

Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht

Uitsluiten, verplichten of instrueren?

TPV 2014/16

Inleiding

Een werknemer die van baan verandert, kan veelal aanspraak maken op een *individuele waardeoverdracht* van zijn pensioenaanspraken.² Daarvoor zal mogelijk een bijbetaling nodig zijn. Uit onderzoek blijkt dat dit in circa 23% van de gevallen aan de orde zou zijn.³ Werkgevers kunnen in dat kader met zeer aanzienlijke bijbetalingsverplichtingen worden geconfronteerd. Gemiddeld zou het om circa € 15.000 tot € 30.000 gaan.⁴ Dat roept de vraag op, hoe werkgevers het beste met het onderwerp individuele waardeoverdracht om kunnen gaan. In deze bijdrage wordt die vraag van diverse kanten belicht. De belangrijkste bevindingen die aan de orde komen, betreffen allereerst de vaststelling dat er in de regel geen duidelijke correlatie bestaat tussen de bij een individuele waardeoverdracht betrokken belangen. Voorts dat individuele waardeoverdrachten voor de werkgever nadelig kunnen, maar niet noodzakelijkerwijs altijd behoeven te zijn. Daarom doen werkgevers er goed aan te bezien, welke gevolgen individuele waardeoverdrachten in concrete gevallen specifiek voor hen zullen hebben. Vervolgens kan bezien worden hoe men de materie, indien nodig, het beste kan aanpakken. Veelal zal de combinatie van een contractuele *instructiebevoegdheid*, gekoppeld aan een inventarisatie van de betrokken belangen en de eventuele gevolgen van de waardeoverdracht in kwestie, dan het meest aangewezen zijn.

1. Wat houdt het recht op individuele waardeoverdracht in?

Het recht op individuele waardeoverdracht volgt uit art. 71 e.v. Pensioenwet (PW) en de daarvoor aanvullend uitgevaardigde lagere regelgeving.⁵ Het heeft betrekking op de *pensioenaanspraken* die de werknemer heeft opgebouwd bij de *pensioenuitvoerder* (meestal een pensioenfonds of pensioenverzekeraar) van zijn oude werkgever. Bij een individuele waardeoverdracht worden die pensioenaanspraken *meegenomen* naar de pensioenuitvoerder

van de nieuwe werkgever. Beide pensioenuitvoerders dienen hieraan mee te werken. Kenmerkend voor een individuele waardeoverdracht is dat de *meegenomen* pensioenaanspraken van de oude pensioenuitvoerder, worden omgezet in (fictieve) dienstjaren respectievelijk pensioenaanspraken (van overeenkomstige waarde) onder de regeling van de nieuwe pensioenuitvoerder.⁶ Die dienstjaren en pensioenaanspraken worden door deze verleend over het verleden, alsof men toentertijd ook al deelnam aan de regeling van de nieuwe pensioenuitvoerder. Om het recht op individuele waardeoverdracht te kunnen uitoefenen, dient de werknemer tijdig een opgave te vragen van zijn pensioenaanspraken. Dat dient binnen zes maanden na de overstap naar de nieuwe regeling te gebeuren. Indien de werknemer vervolgens tijdig om een individuele waardeoverdracht verzoekt en ook verder aan de daarvoor geldende voorwaarden wordt voldaan, dient de individuele waardeoverdracht te volgen. In het vervolg van deze bijdrage zal een (kortheidshalve) verwijzing naar *waardeoverdracht*, steeds opgevat dienen te worden als uitsluitend een verwijzing naar een individuele waardeoverdracht.

2. Waarom kan individuele waardeoverdracht tot bijbetalingsverplichtingen leiden?

Een overdracht van pensioenaanspraken komt neer op, het woord zegt het al, de overdracht van de aanspraak ('het recht') op een bepaald pensioen. Om dat pensioen later te kunnen uitbetalen, moeten pensioenuitvoerders vooraf een bepaald bedrag reserveren. Dat bedrag is de afkoopwaarde, maar wordt in de navolgende toelichting gemaximaliseerde 'de Voorziening' genoemd. Voor de vaststelling van de hoogte van de Voorziening gelden bepaalde wettelijke en contractuele regels. Pensioenfondsen zijn in dat kader gebonden aan een aantal vastgestelde parameters, waaronder de rekenrente en de sterftetabels. Verzekeraars hanteren veelal eigen tarieven, waarin de relevante parameters verwerkt zijn. Bij een individuele waardeoverdracht dient de Voorziening overgedragen te worden. Het feitelijk over te dragen bedrag wordt de *overdrachtswaarde* genoemd ('de Overdrachtswaarde'). Het probleem is nu, dat de regels voor de vaststelling van de Overdrachtswaarde, afwijken van die voor de vaststelling van de Voorziening. Daardoor is de Voorziening veelal te laag of te hoog. Het verschil tussen de Voorziening en de Overdrachtswaarde zal hierna verder 'het Financieringsverschil' worden genoemd.⁷ Dit Financieringsverschil is negatief als de

1 Mr. drs. P.B. van den Bos CPL & mr. S.Y. Pannekoek LL.M., zijn beiden advocaat bij CMS.

2 Individuele waardeoverdracht kan ook aan de orde zijn bij een individuele beëindiging van de deelneming. Zie art. 76 PW.

3 C. Berden & L. Kok, 'De praktijk van waardeoverdracht', SEO Economisch Onderzoek (2010).

4 E. Bergamin & R. van Woerden, 'Werkgevers financieel de klos bij waardeoverdracht', *Pensioen Actief* 2008, nr. 2.

5 Besluit uitvoering Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 709); Regeling Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2006, *Stcrt.* 2006, 253, p. 14.)

6 Overeenkomstig in de zin van minstens gelijke actuariële waarde, bij waardering volgens het standaardtarief (zie verder ook Y.H. van Dorssen, 'Is de bijbetalingsplicht problematiek voor werkgevers oplosbaar?', *PG&P* 2011, nr. 6).

7 Dit is iets wezenlijk anders dan onvolledige affinanciering.

Voorziening te laag is. In dat geval moet er worden bijbetaald door de oude werkgever of pensioenuitvoerder. De werknemer hoeft in ieder geval niet aan de kosten van een waardeoverdracht bij te dragen.⁸ Als de Voorziening te hoog is en het Financieringsverschil dus positief, blijft er geld over. Daardoor ontvangt de nieuwe pensioenuitvoerder, op zijn beurt, echter wel een lagere Overdrachtswaarde dan benodigd voor diens nieuwe, overeenkomstige Voorziening (in de praktijk wordt die aangeduid als de *inkoopwaarde*). Dan is er aan die zijde sprake van een negatief Financieringsverschil en moet daar dus geld bij, maar nu van de nieuwe werkgever of pensioenuitvoerder. Of het Financieringsverschil positief of negatief uitvalt, wordt vooral beïnvloed door de toepasselijke rekenrentes.⁹ Verzekeraars hanteren veelal een rekenrente van 3% voor de berekening van de Voorziening. Voor de Overdrachtswaarde moet echter gewerkt worden met de marktrente. Hoe groter het verschil tussen beide percentages, hoe meer er bijbetaald moet worden. De relevante marktrente wordt ieder jaar opnieuw door DNB vastgesteld. Per 1 oktober van ieder jaar stelt DNB die vast voor het volgende jaar. Het gevolg van jaarlijkse vaststelling is, dat ook ieder jaar opnieuw twee zaken bekeken moeten worden:

- (i) aan welke kant is het Financieringsverschil negatief (oude of nieuwe pensioenuitvoerder?); en
- (ii) hoe groot is het Financieringsverschil?

