

Juridische aspecten van korten van pensioenen

Mr. J.A. Gielink CPL, dr. L.J.P. van der Meij, mr. M.W. Minnaard, mr. dr. E.M.F. Schols, mr. drs. M.C.J. Witteman, datum 01-04-2011

Datum	01-04-2011
Auteur	Mr. J.A. Gielink CPL, dr. L.J.P. van der Meij, mr. M.W. Minnaard, mr. dr. E.M.F. Schols, mr. drs. M.C.J. Witteman
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht

De vermindering van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten is een uitzonderlijke herstelmaatregel, zowel in een nationale als in een internationale context. In Nederland komt deze bevoegdheid alleen toe aan pensioenfondsen en niet aan verzekeringsmaatschappijen. De wet en parlementaire geschiedenis zijn niet volstrekt helder en laten een aantal essentiële vragen helaas onbeantwoord. Tevens is niet geheel duidelijk of de wijze waarop met de kortingsmogelijkheid wordt omgegaan wel in overeenstemming is met de IORP-Richtlijn. In dit artikel wordt een aantal belangrijke deelterreinen verkend, zonder dat de auteurs de pretentie hebben op elke vraag een antwoord te hebben. Hopelijk wordt hiermee het juridische debat over de kortingsregeling verder gestimuleerd.

1. De wettelijke bepaling en de wetshistorie

1.1. Kortingsmogelijkheid in PW en PSW

In art. 134 PW is in het eerste lid bepaald dat een pensioenfonds pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend kan korten als de technische voorzieningen en het minimaal vereiste vermogen niet meer door waarden worden gedekt en het pensioenfonds niet in staat is binnen een redelijke termijn ervoor te zorgen dat dit wel het geval is, zonder dat de belangen van deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden, andere aanspraakgerechtigden of de werkgever onevenredig worden geschaad. Alle overige beschikbare sturingsmiddelen (met uitzondering van het beleggingsbeleid) dienen bovendien te zijn ingezet. In de parlementaire stukken is weinig aandacht besteed aan de kortingsmogelijkheid.

Het is daarom nuttig op dit punt ook de wetsgeschiedenis van de PSW te raadplegen. In de PSW was vanaf de aanvang de mogelijkheid van korting opgenomen. In de memorie van toelichting^[1] wordt aangegeven dat door opname van het voorschrift voorzien wordt in het geval een pensioenfonds, wellicht door onvoorziene omstandigheden, niet meer aan zijn toekomstige verplichtingen zal kunnen voldoen en daarom tot verhoging van de premie of verlaging van het pensioen zal moeten overgaan. In de memorie van antwoord^[2] wordt aangegeven dat het voorschrift het oog heeft op een verstoord financieel evenwicht van het fonds, waardoor sanering nodig is.

In de PSW was bepaald dat de mogelijkheid van korting wordt opgenomen in statuten en reglementen. Er zijn verder geen bepalingen opgenomen die aangeven onder welke omstandigheden exact een

pensioenfondsen over kan gaan tot korting. Wel is door de Verzekeringskamer destijds benadrukt dat door de opname van een kortingsclausule de pensioenrechten niet voorwaardelijk van aard worden. Dit zou namelijk afbreuk doen aan het beginsel van kapitaaldekking. Dit blijkt ook uit de wettelijke terminologie: 'wijziging van de rechten'. Dat zou niet nodig zijn als de rechten reeds voorwaardelijk waren.^[3]

Uit de memorie van toelichting^[4] van de Pensioenwet blijkt dat de mogelijkheden tot korting in de PSW te ruim werden geacht. Het kabinet wilde dat een korting als noodmaatregel fungeert die alleen in uiterste gevallen ingezet mag worden. In de Pensioenwet worden nadere voorwaarden voor de inzet van deze noodmaatregel gesteld.

1.2. Vermelding kortingsmogelijkheid en consequenties verzuim

Een van de doeleinden van de Pensioenwet was om de transparantie omtrent pensioen te vergroten.^[5] De informatieverplichtingen zijn vergroot en omtrent de voorwaardelijke indexatie is het consistentievereiste met betrekking tot de gewekte verwachtingen, de financiering en de realisatie nauwkeurig in de wet vastgelegd. In de wet ontbreken echter bepalingen omtrent het informeren van (gewezen) deelnemers met betrekking tot de 'voorwaardelijkheid' van onvoorwaardelijke aanspraken. Er is derhalve geen verplichting in de Pensioenwet opgenomen die pensioenfondsen c.q. de werkgever verplicht om de (gewezen) deelnemers te informeren over de kortingsregeling bij pensioenfondsen. Het lijkt wél goede governance om de (gewezen) deelnemers op afdoende wijze te informeren dat opgebouwde aanspraken en rechten in extreme situaties verminderd kunnen worden. In een aantal documenten moet niettemin de kortingsmogelijkheid worden opgenomen, voor andere documenten ontbreekt deze verplichting.

Pensioenreglement:

In art. 35 lid 2 onder c PW is bepaald dat in het reglement de kortingsregeling moet zijn opgenomen. Men zou kunnen stellen dat art. 35 PW de opvolger is van art. 7, eerste lid, onderdeel i PSW. In de memorie van toelichting bij de PW^[6] is omtrent deze bepaling het volgende opgemerkt:

"Onderdeel c is opgenomen omdat het van groot belang is dat de aanspraak- en pensioengerechtigden zich realiseren dat een pensioenfonds een kortingsregel kan toepassen. Het is niet de bedoeling om met de onderhavige bepaling opnieuw een 'overschrijfbepaling' te introduceren in de zin van artikel 4, vijfde lid, van de PSW, waardoor de verplichting wordt opgelegd om de genoemde wettelijke bepalingen als het ware over te schrijven. Het nut daarvan wordt in de praktijk betwijfeld. Het pensioenreglement zou daarmee feitelijk een herhaling van de onderhavige wet worden. Dat neemt niet weg dat het voor een deelnemer uiteraard wel van belang is om van de rechten en verplichtingen die voor hem specifiek uit zijn pensioen regeling voortvloeien kennis te kunnen nemen."

De vraag kan gesteld worden of de korting een wettelijke dan wel een reglementaire bevoegdheid van het bestuur is. Jurisprudentie over deze vraag ontbreekt voor zover ons bekend. Wij menen echter dat art. 134 PW zodanig is geformuleerd dat sprake lijkt te zijn geworden van een wettelijke bevoegdheid van het bestuur van het pensioenfonds. Vanuit die optiek kan het bestuur ook gebruik maken van de kortingsmaatregel indien, in afwijking van art. 35 PW, in de reglementen géén kortingsregel is opgenomen. De verplichting de kortingsregel in het pensioenreglement op te nemen is door de wetgever dan eerder informatief dan constitutief bedoeld.

De vraag is wat de gevolgen zijn indien, in strijd met de wettelijke bepalingen, de kortingsmogelijkheid

niet is opgenomen in het pensioenreglement. Zoals hiervoor aangegeven, is naar ons inzicht de korting een wettelijke bevoegdheid van het fondsbestuur die de wetgever van dusdanig strakke wettelijke kaders voorzien heeft voor dit ultimum remedium, dat hiervan óók gebruik kan worden gemaakt indien het pensioenreglement van het pensioenfonds hierin niet voorziet. Het ontbreken van de kortingsregel in het pensioenreglement zou mogelijk wel een argument kunnen zijn voor de betrokken gerechtigden om een vordering in te stellen tegen het pensioenfonds en de (voormalige) werkgever. Dit zou eens te meer het geval kunnen zijn indien sprake is van korting bij een vrijwillige regeling, zonder dat de kortingsmogelijkheid ook ten aanzien van de vrijwillige regeling in het pensioenreglement is opgenomen.

Uitvoeringsovereenkomst:

Art. 25, eerste lid, sub g PW bepaalt dat in de uitvoeringsovereenkomst de uitgangspunten en procedures welke gelden ten aanzien van de besluitvorming over vermogens-tekorten en -overschotten verplicht moeten worden opgenomen. Deze bepaling is nieuw ten opzichte van de PSW, maar is ten aanzien van tekorten nauwelijks toegelicht.

