

Pensioenrecht. Overeenkomst met niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds inzake schadeloosstelling fonds bij uittreding werkgever; uitleg begr...

HR 06-11-2015, ECLI:NL:HR:2015:3242, m.nt. M. Heemskerk (St. Bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO/KPN)

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	6 november 2015
Magistraten	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek
Zaaknummer	14/02970
Conclusie	A-G mr. M.H. Wissink
Noot	M. Heemskerk
Roepnaam	St. Bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO/KPN
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Sociale zekerheid ouderen / Pensioen Staatsrecht / Rechtspraak Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Juridische beroepen / Rechter
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2015:3242, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 06-11-2015; ECLI:NL:PHR:2015:1130, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 10-07-2015; Beroepschrift, Hoge Raad, 03-06-2014;
Wetgeving	Art. 79 RO; art. 13 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000; Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf)

Essentie

Pensioenrecht. Overeenkomst met niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds inzake schadeloosstelling fonds bij uittreding werkgever; uitleg begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel; recht in zin art. 79 RO.

Het begrip 'onderdekking' in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (Stb. 2006, 633) — welke regels zijn aan te merken als recht in de zin van art. 79 lid 1 RO — moet aldus worden uitgelegd dat daaronder wordt verstaan de situatie dat het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioeninstelling minder bedraagt dan 5% van de technische voorzieningen die de pensioeninstelling aanhoudt ter dekking van het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen. Van

onderdekking als bedoeld in de Rekenregels is derhalve sprake indien de pensioeninstelling niet voldoet aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%. Het hof heeft vastgesteld dat ten tijde van de uittrekking van KPN (Nozema) de dekkingsgraad van PNO ruim 118% bedroeg, en geoordeeld dat er ten tijde van die uittrekking bij PNO geen sprake was van onderdekking. Daaraan heeft het hof terecht de gevolgtrekking verbonden dat de aan KPN op grond van de overeenkomst in rekening gebrachte herstellpremie niet berust op het bepaalde in de Rekenregels ter zake van onderdekking.

Art. 1 onder c van de Rekenregels bepaalt dat de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel mede omvat het deel van de doorsneejaarpremie dat betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan. Art. 1 onder c van de Rekenregels heeft uitsluitend betrekking op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht. De Rekenregels kennen geen compensatie toe voor het risico dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de niet-actieven niet volledig kunnen worden gefinancierd uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen. Niet kan worden aanvaard dat, voor de toepassing van art. 1 onder c van de Rekenregels, elke premieheffing die plaatsvindt met het oog op de toekenning van indexering aan niet-actieven, heeft te gelden als de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (in de vorm van 'extra, een verhoogd, pensioen'). Deze uitleg van de Rekenregels, die ertoe zou leiden dat het bedrag dat nodig is ter dekking van het indexeringsrisico mede ten laste zou komen van KPN als uittrekkende werkgever, strookt niet met de tekst van de Rekenregels, noch met het uit de totstandkomingsgeschiedenis af te leiden doel van deze regeling.

Samenvatting

PNO, eiseres tot cassatie, is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (voorheen Pensioen- en spaarfondsenwet). De rechtsvoorgangster van KPN, Nozema, had aan haar werknemers pensioentoezeggingen gedaan en heeft deze pensioentoezeggingen, conform haar wettelijke plicht, ondergebracht bij PNO. Na de juridische fusie met KPN zijn de werknemers opgenomen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds KPN, waarna KPN de deelname aan de pensioenregeling van PNO heeft beëindigd. Op grond van art. 10 lid 3 van de overeenkomst dient KPN PNO schadeloos te stellen voor het door de uittrekking veroorzaakte verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. PNO heeft aan KPN laten weten wat het verzekeringstechnisch nadeel is. Nadat KPN het bedrag aan PNO had betaald, heeft zij bezwaar gemaakt tegen de berekening van het verzekeringstechnisch nadeel, stellende dat de berekening van de herstellpremie berust op een onjuiste uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de zin van art. 10 lid 3 van de overeenkomst, en heeft zij het betaalde bedrag als onverschuldigd betaald teruggevorderd. De rechtbank heeft de vorderingen van KPN afgewezen. Het hof heeft de vordering van KPN alsnog toegewezen, onder meer overwegende dat KPN niet had behoeven te begrijpen dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de tussen partijen gesloten overeenkomst een ruimere inhoud had dan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (Stb. 2006, 633). In cassatie staat vast dat het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' in de overeenkomst conform de Rekenregels moet worden uitgelegd. In discussie is met name wat de Rekenregels verstaan onder 'onderdekking' en onder 'inkoop van

aanspraken voor niet-actieven’.

De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (hierna: Rekenregels) vormen Bijlage 2 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000) (Stb. 2000, 633), dat zijn wettelijke grondslag vindt in art. 13 lid 3 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Stb. 2000, 628). De Rekenregels zijn aan te merken als recht in de zin van art. 79 lid 1 RO. Het begrip ‘onderdekking’ is in de Rekenregels zelf niet gedefinieerd. Een definitie is evenmin te vinden in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000), dan wel de voorloper daarvan, de Vrijstellingsregeling Wet Bpf (Stcrt. 1998, 78). De uitleg van dit begrip dient derhalve te geschieden door aansluiting te zoeken bij de aanverwante regelgeving en beleidsdocumenten die zijn weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal. Gelet daarop moet het begrip ‘onderdekking’ in de Rekenregels aldus worden uitgelegd dat daaronder wordt verstaan de situatie dat het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioeninstelling minder bedraagt dan 5% van de technische voorzieningen die de pensioeninstelling aanhoudt ter dekking van het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen. Van onderdekking als bedoeld in de Rekenregels is derhalve sprake indien de pensioeninstelling niet voldoet aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%. Het hof heeft vastgesteld dat ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) de dekkingsgraad van PNO ruim 118% bedroeg, en geoordeeld dat er ten tijde van die uittreding bij PNO geen sprake was van onderdekking. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking verbonden dat de aan KPN in rekening gebrachte herstellpremie niet berust op het bepaalde in de Rekenregels ter zake van onderdekking. Blijkens het vorenstaande is het hof daarbij uitgegaan van een juiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip onderdekking als bedoeld in de Rekenregels.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels blijkt dat voor de toepassing van de Rekenregels onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, het begrip ‘inkoop van aanspraken voor niet-actieven’ en, anderzijds, het begrip ‘indexeringsrisico’, waaronder is te verstaan de kans dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de pensioentrekkingen en de ‘slapers’ (dat wil zeggen nog niet gepensioneerde deelnemers aan een pensioenregeling die bij de betrokken pensioeninstelling geen pensioen meer opbouwen) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd. Art. 1 onder c van de Rekenregels bepaalt dat de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel mede omvat het deel van de doorsneejaarpremie dat betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan. De Rekenregels voorzien daarentegen niet in algemene zin in compensatie van het bedrag dat nodig is ter dekking van het risico dat is verbonden aan de (toekomstige) indexering van de aanspraken van niet-actieven. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels, blijkt dat om praktische en uitvoeringstechnische redenen ervan is afgezien om dit indexeringsrisico in algemene zin te scharen onder de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel. Dit laat onverlet dat de toekenning van indexering kan plaatsvinden langs de weg van de in art. 1 onder c bedoelde inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Tegen deze achtergrond heeft het hof terecht geoordeeld dat art. 1 onder c van de Rekenregels uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht. Het heeft eveneens terecht geoordeeld dat de Rekenregels geen compensatie toekennen voor het risico dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de niet-actieven niet volledig kunnen worden gefinancierd uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen. Anders dan PNO heeft aangevoerd, kan niet worden aanvaard dat, voor de toepassing van art. 1 onder c van de Rekenregels, elke premieheffing die

plaatsvindt met het oog op de toekenning van indexering aan niet-actieven, heeft te gelden als de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (in de vorm van 'extra, een verhoogd, pensioen'). Deze door PNO voorgestane uitleg van de Rekenregels, die ertoe zou leiden dat het bedrag dat nodig is ter dekking van het indexeringsrisico, mede ten laste zou komen van KPN als uittredende werkgever, strookt niet met de tekst van de Rekenregels, noch met het uit de totstandkomingsgeschiedenis af te leiden doel van deze regeling. Voorts is het oordeel van het hof dat niet is gebleken dat PNO in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht, een feitelijk oordeel dat niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.

Partij(en)

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO, te Hilversum, eiseres tot cassatie, adv.: Chr.F. Kroes,
tegen
KPN B.V., te Den Haag, verweerster in cassatie, adv.: mr. K. Teuben, mede toegelicht door mr. K.J.O. Jansen.

Voorgaande uitspraak

Hof:

3.1

Het gaat in dit geding om de volgende kwestie.

3.1.1

PNO is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (voorheen Pensioen- en spaarfondsenwet).

3.1.2

De Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (later Nozema Services N.V., hierna: Nozema) had aan haar werknemers pensioentoezeggingen gedaan en wilde deze pensioentoezeggingen, conform haar wettelijke plicht, onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. Op 15 mei 2002 is tussen PNO en Nozema hiertoe een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten die als doel had om de rechten en verplichtingen over en weer in het kader van de aansluiting van Nozema bij PNO vast te leggen. De aansluiting van Nozema bij PNO was onverplicht in de zin dat Nozema de pensioentoezeggingen ook bij een verzekeraar of een ondernemingspensioenfonds had kunnen onderbrengen.

3.1.3

Op 20 oktober 2006 heeft een juridische fusie plaatsgevonden tussen Nozema en KPN, waardoor

Nozema als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De werknemers van Nozema zijn per 1 oktober 2006 opgenomen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds KPN.

3.1.4

KPN heeft per 1 oktober 2006 de deelname aan de pensioenregeling van PNO beëindigd.

3.1.5

Artikel 10 lid 3 van de overeenkomst bepaalt:

“Uittreding van de deelnemende als bedoeld in het eerste lid is slechts mogelijk, indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. De aanwezigheid van een verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het fonds. De deelnemende organisatie ontvangt een afschrift van het desbetreffende rapport van de actuaris.”

3.1.6

Bij brief van 5 september 2007 heeft PNO aan KPN laten weten dat het verzekeringstechnisch nadeel dat als gevolg van het uittreden is ontstaan een bedrag van € 837.765 betreft, te vermeerderen met de kosten van het uittredingsverzoek van € 1.500, derhalve in totaal € 839.265.

3.1.7

Als bijlage bij de brief van 5 september 2007 waren aangehecht twee brieven van de actuaris van PNO, Watson Wyatt B.V. In de brief van (vermoedelijk) 6 juni 2007 is vermeld dat het verzekeringstechnisch nadeel volgens Watson Wyatt bestond uit de volgende componenten:

- a) Te missen solidariteitsbijdragen op grond van de gemiddelde leeftijd als gevolg van het uittreden,
- b) Te missen herstell premie als gevolg van het uittreden,
- c) De kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het uittredingsverzoek.

Genoemde brief vermeldt voorts, voor zover relevant:

“In bijlage 1 gaan wij achtereenvolgens in op de hierboven beschreven drie componenten. Voor de vaststelling van de te missen solidariteitsbijdragen stellen wij voor aan te sluiten bij het (objectief vastgestelde) Vrijstellingsbesluit uit de Wet Bpf 2000. Voor de vaststelling van de te missen herstell premie stellen wij voor aan te sluiten bij het onlangs door het bestuur vastgestelde premie- en indexatiebeleid. Tevens stellen wij voor de te missen solidariteitsbijdragen, indien negatief, te verrekenen met de overige componenten van het verzekeringstechnische nadeel.”

In de brief van 21 juni 2007 van Watson Wyatt staat dat de te missen solidariteitsbijdrage uitkomt op een negatief bedrag van € 277.353 aangezien de uittredende deelnemers van KPN gemiddeld ouder waren dan de achterblijvende deelnemers bij PNO, en dat de herstell premie € 1.115.118 bedraagt.

3.1.8

Artikel 7 lid 4 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (hierna: het Vrijstellings- en boetebesluit) luidt als volgt:

(...)

4.

Aan de vrijstelling, bedoeld in de artikelen 3, eerste lid, (...) kan het bedrijfstakpensioenfonds het voorschrift verbinden dat de werkgever een financiële bijdrage betaalt ter vergoeding van het verzekeringstechnisch nadeel dat het fonds bij de vrijstelling lijdt. De hoogte van deze bijdrage wordt berekend volgens bijlage 2 bij dit besluit, tenzij partijen anders overeenkomen.”

