

Pensioenfonds verlaagt pensioenkapitaal werknemers: een nieuwe pensioenfondsroute?

Mark Heemskerk en Jeroen Los, datum 06-05-2016

Datum	06-05-2016
Auteur	Mark Heemskerk en Jeroen Los ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Mag een ondernemingspensioenfonds zelfstandig besluiten om het pensioenkapitaal van een premieovereenkomst van werknemers te verlagen door de inkooptarieven te verzwaren? Dat lijkt de conclusie uit het MSD-arrest van Hof Den Bosch. Het ondernemingspensioenfonds paste de waarderingsgrondslagen aan, waarna het pensioenkapitaal tot zo'n 20% lager werd.^[2] In deze bijdrage analyseren wij dit arrest en de mogelijkheden die het biedt voor pensioenuitvoerders om de arbeidsvoorwaarde pensioen te wijzigen.

Het MSD-arrest is niet alleen interessant omdat het (ondernemings)pensioenfonds zelfstandig de wijze verandert waarop de pensioenkapitalen van werknemers werden omgezet in pensioenuitkeringen. Het laat ook zien hoe rechters omgaan met de uitleg van het niet gedefinieerde begrip waarderingsgrondslagen dat aan de inkooptarieven ten grondslag ligt. Het hof maakt ook gehakt van het argument van de vakbond dat hij bij de overeengekomen wijziging van de pensioenregeling onvoldoende was geïnformeerd.

De feiten in de MSD-zaak

Vanaf 1 januari 2001 wordt de eindloonregeling bij de rechtsvoorganger van MSD door cao-partijen gewijzigd in een voorwaardelijke geïndexeerde middelloonregeling, in combinatie met een beschikbarepremierregeling voor hoger personeel met een jaarsalaris van meer dan f 100.000 (in 2001). Het pensioenkapitaal van deze premieovereenkomst wordt op de pensioendatum omgezet in een (hoger) ouderdomspensioen bij het pensioenfonds. Vanaf 1 september 2010 wijzigt het pensioenfonds de 'omzettingfactoren' door naast een hogere levensverwachtingstafel voortaan ook een solvabiliteits- en excasso-opslag te hanteren. Dat leidt tot een lager pensioenkapitaal voor de deelnemers. Daarop vorderen de vakvereniging voor hoger personeel waarmee de pensioenregeling is

overeengekomen en 128 (gewezen) werknemers onder meer een verklaring voor recht dat in de pensioenovereenkomst niet is overeengekomen dat de omzettingfactoren uit het ten behoeve van de deelnemers gevormde pensioenkapitaal worden gefinancierd. De ondernemings-cao verwees naar de statuten, de pensioenreglementen en het huishoudelijk reglement van het pensioenfonds.³ Het pensioenreglement bepaalde dat het pensioenkapitaal uiterlijk op de standaard pensioeningangsdatum op basis van door het bestuur vastgestelde waarderingsgrondslagen van het pensioenfonds wordt aangewend voor de verhoging van het levenslange ouderdomspensioen. Tevens bevatte het de bevoegdheid voor het bestuur om de waarderingsgrondslagen voor de inkoop van aanspraken en rechten aan te passen, zo staat in het vonnis van de kantonrechter.

De uitspraak

Het hof oordeelt uiteindelijk dat MSD de pensioenovereenkomst is nagekomen, omdat het pensioenfonds bevoegd was de inkoop tarieven te verzwaren met een solvabiliteits- en excasso-opslag door de waarderingsgrondslagen aan te passen. Het stelt vast dat de pensioenovereenkomst bestaat uit een cao-bepaling met een summier verwijzing dat deelnemers zijn gebonden aan de statuten en reglementen van het pensioenfonds. In het pensioenreglement staat dat het fondsbestuur de waarderingsgrondslagen toepast. Omdat deze grondslagen niet staan gedefinieerd, moet het hof uitleggen of de solvabiliteits- en excasso-opslag daaronder vallen. Dat doet het aan de hand van de cao-norm, waarbij acht wordt geslagen op de kenbare aard en strekking van de regeling en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de verschillende tekstinterpretaties.

