

Impasse Pensioenakkoord door juridische belemmeringen: invaren een zinkend schip?

Mr. dr. M. Heemskerk , Mr. M.W. Minnaard , actueel tot 01-05-2011

Actueel tot	01-05-2011
Auteur	Mr. dr. M. Heemskerk  , Mr. M.W. Minnaard 
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht





Sociale partners in de Stichting van de Arbeid bespreken naar Oudhollands gebruik de hervorming van het pensioenstelsel. Dit pensioenpolderen zou moeten leiden tot meer flexibele pensioenvormen met zachtere verplichtingen. De veronderstelling is dat met deze hervorming de houdbaarheid van het huidige pensioenstelsel wordt gewaarborgd. Nadat in het voorjaar van 2010 op hoofdlijnen afspraken waren gemaakt, worstelt men volgens de berichten vooral aan werknemerszijde met de gewenste overheveling van plusminus 800 miljard euro aan nominale pensioenaanspraken en -rechten, opgebouwd onder het bestaande pensioenstelsel. In deze bijdrage analyseren wij of deze aanspraken en rechten zonder instemming van de rechthebbenden in een nieuw pensioenstelsel kunnen worden ingebracht.

Het uitblijven van een Pensioenakkoord 2011

Dat het Nederlandse pensioenstelsel aan de vooravond van een radicale hervorming staat, is geen verrassing. De financiële crisis is niet voorbijgegaan aan de pensioensector. Slechte beleggingsresultaten en een lage rente zorgden voor lage dekkingsgraden bij pensioenfondsen. Als gevolg daarvan moesten pensioenfondsen korte- en langetermijnherstelplannen indienen en soms zelfs tot korting van pensioenrechten overgaan. Toeslagverlening is van regel uitzondering geworden. Daarenboven zorgt een stijging van de levensverwachting tot hogere pensioenverplichtingen. De commissies Frijns en Goudswaard bogen zich over een pensioenstelsel dat toekomstbestendig zou moeten zijn.^[1] De gewenste hervorming leidde na stevige onderhandelingen in juni 2010 tot het Pensioenakkoord tussen sociale partners.^[2] Die afspraken moesten in 2011 nader worden uitgewerkt in een nieuw Pensioenakkoord. Uitgangspunt van dat akkoord zou een nieuwe pensioenrealiteit moeten zijn: het nieuwe pensioen is gerelateerd aan de premie en het rendement. Verder wordt de uitkeringsduur gekoppeld aan de levensverwachting. Harde pensioenrechten worden flexibel en zacht. De AOW-leeftijd gaat omhoog, met in het kielzog de pensioenleeftijd in de aanvullende pensioenregelingen, en het fiscale kader voor pensioenopbouw wordt aangepast. Kortom, het betreft een fundamentele herziening van het pensioenstelsel.

Het aangekondigde Pensioenakkoord zit inmiddels op een dood spoor. De FNV maakte eind maart een *sur place* en trok - vooralsnog tijdelijk - de stekker uit de onderhandelingen.^[3] Een van de hoofdpunten van het Pensioenakkoord - het zogenaamde invaren van pensioenrechten (wij bespreken dat hierna) - stuit op juridische bezwaren. Terwijl volgens eerdere berichten de eindonderhandelingen waren ingezet, is een Pensioenakkoord nu ver weg. Uit antwoorden op Kamervragen is bekend dat SZW advies bij de landsadvocaat heeft ingewonnen.^[4] Dat advies is niet openbaar.^[5] Het is, mild uitgedrukt, verbazingwekkend dat die juridische toets kennelijk pas in zo'n laat stadium van de onderhandelingen plaatsvindt.

Invaren van opgebouwde aanspraken en rechten

Kern van het invaren is het overhevelen van de bestaande pensioenaanspraken en -rechten naar het nieuwe stelsel. In dat beoogde nieuwe pensioenstelsel worden de harde nominale pensioenaanspraken flexibel en gaan ze 'meeademen'.

Onder het huidige pensioenstelsel hebben deelnemers met een uitkeringsovereenkomst een redelijke mate van zekerheid over de omvang van hun pensioen. Als het pensioenoverzicht een bedrag van 100 als opgebouwd pensioen aangeeft, is de kans klein dat er een ander bedrag dan 100 uitkomt (korten daargelaten). In het nieuwe, flexibele pensioenstelsel is er meer onzekerheid of het bedrag van 100 niet 90 wordt (of 105). De kans op een versoering neemt toe. De pensioenambitie wordt bepaald door de pensioenpremie en de feitelijk behaalde rendementen.