3.1.9

Bijlage 2. Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel luidt, voor zover van belang, als volgt:

“De hoogte van de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel bij dispensatie heeft betrekking op de volgende elementen:

1. Te missen solidariteitsbijdragen als gevolg van het uittreden uit het fonds.
(...)
2. de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het dispensatieverzoek. Indien er op de dag van uittreding sprake is van een onderdekking, mag dit er niet toe leiden dat de financieringsachterstand wordt verhaald op de bij het bedrijfstakpensioenfonds achterblijvende werkgevers. De werkgever aan wie de vrijstelling is verleend dient dan op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers bij te dragen in de financiering van de achterstand. (...)

3.1.10

Na verschillende aanmaningen heeft KPN op 13 februari 2008 een bedrag van € 849.060,26 betaald, welk bedrag op 15 februari 2008 door PNO is ontvangen. Ook heeft PNO op 3 juli 2008 een bedrag van € 4.966,61 van KPN ontvangen ter zake van een rentenota van 11 maart 2008.

3.1.11

KPN heeft na betaling van voornoemde bedragen bij PNO alsnog bezwaar gemaakt tegen de berekening van het verzekeringstechnisch nadeel.

3.2

KPN heeft PNO doen dagvaarden en gevorderd PNO te veroordelen tot betaling van € 854.026,87, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 13 februari 2008 en van € 5.160 aan buitengerechtelijke kosten, met veroordeling van PNO in de proceskosten, met rente. KPN heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de door PNO berekende herstellpremie van € 1.115.118 niet onder verzekeringstechnisch nadeel in de zin van artikel 10 lid 3 van de overeenkomst valt en dat zij het bedrag van € 854.026,87 onverschuldigd heeft betaald.

De rechtbank heeft de vorderingen van KPN afgewezen en KPN veroordeeld in de proceskosten, met rente.

3.3

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt KPN met vijf grieven op. De eerste vier grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4

De kern van het geschil betreft de vraag hoe het begrip verzekeringstechnisch nadeel in artikel 10 lid 3 van de overeenkomst moet worden uitgelegd. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

3.5

Bij de uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel zijn de volgende omstandigheden van belang.

- (i) De overeenkomst was een standaardovereenkomst die aan alle deelnemers werd toegezonden. Voorafgaande aan het tekenen van de overeenkomst heeft alleen een schriftelijke stukkenwisseling plaatsgevonden, zo volgt uit hetgeen L.G. Witkamp, destijds algemeen directeur van PNO, verklaard heeft tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg op 10 september 2012.
- (ii) In de overeenkomst wordt het begrip verzekeringstechnisch nadeel niet nader omschreven.
- (iii) Tijdens eerdergenoemde comparitie van partijen heeft Witkamp verklaard dat bij het opstellen van de tekst van de standaardovereenkomst het solidariteitsbeginsel erg belangrijk was, dat het destijds uitdrukkelijk de bedoeling was om geen vaste formule van het verzekeringstechnisch nadeel op te nemen zodat de overeenkomst toekomstbestendig zou zijn, dat hij aan de actuaris de opdracht heeft gegeven om de standaardovereenkomst in die zin te formuleren en dat deze bedoeling niet met Nozema is gecommuniceerd.
- (iv) Bij brief van 15 december 2005 is Nozema geïnformeerd over de pensioenpremietarieven die met ingang van 1 januari 2006 van toepassing zijn. In de brief wordt niet meegedeeld dat 5% van de pensioenpremie bestaat uit herstellpremie.
- (v) De overeenkomst is per 1 oktober 2006 beëindigd, omdat Nozema als gevolg van een juridische fusie met KPN als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De reden van beëindiging is vergelijkbaar met de vrijstelling die bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt verleend in verband met groepsvorming (zie artikel 3 Vrijstellings- en boetebesluit).
- (vi) De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel zijn in de pensioenbranche bekend en algemeen geaccepteerd.
- (vii) De actuaris van PNO die het bestuur van PNO een voorstel heeft gedaan voor de wijze van vaststelling van het verzekeringstechnisch nadeel heeft voor de berekening van de solidariteitsbijdragen aansluiting gezocht bij de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel.
- (viii) De actuaris van KPN komt in zijn marktpraktijk het missen van een herstellpremie als component van het verzekeringstechnisch nadeel nooit tegen.

3.6

In de onder 3.5 genoemde omstandigheden is het hof van oordeel dat KPN (Nozema) redelijkerwijs niet heeft behoeven te begrijpen dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst een ruimere inhoud had dan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels

verzekeringstechnisch nadeel, meer in het bijzonder niet dat onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel ook de te missen herstellpremie zou vallen. Uit het enkele feit dat KPN (Nozema) wist dat PNO een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds was en dus wist dat de voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldende regels niet (noodzakelijk) voor PNO golden, volgt, anders dan PNO lijkt te betogen, niet dat PNO erop mocht vertrouwen dat KPN (Nozema) begreep dat PNO een eigen invulling aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel gaf.

3.7

PNO stelt dat ook bij toepassing van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel de te missen herstellpremie door KPN vergoed zou moeten worden. In de eerste plaats voert PNO aan dat de herstellpremie ook bedoeld is voor de inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel. Middels toekenning van indexatie vindt immers inkoop van extra, een verhoogd, pensioen plaats, aldus PNO.

3.8

Het hof is van oordeel dat artikel 1 onder c uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht. Noch uit de berekening van de actuaire van PNO noch uit de stukken die PNO in het geding heeft gebracht, blijkt dat die situatie zich heeft voorgedaan. De herstellpremie kan derhalve niet onder artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel worden gebracht.

3.9.

Daarnaast voert PNO aan dat de te missen herstellpremie valt onder de in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel opgenomen regel dat bij een onderdekking de uittredende werkgever op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers dient bij te dragen in de financiering van de achterstand. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

3.10

Ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) was de dekkingsgraad ruim 118%. Uit de notulen van de vergadering van het bestuur van PNO van 7 december 2005, overgelegd als productie 1 bij brief van 27 augustus 2012, volgt dat bij een dekkingsgraad lager dan 105% sprake is van onderdekking. De te missen herstellpremie valt derhalve niet onder het bepaalde in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel ter zake van onderdekking. Ten tijde van de uittreding was er bij PNO immers geen onderdekking. Anders dan PNO aanvoert, kan uit het bemiddelingsvoorstel van de SER-bemiddelaar niet worden opgemaakt dat, indien er geen situatie van onderdekking is, de te missen herstellpremie toch onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel van de Rekenregels kan worden gebracht. PNO licht dat ook niet toe.

3.11

PNO brengt nog naar voren dat het missen van herstellpremie negatieve gevolgen heeft voor herstel van de dekkingsgraad en daarmee voor de indexatiecapaciteit bij PNO. De werknemers van Nozema die pensioenaanspraken bij PNO hebben opgebouwd, hebben recht op toekomstige indexatie, indien en

voor zover PNO tot het toekennen van indexatie besluit. PNO lijdt nadeel indien zij van KPN (Nozema) niet de bijdrage ontvangt die gericht is op het verkrijgen van voldoende dekking voor de indexatie van die pensioenaanspraken, aldus PNO.

3.12

Het hof begrijpt het betoog van PNO aldus dat door het uitreden van KPN (Nozema) het risico wordt vergroot dat de kosten van indexering van de aanspraken van de niet-actieven (gepensioneerden en slapers) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd en indexering van hun aanspraken geschiedt ten kosten van het mede met de herstellpremie opgebouwde pensioenvermogen van de premiebetalende werknemers. PNO ziet eraan voorbij dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds dat aan een werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming verleent, ook met dat risico heeft te maken en dat de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel voor dat risico (ook) geen compensatie toekennen.

3.13

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat, anders dan PNO stelt, uit artikel 10 lid 3 van de overeenkomst niet volgt dat de actuaris van PNO het verzekeringstechnisch nadeel naar eigen inzicht en voor partijen bindend vaststelt. De actuaris moet bij het vaststellen/berekenen van het verzekeringstechnisch nadeel uitgaan van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepassing van deze maatstaf brengt mee dat er geen grond is om het begrip verzekeringstechnisch nadeel uit te leggen in de door PNO bepleite zin.

3.14

Uit het vorenstaande volgt dat de grieven slagen en dat het bestreden vonnis moet worden vernietigd.

3.15

Tegen toewijzing van de vordering van KPN voert PNO nog aan dat (overeenkomstige) toepassing van artikel 6:89 BW meebrengt dat KPN te laat heeft geklaagd over de uitvoering van de overeenkomst, met gevolg dat KPN in 2009 gebonden was aan de vastgestelde hoogte van het verzekeringstechnisch nadeel.

3.16

Artikel 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser die een gebrekkige prestatie ontvangt binnen bekwame tijd dient te protesteren, op straffe van verval van alle bevoegdheden. KPN baseert haar vordering niet op een gebrekkige prestatie van PNO maar op de onverschuldigde betaling aan PNO (artikel 6:203 BW). Op die vordering tot ongedaanmaking is artikel 6:89 BW niet van overeenkomstige toepassing.

3.17

PNO voert verder nog aan dat KPN, door eerst het in rekening gebrachte verzekeringstechnisch nadeel in 2007 te betalen en pas medio 2009 te stellen dat zij onverschuldigd heeft betaald, PNO de mogelijkheid heeft ontnomen om of niet mee te werken aan de onregelmatige beëindiging van de

overeenkomst door KPN of nadere eisen te stellen aan de door KPN te betalen schadevergoeding. Het hof passeert ook dit betoog, omdat het enkel klagen over de handelwijze van KPN haar niet van haar betalingsverplichting jegens KPN bevrijdt. Indien en voor zover PNO meent dat zij door de handelwijze van KPN schade heeft geleden, kan zij van KPN schadevergoeding vorderen.

3.18

Het algemene bewijsaanbod van PNO zal worden gepasseerd nu PNO geen voldoende concrete feiten stelt die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden leiden.

3.19

De vordering van KPN ten bedrag van € 854.026,87 zal worden toegewezen. PNO is de wettelijke rente verschuldigd vanaf 1 augustus 2011, de uiterste betaaldatum die KPN in haar brief van 7 juli 2011 noemt. Het gevorderde bedrag aan buitengerechtelijke kosten van € 5.160 wordt afgewezen. Ter onderbouwing van die kosten heeft KPN alleen verwezen naar de tussen KPN en PNO gevoerde correspondentie. Daarmee heeft KPN onvoldoende toegelicht dat de verrichtingen waarvoor zij onder die noemer vergoeding vordert, meer hebben omvat dan het opstellen en versturen van enkele (sommatie)brieven, het aanleggen van een dossier en het verrichten van handelingen ter voorbereiding van een mogelijk rechtsgeding. Een vergoeding voor de hierop betrekking hebbende kosten moet, nu een geding is gevolgd, worden geacht te zijn begrepen in de hierna te geven beslissing ter zake van de proceskosten. PNO zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties, met de wettelijke rente.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Dat het hof, door te oordelen en te beslissen als het heeft gedaan in zijn bestreden arrest, het recht heeft geschonden dan wel het vormvereiste van een toereikende motivering niet in acht heeft genomen, één en ander om de navolgende, tevens in hun onderlinge samenhang te lezen, redenen:

1. Onderdekking

1.1.

In *rov. 3.10* oordeelt het hof ten onrechte dat de te missen herstell premie niet valt onder het bepaalde in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (Bijlage 2 bij artikel 7 lid 4 van het Vrijstellings- en boetebesluit Bpf 2000^[1.]) ter zake van onderdekking. Dat oordeel van het hof is onjuist en geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uitgangspunt van de Rekenregels ten aanzien van de berekening van verzekeringstechnisch nadeel is dat het bedrijfstakpensioenfonds geen nadeel mag ondervinden van de vrijstelling of uittreding^[2.] door een werkgever.^[3.] Het hof heeft, mede tegen die achtergrond, miskend dat de bepaling aan het slot van die Rekenregels, in het licht van de artikelen 9a en 9c PSW en gelet, op het doel en voorschrift van die bepaling dat moet worden voorkomen dat de financieringsachterstand wordt verhaald op de bij het bedrijfstakpensioenfonds achterblijvende

werkgevers, inhoudt, althans meebrengt dat sprake is van 'onderdekking' in de zin van de bepaling zolang het bedrijfstakpensioenfonds haar streefdekkingsgraad als bedoeld in de op de voet van artikel 9c PSW vastgestelde Actuariële en bedrijfstechnische nota nog niet heeft bereikt. Aldus dient KPN, van wie de deelname aan het vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds PNO eindigde door opzegging per 1 oktober 2006^[4.] op gelijke voet als de achterblijvende werkgevers bij te dragen aan de financiering van de achterstand, zodat de herstellpremie, anders dan het hof ten onrechte heeft geoordeeld, deel uitmaakt van het verzekeringstechnisch nadeel in de zin van de Rekenregels, zolang PNO haar streefdekkingsgraad van 125,5% nog niet had bereikt.^[5.]

1.2.