De geschetste uitgangspunten gelden in beginsel overeenkomstig ten aanzien van pensioenfondsen. Het verschil is alleen, als gezegd, dat de regels voor de vaststelling van de Voorziening voor pensioenfondsen anders zijn dan voor verzekeraars. Zo kan de rekenrente voor pensioenfondsen bijvoorbeeld zelfs maandelijks wijzigen. Voor 2014 komt de marktrente, zoals gehanteerd wordt voor de Overdrachtswaarde, uit op 2,785%.

3. Wanneer doet bijbetaling door de werkgever zich niet voor?

Hierna zal worden gezien of het hiervoor geschetste risico op bijbetaling vermeden kan worden. Maar alvorens dat in overweging te nemen, dient eerst de voorvraag beantwoord te worden, of de werkgever wel enig risico op bijbetaling loopt. In de hierna te bespreken situaties zal dat in beginsel niet het geval zijn. In die gevallen behoeft de werkgever dus in ieder geval ook niet over te gaan tot een contractuele oplossing. De volgende situaties kunnen in dit verband genoemd worden:

- a. De werkgever is aangesloten bij een *pensioenfonds*. In die gevallen komt de bijbetaling voor rekening van het fonds. Dat uitgangspunt volgt overigens op zich

niet ondubbelzinnig uit het wettelijk systeem. Vermeld wordt slechts, dat óf de werkgever, óf het pensioenfonds dient bij te betalen.¹⁰ In de praktijk blijkt het echter altijd het pensioenfonds te zijn dat de desbetreffende verplichting op zich neemt. Ook in de wetsgeschiedenis wordt daarvan uitgegaan.¹¹ Huijg lijkt in dat kader bovendien te betogen, dat uitgaande van de opzet van het wettelijk systeem, in ieder geval sprake is van regelend recht.¹² Dat laatste impliceert echter wel, dat andersluidende afspraken toch nog mogelijk zouden zijn. Dat zou aldus wel controle behoeven.

- b. De pensioenregeling is een *premieovereenkomst of -regeling, dan wel kapitaalovereenkomst of -regeling*, tenzij de premie meteen wordt aangewend voor de aankoop van een vaste uitkering.¹³ In al deze gevallen is de Overdrachtswaarde gelijk aan de Voorziening, zodat geen bijbetaling nodig zal zijn.
- c. De verplichting tot waardeoverdracht geldt niet indien sprake is van een zogenaamde *kleine werkgever*.¹⁴ Omdat dan geen waardeoverdracht plaatsvindt, zal evenmin bijbetaling nodig zijn. Voor deze uitzondering moet voldaan worden aan drie cumulatieve vereisten:
 - (i) de bijbetaling bedraagt meer dan € 15.000;
 - (ii) de bijbetaling bedraagt meer dan 10% van de Overdrachtswaarde; en
 - (iii) de werkgever is een kleine werkgever: dat wil zeggen, een werkgever met een premieplichtige loonsom tot € 757.000.¹⁵

Belangrijk aandachtspunt is dan wel, dat de werkgever tijdig dient aan te tonen een kleine werkgever te zijn. Deze optie was overigens bedoeld als een *tijdelijke* beperking van de plicht tot waardeoverdracht. Ze is in 2013 van kracht geworden, maar vervalt nu op het moment dat de herziening van het wettelijk systeem van individuele waardeoverdracht van kracht wordt.¹⁶

- d. Indien er sprake is van een *groepsgewijze* waardeoverdracht, kan de oude pensioenuitvoerder een verzoek daartoe weigeren. Ook dan zal bijbetaling evenmin aan de orde zijn. Daarbij maakt het niet uit, of sprake is van toevallig (min of meer) in de tijd samenvallende individuele verzoeken, of dat de verzoeken collectief worden gedaan, althans op elkaar afgestemd zijn. Het is in dat verband aan de pensi-

⁸ Art. 71 lid 5 PW.

⁹ De rekenrente is van belang omdat een pensioenuitvoerder niet al meteen het hele bedrag opzij hoeft te zetten, dat hij later misschien nodig heeft om het pensioen uit te betalen. Hij mag ervan uitgaan dat over dat bedrag nog een bepaald rendement wordt gemaakt totdat het tot uitkering komt. Dat veronderstelde rendement wordt berekend aan de hand van een bepaalde rekenrente. Hoe hoger die rekenrente, hoe hoger het veronderstelde rendement, hoe lager de benodigde Voorziening. Aan de hand van de toepasselijke rekenrente wordt aldus het bedrag van de Voorziening bepaald.

¹⁰ Art. 26 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

¹¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 24, p. 28.

¹² Vergelijk: T. Huijg, 'Waardeoverdracht kan tot forse bijbetalingsverplichtingen leiden', *AR* 2011/52; J. Verhulst & M. Hendriks, 'Maak van waardeoverdracht ook echt waardeoverdracht!', *P&P* 2012, nr. 3.

¹³ Art. 20 Regeling Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling.

¹⁴ Art. 19a Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

¹⁵ Het Besluit Wfsv waarnaar art. 19a verwijst, is onlangs gewijzigd. De Staatssecretaris van SZW heeft echter per brief (*Kamerstukken II* 2013/14 32043, 197) medegedeeld dat het hier, met terugwerkende kracht tot 1 januari 2014, een maximale premieplichtige loonsom van € 757.000 betreft.

¹⁶ *Stb.* 2012, 452, p. 6; *Kamerstukken II* 2013/14, 32043, 197.

oenuitvoerder om te bepalen, of men de verzoeken, al dan niet, als groepsgewijs aanmerkt. Tegen die achtergrond kan het voor de betrokken werkgever zinvol zijn, om vooraf met de pensioenuitvoerder af te stemmen wat diens visie is.¹⁷ Bijvoorbeeld wanneer van groepsgewijze waardeoverdrachten sprake zou kunnen zijn bij een collectief ontslag.

Naast uitzonderingen op de plicht tot individuele waardeoverdracht, kent de Pensioenwet overigens ook de mogelijkheid van *opschorting* van die plicht. Dit kan aan de orde zijn indien de oude werkgever in een slechte financiële situatie verkeert en mogelijk moet bijbetalen, of wanneer één of beide pensioenuitvoerders in, kort gezegd, financieel zwaar weer verkeert.¹⁸ Vooral van dat laatste is de laatste jaren sprake geweest bij pensioenfondsen. Doordat zeer velen daarvan in onderdekking verkeerden, is een waar stuwmeer aan waardeoverdrachten ontstaan.¹⁹ Voor al deze gevallen geldt echter wel, dat de bijbetalingsverplichting herleeft zodra de desbetreffende situatie zich niet meer voordoet.²⁰ Welke datum als overdrachtsdatum wordt gehanteerd, hangt daarbij af van de vraag of er al een offerte was verzonden voordat sprake was opschorting.²¹ Indien nog geen offerte was verzonden, wordt de overdrachtsdatum in principe de datum waarop de plicht tot individuele waardeoverdracht herleeft. In dat geval kan de bijbetalingsverplichting aldus verkeren in een kansspel. Op de nieuwe datum zal namelijk sprake kunnen zijn van een geheel andere marktrente, zoals van belang voor de berekening van de Overdrachtswaarde. Die gewijzigde marktrente kan tot gevolg hebben dat de bijbetalingsverplichting alsdan groter of kleiner is geworden, of misschien zelfs is overgegaan van de oude naar de nieuwe werkgever (of omgekeerd).

