

Toekomstbestendigheid van het pensioenfonds: als coöperatie

Column

TPV 2019/10

1. Inleiding

Gezien de al jaren slepende discussie over het toekomstbestendig maken van ons pensioenstelsel door aanpassing aan de gewijzigde omstandigheden (demografie, renteniveau, nieuwe generaties met andere inzichten over solidariteit), lijken de sociale partners kennelijk te denken dat de wereld om hen heen al jaren de adem inhoudt en zit te wachten op de witte rook uit de schoorsteen van de sociale partners. Enige tijd was dat ook het geval, maar iedereen weet wat er gebeurt als je lange tijd je adem moet inhouden: op enig moment houd je dat niet meer vol.

De werkelijkheid is dat de buitenwereld intussen nogal is veranderd en niet langer kan wachten. De wal keert het schip. Zo is al jaren zichtbaar dat er een trend is naar pensioenregelingen met een steeds nadrukkelijker individueel karakter. En als de sociale partners nog langer treuzelen, zal het station waarbij een tussenweg wordt gevonden tussen volledig solidaire, collectieve pensioenregelingen naar volledige individuele pensioenregeling zonder enige solidariteit, gepasseerd zijn en zal de trein doorschieten naar dit laatste station. Indien ons pensioenstelsel steeds minder solidair en meer individueel wordt, heeft dat – afgezien van de vraag of dat wenselijk of onwenselijk is – in elk geval een tweetal gevolgen:

1. *Behoefte toename directe invloed* - De behoefte dat werknemers, slapers en pensioengerechtigden (hierna – vanwege de leesbaarheid – gezamenlijk: deelnemers) meer directe invloed willen kunnen uitoefenen op inhoud en keuzes binnen hun eigen pensioenregeling zal toenemen als de rekening in steeds grotere mate bij het individu komt te liggen; en
2. *Financieel product* - Pensioen zal steeds meer het karakter krijgen van een financieel product en zal steeds meer afdrijven van het sociale element dat collectieve pensioenregelingen en pensioenfondsen kenmerkt, zodat er steeds minder reden zal zijn om pensioen te onderscheiden van een pure levensverzekering (een financieel product).

Op grond van het als eerste genoemde gevolg zullen deelnemers geen genoeg meer nemen met een afgeleid en beperkt medezeggenschapsrecht via een paritair bestuur, een Verantwoordingsorgaan (Vo) of Belanghebbendenorgaan (Bo).

Op grond van het als tweede genoemde gevolg kan men zich afvragen wat dan nog het bestaansrecht van pensioenfondsen is. Dat is met name het geval bij een stelsel dat volledig inzet op de individuele beschikbare-premievariant. Nu is het al zo dat individuele beschikbare-premieregelingen – dus met veel (beleggings)risico bij de deelnemer – vrijwel altijd worden uitgevoerd door verzekeraars en PPI's. Voor tussenvarianten zoals de door de SER voorgestelde variant Persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling, kan het pensioenfonds echter wel degelijk een zinvolle functie blijven vervullen.

Ook indien de sociale partners alsnog op enig moment tot een akkoord komen, zal dat naar mijn verwachting de bovengenoemde ontwikkelingen niet meer geheel kunnen stopzetten, hoogstens afremmen. Het spel is allang op de wagen. Als er geen akkoord komt, zal – in elk geval buiten de branches waar traditioneel de vakbonden over een sterke achterban beschikken en waar de bedrijfstakpensioenfondsen dus de dienst uitmaken – het aantal individuele beschikbare-premieregelingen verder toenemen.

