

Bijstorting: wettelijke of contractuele plicht?

Maarten Minnaard, actueel tot 01-05-2013

Actueel tot	01-05-2013
Auteur	Maarten Minnaard ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Recentelijk is een aantal uitspraken gedaan in procedures over bij stortingsverplichtingen die de discussie over zo'n mogelijke verplichting bij veel pensioenfondsbesturen en raden van bestuur op de agenda heeft gezet. Bekend zijn in ieder geval de uitspraken in de procedures inzake Pensioenfonds Unisys en Unisys Nederland^[2] en het arbitrale vonnis in het geschil tussen Pensioenfonds ING en ING.^[3] Zeker is dat er veel meer arbitrale procedures zijn gevoerd over bij - stortingen, waarvan zoals te doen gebruikelijk de arbitrale vonnissen niet zijn gepubliceerd (ING is een uitzondering).^[4] In dit artikel bespreek ik met name de onderbrengingsplicht van art. 23 PW, de gevolgen van een contractuele bijstortingsverplichting en welke juridische middelen een werkgever heeft om onder een bijstortingsverplichting uit te komen.

Korting

Er is een directe relatie tussen korting en bijstorting. Art. 134 PW bepaalt dat een pensioenfonds verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend kan verminderen wanneer het over onvoldoende middelen beschikt om op het wettelijk minimaal vereist eigen vermogen te komen. Bovendien dient het voor het fonds onmogelijk te zijn om binnen een redelijke termijn weer op het minimaal vereist eigen vermogen te komen zonder dat de belangen van de deelnemers en de werkgever onevenredig worden geschaad. Voordat mag worden gekort, moet het fonds eerst alle overige sturingsmiddelen hebben ingezet. Dit brengt ook mee dat het bestuur van een pensioenfonds eventuele contractuele verplichtingen van de werkgever tot bijstorting in beginsel dient in te zetten en niet terzijde kan schuiven als die bijstorting de werkgever niet goed uitkomt. Doet een fondsbestuur dat toch, dan kan het worden beticht van het in strijd handelen met het beginsel van evenwichtige belangenbehartiging (art. 105, lid 2 PW). Een beginsel dat een belangrijke pijler onder het Nederlandse pensioenrecht vormt. Daarmee zou het bestuur zich blootstellen aan een aansprakelijkstelling door

belanghebbenden. Denkbaar is overigens ook dat het beginsel van evenwichtige belangenbehartiging er onder omstandigheden juist toe noopt dat een pensioenfonds niet, of niet geheel, bijstorting verlangt.

De onderbrengingsplicht

De werkgever is op grond van art. 23 PW na het sluiten van een pensioenovereenkomst verplicht tot het onmiddellijk sluiten van een uitvoeringsovereenkomst. Deze verplichting wordt de onderbrengingsplicht genoemd, een andere pijler onder het Nederlandse pensioenrecht die al bij inwerkingtreding van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) was opgenomen (art. 2, lid 1). De vraag is nu wat deze onderbrengingsplicht precies inhoudt. Gaat het hier om een verzekeringsplicht – en is daarmee voor de werkgever de kous af? – of blijft de werkgever als een soort achterwacht fungeren als de pensioenuitvoerder niet of onvoldoende thuis geeft? En als het pensioenfonds volgens de regels heeft gehandeld maar desondanks tekort komt, kan het dan toch bij de werkgever aankloppen? Omdat met art. 23 PW geen wijziging was beoogd ten aanzien van de onderbrengingsplicht, is het zinvol de parlementaire geschiedenis van de PSW erop na te slaan.^[5] Daarin, en in het bijzonder in de memorie van antwoord, kwam de vraag aan de orde of een werkgever die een pensioentoezegging heeft gedaan, aan zijn wettelijke verplichting voldoet wanneer hij ‘een’ verzekeringsovereenkomst sluit, ook als die overeenkomst de aanspraken niet dekt.^[6] Het antwoord van de ministers van Sociale Zaken en Justitie was dat art. 2 PSW de werkgever de verplichting oplegt ter uitvoering van gedane toezeggingen maatregelen te treffen die daarin kunnen bestaan dat verzekeringsovereenkomsten worden afgesloten. De woorden ‘ter uitvoering daarvan’ in de aanhef van art. 2 gaven naar hun mening voldoende duidelijk aan dat overeenstemming tussen toezegging en verzekeringsovereenkomst moet bestaan. Met andere woorden, wanneer de uitvoering overeenkomt met de toezegging van de werkgever, is deze na premiebetaling gekweten van zijn verplichting aangaande pensioenen jegens de werknemers en het pensioenfonds.