4. Wat zijn de voor- en nadelen van een individuele waardeoverdracht voor werkgevers?

Voorafgaand aan de beantwoording van de vraag, of sprake dient te zijn van een contractuele regeling van het recht op individuele waardeoverdracht, dient ook nog een andere voorvraag besproken te worden. Dat is de vraag naar de aard en omvang van de diverse belangen die in het geding zijn en die beïnvloed zouden worden door een eventuele contractuele regeling. Meer concreet: wat zijn de voor- en nadelen van een individuele waardeoverdracht voor werkgever en werknemer?²² In dat kader lijkt het eventuele nadeel voor een werkgever evident, zijnde het risico op een forse bijbetaling bij een uitgaande

waardeoverdracht. Die bijbetaling zal in beginsel hoger zijn naarmate het meer deelnemersjaren betreft.²³ Het belang van de werkgever is primair gelegen in de besparing op die eventuele kosten. Bij die algemene vaststelling dienen evenwel enkele kanttekeningen te worden geplaatst:

- a. Op zichzelf kan in de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar zijn afgesproken, dat als er in de ene situatie moet worden bijbetaald, het overschot aan de werkgever wordt uitgekeerd in de spiegelbeeldige situatie.²⁴ Op die manier zouden de effecten van bijbetaling uiteindelijk per saldo neutraal kunnen uitpakken voor een werkgever. Toenmalig minister Kamp heeft in dat kader aangegeven de indruk te hebben, dat een en ander aldus in de praktijk uitpakt voor grotere werkgevers. Daarvoor zou de bijbetalingsproblematiek per saldo dan ook geen probleem opleveren.²⁵ Hierbij moet wel aangetekend worden, dat een dergelijke praktijk mogelijk niet toegestaan is, indien sprake is van een grotere Overdrachtswaarde dan benodigde Voorziening aan de zijde van de nieuwe verzekeraar. Een ontvangende verzekeraar zou het desbetreffende positieve Financieringsverschil namelijk niet mogen uitbetalen aan de werkgever. Uit het bepaalde in art. 71 lid 2 PW zou volgen, dat een dergelijk surplus zich altijd en uitsluitend dient te vertalen in extra pensioenaanspraken voor de werknemer.²⁶
- b. Daarnaast heeft de minister in 2010 gewezen op het feit, dat onderzoek heeft uitgewezen dat in twee derde van alle gevallen, waardeoverdracht wordt verzocht met betrekking tot een dienstverband dat 5 jaar of korter heeft geduurd.²⁷ Als gevolg daarvan zou de bijbetalingsverplichting veelal beperkt in omvang zijn.
- c. Verder volgt uit het hiervoor al beschreven systeem, dat de huidige nadelen van een uitgaande waardeoverdracht vanaf een bepaald jaar ook in een voordeel kunnen verkeren. Wanneer het negatieve Financieringsverschil bij uitgaande waardeoverdracht, door een hogere marktrente vanaf enig moment omslaat in een positief Financieringsverschil voor de oude verzekeraar, kan een uitgaande waardeoverdracht uitmonden in een terugbetaling aan de oude werkgever. Aldus lijkt het niet raadzaam om op dit punt een vaste eenduidige regeling te treffen, met een (impliciete) looptijd van meerdere jaren.
- d. Zoals hiervoor al aan de orde gekomen, verschilt de omvang van de bijbetaling van jaar tot jaar. Naarmate het verschil tussen de marktrente en de 3%-rekenrente van de verzekeraar kleiner is, zal ook het Financieringsverschil veelal kleiner zijn. De eventuele

¹⁷ Art. 75 lid 2 PW.

¹⁸ Art. 72 PW.

¹⁹ Zie omtrent deze problematiek: Y.H. van Dorssen, M.E.C. Boumans & J.M. van Riemsdijk, 'Waardeoverdracht in tijden van onderdekking', *TPV* 2011/10, afl. 2.

²⁰ Art. 74 PW.

²¹ M. Dommerholt & J.R. Wirschell, *Tekst en commentaar Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 478.

²² Pensioenuitvoerders hebben ter zake ook belangen, maar die worden in dit kader buiten beschouwing gelaten.

²³ Onder meer *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2.

²⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2.

²⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2.

²⁶ Zie hieromtrent ook: Advies Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars: 'Nadere verkenning Waardeoverdracht op basis van gefinancierde waarde', 27 juni 2013, hierna: 'STAR-2'.

²⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2. *Stb.* 2012, 452, p. 4 stelt dat in 80% van de gevallen 10 jaar of minder.

le voor- of nadelen van individuele waardeoverdracht zullen aldus van jaar tot jaar verschillen.

- e. Ten slotte kan in deze context ook het argument van de arbeidsmobiliteit voor de werkgever een rol spelen. Dat was één van de oorspronkelijke redenen om het recht op individuele waardeoverdracht in te voeren. Bij gebreke van dat recht zouden werknemers minder geneigd zijn over te stappen naar een nieuwe werkgever. Als een werkgever dat recht nu op enige wijze zou gaan beperken, bestaat de kans dat zijn huidige werknemersbestand minder snel overstapt, terwijl nieuwe werknemers mogelijk minder snel in dienst treden. Of dat goed of slecht is hangt erg af van de werkgever in kwestie. Sommige werkgevers hebben *retentie* van hun huidige bestand misschien nog hoog in het vaandel staan, terwijl anderen meer oog hebben voor, indien nodig, soepel verlopende samentrajecten.

5. Wat zijn de voor- en nadelen van een individuele waardeoverdracht voor werknemers?

Ook voor werknemers geldt dat aan een individuele waardeoverdracht zowel voor- als nadelen verbonden kunnen zijn. Beide zijn evenwel van andere aard dan voor werkgevers.²⁸ Met name de navolgende mogelijke gevolgen van een individuele waardeoverdracht kunnen in dit verband genoemd worden:

- a. De verreweg belangrijkste reden voor een individuele waardeoverdracht is het voorkomen van een pensioenbreuk bij de overstap uit een *eindloonregeling*. In die situatie zal het financieel belang van de werknemer bij een individuele waardeoverdracht aanzienlijk kunnen zijn. Een belangrijk kenmerk van een eindloonregeling is, dat de pensioenuitkering onder meer wordt vastgesteld op basis van (i) het laatstverdiende loon en (ii) het aantal jaren dat men in de pensioenregeling heeft doorgebracht. Bij de vaststelling van het aantal relevante jaren wordt de opbouw onder eerdere pensioenregelingen (bij vorige werkgevers) niet meegenomen. Dat kan tot fors lagere pensioenuitkeringen leiden. Dat fenomeen staat bekend als de (klassieke) *pensioenbreuk*.²⁹ Vooral om die tegen te gaan is in 1994 het recht op individuele waardeoverdracht geïntroduceerd.³⁰ Met een waardeoverdracht wordt namelijk bereikt dat de jaren opbouw in het kader van eerdere pensioenregelingen wél meetellen als (fictieve) deelnemersjaren onder de relevante pensioenregeling. De relevantie van dit argument heeft wel zeer sterk aan belang in-

geboet.³¹ Terwijl in 2003 het percentage deelnemers aan eindloonregelingen nog op 49,3% uitkwam, bedroeg dit percentage in 2011 nog slechts 0,9%.³²

