

# De opdrachtaanvaarding in het nieuwe pensioenstelsel

**‘Het kabinet streeft naar inwerkingtreding van de voor de transitie benodigde wet- en regelgeving op 1 januari 2022. De overgang naar een nieuw pensioenstelsel zal plaatsvinden in de periode tot 1 januari 2026. Binnen deze periode moeten sociale partners afspraken maken over de nieuwe pensioenregeling en over de adequate compensatie en over al dan niet invaren. De pensioenuitvoerders moeten hun administratie hierop aanpassen zodat zij de nieuwe regeling adequaat en zorgvuldig kunnen uitvoeren. Binnen de transitieperiode kunnen sociale partners op een zelf gekozen moment de overstap maken. Dit biedt ruimte voor maatwerk.’, staat in de Hoofdlijnennotitie uitwerking Pensioenakkoord. Tijd om stil te staan bij de zogenaamde ‘opdrachtaanvaarding’. Om de juiste stappen in te regelen in het transitieplan, waar de werkgever voor verantwoordelijk is, is er het implementatieplan en het communicatieplan. Die laatste twee plannen moeten de pensioenuitvoerders opstellen.**

Minister Koolmees stuurde op 22 juni 2020 via de Hoofdlijnennotitie de uitwerking van de hervorming van het tweede pijler pensioen naar de Kamer. Kort daarna, op 10 juli 2020, volgden de antwoorden van de minister op ruim 200 vragen van de vaste commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer daarover. De conceptwetgeving die ter consultatie aan de pensioensector wordt voorgelegd, is er op het moment dat ik dit artikel schrijf nog niet. In mijn artikel in Pensioen Magazine van februari 2020 verkende ik antwoorden op de vraag ‘Wat betekent het pensioenakkoord voor de governance van pensioenfondsen?’ en stipte ik kort de zogenaamde opdrachtaanvaarding aan. In dit artikel ga ik op dit laatste onderwerp dieper in.

Eerst bespreek ik de route van opdrachtaanvaarding in de huidige Pensioenwet (PW), waarna ik vervolgens het vastleggen van de opdrachtaanvaar-

ding en de verhouding met de overige juridische documenten in de pensioendriehoek doorneem. Daarna beschrijf ik de rol en positie van de opdrachtaanvaarding in de tweede pijler pensioenhervorming, waarna ik afsluit met een conclusie.

## ■ ROUTE VAN OPDRACHTAANVAARDING IN ARTIKEL 102A PENSIENWET

Artikel 102a PW dat via amendement is opgenomen in de Pensioenwet ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, kent bepalingen over de doelstellingen, beleidsuitgangspunten, risicohouding en opdrachtaanvaarding.

### Stap 1: Vastlegging door het pensioenfonds

Artikel 102a lid 1 PW bepaalt als eerste stap dat het bestuur van een pensioenfonds in overleg met de overige organen van het pensioenfonds - het in-

Artikel 102a lid 1 PW bepaalt als eerste stap dat het bestuur van een pensioenfonds in overleg met de overige organen van het pensioenfonds zorg draagt voor de vastlegging van de doelstellingen en beleidsuitgangspunten, waaronder de risicohouding, van het pensioenfonds



**Monica Swalef**

Mr. M.W.J. Swalef is managing partner, senior pensioenjurist en arbiter

tern toezicht (de raad van toezicht) en de medezeggenschap (het verantwoordingsorgaan dan wel belanghebbendenorgaan) - zorg draagt voor de vastlegging van (1) de doelstellingen en (2) beleidsuitgangspunten, waaronder (3) de risicohouding, van het pensioenfonds. De risicohouding van het fonds is verder uitgewerkt in artikel 1a Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit Ftk) en vervolgens in artikel 13a Besluit Ftk in verband met het beleggingsbeleid.

### Stap 2: Duidelijkheid van sociale partners

De tweede stap is vastgelegd in lid 2 van artikel 102a PW waarin is bepaald dat het bestuur van een pensioenfonds ernaar streeft om van sociale partners zo veel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over (1) de doelstellingen, (2) het ambitieniveau van de toeslagverlening en (3) de risicohouding, die ten grondslag liggen aan de pensioenregelingen die de sociale partners als opdracht in uitvoering aan het pensioenfonds geven.

### Stap 3: Toetsing van de opdrachtaanvaarding door het pensioenfonds

De derde stap is vastgelegd in het tweede deel van lid 1 van artikel 102a PW waarin is vermeld dat de organen van het pensioenfonds, te weten bestuur, intern toezicht en medezeggenschap, de onder stap 1 genoemde doelstellingen en uitgangspunten gebruiken bij de toetsing van de opdrachtaanvaarding van de door sociale partners overeengekomen pensioenregelingen.