Tijdens de parlementaire behandeling zijn vragen gesteld over de kortingsmogelijkheid.^[1]

"Korting op pensioenaanspraken

De leden van de fractie van het CDA vragen of de stelling wordt onderschreven dat bij korting op de pensioenaanspraken volgens artikel [134] de korting in het kader van een evenwichtige belangenbehartiging in gelijke (procentuele) mate op de verschillende groepen van toepassing moet zijn. Afspraken daarover behoren tot de verantwoordelijkheid van sociale partners die daarover afspraken vast kunnen leggen in de uitvoeringsovereenkomst. Bij afwezigheid daarvan dient het pensioenfondsbestuur zich uit hoofde van artikel [105], tweede lid, te richten op de evenwichtige belangenbehartiging. Wettelijke voorschriften over de wijze van korten verhouden zich niet tot deze uitgangspunten."

Uit deze (enigszins onduidelijke) passage blijkt in ieder geval dat de wetgever er kennelijk van uitgaat dat afspraken over de wijze van korting in de pensioenovereenkomst onderdeel kunnen uitmaken van de uitvoeringsovereenkomst. Het is daarbij overigens de vraag of een gedetailleerde regeling met weinig beleidsvrijheid voor het bestuur te rijmen is met de systematiek van het Nederlandse pensioenfonds.^[2]

In art. 23 PW (de onderbrengingsverplichting voor de werkgever) ontbreekt een bepaling met betrekking tot (de gevolgen van) korting voor de bij de onderbrenging betrokken belanghebbenden.

Pensioenovereenkomst:

In de bepalingen omtrent de pensioenovereenkomst (art. 7 tot en met 20 PW) is niets opgenomen over korting. Wel dient in de startbrief en onder meer bij beëindiging van de deelname gemeld te worden indien een langetermijn- of kortetermijnherstelplan actueel is. Voorts kan op grond van art. 12 PW bij het sluiten of wijzigen van de pensioenovereenkomst een eventueel betalingsvoorbehoud opgenomen worden. Informatie hieromtrent dient eveneens opgenomen te zijn in de startbrief.

Statuten:

In art. 106 PW zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de inhoud van statuten. Er ontbreekt een verplichting om in de statuten de kortingsregel op te nemen. Dit wijkt af van art. 7, eerste lid, onder i PSW.

ABTN:

Art. 145 PW bepaalt dat in de ABTN een omschrijving opgenomen moet worden van de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan (onder meer) art. 134 PW. De vraag is of een enkele verwijzing voldoende is of dat daadwerkelijk aangegeven moet worden op welke wijze gekort wordt, als daar toe wordt overgegaan.

Eigendomsrecht:

In art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM is de bescherming van het eigendomsrecht opgenomen. Op dit artikel kan ook een beroep worden gedaan wanneer het gaat om pensioenrechten en pensioenaanspraken. Indien en voor zover in de pensioenovereenkomst (c.q. het pensioenreglement) de mogelijkheid tot korting expliciet is opgenomen, faalt een beroep op het Eerste Protocol. Indien de mogelijkheid tot korting echter niet is opgenomen in de pensioenovereenkomst of het pensioenreglement, kan mogelijkwel een beroep worden gedaan op het Eerste Protocol.^[9] Tegenover de werkgever en (uitsluitend als de mogelijkheid tot korting niet is opgenomen in het pensioenreglement) tegenover de pensioenuitvoerder.

Administratieve boeten:

Het niet naleven van de verplichting om in de reglementen de kortingsregel op te nemen kan op grond van art. 176 lid 1 PW juncto art. 35 PW leiden tot het opleggen van een administratieve boete aan het pensioenfonds. Hetzelfde geldt op grond van art. 176 juncto art. 145 PW voor het niet vermelden van de wijze van uitvoering van de kortingsregel in de ABTN.

1.3. Evenwichtige belangenbehartiging en prioriteitsregels

Het is onduidelijk op welke wijze er gekort zou moeten worden. DNB geeft aan dat evenwichtige belangenbehartiging een rol zou moeten spelen.^[10] Op het moment dat een pensioenfondsbestuur zelf prioriteitsregels gaat vaststellen, begeeft het zich al snel op glad ijs nu nergens in de wet, noch in de parlementaire behandeling, deze bevoegdheid uitdrukkelijk is vastgelegd. Voor zover is vastgelegd dat het bestuur inzake kortingsaangelegenheden de belangen evenwichtig dient te behartigen (in de parlementaire behandeling^[11]) is daarbij naar onze mening althans niet uitdrukkelijk aangegeven dat door een fondsbestuur prioriteitsregels kunnen worden opgesteld en wordt mogelijk slechts de visie van de CDA-fractie onderschreven dat dit dus betekent dat er procentueel in gelijke mate gekort moet worden (zie paragraaf 1.2 van dit artikel onder *Uitvoeringsovereenkomst*). Daarbij lijkt het kabinet ook aan te geven dat het vaststellen van eventuele prioriteitsregels tot de verantwoordelijkheid van sociale partners behoort en deze regels dienen te zijn vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst. Dit sluit aan bij de uitdrukkelijke keuze die bij de totstandkoming van de Pensioenwet is gemaakt om het bestuur van een pensioenfonds geen bevoegdheden toe te kennen waar het gaat om het overeenkomen van het pensioencontract. Integendeel, het pensioenfonds is slechts uitvoerder van de door sociale partners vastgestelde regeling. De bestuursleden vertegenwoordigen dus niet de partijen die bevoegd zijn om over de arbeidsvoorwaarden te onderhandelen. Dit geeft naar onze mening eveneens aan dat de bevoegdheid van het fondsbestuur niet verder reikt dan het bewaken van de evenwichtige belangenbehartiging met het oog op (eventueel ongerechtvaardigde) besluiten die sociale partners bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst hebben genomen ten aanzien van eventuele kortingen. Besluiten van een pensioenfondsbestuur

zouden immers ook een jarenlang gevoerd arbeidsvoorwaardenbeleid kunnen frustreren of neutraliseren door eigen prioriteitsregels bij het doorvoeren van kortingen te hanteren (bijvoorbeeld een hogere korting van de door gepensioneerden opgebouwde 'te hoge' eindloonaanspraken). Naar onze mening zou zelfs de vraag kunnen worden gesteld of sociale partners wel de bevoegdheid hebben om prioriteitsregels te laten vastleggen in de uitvoeringsovereenkomst, nu deze bevoegdheid evenmin in de wet zelf is vastgelegd en slechts in de parlementaire behandeling is genoemd. Juist vanwege het verzorgingskarakter genieten pensioenen civielrechtelijk een bijzondere behandeling en zijn pensioenaanspraken bijvoorbeeld beschermd tegen uitwinning door schuldeisers. De onaantastbaarheid van pensioenen lijkt alleen in zeer bijzondere situaties niet te verdedigen. In dit kader zouden prioriteitsregels in onze visie bij wet moeten worden vastgesteld en dienen sociale partners bij het ontbreken van dergelijke wettelijke prioriteitsregels en eveneens het ontbreken van een duidelijke eigen wettelijke bevoegdheid tot het zelf vaststellen daarvan, hier uiterst behoedzaam mee om te gaan. Het lijkt ons overigens ook niet mogelijk dat sociale partners dergelijke regels op dit moment (in de situatie van een 'brandend huis') alsnog eenzijdig in de uitvoeringsovereenkomst laten vastleggen.

1.4. Verplichting tot korten

De mogelijkheid tot korting kan zich alleen voordoen als het kortetermijnherstelplan (art. 140 PW) van het pensioenfonds onvoldoende heeft geresulteerd in herstel van de dekkingsgraad. Er wordt in art. 134 PW indirect verwezen naar het kortetermijnherstelplan. Op grond van art. 17 van het Besluit FTK moet het pensioenfonds in het kortetermijnherstelplan de concrete maatregelen beschrijven waardoor het minimaal vereist vermogen binnen de gestelde termijn weer op het vereiste niveau komt. De mogelijkheid van korting hoeft niet expliciet in het plan opgenomen te worden. Op grond van art. 140 PW is het pensioenfonds verplicht te handelen overeenkomstig het kortetermijnherstelplan. Indien de optie van korting - nadat het herstelplan gefaald heeft - is opgenomen, zal er bij onvoldoende herstel dus ook gekort dienen te worden. In bijzondere situaties kan de toezichthouder, op grond van art. 141 PW evenwel ontheffing verlenen van het bepaalde in art. 140 PW. In art. 6a van de Regeling PW zijn regels opgenomen met betrekking tot de vrijstelling van de termijn in het kortetermijnherstelplan.^[12] Een vrijstelling wordt alleen verleend indien het fonds ten genoegen van DNB aantoonbaar dat de dekkingsgraad ook zonder een eventueel opgenomen korting op het gewenste niveau kan komen. In de zaak van het Notarieel Pensioenfonds is dat niet aangetoond en is er evenmin sprake van een zeer fondsspecifieke situatie.^[13] Hoewel het de bevoegdheid van het bestuur van het pensioenfonds is om te korten, kan het pensioenfonds derhalve verplicht worden een korting door te voeren.

