

25 oktober 2021



Pensioenakkoord

Stand van zaken

Op 6 oktober jl. is aangekondigd dat demissionair minister Koolmees per direct is afgetreden. Hij is als informateur bij de kabinetsformatie aan de slag gegaan en heeft aangegeven niet in een volgend kabinet te willen plaatsnemen. Door het vertrek van de minister en zijn aankondiging niet terug te willen is er onzekerheid ontstaan over de tijdigheid van het afronden van het wetsvoorstel. Wij hopen van harte dat ondanks het vertrek van Koolmees de beoogde inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2023 gehaald zal worden.

Indexatie vanaf 105%?!

"... Als we die keuze hebben gemaakt, zeg ik dat ik mijn best ervoor wil doen om te kijken we of we komend jaar, 2022, nog met terugwerkende kracht de mogelijkheid kunnen bieden aan fondsen om ook bij 105% indexatie mogelijk te maken..."

Staatssecretaris Dennis Wiersma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, die het pensioendossier waarneemt na het vertrek van Koolmees, heeft deze toezegging tijdens de vragenuur in de Tweede Kamer gedaan. Ondoordacht, wat ons betreft. In deze nieuwsbrief leggen wij uit waarom wij dat vinden, of deze toezegging juridisch houdbaar is en of de pensioenfondsen verplicht zijn om indexatie te verlenen bij 105%.

Artikel 1 Pensioenwet ("PW") definieert toeslag, oftewel indexatie, als een verhoging van de pensioenaanspraak of het pensioenrecht. Het is bedoeld om de pensioenaanspraken of het pensioenrecht aan te passen aan de loon- of prijsinflatie.

Kan een pensioenfonds zomaar overgaan tot het verlenen van een toeslag? Nee, de wetgever staat het verlenen van een toeslag uitsluitend onder bepaalde voorwaarden toe. Een toeslag kan voorwaardelijk of onvoorwaardelijk zijn. De meeste toeslagen in Nederland hebben een voorwaardelijke karakter. Er is sprake van een voorwaardelijke toeslagverlening wanneer door de pensioenuitvoerder een voorwaardelijkheidsverklaring in alle informatieverstrekkingsingen is opgenomen. De toeslagverlening is afhankelijk van de onzekere toekomstige gebeurtenissen en is onder opschortende voorwaarde aan de deelnemer toegekend. De PW schrijft duidelijk voor onder welke voorwaarden een voorwaardelijke toeslagverlening mogelijk is. Een belangrijke voorwaarde daarbij is dat een toeslagverlening niet is toegestaan wanneer de beleidsdekkingsgraad lager is dan 110%. Ook is het een pensioenfonds niet toegestaan om meer toeslag te verlenen dan naar verwachting in de toekomst te realiseren is.

Is de uitspraak van de staatssecretaris juridisch haalbaar? Artikel 15 lid 2 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen schrijft duidelijk voor dat de toeslagdrempel 110% bedraagt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de drempelgrens van 110% in het leven is geroepen om te voorkomen dat er onevenwichtigheid in de verdeling van de middelen over diverse generaties ontstaan. De staatssecretaris benadrukt zelf dat de spelregels zijn afgesproken om te voorkomen dat de jongeren de dupe worden, maar doet onder de druk van de Kamerleden een toezegging om de pensioenaanspraken en -rechten van de oudere generatie met terugwerkende kracht te indexeren.

Mochten de Kamerleden besluiten om de toeslagdrempel van 110 naar 105% te verlagen, dan betekent dat niet automatisch dat de pensioenfondsen verplicht zijn om een toeslag te verlenen. De wet schrijft duidelijk voor dat de pensioenfondsen geen toeslag mogen verlenen onder de drempelgrens van 110%. De wet schrijft *niet* voor dat de pensioenfondsen *verplicht zijn* om indexatie te verlenen wanneer de beleidsdekkingsgraad 110% bedraagt. Werkgever(s) en werknemers komen in de pensioenovereenkomst overeen of er toeslagen worden verleend, wat het ambitieniveau is en welke nadere voorwaarden daarvoor gelden. De wet luidt immers als volgt: *"Een pensioenfonds stelt beleid vast met betrekking tot de voorwaardelijke toeslagverlening."*