In de memorie van antwoord kwam ook de situatie aan de orde van een verzekeringsmaatschappij die niet aan haar verplichtingen kan voldoen. De vraag was of de pensioenaanspraken van de werknemer jegens de werkgever dan blijven bestaan, ondanks de gesloten verzekeringsovereenkomsten. Het antwoord daarop was dat dit afhangt van inhoud van de door de werkgever gedane toezegging. Heeft deze een bepaald pensioen zonder voorbehoud beloofd, dan zal hij daartoe gehouden zijn, ook wanneer de verzekeringsmaatschappij niet in staat zou zijn de overeengekomen uitkering te doen.

Uitvoeringsovereenkomst

Art. 23 PW verplicht tot het sluiten en in stand houden van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst. In de artikelen 25 tot en met 30 PW staan de eisen beschreven waaraan de uitvoeringsovereenkomst moet voldoen. In art. 25, lid 2, aanhef en onder d staat dat in de uitvoeringsovereenkomst, voor zover overeengekomen, een regeling wordt opgenomen met betrekking tot een bijstortingsverplichting van de werkgever. Daarbij moet worden vermeld onder welke voorwaarden sprake is van een bijstortingsverplichting en hoe de hoogte ervan wordt bepaald. Duidelijk is dat uit de Pensioenwet volgt dat een bepaling over een bijstortingsverplichting een optioneel onderdeel is van de uitvoeringsovereenkomst. Maar anderzijds, als er een bijstortingsverplichting geldt, dient de uitvoeringsovereenkomst erin te voorzien onder welke omstandigheden die verplichting kan worden ingeroepen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat, wanneer de bijstortingsverplichting in een ander

document is opgenomen, dit niets afdoet aan de geldigheid ervan, ook al wordt daarmee in strijd met de Pensioenwet gehandeld. In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet staat dat de werkgever de plicht heeft om de uitvoering van de pensioenovereenkomst volledig, dus inclusief het verzekeringsrisico, bij een pensioenuitvoerder onder te brengen.^[7] De vraag is wat de werkgever dan nog meer kan of moet doen als de uitvoering van de pensioenovereenkomst volledig is ondergebracht. Zou hij dan nog steeds kunnen worden aangesproken, dan is de pensioenovereenkomst kennelijk niet geheel extern ondergebracht. Als hij na een kortingsmaatregel kan worden aangesproken, zou hij voor deze restverplichting als een soort herverzekeraar (zonder vergunning) opereren.

Verzekeringsplicht

Langemeijer ziet de onderbrengingsplicht louter strekkende tot een verzekeringsplicht.^[8] Als aan die plicht is voldaan, zijn er geen verdere zelfstandige verplichtingen voor de werkgever. DNB schrijft in het kwartaalbericht 2007 in het kader van aanvullende zekerheidsmechanismen dat 'Nederland geen garantiefonds kent en ook de sponsor niet verplicht is bij te storten'. Deze laatste passage onderschrijft de gedachte dat de onderbrengingsplicht alleen zou strekken tot een verzekeringsplicht.

Conformiteit

Het voorgaande leidt mijns inziens tot de volgende conclusie. De wet dwingt de werkgever een uitvoeringsovereenkomst te sluiten ter dekking van de door hem gesloten pensioenovereenkomst. Er dient conformiteit te bestaan tussen pensioenovereenkomst en de wijze waarop de pensioenovereenkomst is ondergebracht, c.q. verzekerd. De wijze waarop volgt in beginsel uit het pensioenreglement, die gezien art. 35 PW in overeenstemming dient te zijn met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement. Veelal bestaat de pensioenovereenkomst uit een verwijzing (incorporatie) naar het pensioenreglement of 'de pensioenregeling' zoals uitgevoerd door het betrokken pensioenfonds. Er zal in die gevallen al snel sprake zijn van conformiteit tussen pensioenovereenkomst en uitvoering. Als sprake is van conformiteit, dan geldt dat de uitvoering, waaronder premievaststelling en solvabiliteit, dient plaats te vinden aan de hand van hoofdstuk 6 PW (pensioenfonds) of de Wet op het financieel toezicht (verzekeraars). Komt de pensioenuitvoerder niet uit met de betaalde premies, dan heeft hij in beginsel geen vorderingsrecht op de werkgever. Het opnemen van een bepaling in de uitvoeringsovereenkomst dat de werkgever geen bijstortingsplicht heeft – zoals vaak is te vinden in uitvoeringsovereenkomsten – voegt in juridische zin niets toe, maar bevordert de duidelijkheid wel. Want ook als een dergelijke bepaling niet is opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst, geldt dat, mits is voldaan aan de conformiteitseis, er geen vorderingsrecht toekomt aan de pensioenuitvoerder jegens de werkgever.

