvoerder dan op de werknemer zou kunnen worden afgewenteld, indien art. 26 Besluit en art. 19 lid 3 Regeling regelend recht inhouden en dit bij verzekerde pensioenregeling in de pensioenovereenkomst is opgenomen respectievelijk bij door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregelingen in het pensioenreglement.

#### *Overdragende pensioenfonds*

In dit onderdeel wordt geanalyseerd of een tekort respectievelijk een overschot bij waardeoverdracht ten laste of ten gunste van het overdragende pensioenfonds, de werkgever of de werknemer komt.

#### **Bevat art. 26 Besluit dwingend of regelend recht?**

In mijn visie is art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling. Ik kom tot die conclusie op grond van wetsystematische interpretatie en de kennelijke bedoeling van de bepaling. Vanuit de wetsystematiek geredeneerd sluit de bepaling van art. 26 Besluit naadloos aan op de inhoudelijk overeenkomende regeling van art. 71 lid 5 PW respectievelijk art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling die ziet op uitvoeringskosten. Die regelingen lijken ook van dwingend recht, daar de bepaling anders feitelijk overbodig zou zijn. Immers, indien zou zijn beoogd de mogelijkheid open te laten om uitvoeringskosten voor waardeoverdracht af te wentelen op de werknemer die gebruikmaakt van het wettelijk recht op waardeoverdracht, zou zijn bepaald dat 'tenzij anders wordt overeengekomen' de kosten voor waardeoverdracht niet ten laste van de werknemer zouden mogen worden gebracht. De bepalingen lijken mij voorts gezien hun kennelijke bedoeling dwingendrechtelijk, omdat met de bepalingen wordt beoogd te voorkomen dat werkgevers en pensioenuitvoerders regelingen treffen die er toe leiden dat uitvoeringskosten voor waardeoverdracht en tekorten bij waardeoverdracht worden afgewenteld op degene die van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruikmaakt.<sup>[19]</sup> Die laatste heeft op die kosten immers in het geheel geen invloed, daar hij geen invloed heeft op de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.

#### **Uitwerking van art. 26 Besluit als dwingendrechtelijke bepaling**

Aannemend dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is, impliceert art. 26 Besluit dat een tekort bij toepassing van het standaardtarief niet ten laste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt mag worden gebracht. Art. 26 Besluit breidt de dwingendrechtelijke wettelijke regeling ten aanzien van uitvoeringskosten dan uit tot een tekort of een overschot bij toepassing van het standaardtarief. De vraag resteert dan welke de betekenis van art. 26 Besluit is, indien in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement niet uitdrukkelijk is bepaald of een tekort bij toepassing van het standaardtarief ten laste van het overdragende pensioenfonds of de oude werkgever komt. De uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement bevat dan op dat punt een leemte daar art. 26 Besluit de knoop niet doorhakt. De

vraag hoe die leemte dient te worden gevuld, dient voor de uitvoeringsovereenkomst te worden beantwoord aan de hand van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW, voor het uitvoeringsreglement aan de hand van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 1 BW. Op grond van de redelijkheid en billijkheid dient het antwoord in mijn visie te luiden dat de gevolgen van het feit dat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement de bedoelde leemte bevat, in het algemeen voor rekening en risico van het overdragende pensioenfonds dient te komen. Het ligt in het algemeen meer op de weg van het pensioenfonds als de meer professionele partij dan op de weg van de aangesloten werkgever of de beroepsgenoot om zorg te dragen dat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement *compleet* is. Dat betekent vervolgens dat indien de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement de leemte die hier aan de orde is bevat, in het algemeen een tekort voor rekening van het pensioenfonds zal komen. Waarschijnlijk kan in die situatie gezien de jurisprudentie omtrent overschotten niet worden gesteld dat een overschot in geval van de bedoelde leemte aan de aangesloten werkgever of de beroepsgenoot toekomt.<sup>[20]</sup> Omdat de opgeworpen vraag aan de hand van de redelijkheid en billijkheid moet worden beantwoord, staat het de rechter overigens vrij van geval tot geval te oordelen wat in de aan het oordeel van de rechter onderworpen situatie *redelijk en billijk* is.

#### **Uitwerking van art. 26 Besluit als regelend recht**

Indien art. 26 Besluit ondanks het voorafgaande toch regelend recht zou bevatten, betekent dit dat een tekort of een overschot bij waardeoverdracht niet uitsluitend ten laste of ten gunste van het overdragende pensioenfonds of de oude werkgever kan worden gebracht of kan komen, maar ook ten laste of ten gunste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt. Hierna analyseer ik afzonderlijk de situatie van een tekort en een overschot.

Aangenomen dat art. 26 Besluit regelend recht bevat, regelt het niet méér dan dat een tekort bij gebreke van een regeling in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement ten laste van het pensioenfonds of de oude werkgever dient te komen, en uitsluitend op grond van een uitdrukkelijke regeling ten laste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt zou kunnen worden gebracht. Omdat een overeenkomst geen plichten voor derden kan scheppen, zou dat in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt de pensioenovereenkomst moeten zijn. Een uitvoeringsreglement kan gezien de juridische aard als objectief recht<sup>[21]</sup> wel verplichtingen impliceren voor degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt. Art. 26 Besluit biedt het pensioenfonds en de werkgever de mogelijkheid om onderling te regelen wie het tekort draagt. Zij kunnen dit dan vooraf, in de uitvoeringsovereenkomst regelen, of het pensioenfonds bepaalt dit vooraf in het uitvoeringsreglement, of zij treffen van geval tot geval een regeling. De regeling vooraf bindt degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt echter uitsluitend indien de regeling ook in de pensioenovereenkomst is opgenomen. De ad hoc regeling bindt degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt echter uitsluitend indien hij of zij daarmee instemt.