Voor zover het hof aansluiting heeft gezocht bij de notulen van de bestuursvergadering van PNO op 7 december 2005^[6.] heeft het hetzij miskend dat de uitleg van het begrip 'onderdekking' in de zin van de Rekenregels (slot) niet kan worden gevonden in de notulen van PNO, hetzij een onbegrijpelijke uitleg gegeven van die notulen nu daarin omtrent 'onderdekking' in de zin van de Rekenregels niets valt te lezen aangezien het bestuur in zijn vergadering uitsluitend aandacht heeft besteed aan het (per 1 januari 2007 geldende) minimum vereist eigen vermogen in de zin van artikel 131 Pw (en eventuele maatregelen, indien de dekkingsgraad van PNO daaronder zou komen).

1.3.

Voor zover het hof heeft geoordeeld dat geen sprake was van onderdekking in de zin van de Rekenregels omdat PNO ten tijde van de beëindiging door KPN haar streefdekkingsgraad reeds had bereikt nu zij toen beschikte over een dekkingsgraad van 118% is het hof (in strijd met artikel 24 Rv) buiten de rechtsstrijd van partijen getreden, althans heeft het zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd nu PNO zowel in de CvA^[7.] als tijdens de comparitie in eerste aanleg heeft gesteld dat haar streefdekkingsgraad 125,5% bedroeg, welke stelling KPN noch tijdens de comparitie noch in appel heeft betwist.^[8.]

1.4.

Het slagen van (één of meer van de) middelonderdelen 1.1, 1.2 en/of 1.3 vitiesert ook *rov. 3.12 slot*. Het hof miskent (ook) daar immers dat de Rekenregels (in het slot onder 2.) wel degelijk een compensatie toekennen voor het risico dat de kosten van indexering van de aanspraken van de niet-actieven (gepensioneerden en slapers) van KPN (en voorheen Nozema) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd en indexering van hun aanspraken geschiedt ten koste van het mede met de herstellpremie opgebouwde pensioenvermogen van de premiebetalende werknemers.

1.5.

Voor zover het hof in *rov. 3.11* en *rov. 3.12* heeft geoordeeld dat de (herstel)premies die PNO sinds 2003 in rekening bracht om de uit te betalen pensioenen (in de toekomst) te kunnen indexeren geen onderdeel zijn van het verhaal van de financieringsachterstand, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is het in het licht van de gedingstukken, onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd. PNO heeft (onbestreden) aangevoerd dat sprake is van een financieringsachterstand (of kapitaaldekkingstekort), zolang zij haar streefdekkingsgraad nog niet had bereikt.^[9.] Ook heeft PNO (onbestreden) aangevoerd dat vanaf 2003 een herstellpremie onderdeel

uitmaakt van de doorsneepremie, welke herstelpremie diende om de financieringsachterstand 'in te lopen'^[10.] om aldus indexering te (kunnen) financieren.^[11.]

1.6.

De (primaire) rechtsklacht van dit onderdeel wordt voorgesteld, omdat de Rekenregels zijn aan te merken als recht in de zin van artikel 79 lid 1 onder *b* RO. De Rekenregels maken onderdeel uit van het Vrijstellings- en boetebesluit Bpf 2000 (zie artikel 7 lid 4 van het besluit). Dat besluit vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 13 lid 3 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Het besluit (en de Rekenregels) bevatten (zijn) naar hun aard algemeen verbindende regels. Zij zijn deugdelijk gepubliceerd middels bekendmaking in het Staatsblad van 24 augustus 2000 (2000, 333).^[12.] Zij zijn van toepassing, omdat het hof in *rov. 3.5-3.6* heeft geoordeeld dat het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' in de overeenkomst tussen partijen dezelfde inhoud heeft als de Rekenregels.

2. Inkoop aanspraken voor niet-actieven

2.1.

In *rov. 3.8* oordeelt het hof dat artikel 1 onder *c* (van de Rekenregels) uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat 'het bedrijfstakpensioenfonds' in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht en dat van een dergelijke inkoop ten processe niet is gebleken. Dat oordeel geeft hetzij blijk van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij is ontoereikend gemotiveerd.

2.1.1.

Het hof miskent dat artikel 1 onder *c* van de Rekenregels, die wat betreft de berekening van verzekeringstechnisch nadeel tot uitgangspunt hebben dat het fonds van vrijstelling van of uittreding door de werkgever geen nadeel mag tijden,^[13.] ziet op iedere situatie waarin gedurende de referentieperiode een deel van de doorsneejaarpremie betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (welk deel in dat geval, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen daarvan eveneens moet worden gecompenseerd). Daartoe is blijkens artikel 1 onder *c* van de Rekenregels niet vereist dat het pensioenfonds die aanspraken inkoop. De PSW kent immers zowel de mogelijkheid dat pensioenfondsen de pensioenverplichtingen herverzekeren (artikel 9 lid 1 PSW) dan wel, onder voorwaarden, in eigen beheer houden (artikel 10 PSW). De rechtsopvatting van het hof is dan ook onjuist, omdat zij voor de toepassing van de Rekenregels zou leiden tot een niet te rechtvaardigen onderscheid tussen enerzijds pensioenfondsen die herverzekeren en anderzijds pensioenfondsen die op de voet van artikel 10 PSW hebben afgezien van overdracht of herverzekering van het uit de aangegane pensioenverplichtingen voortvloeiende risico (vgl. artikel 9 lid 1 PSW). Voor zover het hof heeft geoordeeld dat PNO niet voldoet aan de vereisten van artikel 10 PSW en aldus viel onder de herverzekeringsverplicht van artikel 9 PSW is het, in strijd met artikel 24 Rv dan wel artikel 149 lid 1 Rv, buiten de rechtsstrijd van partijen getreden, omdat geen der partijen heeft aangevoerd dat PNO zou vallen onder die herverzekeringsplicht; beide partijen gingen er blijkens hun stellingen juist van uit dat PNO de pensioenen in eigen beheer hield.^[14.] Althans heeft het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu het hof heeft verzuimd te motiveren waarom PNO naar zijn oordeel niet voldoet aan de vereisten van artikel 10 PSW (in weerwil van de overlegging van PNO's Abtn als prod. 1 bij CvA).

2.1.2.

Voorts/althans geeft het hof hetzij blijk van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd door in *rov.* 3.8 te oordelen dat zich niet de situatie heeft voorgedaan dat in de referentieperiode een deel van de doorsneejaarpremie ('PdU') betrekking had op de inkoop van aanspraken van inactieven. PNO heeft in de feitelijke instanties naar voren gebracht dat de herstellpremie als onderdeel van de doorsneepremie werd aangewend voor de inkoop van aanspraken voor inactieven, omdat door toekenning van indexatie inkoop plaatsvindt van 'extra, een verhoogd, pensioen', waarbij zij heeft gewezen op het verband tussen baar streefdekkingsgraad en indexatie.^[15]

2.1.2.1.

Indien het hof heeft geoordeeld dat, bij dat aangevoerde (en op zichzelf niet bestreden) verband tussen dekkingsgraad en indexatie,^[16] het in rekening brengen van een herstellpremie teneinde bij het bereiken van de streefdekkingsgraad (volledig) te kunnen indexeren, geen inkoop van aanspraken voor niet-actieven is in de zin van artikel 1 onder c van de Rekenregels, is dat oordeel onjuist.

2.1.2.2.

Het hof is voorts op de aan het slot van onderdeel 2.1.2 aangeduide (wezenlijke) stellingen van PNO (dat door toekenning van indexatie inkoop plaatsvindt van extra, een verhoogd, pensioen waardoor een verband bestaat tussen (herstel tot) de streefdekkingsgraad en indexatie) ten onrechte niet (kenbaar) ingegaan, zodat zijn arrest niet naar behoren met redenen is omkleed

2.1.2.3.

KPN heeft die stellingen bestreden door aan te voeren dat (i) de herstellpremie louter dient ter verhoging van de dekkingsgraad^[17] en (ii) dat er gedurende de periode van het herstelplan geen aanpassing van opgebouwde rechten plaatsvindt.^[18] Voor zover het hof heeft geoordeeld dat onder die omstandigheden geen inkoop van aanspraken van niet-actieven plaatsvindt als bedoeld in artikel 1 onder c Rekenregels is dat oordeel rechtens onjuist, althans niet naar behoren gemotiveerd omdat die omstandigheden (zonder toelichting die evenwel ontbreekt) onverlet laten dat (een deel van) de herstellpremie wordt aangewend voor de inkoop (of toekenning) van een aanvullende pensioenaanspraak (in de vorm van indexatie).

2.1.2.4.

Dat het hof heeft geoordeeld dat noch uit de berekening van de actuaris van PNO, noch uit de stukken die PNO in het geding heeft gebracht blijkt dat die situatie (waarmee het hof klaarblijkelijk doelt op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de referentieperiode) zich heeft voorgedaan is onbegrijpelijk, nu uit de brief van de actuaris d.d. 21 juni 2007 blijkt dat de herstellpremie onderdeel bleef van de doorsneepremie zolang de indexatiefactor voor looninflatie lager is dan 100% en deze herstellpremie wordt aangewend voor opheffing van het reservetekort teneinde volledige indexatie te kunnen toekennen (dan is de indexatiefactor 100%).^[19]

2.1.2.5.

Voor zover het hof heeft geoordeeld dat bedoelde inkoop niet plaats had in de referentieperiode, geeft

dat oordeel hetzij blijkt van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip 'referentieperiode' in de zin van de Rekenregels, hetzij een ontoereikende motivering, nu de Rekenregels 'referentieperiode' definiëren als het volledige boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de vrijstelling ingaat, welk boekjaar betrekking heeft op het bedrijfstakpensioenfonds, en PNO onweersproken heeft gesteld dat 'de herstellpremie vanaf 2003, toen het herstelplan werd opgesteld, een onderdeel is van de financiering van de totale pensioenambitie'^[20.] en zij pas in 2008 haar streefdekkingsgraad heeft bereikt.^[21.]

3. Klachtplicht

3.1.

Hetzij onjuist, hetzij onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof in *rov. 3.16* dat KPN haar vordering niet zou baseren op een gebrekkige prestatie van PNO. Artikel 10 lid 3 van de overeenkomst tussen partijen luidt, (voor zover hier relevant) dat 'uittreding (...) slechts mogelijk is indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. De aanwezigheid van een verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het fonds.'^[22.] PNO heeft in mr. 2.4 MvG er op gewezen dat zij, in het kader van deze 'uittreding' in 2007 het verzekeringstechnisch nadeel heeft berekend, waartegen KPN pas 'enkele jaren later — medio 2009' bezwaar heeft gemaakt. Aangezien de schadeloosstelling voor verzekeringstechnisch nadeel een voorwaarde is voor 'uittreding', aan welke schadeloosstelling een vaststelling door de actuaris van het fonds dient vooraf te gaan, heeft deze vaststelling (rechtens) te gelden als een prestatie in de zin van artikel 6:89 BW, althans is onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat deze vaststelling geen prestatie in de zin van artikel 6:89 BW zou zijn.

3.2.

Voorts is onjuist, althans onbegrijpelijk 's hofs *rov. 3.17*. Het hof miskent dat een (geslaagd) beroep op artikel 6:89 BW ten aanzien van de vaststelling (rechtens) meebrengt dat KPN niet onverschuldigd aan PNO heeft betaald. Aldus ontstaat ook geen ongedaanmakingsverbintenis van PNO jegens KPN (zodat niet relevant is of PNO daarvan wordt bevrijd). Het hof was op grond van artikel 25 Rv in zoverre gehouden de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.

3.3.

Voorts/althans miskent, het hof dat een onverschuldigde betaling leidt tot een ongedaanmakingsverbintenis. KPN vordert nakoming van deze ongedaanmakingsverbintenis. Op die ongedaanmakingsverbintenis is artikel 6:89 BW van toepassing.

3.4.

Voor zover het hof de stellingen van PNO (door het hof samengevat als 'het enkel klagen over de handelwijze van KPN') niet heeft opgevat als een beroep op artikel 6:89 BW, is zijn oordeel onbegrijpelijk omdat PNO haar stellingen over de ontneming van de mogelijkheid om aan beëindiging door KPN niet mee te werken of daaraan nadere voorwaarden te verbinden onmiskenbaar heeft geplaatst in de sleutel van de klachtplicht van artikel 6:89 BW^[23.] en met haar stellingen naar voren heeft gebracht welk nadeel zij heeft geleden doordat KPN niet tijdig heeft geklaagd.

3.5.