2. Evenwichtige belangenbehartiging en solidariteit bij inzet sturingsmiddelen

Er is een wettelijke mogelijkheid tot korten. Uit de tekst van art. 134 PW blijkt tevens duidelijk dat van die mogelijkheid gebruik gemaakt kan worden als er weliswaar alternatieven zijn, maar het gebruik van die alternatieven bepaalde belangen onevenredig zou schaden.

2.1. Evenwichtige belangenbehartiging bij inzet sturingsmiddelen

Duidelijk wordt dat ook omdat in art. 134 PW van 'overige' sturingsmiddelen wordt gesproken. Een en ander is ook expliciet aan de orde geweest in de memorie van toelichting.^[14] Als voorbeelden van

alternatieven die bepaalde groepen zouden kunnen schaden worden genoemd: het over een zeer lange periode niet kunnen indexeren, het heffen van exorbitant hoge premies of verzoeken om bijstortingen van de werkgever. Het is - zo blijkt uit de memorie van toelichting - aan de toezichthouder om te beoordelen wanneer sprake is van het onevenredig schaden van de belangen van één van de genoemde groepen. In haar nieuwsbrief Pensioenen^[15] geeft DNB aan dat korten een noodmaatregel is:

"die alleen wordt ingezet als er geen andere mogelijkheden meer zijn, om te voorkomen dat onbetaalde rekeningen worden doorgeschoven naar de toekomst."

Zowel uit de wettekst als uit de interpretatie van DNB komt vast te staan dat het zonder meer verhogen van de premie strijdig kan zijn met een evenwichtige belangenbehartiging. Mogelijkerwijs kleven hier ook nog aspecten aan van leeftijdsonderscheid.

In de PSW wordt met betrekking tot de korting niet gesproken over evenwichtige belangenbehartiging. Wel kan er, zo blijkt uit de memorie van antwoord, een keuze gemaakt worden tussen premieverhoging dan wel korten.^[16]

Het voorschrift van een evenwichtige belangenbehartiging wordt pas veel later opgenomen in de PSW. In 1984 wordt een initiatiefwetsvoorstel^[17] ingediend dat beoogt dat ook gepensioneerden opgenomen zullen worden in fondsbesturen. Het voorstel stuit op veel weerstand. Bij wijze van compromis^[18] wordt besloten tot de mogelijkheid van een deelnemersraad en het voorschrift van evenwichtige belangenbehartiging.^[19] Gezien het doel van het oorspronkelijke wetsvoorstel moet aangenomen worden dat onder belanghebbenden wordt verstaan de deelnemers, gewezen deelnemers en (nadrukkelijk) de pensioengerechtigden. Niet aannemelijk is dat op dat moment bedoeld werd dat ook de werkgever een belanghebbende is. In art. 105 PW is dat anders. Expliciet wordt in lid 2 ook de werkgever genoemd als belanghebbende die zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd moet kunnen voelen.

De vraag is of er met de belangen van de werkgever rekening moet worden gehouden als er op grond van de uitvoeringsovereenkomst een bijstortingsverplichting is. Uit de letterlijke tekst van art. 134 PW juncto art. 105 PW zou iets dergelijks af te leiden zijn. Wij nemen echter aan dat DNB het fonds altijd aan de bijstortingsverplichting van de werkgever zal houden.^[20]

Indien en voor zover het pensioenfonds (anders dan wij menen) in het kader van een evenwichtige belangenbehartiging de werkgever niet aan een contractuele bijstortingsverplichting houdt, dan tast dat besluit de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst niet aan. Met andere woorden, de werknemer kan dan nog steeds van de werkgever nakoming vorderen van de pensioenovereenkomst. Op een mogelijke verplichting tot bijstorten wordt in de PSW niet nader ingegaan. Wel blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat beoogd is dat terugstorting van gelden niet mogelijk zou zijn. In de memorie van toelichting^[21] wordt gesteld:

"Aldus zal wat voor pensioen bestemd was, voor pensioen besteed worden.'. Ook wordt aangegeven dat het fonds een afzonderlijke rechtspersoon is en dat de in het fonds gestorte gelden niet meer ter beschikking staan van de werkgever. 'Zo komt vast te staan, dat, wat voor pensioen werd bijeengebracht, ook (...) voor pensioen zal worden aangewend."^[22]

Ook Lutjens geeft in zijn dissertatie aan dat de uitvoering van de pensioentoezegging erop gericht dient te zijn dat de pensioengelden blijvend buiten het vermogen van de werkgever blijven.^[23] Dat zo zijnde kan de vraag opgeworpen worden of bij een eventueel besluit tot korting toch niet zou moeten

worden stilgestaan bij het verleden indien en voor zover er - in strijd met de expliciete bedoeling van de PSW - gelden zijn teruggestort naar de werkgever.

De kwestie van eventuele terugstorting ligt wezenlijk anders in de PW, waarin bepaald is dat in de uitvoeringsovereenkomst moet worden vastgelegd hoe wordt omgegaan met overschotten.^[24] Opvallend is dat de memorie van toelichting nauwelijks ingaat op procedures bij tekorten.

In art. 12 PW is de mogelijkheid opgenomen van een betalingsvoorbehoud door de werkgever. Een beroep op dit voorbehoud is uitsluitend mogelijk bij een ingrijpende wijziging van omstandigheden. Het voorbehoud betreft 'de premiebetaling, voor zover deze betrekking heeft op de bijdrage van de werkgever'. Onduidelijk is of dit uitsluitend ziet op de periodiek voor pensioen in de toekomst verschuldigde premie of dat het voorbehoud zich ook uitstrekt tot herstelbijdragen die in principe het verleden betreffen.

A contrario kan uit art. 12 PW inzake het betalingsvoorbehoud, afgeleid worden dat betaling van de bijdragen door de werkgever de 'normale' gang van zaken is. Dit is, zo blijkt uit de memorie van antwoord bij de introductie van de mogelijkheid van een betalingsvoorbehoud, inherent aan de continuïteit van de gedane pensioentoezegging.^[25]

2.2. Solidariteit bij inzet sturingsmiddelen

Het Nederlandse pensioenstelsel is gebaseerd op solidariteit. Voor het instrument van de verplichtstelling is solidariteit zelfs noodzakelijk.

Indien een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenfonds zich in een situatie van onderdekking bevindt, zal er bij de eventueel te nemen maatregelen daarom grondig aandacht besteed moeten worden aan het solidariteitsvraagstuk. Verplicht gestelde fondsen hebben in de betreffende bedrijfstak of binnen de betreffende beroepsgroep een monopoliepositie. Monopolies verdragen zich slecht met het kartelverbod zoals opgenomen in art. 101 VWEU. Uit jurisprudentie van het Europese Hof^[26] is niettemin vast komen te staan dat er een kartelimmunititeit geldt voor collectieve overeenkomsten tussen sociale partners. Zowel het besluit een pensioenregeling verplicht te stellen als de verplichte uitvoering ervan vallen in principe onder de kartelimmunititeit. Dat impliceert echter niet dat het principe van vrije vestiging en het vrij verrichten van diensten in het geheel niet van toepassing is. Dat is duidelijk uitgesproken in *Viking Line* ^[27] en in de zaak van de *Commissie tegen Duitsland*.^[28] De overheid mag zonder dat er strijdigheid is met het mededingingsrecht onder bepaalde voorwaarden ondernemingen exclusieve rechten toekennen. In het arrest *Drijvende Bokken* geeft het Hof aan dat het verlenen van een exclusief recht (en derhalve een machtspositie) als zodanig niet onvereenigbaar is met het Verdrag. De overheid moet bij diensten van algemeen economisch belang enige ruimte hebben om het sociale en economische beleid uit te voeren. Het is in principe aan de lidstaten zelf om te bepalen wat een dienst van algemeen economisch belang is. In de literatuur wordt hier ook met regelmaat op gewezen.^[29] Niettemin wordt in het arrest *Drijvende Bokken* wel zeer expliciet ingegaan op de rechtvaardiging voor het exclusieve recht. Hieruit zou men kunnen afleiden dat het Hof toch in elk geval wel vindt dat een exclusief recht rechtvaardiging behoeft. Het Hof ziet de hoge mate van solidariteit als de rechtvaardiging voor het exclusieve recht. Probleem hierbij is dat niet helemaal duidelijk is wat exact onder solidariteit moet worden verstaan.