Dat de term waarderingsgrondslag niet is gedefinieerd in het pensioenreglement, betekent niet dat de opslagen daarom niet tot de inhoud van de pensioenovereenkomst behoren. De enige zekerheid die de werkgever volgens het pensioenreglement aan de deelnemers biedt, is premiebetaling. Partijen hebben het aan de pensioenuitvoerder overgelaten om te bepalen naar welke waarderingsgrondslagen de omzetting van het pensioenkapitaal naar ouderdomspensioen dient plaats te vinden. Dat daarbij een waarderingsgrondslag nodig is, is evident. En dat de waarderingsgrondslagen mogen worden gewijzigd door de pensioenuitvoerder, is een logische consequentie van het gegeven dat deze telkens opnieuw een inschatting zal moeten maken van de betaalbaarheid van de uit te keren pensioenen.

Op MSD rustte als werkgever voorafgaand aan de totstandkoming van de wijziging van de pensioenovereenkomst geen informatieverplichting. Hij mocht erop vertrouwen dat de vakvereniging voldoende kennis had over de voorgestelde pensioenregeling en hoefde niet te verwachten dat deze onvoldoende professionaliteit zou hebben om als gelijkwaardige partner de onderhandelingen met de werkgever te voeren. Het hof wijst vervolgens alle vorderingen van de vakbond en de deelnemers af.

Analyse

Het arrest bevat meerdere voor de praktijk relevante overwegingen, variërend van de mogelijkheid voor het pensioenfonds om zonder instemming van de werknemer (en de werkgever) het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst te wijzigen, tot de juiste uitleg van reglement en pensioenovereenkomst en de afwezigheid van een informatieverplichting bij een pensioenwijziging tussen cao-partijen.

Wijziging pensioenovereenkomst of niet?

De inkooptarieven zijn in 2010 eenzijdig door het pensioenfonds gewijzigd, waardoor het pensioenresultaat van de deelnemers is verslechterd. Lezen wij het MSD-arrest tussen de regels door goed, dan vindt het hof dat blijkbaar geen wijziging van de pensioenovereenkomst. De wijzigingsbevoegdheid was al overeengekomen doordat de waarderingsgrondslagen door het pensioenfondsbestuur konden worden vastgesteld. Bij een uitleg waarbij de solvabiliteits- en excasso-opslag vallen onder de waarderingsgrondslagen, is er geen letter veranderd in de tekst van het pensioenreglement en de pensioenovereenkomst.

Dit dogmatisch te volgen standpunt doet wat ons betreft vreemd aan, omdat er materieel gezien een wijziging is van de waarde van de pensioenaanspraken. Wij wezen er al op dat in sommige gevallen het pensioenkapitaal zo'n 20% lager uitviel. Leg maar eens aan de deelnemers uit waarom dat geen wijziging is. Het lijkt toch minimaal een wijziging van de waarderingsgrondslagen. Aan de vraag of sprake is van een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever en/of het pensioenfonds, alsook aan de toetsing van de rechtsgeldigheid van zo'n wijziging aan bijvoorbeeld art. 19 PW – met een vereist zwaarwichtig belang voor de werkgever voor de wijziging – komt het hof niet toe.

Nieuwe pensioenfondsroute: zelfstandige pensioenwijziging door fonds

Het MSD-arrest suggereert dat het pensioenfonds zelfstandig bevoegd is om de pensioenovereenkomst aan te passen. Feitelijk heeft het de hoogte van de pensioenaanspraken gewijzigd door vanaf 1 september 2010 de pensioenkapitalen te verlagen door zelfstandig, onder de noemer waarderingsgrondslagen, hogere inkooptarieven te hanteren. Dat heeft het pensioenfonds gedaan zonder het pensioenreglement te wijzigen. Dit lijkt een variant op de zogenoemde pensioenfondsroute, oftewel de bevoegdheid van het pensioenfondsbestuur om het pensioenreglement en daarmee de pensioenovereenkomst te wijzigen.