Voor zover het hof heeft geoordeeld dat KPN tijdig heeft geprotesteerd in de zin van artikel 6:89 BW is dat oordeel, mede in het licht van het in onderdeel 3.4 bedoelde nadeel, rechtens onjuist, dan wel onbegrijpelijk, nu tussen partijen (als door de rechtbank vastgesteld en in appel onbestreden) vaststaat dat PNO vaststelling van het verzekeringstechnisch nadeel op 5 september 2007 heeft meegedeeld^[24.] aan KPN en KPN daartegen pas ná 11 maart 2008 bij PNO heeft geprotesteerd^[25.] (te weten eerst op 9 juli 2009).^[26.] Een dergelijk tijdsverloop (van 22 maanden) kan, zonder toelichting die evenwel ontbreekt, niet gelden als bekwame tijd in de zin van artikel 6:89 BW.

4.

Het hof is ten onrechte voorbij gegaan aan het bewijsaanbod van PNO^[27.] waarin PNO voldoende concreet (tegen)bewijs heeft aangeboden van haar 'feitelijke stellingen' (onder meer) door het horen van (in hoger beroep specifiek aangeduide) getuigen, welk bewijsaanbod derhalve (onder meer) betrekking heeft op de (concrete en relevante) stellingen van PNO dat in de referentieperiode inkoop van aanspraken voor niet-actieven heeft plaatsgevonden en (voor zover feitelijk voldoende betwist) dat op het moment dat KPN uittrad sprake was van onderdekking.

5.

Het slagen van één of meer van de voorgaande klachten brengt mee dat *rov. 3.19. eerste en laatste volzin* alsmede het *dictum* van het bestreden arrest evenmin in stand kunnen blijven. Het slagen van middelonderdeel 1 en/of middelonderdeel 2 brengt mee dat evenmin in stand kan blijven 's hofs overweging in *rov. 3.6* dat KPN redelijkerwijs niet heeft hoeven begrijpen dat onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel ook de te missen herstell premie zou vallen.

Conclusie

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

PNO is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Deelneming in dit fonds berust op vrijwillige toetreding op grond van een tussen de werkgever en PNO gesloten overeenkomst. Volgens de overeenkomst moet bij uittreding van de werkgever het 'verzekeringstechnisch nadeel' aan PNO worden vergoed. Dit begrip is afkomstig uit regelgeving ten aanzien van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, te weten de Rekenregels die behoren bij het Vrijstellings- en boetebesluit, welk besluit is gebaseerd op de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. In cassatie staat vast dat het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' in de overeenkomst conform de Rekenregels moet worden uitgelegd. In discussie is met name wat de Rekenregels verstaan onder 'onderdekking' en onder 'inkoop van aanspraken voor niet-actieven'.

1. Feiten^[1.]

1.1

PNO is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (voorheen Pensioen- en spaarfondsenwet).

1.2

De Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (later Nozema Services N.V., hierna: Nozema) had aan haar werknemers pensioentoezeggingen gedaan en wilde deze pensioentoezeggingen, conform haar wettelijke plicht, onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. Op 15 mei 2002 is hiertoe tussen PNO en Nozema een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten die als doel had om de rechten en verplichtingen over en weer in het kader van de aansluiting van Nozema bij PNO vast te leggen. De aansluiting van Nozema bij PNO was onverplicht in de zin dat Nozema de pensioentoezeggingen ook bij een verzekeraar of een ondernemingspensioenfonds had kunnen onderbrengen.

1.3

Op 20 oktober 2006 heeft een juridische fusie plaatsgevonden tussen Nozema en KPN, waardoor Nozema als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De werknemers van Nozema zijn per 1 oktober 2006 opgenomen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds KPN.

1.4

KPN heeft per 1 oktober 2006 de deelname aan de pensioenregeling van PNO beëindigd.

1.5

Artikel 10 lid 3 van de overeenkomst bepaalt:

“Uittreding van de deelnemende als bedoeld in het eerste lid is slechts mogelijk, indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. De aanwezigheid van een verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het fonds. De deelnemende organisatie ontvangt een afschrift van het desbetreffende rapport van de actuaris.”

1.6.1

Bij brief van 5 september 2007 heeft PNO aan KPN laten weten dat het verzekeringstechnisch nadeel dat als gevolg van het uittreden is ontstaan een bedrag van € 837.765 betreft, te vermeerderen met de kosten van het uittredingsverzoek van € 1.500, derhalve in totaal € 839.265.

1.6.2

Als bijlagen bij de brief waren aangehecht twee brieven van de actuaris van PNO, A. B.V. In de brief van (vermoedelijk) 6 juni 2007 is vermeld dat het verzekeringstechnisch nadeel volgens A. bestond uit drie componenten: a) te missen solidariteitsbijdragen op grond van de gemiddelde leeftijd als gevolg van het uittreden, b) te missen herstell premie als gevolg van het uittreden, en c) de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het uittredingsverzoek. De brief vermeldt voorts, voor zover relevant:

“In bijlage 1 gaan wij achtereenvolgens in op de hierboven beschreven drie componenten. Voor de vaststelling van de te missen solidariteitsbijdragen stellen wij voor aan te sluiten bij het (objectief vastgestelde) Vrijstellingsbesluit uit de Wet Bpf 2000. Voor de vaststelling van de te missen herstell premie stellen wij voor aan te sluiten bij het onlangs door het bestuur vastgestelde premie- en indexatiebeleid. Tevens stellen wij voor de te missen solidariteitsbijdragen, indien negatief, te

verrekenen met de overige componenten van het verzekeringstechnische nadeel.”

1.6.3

In de brief van 21 juni 2007 van A. staat dat de te missen solidariteitsbijdrage uitkomt op een negatief bedrag van € 277.353 aangezien de uittredende deelnemers van KPN gemiddeld ouder waren dan de achterblijvende deelnemers bij PNO, en dat de herstellpremie € 1.115.118 bedraagt.

1.7.1

Artikel 7 lid 4 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 luidt als volgt:

“Artikel 7. Voorschriften bij het verlenen van vrijstelling

(...)

4.

Aan de vrijstelling, bedoeld in de artikelen 3, eerste lid, (...) kan het bedrijfstakpensioenfonds het voorschrift verbinden dat de werkgever een financiële bijdrage betaalt ter vergoeding van het verzekeringstechnisch nadeel dat het fonds bij de vrijstelling lijdt. De hoogte van deze bijdrage wordt berekend volgens bijlage 2 bij dit besluit, tenzij partijen anders overeenkomen.”

1.7.2

Bijlage 2. Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel luidt, voor zover van belang, als volgt:

“De hoogte van de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel bij dispensatie heeft betrekking op de volgende elementen:

1. Te missen solidariteitsbijdragen als gevolg van het uittreden uit het fonds.
(...)
2. de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het dispensatieverzoek. Indien er op de dag van uittreding sprake is van een onderdekking, mag dit er niet toe leiden dat de financieringsachterstand wordt verhaald op de bij het bedrijfstakpensioenfonds achterblijvende werkgevers. De werkgever aan wie de vrijstelling is verleend dient dan op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers bij te dragen in de financiering van de achterstand. (...)

1.8

Na verschillende aanmaningen heeft KPN op 13 februari 2008 een bedrag van € 849.060,26 betaald,^[2] welk bedrag op 15 februari 2008 door PNO is ontvangen. Ook heeft PNO op 3 juli 2008 een bedrag van € 4.966,61 van KPN ontvangen ter zake van een rentenota van 11 maart 2008.

1.9

KPN heeft na betaling van voornoemde bedragen bij PNO alsnog bezwaar gemaakt tegen de berekening van het verzekeringstechnisch nadeel.

2. Procesverloop

2.1

Bij exploit van 28 december 2011 heeft KPN PNO gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam. Zij vorderde veroordeling van PNO tot betaling van € 854.026,87, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 13 februari 2008 en van € 5.160 aan buitengerechtelijke kosten, met veroordeling van PNO in de proceskosten, met rente. Aan deze vordering legde zij ten grondslag dat de door PNO berekende herstellpremie van € 1.115.118 niet onder verzekeringstechnisch nadeel in de zin van art. 10 lid 3 van de overeenkomst valt en dat zij het bedrag van € 854.026,87 onverschuldigd heeft betaald.

2.2

PNO voerde gemotiveerd verweer. Bij eindvonnis van 16 januari 2013 heeft de rechtbank de vorderingen van KPN afgewezen. Zij kwam tot de conclusie dat PNO, voor de berekening van het verzekeringstechnisch nadeel door uittreding van KPN in de zin van artikel 10 lid 3 van de overeenkomst, niet gebonden is aan de in de Rekenregels genoemde nadeelelementen en aan KPN het door haar daadwerkelijk ondervonden nadeel in rekening kan brengen (rov. 4.8). PNO heeft nadeel geleden ook al had zij in 2006 de op dat moment vereiste dekkingsgraad bereikt. Het nadeel omvat namelijk ook de herstellpremie die PNO in rekening bracht met het oog op indexering van pensioenen op de langere termijn, nu zij deze herstellpremies voor de uittreeders zou missen maar die uittreeders wel een recht op indexatie behouden (rov. 4.9). Daaraan doet niet af dat de indexering voorwaardelijk is (rov. 4.10).

2.3.1

Van dit vonnis is KPN, onder aanvoering van vijf grieven, in hoger beroep gekomen. Het gerechtshof te Amsterdam heeft het vonnis waarvan beroep bij arrest van 4 maart 2014 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van KPN van € 854.026,87 alsnog toegewezen, met de wettelijke rente daarover vanaf 1 augustus 2011. De gevorderde buitengerechtelijke kosten wees het hof af.

2.3.2

Anders dan de rechtbank kwam het hof tot het oordeel dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel in art. 10 lid 3 van de overeenkomst geen ruimere inhoud had dan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels, meer in het bijzonder niet dat onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel ook de te missen herstellpremie zou vallen:

“3.4

De kern van het geschil betreft de vraag hoe het begrip verzekeringstechnisch nadeel in artikel 10 lid 3 van de overeenkomst moet worden uitgelegd. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

3.5

Bij de uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel zijn de volgende omstandigheden van belang.

- (i) De overeenkomst was een standaardovereenkomst die aan alle deelnemers werd toegezonden. Voorafgaande aan het tekenen van de overeenkomst heeft alleen een

schriftelijke stukkenwisseling plaatsgevonden, zo volgt uit hetgeen L.G. Witkamp, destijds algemeen directeur van PNO, verklaard heeft tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg op 10 september 2012.

- (ii) In de overeenkomst wordt het begrip verzekeringstechnisch nadeel niet nader omschreven.
- (iii) Tijdens eerdergenoemde comparitie van partijen heeft Witkamp verklaard dat bij het opstellen van de tekst van de standaardovereenkomst het solidariteitsbeginsel erg belangrijk was, dat het destijds uitdrukkelijk de bedoeling was om geen vaste formule van het verzekeringstechnisch nadeel op te nemen zodat de overeenkomst toekomstbestendig zou zijn, dat hij aan de actuaris de opdracht heeft gegeven om de standaardovereenkomst in die zin te formuleren en dat deze bedoeling niet met Nozema is gecommuniceerd.
- (iv) Bij brief van 15 december 2005 is Nozema geïnformeerd over de pensioenpremietarieven die met ingang van 1 januari 2006 van toepassing zijn. In de brief wordt niet meegedeeld dat 5% van de pensioenpremie bestaat uit herstellpremie.
- (v) De overeenkomst is per 1 oktober 2006 beëindigd, omdat Nozema als gevolg van een juridische fusie met KPN als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De reden van beëindiging is vergelijkbaar met de vrijstelling die bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt verleend in verband met groepsvorming (zie artikel 3 Vrijstellings- en boetebesluit).
- (vi) De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel zijn in de pensioenbranche bekend en algemeen geaccepteerd.
- (vii) De actuaris van PNO die het bestuur van PNO een voorstel heeft gedaan voor de wijze van vaststelling van het verzekeringstechnisch nadeel heeft voor de berekening van de solidariteitsbijdragen aansluiting gezocht bij de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel.
- (viii) De actuaris van KPN komt in zijn marktpraktijk het missen van een herstellpremie als component van het verzekeringstechnisch nadeel nooit tegen.

3.6

In de onder 3.5 genoemde omstandigheden is het hof van oordeel dat KPN (Nozema) redelijkerwijs niet heeft behoeven te begrijpen dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst een ruimere inhoud had dan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel, meer in het bijzonder niet dat onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel ook de te missen herstellpremie zou vallen. Uit het enkele feit dat KPN (Nozema) wist dat PNO een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds was en dus wist dat de voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geldende regels niet (noodzakelijk) voor PNO golden, volgt, anders dan PNO lijkt te betogen, niet dat PNO erop mocht vertrouwen dat KPN (Nozema) begreep dat PNO een eigen invulling aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel gaf.”

