

## Persbericht De Nederlandsche Bank: 103 fondsen gaan mogelijk korten op pensioenen

Lorenz van der Meij en Maarten Minnaard, actueel tot 10-04-2012

Actueel tot	10-04-2012
Auteur	Lorenz van der Meij en Maarten Minnaard
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Algemeen

### 1. Inleiding

Op 20 februari 2012 maakte De Nederlandsche Bank (DNB) bekend dat 103 pensioenfondsen aan DNB hadden gerapporteerd mogelijk te moeten korten op pensioenen. 8 van die fondsen hadden te kennen gegeven waarschijnlijk al per 1 april 2012 te moeten korten, terwijl de rest dit waarschijnlijk per 1 april 2013 moet gaan doen.<sup>[1]</sup> Deze fondsen hadden dit aangegeven op basis van de evaluatie van hun zogenaamde herstelplannen. Op basis van die herstelplannen hadden de desbetreffende fondsen moeten constateren dat zij zich niet op een 'concreet en haalbaar herstelplan' bevonden, waardoor het perspectief bestaat dat deze fondsen niet binnen 5 jaar uit onderdekking zijn geraakt.

Dit is natuurlijk verontrustend nieuws voor de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden van de desbetreffende fondsen. Al sinds de mogelijkheid publiekelijk werd geopperd in 2012 dat pensioenfondsen wellicht zouden moeten gaan korten, of 'afstempelen' in vaktechnisch jargon, is er in de pers en in pensioenland veel gespeculeerd over waar de klappen zouden gaan vallen.<sup>[2]</sup>

De Pensioenwet laat het verminderen van pensioenen uitdrukkelijk als uiterste noodmaatregel toe, maar is de wetgeving op dit punt wellicht niet flexibel genoeg? Voor mensen die van een klein pensioen moeten rondkomen, kan zelfs een relatief kleine reductie een verschil maken in hun huishoudbudget. Tegelijkertijd geldt dat als pensioenfondsen te lang zouden wachten met korten er op lange termijn te weinig in kas zou zitten voor de gepensioneerden van de toekomst. De uitdaging voor de pensioenfondsen is om niet te laat maar ook niet te vroeg te korten. Dit artikel behandelt de vraag of er alternatieven mogelijk zijn. Kan korten voorkomen worden binnen de wettelijke kaders? En zo ja, hoe?

### 2. Het wettelijke kader

Art. 134 PW maakt duidelijk dat een pensioenfonds verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten uitsluitend in bepaalde omstandigheden kan verminderen. Dit kan alleen wanneer het fonds in onderdekking is (technisch: wanneer het over onvoldoende middelen beschikt om op het wettelijk minimaal vereist eigen vermogen van 105% te komen) en wanneer het voor het fonds onmogelijk is om binnen een redelijke termijn weer op 105% te komen zonder dat de belangen van de deelnemers en de werkgever onevenredig worden geschaad. Het fonds moet wel de overige, zogenaamde sturingsmiddelen hebben ingezet – zonder resultaat – voordat begonnen mag worden met korten. Dit betekent in feite dat het fonds beschikbare instrumenten al heeft ingezet, zoals premieverhoging en het

niet-verlenen van indexatie – zonder dat dit heeft geleid tot herstel van de dekkingsgraad.

De wet geeft overigens aan wat de fondsen moeten doen om genoeg middelen in huis te hebben om (op termijn) aan de pensioenverplichtingen te kunnen voldoen. Een fonds moet minimaal op 105% dekkingsgraad zitten, en ook nog eens een extra buffer aanleggen.<sup>[3]</sup> Wanneer een fonds onder een dekkingsgraad van 105% zit, moet het een kortetermijnherstelplan indienen.<sup>[4]</sup> In dit plan moet het fonds aantonen hoe het binnen – in beginsel – 3 jaar weer denkt op de ondergrens van 105% te zitten. Maar onder druk wordt veel vloeibaar<sup>[5]</sup>, waaronder deze driejaarstermijn. Toen in 2009 kortingen onontkoombaar bleken heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gebruik gemaakt van de mogelijkheid die art. 142 PW biedt om in geval van uitzonderlijke economische omstandigheden vrijstelling te verlenen van de termijn van 3 jaar. Die termijn werd tijdelijk verlengd naar 5 jaar.<sup>[6]</sup>