- b. Een waardeoverdracht kan verder van groot belang zijn indien het aantal (fictieve) deelnemersjaren cruciaal is voor de berekening van het toepasselijke partner- en/of arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit wordt met name als een belangrijk probleem ervaren indien bij de oude werkgever sprake was van nabestaandenpensioen op risicobasis. Zoals gezegd heeft een waardeoverdracht tot gevolg, dat er extra deelnemersjaren (opgebouwd onder de oude regeling) worden toegekend onder de nieuwe regeling. Veel meer deelnemersjaren betekenen voor deze pensioenvormen dan veel meer partner- en/of arbeidsongeschiktheidspensioenen, terwijl anders niet op enige oude aanspraak teruggevallen kan worden. Het ontbreken van de mogelijkheid tot waardeoverdracht zal in dergelijk gevallen tot schrijnende resultaten kunnen leiden.³³
- c. De overzichtelijkheid die het gevolg is van de concentratie van alle pensioenaanspraken bij één pensioenuitvoerder, kan verder als een algemeen voordeel van individuele waardeoverdracht worden beschouwd. Dat voordeel blijkt in de praktijk ook verreweg de belangrijkste aanleiding voor de waardeoverdracht op te leveren. Uit onderzoek daaromtrent uit 2010 is gebleken, dat 39% van de werknemers uiteindelijk overdraagt, maar dat liefst 76% van die groep daarvoor als reden geeft, dat men dit vooral heeft gedaan om de pensioenaanspraken bij één pensioenuitvoerder te concentreren. Slechts 15% geeft aan tot waardeoverdracht over te gaan, om zo tot een betere regeling te komen. Nu is overzichtelijkheid op zich geen financieel argument. Gesteld kan worden dat dit argument al aanzienlijk aan belang heeft ingeboet met de komst van het pensioenregister, waarin een totaaloverzicht wordt aangeboden van alle pensioenaanspraken die door een werknemer zijn opgebouwd bij al zijn voorgaande pensioenuitvoerders.³⁴ Daar komt nog bij, dat staatssecretaris Klijnsma voornemens is de mogelijkheden van het pensioenregister nog verder uit te breiden.³⁵
- d. Met een waardeoverdracht kan voorts voorkomen worden, dat het uitzicht op indexatie van de bestaande pensioenaanspraken verslechtert. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als voor de pensioenaanspraken van voormalige werknemers een slechtere indexatieregeling geldt, dan voor de nog actieve werknemers onder diezelfde regeling. Dan is het

28 Verg. L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, afl. 4 en STAR-2.

29 Men gebruikt die benaming ook wel voor andere gevallen waarin een tekort aan (fictieve) deelnemersjaren nadelige consequenties oplevert, zoals bij pensioenen op risicobasis.

30 Daarnaast werden als doelen beschouwd het concentreren van alle pensioenuitspraken bij één pensioenuitvoerder en vergemakkelijking van het streven naar flexibilisering, zo volgt uit *Kamerstukken II* 1992/93, 23123, 3, p. 16.

31 Zie ook: Advies Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars: 'Heroverweging systeem van waardeoverdracht', 17 december 2012, hierna: 'STAR-1'.

32 *Kamerstukken II* 2008/09, 30413, 130, p. 3; *Kamerstukken II* 2011/12, 33240 XV, 6, p. 9.

33 M.E.C. Boumans, 'Waardeoverdracht in de schijnwerpers', *PE&P* 2011, nr. 5.

34 L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, afl. 4.

35 Wetsvoorstel pensioencommunicatie, *Kamerstukken II* 2013/14, Bijlage bij *Kamerstuk* 32043, 186 (Voorontwerp van de Wet pensioencommunicatie).

voordelig om een waardeoverdracht naar de nieuwe regeling te bewerkstelligen, mits die een betere indexatietoezegging kent. Dat spreekt echter lang niet altijd voor zich en kan ook erg tegenvallen. Zo valt bijvoorbeeld de overstap van een onvoorwaardelijke, naar een voorwaardelijke indexatietoezegging, in de regel niet aan te bevelen. Een andere oorzaak van verslechtering kan erin gelegen zijn, dat de nieuwe pensioenuitvoerder minder buffers heeft dan de oude, waardoor de kans op indexatie ook negatief wordt beïnvloed. Kenmerkend voor waardeoverdracht is namelijk ook, dat alleen de nominale pensioenaanspraken worden overgedragen en bijvoorbeeld niet de bijbehorende buffers.

- e. Indien de nieuwe pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, bestaat daarnaast nog de kans op korting van de overgedragen aanspraken. Dan staat weliswaar niet vast dat de effecten daarvan nog steeds gevoeld worden ten tijde van de pensionering, maar louter denkbeeldig is dat ook weer niet. Naarmate de pensioneringsdatum dichterbij ligt, zal dit meer een punt van aandacht dienen te zijn.
- f. Verder ziet men ook wel als een voordeel van waardeoverdracht, dat daarmee de kans op afkoop van pensioenaanspraken wordt verkleind. Indien sprake is van een reeks van kortdurende dienstverbanden, hebben de afzonderlijke pensioenuitvoerders steeds de mogelijkheid om de resulterende pensioenaanspraken af te kopen, indien de pensioenaanspraken zich onder een bepaalde ondergrens bevinden. Dan wordt er in de praktijk evenwel niet of nauwelijks pensioen opgebouwd. De ontvangst van enkele (bescheiden) afkoopbedragen weegt daar uiteindelijk niet tegen op.
- g. Een ander voordeel van waardeoverdracht, is dat het de mogelijkheid van financiële planning in relatie tot de eigen pensioensituatie verbetert.³⁶ Zo kan bijvoorbeeld makkelijker een flexibele ingangsdatum van het pensioen worden vastgesteld. Op zichzelf zou daaraan een groeiende behoefte kunnen ontstaan, nu de data voor de AOW-leeftijd, het pensioenontslag en de pensioenleeftijd onder de oude en de nieuwe pensioenregelingen, met name met ingang van 1 januari 2014 zijn gaan uiteenlopen.³⁷ De mogelijkheden om de pensioenleeftijd aan te passen worden dan mogelijk beperkt, althans gecompliceerder, indien een en ander onder meerdere regelingen dient te geschieden. Hetzelfde geldt voor andere flexibiliseringsmogelijkheden, zoals deeltijdpensioen of hoog/laagregelingen.
- h. Als voordeel van waardeoverdracht geldt ten slotte ook het gegeven, dat de fiscale afhandeling van pensioenuitkeringen moeizamer wordt naarmate sprake

is van meer pensioenuitvoerders. Dat vergroot bijvoorbeeld de kans op hoge aanslagen achteraf.³⁸

- i. Een reden om juist niet tot waardeoverdracht over te gaan, kan gevonden worden in het argument van de risicospreiding. Ontegenzeggelijk staat vast, dat er grote verschillen bestaan tussen de prestaties van de diverse pensioenuitvoerders. Dat zou voor een werknemer een reden kunnen zijn, om niet met al zijn pensioengeld op slechts één paard te gaan wedden.