#### **Betekenis van de toelichting op art. 26 Besluit bij een tekort**

De toelichting bij het Besluit kijkt zowel van de hiervoor aangeduide betekenis van art. 26 Besluit als dwingendrechtelijke bepaling, als van de betekenis als regelend recht af. De toelichting stelt immers klip en klaar dat een tekort ten laste van de overdragende pensioenuitvoerder komt.<sup>[22]</sup> Dit standpunt wordt in de toelichting niet nader gemotiveerd, zodat de vraag rijst of de toelichting wel doorslaggevend is voor de interpretatie van art. 26 Besluit.<sup>[23]</sup> In de situatie van een overdragend pensioenfonds zou dat betekenen dat art. 26 Besluit een pensioenfonds niet de mogelijkheid biedt om te bedingen dat een tekort ten laste van de oude werkgever komt. Dat lijkt mij gezien de tekst van art. 26 Besluit echter een te beperkte uitleg van het artikel. Mij lijkt voor de hand te liggen dat art. 26 Besluit dwingendrechtelijk is en daarom aan een pensioenfonds en een werkgever uitsluitend verbiedt om een tekort bij verplichte waardeoverdracht bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in rekening te brengen. Art. 26 Besluit biedt een pensioenfonds de mogelijkheid om hetzij in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement

vast te leggen of het pensioenfonds dan wel de oude werkgever een tekort bij waardeoverdracht dient te dragen, hetzij hierover van geval tot geval te onderhandelen.

Deze visie, die naar mijn mening het best aansluit bij art. 71 lid 5 PW en art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling, en bovendien het best overeenstemt met de tekst van art. 26 Besluit, is overigens niet per se in strijd met de toelichting. Uitgaande van de toelichting kan art. 26 Besluit zo worden uitgelegd, dat een tekort ten laste van het pensioenfonds komt, maar dat de werkgever desondanks het verschil voor zijn rekening neemt indien dat met hem wordt overeengekomen. Hoewel een pensioenfonds de werkgever, de toelichting volgend, niet kan dwingen om een overeenkomst aan te gaan waarbij een tekort voor zijn rekening komt of een tekort op basis van een uitvoeringsreglement eenzijdig bij de werkgever in rekening kan brengen, zal de consequentie van het ten laste van het pensioenfonds brengen of komen van het tekort zijn dat de premie voor de werkgever hoger wordt. Uiteindelijk moeten pensioenlasten, waaronder begrepen de kosten voor *bijbetaling* voor waardeoverdracht, immers hoe dan ook door de bij een pensioenfonds aangesloten werkgever(s) worden opgebracht.

Indien in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement is overeengekomen of vastgelegd dat een tekort bij waardeoverdracht steeds ten laste van de oude werkgever komt, maar de oude werkgever de last niet kan dragen, zal de oude werkgever een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid moeten doen (art. 6:248 lid 2 BW indien een uitvoeringsovereenkomst geldt, art. 6:2 lid 2 BW indien een uitvoeringsreglement geldt). De rechter zal dan de uit dat artikellid volgende onaanvaardbaarheidstoets uitvoeren om te beoordelen of de regeling dat de werkgever het tekort voor zijn rekening dient te nemen stand houdt. Slechts in uitzonderlijke situaties zal de rechter kunnen oordelen dat de overeengekomen of vastgelegde regeling in een concreet geval geen stand kan houden op grond van de onaanvaardbaarheidstoets, gezien het *ultimum remedium*-karakter van die toets.<sup>[24]</sup>

Wanneer geen regeling wordt getroffen in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement en een patstelling tussen de oude werkgever en het pensioenfonds ontstaat in verband met een tekort bij waardeoverdracht, zal de rechter in geval van een uitvoeringsovereenkomst op basis van art. 6:248 lid 1 BW en in geval van een uitvoeringsreglement op basis van art. 6:2 lid 1 BW (waaruit aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid pleegt te worden afgeleid) moeten oordelen wie de last van het tekort moet dragen, daar dit niet uit art. 26 Besluit volgt. In dat verband zullen onder meer de financiële positie van de oude werkgever en het pensioenfonds een rol spelen. Hiervoor gaf ik aan dat de algemene lijn zou moeten zijn dat het pensioenfonds in die situatie het tekort draagt. Dat is blijkens art. 72 PW respectievelijk art. 83 Wet verplichte beroepspensioenregeling ook het wettelijk systeem. In het verlengde van die opvatting zou het op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde oordeel dat de oude werkgever het tekort moet dragen de uitzonderingsregel moeten zijn. De rechter kan het verschil overigens op grond van de redelijkheid en billijkheid ook verdelen. In de extreme situatie dat noch het pensioenfonds, noch de werkgever in staat zijn om het tekort voor hun rekening te nemen, zou het pensioenfonds tot rechtenkorting kunnen (en moeten) besluiten om middelen vrij te maken ter dekking van het verschil.<sup>[25]</sup> Zo ver zal het echter niet komen omdat het pensioenfonds de waardeoverdracht dan zal kunnen en moeten weigeren gezien het bepaalde in art. 72 aanhef en onder a PW respectievelijk art. 83 aanhef en onder a Wet verplichte beroepspensioenregeling.

#### **Betekenis van de toelichting op art. 26 Besluit bij een overschot**

Art. 26 Besluit regelt eveneens niet méér dan dat een overschot ten goede van het pensioenfonds of de oude werkgever komt. In verband met de situatie waarin sprake is van een overschot geldt een soortgelijke situatie ten aanzien van de werking van art. 26 Besluit als voor de situatie van een tekort. Indien is overeengekomen dat een overschot aan het pensioenfonds toekomt, maar de werkgever meent dat het overschot in een concrete situatie desondanks aan hem moet worden uitgekeerd, zal de werkgever een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW in geval van een uitvoeringsovereenkomst; art. 6:2 lid 2 BW in geval van een uitvoeringsreglement) moeten doen. De rechter zal dan door het uitvoeren van de onaanvaardbaarheidstoets moeten oordelen of het pensioenfonds, ondanks de overeengekomen regeling dat het overschot aan het pensioenfonds toekomt, dit overschot desalniettemin aan de werkgever moet uitkeren. Ook die situatie zal zich slechts in uitzonderlijke situaties

voordoen, gezien het *ultimum remedium*-karakter van de onaanvaardbaarheidstoets.<sup>[26]</sup> Bevat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement een leemte en doet zich een patstelling voor, dan zal de rechter op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW) moeten oordelen aan wie het overschot toekomt daar art. 26 Besluit dit niet regelt. Ook dan zal het oordeel waarschijnlijk in het voordeel van het pensioenfonds uitvallen gezien de hiervoor al aangehaalde jurisprudentie omtrent overschotten.