Deze *defined ambition* klinkt als een ouderwetse streefregeling.^[6] Het karakter van de pensioenovereenkomst verschuift van uitkerings- naar premieovereenkomst, waarbij de risico's dus bij de deelnemers komen te liggen. Essentieel is dat het invaren tevens alle reeds opgebouwde aanspraken en rechten betreft. De flexibilisering van het aanvullend pensioen geldt dus niet alleen voor de toekomstige pensioenopbouw. In financiële termen betekent invaren dat de 800 miljard aan bestaande, relatief zekere nominale pensioenaanspraken flexibel worden. Voorstanders van het invaren wijzen op de volgende argumenten om te betogen dat dit niet tot een verslechtering leidt:

- pensioenen zijn nu ook niet zeker. Korting is immers nu ook al mogelijk;

- de kans op toeslagverlening in het nieuwe stelsel wordt verhoogd. Het niet verlenen van toeslagen is de facto ook een kortingsmaatregel;
- uitvoeringstechnisch is het onwenselijk twee soorten pensioen te administreren.

Of deze argumenten voldoende overtuigend zijn om rechthebbenden te overtuigen en vrijwillig te laten instemmen met het overhevelen van hun bestaande pensioenaanspraken naar een nieuw pensioenstelsel, wagen we te betwijfelen. Gelet op de algehele versoberingen en het wegcontracteren van onzekerheden naar deelnemers, slapers en pensioengerechtigden hebben we onze aarzelingen of het nieuwe pensioenstelsel door deelnemers als verbetering zal worden aangemerkt. De verwachting is daarom dat een groot deel van de werknemers, slapers en gepensioneerden zich zal verzetten tegen de wijziging van hun opgebouwde aanspraken, respectievelijk rechten, omdat de zekerheid van die aanspraken verloren dreigt te gaan. Momenteel zijn ze immers gegarandeerd; slechts in extreme omstandigheden kunnen ze worden gekort (art. 134 PW).

Dat de kans op toeslagverlening in het nieuwe stelsel zou verbeteren, kan best uit rekenkundige modellen blijken, maar moet zich in de praktijk nog bewijzen. Het vormt geen overtuigend juridisch argument waarom een rechthebbende tegen zijn wil zou moeten instemmen met invaren. De uitvoeringsproblematiek van twee pensioenstelsels overtuigt juridisch evenmin en vormt evengoed een argument om juist het bestaande stelsel, wellicht met enkele aanpassingen, intact te laten.

Juridische (on)mogelijkheden van invaren

Aan het invaren staan - vrij naar Elschot - wetten in de weg en praktische juridische bezwaren. In dat kader noemen wij:

- het wettelijk verbod om opgebouwde pensioenen aan te tasten of af te kopen;
- het eigendomsrecht uit art. 1 Eerste Protocol EVRM;
- de weigering instemming te verlenen aan wijziging van de pensioenovereenkomst.

Het verbod om opgebouwde pensioenen aan te tasten

Art. 20 PW schrijft voor dat tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet kunnen worden gewijzigd.^[1] Wijziging is slechts toegestaan in geval van korten van pensioen of waardeoverdracht. De kortingsmogelijkheid is geen instrument om het overhevelen van pensioenaanspraken te faciliteren. Invaren kan ons inziens daarom alleen worden gezien als een vorm van waardeoverdracht in de zin van art. 83 PW. De waarde van opgebouwde aanspraken of rechten wordt dan aangewend ten behoeve van andere aanspraken of rechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder. Die waardeoverdracht is evenwel niet afdwingbaar voor werkgevers en/of pensioenuitvoerders. Art. 83, lid 2 onder a PW geeft individuele belanghebbenden - lees: werknemers, slapers, pensioengerechtigden en eventuele partners - namelijk een vetorecht als een werkgever verzoekt om collectieve waardeoverdracht. Belanghebbenden moeten deugdelijk worden geïnformeerd over de gevolgen van waardeoverdracht en kunnen bezwaar maken.

De kans is groot dat velen bezwaar hebben tegen de overheveling van relatief zekere aanspraken en rechten naar het nieuwe, meer onzekere pensioensysteem. Een mogelijkheid (of truc) zou zijn om bij cao of in het pensioenreglement te bepalen dat betrokkenen geen bezwaren hebben tegen waardeoverdracht. De kans dat die route slaagt, lijkt gering. Hof Den Bosch bepaalde in 2009 dat het wettelijk individuele recht van bezwaar niet kan worden omzeild door collectieve afspraken.^[2] Kortom, verplicht invaren is in strijd met de Pensioenwet en betrokkenen hebben een vetorecht om

waardeoverdracht te blokkeren.