Ten slotte is voor werknemers ook nog wel als een mogelijk nadeel van de mogelijkheid tot waardeoverdracht aangemerkt, dat de kans op een verkeerde keuze niet onaanzienlijk is.³⁹ In dat kader wordt veelal aangenomen dat de meeste werknemers over onvoldoende inzicht in de materie beschikken. Op zichzelf moet aan een werknemer die een opgave van zijn pensioenaanspraken vraagt, het nodige aan informatie worden verschaft.⁴⁰ Daartoe behoort bijvoorbeeld ook de informatie omtrent indexatieverlening.⁴¹ Niettemin is de zorg, dat dergelijke generieke informatie de werknemer niet echt bereikt.⁴² De werknemer wordt in de regel ook verder niet van adequate (geïndividualiseerde) advisering voorzien, toegespitst op de eigen situatie. Dat zou niet de taak van pensioenuitvoerders zijn, terwijl pensioenadviseurs daar evenmin happig op zouden zijn.⁴³ In het licht van dat alles lijkt onvermijdelijk dat de keuzes ter zake uiteindelijk niet gebaseerd worden op een rationele afweging van alle voor- en tegenargumenten. Illustratief is in dat kader het reeds genoemde aspect, dat driekwart van de werknemers die overgaat tot waardeoverdracht, dat met name doet vanwege het gemak dat alles bij slechts één pensioenuitvoerder wordt ondergebracht. Dat lijkt in ieder geval te suggereren, dat de (belangrijker) financiële merites onvoldoende aandacht hebben gekregen.

6. Tussenconclusie

De associatie met het recht op individuele waardeoverdracht is over het algemeen vrij zwart/wit: gunstig voor de werknemer en (mogelijk) ongunstig voor de werkgever. Uit het bovenstaande blijkt dat één en ander aanmerkelijk genuanceerder ligt. Van een duidelijke correlatie is geen sprake. In werkelijkheid kan een waardeoverdracht voor beide partijen zowel gunstig als ongunstig uitpakken, met daarin ook nog allerlei gradaties. Zo kan het een werkgever soms ook het nodige opleveren (forse terugbetaling), terwijl de werknemer in het concrete geval alleen wat meer overzichtelijkheid verkrijgt. Of kost

³⁶ Brief Pensioenfederatie van 6 november 2013 aan staatssecretaris Klijnsma.

³⁷ Dit onder meer als gevolg van de Wet Verhoging AOW- en Pensioenrichtleeftijd.

³⁸ L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV* 2011/22, afl. 4.

³⁹ STAR-2, Bijlage A.

⁴⁰ Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk & M.E.C. Boumans, 'Informereren over waardeoverdracht', *TPV* 2010/31, afl. 5.

⁴¹ Opinie van het Beraad Juristen Bedrijfstakpensioenfondsen, 'Waardeoverdracht en informatieverstrekking over toeslagverlening', *TPV* 2010/34, afl. 6.

⁴² Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk & M.E.C. Boumans, 'Informereren over waardeoverdracht', *TPV* 2010/31, afl. 5.

⁴³ Y.H. van Dorssen, J.M. van Riemsdijk & M.E.C. Boumans, 'Informereren over waardeoverdracht', *TPV* 2010/31, afl. 5.

het de werkgever maar een beperkt bedrag, terwijl zonder waardeoverdracht aan de zijde van de werknemer sprake kan zijn van aanzienlijk nadeel in relatie tot het partnerpensioen. Ten aanzien van waardeoverdrachten die de werkgever geld opleveren, zou zelfs gedacht kunnen worden aan het opleggen van een verplichting tot waardeoverdracht. Het voorgaande illustreert dat de belangen van werkgever en de werknemer zich niet op een eenduidige, overzichtelijke manier tot elkaar verhouden. Het is in ieder geval niet zo dat wat voor de één goed is, automatisch voor de ander slecht is of omgekeerd. De tussenconclusie moet dan ook zijn, dat geen van beide partijen gebaat is bij een eenzijdige benadering van de mogelijkheid tot individuele waardeoverdracht. Het recht dient noch klakkeloos verleend en uitgeoefend, noch klakkeloos uitgesloten te worden of afstand van te worden gedaan. Beter is het om voorafgaand, per afzonderlijk geval te inventariseren hoe de concrete belangenafweging precies uitvalt. Een dergelijk exercitie zal ook van invloed zijn op de juridische houdbaarheid van eventuele afspraken ter zake (waarover hierna meer). In dat kader valt overigens wel te overwegen, om het proces van analyse te beperken tot de meest relevante groepen. Zo zal de impact van het onderwerp ten aanzien van werknemers met een beperkt arbeidsverleden sowieso gering zijn. Dat zou reden kunnen zijn om voor die groep de keuze gewoon aan de werknemer zelf over te laten. Grotere werkgevers, die regelmatig zowel met inkomende als uitgaande waardeoverdrachten geconfronteerd worden, zouden het fenomeen in theorie zelfs als een *profit center* kunnen gaan benaderen. Dat kan men doen door waardeoverdrachten te stimuleren die een voordeel opleveren en waardeoverdrachten te ontmoedigen die vooral geld kosten.

7. Een instructiebevoegdheid als oplossing?

Uitgaande van de hiervoor weergegeven conclusie dat bijvoorbeeld alleen contractuele uitsluiting van waardeoverdracht een te bot instrument oplevert, vallen twee alternatieve benaderingen te overwegen. Het eerste alternatief is, dat de werkgever een *vetorecht* bedingt. Dan komt hij in ieder geval in de positie, dat hij eerst kan bezien hoe de belangenafweging uitvalt, alvorens gebruik te maken van enige bevoegdheid tot uitsluiting van het toepasselijke recht. De werkgever kan dan echter nog steeds geen waardeoverdracht bevorderen die mogelijk juist wel voordelig zou kunnen uitpakken. Om ook dat te onderwerpen, lijkt een tweede alternatieve benadering het meest optimaal. Dat tweede alternatief houdt in, dat de werkgever een *instructiebevoegdheid* ter zake bedingt. Met *instructiebevoegdheid* wordt in dit kader dan bedoeld op het recht voor de werkgever om te bepalen, of de werknemer wel of niet aanspraak maakt op waardeoverdracht. De werkgever kan dan in voorkomende gevallen bepalen en afdwingen, dat het voor hem meest gunstige scenario wordt gevolgd, uitgaande van een voorafgaande analyse van de betrokken belangen en de gevolgen van een waardeoverdracht. De flexibiliteit die een dergelijke benadering oplevert, is bijvoorbeeld ook zinvol in het licht van het gegeven, dat de marktrente voor de bepaling

van de Overdrachtswaarde jaarlijks wijzigt. Voor zover die de grens van 3% passeert, zal dat in beginsel tot gevolg hebben, dat ook wijzigt wie dient bij te betalen en wie een bedrag terug ontvangt. In een dergelijke situatie zullen eenduidige opdrachten (bijvoorbeeld: verbod op uitgaande waardeoverdracht, gebod tot inkomende waardeoverdracht) ineens een ongewenst resultaat bewerkstelligen: wel betalingen, maar geen ontvangsten.