#### *Overdragende verzekeraars*

In dit onderdeel wordt analoog aan het vorige onderdeel van dit artikel geanalyseerd of een tekort respectievelijk een overschot bij waardeoverdracht ten laste of ten gunste van de overdragende verzekeraar, de werkgever of de werknemer komt.

#### **Twee denkbare interpretaties van art. 26 Besluit en hun consequentie**

Art. 26 Besluit regelt naar de letter uitsluitend de situatie waarin een pensioenfonds als overdragende pensioenuitvoerder fungeert. Met het oog op de situatie dat de overdragende pensioenuitvoerder een verzekeraar is, is de interpretatie van art. 26 Besluit denkbaar die inhoudt dat het woord '*fonds*' een verschrijving is van de wetgever. In die interpretatie bedoelde de wetgever '*pensioenuitvoerder*', zodat voor overdragende verzekeraars dezelfde regeling geldt als voor overdragende pensioenfondsen. In die interpretatie beoogde art. 26 Besluit ook de situatie waarin een verzekeraar overdraagt te regelen. Daarvan uitgaande geldt hetgeen hiervoor voor overdragende pensioenfondsen werd geschreven op overeenkomstige wijze voor verzekeraars.<sup>[27]</sup> Indien er van wordt uitgegaan dat art. 26 Besluit de situatie waarin een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder fungeert niet regelt, bevat het Besluit op dat punt een leemte ten aanzien van de situatie waarin bij wettelijk verplichte individuele waardeoverdracht door een verzekeraar van een tekort of een overschot sprake is.

Indien ervan wordt uitgegaan dat art. 26 Besluit dwingend recht bevat, geldt ten aanzien van de gesignaleerde leemte dan hetgeen hiervoor werd geschreven over de situatie waarin art. 26 Besluit als regelend recht werd beschouwd en in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement een regeling omtrent een tekort of overschot bij waardeoverdracht ontbrak. Resteert de vraag of art. 26 Besluit de bedoelde leemte wel of niet bevat.

#### **Regelt art. 26 Besluit waardeoverdracht door een verzekeraar?**

De interpretatie dat het begrip '*fonds*' in art. 26 Besluit staat voor '*pensioenuitvoerder*' en daarom ook verzekeraars omvat, sluit aan bij de tekst van art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling. In de tekst van die artikelen wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen pensioenfondsen en verzekeraars omdat het woord '*pensioenuitvoerder*' wordt gebruikt. Die artikelen gelden daarom op gelijke wijze voor pensioenfondsen en verzekeraars. In lijn van deze wetsartikelen zou daarom kunnen worden geconcludeerd dat werd beoogd om ook in art. 26 Besluit een voor pensioenfondsen en verzekeraars overeenkomende regeling op te nemen. De toelichting van art. 26 Besluit zou dan ook aansluiten op de tekst. De toelichting maakt ten aanzien van de betekenis van art. 26 Besluit immers geen onderscheid tussen pensioenfondsen en verzekeraars omdat die zich net zoals de Pensioenwet op *pensioenuitvoerders* richt.

De vraag rijst echter of aan het systeem van art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling en de toelichting op art. 26 Besluit zoveel betekenis mag worden gehecht dat de letterlijke tekst van art. 26 Besluit anders zou moeten worden gelezen dan deze luidt (door in plaats van '*fonds*' te lezen dat '*pensioenuitvoerde*' zou zijn bedoeld). Ik twijfel. Het gaat wel heel ver om de op zichzelf duidelijke en letterlijke tekst van materiële wetgeving op grond van het systeem van formele wetgeving die in direct verband staat met de betreffende materiële wetgeving en de toelichting op de betreffende materiële wetgeving zomaar opzij te zetten (in de letterlijke tekst van art. 26 Besluit staat immers '*fonds*', niet '*pensioenuitvoerde*'). Daar staat echter tegenover dat indien de beperking tot pensioenfonds zou zijn bedoeld, in art. 26 Besluit niet de term '*fonds*' maar de wettelijke term '*pensioenfonds*' had moeten worden gebruikt. Met enige flexibiliteit kan een verzekeraar ook wel als fonds worden gezien. Daar staat verder tegenover dat

indien de bedoelde leemte in art. 26 Besluit zou worden aangenomen door uit te gaan van de letterlijke tekst, niet zou zijn voldaan aan de *opdracht* van art. 71 lid 7 PW en art. 82 lid 7 Wet verplichte beroepspensioenregeling aan de materiële wetgever om ook deze situatie te regelen.

Indien art. 26 Besluit dwingendrechtelijk is, en zou worden aangenomen dat het begrip *fonds* niet tevens verzekeraars omvat, geldt, zoals hiervoor al bleek, mutatis mutandis hetgeen werd gesteld ten aanzien van de situatie waarin art. 26 Besluit als regelend recht geldt en een regeling omtrent een tekort of overschot bij waardeoverdracht in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement ontbreekt.

Indien art. 26 Besluit regelend recht zou bevatten, is frappant dat de visie ten aanzien van de mogelijke leemte als gevolg van het gebruik van het woord *fonds* uiteindelijk lood om oud ijzer is. Immers: ook wanneer wordt uitgegaan van de opvatting dat art. 26 Besluit de situatie waarin een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder optreedt ongeregeld laat, geldt net als in de situatie waarin een pensioenfonds als overdragende pensioenuitvoerder fungeert, indien sprake zou zijn van regelend recht, contractvrijheid op het punt of de verzekeraar dan wel de oude werkgever een tekort moet dragen respectievelijk een overschot toekomt. Ook wanneer een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder fungeert, kan sprake zijn van een regeling voor tekorten en overschotten bij waardeoverdracht in de uitvoeringsovereenkomst, of van het ontbreken van zo'n regeling. Het verschil met de situatie waarin een pensioenfonds de overdragende pensioenuitvoerder is zou dan wel zijn dat, indien van het bestaan van een leemte in art. 26 Besluit wordt uitgegaan, een tekort bij waardeoverdracht in de situatie waarin een verzekeraar waardeoverdracht dient uit te voeren bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt zou kunnen worden gebracht. Dit omdat art. 71 lid 5 PW en art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling zich gezien de wetsgeschiedenis beperken tot uitvoeringskosten.