### Stap 4: Formele opdrachtaanvaarding door het pensioenfonds

De vierde stap is geregeld in lid 4 van artikel 102a PW, waarin staat dat het bestuur van een pensioenfonds zorgdraagt voor de formele opdrachtaanvaarding van de door de sociale partners aan het pensioenfonds opgedragen pensioenregelingen. Het bestuur toetst dit bij de opdrachtaanvaarding voor het pensioenfonds als geheel en voor de relevante beleidsgebieden aan de doelstellingen en uitgangspunten zoals vermeld onder de hiervoor genoemde stap 1.

## ■ OVEREENKOMST VAN OPDRACHT

In mijn opinie is er ingeval van het verstrekken en aanvaarden van een opdracht sprake van een overeenkomst.<sup>1</sup> Deze wordt vastgelegd in een overeenkomst van opdracht tussen sociale partners aan de ene kant en het bestuur van het pensioenfonds aan de andere kant. Ook kan deze wat mij betreft tripartiet worden overeengekomen tussen vertegenwoordigers van werkgevers(verenigingen), vertegenwoordigers van werknemers(verenigingen) en het pensioenfondsbestuur. Via de uitvoeringsovereenkomst kan deze op basis van het huidig recht slechts worden opgenomen als vertegenwoordigers van werknemers(verenigingen) de werkgever gemandateerd hebben om namens hen de opdracht aan het pensioenfondsbestuur te verstrekken. Als

pensioensector werken we inmiddels een aantal jaren in de praktijk met de opdrachtverstrekking en opdrachtaanvaarding zoals hiervoor in stappen uiteengezet en zie ik tot mijn vreugde veelvuldig

## het pensioenfondsbestuur moet bij de opdrachtaanvaarding van de nieuwe regeling inzicht geven in de randvoorwaarden voor de uitvoering, waaronder de kosten

dat overeenkomsten van opdrachten zijn opgesteld. Daarmee komen gemaakte afspraken naar mijn mening duidelijker tot zijn recht en worden misverstanden voorkomen.

## ■ PARALLELE STROMEN IN DE PENSIOEN-DRIEHOEK

Naast de zogenoemde opdrachtaanvaarding stellen sociale partners tegelijkertijd de pensioenovereenkomst op. Pensioenuitvoerder en werkgever ondertekenen de uitvoeringsovereenkomst. Het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds stelt in geval van een verplichtstelling het uitvoeringsreglement op. En het pensioenfonds stelt het pensioenreglement op zoals dat geldt tussen pensioenfonds en deelnemer. Al deze juridische documenten grijpen op elkaar in, en behoren naar mijn mening, evenals de overeenkomst van opdracht, eerst in concept te worden opgesteld. Nadat over de concepten overeenstemming is bereikt tussen partijen, worden ze in één keer definitief vastgesteld. Dat bevestigt dan ook de innige driehoeksverhouding die met de pensioendriehoek wordt beoogd tussen werkgevers, werknemers en pensioenuitvoerder.

## ■ DE TWEDE PIJLER PENSIOENHERVORMING EN DE OPDRACHTAANVAARDING

### Hoofdlijnennotitie en opdrachtaanvaarding

De Hoofdlijnennotitie vermeldt in hoofdstuk 5 'Uitwerking van het transitiekader' onder letter B nummer ii 'Het transitieplan' dat dit transitieplan ook wordt betrokken in de opdrachtaanvaarding door het pensioenfondsbestuur.

1 M. Swalef, Pensioen & Praktijk, augustus-september 2012 'Met een heldere opdrachtaanvaarding gezonder besturen'; M. Swalef, TPV 2016/43 'Reactie: De volgorde der dingen in relatie tot de opdrachtaanvaarding'; E. Lutjens, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 231 en 232.

Daarnaast tref ik in het antwoord op vraag 41 van de vaste commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer van 10 juli 2020 ('welke waarborgen het nieuwe stelsel bevat om niet te veel kosten in rekening te brengen') aan, dat het stelsel reeds verschillende waarborgen kent om uitvoeringskosten te beheersen. Als eerste wordt genoemd dat het pensioenfondsbestuur bij de opdrachtaanvaarding van de nieuwe regeling inzicht moet geven in de randvoorwaarden voor de uitvoering, waaronder de kosten. Daarnaast wordt in het antwoord vermeld dat sociale partners ook van hun kant rekening moeten houden met de uitvoeringskosten bij het opstellen van de regeling. Vervolgens wordt benoemd dat sociale partners en pensioenuitvoerders hier afspraken over maken. En wordt in het antwoord beschreven dat pensioenuitvoerders specifiek voor de transitie naar een nieuw stelsel een implementatieplan moeten opstellen, waarin onder meer inzicht wordt gegeven in de risico's en kosten en de beheersmaatregelen daarbij. Ook wordt er aangegeven dat het implementatieplan hiermee ook zal bijdragen aan zorgvuldige afspraken tussen sociale partners en pensioenuitvoerders hierover.