Juridische haalbaarheid van afstand van het recht op waardeoverdracht

In dit kader kan de vraag gesteld worden, of een dergelijke instructiebevoegdheid voor de werkgever juridisch haalbaar is. Die vraag is sterk verwant aan de vraag, of werkgever en werknemer kunnen overeenkomen, dat de werknemer zijn recht op individuele waardeoverdracht niet gebruikt. Over die laatste vraag is al uitvoerig gedebatteerd in de literatuur. Lutjens heeft in dat debat de openingszet gedaan met de stelling, dat een dergelijke afspraak mogelijk zou moeten zijn.⁴⁴ Ook toenmalig Minister van Sociale Zaken (Kamp) heeft verdedigd dat de werknemer in dit kader afstand van zijn recht tot individuele waardeoverdracht kan doen.⁴⁵ Deze stellingen zijn evenwel niet onweersproken gebleven, in welk kader ook een reeks van tegenargumenten over het voetlicht is gebracht.⁴⁶ Het belangrijkste tegenargument van de critici is gebaseerd op het bepaalde in art. 71 lid 6 PW. Daaruit volgt dat ieder beding in strijd met dat artikel (waarin het recht wordt verleend) nietig is. Men bestrijdt in dat kader verder de visie van Lutjens, dat art. 71 lid 6 PW alleen een verbod voor pensioenuitvoerders behelst, maar geen plicht voor werknemers. Men wijst erop dat anders sprake zou zijn van uitholling van het wettelijk recht. Voor zover ons bekend, is er nog geen jurisprudentie omtrent dit onderwerp beschikbaar. Alles afwegende, lijkt het gelijk in dit debat meer aan de zijde van Lutjens te liggen. Met de Pensioenwet is heel nadrukkelijk de zogenaamde pensioendriehoek in onze wetgeving geïntroduceerd, waarbij de drie betrokken partijen (werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder) in een driehoeksverhouding tot elkaar staan. In het kader van die driehoek heeft elke partij twee verschillende, afzonderlijke relaties met de beide andere betrokken partijen. Voor ieder van de drie betrokken rechtsrelaties gelden aparte, specifieke regels, die in beginsel niet op één van de twee andere rechtsrelaties van toepassing zijn (tenzij anders bepaald).⁴⁷ Het gaat dan vermoedelijk te ver om een verplichting die alleen is opgelegd aan pensioenuitvoerders, ten aanzien van hun specifieke relatie met de werknemer, desalniettemin ook zonder meer van toepassing te achten op de werkgever in diens eigen relatie met de werknemer. Anders gezegd: art. 71 e.v. PW is onzes inziens niet rechtstreeks op de werkgever van toepassing.

44 E. Lutjens, 'Kosten van waardeoverdracht', *PG&P* 2008/11, p. 5.

45 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2.

46 A.T. Uçar, 'Bijbetalingsproblematiek bij waardeoverdracht nog niet opgelost', *PM* 2009/03, p. 31.

47 In dit kader kan het *Delta Lloyd*-arrest uit 2012 ook illustratief geacht worden. Daarin werd geoordeeld dat de norm van zwaarwichtig belang voor een wijziging van de pensioenovereenkomst, niet van toepassing was op een wijziging van het pensioenreglement.

Juridische haalbaarheid instructiebevoegdheid

Formeel-juridisch lijkt er aldus geen beletsel te zijn om het recht op individuele waardeoverdracht uit te sluiten in het kader van de pensioenovereenkomst en de verdere arbeidsvoorwaardelijke afspraken in verband daarmee. Voor een instructiebevoegdheid lijkt dit vervolgens nog sterker te gelden, aangezien die niet zonder meer het recht op individuele waardeoverdracht uitsluit. Uitsluiting is slechts één van de mogelijke (uiteindelijke) uitkomsten van de instructiebevoegdheid, maar er zijn ook andere uitkomsten denkbaar. Bijvoorbeeld het juist verplichten tot waardeoverdracht. Dat lijkt al moeilijker in strijd te achten met art. 71 lid 6 PW. Met die formeel-juridische benadering is het plaatje vermoedelijk echter nog niet compleet. Zo is er in de literatuur terecht op gewezen, dat een werknemer zich bij een eventueel geschil mogelijk op een wilsgebrek zal kunnen beroepen.⁴⁸ Als de werknemer niet uitvoerig is voorgelicht over de strekking van de afspraak, wordt vermoedelijk vrij snel aangenomen dat hij de consequenties ervan ook niet heeft kunnen overzien. Dan is wellicht een beroep op dwaling mogelijk. Wat dat betreft is een rode draad, dat de complexiteit van de pensioenmaterie in de regel goede voorlichting en advisering vereist, indien werknemers dienen in te stemmen met iets waarmee afbreuk aan hun rechten wordt gedaan.⁴⁹ Verder zijn ook nog diverse andere aanknopingspunten voor vorderingen van werknemers denkbaar. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de onaanvaardbaarheidstoets op basis van redelijkheid & billijkheid (art. 6:248 BW), goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), dan wel misbruik van recht (art. 3:13 BW). Indien de waardeoverdracht pas lang na vertrek wordt verzocht, zou ook nog een beroep op wijziging van omstandigheden in beeld kunnen komen (art. 6:258 BW). Voor al deze aanknopingspunten geldt evenwel, dat de haalbaarheid ervan sterk gekoppeld zal zijn aan de concrete omstandigheden van het geval. Aldus zal het ook om de risico's op dergelijke vorderingen respectievelijk verweren goed in te kunnen schatten, raadzaam zijn om eerst alle betrokken belangen in kaart te brengen, alvorens te besluiten of de instructiebevoegdheid wordt uitgeoefend.

Een stapsgewijze benadering

Uit het voorgaande volgt dat het antwoord op de vraag of de uitoefening van een instructiebevoegdheid in een concreet geval juridisch haalbaar en raadzaam is, in een aantal stappen verschaft moet worden. *De eerste stap* is dat wordt vastgesteld dat het opnemen van een contractuele instructiebevoegdheid ten aanzien van een individuele waardeoverdracht als zodanig mogelijk zou moeten zijn. *De tweede stap* is dat alvorens de werkgever in een concreet geval besluit of, en hoe, hij zijn bevoegdheid uitoefent, hij eerst de betrokken belangen en de eventuele gevolgen van de waardeoverdracht inventariseert. Daartoe heeft hij de nodige informatie en wellicht ook de me-

dewerking van de werknemer. Dat zou alleen anders zijn, indien de werkgever meent de offerte van de Overdrachtswaarde niet nodig te hebben. Het desbetreffende beding zal aldus ook dienen te voorzien in (tijdige) voorafgaande informatieverschaffing en medewerking door de werknemer.⁵⁰ De werkgever zou er in dat kader overigens ook goed aan doen de vereiste stappen te agenderen, om te voorkomen dat de mogelijkheid tot waardeoverdracht eenvoudigweg vervalt door tijdsverloop. *De derde stap* is dat de werkgever op basis van zijn analyse afweegt en besluit, hoe de instructie dient te luiden: wel of niet overgaan tot waardeoverdracht? Vooral indien de analyse aangeeft dat de betrokken belangen wel erg uiteenlopen, zal de werkgever er goed aan doen de mogelijke voordelen en risico's die spelen in het concrete geval, toch nog maar eens goed tegenover elkaar te zetten. De werkgever kan dan eventueel besluiten om de bevoegdheid niet uit te oefenen, om zodoende ook geen verantwoordelijkheid voor het eventuele resultaat toebedeeld te krijgen. *Een nadere stap* zou bijvoorbeeld ook kunnen zijn, dat er in zo'n geval voor gekozen wordt om eerst de werknemer veel concreter en nader te adviseren. Zodra die meer kennis en begrip heeft ten aanzien van de relevante consequenties, zal dat gegeven het risico van een succesvol beroep op een wilsgebrek in ieder geval verkleinen.