Bovenstaande ontwikkelingen leiden tot de vraag hoe dit in goede banen geleid kan worden. Los van de discussie over een ander pensioenstelsel, ben ik

¹ Mr. dr. R.M.J.M. de Greef is advocaat bij Houthoff en tevens redacteur van TPV.

van mening dat een andere rechtsvorm van het pensioenfonds zoals we dat nu kennen, daarbij een essentiële rol kan vervullen. Van Huizen en De Lange hebben al eens geopperd om de stichtingsvorm voor pensioenfondsen² los te laten en te kiezen voor een onderlinge waarborgmaatschappij (hierna: onderlinge).³ De gedachte hierbij was onder andere dat een pensioenfonds niet meer is dan de uitvoerder van de pensioenregeling en in die zin in feite niet anders is dan een verzekeraar – zoals een onderlinge –, hetgeen blijkt uit het feit dat een pensioenfonds – evenals een verzekeraar – het risico dekt van kort en lang leven en van arbeidsongeschiktheid van de deelnemers.⁴

Onder de Pensioen- en spaarfondsenwet en aanvankelijk ook onder de Pensioenwet, was geen sprake van een voorgeschreven rechtsvorm. In de praktijk werd weliswaar doorgaans gekozen voor de stichting, maar andere vormen waren niet uitgesloten. Zo was er een Vereniging Nederlands Pensioenfonds voor de Sigarenindustrie en waren er ook pensioenuitvoerders in de vorm van een BV of NV.

Om onduidelijke redenen⁵ is bij de introductie van het Apf afgestapt van deze keuzevrijheid en is per 1 januari 2016 de stichting als rechtsvorm dwingend voorgeschreven voor alle pensioenfondsen. Het zou beter zijn als dit teruggedraaid wordt, zodat alle rechtsvormen weer mogelijk zijn, c.q. dat in elk geval de coöperatie tot de mogelijkheden gaat behoren, zoals ik hierna uiteen zal zetten.

De wetgever heeft nooit steekhoudende argumenten naar voren gebracht waarom de stichting een betere rechtsvorm zou zijn, anders dan dat pensioenfondsen van oudsher nu eenmaal doorgaans de stichtingsvorm hadden, een andere rechtsvorm (en dus ook een onderlinge) zou evengoed functioneren.⁶ Later, in 2014, werd nog het argument aangevoerd dat een stichting geen commercieel doel zou hebben, hetgeen als een voordeel werd gezien.⁷

Volgens de wettelijke regeling kan in een stichting alle macht en bevoegdheid worden geconcentreerd bij het bestuur, dat volstrekt autonoom is. De checks en balances die bijvoorbeeld in het verenigingsrecht wel aanwezig zijn, omdat dwingendrechtelijk een aantal bevoegdheden aan de algemene ledenvergadering is toegekend, ontbreekt in het stichtingenrecht. Bij een pensioenfonds ligt dit weliswaar iets genuanceerder door de deelname van werknemers(vertegenwoordigers)⁸ in het bestuur en in het Vo/Bo, maar is toch de vraag of deelnemers zich hiermee inderdaad voldoende betrokken voelen bij het fonds.

2 Het woord 'fonds' wordt doorgaans geassocieerd met een stichting. In deze bijdrage zal ik – tenzij anders vermeld – dat onderscheid niet maken en consequent spreken over 'pensioenfondsen', ongeacht de rechtsvorm.

3 Zie Ph.H.J.G. van Huizen naar aanleiding van preadvies Th.J.L. Bod, *Het juridische kader van pensioen* (Vereniging voor Pensioenrecht, nr. 8), Kluwer 1996, aangehaald en verder uitgewerkt in P.M.C. de Lange, 'De rechtsvorm van de pensioenuitvoerder', *NJB* 31 oktober 1997, afl. 39, p. 1798. De Lange heeft dit concept nogmaals onder de aandacht gebracht in zijn inaugurele rede *Subjectief pensioenrecht*, KUN Nijmegen 3 februari 1999 en in zijn afscheidsrede *Sfeerovergangen in het pensioenrecht*, Nijmegen: Thieme MediaCenter 2009, p. 19-21.