Invaren is ook nog eens problematisch omdat het in strijd is met het afkoopverbod ex art. 64 PW.^[9] Het onzeker maken van opgebouwde pensioenaanspraken leidt ertoe dat pensioenaanspraken hun bestemming kunnen verliezen, hetgeen verboden afkoop impliceert.^[10] Een versoerde pensioenregeling mag opgebouwde pensioenaanspraken niet aantasten. Invaren is slechts mogelijk als zowel het afkoopverbod als het verbod van aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken in de Pensioenwet wordt geschrapt.

Pensioen is een eigendomsrecht

Als de belemmeringen in de Pensioenwet zouden worden weggenomen, volgt een Europese juridische horde, namelijk het Europees ingekaderde eigendomsrecht. Invaren kan mogelijk worden beschouwd als een aantasting van het pensioeneigendomsrecht. Invaren is dan een eufemisme voor onteigening van opgebouwde pensioenen.^[11] Een pensioenaanspraak is het recht op een nog niet ingegaan pensioen, een pensioenrecht het recht op een ingegaan pensioen. Invaren heeft effect op beide vormen van pensioen.

Art. 1 van het Eerste Protocol (EP) behorende bij het EVRM kent aan natuurlijke en rechtspersonen het recht op eigendom, alsmede de gebruiksrechten van dat eigendom toe:

Weigering instemming met wijziging pensioenovereenkomst

Zelfs wanneer de wetgever het overhevelen van 'harde' opgebouwde pensioenaanspraken naar zachte flexibele pensioenaanspraken faciliteert, is er nog een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst vereist om het nieuwe pensioencontract te laten gelden. Hiervoor merkten we al op dat verplichte waardeoverdracht geen oplossing is. Vereist zijn het doorlopen van het medezeggenschapstraject en de binding van werknemers.

Bij verzekerde regelingen is instemming van de ondernemingsraad vereist, ten aanzien van zowel een wijziging van de pensioenovereenkomst^[16] als de uitvoeringsovereenkomst.^[17] De inhoudelijke herziening van de pensioen- en uitvoeringsovereenkomsten zal aanzienlijk zijn. Fondsbesturen zullen de deelnemersraad, indien aanwezig, om advies moeten vragen (art. 111, lid 2, onder b PW).

Daarnaast is eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst langs de reguliere contractuele paden vereist. Voor rechtsgeldige wijziging is naast een eenzijdig wijzigingsbeding tevens een zwaarwichtig belang vereist (art. 7:613 BW en art. 19 PW).^[18] Werknemers met bezwaren tegen de nieuwe pensioenovereenkomst zullen hun pijlen richten op het ontbreken van zo'n zwaarwichtig belang. Bij verplichtgestelde pensioenfondsen zal het pensioenreglement van toepassing zijn, omdat het de status van materiële wetgeving heeft.^[19]

De op zichzelf interessante vraag of het nieuwe pensioenstelsel de bijl aan de wortel van de verplichtstelling zet, laten we hier onbeantwoord. We constateren wel dat het Europese mededingingsrecht aan de poort rammelt en dat de sociale exeptie voor de inbreuk op die mededinging bij een afkalvende solidariteit in het geding komt, zeker bij het loslaten van het idee van een doorsneepremie.^[20]

De liquidatieroute

Een mogelijkheid om de vereiste instemming bij waardeoverdracht van de (gewezen) deelnemers of de pensioengerechtigden te ontlopen, is bij liquidatie van de pensioenuitvoerder. In dat geval bepaalt art. 84 PW dat de ontbonden pensioenuitvoerder verplicht is tot waardeoverdracht aan een andere

pensioenuitvoerder. De eis van instemming geldt dan niet. Pensioenfonds A zou dus zichzelf kunnen opheffen en dan de onder het huidige stelsel opgebouwde aanspraken kunnen overdragen naar Pensioenfonds B in een regeling onder het nieuwe pensioenstelsel. Of deze constructie juridisch houdbaar is, kan worden betwijfeld als de intentie slechts is om het instemmingsvereiste te ontlopen. Overigens kunnen schuldeisers en gerechtigden - waartoe ook aanspraakgerechtigden en gepensioneerden behoren - op grond van art. 2:23b, lid 5 BW in verzet komen tegen een vereffening. Bovendien geldt op grond van art. 83 lid 2, sub b PW dat als gevolg van de waardeoverdracht sprake moet zijn van collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Of dat überhaupt het geval kan zijn bij overgang naar een nieuw zacht pensioenstelsel, lijkt ons een interessante vraag voor actuarissen.