#### Ontbreken van een regeling voor een tekort of overschot

Hoe dient te worden gehandeld indien in een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar een regeling omtrent een tekort of een overschot bij waardeoverdracht ontbreekt? Dan geldt naast hetgeen ik schreef ten aanzien van pensioenfondsen het volgende.

Een werkgever die pensioenverzekeringen sluit zou, gezien het rechtskarakter van de verzekeringsovereenkomst, nadat de overeengekomen premie is betaald slechts achteraf met extra premielasten voor de verzekering zou mogen worden geconfronteerd wanneer daarover *informed consent* bestaat. Ik opperde de gedachte van de *informed consent* eerder in verband met de figuur van tariefsgrondslagverzwaring. De bedoelde *informed consent* voor tariefsgrondslagverzwaring hield in dat deze in mijn visie slechts zou moeten zijn toegestaan, indien de werkgever daarover uitdrukkelijk vóór of uiterlijk bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst zou zijn geïnformeerd en deze verder duidelijk en uitdrukkelijk is overeengekomen en in de uitvoeringsovereenkomst is vastgelegd.<sup>[28]</sup>

Uit de analyse in dit artikel blijkt dat de bijbetalingsverplichting voor de werkgever bij waardeoverdracht door een verzekeraar in mijn visie anders dan de vigerende praktijk bepaald geen *fait accompli* is, integendeel zelfs. In het kader van bijbetaling bij waardeoverdracht zou uitwerking van de door mij geopperde gedachte van de *informed consent* kunnen betekenen dat het tekort bij waardeoverdracht slechts dan door een verzekeraar ten laste van de oude werkgever zou mogen worden gebracht, indien de werkgever daarover vóór of uiterlijk bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk is geïnformeerd en hij daarmee akkoord is gegaan op basis van door de verzekeraar verstrekte informatie over de mogelijke consequenties van individuele waardeoverdracht. Verder dient een en ander in die visie uitdrukkelijk en duidelijk in de uitvoeringsovereenkomst te zijn vastgelegd. Daarbij ga ik er dan van uit dat art. 26 Besluit van regelend recht is en het gehanteerde woord '*fonds*' niet mede verzekeraars omvat. In de opvatting dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is en het woord '*fonds*' mede verzekeraars omvat, houdt deze bepaling immers de wettelijke keuzemogelijkheid in om in de uitvoeringsovereenkomst vast te leggen of een tekort ten laste van de verzekeraar of de oude werkgever komt. Dan zou de strenge eis van een *informed consent* als hiervoor bedoeld niet hoeven te gelden.

#### Financiële onmacht van de werkgever



Van belang is nog dat art. 72 PW regelt dat indien de werkgever de lasten in verband met waardeoverdracht niet kan opbrengen, de waardeoverdracht niet hoeft te worden uitgevoerd.<sup>[29]</sup> De werkgever dient te beschikken over een schriftelijke verklaring van een niet aan zijn onderneming verbonden accountant of accountant-administratieconsulent dat sprake is van financiële onmacht.

### Tijdelijke regeling voor 'kleine' werkgevers

Met ingang van 1 januari 2013 voorziet art. 19a Besluit in een tijdelijke regeling voor de aanvullende bijdragen bij waardeoverdracht.<sup>[30]</sup> De regeling houdt in dat indien het tekort een bepaalde grens te boven gaat en de oude werkgever een *kleine* werkgever is, de pensioenuitvoerder geen medewerking aan de waardeoverdracht hoeft te verlenen. De tijdelijke regeling voorziet in een behoefte vanuit de praktijk,<sup>[31]</sup> vooruitlopend op een structurele oplossing voor de bijbetalingsproblematiek.<sup>[32]</sup> De gekozen tijdelijke oplossing is niet gebaseerd op een doorwrochte juridische analyse van de bestaande regelingen waarbij de vraag centraal werd gesteld of een tekort ten laste van de pensioenuitvoerder of de werkgever zou moeten komen. De verantwoordelijke minister is er kennelijk in lijn van art. 72 aanhef en onder c PW zonder meer van uitgegaan dat een tekort altijd ten laste van de oude werkgever zou komen.<sup>[33]</sup> De tijdelijke oplossing is gezocht in het buiten werking stellen van het wettelijk recht op waardeoverdracht. Daarmee is de problematiek op het bord van de rechthebbende op de waardeoverdracht gelegd.<sup>[34]</sup> De oplossing van de tijdelijke regeling zou niet in het kader van toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets kunnen worden gevolgd, omdat de werknemer/deelnemer die de waardeoverdracht wenst buiten de bijbetalingsproblematiek staat, aannemend dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is. Art. 71 PW, art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling en art. 26 Besluit maken immers duidelijk dat een tekort bij waardeoverdracht niet op hem mag worden afgewenteld.<sup>[35]</sup>

Uit het voorafgaande volgt dat voordat een structurele oplossing van de problematiek rond een tekort bij waardeoverdracht is gevonden en in de regelgeving is geïmplementeerd, de tijdelijke regeling enigszins soulaas biedt aan *kleine* werkgevers. Op grond van de (pensioen)wetgeving staat de oude werkgever echter niet altijd zonder meer machteloos indien de tijdelijke regeling niet voor hem geldt. Indien hij het tekort niet kan opbrengen, kan hij immers een beroep doen op art. 72 PW of op de onaanvaardbaarheid van de bijbetaling. Ik bepleit dat het tekort slechts op de oude werkgever zou moeten mogen worden afgewenteld, indien sprake is van een *informed consent* van de zijde van de oude werkgever. In die visie is de bijbetaling *onaanvaardbaar* indien geen sprake is van *informed consent* ten aanzien van de door de oude pensioenuitvoerder bedongen bijbetaling in geval van een tekort.<sup>[36]</sup> Ik pleit voor deze van de normale uitlegmethoden voor overeenkomsten afwijkende leer van de *informed consent* in verband met de grote financiële gevolgen die een bijbetaling in geval van waardeoverdracht voor een werkgever kan hebben.<sup>[37]</sup>