Of het nu 5 jaar of 3 jaar betreft, de wetgeving is er op gericht om fondsen onder tijdsdruk te zetten om de ondergrens te halen. Van fondsen wordt daarbij verwacht op gezette tijden aan te kunnen tonen dat zij duidelijk haalbaar in de richting gaan van herstel. Als fondsen niet op gezette tijden kunnen laten zien dat zij inderdaad binnen 5 jaar (of 3 jaar) weer op de wettelijke ondergrens zitten, moeten zij alsnog korten. DNB moet dus als het ware als een soort politieagent de fondsen controleren – en korten kan niet eeuwig uitgesteld worden.<sup>[7]</sup>

### 3. De problematiek

De problematiek lijkt duidelijk. Nederlandse pensioenfondsen worden wellicht gedwongen een noodmaatregel te nemen op basis van een stringente norm die in de Pensioenwet is vastgelegd. De ondergrens van 105% is een specifiek Nederlandse inkleuring van wat de zogenaamde Pensioenfondsenrichtlijn<sup>[8]</sup> vergt. De richtlijn verwacht namelijk alleen dat pensioenfondsen over voldoende middelen beschikken om de verplichtingen te dekken. In andere landen (bijv. het Verenigd Koninkrijk) is die norm wat soepeler ingevuld. Engelse pensioenfondsen moeten slechts voor 100% gedekt zijn om als 'fully funded' te gelden.<sup>[9]</sup> En onder de voorganger van de Pensioenwet, de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), gold eveneens een ondergrens van 100%. Nederland heeft de lat dus hoger gelegd zonder dat daar enige Europese dwang toe was.<sup>[10]</sup>

### 4. Een algemene bijstortingsverplichting?

Een aantal pensioenfondsen kan wellicht behoed worden voor afstempeling door de werkgever aan te spreken.<sup>[11]</sup> Dit kan gebeuren op basis van een contractueel overeengekomen verplichting tussen pensioenuitvoerder en werkgever dat, onder bepaalde omstandigheden, de werkgever een tekort in een fonds dicht (dan wel helpt dichten) door aanvullende middelen ter beschikking te stellen. Echter, in tegenstelling tot sommige landen, is er in Nederland geen wettelijke verplichting om werkgevers op te laten draaien voor een tekort in hun pensioenfonds.<sup>[12]</sup> Zou dit wellicht wettelijk geregeld moeten worden?

Daar zitten nogal wat wettelijke haken en ogen aan vast. Het zou bijvoorbeeld wellicht niet als in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid gezien kunnen worden dat werkgevers te allen tijde een bijstortingsverplichting zou worden opgelegd. Een eminent jurist heeft ooit treffend geschreven dat de '...verplichting om als goed werkgever resp. als goed arbeider te handelen (niet

meer inhoudt) dan de verplichting om datgene te doen wat door de billijkheid wordt gevorderd en de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst medebrengt'.<sup>[13]</sup> Het is nog maar de vraag of de billijkheid inderdaad geacht kan worden een algemene bijstortingsverplichting te vorderen. Recente jurisprudentie geeft in ieder geval aan dat rechters zeker niet onder alle omstandigheden een bijstortingsverplichting als redelijk en billijk betrachten. In een uitspraak in de *Unisys*-zaak gaf de kantonrechter te Amsterdam onlangs te kennen dat het gevorderde bedrag onaanvaardbaar was naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze beslissing werd gedragen omdat de uitvoeringsovereenkomst, uit welke de bijstortingsverplichting volgde, door wetswijziging onevenwichtig was geworden.<sup>[14]</sup> Of de kantonrechter hiermee een juiste maatstaf aanlegde wordt door schrijvers betwist.<sup>[15]</sup>

## 5. Zijn er alternatieven?

Natuurlijk zijn er ook alternatieven denkbaar. Het lijkt tenslotte nauwelijks gewenst dat Nederlandse pensioenfondsen door middel van strenge wetgeving en een lage rekenrente gedwongen worden pensioenaanspraken te verlagen als daar geen concrete reden voor is. Ten slotte is het zeer wel denkbaar dat de rechten die nu gekort worden over 20 of 25 jaar best te betalen zijn. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat zonder glazen bol het lastig is daarover een voorspelling te doen. Het is wel een feit dat wanneer de dekkingsondergrens zou worden verlaagd van 105% naar 100% nog steeds voldaan zou worden aan de EU-Richtlijn. Wanneer dit gecombineerd zou worden met een flexibele looptijd voor fondsen om weer uit onderdekking te geraken (langer dan de huidig toegestane 3 jaar), zouden fondsen in ieder geval meer ademruimte hebben om orde op zaken te stellen. Nederland zou daarmee in Europees verband niet uit de band springen, en bovendien terugkeren naar de norm die onder de PSW ook voldoende werd geacht.