Een voorbeeld daarvan uit de jurisprudentie is het Delta Lloyd-arrest van Hof Amsterdam van 12 juni 2012, in stand gelaten door de Hoge Raad.^[4] Het betrof daar een wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie naar voorwaardelijke indexatie door het pensioenfondsbestuur, enkele dagen voordat de Pensioenwet in werking trad. Het hof oordeelde dat bij een wijziging door het pensioenfondsbestuur het voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst wettelijk vereiste zwaarwichtig belang van de werkgever waarvoor het belang van de werknemer bij handhaving moet wijken – zie art. 7:613 BW en art. 19 PW – niet is vereist. Dan resteert de veel lichtere toets of het pensioenfondsbestuur misbruik maakt van zijn bevoegdheid, dan wel of het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In onze ogen is het MSD-arrest geen bevestiging van deze 'klassieke' pensioenfondsroute, waarbij het pensioenfonds het pensioenreglement wijzigt en daarmee de pensioenovereenkomst. Nee, het is een nog subtielere variant van de pensioenfondsroute: de hoogte van de pensioenaanspraken wijzigt, maar de tekst van het pensioenreglement en de pensioenovereenkomst niet. Juist doordat de waarderingsgrondslagen niet zijn gedefinieerd, wordt het pensioenfonds de ruimte gegeven om de inkooptarieven te verzwaren ten koste van de deelnemers. Op zichzelf is dat misschien begrijpelijk, omdat het pensioenfonds de rekening ergens moet neerleggen. Fraai is het echter niet, terwijl het arrest ook vragen oproept over het niveau van rechtsbescherming dat de pensioenwetgeving biedt. Uitgangspunt van pensioenwijzigingen bij verzekerde regelingen en pensioenfonds is veelal dat de werkgever de pensioenovereenkomst eenzijdig wijzigt, waarna de pensioenuitvoerder het pensioenreglement aanpast. Dat is het systeem van de Pensioenwet en bij uitstek de

arbeidsrechtelijke manier om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.^[5] Vormt nu de aanwezigheid van een paritair bestuur met vertegenwoordiging van werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden voldoende tegenwicht bij inhoudelijke pensioenwijzigingen, vergeleken met de eisen voor een eenzijdige wijziging door de werkgever? Wij achten het wenselijk dat de wijziging van niet-gedefinieerde waarderingsgrondslagen, leidend tot circa 20% lagere pensioenen, stringenter wordt getoetst, bijvoorbeeld door een zwaarwichtigbelangtoets als bedoeld in art. 19 PW.

Uitleg pensioenreglement: cao-uitlegnorm

Kern van het MSD-arrest is de vraag waarom de opslagen voor solvabiliteit en excasso volgens het hof waarderingsgrondslagen zijn. De door het hof gehanteerde cao-uitlegnorm lijkt ons juist.^[6] De pensioenovereenkomst is door incorporatie in de cao hier eigenlijk het pensioenreglement. Dat is volgens art. 35 PW opgesteld door de pensioenuitvoerder. De bij de Haviltex-uitlegnorm meer centrale partijbedoeling van werkgever en werknemer staat daar verder vanaf.^[7]

Waarom is de uitleg met kostenopslagen als waarderingsgrondslagen aannemelijk? Het hof motiveert dat een uitleg waarbij de opslagen niet worden gefinancierd uit de inkooptarieven, tot onaannemelijke rechtsgevolgen leidt. Het pensioenfonds zou dan wel solvabiliteits- en excassokosten maken, maar deze niet uit de inkooptarieven kunnen financieren. Het hof oordeelt dat de deelnemers geen of onvoldoende objectieve aanknopingspunten hebben aangevoerd voor een uitleg waarbij de kostenopslagen niet als waarderingsgrondslagen kunnen gelden.

Of het standpunt van MSD meer aannemelijk is, betwijfelen wij. De deelnemers hadden op basis van een actuariële rapportage bepleit dat de solvabiliteits- en excasso-opslag vóór 1 september 2010 uit de collectieve vaste premie voor alle deelnemers werd betaald en dus niet bij de pensioeninkoop van het beschikbarepremiekapitaal. Dat die opslagen in de pensioenpremie zijn verdisconteerd, is logisch omdat daar aansluiting is met de pensioenwetgeving. Art. 128 PW bepaalt immers dat een opslag voor uitvoeringskosten en solvabiliteit in de kostendekkende premie moet zitten die het pensioenfonds moet vaststellen. Voor de pensioeninkoop is het toepassen van een solvabiliteits- en excasso-opslag minder vanzelfsprekend. Sterker nog, bij premieovereenkomsten is in de wetsgeschiedenis aangegeven dat het maar zeer beperkt is toegestaan om bij einde deelname uitvoeringskosten in mindering te brengen op het pensioenkapitaal.^[8] Er lijkt daarmee weinig ruimte voor kostenopslagen in de vorm van administratieve uitvoeringskosten, terwijl er meer ruimte is voor kosten bij de aankoop van pensioenuitkeringen (beheeren switchkosten). Dat aspect – en het feit dat opslagen normaliter wel in de premiestelling zitten – zien wij niet duidelijk terug in het arrest en kan de onaannemelijke rechtsgevolgen van de ene of andere uitleg kleuren.