Het is niet duidelijk of het voorschrift tot evenwichtige belangenbehartiging de (in dit geval intergenerationele) solidariteit doorkruist of dat juist moet worden aangenomen dat een evenwichtige afweging van belangen de grenzen aangeeft van de gewenste (en vanuit het mededingingsrechtelijke perspectief, noodzakelijke) solidariteit.

3. Arbeidsrechtelijke aspecten

De aandacht en nadruk die in de actualiteit wordt gelegd bij de financiële perikelen van pensioenfondsen doet haast vergeten dat pensioen in de kern 'gewoon' een arbeidsvoorwaarde is omtrent uitgesteld loon. Een bijzondere arbeidsvoorwaarde, al was het maar door de externe onderbrengingsplicht (thans art. 23 PW). Doel van de onderbrengingsplicht is de voor pensioen bestemde gelden af te scheiden van het vermogen van de werkgever. Die bijzonderheid neemt niet weg dat de werkgever met zijn werknemer afspraken maakt over de arbeidsvoorwaarde pensioen die de werkgever (via de pensioenuitvoerder) zal moeten nakomen. Ook in de parlementaire geschiedenis is stilgestaan bij het feit dat partijen bij de afspraken over pensioen zijn gebonden aan het arbeidsrecht en aan de voorschriften in de PW.^[30] Expliciet is in de memorie van toelichting PW bepaald dat de werkgever weliswaar verplicht is een uitvoeringsovereenkomst te sluiten, doch dat de werkgever door de werknemer kan worden aangesproken indien deze verplichting niet wordt nagekomen of indien de pensioenovereenkomst andere aanspraken omvat dan bij de pensioenuitvoerder zijn gewaarborgd.^[31] De werknemer zal dan moeten eisen dat alsnog onderbrenging plaatsvindt. Tevens is de werkgever in beginsel aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit het feit dat de werkgever niet of niet tijdig zijn verplichting tot onderbrenging is nagekomen.^[32]

De pensioenovereenkomst is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst en nakoming van die overeenkomst kan gevorderd worden indien niet duidelijk de kortingsmogelijkheid als zodanig is opgenomen in de pensioenovereenkomst.

De mogelijkheid tot afstempelen is in de Pensioenwet geregeld voor pensioenfondsen als ultimum remedium, als laatste middel voor het pensioenfonds om de verplichtingen in lijn te brengen met de financiële middelen. Het is geen remedie voor de werkgever. De vraag die dan opkomt is de volgende. In de (normale) situatie waarin de werkgever aan zijn onderbrengingsplicht heeft voldaan, keurig de premies heeft betaald die het pensioenfonds in lijn met het FTK heeft vastgesteld, kan de werknemer dan nog de werkgever aanspreken bij kortingsmaatregelen? Heeft die werkgever dan een soort van restverplichting?

Als de onderbrengingsplicht slechts een verzekeringsplicht zou inhouden dan is het antwoord negatief. De werknemer kan dan niet bij de werkgever aankloppen. Juist deze principiële vraag komt in de parlementaire geschiedenis niet aan de orde (of het antwoord is zo evident dat de vraag niet gesteld hoefde te worden). Tussen de regels door is er wel wat te vinden. 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, onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Wat kan de werkgever dan nog meer 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 na een kortingsmaatregel de werkgever kan worden aangesproken dan zou deze als een soort herverzekeraar (zonder vergunning) opereren voor deze restverplichting. Langemeijer ziet de onderbrengingsplicht louter strekkende tot een verzekeringsplicht. Als aan die verzekeringsplicht is voldaan zijn er geen verdere zelfstandige verplichtingen voor de werkgever.^[33]

DNB schrijft in het kwartaalbericht 2007^[34] in het kader van aanvullende zekerheidsmechanismen dat 'Nederland geen garantiefonds kent en ook de sponsor niet verplicht is bij te storten'. Deze passage in het kwartaalbericht onderschrijft de gedachte dat de onderbrengingsplicht alleen zou strekken tot een verzekeringsplicht. Een van de argumenten tegen de gedachte dat de onderbrengingsplicht slechts een verzekeringsplicht zou inhouden is het ontstaan van CDC-regelingen. Natuurlijk heeft het ontstaan van CDC-regelingen een boekhoudkundige oorzaak. Desalniettemin, de vraag dringt zich dan op waarom in de situatie dat een werkgever tot niets anders verplicht is dan betaling van de kostendeckende premie, toch verplichtingen kunnen ontstaan over de verstreken diensttijd.

4. Evenwichtige belangenbehartiging en leeftijdsonderscheid bij korting

Indien een fonds besluit tot korting van pensioenaanspraken en/of pensioenrechten, is de vraag aan de orde of er bij de korting verschil kan worden gemaakt tussen verschillende groepen. Dit is aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet. Op de vraag van de CDA-fractie of de stelling wordt onderschreven dat bij korting van pensioenaanspraken de korting in het kader van een evenwichtige belangenbehartiging in gelijke (procentuele) mate op de verschillende groepen van toepassing moet zijn, antwoordt het kabinet dat afspraken daarover door sociale partners kunnen worden vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst. Bij afwezigheid daarvan moet het pensioenfondsbestuur zich uit hoofde van art. 105, tweede lid, PW richten op de evenwichtige belangenbehartiging. Wettelijke voorschriften over de wijze van korten verhouden zich niet tot deze uitgangspunten, aldus het kabinet.^[35]

Op basis van de parlementaire behandeling moet dus worden aangenomen dat er in principe de mogelijkheid is om bij de korting verschil te maken tussen verschillende groepen.

Onduidelijk is of en in hoeverre het verschil maken tussen verschillende groepen niet op gespannen voet staat met de geest van het verbod of ringfencing. Zo wordt ten aanzien van de mogelijke vorming van generatierekeningen, in de memorie van toelichting opgemerkt dat bedacht dient te worden dat pensioenfondsen één financieel geheel vormen.^[36] De redenering zou kunnen zijn dat als generatierekeningen niet zouden mogen, verschil tussen opeenvolgende generaties met betrekking tot de korting evenmin is toegestaan.

Leeftijdsonderscheid:

De WGBL verbiedt - behoudens in de wet opgenomen uitzonderingen - onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid. De WGBL strekt zich niet uit tot andere rechtsverhoudingen. Indien door een pensioenfonds maatregelen worden genomen (bijvoorbeeld een verhoging van de premie) waardoor de lasten eenzijdig komen te liggen bij de jongere generatie, hoeft dit niet strijdig te zijn met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd zolang de hogere premie wordt gevraagd van alle actieve deelnemers. Evenmin is dit het geval indien de pensioenopbouw neerwaarts wordt bijgesteld voor alle actieve deelnemers aan de pensioenregeling of indien uitsluitend de opgebouwde pensioenen van actieve deelnemers worden gekort. Indien er door sociale partners binnen de actieve deelnemers onderscheid gemaakt wordt op grond van leeftijd, is de WGBL van toepassing. Het onderscheid is verboden tenzij een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. Op grond van het *Menauer*-arrest geldt dit evenzeer voor

de pensioenuitvoerder.

Indien er een gelijke behandeling is van actieve deelnemers en gepensioneerden, in die zin dat voor beide groepen een gelijke procentuele korting wordt toegepast, kan er mogelijk sprake zijn van indirect onderscheid. Dit vanwege het feit dat gepensioneerden meer (direct) nadeel ondervinden van de maatregel en in mindere mate dan actieven uitzicht hebben op verbetering door middel van 'opstempelen' of inhaalindexatie.

5. Art. 134 PW en de IORP-richtlijn

De Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 3 juni 2003 (de 'Richtlijn') stelt voorschriften vast inzake de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden van instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.