### Opdrachtbeëindiging

In de route naar het nieuwe pensioenstelsel zal de huidige opdracht door het pensioenfondsbestuur moeten worden beëindigd. Van belang dus om na te gaan hoe de beëindigingsbepalingen van de opdracht eruit zien. Ergo om daar de overeenkomst van opdracht, maar ook de uitvoeringsovereenkomst c.q. het uitvoeringsreglement op na te kijken. Immers, stel dat de opdracht wordt beëindigd, maar de uitvoeringsovereenkomst c.q. het uitvoeringsreglement loopt door, dan is er toch sprake van de verplichting tot uitvoering van die pensioenovereenkomsten. Voordat de opdracht wordt beëindigd, is het verstandig om de volgende twee opdrachten te formuleren:

- De opdracht om al dan niet in te varen.
- De opdracht voor het uitvoeren van een premieovereenkomst.

### ■ OPDRACHT OM IN TE VAREN

In de Hoofdlijnennotitie is in lijn met de huidige pensioenwetgeving vermeld dat eerst na een verzoek van sociale partners (of de werkgever) een pensioenfonds kan besluiten tot invaren via een collectieve waardeoverdracht. De Hoofdlijnennotitie bepaalt tevens dat de huidige mogelijkheid van individueel bezwaar van deelnemers bij (interne) collectieve waardeoverdracht zoals nu vastgelegd in artikel 83 PW tijdelijk – gedurende de transitiefase – komt te vervallen. In plaats daarvan komt er een versterkt collectief bezwaarrecht voor het verantwoordingsorgaan dan wel belanghebbendenorgaan. Overigens kan een fondsbestuur, na afstemming met sociale partners en na advies c.q. goedkeuring van de overige organen van het fonds,

gemotiveerd besluiten om niet in te varen, wanneer dat invaren niet proportioneel is.

Om te bepalen of er wel of niet wordt ingevaren moet mijns inziens de hiervoor beschreven route van opdrachtaanvaarding worden doorlopen. De

## De uitkomst van het wel of niet invaren, zal naar mijn mening ook dienen te worden betrokken in de opdrachtaanvaarding van de nieuwe overeenkomst

uitkomst van het wel of niet invaren, zal naar mijn mening ook dienen te worden betrokken in de opdrachtaanvaarding van de nieuwe overeenkomst. Hierna ga ik daar op in.

### ■ OPDRACHTAANVAARDING VAN DE NIEUWE OVEREENKOMSTEN

#### Straks enkel nog premieovereenkomsten

In het nieuwe tweede pijler pensioen kennen we enkel nog premieovereenkomsten. Ofwel in het nieuwe contract, ofwel via de wet verbeterde premieregeling. In beide premieovereenkomsten geldt dat de stappen van de huidige opdrachtaanvaarding zullen moeten worden doorlopen.

#### Premieovereenkomst en risicohouding

Voor premieovereenkomsten en overigens ook de huidige uitkeringsovereenkomsten, is artikel 1a Besluit Ftk dan relevant. Daarin is in lid 1 bepaald dat de risicohouding van een fonds (1) de mate is waarin een fonds, na overleg met sociale partners en na overleg met de organen (intern toezicht en medezeggenschap) van het fonds, bereid is beleggingsrisico's te lopen om de doelstellingen van het fonds te realiseren en (2) de mate is waarin het fonds beleggingsrisico's kan lopen gegeven de kenmerken van het pensioenfonds.

#### Risicohouding voldoet aan de prudent person regel

Voor premieovereenkomsten is vervolgens lid 3 van artikel 1a Besluit Ftk relevant, want daarin staat dat de risicohouding van het fonds voldoet aan de prudent person regel. En dat voor een premieovereenkomst, premieregeling of een variabele uitkering de risicohouding van het fonds tot uitdrukking komt in de door het fonds gekozen maximaal aanvaardbare afwijking van het pensioen in een pessimistisch scenario ten opzichte van het verwachte pensioen in een verwacht scenario. Waarbij het in de opbouwfase gaat om het verwachte pensioen op pensioendatum; en in de uitkeringsfase om afwijking van het pensioen van jaar op jaar.