De waarderingsgrondslagen bij inkoop pensioen

Kantonrechter en hof oordelen dat het pensioenfondsbestuur reglementair bevoegd was de waarderingsgrondslagen te wijzigen. Die bevoegdheid kan ons inziens niet los worden gezien van de met de pensioenovereenkomst afgesproken beschikbare premie, met name de samenstelling daarvan. Noch het vonnis van de kantonrechter, noch het arrest van het hof laat zich daarover uit. Als de geldende middelloonregeling inderdaad het vertrekpunt is geweest voor de totstandkoming van de premieovereenkomst, zijn de geprognostiseerde pensioenresultaten vertaald naar beschikbarepremiepercentages die vervolgens zijn gegroepeerd naar percentages voor leeftijdsgroepen van vijf jaar. Die vertaling is met inbegrip van een 'kiloprijs' van pensioen, die wel of geen opslagen voor

solvabiliteit en excasso kan bevatten.

Is wel sprake van genoemde opslagen, dan zou zich dat moeten vertalen in een hogere beschikbare premie. Dat de uiteindelijke hoogte van de opslagen voor solvabiliteit en excasso op de pensioen(inkoop)datum afwijkt van de in de beschikbare premie opgenomen opslagen, is inherent aan het karakter van een zuivere premieovereenkomst, maar dan is er in ieder geval een vorm van evenwicht tussen beschikbare premie en inkooptarieven pensioen.

Anders gezegd: een beschikbare premie die geen rekening houdt met solvabiliteits- en excasso-opslagen terwijl de inkooptarieven dergelijke opslagen wel bevatten, is knollen voor citroenen verkopen. Dat speelt hier des te meer nu de werkgever de premieovereenkomst presenteerde als een alternatief dat grosso modo vergelijkbare pensioenuitkomsten opleverde als de bestaande uitkeringsovereenkomst in de vorm van de middelloonregeling. Zo bezien kunnen we de verhoging per 1 september 2010 van de inkooptarieven met opslagen voor solvabiliteit en excasso niet plaatsen. Aan de beslissing om de kostenopslagen bij de inkoop in rekening te brengen, lagen natuurlijk de financiële omstandigheden van het pensioenfonds ten grondslag, maar dat rechtvaardigt ons inziens niet dat de werkgever kennelijk niet gehouden is de opslagen voor solvabiliteit en excasso aan het pensioenfonds te voldoen.

Kostenopslagen in de kostendekkende premie

De kantonrechter overwoog dat het pensioenfonds voor de inkooptarieven aansluiting moest zoeken bij art. 128 PW – de verplichting om een kostendekkende premie in rekening te brengen – en daarom gehouden was opslagen voor solvabiliteit en excasso in rekening te brengen. Dat is juist voor de premie, maar zegt niet dat het pensioenfonds bevoegd is om de kostenopslagen te verdisconteren in de inkooptarieven. Wij begrijpen de economische wens van het bestuur om opslagen voor solvabiliteit en excasso in rekening te brengen om zodoende geen pensioenverplichtingen met verlies aan te gaan, maar hebben vraagtekens bij de juridische basis. Als de opslagen niet in de premie zaten en niet in rekening zouden kunnen worden gebracht, is er verlies, in beginsel bestaande uit genoemde opslagen ten tijde van de inkoop.

Zo bezien lijken de eisers in deze procedure een punt te hebben door te stellen dat vóór 1 september 2010 de opslagen voor solvabiliteit en excasso via een andere weg werden gefinancierd, namelijk door de werkgever.^[9] Alhoewel dit niet duidelijk uit vonnis en arrest blijkt, lijkt de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds per die datum te zijn gewijzigd, met als gevolg dat het bestuur van het pensioenfonds werd gedwongen tot het hanteren van opslagen voor solvabiliteit en excasso.^[10] Evenmin blijkt uit het arrest of de deelnemers die wijziging wellicht hadden kunnen tegengaan met een beroep op het derdenbeding ex art. 6:253 BW.^[11]