### Ontvangende pensioenfondsen

De overdragende pensioenuitvoerder draagt uiteindelijk de volgens het standaardtarief vastgestelde waarde over. De ontvangende pensioenuitvoerder dient de ontvangen overdrachtswaarde vervolgens aan te wenden voor actuarieel gelijkwaardige pensioenaanspraken. Dit volgt uit het bepaalde in art. 71 lid 4 PW en art. 82 lid 4 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Wanneer de overdrachtswaarde bij de ontvangende pensioenuitvoerder wordt aangewend binnen een premieovereenkomst of een premieregeling waarbij de premie wordt belegd, wordt de overdrachtswaarde op grond van art. 27 lid 2 Besluit aangewend voor beleggingseenheden volgens de premieovereenkomst of de premieregeling. Een tekort of overschot doet zich niet voor. Met het oog op aanwending van de overdrachtswaarde binnen uitkeringsovereenkomsten, uitkeringsregelingen, kapitaalovereenkomsten kapitaalregelingen, of premieregelingen dan wel premieovereenkomsten waarbij de premie niet wordt belegd, schrijft art. 27 lid 1 Besluit voor dat rekenregels moeten worden vastgesteld. De bevoegdheid om die rekenregels vast te stellen is gedelegeerd aan de verantwoordelijke minister. Die heeft de vereiste rekenregels vastgelegd in art. 19 Regeling. Ik herhaal dat daar met het oog op een tekort is geregeld dat het verschil '*ten laste van de nieuwe werkgever of het ontvangende fonds*' komt. De situatie dat sprake is van een overschot hoeft niet nader te worden behandeld, daar de

overdrachtswaarde (zoals hiervoor al werd uiteengezet) volledig voor pensioenverwerving moet worden aangewend. De situatie kan zich daarom voordoen dat de werknemer die deelneemt aan de pensioenregeling die door de ontvangende pensioenuitvoerder wordt uitgevoerd aldaar hogere pensioenaanspraken verwerft dan pensioenaanspraken die actuariael gelijkwaardig zijn aan de pensioenaanspraken bij de overdragende pensioenuitvoerder. Ik beperk mij gezien het voorgaande tot de situatie van een tekort.

De regeling van art. 19 Regeling komt inhoudelijk overeen met de regeling van art. 26 Besluit. Anders dan uit de wetsgeschiedenis van art. 26 Besluit waaruit blijkt dat een tekort ten laste van de pensioenuitvoerder zou moeten komen, blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 19 Regeling, geheel in overeenstemming met de tekst daarvan, dat een tekort ten laste van het pensioenfonds of de nieuwe werkgever komt. In dit opzicht geldt naar mijn mening mutatis mutandis wat geldt in geval van een tekort bij het overdragende pensioenfonds. Ik volsta dan ook met verwijzing naar de daaromtrent hiervoor ingenomen zienswijze.

#### *Ontvangende verzekeraars*

Ten aanzien van ontvangende verzekeraars kent de tekst van art. 19 Regeling een leemte, precies zoals de tekst van art. 26 Besluit. Omdat de toelichting op art. 19 Regeling niet de discrepantie met de tekst kent zoals de toelichting bij art. 26 Besluit die laat zien ten opzichte van de tekst van art. 26 Besluit, behoeft aan de toelichting op art. 19 regeling geen nadere beschouwing te worden gewijd. Tekst en toelichting liggen in elkaars verlengde.

<sup>[38]</sup> Ten aanzien van die leemte geldt naar mijn mening ook mutatis mutandis wat geldt ten aanzien van de leemte in art. 26 Besluit ten aanzien van verzekeraars, zodat ik weer met verwijzing volsta.

Wel moet nog de vraag worden beantwoord of beschikbaar gestelde overdrachtswaarden grosso modo zullen aansluiten bij de inkoopsum voor actuariael gelijkwaardige pensioenaanspraken, berekend volgens de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement van de ontvangende verzekeraar. De overdrachtswaarde is vastgesteld op basis van het standaardtarief. In de situatie waarin de verzekeraar een vaste rekenrente hanteert, kan zich een soortgelijke discrepantie voordoen als in de situatie bij overdragende verzekeraars. Deze discrepantie pakt echter precies andersom uit: sedert 2011 zal juist sprake zijn van een overschot, terwijl vóór 2011 in deze situatie sprake was van een tekort dat bij de nieuwe werkgever in rekening placht te worden gebracht. Tegen dat als fait accompli ervaren feit gelden voor de periode vóór 2011 soortgelijke bezwaren als hiervoor geschetst met het oog op waardeoverdracht door een verzekeraar sedert 2011.

Soortgelijke vorderingen zijn denkbaar.<sup>[39]</sup>

#### *Conclusie en aanbevelingen*

Uit het voorafgaande volgt dat ik het als fait accompli ervaren gegeven dat vóór 2011 veelal door de *nieuwe* werkgever zou moeten worden bijbetaald in geval van waardeoverdracht aan een verzekeraar, en dat sedert 2011 veelal door de *oude* werkgever zou moeten worden bijbetaald in geval van waardeoverdracht door een verzekeraar, niet als zodanig ervaar.<sup>[40]</sup> Ik concludeer dat van een *bijbetalingsverplichting* slechts sprake is, indien deze is overeengekomen. In bepaalde situaties geldt daarbij zelfs de eis van een *informed consent*.<sup>[41]</sup>

Het is uiteraard aan te bevelen de problematiek structureel op te lossen.<sup>[42]</sup> De tijdelijke regeling voor *kleine* werkgevers is een noodverband waarmee de problematiek voor *kleine* werkgevers wordt opgelost, echter niet door de lasten bij overdragende verzekeraars te leggen, maar door het blokkeren van de waardeoverdracht. Dat kan (maar hoeft niet) nadelig (te) zijn voor de betrokkene. Feitelijk geeft de noodregeling invulling aan de criteria van art. 72 aanhef en onder c PW. Art. 26 Besluit en art. 19 lid 3 Regeling zouden moeten worden aangepast door het woord 'fonds' te vervangen door 'pensioenuitvoerder', zodat voor pensioenfonds en verzekeraars uitdrukkelijk dezelfde regeling gaat gelden. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bij brief van 20 januari 2014<sup>[43]</sup> een onderzoek naar herziening van de regeling voor het wettelijk recht op waardeoverdracht aangekondigd. De oplossing voor de *bijbetalingsproblematiek* zou moeten worden gevonden door het risico van een tekort bij de werknemer te leggen. Dit gaat voorbij aan de conclusies van dit artikel. De rekening voor waardeoverdracht ligt immers bij de pensioenuitvoerder, tenzij anders is overeengekomen.