2.3.3

Vervolgens oordeelde het hof dat de herstellpremie niet valt onder het verzekeringstechnisch nadeel als bedoeld in de Rekenregels:

“3.7

PNO stelt dat ook bij toepassing van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel de te missen herstellpremie door KPN vergoed zou moeten worden. In de eerste plaats voert PNO aan dat de

herstelpremie ook bedoeld is voor de inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel. Middels toekenning van indexatie vindt immers inkoop van extra, een verhoogd, pensioen plaats, aldus PNO.

3.8

Het hof is van oordeel dat artikel 1 onder c uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht. Noch uit de berekening van de actuaire van PNO noch uit de stukken die PNO in het geding heeft gebracht, blijkt dat die situatie zich heeft voorgedaan. De herstelpremie kan derhalve niet onder artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel worden gebracht.

3.9

Daarnaast voert PNO aan dat de te missen herstelpremie valt onder de in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel opgenomen regel dat bij een onderdekking de uittredende werkgever op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers dient bij te dragen in de financiering van de achterstand. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

3.10

Ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) was de dekkingsgraad ruim 118%. Uit de notulen van de vergadering van het bestuur van PNO van 7 december 2005, overgelegd als productie 1 bij brief van 27 augustus 2012, volgt dat bij een dekkingsgraad lager dan 105% sprake is van onderdekking. De te missen herstelpremie valt derhalve niet onder het bepaalde in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel ter zake van onderdekking. Ten tijde van de uittreding was er bij PNO immers geen onderdekking. Anders dan PNO aanvoert, kan uit het bemiddelingsvoorstel van de SER-bemiddelaar niet worden opgemaakt dat, indien er geen situatie van onderdekking is, de te missen herstelpremie toch onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel van de Rekenregels kan worden gebracht. PNO licht dat ook niet toe.

3.11

PNO brengt nog naar voren dat het missen van herstelpremie negatieve gevolgen heeft voor herstel van de dekkingsgraad en daarmee voor de indexatiecapaciteit bij PNO. De werknemers van Nozema die pensioenaanspraken bij PNO hebben opgebouwd, hebben recht op toekomstige indexatie, indien en voor zover PNO tot het toekennen van indexatie besluit. PNO lijdt nadeel indien zij van KPN (Nozema) niet de bijdrage ontvangt die gericht is op het verkrijgen van voldoende dekking voor de indexatie van die pensioenaanspraken, aldus PNO.

3.12

Het hof begrijpt het betoog van PNO aldus dat door het uittreden van KPN (Nozema) het risico wordt vergroot dat de kosten van indexering van de aanspraken van de niet-actieven (gepensioneerden en slapers) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd en indexering van hun aanspraken geschiedt ten kosten van het mede met de

herstelpremie opgebouwde pensioenvermogen van de premiebetalende werknemers. PNO ziet eraan voorbij dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds dat aan een werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming verleent, ook met dat risico heeft te maken en dat de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel voor dat risico (ook) geen compensatie toekennen.

3.13

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat, anders dan PNO stelt, uit artikel 10 lid 3 van de overeenkomst niet volgt dat de actuaris van PNO het verzekeringstechnisch nadeel naar eigen inzicht en voor partijen bindend vaststelt. De actuaris moet bij het vaststellen/berekenen van het verzekeringstechnisch nadeel uitgaan van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepassing van deze maatstaf brengt mee dat er geen grond is om het begrip verzekeringstechnisch nadeel uit te leggen in de door PNO bepleite zin.”

2.4

Van dit arrest is PNO tijdig, bij dagvaarding van 3 juni 2014, in cassatie gekomen. KPN concludeert tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en vervolgens gerepliceerd c.q. gedupliceerd.

3. Onderdelen 1 en 2; verzekeringstechnisch nadeel volgens de Rekenregels

Inleiding

3.1

Het middel bestaat uit vijf onderdelen. De onderdelen 1 en 2 zien op het begrip ‘verzekeringstechnisch nadeel’ in de Rekenregels. *Onderdeel 1* is gericht tegen rov. 3.10 en betoogt in de kern dat van ‘onderdekking’ als bedoeld in de Rekenregels sprake is zolang het bedrijfstakpensioenfonds haar streefdekkingsgraad nog niet bereikt heeft. De streefdekkingsgraad is volgens het middel de dekkingsgraad als bedoeld in de op basis van (destijds) art. 9c Pensioen- en spaarfondsenwet vast te stellen Actuariële en bedrijfstechnische nota (Abtn). *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 3.8 en betoogt in de kern dat de herstelpremie werd aangewend voor de inkoop van aanspraken voor inactieven als bedoeld in art. 1 onder c van de Rekenregels, omdat door toekenning van indexatie inkoop plaatsvindt van een extra, verhoogd pensioen.

De overige onderdelen stellen verschillende kwesties aan de orde (onderdeel 3 de klachtplicht, onderdeel 4 het passeren van een bewijsaanbod en onderdeel 5 een veegklacht) die ik afzonderlijk behandel.

3.2

In feitelijke instanties is veel aandacht besteed aan de vraag of partijen in hun overeenkomst van een ander begrip ‘verzekeringstechnisch nadeel’ zijn uitgegaan dan het in de Rekenregels bedoelde begrip. Die strijd is inmiddels gestreden. Daarmee verschuift deze vraag van contractsuitleg naar de vraag hoe de Rekenregels moeten worden uitgelegd. Het debat daaromtrent heeft zich in cassatie verdiept.

3.3

Partijen nemen terecht tot uitgangspunt dat de Rekenregels recht in de zin van art. 79 RO zijn.^[3.] Het betreft naar buiten werkende, tot eenieder gerichte en op behoorlijke wijze gepubliceerde^[4.] regels, die deel uitmaken van het Vrijstellings- en boetebesluit Bpf 2000 (Vbbpf), welk besluit een wettelijke grondslag heeft in art. 13 lid 3 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000).^[5.] Gezien het oordeel van het hof in rov. 3.6 en 3.13 moet worden aangenomen dat de overeenkomst op dit punt niet afwijkt van het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' zoals dat wordt bedoeld in de Rekenregels. De cassatierechter kan dus zelf, ook in het onderhavige contractuele kader, de Rekenregels uitleggen.^[6.]

3.4

Ik schets hierna eerst het juridisch kader waarbinnen de Rekenregels moeten worden geplaatst. Daarbij bespreek ik achtereenvolgens de historische achtergrond van het begrip verzekeringstechnisch nadeel, de totstandkoming van de Rekenregels en de begrippen 'verzekeringstechnisch nadeel', 'inkoop van aanspraken voor inactieven', 'indexeringsrisico' en 'onderdekking'.

3.5

Enige jaren na de Tweede Wereldoorlog zijn de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW)^[7.] en de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wbf)^[8.] tot stand gekomen.

Volgens art. 2 PSW moest een werkgever die een pensioentoezegging doet, de nakoming daarvan zeker stellen door toetreding tot een bedrijfspensioenfonds, door aan de onderneming een ondernemingspensioenfonds te verbinden of door verzekeringen te sluiten. De PSW is per 1 januari 2007 opgegaan in de huidige Pensioenwet.^[9.]

Deelname aan een bedrijfspensioenfonds (ofwel bedrijfstakpensioenfonds) kan vrijwillig zijn of verplicht.^[10.] Volgens de Wbf kunnen sociale partners de Minister van Sociale Zaken verzoeken om deelname aan een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.^[11.] De Wbf is per 1 januari 2001 vervangen door Wet Bpf 2000.^[12.]

Zowel onder de Wbf als onder de Wet Bpf 2000 bestond de mogelijkheid van vrijstelling van de verplichte deelname aan het bedrijfspensioenfonds. Deze vrijstellingsmogelijkheid werd achtereenvolgens geregeld in (i) de Richtlijnen voor deelneming aan het bedrijfspensioenfonds, die met enige wijzigingen hebben gegolden van 1949 tot 1998; (ii) de Vrijstellingsregeling Wet bedrijfspensioenfonds van 24 april 1998, met als Bijlage 2 de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel; en (iii) thans, onder vigeur van de Wet Bpf 2000, in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 eveneens met als Bijlage 2 de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel.^[13.]

'Verzekeringstechnisch nadeel'

3.6

Het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' hangt samen met de mogelijk om niet (langer) deel te nemen aan een verplicht bedrijfspensioenfonds.

Een bedrijfspensioenfonds werkt (veelal, art. 8 Wet Bpf 2000 stelt dit thans verplicht) met een 'doorsneepremie'. Een 'doorsneepremie' houdt in dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen

verschillende groepen werknemers, zodat allen dezelfde premie betalen. Daarmee wordt de zuivere verzekeringsgedachte per individuele werknemer verlaten, de solidariteit binnen de bedrijfstak bevordert en concurrentie op pensioenvoorwaarden tussen bedrijven in dezelfde branche tegengegaan.^[14.] Daarom werd reeds bij de totstandkoming van de Wbf opgemerkt dat het niet te eenvoudig moest zijn om betere risico's (vooral: jongere werknemersbestanden)^[15.] aan de verplichting te onttrekken.^[16.] Tijdens de parlementaire behandeling werd in verband met de mogelijkheid tot vrijstelling erop gewezen dat iemand die al een adequate pensioenvoorziening had of elders kon verkrijgen, en daarom vrijstelling van verplichte deelname verlangde, een sociale verplichting had ten opzichte van zijn (destijds met name: oudere) bedrijfsgenoten. De aan het bedrijfspensioenfonds te betalen premie omvatte naast het 'actuariële gedeelte', bestemd voor de verzekering van de betrokkene, ook een zogenaamd 'sociaal gedeelte'.^[17.]

3.7

Art. 5 lid 3 Wbf bevatte de mogelijkheid van een vrijstelling van de verplichte deelname. Op basis hiervan gaf de Minister van Sociale Zaken de *Richtlijnen voor deelneming aan het bedrijfspensioenfonds* van 13 mei 1949.^[18.] In art. 1 sub d verschijnt voor het eerst de term 'verzekeringstechnisch nadeel':

"Artikel 1

Vrijstelling van de verplichting tot deelneming in een bedrijfspensioenfonds of van bepaalde verplichtingen ten opzichte van een zodanig fonds kan op verzoek van een ondernemingsfonds of van een onderneming of, ingeval een belanghebbende levensverzekeringnemer is, van die belanghebbende door het bevoegde orgaan van dat fonds worden verleend, indien voldaan is aan de volgende voorwaarden:

(...)

- d. dat, indien de vrijstelling uittreding uit het fonds ten gevolge heeft, een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie wordt geboden voor eventueel daaruit voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds."

De term 'verzekeringstechnisch nadeel' werd in de Richtlijnen niet gedefinieerd; bij de regeling bevond zich geen toelichting. Hetzelfde geldt voor de herziene versie van de Richtlijnen uit 1951,^[19.] de nieuwe versie uit 1953 (Beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 29 december 1952)^[20.] en de herziene versie van die laatste uit 1988.^[21.]

3.8

Ten tijde van de totstandkoming van de Bedrijfspensioenfondsenwet lag de nadruk in parlement en maatschappij op het van de grond krijgen van een algemeen stelsel voor oudedagsvoorziening; de oprichting van nieuwe fondsen en verplichtstelling van die fondsen stonden in die discussie centraal. In de jaren '90 brak men zich het hoofd over hele andere ontwikkelingen rond oudedagsvoorzieningen, zoals de wenselijkheid van marktwerking en de toenemende vergrijzing. In deze context kwam de vraag in hoeverre het verlaten van het ene (al dan niet verplicht gestelde) fonds voor een andere voorziening vaker op. Het gevoelen dat veel bedrijfspensioenfondsen daarvoor een te star vrijstellingenbeleid voerden, werd breed gedragen.^[22.] Hierdoor werd de invulling

van de term 'verzekeringstechnisch nadeel' weer actueel.

Tekort aan vermogen was in de vorige eeuw nog geen issue;^[23] doorgaans beliepen de activa van pensioenfondsen meer dan de totale contante waarde van de pensioenaanspraken. Met deze buffer in het eigen vermogen konden o.m. indexatie-ambities worden waargemaakt en risico's worden opgevangen zonder dat het fonds in onderdekking raakte.^[24] In die situatie speelde bij uitstreding veeleer de vraag of (een deel van de) binnen het fonds geaccumuleerde overwaarde bij de waardeoverdracht aan uitstreders moest worden meegegeven.^[25]

3.9.1

Deze ontwikkelingen gaven aanleiding tot het *Kabinetsstandpunt 'Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling'* van 17 september 1996. In dit kabinetsstandpunt stond onder meer het volgende over de mate waarin het behouden van solidariteit wenselijk werd geacht:^[26]

"De tweede pijler in de pensioensector kan niet worden besproken zonder tevens aandacht te besteden aan de groepssolidariteit die inherent is aan de aanvullende collectieve regelingen. De volgende vormen van groepssolidariteit komen voor in collectieve pensioenregelingen:

- bijdragen voor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten;
- bijdragen voor ouderen;
- bijdragen aan ouderdomspensioen vrouwen;
- bijdragen aan nabestaandenpensioen gehuwden en samenwonenden (met de inwerkingtreding per 1 januari 2000 van artikel 2b PSW zal dit tot het verleden behoren);
- bijdragen aan carrièremakers in eindloonregelingen.