Een analyse van de Richtlijn geeft geen definitief uitsluitsel of 'korten' of 'afstempelen' nu wel of niet specifiek is toegestaan of verboden. Men kan aanwijzingen vinden die op het eerste gezicht tegenstrijdig lijken te zijn. De conclusie lijkt echter toegestaan dat korten door IORP's niet specifiek toegestaan is, maar ook niet specifiek verboden wordt.

De bedoeling van de Richtlijn is om een ontwikkeling te bevorderen waardoor bedrijfspensioenvoorzieningen veilig gesteld worden, ook al betekent dit niet dat instellingen voor bedrijfspensioenfondsen de opgebouwde aanspraken en rechten moeten garanderen. Overweging 7 van de Richtlijn formuleert dit als volgt:

"De in de richtlijn verankerde prudentiële regels zijn bedoeld om de toekomstige gepensioneerden door middel van strenge toezichtsnormen een hoge mate van zekerheid te bieden en tegelijkertijd een efficiënte uitvoering van de regelingen voor bedrijfspensioenvoorziening mogelijk te maken."

De Richtlijn spreekt hier dus over '...een hoge mate van zekerheid...'. Dit is wat anders dan een absolute garantie. Men zou kunnen zeggen dat een hoge mate van zekerheid ruimte laat voor het korten van aanspraken en uitkeringen. Immers, de Richtlijn legt geen verplichting op waardoor opgebouwde aanspraken tot in de lengte der dagen ongewijzigd intact moeten blijven. De Richtlijn bevat overigens slechts één duidelijke verwijzing naar verlies van verworven pensioenrechten, maar slechts binnen de context van een bedrijfsfaillissement. Overweging 18 verwoordt dit als volgt:

"In geval van faillissement van een bijdragende onderneming loopt de deelnemer het gevaar zowel zijn werk als zijn verworven pensioenrechten te verliezen. Derhalve is een duidelijke scheiding tussen de bijdragende onderneming en de instelling noodzakelijk en dienen minimale prudentiële normen te worden vastgesteld om de deelnemers te beschermen."

De Richtlijn verwijst dus slechts naar verlies van verworven pensioenrechten bij faillissement. De kortingen die volgens de Pensioenwet echter doorgevoerd kunnen worden hebben niet specifiek betrekking op een situatie waarin een werkgever failliet gaat. De pensioenwet maakt korting van aanspraken en rechten mogelijk van deelnemers waarvan de werkgever niet failliet is. De Richtlijn zwijgt over een dergelijk scenario. Uit de Richtlijn valt echter wel af te lezen dat de mogelijkheid opengelaten wordt om pensioenen en opgebouwde aanspraken niet voor 100% te beschermen. Dit valt op te maken uit een aantal verwijzingen. Art. 9.1(f) van de Richtlijn bijvoorbeeld bepaalt het volgende:

"Met betrekking tot alle op hun grondgebied gevestigde instellingen zorgt iedere lidstaat ervoor dat...de deelnemers voldoende over de voorwaarden van de pensioenregeling worden ingelicht, en

met name over:(ii) de financiële, technische en andere aan de pensioenregeling verbonden risico's;(iii) de aard en spreiding van die risico's."

Er is dus een verwijzing naar de risico's die door de deelnemers gedragen worden. Immers, als er geen risico's zouden zijn voor de deelnemers lijkt het niet aannemelijk dat de Richtlijn een informatieplicht zou voorschrijven. Men zou kunnen beweren dat de risico's die in art. 9.1(f) worden genoemd slechts betrekking hebben op de risico's die voortvloeien uit de aard van de beleggingen van een bedrijfspensioeninstelling (een 'IORP'), maar de verwijzing naar '...andere aan de pensioenregeling verbonden risico's...' lijkt ruimte over te laten voor een ruimere invulling van deze betekenis. Met andere woorden: daar waar de lokale (nationale) wetgeving andere risico's mogelijk maakt, wordt dit niet expliciet door de Richtlijn verboden. Dit is ook in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel, waar de Richtlijn op gebaseerd is. Binnen het kader van de Nederlandse pensioenwetgeving betekent dit dat korten van aanspraken en rechten een van de risico's is voor deelnemers aan een IORP. Het is interessant dat de Nederlandse memorie van toelichting in verband met de implementatie van de Richtlijn op dit punt het subsidiariteitsbeginsel benadrukt:³⁷

"Tot de op bedrijfspensioenvoorziening toepasselijke bepalingen van de sociale en arbeidswetgeving behoren vrijwel alle materiële bepalingen uit de PSW. Het gaat om de volgende artikelen uit de PSW:...artikel 7, eerste lid, onderdeel i (wijziging van rechten en aanspraken deelnemers)..."

Art. 9 lid 3 van de Richtlijn bepaalt overigens dat een '...lidstaat...aan de voorwaarden van bedrijfsvoering van een op zijn grondgebied gevestigde instelling andere eisen (kan) stellen om ervoor te zorgen dat de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden adequaat worden beschermd.'

Het is niet duidelijk wat hier onder 'adequaat' wordt verstaan, maar het lijkt aannemelijk dat dit betekent dat een IORP zeker geen directe verplichting heeft om alle aanspraken en rechten ongewijzigd te garanderen.

De Richtlijn introduceert een uniform raamwerk in de EU waarbinnen IORP's maatregelen kunnen treffen om aan hun verplichtingen te voldoen. Echter, veel van de regelgeving binnen de Richtlijn is methodologisch van aard. De kern van de Richtlijn is het vaststellen van de technische voorzieningen, waardoor IORP's ervoor moeten zorgen dat zij voldoende activa ter beschikking moeten hebben om te kunnen voldoen aan hun verplichtingen (passiva). Art. 16(1) van de Richtlijn zegt het als volgt:

"De lidstaat van herkomst verplicht iedere instelling te allen tijde over voldoende en passende activa te beschikken om de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen te dekken."

De Richtlijn is dus gericht op het vaststellen van een kader om de activa in balans te brengen met de passiva. Wanneer echter gekort wordt, wordt er in principe alleen een verandering aangebracht in de verplichtingen van de IORP's. Met andere woorden, de passiva worden bijgesteld waardoor de activa (meer) in balans worden gebracht met de verplichtingen.

Onder de Nederlandse pensioenwetgeving is er geen verplichting om de gekorte aanspraken op een later tijdstip weer op te bouwen, ofwel, er is geen verplichting om een ingegane korting weer ongedaan te maken. De vraag is zelfs aan de orde in hoeverre een pensioenfonds bevoegd is een ingegane korting weer ongedaan te maken. Wij komen daar in het volgende onderdeel van dit artikel op terug. Duidelijk is dat een Nederlands pensioenfonds in principe tot in de lengte der dagen een (permanente) korting kan doorvoeren.

Om de (lagere) pensioenen te betalen, zal een IORP dan dus wel zorg moeten dragen dat er voldoende

vermogen is om die (gekorte) aanspraken en rechten te kunnen financieren. Maar de Richtlijn bepaalt alleen dat een IORP voldoende activa moet hebben om de passiva te dekken. De Richtlijn legt geen verplichtingen op ten aanzien van de vereiste omvang van de passiva.

Men zou (theoretisch) kunnen betogen dat de opgebouwde aanspraken en rechten nooit verlaagd mogen worden op basis van art. 15.4 (a), aangezien het 'minimumbedrag' dat actuarieel vastgesteld moet worden voldoende moet zijn '...om te waarborgen dat de uitbetaling van reeds verschuldigde pensioenen en uitkeringen aan de pensioengerechtigden kan worden voortgezet, en om de verplichtingen te weerspiegelen die voortvloeien uit de opgebouwde pensioenrechten van de deelnemers.'^[38]

Dit lijkt op het eerste gezicht streng geformuleerd, en aanhangers van de theorie die de Richtlijn korten in het geheel verbiedt, zullen hier waarschijnlijk dan ook de nadruk op leggen. Echter, een taalkundige analyse van dit artikel laat zien dat het zeker ruimte laat om te korten. Immers, zelfs gekorte pensioenen zijn pensioenen die reeds verschuldigd zijn. Het feit dat een pensioen gekort wordt doet niets af aan het 'karakter' van deze uitkering, namelijk dat het een reeds ingegaan pensioen is. Gekorte aanspraken blijven '...verplichtingen... die voortvloeien uit de opgebouwde pensioenrechten van de deelnemers': het is immers de verplichting van een IORP om een (gekorte) aanspraak op een later tijdstip uit te keren. Met andere woorden: ook art. 15 van de Richtlijn legt geen dwingende bepalingen op ten aanzien van de hoogte van uitkeringen, en verplicht lidstaten ook niet om wetgeving in te voeren waardoor niet getornd kan worden aan het niveau van aanspraken en rechten.