#### **Voetnoten**

## Voetnoten

- [1] Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten ([www.pensioenadvocaten.nl](http://www.pensioenadvocaten.nl)) en is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht (te vinden via [www.rechten.vu.nl](http://www.rechten.vu.nl) onder de tab onderzoekscentra).
- [2] Zie art. 32b Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) ingevoerd bij Wet van 30 juni 1994, *Stb.* 1994, 496, in werking getreden op 8 juli 1994 en het corresponderende art. 16a Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen) dat gelijktijdig in werking trad. Art. 32b PSW gold voor ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen. Art. 16a van de Regelen gold voor verzekeraars. Zie voor het overgangsrecht art. 73 PW. Daarin is expliciet (mijns inziens declaratoir) vastgelegd dat de wettelijke verplichting tot waardeoverdracht voor ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars geldt sedert 8 juli 1994. Literatuur en rechtspraak zijn verwerkt tot 26 april 2014.
- [3] Zie art. 41 Wet verplichte beroepspensioenregeling in de vanaf 1 januari 2006 geldende tekst (*Stb.* 2005, 526), met ingang van 1 januari 2007 vervangen door art. 84 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- [4] Inkomende waardeoverdrachten dienen door ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars vanaf 8 juli 1994 te worden aangenomen daar geen bijzonder overgangsrecht gold, zie art. XXII lid 1 Wet van 30 juni 1994 tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (wettelijk recht op waarde-overdracht en enige andere maatregelen op het aanvullende pensioenterrein), *Stb.* 1994, 496 van 7 juli 1994. Beroepspensioenfondsen dienen inkomende waardeoverdrachten vanaf 1 januari 2007 aan te nemen, zie art. 32 lid 5 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet.
- [5] Zie ook W. van Heest, *Waardeoverdracht, hoofdstuk 15 in Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, onder redactie van E. Lutjens, p. 733 e.v.
- [6] De woorden '*dan wel individuele beëindiging van de deelneming*' in art. 71 lid 1 aanhef en onder a PW zien op de situatie waarin de pensioenverwerving na uitdiensttreding nog voor een bepaalde periode wordt voortgezet. De deelneming aan de pensioenregeling eindigt dan later dan op de datum van uitdiensttreding. Ook voor de pensioenverwerving na uitdiensttreding geldt het wettelijk recht op waardeoverdracht. Aldus de memorie van toelichting bij het oorspronkelijk voorgestelde art. 65 PW, Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 227.
- [7] Het betreft de door De Nederlandsche Bank vastgestelde rentetermijnstructuur voor verplichtingen met een looptijd van 25 jaar.
- [8] Verschillen kunnen zich voordoen waar het betreft mogelijke afwijking van de actuele RTS en de in het kader van het standaardtarief te hanteren RTS (dat is de RTS als geldend op 1 oktober van het voorafgaande jaar; zie art. 18 lid 3 Regeling). Verdere afwijkingen kunnen het gevolg zijn van andere gehanteerde actuariale grondslagen, zoals de gehanteerde overlevingstabellen. Vgl. art. 126 PW en art. 18 Regeling. Het gaat in het kader van deze analyse te ver om het Financieel Toetsingskader voor pensioenfondsen (het FTK) volledig te vergelijken met het standaardtarief voor de berekening van overdrachtswaarden in het kader van wettelijk verplichte individuele waardeoverdracht.
- [9] Dit volgt uit art. 3:67 lid 1 Wft, waaruit volgt dat de verzekeraar toereikende technische voorzieningen dient aan te houden. Dit is uitgewerkt in respectievelijk art. 98 lid 3, art. 116 en art. 121 Besluit prudentiële regels Wft, waaruit respectievelijk de te hanteren rente voor het berekenen van de solvabiliteitsmarge van een verzekeraar, de berekeningswijze van de voorzieningen en de verplichting om jaarlijks een toereikendheidstoets uit te voeren volgen. Dit is verder uitgewerkt in respectievelijk art. 3:2 en art. 3:3 Regeling solvabiliteitsmarge en technische voorzieningen verzekeraars, waarin respectievelijk de toepassing van de RTS voor het uitvoeren van de toereikendheidstoets en de bevoegdheid voor verzekeraars om in het kader van de verslaglegging een vaste rekenrente van maximaal 3% (verzekeringsovereenkomsten gesloten vanaf 1 augustus 1999) respectievelijk maximaal 4% (verzekeringsovereenkomsten gesloten vóór 1 augustus 1999) te hanteren volgen.
- [10] Tekorten dient de verzekeraar ten laste van zijn eigen vermogen te brengen, tenzij tariefsgrondslagverzwaring is overeengekomen. Zie daarover mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 28 augustus 2013, *PJ*2013/172 onder 'Reikwijdte van de uitvoeringsverplichting'.