4 Zie voor kritiek op het standpunt dat de onderlinge een beter alternatief zou zijn dan de stichting pensioenfonds: E. Lutjens, *Pensioenfondsen zijn geen verzekeraars!*, *NJB* 2 januari 1998, afl. 1, p. 23-25. Lutjens verzet zich tegen het door hem onderkende pleidooi van De Lange dat het pensioenfonds zou moeten verdwijnen en dat alle pensioenregelingen verzekerd zouden moeten worden.

5 Zie M.E.C. Boumans & R.M.J.M. de Greef, *Enkele hoofdlijnen en aandachtspunten van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds*, *TPV* 2015/3.

6 P.M.C. de Lange, 'De rechtsvorm van de pensioenuitvoerder', *NJB* 31 oktober 1997, afl. 39, p. 1800; *Kamerstukken II 1978/79*, 15539, 3, p. 10; zie ook het proefschrift van E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Tjeenk Willink 1989, p. 339.

7 *Kamerstukken II 2014/15*, 34117, 3, p. 6-7; zie ook M.E.C. Boumans & R.M.J.M. de Greef, *Enkele hoofdlijnen en aandachtspunten van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds*, *TPV* 2015/3.

8 Ook pensioengerechtigden kunnen zitting hebben in het bestuur. Maar ook bestuursvormen zonder werknemers/werkgevers zijn mogelijk.

2. Coöperatie⁹

Zoals aangegeven is eerder gepleit voor de onderlinge als rechtsvorm voor een pensioenfonds.¹⁰ Er is echter een beter alternatief denkbaar: de coöperatie.

De coöperatie is – net als de onderlinge – wettelijk geregeld in art. 2:53 BW en is een rechtspersoon met een verenigingsachtig karakter die een ruime waaier aan overeenkomsten kan aangaan met haar leden en – indien gewenst – ook met niet-leden, mits van ondergeschikte betekenis.

De aansprakelijkheid voor tekorten door de leden kan volledig uitgesloten worden.¹¹ Voor grote coöperaties (en onderlingen) is een RvC verplicht, voor kleinere coöperaties is dat facultatief.

De coöperatie heeft geen winstdoel. De coöperatie is – gelijk het pensioenfonds en in tegenstelling tot de onderlinge – geen verzekeraar en valt derhalve niet onder de Wft en ook niet onder de Solvency II-Richtlijn. Indien de coöperatie een pensioenregeling zou uitvoeren, zou in plaats van Solvency II, het Ftk van toepassing zijn.

Groot verschil met de onderlinge is dat de overeenkomsten die de onderlinge met haar leden sluit, beperkt zijn tot verzekeringsovereenkomsten. De coöperatie kan juist allerlei overeenkomsten met haar leden sluiten, zolang dit maar geen verzekeringsovereenkomsten zijn. Dit laatste punt kan roet in het eten gooien indien de coöperatie als vervanger van de stichting pensioenfonds dient en hangt af van het antwoord op de vraag of de uitvoeringsovereenkomst¹² tussen een pensioenfonds en een werkgever slechts aangemerkt kan worden als een verzekeringsovereenkomst. In beginsel is de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds inderdaad aan te merken als een verzekeringsovereenkomst in de zin van art. 7:925 BW, zoals dat het geval is bij de onderlinge. Het betreft echter wel een bijzonder soort verzekeringsovereenkomst. De Hoge Raad spreekt in dit verband over het ‘verzekeringskarakter’,¹³ waarmee de Hoge Raad niet noodzakelijk doelt op een formele verzekeringsovereenkomst.¹⁴ Bijzonder is onder meer dat deze uitvoeringsovereenkomst geen garanties geeft, in tegenstelling tot de ‘echte’ verzekeringsovereenkomst bij een verzekeraar of onderlinge. In het beperkte kader van deze column houd ik het erop dat dit specifieke karakter van de uitvoeringsovereenkomst bij het pensioenfonds, voldoende ver afstaat van de verzekeringsovereenkomst met betrekking tot de onderlinge.