Het kabinet acht het behouden van de eerste drie vormen van solidariteit wenselijk.

Groepssolidariteit (te bereiken via het heffen van doorsneepremies) brengt mee dat geen actuariële equivalentie bestaat tussen de feitelijke pensioenkosten van een individuele deelnemer en de voor hem en door hem bijgedragen premie. Bij Bpf-en ontbreekt in de premiestelling deze actuariële equivalentie ook op het niveau van de individuele onderneming.

Wat betreft de verplichtstelling merkt het kabinet nog het volgende op. Indien de Minister van SZW op verzoek van door hem voor een bedrijfstak voldoende representatief geachte organisaties de deelneming in een Bpf voor de gehele bedrijfstak verplicht heeft gesteld, zijn ook de niet-georganiseerde werkgevers in die bedrijfstak gehouden voor hun werknemers bij te dragen aan het Bpf. Door de verplichtstelling wordt een breed verzekeringsdraagvlak gecreëerd, met door de sociale partners gekozen en door de verplichtstelling ook aan ongeorganiseerden opgelegde solidariteit tussen bedrijfsgenoten binnen een bedrijfstak. Een gevolg is dat dit gedeelte van de markt niet direct toegankelijk is voor verzekeraars. Daar staat tegenover dat de verplichtstelling leidt tot schaalvoordelen en daarmee samenhangend tot relatief lage uitvoeringskosten. Immers, bij een Bpf kunnen honderden tot duizenden kleine bedrijven zijn aangesloten, die alle aan dezelfde regeling deelnemen.

Uit het voorgaande trekt het kabinet de conclusie dat er — uitgaande van behoud van elementen van sociaal beleid (onder meer groepssolidariteit) die het kabinet inherent acht aan collectieve aanvullende regelingen — in deze nota nader aandacht dient te worden besteed aan de verplichtstelling." (mijn cursiveringen, A-G)

3.9.2

In het Kabinetsstandpunt werd aangedrongen op de totstandkoming van rekenregels voor de actuariële berekeningen van het verzekeringstechnisch nadeel om te komen tot een geobjectiveerd beoordelingssysteem:[\[27.\]](#)

“3. Compensatie verzekeringstechnisch nadeel

Samenvatting adviezen

De VK[\[28.\]](#) wijst op de compensatiemogelijkheid voor verzekeringstechnisch nadeel in de Wet Bpf. Zij geeft daarbij aan dat de wijze van berekening niet eenvoudig is maar wel belangrijk omdat door een te royale vergoeding de beoogde marktwerking weer teniet zou worden gedaan.

De STAR[\[29.\]](#) is van mening dat vrijstelling behalve in geval van grond A reden kan zijn voor het vergoeden aan het Bpf van het verzekeringstechnisch nadeel dat voortvloeit uit bestandsverschillen en verlies aan draagvlak. Tevens zou het Bpf schadeloos gesteld dienen te worden voor eventuele verzekeringstechnische nadelen indien de onderneming weer toetreedt tot het fonds. De STAR acht het van groot belang dat nadere regelen worden ontworpen voor de berekening van de hiervoor bedoelde verzekeringstechnische nadelen en is bereid daarvoor nadere voorstellen te ontwikkelen.

Standpunt van het kabinet

Met het door de STAR geschetste vrijstellingsregime wordt uittreding uitsluitend vanwege bestandsselectie onaantrekkelijk gemaakt door de nu al ook door de VK gesignaleerde — in de Vrijstellingsrichtlijn bestaande mogelijkheid voor Bpf-en om van de uittredende onderneming met een «goedkoop» personeelsbestand een compensatie van het verzekeringstechnisch nadeel te vragen. Daarmee wordt voor het deelnemersbestand van de Bpf-en tevens de bedrijfstakbrede solidariteit met zijn sociale beleidsdoelen behouden.

Indien een uittredend bestand in positieve zin afwijkt van de doorsnee van het deelnemersbestand van het Bpf, bijvoorbeeld wanneer de uittredende onderneming relatief weinig oudere werknemers heeft, kan voor het Bpf verzekeringstechnisch nadeel optreden. Een vergoeding hiervoor heeft betrekking op de solidariteitspremie (het deel van de doorsnee Bpf-premie boven de voor de onderneming zelf benodigde premie) die de uittredende onderneming in de toekomst nog zou hebben bijgedragen aan het Bpf indien de deelneming zou worden gecontinueerd.

Het kabinet acht het wenselijk dat de mogelijkheid van compensatie van verzekeringstechnisch nadeel blijft gehandhaafd met het oog op solidariteit met oudere, vrouwelijke en (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte bedrijfsgenoten. Voorts zou moeten worden bezien of aan een verschil in bestaand gemiddeld salarisniveau tussen ondernemingen in een bedrijfstak ook solidariteitselementen verbonden zijn. Indien er echter sprake is van bijvoorbeeld een verschil ten aanzien van de algemene carrièreontwikkeling is naar de mening van het kabinet compensatie voor verzekeringstechnisch nadeel niet aan de orde.

Met compensatie van het verzekeringstechnisch nadeel voor het Bpf, zoals wordt geadviseerd door de STAR, wordt voorkomen dat ondernemingen met goede risico's hun pensioenvoorzieningen om die reden, en ondanks eventuele lagere uitvoeringskosten bij het Bpf, elders tegen een lagere premie zouden gaan onderbrengen. Dit zou voor het Bpf weer tot een stijging van de doorsneepremie moeten leiden, waardoor het voor de resterende ondernemingen met betere risico's ook aantrekkelijk wordt ook uit het Bpf te treden enz. Op den duur zou er aldus geen bestaansmogelijkheid voor het Bpf meer zijn. Het kabinet is van oordeel dat de compensatie bij alle vrijstellingsgronden toegepast kan worden.

Het kabinet acht rekenregels voor de actuariële berekeningen van het verzekeringstechnisch nadeel gewenst om te komen tot een geobjectiveerd beoordelingssysteem. Daarbij moet voorkomen worden dat de hoogte van de compensatie uittreding irreëel maakt. Om deze reden zou de periode waarover het verzekeringstechnisch nadeel wordt berekend in de tijd beperkt kunnen blijven. Ook hier wil het kabinet de STAR verzoeken om zo spoedig mogelijk met voorstellen te komen voor algemeen toe te passen rekenregels, bezien in combinatie met het oordeel over de financiële positie van het Bpf en de eventuele rekenregels voor collectieve waarde-overdrachten (zie ook hierna onder overdracht opgebouwde rechten). Ook voor het geval de onderneming later weer tot het Bpf wil toetreden zijn (reken)regels wenselijk. Het kabinet gaat er van uit dat de STAR in zijn advies over de rekenregels de belangen van alle betrokken partijen, het Bpf, de uittredende onderneming en de bij het Bpf achterblijvende ondernemingen, op evenwichtige wijze zal behandelen. Tevens zal aan de STAR de vraag worden voorgelegd of er naar haar oordeel redenen zijn om op grond van vrijstellingsgrond D aan ondernemingen met relatief slechte risico's het verzekeringstechnische nadeel van uittreding te vergoeden. Na ontvangst van het desbetreffende advies van de STAR zal het kabinet dit voorleggen aan een onafhankelijke instelling (bijvoorbeeld de VK), waarbij betrokken dient te worden de situatie dat het ambitieniveau in de verplichtstelling wordt gemaximeerd op 70 procent middelloon, zoals beschreven in de nota Werken aan zekerheid.

Vervolgens zal beoordeeld worden of en zo ja, hoe dergelijke rekenregels kunnen worden toegepast in het kader van de Vrijstellingsrichtlijn. Overeenkomstig de bestaande voorschriften in de Vrijstellingsrichtlijn is tot het tijdstip van invoering van nadere rekenregels op advies van de STAR het oordeel van de VK over de redelijkheid van de compensatie doorslaggevend." (mijn cursiveringen, A-G)

3.10.1

Ter voorbereiding op de in het kabinetsstandpunt aangekondigde nadere rekenregels bracht de Stichting van de Arbeid (STAR) op 2 december 1997 haar door de Staatsecretaris verzochte *STAR-advies 'Verruiming dispensatieverlening bij verplicht gestelde bedrijfspensioenfondsen'* uit.^[30.] In dit advies werd, naast onder meer een voorstel voor rekenregels voor waardeoverdracht bij uittreding, ook een 'operationeel voorstel' ontwikkeld voor rekenregels ter berekening van de compensatie van het eventuele verzekeringstechnische nadeel voor een BPF bij uittreding of weer intreding van een onderneming (p. 7).

Het uitgangspunt voor de compensatie van het verzekeringstechnische nadeel was, dat dit globaal omschreven zodanig zou moeten worden vastgesteld dat de overblijvende ondernemingen geen financieel nadeel ondervinden van de uittreding, dat bij uittreding de onderneming alle toekomstige solidariteitsbijdragen aan het BPF werden voldaan en dat het BPF de werkelijke schade zou kunnen verhalen (p. 18). Dit uitgangspunt is niet onverkort gehandhaafd, omdat het, zoals hieronder zal blijken (3.10.6), in verband met vooral uitvoeringstechnische kwesties uiteindelijk werd vertaald in het advies om slechts bepaalde nadelen te vergoeden.

3.10.2

Het advies benoemde de volgende nadelen die voor een bedrijfspensioenfonds aan uittreding verbonden kunnen zijn (p. 17):

- te missen solidariteitsbijdragen;
- de uitvoeringskosten;

- het extra risico, verbonden aan de indexering van de aanspraken van slapers en gepensioneerden;
- het lang-leven-risico;
- de mogelijke onderdekking;
- de kosten van behandeling van het dispensatieverzoek.

3.10.3

Om de *solidariteitsbijdragen* te berekenen werd een formule voorgesteld op basis van de doorsneepremie en de actuariële lasten van het totale bestand respectievelijk het uittreedende bestand. Aanvullend werd opgemerkt (p. 18-19), dat:

“(…) indien op het moment van uitreden een deel van de doorsneepremie betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (indexering), dit deel (verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan) eveneens gecompenseerd dient te worden (…).”

De bedoelde formule is later in de Rekenregels overgenomen evenals de inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Het STAR-advies stelt voor om deze nadeelscomponent te berekenen aan de hand van een annuïteit met een looptijd van 6,5 jaar, met een correctiemogelijkheid. Ook dat idee is overgenomen in de Rekenregels, met dien verstande dat daarin in beginsel wordt uitgegaan van een looptijd van 5,5 jaar. Voor de onderhavige zaak maakt dat overigens niet uit.

3.10.4

Over de factor *indexeringsrisico* werd opgemerkt (p. 20):

“7.4. Indexeringsrisico

Onder indexeringsrisico wordt verstaan de kans dat de kosten van indexering van de aanspraken van de pensioentrekkenden en slapers niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd.

Afhankelijk van de reglementaire bepalingen zal dan de indexering moeten worden beperkt, de premie worden verhoogd, of de algemene reserve worden aangesproken (hierdoor zal overigens de premie op termijn ook toenemen). Een combinatie van maatregelen is uiteraard ook mogelijk. Bij uitreding van een werkgever neemt het indexeringsrisico voor de achterblijvenden toe; enerzijds omdat door het achterblijven van slapers en gepensioneerden deze groep relatief groter is geworden, en anderzijds omdat het draagvlak (de premiebetalenden) afneemt.

Het indexeringsrisico dat achterblijft bij het BPF, zou kunnen worden vastgesteld door de verhouding van de premie van de uittreedende werkgever en de totale premie te relateren aan het totale indexeringsrisico.

Kwantificering van het indexeringsrisico is in beginsel mogelijk met behulp van een ALM-model maar is overigens lastig te vatten in een algemene formule.

Een alternatief zou kunnen zijn dat de benodigde voorziening verzekeringsverplichtingen voor de niet-actieven geacht wordt te zijn berekend op een lagere rentevoet dan de (gebruikelijke) 4% en verondersteld wordt dat het verschil met de aanwezige voorziening (4%) in de toekomst uit de premie moet worden opgebracht. Hierdoor zullen de lasten voor de achterblijvers toenemen. Er bestaan in de praktijk evenwel verschillende indexeringssystemen (grondslagen) waarvoor dan ook aparte

percentages gehanteerd dienen te worden. Probleem is hierbij om tot een 'juiste' keuze te komen."