- [11] De koppeling met de eisen die DNB in het kader van de verslaglegging oplegde pleegde te worden gevolgd.
- [12] Zo ook in het gezamenlijke advies van de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars van 17 december 2012 getiteld *Heroverweging systeem van waardeoverdracht, Advies op hoofdlijnen* van 17 december 2012, te vinden via [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl).
- [13] J. Verhulst en M. Hendriks, 'Maak van waardeoverdracht ook echt waardeoverdracht!', *P&P* 2012, nr. 3, p. 15, r.k. Deze auteurs gaan overigens ook uit van het fait accompli.
- [14] In deze praktische constatering was de directe aanleiding gelegen voor het schrijven van dit artikel.
- [15] Deze regeling geldt uitsluitend voor pensioenregelingen die aanspraak op een pensioenuitkering geven, te weten: uitkeringsovereenkomsten en uitkeringsregelingen of premieovereenkomsten en premieregelingen waarbij de premie onmiddellijk na het beschikbaar stellen wordt omgezet in een aanspraak op een uitkering. Zie art. 26 Besluit. De premiepensioeninstelling speelt in het kader van dit artikel daarom geen rol omdat die slechts premieovereenkomsten mag uitvoeren. Bij waardeoverdracht geldt dan dat de overdrachtswaarde wordt vastgesteld op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor kapitaalovereenkomsten, kapitaalregelingen en premieregelingen. Zie art. 25 lid 4 Besluit gelezen in verband met art. 20 lid 1 Regeling.
- [16] Aldus ook de toelichting, *Stcrt.* 2006, 253, p. 14, middelste kolom.
- [17] Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 101.
- [18] Zie in die zin de verduidelijking in Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 229.
- [19] Zie in dit verband art. 3:40 BW.
- [20] Het overdragende pensioenfonds zou in dit verband immers met een beroep op de algemene jurisprudentie rond overschotten kunnen stellen dat ook overschotten ontstaan in verband met uitvoering van het wettelijk recht op waardeoverdracht niet behoeven te worden uitgekeerd. Zie met name HR 24 september 1976, *NJ* 1978/245 inzake *Zwanenburg-Organon/Pensioenrisico* en HR 25 november 1994, *NJ* 1995/323 inzake *Bensdorp*.
- [21] Vgl. voor een pensioenreglement van een verplichtgesteld beroepspensioenfonds HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988/117.
- [22] *Stb.* 2006, 709, p. 54-55.
- [23] Vgl. de toelichting van Opdam in *T&C Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening bij art. 26 Besluit die de toelichting volgt, maar de in de toelichting opgenomen opvatting eveneens niet nader motiveert.
- [24] Bij verzekerde pensioenregelingen geldt bij betalingsonmacht van de werkgever de escape van art. 72 aanhef en onder c PW.
- [25] Zie art. 134 PW en art. 129 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- [26] In dit verband geldt dat het pensioenfonds met een beroep op de algemene jurisprudentie rond overschotten zou kunnen stellen dat ook overschotten ontstaan in verband met uitvoering van het wettelijk recht op waardeoverdracht niet behoeven te worden uitgekeerd. Zie de hiervoor aangehaalde rechtspraak.
- [27] Met dien verstande dat de jurisprudentie ten aanzien van overschotten bij pensioenfonds niet één op één op verzekeraars kan worden omgezet. Overigens geldt bij verzekeraars ook dat een overschot bij waardeoverdracht aan de verzekeraar verblijft, tenzij anders zou zijn overeengekomen. De verzekeraar is immers eigenaar van het bij hem ondergebrachte pensioenvermogen.
- [28] Zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 28 augustus 2013, *PJ* 2013/172 onder 'Reikwijdte van de uitvoeringsverplichting'.
- [29] Mij lijkt dat de waardeoverdracht in die situatie wel mag worden uitgevoerd indien de verzekeraar de daarmee gepaard gaande lasten ten laste van zijn eigen vermogen zou willen brengen.
- [30] *Stb.* 2012, 452.
- [31] Zie de toelichting, *Stb.* 2012, 452, p. 3.
- [32] Zie eveneens de toelichting, *Stb.* 2012, 452, p. 6.
- [33] Zie ook Kamerstukken II 2010/11, 32043, 43. Wordt op p. 1 nog aangegeven dat waardeoverdracht kan leiden tot bijbetalingslasten voor de oude of de nieuwe werkgever of het oude of het nieuwe fonds (!),

- vervolgens wordt er toch van uitgegaan dat de lasten voor rekening van de werkgever komen (p. 1-2). Het is des te opmerkelijker dat op p. 1 kennelijk in lijn van de tekst van art. 26 Besluit het woord '*fonds*' wordt gehanteerd, daar de problematiek zich in de praktijk nu juist met name voordoet bij overdragende verzekeraars. Dat is overigens wellicht een aanwijzing dat met het woord '*fonds*' in art. 26 Besluit mede wordt bedoeld op een verzekeraar.
- [34] Grosso modo is dat overigens slechts nadelig in de situatie waarin van een uitkeringsovereenkomst van het type eindloonregeling naar een soortgelijke pensioenovereenkomst wordt overgegaan (afgezien van verschillen in indexering en afgezien van de wens om pensioenen bij één pensioenuitvoerder ondergebracht te krijgen). Vgl. de brief van de Pensioenfederatie aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 november 2013, waaruit blijkt in welke situaties momenteel nog van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruik wordt gemaakt. De brief is te vinden via [www.pensioenfederatie.nl](http://www.pensioenfederatie.nl). Zie ook de analyse van waardeoverdracht van L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV*2011/22, afl. 4, p. 14-18.
- [35] Mij lijkt dat art. 19a Besluit geen stand zou kunnen houden onder het voorstel voor een *portability*-richtlijn van 20 oktober 2005 (COM/2005/0507) omdat in art. 6 lid 2 van dat voorstel actuariële factoren en de gehanteerde rentevoet de vertrekkende werknemer niet zouden mogen benadelen. Het blokkeren van waardeoverdracht om redenen die verband houden met actuariële factoren en de gehanteerde rentevoet zou als benadeling van de vertrekkende werknemer kunnen worden beschouwd. In het gewijzigd voorstel voor een *portability*-richtlijn van 10 oktober 2007 (COD/2005/0214) wordt volledig afgezien van een regeling voor internationale waardeoverdracht, omdat deze uitsluitend voor lidstaten met kapitaalgedekte pensioenregelingen betekenis zou hebben. Dat is een zeer beperkt aantal lidstaten. Vergelijk de brief van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 december 2005 inzake het aanvankelijke voorstel, waaruit blijkt dat de Nederlandse sociale partners om deze reden geen voorstander waren voor een regeling van internationale *meeneembaarheid* van pensioenen. De brief is te vinden via [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl).
- [36] Een vraag die in dit verband opkomt is of een werkgever die een uitvoeringsovereenkomst aangaat of onder een uitvoeringsreglement valt waaruit voor de werkgever een bijbetalingsverplichting in verband met waardeoverdracht kan voortvloeien, voor de mogelijke bijbetalingen op de balans moet reserveren. Dit zou onder omstandigheden het geval kunnen zijn. Zie *RJ-Uiting* 2008-6 inzake Aanpassingen RJ 271.3 Personeelsbeloningen – Pensioenen p. 6 en p. 10.
- [37] Daarbij dient te worden bedacht, dat een werkgever met bijbetaling in verband met waardeoverdracht kan worden geconfronteerd voor al zijn gewezen werknemers die op of na 8 juli 1994 uit dienst zijn getreden en alsnog waardeoverdracht wensen.
- [38] J. Verhulst en M. Hendriks, t.a.p., melden op p. 14 verwarring die in dit opzicht heeft bestaan, althans was ontstaan naar aanleiding van de beantwoording van Kamervragen. De oude werkgever ontvangt een overschot in de beschikbare overdrachtswaarde ten opzichte van de overdrachtswaarde berekend volgens het standaardtarief immers terug, terwijl de nieuwe werkgever een overschot in de overdrachtswaarde berekend volgens het standaardtarief ten opzichte van de inkoopsum die de nieuwe pensioenuitvoerder in rekening brengt niet ontvangt. De ratio van het verschil tussen deze regelingen lijkt te zijn dat de oude werkgever een overschot in de beschikbare overdrachtswaarde ten opzichte van de waarde berekend volgens het standaardtarief heeft opgebracht. De nieuwe werkgever heeft een overschot in de overgedragen waarde ten opzichte van de inkoopsum niet opgebracht.
- [39] Deze vorderingen hoeven ook nog niet in alle gevallen te zijn verjaard, zelfs als wordt uitgegaan van de korte verjaringstermijn van 5 jaar.
- [40] Vgl. P.B. van den Bos en S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV*2014/16, onderdeel 2 waar deze auteurs stellen dat bij een tekort '*moet ... worden bijbetaald door de oude werkgever of de pensioenuitvoerder*' en niet door de werknemer.
- [41] Ik zie daarom gronden voor vorderingen van werkgevers op de betreffende verzekeraars in het licht van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW indien en voor zover werd bijbetaald in het kader van waardeoverdracht op basis van de stelling c.q. veronderstelling dat deze bijbetaling wettelijk verplicht was. Ik zie die gronden met name wanneer de bijbetaling niet op een *informed consent* berustte indien