Contractuele bijstortingsplicht

Daar waar er in beginsel geen bijstortingsplicht geldt, zijn dergelijke verplichtingen vaak wel contractueel bedongen in de uitvoeringsovereenkomsten. Omdat het moment waarop een dergelijk beding wordt ingeroepen doorgaans samenvalt met financiële malheur bij de werkgever, is het niet verwonderlijk dat laatstgenoemde probeert om (deels) onder die verplichting uit te komen. En soms met succes. Zo oordeelde de kantonrechter Amsterdam op 16 januari 2012 dat pensioenfonds Unisys de werkgever in redelijkheid niet kon houden aan de contractueel overeengekomen bijstortingsverplichting van € 32 miljoen. En ook in de arbitrage in de ING-zaak trok het pensioenfonds aan het kortste eind. Beide

uitspraken – die ik niet in detail zal bespreken – laten goed zien hoe werkgevers toch hun contractuele verplichtingen kunnen ontlopen. Een werkgever kan zich daarbij beroepen op de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 en art. 6:248 BW), op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) en op dwaling.

Uitleg van de uitvoeringsovereenkomsten

Allereerst de vraag hoe een uitvoeringsovereenkomst moet worden uitgelegd. De uitleg van contractbepalingen dient volgens de Hoge Raad te geschieden aan de hand van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs ten aanzien van deze bepalingen van elkaar mogen verwachten, het zogenoemde Haviltex-criterium.^[9] De Hoge Raad heeft ook een cao-norm ontwikkeld voor de uitleg van overeenkomsten. Deze norm – een zuiver taalkundige uitleg – dient te gelden wanneer derden die niet bij de opstelling van de overeenkomst betrokken zijn geweest, rechten aan de overeenkomst kunnen ontleen. In het DSM/Fox arrest heeft de Hoge Raad vastgesteld dat tussen de Haviltex-norm en de cao-norm een vloeiende overgang zit.^[10]

Ik merk op dat aan zowel de cao-norm als de Haviltex-norm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van puur de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktische zin is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.

De aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid (6:2 en 6:248 BW)

Op grond van art. 6:248, lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De formulering ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ is de zwaarst denkbare toets in het Nederlandse verbintenissenrecht en wordt niet snel in procedures gehonoreerd.

Toch kwam juist op die grond de kantonrechter in de Unisys-zaak tot het oordeel dat het pensioenfonds de overeengekomen bijstorting in redelijkheid niet kan vorderen. Daarbij speelde een belangrijke rol dat partijen bij de uitvoeringsovereenkomst waren uitgegaan van een herstelperiode bij onderdekking van 1 jaar (zoals die in het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Pensioenwet was opgenomen), terwijl uiteindelijk in de definitieve wettekst (art. 140) een termijn van 3 jaar werd opgenomen en zelfs tijdelijk naar 5 jaar werd opgerekt. Ook was van belang dat door de Pensioenwet hogere eisen waren gaan gelden ten aanzien van het moment waarop teruggave aan de werkgever mogelijk was (art. 129 PW), en in ieder geval later dan partijen bij de totstandkoming van de uitvoeringsovereenkomst voor ogen hadden. Volgens de kantonrechter was als gevolg van dit alles het evenwicht verloren omdat de uitvoeringsovereenkomst enerzijds een harde bijstortingsverplichting kent – uitgaande van een korte hersteltermijn van 1 jaar – terwijl terugstortingen anderzijds veel minder snel mogelijk zijn. De kantonrechter oordeelde dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het pensioenfonds onverkort aanspraak maakt op betaling van een aanvullende premie van € 32 miljoen. Uit de uitspraak kan voorts worden opgemaakt dat ook de hoogte in absolute zin van de aanvullende storting (€ 32 miljoen) een rol speelde in de oordeelsvorming van de kantonrechter.

Ik denk niet dat aan de Unisys-zaak al te snel conclusies moeten worden verbonden, omdat het bij

geschillen over uitvoeringsovereenkomsten sterk afhangt van het feitencomplex of een beroep op art. 6:248, lid 2 BW succesvol kan zijn. En het zij herhaald, deze bepaling kent een zware toets.