3.10.5

Over *onderdekking* vermeldt het rapport (p. 20-21):

"7.6. Onderdekking

Indien de uittreding zich voordoet op het moment dat er sprake is van een onderdekking, mag dit er niet toe leiden (volgens het algemene beginsel dat de overblijvende ondernemingen geen financieel nadeel ondervinden van een uittreding) dat de financieringsachterstand wordt verhaald op de zittende ondernemingen. De uittredende onderneming zou in beginsel op dezelfde wijze als de zittende ondernemingen moeten blijven bijdragen in de financiering van de achterstand. Partijen kunnen overeen komen dat er in één keer wordt afgerekend."

Deze passage is later in de Rekenregels overgenomen.

3.10.6

De conclusies van de STAR luidden (p. 22-23):

"Uit vorenstaande paragrafen 6. en 7. is naar voren gekomen dat er aanleiding is om een BPF te compenseren voor bepaalde verzekeringstechnische en andere nadelen die uittreding van een onderneming met zich meebrengt en dat er anderzijds in beginsel tevens motieven zijn om de uittredende onderneming een zekere compensatie toe te kennen uit de algemene reserve. De werkgroep heeft geconstateerd dat er in dat opzicht voor een deel sprake is van 'overlappende' (of: elkaar compenserende) nadelen resp. voordelen die vanuit de positie van het BPF gezien, dan zouden leiden tot enerzijds een toename en anderzijds een afname van de algemene reserve. Zo is er bijvoorbeeld een verband tussen het indexeringsrisico (risico van lage reële rente) en de algemene reserve.

Alles afwegende, is de werkgroep mede om praktische en uitvoeringstechnische redenen tot het voorstel gekomen om per saldo de compensatie te beperken tot de door het BPF te missen solidariteitsbijdragen van de uittredende onderneming alsmede de kosten van behandeling van het dispensatieverzoek.

De werkgroep heeft daarbij overwogen dat (afgezien van de uitvoeringstechnische problemen) een eventuele compensatie van de uittredende onderneming uit de algemene reserve grotendeels opgaat aan of zelfs overtroffen zal worden door het verzekeringstechnisch nadeel van het indexeringsrisico en het lang-leven-risico.

Wellicht ten overvloede merkt de werkgroep hierbij op dat dit voorstel uitsluitend betrekking heeft op ondernemingen waaraan dispensatie wordt verleend en derhalve niet op andere situaties bijvoorbeeld in geval er sprake is van een afsplitsing van bepaalde delen/groepen uit het BPF.

Met betrekking tot de eventuele aan uittreding verbonden extra uitvoeringskosten voor het BPF is de werkgroep van mening dat deze per saldo niet van dien omvang zullen zijn dat een afzonderlijke compensatie daarvoor noodzakelijk zou zijn. Ten aanzien van het mogelijke verzekeringstechnisch nadeel van onderdekking is de werkgroep van oordeel dat dit ineens verrekend zou moeten worden bij de vaststelling van de overdrachtswaarde." (mijn cursivering, A-G)

3.10.7

Volgens het advies zou nadeel in verband met 'onderdekking' kunnen worden verrekend bij de vaststelling van de waardeoverdracht. Nadat in het advies is uiteengezet hoe de waardeoverdracht berekend zou moeten worden, wordt daarover nog opgemerkt (p. 26):

"Indien bij de overdragende partij (BPF) sprake is van onderdekking wordt de overdrachtswaarde gekort met het onderdekkingspercentage. Dit onderdekkingspercentage kan bepaald worden op basis van de uit het jaarverslag van het BPF blijken de verhouding tussen de verplichtingen en het vermogen. Bij de voorgestelde methode wordt voldaan aan het uitgangspunt van wederkerigheid; de methode is bovendien administratief eenvoudig en behoeft niet te worden uitgelegd aan relaties (wettelijke verplichting).

De werkgever moet een aanvullende betaling verrichten als de overdrachtswaarde te laag is voor de ontvangende partij." (mijn cursivering, A-G)

3.11.1

Het advies van de STAR werd door de regering overgenomen. In 1998 werden de Richtlijnen voor deelneming aan het bedrijfspensioenfonds vervangen door de *Vrijstellingsregeling Wet bedrijfspensioenfonds* van 24 april 1998.^[31] Bij deze regeling behoorden ook *de Rekenregels*. In deze regeling waren verschillende vrijstellingsmogelijkheden opgenomen, waaronder het geval dat de onder de verplichtstelling vallende onderneming onderdeel wordt van een concern waar al een pensioenvoorziening voor is, mits de betrokken vakorganisaties met het verzoek tot vrijstelling instemmen (art. 3). Art. 7 bevatte de voorschriften bij het verlenen van vrijstelling, waaronder:

"(...)

4.

Aan de vrijstelling, bedoeld in de artikelen 3, eerste lid, 4, 5, eerste lid, en 6 kan het bedrijfspensioenfonds het voorschrift verbinden dat de bedrijfsgenoot een financiële bijdrage betaalt ter vergoeding van het verzekeringstechnisch nadeel dat het fonds bij de vrijstelling lijdt. De hoogte van deze bijdrage wordt berekend volgens bijlage 2 bij deze regeling, tenzij partijen anders overeenkomen. (...)"

De toelichting op art. 7 lid 4 luidde:

"Verzekeringstechnisch nadeel (artikel 7, vierde lid)

De regeling kent, net als de huidige regeling, een bepaling omtrent de verrekening van het verzekeringstechnisch nadeel dat het Bpf lijdt als gevolg de vrijstelling. In de praktijk zijn dergelijke verrekeningen tot op heden veelal achterwege gebleven. De onduidelijkheid over de vraag hoe het nadeel berekend zou moeten worden, kan daarbij als een belangrijke oorzaak worden gezien. Thans wordt in deze lacune voorzien (bijlage 2). Bepaald is dat het Bpf bij het verlenen van een vrijstelling een financiële bijdrage kan verlangen. Het Bpf is daartoe dus niet verplicht. De compensatie ziet in de eerste plaats op de solidariteitsbijdrage. De leeftijdsopbouw, de bestandssamenstelling naar mannen en vrouwen en de salarisopbouw kunnen hiervoor de verklarende factoren zijn. In de berekeningen is er van uitgegaan dat deze verschillen in een periode van 10 jaar naar nul teruglopen,

dit in afwijking van de Stichting van de Arbeid die hier een termijn van 12 jaar heeft geadviseerd. (...)”
(mijn cursivering, A-G)

3.11.2

Bijlage 2 bij de Vrijstellingsregeling — de Rekenregels — luidde:

Bijlage 2 Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel

Bijlage bij artikel 7, vierde lid

De hoogte van de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel bij dispensatie heeft betrekking op de volgende elementen:

— te missen solidariteitsbijdragen als gevolg van het uittreden uit het fonds.

De solidariteitsbijdrage wordt als volgt berekend:

a.

bereken de volgende bedragen met als referentieperiode het volledige boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de vrijstelling ingaat:

—

PaT: het bedrag van de actuarieel vastgestelde last van een eenjarige pensioeninkoop en dekking van het sterfterisico voor het deelnemersbestand van het gehele bedrijfspensioenfonds en uitgaande van de fictie dat de pensioenen tijdsevenredig worden gefinancierd en verworven;

—

PaU: dezelfde berekening als bij PaT, nu echter vastgesteld voor het bestand van de uittredende bedrijfsgeenoot;

—

PdT: het bedrag dat het bedrijfspensioenfonds voor het totale actievenbestand van de aangesloten bedrijfsgeenoten ontvangt aan (doorsnee)jaarpremie voor de reguliere pensioenopbouw en risicodekking;

—

PdU: dezelfde berekening als bij PdT, nu echter vastgesteld als de ontvangst aan (doorsnee)premie van de uittredende bedrijfsgeenoot;

b.

de jaarlijkse solidariteitsbijdrage is gelijk aan de uitkomst van de volgende berekening: $(PdU/PdT) * PaT - PaU$. Een uitkomst kleiner dan nul wordt op nul gesteld;

c.

indien gedurende de onder a gehanteerde referentieperiode een deel van de (doorsnee)jaarpremie PdU betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, dient dit deel, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan, eveneens gecompenseerd te worden;

d.

het te compenseren nadeel vanwege de te missen solidariteitsbijdragen wordt gevonden door de bedragen onder b en c op te tellen en te vermenigvuldigen met de factor van de contante waarde van een continue annuïteit met een looptijd van 5,5 jaar. Deze looptijd wordt verlengd met het aantal volle jaren dat de gemiddelde leeftijd van het bestand van de uittredende

beroepsgenoot meer dan 5 jaar lager is dan de gemiddelde leeftijd van het totale bestand van het bedrijfspensioenfonds. De rentevoet bedraagt 4%.

— de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het dispensatieverzoek. Indien er op de dag van uittreding sprake is van een onderdekking, mag dit er niet toe leiden dat de financieringsachterstand wordt verhaald op de bij het bedrijfspensioenfonds achterblijvende bedrijfspgenoten. De bedrijfspgenoot aan wie de vrijstelling is verleend dient dan op dezelfde wijze als de achterblijvende bedrijfspgenoten bij te dragen in de financiering van de achterstand. Partijen kunnen overeen komen dat dit in één keer wordt afgerekend.” (mijn cursiveringen, A-G)

Hierin ziet men de voorstellen van het STAR advies genoemd bij 3.10.3 en 3.10.5.

3.12

Het kabinetsstandpunt leidde uiteindelijk tot vervanging van de Wbf door de *Wet Bpf 2000*. De vrijstellingsmogelijkheid is opgenomen in art. 13 Wet Bpf 2000 en uitgewerkt in het *Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Vbbpf)*.^[32.] In de Wet Bpf 2000 en het Vbbpf zijn het solidariteitsbeginsel en hantering van de bijbehorende doorsneepremie als wezenskenmerken van de bedrijfstakpensioenfondsen overeind gebleven.^[33.] Het Vbbpf is zakelijk gelijkloidend aan het Vrijstellingsbesluit. De Nota van Toelichting op art. 7 lid 4 Vbbpf is zakelijk gelijk aan die van de toelichting op de Vrijstellingsregeling:^[34.]

“In het vierde lid wordt bepaald is dat het bpf bij het verlenen van een vrijstelling een financiële bijdrage ter vergoeding van het verzekeringstechnisch nadeel kan verlangen. Het bpf is daartoe dus niet verplicht. Hoe deze bijdrage berekend wordt is vastgelegd in bijlage 2 bij dit besluit.

De compensatie ziet in de eerste plaats op de solidariteitsbijdrage. De leeftijdsopbouw, de bestandssamenstelling naar mannen en vrouwen en de salarisopbouw kunnen hiervoor de verklarende factoren zijn. In de berekeningen is er van uitgegaan dat deze verschillen in een periode van 10 jaar naar nul teruglopen.

De regeling geldt bij alle vrijstellingsgronden, behalve bij die van artikel 2. In dat geval had de onderneming al een eigen pensioenvoorziening en heeft het nooit aan de bpf-regeling meegedaan. Er is dan dus geen sprake van een «verlaten» van het bpf waardoor een verzekeringstechnisch nadeel ontstaat.”

Ook hier klinkt het advies van de STAR nog onverminderd door.

3.13

Tot slot vermeld ik nog dat de literatuur het begrip ‘verzekeringstechnisch nadeel’ consequent relateert aan de solidariteitsbijdragen in verband met de samenstelling van de groep verzekerden.^[35.] Zo merken Derksen en Ter Horst merken over het begrip ‘verzekeringstechnisch nadeel’ het volgende op:^[36.]

“Hoewel met de term verzekeringstechnisch nadeel in beginsel dus van alles kan worden bedoeld, wordt in de praktijk voornamelijk bedoeld op het premie-effect dat samenhangt met een wijziging in de leeftijdsopbouw, de verhouding mannen-vrouwen en/of de salarisopbouw van een deelnemersbestand dat optreedt als het ene deelnemersbestand uittreedt uit een ander deelnemersbestand. Andere effecten die in beginsel ook financiële consequenties kunnen hebben voor een pensioenfonds, zoals ‘draagvlakvermindering’, worden in het algemeen niet onder het VTN geschaard. Genoemd premie-effect doet zich overigens alleen voor wanneer een doorsneepremie wordt gehanteerd. Dan is de

premie immers afhankelijk van de (doorsnee) kenmerken van het collectief. Als daarin veranderingen optreden, heeft dat gevolgen voor de doorsneepremie. Bij een zuiver actuariële premie daarentegen is de premie afhankelijk van de individuele kenmerken van de deelnemer. Of anderen dan uittreden uit de regeling, maakt de individuele premie in principe niet anders.

Een stijging van de doorsneepremie ten gevolge van veranderingen in het deelnemersbestand wordt een verzekeringstechnisch nadeel genoemd. Een nadeel omdat de achterblijvende populatie een hogere premie moet gaan betalen door de bestandsverandering. Het omgekeerde effect, een daling van de doorsneepremie, kan zich overigens net zo goed voordoen bij een wijziging van het deelnemersbestand. Dat is dan een verzekeringstechnisch voordeel. Maar dit voordeel wordt, voor zover wij weten, nooit ten gunste van de veroorzaker van het voordeel gebracht.”