Schending informatieplicht door MSD

Werknemers en vakbonden stelden vergeefs dat zij bij de totstandkoming van de premieovereenkomst niet waren geïnformeerd over alle risico's van de premieovereenkomst. Ook was geen sprake van schending van (de eis van) goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW, die zou meebrengen dat de werkgever gehouden is eisers te compenseren voor de negatieve pensioengevolgen als gevolg van de wijziging van de waarderingsgrondslagen. Het hof maakt gehakt van dat argument. De volgende overweging laat weinig aan de verbeelding over: 'VMHP is nota bene een vakbond voor hoger personeel. MSD hoefde niet te verwachten dat een vakbond die zich als hiervoor weergegeven presenteert, onvoldoende professionaliteit heeft om als gelijkwaardige partner het

onderhandelingsproces te voeren.’ Dat is een duidelijke tik op de vingers van de vakbond: wie onderhandelt over pensioen – en dat ook nog eens doet namens anderen – en pensioenafspraken wijzigt, moet deskundig zijn of deskundigheid inhuren.

Conclusie

Het MSD-arrest suggereert dat een pensioenfonds ook onder de Pensioenwet bevoegd kan zijn, mits goed geformuleerd en gecontracteerd, om zelfstandig de pensioenaanspraken te wijzigen. Bij dit arrest kon dat zelfs zonder een letter te wijzigen in pensioenreglement of pensioenovereenkomst. De niet gedefinieerde waarderingsgrondslagen bevatten ineens extra kostenopslagen. De werknemers die hun pensioenkapitaal van hun premieovereenkomst zagen dalen door hogere inkooptarieven van het pensioenfonds, konden dat niet voorkomen.

De les uit deze uitspraak lijkt te zijn dat partijen er verstandig aan doen afspraken te maken en vast te leggen over de (samenstelling van de) inkooptarieven en de (samenstelling van de) beschikbare premie. Met enig cynisme kan worden geconcludeerd dat het profijtelijk kan zijn om de exacte bevoegdheden en inkooptarieven in het midden te laten. Voor de (gewezen) werknemers biedt de bepaling in de cao omtrent het eens per vijf jaar herijken van de beschikbare premie, rekening houdend met de waarderingsgrondslagen, wellicht nog een argument voor (opwaartse) herziening van de beschikbare premie. Duidelijk is dat bij premieovereenkomsten de hoogte van de inkooptarieven en de bevoegdheid om die vast te stellen en te wijzigen een essentieel element vormen voor de hoogte van de pensioenaanspraken.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. J. Los zijn beiden advocaat bij Blom c.s Advocaten te Nieuwegein. Heemskerk is daarnaast bij zonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

[2]

Hof Den Bosch 15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229; *PJ* 2016/18; *JAR* 2016/56; zie voor eerste aanleg Rechtbank Oost-Brabant 11 april 2013, *PJ* 2013/142.

[3]

Ten aanzien van de pensioenopbouw vermeldde de cao specifiek dat herijking van de beschikbare premies eenmaal per vijf jaar kon plaatsvinden, rekening houdend met de waarderingsgrondslagen van het ondernemingspensioenfonds.

[4]

Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012, 129; HR 8 november 2013, *JAR* 2013/300; *PJ* 2013, 191.

[5]

Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is er geen eenzijdige wijziging, omdat deelnemers en de werkgever op grond van de wet (art. 4 Wet Bpf 2000) gebonden zijn aan de statuten en reglementen van het pensioenfonds(bestuur).

[6]

Illustratief is onder andere Rechtbank Amsterdam 4 april 2014, *JAR* 2014/249. Zie ook het Delta Lloyd-arrest van Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012, 119, r.o. 3.10.

[7]

Dan zou VMHP als contractspartij bij de cao nakoming van de cao moeten hebben vorderen, aldus ro. 3.11 van het hofarrest.

[8]

H.M. Kappelle, 'Inhouden van kosten bij slapers; mag de PPI meer dan andere pensioenuitvoerders', *TPV* 2013/15.

[9]

Al haasten wij ons toe te voegen dat wij het procesdossier en de stukken niet hebben gezien.

[10]

Zie ro. 3.1.6 Hof Den Bosch: vóór 1 september 2010 is de deelnemers bij de inkoop geen opslag voor solvabiliteit en excassokosten in rekening gebracht.

[11]

Zie HR 20 februari 2004, *JAR* 2004, 83 (DSM/Fox); Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008, 67 (Akzo).