Het fonds moet genoeg geld in huis hebben om aan de passiva te voldoen. Dit laat echter onverlet dat de passiva bijgesteld kunnen worden. Na korting zijn er immers nog steeds opgebouwde rechten. Deze opgebouwde rechten zijn echter aangepast om de tering naar de nering te zetten.

Wel kan in dit verband nog de vraag worden gesteld of een korting al kan plaatsvinden in de herstelfase. In dit verband is art. 16 lid 2 sub a van de IORP-richtlijn relevant, dat aangeeft dat een lidstaat kan toestaan dat een IORP tijdelijk een tekort heeft, mits de instelling een concreet en haalbaar plan opstelt om de hoeveelheid activa die noodzakelijk is om de technische voorzieningen volledig te dekken, tijdig te herstellen (of: 'the institution shall set up a concrete and realisable plan to re-establish the required amount of assets to cover fully the technical provisions in due time'). De vraag is dan of deze formulering ruimte biedt voor een vermindering van de passiva in de situatie van een dekkingstekort teneinde weer aan het vereiste van art. 16 lid 1 van de IORP-richtlijn te kunnen voldoen. De eis zou immers kunnen zijn dat de activa moeten toenemen. Een korting zou dan vanuit de IORP-richtlijn gezien alleen kunnen plaatsvinden als een concreet en haalbaar herstelplan niet gemaakt kan worden of faalt en een tijdelijk toestaan van het tekort niet (langer) aan de orde is (vgl. ook de letterlijke tekst van art. 134 PW). Opgemerkt kan nog worden dat de Nederlandse wetgever er oorspronkelijk wel van uit is gegaan dat een vermindering van de verplichtingen alleen aan de orde kan zijn als een herstelplan faalt:^[39]

"deze situatie kan alleen aan de orde zijn als het korte termijn herstelplan van het pensioenfonds onvoldoende geresulteerd heeft in het herstel van de dekkingsgraad."

Ook hier geldt echter mogelijk weer dat als de verplichtingen worden gekort, en de activa daardoor weer in evenwicht zijn met de passiva, er eveneens sprake kan zijn van een 're-establishment' of herstel van de benodigde hoeveelheid assets.

Een laatste opmerking in dit verband kan nog zijn dat indien een korting mogelijk is in het kader van een herstelplan er nooit wordt toegekomen aan de interventiebevoegdheid van de toezichthouder van art. 14 lid 2 van de Richtlijn bij een falend herstelplan, hetgeen mogelijk niet in het belang van de deelnemers

en pensioengerechtigden is. Deze interventiemogelijkheid is als zodanig overigens ook niet in de Pensioenwet opgenomen.

De Richtlijn bevat dus geen definitief uitsluitend ten aanzien van de kortingsregel. Voorzichtig geformuleerd kan men stellen dat de Richtlijn korten niet specifiek toestaat, maar het ook niet specifiek verbiedt. Maar het zou ons inziens te ver gaan om te beweren dat de Nederlandse wetgeving op dit punt in strijd zou zijn met de Richtlijn.

Een aandachtspunt kan nog wel zijn de eis in de Nederlandse wetgeving om in het herstelplan terug te keren naar een minimale dekkingsgraad van circa 105% (de technische voorzieningen met een opslag van 5% om tot het minimaal vereist vermogen te komen, voortvloeiende uit art. 17, eerste en tweede lid van de Richtlijn). Hierdoor wordt er dus meer geëist dan het hebben van de technische voorzieningen van art. 16 lid 1 van de Richtlijn. Als Nederlandse pensioenfondsen in de komende jaren moeten korten omdat zij aan het einde van de rit (net) niet op de 105% uitkomen, worden de aanspraken en rechten dus verplicht verminderd zonder dat sprake is van het niet voldoen aan de dekkingseis van art. 16 lid 1 van de Richtlijn. Een dergelijke extra prudentiële eis voor het herstelplan bovenop de IORP benchmark van 100% van de technische voorzieningen lijkt door geen enkele bepaling of overweging in de Richtlijn te worden toegestaan. De mogelijkheid tot een eigen invulling van de eisen bestaat voor de lidstaten bijvoorbeeld wel uitdrukkelijk met betrekking tot de wijze van vaststellen van de technische voorzieningen, de hoogte van het eigen vermogen en onder voorwaarden de beleggingsvoorschriften.

Het is verder misschien interessant om een buitenlands voorbeeld aan te voeren. Ook in het Verenigd Koninkrijk kent de wetgeving een kortingsbepaling. Al sinds jaar en dag bestaat er een bepaling in de Pensions Act 1995, waardoor een rangorde opgelegd wordt aan fondsen in onderdekking die geliquideerd worden. Deze 'priority order' verdeelt de overgebleven 'assets' van een pensioenfonds tussen de pensioengerechtigden en overige deelnemers, waarbij de reeds ingegane pensioenverplichtingen voor 100% doorbetaald worden. De rechten van de actieve leden en slapers mogen echter gekort worden. Dit principe wordt ook toegepast door het 'Pension Protection Fund', de reddingsboot die het vermogen en de verplichtingen van failliete pensioenfondsen overneemt. Ook hier geldt dat slechts ingegane pensioenen (meestal) voor 100% gegarandeerd zijn. De aanspraken van alle andere deelnemers zijn slechts gewaarborgd tot aan 90% van een plafond. Nederland is dus niet uniek in dit opzicht.

Duur van herstelplan:

De vraag is interessant of het kortingsdrama van augustus 2010 voorkomen had kunnen worden, als de wet- en regelgeving fondsen niet gedwongen had binnen een krap tijdsbestek aan te tonen hoe men uit onderdekking denkt te geraken. De brief d.d. 17 augustus 2010 van minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid laat duidelijk het verband zien tussen de aangekondigde kortingsmaatregelen en de nauw vastgestelde termijnen voor de herstelplannen. Uitstel van de (eerder aangekondigde) kortingsmaatregelen was niet langer verantwoord omdat DNB geen perspectief zag dat de betrokken fondsen uiterlijk na 5 jaar weer op het minimaal vereist eigen vermogen uit zouden komen. De (weliswaar opgerekte) termijnen voor de (kortetermijn-) herstelplannen spelen dus een cruciale rol binnen het kader van overwegingen van fondsen of al dan niet tot korting overgegaan moet worden. Het zou in dit kader wellicht te overwegen zijn om fondsen iets meer soelaas te bieden op weg naar herstel. Een herstelplan met een langere looptijd zou fondsen wellicht de mogelijkheid bieden om op een overwogen manier geleidelijk weer op of boven 105% uit te komen, zonder dat er paniekvoetbal

gespeeld hoeft te worden om binnen de kortste keren weer aan de wettelijke vereisten te voldoen.

Een vergelijking met het Verenigd Koninkrijk biedt hier interessante aanknopingspunten. In het VK heeft een standaard 'recovery plan' een looptijd van 10 jaar - alhoewel de Engelse toezichthouder vanwege de economische recessie langere looptijden heeft goedgekeurd. In het VK wordt in de wetgeving geen onderscheid gemaakt tussen minimaal vereist en vereist eigen vermogen. Fondsen zijn pas in onderdekking wanneer de dekkingsgraad onder 100% is gezakt - dan pas ontstaat de verplichting om een 'recovery plan' voor te leggen aan de toezichthouder. Hierbij moet wel aangetekend worden dat de Engelse pensioenwetgeving een bijstortingsverplichting kent als ultimum remedium: een werkgever kan zich niet onttrekken aan de verplichting om in het uiterste geval zelf ervoor te zorgen dat het fonds een dekkingsgraad van 100% behaalt. Extra bijstortingen vormen dan ook bijna altijd een vast onderdeel van een Engels 'recovery plan'. Samenvattend is het echter het overwegen waard of de Nederlandse wetgeving op dit punt te star is: een combinatie van een minimum dekkingsgraad van 105% met korte looptijden voor herstelplannen nodigt pensioenfondsen bijna uit om als noodsprong over te gaan tot korting. Het is de vraag of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de Richtlijn.