Ten slotte

De in het Pensioenakkoord opgeworpen gedachte van het invaren, oftewel het overhevelen van harde opgebouwde pensioenaanspraken naar een zacht flexibel pensioensysteem, is door de vele juridische hobbels geen haalbare kaart als de belanghebbenden niet instemmen. Zowel de Pensioenwet als belanghebbenden verzetten zich tegen die constructie. Vooralsnog lijkt een Pensioenakkoord ver weg, maar dat er pensioenhervormingen komen, staat vast. Het wachten is op alternatieven.

Voetnoten

[*]

Mr. dr. Heemskerck is als pensioenadvocaat werkzaam bij Houthoff Buruma en is tevens verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Vrije Universiteit

[**]

Mr. M.W. Minnaard is als pensioenadvocaat werkzaam bij Houthoff Buruma

[1]

M.G. Frijns, J.A. Nijssen, L.J.R. Scholtens, Pensioen: onzekere zekerheid, 19 januari 2010 (commissie-Frijns); K.P. Goudswaard, R.M.W.J. Beetsma, Th. E. Nijman, P. Schnabel, Een sterke tweede pijler, naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, 20 januari 2010 (commissie-Goudswaard).

[2]

Stichting van de Arbeid, Pensioenakkoord voorjaar 2010, STAR 4 juni 2010.

[3]

Het Financieele Dagblad 24 maart 2011, FNV Bondgenoten keert zich tegen Pensioenakkoord.

[4]

Antwoord op Kamervragen 14 april 2011, kenmerk AV/PB/2011/5022.

[5]

Antwoord vragen Koser Kaya over het advies van de landsadvocaat over pensioenen, AH 2125, 2011Z05618.

[6]

Zie ook H.M. Kappelle in FD Selections van 23 november 2010: 'Pensioenakkoord voorjaar 2010; de streefregeling gerehabiliteerd?'

[7]

Vergelijk ook art. 18 PW voor de situatie waarin het pensioengevend salaris wordt verlaagd. Hoewel art. 20 slechts pensioenaanspraken noemt en niet pensioenrechten menen wij dat ook ingegane pensioenen onder de reikwijdte van het artikel vallen en zijn beschermd voor neerwaartse aanpassing.

[8]

Hof Den Bosch 3 maart 2009, PJ 2009/67 (r.o. 4.12.4)

[9]

Zie ook Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 188.

[10]

Vergelijk de definitie van afkoop in art. 1 PW.

[11]

Zie bv. prof. mr. H.C.F. Schoordijk, NJB 2009/28, p. 1820.

[12]

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, O&A, 2002, nr. 4, p. 102-116.

[13]

HR 20 maart 2009, NJ 2009, 233.

[14]

EHRM 1 juni 1999, Skorkiewicz v. Poland 39860/98.

[15]

James vs. U.K., nr. 8793/79, Series A, nr. 98, [1986] 8 EHRR 123.

[16]

Dit ondanks de opmerking van de minister in de wetsgeschiedenis dat het instemmingsrecht geen betrekking heeft op de pensioenovereenkomst, maar wel op de uitvoeringsovereenkomst; Kamerstukken I 2007-08, 31 226, nr. D, p. 15. Die gedachte lijkt ons in strijd met tekst en bedoeling van de WOR, Uitgebreid daarover M. Heemskerk, OR en pensioen, VU Huisdrukkerij 2010.

[17]

Art. 27, lid 1, onder a WOR.

[18]

De vraag of de overeengekomen bevoegdheid van het fondsbestuur om het pensioenreglement vast te stellen, het vereiste zwaarwichtig belang van de werkgever overbodig maakt, laten wij buiten beschouwing.

[19]

Vergelijk ook art. 4 Wet Bpf 2000.

[20]

HvJ EG 21 september 1999, NJ 2000/233 (Albany, Brentjens, Drijvende Bokken). Vergelijk HvJ EG 5 maart 2009, C 350/07 (Kattner) en HvJ EG 3 maart 2011, PJ 2011/57 (AG2R).