Een alternatief is om een andere (hogere) disconteringsvoet te kiezen dan de risicovrije rente die thans wordt gebruikt. Daarbij moet zich wel de vraag stellen of pensioenfondsen zich door dergelijke boekhoudkundige maatregelen niet rijk rekenen.

Natuurlijk is het ook mogelijk om, wanneer er een contractuele bijstortingsverplichting aanwezig is, te onderzoeken of van geval tot geval een bijstortingsverplichting aangepast kan worden aan de omstandigheden. Dit zou bijvoorbeeld nuttig zijn wanneer het afdwingen van een bijstortingsverplichting tot problemen zou leiden voor de werkgever. In het VK is op basis van de jurisprudentie aldaar deze mogelijkheid reeds geruime tijd aanwezig: bestuurders van een pensioenfonds hebben daar het recht om een bijstortingsverplichting slechts gedeeltelijk af te dwingen wanneer grosso modo het betalen van het volledige bedrag de werkgever voor onoverkomelijke problemen zou stellen.<sup>[16]</sup> Dit algemene principe is sindsdien in de Engelse wetgeving verankerd: Engelse pensioenfondsen mogen op verschillende manieren aan hun bijstortingsverplichtingen voldoen, waarbij het nu ook mogelijk is om, bijvoorbeeld in een ondernemingspensioenfonds met meerdere werkgevers, de bijstortingsverplichting te verdelen tussen de verschillende werkgevers (al naar gelang draagkracht).<sup>[17]</sup> Het is dus mogelijk om creatief gestalte te geven aan een bijstortingsverplichting – en het heeft wel het resultaat dat het draagvlak onder een pensioenfonds in ieder geval iets versterkt wordt.

Het zou de moeite waard zijn om te bezien of de huidige situatie in Nederland aangepast kan worden om (onnodige) kortingen op pensioenen te vermijden.

## Voetnoten

[1]

Zie persbericht 20 februari 2012 van DNB: '103 Fondsen gaan mogelijk korten op pensioenen' op website van DNB.

[2]

Zie bijv. artikel in *Het Financieele Dagblad* 20 januari 2012: 'Dekkingsgraad per eind 2011 van veel fondsen bekend'.

[3]

Zie art. 131 en 132 PW.

[4]

Art. 140 PW.

[5]

Een recenter voorbeeld is de mededeling van DNB d.d. 6 januari 2012 om de rekenrente op basis waarvan de pensioenfondsen hun verplichtingen moeten waarderen plots op een gemiddelde te baseren waardoor een aantal fondsen, waaronder het Pensioenfonds Zorg en Welzijn, de kortingsdans ontsprongen.

[6]

Het wetsvoorstel Pensioenwet kende een herstelltermijn van slechts 1 jaar, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 2, p. 46.

[7]

Zie *Start*. 28 mei 2009, 96.

[8]

EU-Richtlijn 2003/41/EG (3 juni 2003).

[9]

Art. 222 lid 1 en 2 *Pensions Act 2004*.

[10]

Zie uitgebreider bijv. J Gielink e.a.: 'Juridische aspecten van korten van pensioenen', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, april 2011, 2.

[11]

Zie bijv. *Het Financieele Dagblad* 20 februari 2012: 'Zeven bedrijven geven fonds geldinjectie'.

[12]

In het VK bestaat die wettelijke verplichting bijv. wel: zie art. 75 *Pensions Act 1995*.

[13]

Zie W.C.L. van der Grinten, 'De goede werkgever en de goede arbeider', in: C.H. Jansen e.a., *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer 2004.

[14]

Ktr. Amsterdam, 16 januari 2012, *PJ* 2012/43 (*Unisys*).

[15]

Zie noot onder *PJ* 2012/43.

[16]

Een zogenaamd 'Bradstock compromise' genoemd naar het Engelse arrest *Bradstock Group Pension Scheme Trustees Ltd v Bradstock Group plc and others* Vindplaats: [2002] AER (D) 109 (Jun).

[17]

Zie voor deze zogenaamde 'flexible apportionment arrangements' *regulation* 6E van de Engelse *Occupational Pension Schemes (Employer Debt) Regulations 2005*.