Onvoorziene omstandigheden

Art. 6:258, lid 1 BW bepaalt dat de rechter een overeenkomst kan wijzigen of ontbinden in geval van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Vaste lijn in de literatuur en jurisprudentie is dat het bij het begrip 'onvoorziene omstandigheden' in art. 6:258, lid 1 BW niet gaat om wat voor partijen voorzienbaar was of wat zij hebben voorzien, maar om de vraag of het intreden van de relevante omstandigheden – die toekomstig dienen te zijn en dus na het sluiten van het contract dienen te zijn ingetreden – uitdrukkelijk, dan wel stilzwijgend in de overeenkomst is verdisconteerd. Van een omstandigheid waarbij dat niet het geval is, is ook sprake als een bepaald soort verandering op zich wel in de overeenkomst is verdisconteerd – bijvoorbeeld structurele inflatie – maar partijen niet hebben stilgestaan bij de verandering die zich op een gegeven moment daadwerkelijk voordoet – bijvoorbeeld onverwachte hyperinflatie.

Vaak wordt de kredietcrisis aangehaald als onvoorziene omstandigheid. Maar of partijen een dergelijke crisis hebben voorzien, is niet relevant. Het juridische criterium voor toepassing van art. 6:258, lid 1 BW is of de verslechterende economische situatie uitdrukkelijk, dan wel stilzwijgend in de overeenkomst is verdisconteerd.

In de rechtspraak is een beperkt aantal uitspraken te vinden waarin een partij een beroep heeft gedaan op economische ontwikkelingen als onvoorziene omstandigheden:

- Twee handelaren in oud papier en de gemeente Roermond waren in januari 1993 overeengekomen dat de handelaren het door de gemeente aangeboden oud papier tegen 3 cent per kilo zouden afnemen (Voorzieningenrechter Rechtbank Roermond 1 juli 1993, *KG* 1993/317). Medio 1993 daalde de prijs van oud papier aanzienlijk. De rechtbank oordeelde dat een zekere prijsfluctuatie thuishoort in de risicosfeer van de papierhandelaren als professionele partijen, maar dat ze bij de totstandkoming van het contract geen rekening hadden gehouden met de omvang van de prijsval. Die prijsval zag de rechtbank dus als onvoorziene omstandigheid.
- Een bouwonderneming had haar gronden aan een gemeente overgedragen onder een contractuele terugkoopverplichting (Hof Den Bosch 17 november 1983, *BR* 1984/152). Door ernstig gewijzigde marktomstandigheden was het voor de bouwonderneming niet meer aantrekkelijk de bouwgrond in bezit te hebben. Het hof oordeelde dat de bouwonderneming aan haar terugkoopverplichting gehouden was, omdat transacties met bouwgrond per definitie een speculatief karakter hebben, economische ontwikkelingen tot het ondernemersrisico van een bouwonderneming behoren en ter zake van de terugkoopverplichting geen enkel voorbehoud was opgenomen. De gewijzigde marktomstandigheden waren dus geen onvoorziene omstandigheid.
- Een koper van vastgoed deed een beroep op de huidige kredietcrisis als onvoorziene omstandigheid, stellende dat hij als gevolg daarvan bij geen enkele bank financiering voor de koopsom had kunnen verkrijgen (Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 24 oktober 2008, *LJN* BG3630). De rechtbank liet in haar uitspraak in het midden of de kredietcrisis een onvoorziene omstandigheid kan zijn, maar sloot dat dus ook niet bij voorbaat uit.

De wetgever heeft met art. 6:258 BW zowel oog gehad op omstandigheden van bijzondere aard die

alleen partijen treffen, als op omstandigheden van algemene aard, zoals plotselinge schaarste, geldontwaarding, etc.^[11] Dit betekent dat een economische ontwikkeling, waaronder ook de huidige kredietcrisis, in principe een onvoorziene omstandigheid kan opleveren.

Dwaling (6:228 BW)

Een derde manier om onder bijstortingsverplichtingen uit te komen, is om een beroep te doen op dwaling. Art. 6:228 BW bepaalt dat een overeenkomst die onder invloed van dwaling is gesloten, vernietigbaar is. Voor een succesvol beroep op dwaling is vereist dat een overeenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en bij een juiste veronderstelling van zaken bij de dwalende niet zou zijn gesloten. Er zijn bij dwaling drie varianten:

- a de wederpartij heeft de dwaling door een inlichting veroorzaakt;
- b de dwaling houdt verband met een zwijgen waar de wederpartij had moeten spreken; of
- c beide partijen zijn van dezelfde onjuiste veronderstelling uitgegaan.