Vervolgens ligt de vraag voor of de rechtsbetrekking tussen de coöperatie als pensioenuitvoerder en de pensioen(aanspraak)gerechtigde (de deelnemersverhouding) – zoals ingevuld door het pensioenreglement –, gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst.¹⁵ Ik denk dat die vraag bevestigend beantwoord kan worden, omdat de deelnemer rechtstreekse aanspraken/rechten verwerft jegens de pensioenuitvoerder en de pensioenuitvoerder de uitkeringen ook rechtstreeks aan de pensioengerechtigde verstrekt.

Denkbaar is nu het model waarbij deelnemers op grond van de rechtsbetrekking met de coöperatie via het pensioenreglement, gezamenlijk de algemene

9 Al eerder heb ik gepleit voor de coöperatie in het kader van de pensioenuitvoering. Daarbij was echter sprake van een coöperatie waarbij de pensioenfondsen zelf de ledenvergadering vormen. Dit was onder andere bedoeld als voorportaal naar het Apf. Zie R.M.J.M. de Greef, ‘Coöperatief pensioenfonds als alternatief naast het algemeen pensioenfonds’, *PensioenMagazine* 2016/2, en van dezelfde auteur: ‘CPF als lichtere variant van het APF’, PBM, 9-2016, p. 30-33.

10 Maatman is daarentegen van mening dat de stichting de welhaast natuurlijke rechtsvorm voor het pensioenfonds is, vanwege de verwantschap met de Romeinsrechtelijke ‘fiducia cum amico’ en de Anglo-Amerikaanse trust. Zie R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 134-138.

11 Dat moet bepaald worden in de statuten. De coöperatie moet dan de letters UA (uitgesloten aansprakelijkheid) achter haar naam plaatsen. Dit geldt overigens ook voor de onderlinge (art. 2:56 BW).

12 Of uitvoeringsreglement in het geval van een bedrijfstakpensioenfonds.

13 HR 26 november 2004, *PJ* 2005/1 (*Pensioenfonds Stork*).

14 Asser/Lutjens 7-XI 2016/199.

15 In de zin van art. 2:53 lid 1 BW.

ledenraad vormen, het hoogste orgaan binnen de coöperatie. De werkgever sluit – als niet-lid¹⁶ – de uitvoeringsovereenkomst met de coöperatie. De ultieme zeggenschap ligt derhalve bij de deelnemers, waar zij naar mijn oordeel ook thuishoort.

Er is derhalve sprake van directe zeggenschap en geen (indirecte) (mede)zeggenschap zoals bij het pensioenfonds. De functie van het Vo en het Bo vervalt daarmee.¹⁷

Dat betekent dat de coöperatie zich veel beter leent als vervanger van de stichting in het kader van de uitvoering van een pensioenregeling, dan een onderlinge. De coöperatie kan namelijk voldoen aan de twee in de inleiding genoemde gevolgen: de coöperatie geeft deelnemers volledige zeggenschap doordat zij de algemene ledenvergadering vormen van hun 'pensioenfonds', terwijl zowel het financiële als het sociale karakter van het huidige pensioenfonds (in de vorm van een stichting), volledig behouden kan blijven. Dat laatste hangt uiteraard ook af van de keuzes die gemaakt worden voor een nieuw pensioenstelsel. Als uiteindelijk niet wordt gekozen voor een volledige individuele beschikbare-premievariant maar bijvoorbeeld voor de variant Persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling, kan de coöperatie daarbij een nuttige rol vervullen. Het ligt niet voor de hand dat verzekeraars deze variant zullen gaan uitvoeren.