moet worden aangenomen dat de art. 26 Besluit respectievelijk art. 19 lid 3 Regeling ter zake *bijbetaling* een leemte bevatten. Ik acht het verdedigbaar dat de bijbetaling in die situatie *onaanvaardbaar* was in het licht van de toets van art. 6:248 lid 2 BW. Ik ga in het kader van dit artikel niet in op verjaring van of rechtsverwerking ten aanzien van dergelijke vorderingen.

- [42] Een *oplossing* zou kunnen zijn het wettelijk recht op waardeoverdracht af te schaffen. De Pensioenfederatie is daar geen voorstander van, zoals blijkt uit de brief van de Pensioenfederatie aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 november 2013, te vinden via [www.pensioenfederatie.nl](http://www.pensioenfederatie.nl). Zie ook het gezamenlijke advies van de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars van 17 december 2012 getiteld *Heroverweging systeem van waardeoverdracht, Advies op hoofdlijnen* van 17 december 2012, te vinden via [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl). De kern daarvan is dat de norm van *actuariële gelijkwaardigheid* zou moeten plaatsmaken voor een systematiek waarbij de gefinancierde waarde van de pensioenaanspraak wordt overgedragen (zie p. 5) om de problematiek van de bijbetaling op te lossen. In dat voorstel betaalt de vertrekkende werknemer de rekening voor waardeoverdracht omdat in geval van een tekort de mogelijkheid bestaat dat bij de nieuwe pensioenuitvoerder minder dan actuariel gelijkwaardige pensioenaanspraken zullen worden verkregen. Vgl. J. Verhulst en M. Hendriks, 'Stand van zaken waardeoverdracht', *P&P* 2013, nr. 3, p. 16 die zich een voorstander tonen van deze oplossing. Zij suggereren dat de werknemer ook een voordeel kan behalen. Ik beperk mij tot de opmerking dat deze oplossing mogelijk op gespannen voet staat met art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Daar is immers bepaald dat de kosten voor waardeoverdracht niet bij de vertrekkende werknemer mogen worden gelegd. Hoewel deze in deze oplossingsvariant weliswaar niet direct een rekening voor waardeoverdracht betaalt, worden de financiële lasten samenhangend met waardeoverdracht dan wel materieel op hem afgewenteld. De regeling dat een overschot bij de ontvangende pensioenuitvoerder aan de werknemer ten goede komt geldt momenteel al, zoals in deze bijdrage werd uiteengezet. De regeling dat een overschot bij de overdragende pensioenuitvoerder ten gunste van de werknemer zou komen, zou nieuw zijn. In het voorjaar van 2014 is de discussie over het wettelijk recht op waardeoverdracht weer opgelaaid. Kort samengevat lijkt de tendens te zijn dat de *bijbetalingsproblematiek* zou moeten worden opgelost door de overdragende pensioenuitvoerder als overdrachtswaarde in het kader van wettelijke waardeoverdracht de *gefinancierde waarde* beschikbaar te laten stellen. Ik wijs op de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 20 januari 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 32043, 197 met als bijlage de *Nadere verkenning Waardeoverdracht op basis van gefinancierde waarde* van de Stichting van de Arbeid van 27 juni 2013, te vinden via [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl)) het Verslag van een schriftelijk overleg van 14 april 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 32043, 206, p. 3, 4, 5, 11, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 39, 40 en 46), de Kamervragen van het lid Lodders van 6 februari 2014 (*Kamerstukken II* 2013/14, Vragen, 2014Z02126) en het antwoord daarop van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 maart 2014 (*Kamerstukken II* 2013/14, Aanhangsel van de Handelingen, 1304).

- [43] Te vinden via [www.szw.nl](http://www.szw.nl).