Voor wat betreft een beroep op dwaling ten aanzien van een uitvoeringsovereenkomst zal veelal sprake zijn van type b. Of op de wederpartij een mededelingsplicht rustte en hoever die mededelingsplicht (informatieplicht) strekte, is afhankelijk van tal van gezichtspunten. Een vast gezichtspunt daarbij is dat, hoe deskundiger de wederpartij is ten opzichte van de dwalende, des te eerder en groter diens spreekplicht zal zijn.^[12] Het betreft hier dus een open norm, die mede op basis van de maatschappelijk opvattingen wordt ingevuld. Mij is geen procedure bekend waarbij een werkgever zich succesvol op dwaling heeft kunnen beroepen ten aanzien van een bijstortingsverplichting. Het lijkt mij ook niet waarschijnlijk dat een beroep op dwaling door professionele contractpartijen bij een uitvoeringsovereenkomst snel zal worden gehonoreerd. Daarbij is van belang dat uit het standaardarrest Booy/Wisman volgt dat van een partij mag worden verwacht dat ze binnen redelijke grenzen maatregelen neemt om te voorkomen dat ze onder invloed van onjuiste veronderstellingen haar toestemming geeft. Laat ze dergelijke maatregelen na, dan kunnen de regels van de goede trouw meebrengen dat ze zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen.^[13]

Verzekeraars

Ook bij zogenoemde gesepareerde beleggingsdepots kan de vraag van bijstorting spelen. In dergelijke verzekeringscontracten is sprake van een beleggingsdepot dat de verzekeraar separaat aanhoudt ten behoeve van de verzekeringnemer ter dekking van diens verzekeringsverplichtingen. Als de verplichtingen tegenover de beleggingen worden gezet, kan een dekkingsgraad worden berekend. Het is dan afhankelijk van de contractuele bepalingen wat er bij een tekort plaatsvindt. Soms resulteert dit enkel in het opschorten van winstdeling (doorgaans de bron van toeslagen), maar net zo goed ontstaat er een verplichting voor de werkgever om het tekort aan te zuiveren. Ook is relevant hoe het tekort is ontstaan: door beleggingsverliezen of door de introductie van recente overlevingstafels.

Conclusie

In zijn algemeenheid geldt dat er voor werkgevers geen bijstortingsverplichting bestaat als sprake is van conformiteit tussen pensioenovereenkomst en uitvoering. Veelal hebben pensioenfondsen een

bijstortingsplicht bedongen in de uitvoeringsovereenkomst. In dat geval geldt in beginsel dat een werkgever aan die bijstorting kan en moet worden gehouden, tenzij sprake is van onvoorziene omstandigheden of wanneer dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook is (in theorie) denkbaar dat een werkgever zich op dwaling beroept en de (partiele) nietigheid inroept van de bijstortingsbepaling in de uitvoeringsovereenkomst.

Voetnoten

[1]

Mr. M.W. Minnaard is als advocaat pensioenrecht/ fiscalist werkzaam bij Houthoff Buruma te Amsterdam

[2]

Rechtbank Amsterdam, 16 januari 2012, *LJN*: BV2639, *PJ* 2012, 43. Deze uitspraak is geanonimiseerd op rechtspraak.nl gezet maar o.a. in het blad *Pensioen Jurisprudentie* met partijnamen gepubliceerd.

[3]

NAI 25 januari 2013, nr. NAI 4047, *PJ* 2013/59.

[4]

Geheimhouding is doorgaans de belangrijkste reden voor partijen om geschillen over de uitvoeringsovereenkomst door middel van arbitrage te beslechten, naast de meer flexibele procesorde die arbitrage biedt.

[5]

Tweede Kamer 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 45.

[6]

Tweede Kamer 1950-1951, 1730, nr. 5, p. 19.

[7]

Tweede Kamer, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 49.

[8]

R. Langemeijer, *Pensioenovereenkomstenrecht*, Den Haag, Boom 2008.

[9]

Hoge Raad, 13 maart 1981, *NJ* 1986, 635.

[10]

Hoge Raad, 20 februari 2004, *NJ* 2005/493.

[11]

Verbintenissenrecht, losbl., aantekening 18 bij art. 6:258 BW en P.S. Bakker en J.W. de Groot, *Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken*, *WPNR* 2009, p. 375.

[12]

Vgl. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 (*Van Lanschot/ Bink*) inzake de spreekplicht van een bank als professionele kredietverlener ten opzichte van een particuliere borg.

[13]

Zie HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183.