

---

## Juridisch up to Date

---

2011-0030 - Juridisch up to Date 2011-05 d.d. 10-03-2011

Rubriek: Sociaal recht

### Kortingsmaatregelen bij pensioenfondsen

*De Nederlandse pensioenfondsen, ooit toonbeelden van financiële rust en zekerheid, varen sinds de financiële crisis in turbulente wateren. Niet alleen door teleurstellende beleggingsresultaten maar ook door de lage stand van de rente waartegen de verplichtingen (de ingegane of nog uit te keren pensioenuitkeringen) worden gewaardeerd. De stijgende levensverwachting heeft het leed van de pensioenfondsen nog verder vergroot omdat de pensioenen langer moeten worden uitgekeerd. Dit alles heeft desastreuze gevolgen gehad voor een groot aantal pensioenfondsen die hun dekkingsgraad (verhouding tussen de verplichtingen en de middelen) onder het wettelijk vereiste niveau zagen zakken. De Pensioenfederatie<sup>1</sup> maakte op 18 februari 2011 bekend dat bovenop de zes pensioenfondsen die de (ingegane) pensioenen al hadden gekort nog een viertal pensioenfondsen tot korting zullen moeten overgaan. In deze bijdrage sta ik stil bij de juridische achtergronden van deze kortingsmaatregelen en de risico's.*

Korten is volgens art. 134 Pensioenwet het verminderen van verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten. De Pensioenwet bepaalt in datzelfde artikel dat een pensioenfonds uitsluitend kan korten als het fonds in onderdekking verkeert (een dekkingsgraad van minder dan 105%) en het pensioenfonds niet in staat is binnen een redelijke termijn er voor te zorgen dat dit wel het geval is zonder dat de belangen van de (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden, andere aanspraakgerechtigden of de werkgever onevenredig worden geschaad.

De kortingsmaatregel is door de wetgever bedoeld als een noodmaatregel die alleen in uiterste gevallen ingezet kan worden, een *ultimum remedium*. Daarvan mag een fonds alleen gebruikmaken als alle overige 'stuuringsmiddelen' zijn ingezet en niet eerder dan een maand nadat de (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en toezichthouder daarover schriftelijk zijn geïnformeerd. Met stuuringsmiddelen wordt bedoeld op het niet verlenen van toeslagen (indexeren), het heffen van hogere premies of op bijstortingen van de werkgever. Het beleggingsbeleid valt niet onder de hier bedoelde stuuringsmiddelen.

Het pensioenfonds zal vanzelfsprekend eerst de werkgever moeten aanspreken als er een contractuele bijstortingsverplichting is. Dan is het uitgangspunt: afspraak is afspraak. Het fonds zal daarvan dus nakoming moet vorderen. Als de werkgever niet wil betalen, dan zal het pensioenfonds zelfs incassomaatregelen moeten nemen, ook in het belang van de deelnemers om een korting te voorkomen. Doet het bestuur van het Pensioenfonds dat niet, bijvoorbeeld door stevige druk vanuit de werkgever, dan lijkt aansprakelijkheid een gegeven. Maar wat als de werkgever niet kan betalen, bijvoorbeeld omdat de herstellpremies excessief hoog zijn? Bij elke beslissing die het pensioenfondsbestuur neemt, is zij verplicht om de norm van evenwichtige belangenbehartiging aan te houden. Die norm moet het bestuur dus ook in acht nemen bij de beslissing om nakoming van een contractuele herstellbetaling te vorderen. Het zal niet evenwichtig zijn om een werkgever te brengen tot faillissement. Dat is immers ook niet in het belang van de deelnemers. In dat geval mag het pensioenfonds genoeg nemen met minder herstellpremies dan waar het fonds volgens de letter van de uitvoeringsovereenkomst recht heeft. Als een pensioenfonds dat doet, dan zullen de gekorte deelnemers het fonds mogelijk verwijten dat het fonds te weinig herstellpremies heeft geïnd. Het is dus van groot belang dat het fonds kan laten zien dat de werkgever aantoonbaar niet kon betalen en dat er een zorgvuldige belangenafweging heeft plaatsgevonden.

Als er geen contractuele bijstortingsverplichting is dan zal het pensioenfonds de mogelijkheden moeten onderzoeken om de werkgever aan te spreken voor de tekorten. Als de werkgever bijvoorbeeld jarenlang premievrijstelling heeft genoten of zelfs stortingen uit het pensioenfonds heeft verkregen dan kan er een verplichting zijn ontstaan om bij te storten, zelfs als dat contractueel niet is overeengekomen (maar ook niet is uitgesloten). Het is sterk afhankelijk van de omstandigheden of een niet contractuele bijstortverplichting kan worden afgedwongen.