6. (On)mogelijkheid van het ongedaan maken van een korting

In de uitgave *Nieuwsbrief Pensioenen*, november 2010, gaat DNB in op de vraag wanneer een pensioenfonds een korting van pensioenrechten en -aanspraken die in het kader van het kortetermijnherstelplan is doorgevoerd ongedaan mag maken.^[40] De vraag die naar onze mening echter eerst zou moeten worden gesteld is of en op grond waarvan een pensioenfonds een dergelijke korting ongedaan mag maken.

6.1. Het ongedaan maken van de korting in de Pensioenwet

In de Pensioenwet is geen regeling getroffen voor het ongedaan maken van een korting. Wel is in art. 129 PW geregeld dat het pensioenfonds uitsluitend premies kan terugstorten aan de werkgever indien de korting op de pensioenaanspraken en pensioenrechten op grond van art. 134 PW in de voorgaande tien jaar gecompenseerd is. Oorspronkelijk was deze regeling niet in het wetsvoorstel opgenomen. Het kabinet was hier blijkens de parlementaire behandeling geen voorstander van:

"De leden van de fractie van D66 vragen in het verlengde hiervan of men bij de premiekorting of terugstorting ook niet rekening zou moeten houden met eerder gekorte rechten. De regering is hier geen voorstander van. De vermogensaanwas die ertoe heeft geleid dat het vermogen van een fonds boven de premiekortingsgrens is uitgekomen zal in de regel een gevolg zijn van een stijging van de beleggingen of maatregelen die verschillende groepen betrokkenen hebben getroffen (naast korting op indexatie en op rechten kan men denken aan premieverhogingen). Een wettelijk recht voor één groep om bij voorrang te profiteren van vermogensoverschotten acht de regering niet gewenst. Het is de verantwoordelijkheid van sociale partners om afspraken te maken over de verdeling van eventuele overschotten en de verantwoordelijkheid van het bestuur om bij de uitvoering daarvan de evenwichtige belangen in het oog te houden."^[41]

Bij amendement nr. 66 is de regeling alsnog in het wetsvoorstel opgenomen. Dit amendement werd door de minister ontraden, onder meer op grond van het feit dat het niet aan de wetgever, maar aan

sociale partners zou zijn om afspraken te maken over de (tienjaars-) termijn. Voorts zou een wettelijk inhaalrecht de werkgever kunnen ontmoedigen om een bijdrage te leveren.^[42]

Hierbij zij opgemerkt dat de tekst van art. 129 PW ondanks de constatering van het kabinet geen 'wettelijk inhaalrecht' lijkt toe te kennen, maar spreekt over compensatie. Het bieden van compensatie voor een korting is naar onze mening niet per definitie hetzelfde als het ongedaan maken of inhalen van een korting. Een compensatie kan immers ook door sociale partners worden gegeven en ligt gelet op de arbeidsvoorwaardelijke connotatie zelfs meer voor de hand, nu pensioenfondsbesturen, nu zij onder de Pensioenwet zelf geen aanspraken kunnen toekennen, kortingen niet zouden 'compenseren', maar zouden 'inhalen' of 'ongedaan maken'. Voorts is het 'wettelijk compensatierecht' alleen van toepassing in situaties van verdeling van vermogensoverschotten (waarbij in de parlementaire behandeling wordt uitgegaan van situaties van een dekkingsgraad van 180% of meer) en zelfs in die situatie was het kabinet er dus geen voorstander van om fondsen een wettelijke inhaalverplichting te geven.

6.2. De bevoegdheid van het pensioenfonds tot het ongedaan maken van een korting

In onze visie dient, zoals gezegd, alvorens tot het ongedaan maken van een korting wordt overgegaan, de vraag beantwoord te worden of het bestuur van het pensioenfonds hiertoe een bevoegdheid heeft. Op het moment dat een korting ongedaan wordt gemaakt nemen de verplichtingen weer toe. Op grond waarvan kan een pensioenfondsbestuur een besluit nemen waardoor de verplichtingen weer toenemen? Duidelijk is hier dat het moet gaan om het ongedaan maken van de korting, omdat het bestuur zelf niet bevoegd is om nieuwe pensioenaanspraken toe te kennen. Deze bevoegdheid is onder de Pensioenwet uitdrukkelijk voorbehouden aan sociale partners.

Er is naar onze mening een aantal mogelijkheden dat tot een bevoegdheid kan leiden voor het (bestuur van een) pensioenfonds om de korting te compenseren:

1. De korting is onterecht doorgevoerd.
Vergelijk bijvoorbeeld het ongedaan maken van kortingen in de sociale zekerheid door uitvoeringsinstanties. Het toepasselijk zijn van deze grond zou eveneens inhouden dat de korting met terugwerkende kracht wordt ongedaan gemaakt. Het lijkt ons dat deze grond bijvoorbeeld aan de orde zou kunnen zijn, indien zou blijken dat DNB in een bepaalde situatie het doorvoeren van een korting door het pensioenfondsbestuur heeft afgedwongen, terwijl dit blijkens een rechterlijke uitspraak onterecht was.
2. Sociale partners hebben het ongedaan maken in een (aanvullende) pensioenovereenkomst vastgelegd en gefinancierd.
De regeling van art. 129 PW lijkt immers impliciet aan te geven dat een korting van pensioenaanspraken en -rechten kan worden 'gecompenseerd'.
3. Er is sprake van een (wettelijk) mechanisme dat leidt tot een bevoegdheid van het pensioenfondsbestuur om doorgevoerde kortingen weer ongedaan te maken.
Dit mechanisme is naar onze mening echter nergens in de wet vastgelegd. Een dergelijk mechanisme veronderstelt een situatie waarin pensioenfondsen in een situatie van insolventie tijdelijk hun verplichtingen lager kunnen 'waarderen' door een korting toe te passen op de pensioenaanspraken. Wanneer de financiële markten weer opleven, kan deze lagere waardering onder voorwaarden (zie de Q&A van DNB) weer ongedaan gemaakt worden door de korting op te heffen. Een dergelijke interpretatie stuit in onze visie op een vijftal bezwaren:
-
Dat er geenszins sprake is van een recht op het ongedaan maken van de korting door

pensioenfondsen en een dergelijk inhaalrecht volgens het kabinet ook onwenselijk zou zijn, blijkt voldoende uit de parlementaire behandeling. Van een dergelijk recht zou hooguit sprake kunnen zijn in de situatie van terugstorting van premies aan de werkgever bij een vermogensoverschot.

-

De door DNB veronderstelde bevoegdheid van pensioenfondsbesturen tot het ongedaan maken van kortingen - op een moment dat de eerste daadwerkelijke kortingen nog moeten worden doorgevoerd - leidt tot verwachtingen bij deelnemers en gepensioneerden die hun rechten gekort zien, die mogelijk verkeerd zijn nu de wetgever een dergelijke bevoegdheid niet expliciet heeft toegekend.

-

Zodra besturen van insolvable pensioenfondsen een voornemen met het ongedaan maken van de korting in hun herstelplan opnemen of bij hun kortingsbesluit reeds richting belanghebbenden communiceren, leidt dit tot nieuwe voorwaardelijke rechten en verplichtingen (bij het bereiken van een bepaalde dekkingsgraad), waaraan mogelijk ook een waardering zal moeten worden toegekend en die in een ALM-studie en continuïteitsanalyse zullen moeten worden meegenomen. Het lijkt echter niet voor de hand te liggen om enerzijds pensioenaanspraken en -rechten te korten en tegelijkertijd nieuwe verplichtingen aan te gaan.

-

Het eventuele uitgangspunt van een tijdelijk lagere waardering door het korten van rechten kan dan ook tot het beeld leiden dat het fonds niet daadwerkelijk insolvable is. Met andere woorden: het mechanisme dat DNB veronderstelt, doet tekort aan het 'schone lei' perspectief dat bij een aanpassen van de verplichtingen door een insolvable instelling hoort. Het is de vraag of er zonder dit 'schone lei' perspectief wel voldoende rechtsgrond is om de pensioenaanspraken en -rechten aan te tasten. Het korten van pensioenrechten lijkt daarmee immers meer een sturingsmiddel te worden in plaats van de uiterste (sanerings)maatregel die door de wetgever lijkt te zijn beoogd.⁴³

-

Dit uitgangspunt zou ook in strijd kunnen zijn met de IORP-Richtlijn, aangezien dan ook in een situatie van kennelijke solvabiliteit de defined benefit rechten van deelnemers niet langer gewaarborgd zijn en er sprake is van een omgekeerd mechanisme waarbij de verplichtingen onder bepaalde marktomstandigheden tijdelijk aangepast kunnen worden aan de assets, in plaats van andersom. Op deze wijze zouden de waarborgen van de IORP-richtlijn kunnen worden omzeild.