De redactie van de instructiebevoegdheid

Ten aanzien van de juiste redactie van de instructiebevoegdheid is het uitgangspunt, dat het een contractueel beding dient te worden in een document dat (mede) van toepassing is op de pensioenovereenkomst. Als al enigszins aangegeven, zou het erin moeten voorzien dat de benodigde informatie wordt opgevraagd, beoordeeld, medewerking door de werknemer wordt verschaft, waarna de werkgever bepaalt of er een waardeoverdracht moet worden gevraagd, of dat een en ander aan de werknemer zelf wordt overgelaten. De afweging of een tegenprestatie (bonus of anderszins) raadzaam of vereist is, dient dan ook te worden gemaakt. In dit kader dient verder ook in ogenschouw te worden genomen, dat het beding nader toegespitst dient te worden op de diverse mogelijke situaties en overeenkomsten. Voor de arbeidsovereenkomst zijn in dat verband zowel een waardeoverdracht bij indiensttreding, als bij uitdiensttreding, relevant. Verder kan bijvoorbeeld ook gedacht worden aan de opname van de vereiste instructiebevoegdheid in een vaststellingsovereenkomst of een Sociaal Plan. Ten aanzien van de laatste twee soorten overeenkomsten kan overigens ook voor een alternatieve benadering gekozen worden. Die zou dan inhouden, dat de werkgever voorafgaand (zoveel als althans mogelijk) analyseert hoe de betrokken belangen liggen en vervolgens direct de gewenste verplichting oplegt. Of dat de werkgever, wanneer bij een verplichting weinig te winnen valt, bewust afziet van enige verplichting. Dat voorkomt in ieder geval, dat de werknemers in ruil voor een dergelijke verplichting op andere terreinen

48 T. Huijg, 'Waardeoverdracht kan tot forse bijbetalingsverplichtingen leiden', AR 2011/52.

49 Zie bijv. *Halliburton*-arrest, HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5262, alsmede HR 26 juni 2009, NJ 2011/154.

50 Ingevolge art. 71 lid 3 PW dient de werknemer de vereiste opgave binnen zes maanden na start deelneming op te vragen.

concessies zullen gaan vragen. Verder kan in dergelijke onderhandelingsituaties de eventuele betrokkenheid van adviseurs van de werknemers mogelijk ook een aanknopingspunt opleveren, om de verantwoordelijkheid voor goede voorlichting enigszins te doen verschuiven naar de kant van de werknemers. Ten slotte zou een bijkomend voordeel van een vaststellingsovereenkomst mogelijk ook nog kunnen zijn, dat het de kans op nietigheid ex art. 71 lid 6 PW verkleint.⁵¹

8. Zijn er alternatieven voor een instructiebevoegdheid?

Een consequentie van het hanteren van de hiervoor omschreven instructiebevoegdheid is onder meer, dat voor het onderwerp ook voldoende tijd en kennis beschikbaar moet worden gemaakt, dan wel ingehuurd. Werkgevers die daarvan terugschrikken, zouden kunnen overwegen om voor een alternatieve oplossing te kiezen, welke minder vraagt van de organisatie, maar mogelijk toch (enigszins) helpt om de lasten van waardeoverdracht te beperken. In dat kader zijn de volgende mogelijkheden geopperd:

- a. In de uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar kan eventueel worden opgenomen, dat de *bijbetalingsverplichting* verzekerd is en daarmee dus ook altijd voor rekening van de verzekeraar blijft. Die optie leidt wel tot extra kosten.
- b. Een werkgever kan *overstappen* naar een fonds, of naar een pensioenregeling die geen verplichting tot bijbetaling kan opleveren, indien de pensioenaanspraken worden overgedragen (zie hiervoor par. 3 sub a. en b.). Een dergelijke overstap uitsluitend voor dit doel lijkt echter een nogal draconische maatregel, waarvan het bovendien maar de vraag is of die op betrekkelijk eenvoudige wijze kan worden doorgevoerd. Met name indien de werkgever daartoe een beroep wil doen op een eenzijdig wijzigingsbeding, zal het bijvoorbeeld de vraag zijn of het vereiste belang bij wijziging voldoende zwaarwichtig zal worden geacht. Verder heeft de ondernemingsraad hieromtrent in ieder geval ex art. 27 lid 1 sub a WOR een instemmingsrecht.
- c. Afgesproken kan worden dat verzekeraars een eventuele aanvullingskoopsom op een *aangepaste wijze* zullen berekenen, waardoor deze koopsom relatief laag kan worden gehouden.⁵² De relevante methodiek zou er dan uit bestaan, dat men vooraf een rentekorting op de koopsom toekent. Niet ten onrechte is er in dat kader evenwel tevens op gewezen, dat een dergelijke, relatief onzichtbare ingreep, wel ingrijpende gevolgen kan hebben. In beginsel zal daarmee voor nieuwe werknemers namelijk sprake zijn van een nieuwe pensioenovereenkomst, met een slechter indexatieperspectief. Aldus is ook dan aanpassing van de pensioenregeling vereist, waarbij in ieder ge-

val ook weer de geschetste vragen omtrent de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging en de vereiste instemming van de ondernemingsraad aan de orde kunnen komen. Bovendien lijkt deze optie niet toepasbaar op bijbetalingen voor vertrekkende werknemers.

- d. Een andere mogelijkheid is dat een werkgever volstaat met *advisering* voor de betrokken werknemer over de vraag, of deze baat zal hebben bij een waardeoverdracht.⁵³ Op basis van die voorlichting kan de desbetreffende werknemer bijvoorbeeld onderbouwd besluiten, om geen verzoek tot waardeoverdracht in te dienen. Met een dergelijke aanpak heeft een werkgever evenwel veel minder invloed, maar krijgt hij wel nog steeds de rekening voor de vereiste inventarisatie van belangen en gevolgen.
- e. In de literatuur wordt het aanbieden van een *bonus* aan de werknemer die afziet van een waardeoverdracht ook wel als mogelijke oplossingsrichting gesuggereerd.⁵⁴ Het probleem daarvan is evenwel, dat wanneer ter zake het bestaan van een overeenkomst aannemelijk wordt geacht, deze aanpak erg lijkt op de situatie waarin zonder meer afstand van het recht op waardeoverdracht wordt gedaan. Een echt alternatief lijkt het dus niet. Bovendien is het in die situatie ook nog steeds raadzaam, om voorafgaand de betrokken belangen en gevolgen te inventariseren.
- f. Dezelfde bezwaren gelden verder voor een *separate afstandsverklaring*, zoals in de literatuur ook wel als mogelijke oplossing is geopperd.⁵⁵

Beoordeling

Per saldo lijken de geschetste alternatieven niet superieur te achten. Ze zijn ófwel erg vergaand, ófwel geven niet de vereiste bevoegdheden, ófwel verschaffen geen verbetering op het vlak van de juridische haalbaarheid, ófwel zijn eerst en vooral kostenverhogend. Al met al lijkt het gebruik van een instructiebevoegdheid dan ook de voorkeur te moeten krijgen.