Dat wat tussen een werkgever en een werknemer betreffende pensioen is overeengekomen wordt in de Pensioenwet aangeduid als de pensioenovereenkomst. In de praktijk is de pensioenovereenkomst een zogenaamd *adhesiecontract*, een contract waar de werknemer feitelijk alleen ja tegen kan zeggen (nee betekent geen pensioen). Onderhandelingsruimte is er doorgaans niet. De pensioenovereenkomst ontstaat dan door ondertekening van de arbeidsovereenkomst waar in de meeste gevallen verwezen wordt naar het pensioenreglement, ofwel incorporatie. De Pensioenwet verplicht de werkgever de

uitvoering van de pensioenovereenkomst extern onder te brengen zodat de pensioengelden zijn afgeschermd van het vermogen van de werkgever.

Artikel 35, lid 2 onder c PW bepaalt dat in het pensioenreglement de kortingsregeling moet zijn opgenomen. Uit de memorie van toelichting bij de PW<sup>2</sup> zou men kunnen opmaken dat de vermelding van de kortingsmogelijkheid meer informatief dan constitutief is bedoeld. In dat geval zou een pensioenfonds ook zonder dat het pensioenreglement de kortingsregeling vermeldt daarvan gebruik kunnen maken.

In de standaard situatie dat het pensioenreglement een kortingsregeling bevat zal het een juridisch lastige weg zijn voor een (gewezen) werknemer om zijn (voormalige) werkgever aan te spreken indien het pensioenfonds tot korten overgaat. De kortingsmogelijkheid maakt dan immers deel uit van de pensioenovereenkomst waarmee de werknemer heeft ingestemd. Dat de werknemer doorgaans stilzwijgend heeft ingestemd maakt de dan ontstane pensioenovereenkomst niet minder hard. Artikel 3:37 lid 1 BW bepaalt immers dat verklaringen in iedere vorm kunnen geschieden, en in een of meer gedragingen besloten kunnen liggen.

Als de kortingsmogelijkheid niet is opgenomen in het pensioenreglement kan de (gewezen) werknemer mogelijk wel bij de werkgever aankloppen als het pensioenfonds tot korten overgaat. De werkgever komt dan immers niet na wat hij met de werknemer overeen is gekomen aangaande de arbeidsvoorwaarde pensioen.

### **Evenwichtige belangenbehartiging (artikel 105 Pensioenwet)**

Indien een pensioenfonds 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 (deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden). Vooropgesteld: de tekst van de Pensioenwet zegt hier helemaal niets over. In de parlementaire behandeling van de Pensioenwet heeft de minister gezegd dat de wijze van korten behoort tot de verantwoordelijkheid van sociale partners en het pensioenfondsbestuur. Gedifferentieerd korten lijkt dus in ieder geval niet verboden. Het bestuur zal zich wel moeten houden aan het algemene voorschrift van evenwichtige belangenbehartiging. Een reden om bijvoorbeeld gepensioneerden minder te korten dan slapers en deelnemers kan erin gelegen zijn dat gepensioneerden de korting direct in hun portemonnee voelen terwijl korting voor (gewezen) deelnemers 'slechts' een korting op papier is die in de toekomst wellicht wordt gecompenseerd door het ongedaan maken van een korting (in pensioenjargon: opstempelen). Maar ook daar voelt zich de druk van de evenwichtige belangenbehartiging. Want een pensioenfonds dat opstempelt zal in mindere mate toeslagen kunnen verlenen. Een maatregel die een bepaalde groep belanghebbenden spaart zal dus vaak nadelig zijn voor een andere groep belanghebbenden. Daarbij speelt het verbod op leeftijdsdiscriminatie ook een rol. Deelnemers zijn immers jonger dan gepensioneerden zodat een objectieve rechtvaardiging geboden is voor een verschil in korting. Het bestuur van een pensioenfonds zal dus zeer voorzichtig moeten opereren bij de invulling van de kortingsmaatregel. De meest veilige weg lijkt dan ook iedereen hetzelfde korten. Dat is het makkelijkste te verdedigen voor het pensioenfondsbestuur: gelijke monniken, gelijke kappen.

Tot slot nog dit. Sociale partners in de Stichting van de Arbeid hebben in het zogenaamde pensioenakkoord in juni 2010 afspraken op hoofdlijnen gemaakt over de hervorming van het pensioenstelsel. Thans onderhandelen sociale partners over de details. In de kern zou het ertoe moeten leiden dat er meer flexibele pensioenvormen komen waarbij de verplichtingen zachter worden. Daarmee zal de discussie over korten niet achterhaald worden omdat reeds opgebouwde pensioenen onder het huidige pensioenstelsel niet zomaar kunnen worden aangetast. Dat zal alleen kunnen onder de voorwaarden zoals die nu van kracht zijn.

Noten : 1. De Pensioenfederatie is het samenwerkingsverband van de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfonds (VB), de Unie van Beroepspensioenfonds (UvB) en de Stichting voor Ondernemingspensioenfonds (OPF).  
2. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 200.

Auteur(s): mr. M.W. Minnaard, Houthoff Buruma, Amsterdam