## Risicohouding pensioenfondsen en sociale partners identiek

Nu ook, maar straks in het nieuwe stelsel des te meer, is het cruciaal dat de risicohouding van sociale partners een-op-een hetzelfde is als de risicohouding van het pensioenfonds. Immers, in artikel 13a Besluit Ftk in lid 1 zien we alleen de risicohouding van het fonds terug, en niet van sociale partners. In deze bepaling is immers vastgelegd dat een pensioenfonds voor de langere termijn een strategisch beleggingsbesluit vaststelt dat aansluit op de doelstellingen en beleidsuitgangspunten, waaronder de risicohouding van het fonds. Krachtens lid 4 van hetzelfde artikel moet het fonds onderbouwen dat het strategisch beleggingsbeleid en het beleggingsplan passen binnen de prudent person regel.

### ‘Ken je klant’ principe straks ook van toepassing?

Misschien aardig om in dit kader eens verder na te denken over het zogenoemde ‘ken je klant’ principe, zoals we dat kennen uit artikel 4:23 Wet op het financieel toezicht (Wft) voor pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij verzekeraars en premiepensioeninstellingen (zie kader). En die in de Pensioenwet ook is verankerd voor premieovereenkomsten met beleggingsvrijheid, waarbij in artikel 52 PW is bepaald dat de pensioenuitvoerder informatie inwint over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid van de (gewezen) deelnemer ten behoeve van het verstrekken van advies ingeval van beleggingsvrijheid.

#### Artikel 4:23 lid 1 Wet op het financieel toezicht

Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:

- wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen;
- draagt zij er zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individuele vermogen, voor zover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie; en
- licht zij, indien het advisering betreft met betrekking tot financiële producten die geen financiële instrumenten zijn, de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan haar advies voor zover dit nodig is voor een goed begrip van haar advies.

Wellicht dat de concrete toepassing van dat wetsartikel dan via de opdrachtaanvaarding zijn intrede doet voor pensioenfondsen, sociale partners, maar ook richting (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden? De vraag doet zich dan name-

lijk voor of het bij informatie inwinnen kan blijven, of dat er advies nodig zou zijn. Mijn vraag daarbij is of dat haalbaar zou zijn voor wat betreft de uitvoerbaarheid. Kortom, of dit realiseerbare wetsdoelstellingen zijn. Het lijkt mij daarom verstandig om deze gedachtegang verder uit te werken in de wetgeving, zodat daarover en over de zorgplicht duidelijkheid bestaat en collectieve pensioenregelingen uitvoerbaar blijven.

### ■ ALLE RISICO'S VOOR DE DEELNEMERS

Zoals bekend zijn bij premieovereenkomsten per definitie alle risico's voor de deelnemer. Alleen de premie staat vast. Er wordt in het nieuwe stelsel niet meer op pensioenaanspraken- en pensioenuitkeringen gestuurd. Des te belangrijker dat de risicohouding van het fonds en de risicohouding van sociale partners op elkaar aansluit. En daarmee dus vooral ook de risicobereidheid van zowel pensi-

## Het gaat om de werkelijke risicobereidheid en risicohouding. Dat vergt een extra zorgplicht van het pensioenfondsbestuur

oenfondsen als sociale partners. Het in kaart brengen van de risicobereidheid is een vak apart. Pas op dat de vragen niet zo zijn geformuleerd dat slechts de gewenste antwoorden worden opgehaald. Het gaat om de werkelijke risicobereidheid en risicohouding. Dat vergt een extra zorgplicht van het pensioenfondsbestuur.

Met de uitkomsten van het onderzoek naar de risicohouding en risicobereidheid van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden bepaalt het bestuur vervolgens het pensioenresultaat. Het pensioenresultaat van (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden is straks meer dan ooit afhankelijk van de ‘performance’ van het pensioenfonds. Die zal daarom moeten sturen op een zo efficiënt mogelijke bedrijfsvoering en zo hoog mogelijke pensioenresultaten gegeven het risicoprofiel van de populatie. Zeker aangezien de deelnemer bij ‘underperformance’ niet op kan stappen, is dit dus een extra zorgplicht voor de pensioenuitvoerder.

### ■ ZORG VOOR EEN DUIDELIJKE OVEREENKOMST VAN OPDRACHT OM CLAIMS TE VOORKOMEN

Een duidelijke overeenkomst van opdracht waarin alle afspraken tussen partijen – inclusief risicohouding en risicobereidheid – helder zijn vastgelegd, is in mijn ogen zowel bij het invaren als bij het vormgeven van de nieuwe pensioenovereenkomst een must. En noodzakelijk om te voldoen aan de zorgplicht van het pensioenfondsbestuur en aansprakelijkheidsstellingen te voorkomen. ●