9. Overige kanttekeningen

Op grond van art. 21 PW dient de werkgever bij indiensttreding de werknemer te wijzen op het recht van individuele waardeoverdracht. Anders dan onder de PSW, hoeft de werkgever daar niet meer bij uitdiensttreding op te wijzen. Daarbij is een aandachtspunt, dat dit desondanks in vaststellingsovereenkomsten nog steeds wel gebeurt. Juridisch gezien levert dat een risico op, indien er sprake is van een situatie waarin een werkgever zich kan beroepen op een uitzondering op het recht op waardeoverdracht, dan wel op uitstel daarvan. Indien dan in de vaststellingsovereenkomst toch (blindelings) het recht op individuele waardeoverdracht wordt genoemd, bestaat het

51 T. Huijg, 'Waardeoverdracht kan tot forse bijbetalingsverplichtingen leiden', *AR* 2011/52.

52 Y.H. van Dorssen, 'Is de bijbetalingsplicht problematiek voor werkgevers oplosbaar?', *P&P* 2011, nr. 6.

53 De minister heeft deze optie ook aangegeven. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 645, p. 2.

54 Y.H. van Dorssen, 'Is de bijbetalingsplicht problematiek voor werkgevers oplosbaar?', *P&P* 2011, nr. 6.

55 Y.H. van Dorssen, 'Is de bijbetalingsplicht problematiek voor werkgevers oplosbaar?', *P&P* 2011, nr. 6.

gevaar dat de werkgever daarmee impliciet afstand heeft gedaan van het recht om de bedoelde uitzonderingsgronden in te roepen.

10. Actuele ontwikkelingen

In relatie tot de problematiek van de bijbetaling is de afgelopen jaren al een behoorlijk aantal ideeën, plannen en voornemens de revue gepasseerd.⁵⁶ Ook toenmalig minister Kamp van SZW heeft in dat kader in zijn Brief van 13 februari 2012 aan de Stichting van de Arbeid aangegeven, het fenomeen van de individuele waardeoverdracht te willen heroverwegen.⁵⁷ In reactie daarop hebben de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars gezamenlijk een tweetal rapporten omtrent deze problematiek het licht doen zien.⁵⁸ In aanvulling daarop heeft de Pensioenfederatie in haar Brief van 6 november 2013 aan staatssecretaris Klijnsma van het Ministerie van SZW ook nog eens specifiek de visie van de Pensioenfederatie bij haar over het voetlicht gebracht.⁵⁹ De staatssecretaris heeft nu recent aangegeven, dat zij een nieuw wetsvoorstel omtrent individuele waardeoverdracht wil introduceren.⁶⁰ De strekking daarvan moet worden, dat het recht op individuele waardeoverdracht op zich wel behouden blijft. De belangrijkste wijziging wordt evenwel, dat pensioenuitvoerders voortaan alleen nog maar de gefinancierde waarde zouden behoeven over te dragen (de Voorziening), in plaats van de Overdrachtswaarde van de opgebouwde pensioenaanspraken. Hiermee zou een eventueel negatief Financieringsverschil aldus volledig voor rekening van de werknemer komen. Te verwachten valt dat het recht op individuele waardeoverdracht op deze wijze de facto wordt afgeschaft. Gegeven de kans dat werknemers aanzienlijk benadeeld kunnen worden, lijkt niet waarschijnlijk dat zij nog zomaar zullen kiezen voor een individuele waardeoverdracht. Gecombineerd met het feit dat zij over onvoldoende kennis beschikken en deze evenmin (laagdrempelig) kunnen verkrijgen, ligt voor de hand dat men er dan maar vanaf gaat zien. Met dit alles zullen de mogelijkheden van adequate pensioenopbouw in ieder geval (nog) verder verslechteren. Het lijkt wat moeilijk te rijmen, dat de overheid enerzijds de werknemer nog meer inzicht wil bieden in zijn pensioensituatie, met verbeteringen op het vlak van de pensioencommunicatie, maar anderzijds de werknemer op dit vlak in de kou lijkt te willen laten staan.⁶¹ Voor het overige wordt een meer geautomatiseerde afhandeling van waardeoverdrachten voorgesteld, alsmede ook een automatische waardeover-

dracht van kleine pensioenen. Gezien alle eerdere verslechteringen van de pensioenopbouw die op dit vlak al zijn ingevoerd en verder zijn voorgesteld, wordt de vraag, of de politiek met al deze voorstellen zo maar akkoord gaat. De vervolgvraag is dan meteen, of met dit voorstel inderdaad wel op korte termijn een einde komt aan de bijbetalingsproblematiek.

11. Conclusie

Individuele waardeoverdrachten kunnen voor de werkgever zowel positief als negatief uitpakken. Dat is het gevolg van het feit dat verschillende rekenregels gelden voor de vaststelling van de Voorzieningen van de pensioenuitvoerders enerzijds en voor de vaststelling van de vereiste Overdrachtswaarde anderzijds. Dat leidt tot berekeningsverschillen en daarmee tot bij- of terugbetalingen. Daarmee is de mogelijkheid van individuele waardeoverdracht in beginsel een risicofactor. Werkgevers doen er dan ook goed aan zich te beraden over de mogelijke consequenties die voor hen aan een dergelijke waardeoverdracht verbonden kunnen zijn. Daarbij dient gekeken te worden naar vragen als: zijn er risico's op bijbetaling, kan een waardeoverdracht ook geld opleveren, alsmede: wat kan en wil ik als werkgever doen en investeren, om meer controle op dit fenomeen te krijgen? Meestal zal het bedingen van een instructiebevoegdheid zinvol zijn. Daarbij lijkt het wel raadzaam die bevoegdheid steeds te koppelen aan een inhoudelijke analyse van de belangen en gevolgen van waardeoverdracht die bij een concreet geval in het geding zijn. Eventueel kunnen groepen gedefinieerd worden, waarvoor de instructiebevoegdheid in beginsel niet uitgeoefend zal worden, vanwege een beperkt belang. Het negeren van het onderwerp individuele waardeoverdracht is in ieder geval niet verstandig. Daarnaast verdient het aanbeveling om de relevante ontwikkelingen op politiek vlak op de voet te volgen. Deze kunnen aanleiding geven tot een andere koers.

56 Zie bijv.: M.E.J. Schuit & J.P.M. Vosse, 'Waardeoverdracht in heroverweging', *TPV* 2008/8, afl. 2. H.F.P. van Capelleveen, 'Waardeoverdracht: waarom niet gewoon de werkelijke waarde overdragen?', *TPV* 2008/13, afl. 3, alsmede voor een overzicht van een en ander verder ook: T. Huijg, 'Waardeoverdracht kan tot forse bijbetalingsverplichtingen leiden', *AR* 2011/52.

57 STAR-1.

58 STAR-1 en STAR-2.

59 Brief Pensioenfederatie van 6 november 2013 aan staatssecretaris Klijnsma.

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 32043, 197.

61 *Kamerstukken II* 2013/14, Bijlage bij *Kamerstuk* 32043, 186 (Voorontwerp van de Wet pensioencommunicatie).