3. Onderlinge

Zoals aangegeven is eerder gepleit voor de onderlinge als rechtsvorm voor een pensioenfonds.¹⁸ Een onderlinge is – net als de coöperatie – een rechtspersoon met een verenigingsachtig karakter die met haar leden verzekeringsovereenkomsten sluit, een en ander in het verzekeringsbedrijf dat zij ten behoeve van haar leden uitoefent.¹⁹ Door het uitoefenen van het verzekeringsbedrijf valt de onderlinge – anders dan de coöperatie – onder art. 2:27 Wft als uitoefenaar van het levensverzekeringsbedrijf en is in die zin een vergunningplichtige financiële onderneming.

Een nadelig verschil met de coöperatie is dat de ledenvergadering bij de onderlinge niet door de deelnemers gevormd kan worden, maar alleen door de werkgevers,²⁰ die de verzekeringsnemers zijn van de uitvoeringsovereenkomst die met de onderlinge wordt overeengekomen. Aan zeggenschap door deelnemers wordt dan niet toegekomen, althans niet op een directere wijze dan in het geval van een stichting.

Nadeel is mijns inziens voorts dat door de introductie van de onderlinge feitelijk wordt gekozen voor het afschaffen van het pensioenfonds als sociaal instituut. De onderlinge is immers een verzekeraar. Het onderscheid tussen verzekeraar en pensioenfonds komt te vervallen. Daarmee wordt de pensioenregeling een pure levensverzekering, een financieel product zoals bedoeld in de Wft, waar ik hiervoor naar heb verwezen als tweede gevolg. Gevolg daarvan kan – onder andere – zijn dat er alsdan geen afstemelmogelijkheid meer bestaat zoals we die nu kennen in art. 134 PW. Dat zal betekenen dat minder risicovol belegd kan worden, zodat op langere termijn verwacht mag worden dat de rendementen en het indexatiepotentieel zullen afnemen.

Een ander belangrijk nadeel van de onderlinge is dat een onderlinge – zoals hiervoor al aangegeven – onder het regiem valt van Solvency II voor verzeke-

16 Wel kunnen – desgewenst – werkgevers in het bestuur benoemd worden (art. 2:53a jo. 2:37 lid 1 BW). Benoeming geschiedt door de algemene ledenvergadering (art. 2:53a jo. 2:37 lid 2 BW).

17 In een onderzoek van Houthoff onder pensioenfondsen ('Pensioenthermometer 2018') is geconstateerd dat het Vo, zoals we dat nu kennen, eigenlijk niet goed binnen het governance model van het pensioenfonds past en beperkte toegevoegde waarde heeft. Zie www.houthoff.com, onder Expertise/Employment&Pensions/Publicaties.

18 Maatman is daarentegen van mening dat de stichting de welhaast natuurlijke rechtsvorm voor het pensioenfonds is, vanwege de verwantschap met de Romeinsrechtelijke 'fiducia cum amico' en de Anglo-Amerikaanse trust. Zie R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 134-138.

19 Art. 2:53 lid 2 BW.

20 Zie E. Lutjens, 'Pensioenfondsen zijn geen verzekeraars!', *NJB* 2 januari 1998, afl. 1, p. 24.

raars in plaats van het Ftk voor pensioenfondsen. De buffereisen onder Solvency II zijn veel zwaarder, zodat de onderlinge ook op het financiële vlak in het nadeel is ten opzichte van het pensioenfonds.

4. **Conclusie**

De coöperatie speelt, veel beter dan de stichting pensioenfonds, in op de groeiende behoefte naar meer zeggenschap door (gewezen)deelnemers en pensioengerechtigden en biedt tevens een platform om het sociale en financiële karakter van het huidige stichtingmodel voor pensioenfondsen te kunnen handhaven, naast de verzekeraars, ook als ons pensioenstelsel meer individuele karaktertrekken krijgt. Een win-winsituatie zou ik menen. Het enige dat nodig is betreft het terugdraaien van het wettelijk voorschrift dat alleen de stichting als rechtspersoon is toegestaan. De coöperatie is toekomstbestendig en klaar voor een nieuw pensioenstelsel. Daar zijn geen gele hesjes en nog meer jaren van discussie voor nodig, dat is zo gepiept!