Mocht de staatssecretaris succesvol via een wetswijziging de ondergrens aanpassen, dan mógen pensioenfondsen indexatie vanaf 105% verlenen maar zijn daartoe niet verplicht. De staatssecretaris gaat volgens ons met deze toezegging volledig aan de doelstelling van de toeslagdrempel en de herstelsystematiek voorbij; wij hopen dat dit in de parlementaire

behandeling duiding krijgt. Wat we ook hopen is dat de staatssecretaris zich realiseert dat verlaging van de ondergrens voor indexatie toch echt alleen maar kan via een wetswijziging en niet per decreet.

Beleggingen conform het ESG beleid

PME, het Pensioenfonds in de Metalektro, heeft onlangs bekend gemaakt dat hun beleggingen in de fossiele industrie worden verkocht. Met dit besluit geeft één van de grootste pensioenfondsen in Nederland een duidelijk signaal af. De meest belangrijke vraag is of andere pensioenfondsen dit voorbeeld gaan volgen. In deze nieuwsbrief worden de juridische mogelijkheden van de individuele deelnemers en de werkgevers tegen het beleggingsbeleid van het pensioenfonds behandeld.

Duurzaam beleggen staat hoog op de agenda van de politiek maar ook van de werkgevers. In onze dagelijkse werkzaamheden krijgen wij, als internationaal advocatenkantoor, steeds meer de vragen op welke manier rekening wordt gehouden met het ESG-beleid.

Bij pensioenfondsen ligt dit anders. Artikel 135 lid 4 PW verplicht een pensioenfonds om in het bestuursverslag te vermelden op welke wijze rekening wordt gehouden met milieu en klimaat, mensenrechten en sociale verhoudingen. Deze verplichting geldt sinds de inwerkingtreding van de IORP II-richtlijn. Een pensioenfonds belegt in het belang van de aanspraak- en de pensioengerechtigden. De belangen van de werkgevers worden, zolang deze niet conflicteren met de belangen van de aanspraak- en pensioengerechtigden, meegewogen. Het beleggingsplan wordt door het bestuur vastgesteld. Bij de vaststelling van het beleggingsplan is het bestuur niet verplicht om advies bij het verantwoordingsorgaan of instemming bij de raad van toezicht te vragen.



Wat als de deelnemers en de werkgever niet eens zijn met de beleggingskeuze van het pensioenfonds; kunnen zij invloed uitoefenen op het besluit of de deelname bij het pensioenfonds opzeggen?

Er bestaat geen wettelijke grondslag op welke wijze de deelnemers of werkgever invloed kunnen uitoefenen op het beleggingsbeleid van het pensioenfonds. Op 3 december 2018 heeft Tweede Kamerlid Van Weyenberg een voorstel tot wijziging van het adviesrecht van het verantwoordingsorgaan bij de Tweede Kamer ingediend. In dit wetsvoorstel is opgenomen dat de functie van het verantwoordingsorgaan moet worden uitgebreid met de verplichting dat het bestuur goedkeuring van het verantwoordingsorgaan nodig heeft voor de besluiten met betrekking tot het uitsluitingenbeleid. Dit wetsvoorstel is niet inhoudelijk behandeld.

Naar aanleiding van de input van het verantwoordingsorgaan heeft het pensioenfonds ABP in 2018 besloten om de beleggingen in tabak en kernwapens af te bouwen. Deze input is door de deelnemers via het verantwoordingsorgaan onder de aandacht van het bestuur gebracht. ABP stelt sinds 2018 de deelnemers in de gelegenheid om input te leveren aan onder andere de beleggingskeuze van het pensioenfonds. Hiermee wordt het vertrouwen van de deelnemers in het pensioenfonds vergroot en worden reputatierisico's verkleind.

Ons advies aan de pensioenfondsen is dan ook: luister naar de wensen van de deelnemers en de werkgevers. Weliswaar worden beide doelgroepen in een paritair bestuur vertegenwoordigd, maar de wet voorziet niet in de mogelijkheid dat de werkgever de deelname bij het pensioenfonds kan opzeggen. Uitsluitend bij een vrijwillige deelname is opzegging van de uitvoeringsovereenkomst te realiseren.

Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 kent vijf gronden waarop door het bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling kan worden verleend, namelijk:

- de werkgever heeft een eigen pensioenregeling getroffen die ten minste zes maanden van kracht was;
- de werkgever maakt deel uit of gaat deel uitmaken van een groep die een eigen pensioenregeling hebben;
- de werkgever heeft een eigen cao;
- de werkgever heeft een eigen pensioenregeling waar nettopensioen is geregeld;
- het bedrijfstakpensioenfonds heeft onvoldoende beleggingsrendement.

Naast de bovengenoemde gronden voorziet de wet ook de mogelijkheid om vrijstelling te verlenen op grond van '*andere redenen*', artikel 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000. Met de groeiende vraag naar groene en duurzame beleggingen in het kader van het ESG-beleid,



voorzien wij grote risico's voor de pensioenfondsen wanneer de werkgevers zich op dit artikel beroepen. De vrijstelling om andere redenen valt onder de beleidsvrijheid van het pensioenfonds. Echter, de belangen van de werkgever worden bij de beoordeling afgewogen. Mocht het pensioenfonds besluiten om het verzoek van de werkgever af te wijzen, dan moet dit besluit deugdelijk gemotiveerd worden.

De werkgever is verantwoordelijk voor de organisatie en inrichting van zijn onderneming. Door de Klimaatwet zijn wij verplicht om in 2030 de CO₂ uitstoot met 49% te verlagen en het aandeel duurzame energie in 2050 te verhogen naar 100%. Om deze doelstelling te behalen, zijn werkgevers bezig om de principes van het ESG-beleid in hun organisaties te incorporeren. Indien een pensioenfonds op verzoek van de werkgever het beleggingsbeleid niet verduurzaamt, of de beleggingen in een fossiele industrie niet beëindigt, dan prevaleert het belang van de werkgever boven het pensioenfonds. Het is het proberen waard om de deelname bij een pensioenfonds te beëindigen via een verzoek om vrijwillige dispensatie. De wet geeft immers geen restricties voor deze 'artikel 6' vrijstellingen, ook al willen niet alle fondsen aan deze vorm van vrijstelling meewerken.

Wij adviseren pensioenfondsen om de gevolgen van het ESG-beleid en de SFDR-richtlijn inzichtelijk te maken en te kijken op welke manier duurzaam en groen belegd kan worden. Hierdoor kan een pensioenfonds voorkomen dat de werkgevers zich onttrekken aan hun verplichte deelname bij een pensioenfonds. Dit recht kunnen zij bij de rechterlijke macht afdwingen. Om reputatierisico's en langdurige procedures te voorkomen is het wenselijk om de huidige werkwijze te heroverwegen.

Eversheds Sutherland

Vraagt u zich af hoe uw juridische problemen kunnen worden opgelost? Of wilt u dat wij met u bedenken op welke wijze uw pensioenfonds meer ESG-proof kan zijn? Geen zorgen: wij zijn ervan overtuigd dat ES Advisory u kan bijstaan bij uw complexe juridische en fiscale vraagstukken. Wij maken graag een afspraak om de mogelijkheden te bespreken.

Wilt u in de toekomst op de hoogte blijven van de ontwikkelingen rond het Pensioenakkoord en andere actualiteiten op pensioengebied? Abonneer u dan via: advisory@eversheds-sutherland.com



[Eric Bergamin](#)
Partner

T: +31 10 2488 050
M: +31 6 2303 3634
ericbergamin@eversheds-sutherland.com



[Yeliz Tintin](#)
International Associate

T: +31 10 2488 031
M: +31 6 1432 9093
yeliztintin@eversheds-sutherland.com

[eversheds-sutherland.com](https://www.eversheds-sutherland.com)

© Eversheds Sutherland 2021. All rights reserved.
Eversheds Sutherland (International) LLP and Eversheds Sutherland (US) LLP are part of a global legal practice, operating through various separate and distinct legal entities, under Eversheds Sutherland. For a full description of the structure and a list of offices, please visit www.eversheds-sutherland.com.

AMS_LIB1\215\1