Een aantasting van opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten lijkt daarmee in onze visie alleen geoorloofd in een situatie van daadwerkelijke insolvableiteit en een bijbehorende sanering, waarbij er voor zover er al niet sprake is van de sluiting van de insolvable instelling door de toezichthouder (door de Nederlandse wetgever niet vereist) dus ook in ieder geval een 'schone lei' perspectief nodig is om de aantasting van de pensioenaanspraken en -rechten te rechtvaardigen. Een (wettelijk) mechanisme waarbij een korting ook weer ongedaan wordt gemaakt, past hier niet bij.

6.3. Fiscale aspecten

De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat een nieuwe toekenning van eerder afgekochte of prijsgegeven aanspraken fiscaal niet mogelijk is. Deze fiscale ruimte is voor de betreffende werknemer definitief verloren gegaan. Bij inhaal van gekorte pensioenen is echter geen sprake van eerdere afkoop

of prijsgeving, mits de voorwaarden van art. 134 PW zijn nageleefd. Het is fiscaal toegestaan dat de werkgever de gekorte aanspraken weer toekent een later jaar, indien het pensioenfonds weer voldoende op orde is. De fiscale ruimte zal moeten worden beoordeeld aan de hand van het fiscale regime zoals dit op het moment van inhaal bestaat. Een forse toekomstige versobering van de fiscale opbouwmogelijkheden voor pensioen zou derhalve tot een fiscale beperking van de mogelijkheid tot inhaal kunnen leiden. Bij ongewijzigde fiscale wetgeving is een volledige inhaal van de korting mogelijk. In een recent verschenen vakartikel stelt Schuurman dat de inhaal niettemin op fiscale bezwaren stuit.^[44] Hoewel er naar de mening van Schuurman geen sprake is van een verboden afkoop, zou er bij herstel van de eerder gekorte aanspraken sprake zijn van dubbele opbouw. Er wordt immers opnieuw een aanspraak toegekend aangaande dezelfde diensttijd en pensioengrondslag. Heemskerck en Röder achten deze stellingname onjuist:^[45] er is geen sprake van nieuwe aanspraken maar van financiering en toekenning en herstel van oude aanspraken.

Naar onze mening is er bij een herstel van eerder gekorte aanspraken met inachtneming van de eisen die de Pensioenwet stelt geen sprake van een onzuivere dubbele opbouw. Anders dan bij een prijsgeving voor verwezenlijking vatbare rechten, is een korting niet vrijwillig aangegaan door de betreffende deelnemers. Uit de tekst en de parlementaire geschiedenis van de betreffende bepalingen van de Wet LB valt niet af te leiden dat de wetgever een 'fiscaal inhaalverbod' voor eerder gekorte aanspraken heeft willen invoeren. Indien de Belastingdienst een knelpunt aanwezig acht, ligt het, gegeven de maatschappelijke wenselijkheid hiervan, op de weg van het Ministerie van Financiën om de wet of het beleid te verruimen.

7. Conclusie

Wij hebben in dit artikel de vele deelterreinen verkend die bij kortingsmaatregelen (en ongedaanmaking daarvan) relevant kunnen zijn. Hoezeer deze verkenning ook bijdraagt aan het oplossen van de vraagstukken die dan spelen, de belangrijkste conclusie is dat erg veel niet geregeld is. Veel vragen blijven daarom onbeantwoord. Deze vaststelling vormt (wellicht) een opdracht aan de wetgever daarin alsnog te voorzien.

Voetnoten

[1]

Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 7.

[2]

Kamerstukken II 1950/52, 1730, nr. 5, p. 19.

[3]

P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Apeldoorn 1997, p. 364.

[4]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

[5]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 4.

[6]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 200.

[7]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 85.

[8]

In gelijke zin: P. Akkermans: 'Korten, afstempelen, versoberen, verminderen: de kleine lettertjes onder de loep', *Pensioenmagazine* 2011/2, p. 6-13. Volgens Akkermans is het niet toegestaan om in de uitvoeringsovereenkomst een eventuele korting gedetailleerd uit te werken, omdat dit o.a. in strijd zou zijn met art. 108 PW (verbod instemmingsrecht niet-organen pensioenfonds).

[9]

E. Lutjens, 'Meeademende rechten in het nieuwe pensioencontract', *Pensioen & Praktijk* 2010/10, p. 4-5.

[10]

Bijvoorbeeld *Nieuwsbrief Pensioenen*, november 2010

http://www.dnb.nl/binaries/Nieuwsbrief%20pensioenen%2002_tcm46-241452.pdf.

[11]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 85.

[12]

Dit artikel ziet uitsluitend op de situatie waarin pensioenfondsen in plaats van de reguliere drie jaar, een kortetermijnherstelplan hebben met een duur van vijf jaar.

[13]

In de zaak van de Stichting Notarieel Pensioenfonds tegen De Nederlandsche Bank (Rechtbank Rotterdam 30 november 2010, *LJN* BO5808, *PJ* 2011/7) is het oordeel dat niet is gebleken dat uitstel van de kortingsmaatregel in het belang is van alle aanspraak- en pensioengerechtigden. Daarom willigt de rechter het verzoek van het pensioenfonds niet in.

[14]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

[15]

DNB Nieuwsbrief Pensioenen, oktober 2010, p. 1.

[16]

Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 8.

[17]

Kamerstukken II 1984/85, 19 008, nrs. 1-4.

[18]

Kamerstukken II 1988/89, 19 008, nr. 30, p. 2.

[19]

Kamerstukken II 1988/89, 19 008, nr. 31.

[20]

Zie hieromtrent ook: E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 538.

[21]

Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 5.

[22]

Kamerstukken II 1949/50, 1730, nr. 3, p. 5.

[23]

E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 275.

[24]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 57.

[25]

Kamerstukken II 1971/72, 11 529, nr. 5, p. 4.

[26]

Onder meer HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025, HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-350/07 en HvJ EG 3 maart 2011, zaak C-437/09.

[27]

HvJ EG 11 december 2007, zaak C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779.

[28]

HvJ EG 15 juli 2010, zaak C-271/08, *PJ* 2010/171.

[29]

E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees economisch recht* 2007-10, p. 379-398.

[30]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 27.

[31]

Kamerstukken II 2005/06, nr. 3, p. 191.

[32]

Zie onder meer: H. Schoordijk, 'Kunnen de Staat of ondernemingen aansprakelijk gesteld worden voor grepen in de pensioenkas?', *NJB* 2010/39, p. 2542-2544.

[33]

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

[34]

Kwartaalberichten zijn te raadplegen op <http://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/kwartaalbericht/index.jsp>.

[35]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 85.

[36]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 8.

[37]

Kamerstukken II 2005/06, 30 104, nr.3, p. 4/5.

[38]

Dat is dus het minimaal vereist eigen vermogen onder art. 131 Pensioenwet.

[39]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 90.

[40]

http://www.dnb.nl/binaries/Nieuwsbrief%20pensioenen%2002_tcm46-241452.pdf.

[41]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413 nr. 17, p. 85-86.

[42]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 66 en Handelingen PW, TK 21 september 2006, nr. 3.

[43]

Akkermans ziet de nodige ruimte om korten als een instrument te beschouwen dat vrijwel gelijkwaardig is aan de overige sturingsmiddelen, althans dat het in de huidige context minder *ultimum remedium* is dan het lijkt. Zie P.J.M. Akkermans, 'Korten, afstempelen, versoberen, verminderen: de kleine lettertjes onder de loep', *Pensioenmagazine* 2011/2, p. 6-13.

[44]

B.G.J. Schuurman, 'Wat is jouw ambitie?', *Pensioenmagazine*, 2010/12.

[45]

E.J. Heemskerk en S.J. Röder, 'Herstel van korting vraagt om herstel van wet?', *Pensioenmagazine* 2011/2, p. 24-28.