Een nadere bespreking van de elementen ‘inkoop van aanspraken voor niet-actieven’ en van ‘onderdekking’ als elementen van het ‘verzekeringstechnisch nadeel’ ben ik in de vermelde literatuur niet tegengekomen.

Tussenconclusies

3.14

Het advies van de STAR is op de voor de onderhavige zaak relevante punten goeddeels door de regelgever overgenomen in de Rekenregels bij de Vrijstellingsregeling Wbf en vanaf 2001 bij het Vbbpf. Dit geeft aanleiding tot de volgende tussenconclusies.

3.15

Ten eerste: de Rekenregels geven geen aanleiding voor de veronderstelling, dat ermee is beoogd te realiseren dat het pensioenfonds geen enkel nadeel ondervindt van uittreding. Dat was weliswaar een uitgangspunt van het STAR-advies, maar vooral praktische overwegingen hebben de compensatie waarop de Rekenregels aanspraak geven, beperkt tot bepaalde soorten nadeel.

Het middel verbindt aan het genoemde uitgangspunt de nodige argumentatieve kracht (zie de onderdelen 1.1 en 2.1 en de s.t. zijdens PNO nrs. 3.2.11-3.2.12). KPN wijst er mijns inziens terecht op dat het genoemde uitgangspunt niet betekent dat de Rekenregels recht geven op vergoeding van elk denkbaar nadeel, maar integendeel een nauwkeurige omschrijving geven van hetgeen voor vergoeding in aanmerking komt (s.t. zijdens KPN nr. 3.7). PNO geeft toe dat de Rekenregels niet elk denkbaar nadeel compenseren, maar ziet kennelijk toch ruimte om aan het onderliggende beginsel — dat de overblijvende ondernemingen geen nadeel van de uittreding ondervinden (zie bij 3.10.1) — betekenis toe te kennen voor de uitleg van met name de term ‘onderdekking’ in de Rekenregels (repliek nrs. 2.5-2.6). De inhoud van het STAR-advies en de Rekenregels geven mij echter geen handvat voor die conclusie.

3.16

Ten tweede: hoewel het ‘indexeringsrisico’ als zodanig niet wordt gecompenseerd (3.10.4), bestaat als onderdeel van de solidariteitsbijdragen wel aanspraak op compensatie van een premiecomponent ten behoeve van de inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Onder inkoop van aanspraken voor niet-actieven wordt in het STAR-advies (ook) indexering verstaan (3.10.3; hierop wijst PNO terecht in haar repliek nrs. 3.2-3.4). Hieruit volgt dat in een concreet geval moet worden vastgesteld of sprake was van

een doorsneepremie die ook zag op inkoop van aanspraken voor niet-actieven.

3.17

Ten derde: in het voetspoor van het advies van de STAR vermelden de Rekenregels het begrip 'onderdekking' als element van het bij uittrekking te compenseren verzekeringstechnisch nadeel. Het advies van de STAR vermeldt dat het onderdekkingspercentage bepaald kan worden op basis van de uit het jaarverslag van het BPF blijvende verhouding tussen de verplichtingen en het vermogen (3.10.8). Niet wordt gezegd wanneer sprake is van onderdekking. Ook de Vrijstellingsregeling Wbf (1998) en het Vbbpf (2000) geven dat niet aan. Die informatie moet dus elders gevonden worden.

'Onderdekking'

3.18

Onderdekking komt in de kern neer op een negatief verschil tussen enerzijds de middelen en anderzijds de verplichtingen en eventueel aan te houden reserves van een pensioenfonds. Dat leidt tot de vragen hoe beide moeten worden vastgesteld en bij welke dekkingsgraad men spreekt van onderdekking. In het navolgende worden enige bronnen genoemd, die nader licht werpen op de betekenis die aan het begrip 'onderdekking' wordt gegeven.

3.19.1

In 1997 — het jaar waarin ook het STAR-advies werd uitgebracht — stelde de Pensioen- en Verzekeringkamer (de toezichthouder voor het pensioenwezen) voor het eerst beleid op voor de financiële opzet en positie van pensioenfondsen. Pas in de *Circulaire* van 30 september 2002, getiteld '*Uitgangspunten voor de financiële opzet en positie van pensioenfondsen*', werden ook richtlijnen voor de vaststelling van de vermogenspositie van pensioenfondsen geformuleerd en duidelijkheid geboden over de aanpak van situaties waarin de vermogenspositie van het fonds niet toereikend was. Daartoe onderscheidde de PVK twee situaties: onderdekking en reservetekort.

3.19.2

De *Circulaire* benoemt de volgende passiva van een fonds (p. 66-68):

- a. de voorziening pensioenverplichtingen (VPV), inclusief onvoorwaardelijke pensioenaanpassingen;
- b. de reserve algemene risico's, die wordt gesteld op 5% van de VPV;
- c. de reserve voorgenomen pensioenaanpassing, waarbij wordt onderscheiden tussen c.1 voorwaardelijke indexering, c.2 feitelijk (nagenoeg) onvoorwaardelijke indexering en c.3 financiële ruimte om in het vooruitzicht gestelde indexering te kunnen voldoen in jaren van tegenvallend rendement;^[37]
- d. andere bestemde reserves en voorzieningen;
- e. de reserve beleggingsrisico's en
- f. achtergestelde leningen

De VPV ziet op de opgebouwde aanspraken en ingegane rechten op pensioen.

Ten aanzien van indexeringen wordt onderscheiden tussen (formeel of feitelijk)^[38] onvoorwaardelijke pensioenaanpassingen en voorwaardelijke pensioenaanpassingen. Voor *onvoorwaardelijke*

pensioenaanpassingen moet worden gereserveerd binnen de VPV.

3.19.3

De Circulaire (p. 70) omschrijft 'onderdekking' als de situatie waarin de middelen van het fonds (haar activa onder aftrek van de schulden jegens anderen dan de deelnemers en gewezen deelnemers) niet langer toereikend zijn om de VPV (dus inclusief onvoorwaardelijke indexeringen) en de reserve voor algemene risico's te dekken, waarbij wordt verwezen naar de hierboven genoemde onderdelen a en b, en waar relevant ook c2. Van 'onderdekking' was dus sprake, kort gezegd, wanneer de verhouding tussen vermogen en verplichtingen — de dekkingsgraad — lager is dan 105%.^[39.]

3.19.4

De Circulaire (p. 70) omschrijft 'reservetekort' als de situatie waarin de middelen van het fonds niet langer toereikend zijn om de VPV (dus inclusief onvoorwaardelijke indexeringen), de reserve voor algemene risico's, de reserve beleggingsrisico's en de andere bestemde reserves te dekken (dus de onderdelen c, voor zover nog relevant, d en e). Voor het herstel van dat tekort kon een langere periode worden aangehouden dan voor het herstel van onderdekking.

3.20.1

In 2004 verscheen een brief van de Staatssecretaris met een Notitie Hoofdpijnen voor een nieuwe Pensioenwet, ook wel de *FTK-Hoofdpijnennota* genoemd.^[40.] De nota schetste de uitgangspunten voor het financieel toetsingskader voor het toezicht op de uitvoering van pensioenregelingen. Het solvabiliteitstoezicht zou worden gerealiseerd door in de wet expliciet in te gaan op de kaders voor onder meer de technische voorzieningen (= waardering van de verplichtingen) en het (minimaal) vereiste eigen vermogen. Dat strookte met de nog om te zetten Richtlijn pensioeninstellingen 2003/41/EG,^[41.] die onder meer het vereiste van een minimum dekkingsgraad introduceerde (zie bij 3.20.4).

3.20.2

Volgens de FTK-Hoofdpijnennota moesten de technische voorzieningen aan de passivazijde van de balans voortaan tenminste voldoende zijn ter dekking van de door de deelnemers opgebouwde rechten (p. 5). Om de omvang van de technische voorzieningen te bepalen is het nodig de omvang van de onvoorwaardelijke aanspraken van de deelnemers in het fonds te bepalen. Indexatie maakt hiervan niet altijd deel uit (p. 6-7):

"13.

Naast de onvoorwaardelijke aanspraken zijn er ook voorwaardelijke aanspraken. Kenmerkend voor voorwaardelijke aanspraken is dat de daadwerkelijke realisatie ervan afhankelijk is van een in de toekomst door het pensioenfonds te nemen beslissing (veelal betreft het de indexatie). Bij een voorwaardelijke aanspraak richt het beleid van het fonds zich op het realiseren van die aanspraak, maar er is onzekerheid of de aanspraak daadwerkelijk kan worden gerealiseerd. Voorwaardelijke aanspraken kunnen vele vormen hebben.

Niet iedere aanspraak is in dezelfde mate voorwaardelijk. Er zijn vele gradaties mogelijk.

14.

Het is voor de wetgever niet mogelijk om in de wet- en regelgeving in alle mogelijke gradaties te voorzien. Het kabinet kiest er daarom voor wettelijk te regelen dat de sociale partners en hun pensioenuitvoerders ten aanzien van de indexatieafspraken een keuze moeten maken tussen voorwaardelijk of onvoorwaardelijk. Wettelijk wordt vastgelegd aan welke voorwaarden moet zijn voldaan (zoals genoemd in punt 15) om een indexatieafpraak als voorwaardelijk te kunnen bestempelen. In dat geval behoeft die indexatie aanspraak niet te worden gewaardeerd en behoeft die aanspraak niet te worden opgenomen in de technische voorzieningen. Sociale partners en pensioenuitvoerders dienen helder in het reglement vast te leggen en te communiceren welke onderdelen van de pensioenovereenkomst voorwaardelijk zijn. (...)

15.

Bij indexatie afspraken is onderscheid te maken tussen pensioenuitvoerders die geen indexatiebeleid hebben geformuleerd en die louter op incidentele basis indexeren en hun indexatie laten afhangen van meevallers. Er zijn ook pensioenuitvoerders die wel een indexatiebeleid formuleren en een indexatiestreven of -ambitie hebben.

Wil de indexatie van de pensioenuitvoerder die geen indexatiebeleid heeft als voorwaardelijk worden aangemerkt dan dient deze aan de volgende voorwaarde te voldoen.

Er wordt vastgelegd en gecommuniceerd als er wordt geïndexeerd en daarbij wordt tevens de volgende tekst vermeld: 'De indexatie van uw pensioen is voorwaardelijk; er is geen recht op indexatie en het is niet zeker of en in hoeverre in de toekomst een indexatie zal plaatsvinden. Er is geen geld gereserveerd voor uw indexatie.'

Wil de indexatie van een pensioenuitvoerder die een indexatiebeleid heeft als voorwaardelijk kunnen worden aangemerkt dan dient deze aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- De pensioenuitvoerder legt vast en communiceert aan de deelnemers hoe invulling wordt gegeven aan het indexatiebeleid. Er moet een consistent geheel zijn tussen gewekte verwachtingen, financiering en het feitelijk toekennen van de voorwaardelijk aanspraken. Er wordt zowel inzicht gegeven in de feitelijke gang van zaken als in het lange termijn perspectief.
- Er behoeft niet te worden gereserveerd. Als er als invulling van het indexatiebeleid wel wordt gereserveerd dan wordt aangegeven hoeveel er is gereserveerd en hoe die (bestemmings)reserve tot stand komt. In de evenwichtssituatie is deze reserve aanvullend op het vereist eigen vermogen. Indien er sprake is van een herstelplan komt deze reserve in aanvulling op het in dat jaar volgens het vigerende herstelplan ex ante vereiste eigen vermogen. Is er niets gereserveerd dan wordt dat gecommuniceerd.
- In het geval het indexatiebeleid in nauwe samenhang met de dekkingsgraad van het fonds wordt vormgegeven, dan zal die relatie worden gecommuniceerd en wordt de feitelijke dekkingsgraad en de streefdekkingsgraad van het fonds aangegeven.
- De pensioenuitvoerder legt vast en communiceert aan de deelnemer hoe het indexatiebeleid wordt gefinancierd.

De pensioenuitvoerder hanteert in de communicatie tevens de volgende tekst: 'De indexatie van uw pensioen is voorwaardelijk; er is geen recht op indexatie en het is ook voor de langere termijn niet zeker of en in hoeverre indexatie zal plaatsvinden.'

16.

In de Pensioenwet zal als uitgangspunt worden geformuleerd dat zowel in de situatie dat aan deze voorwaarden niet is voldaan als in de situatie dat er twijfel is over de aard van onderdelen van de overeenkomst, die onderdelen als onvoorwaardelijk dienen te worden aangemerkt.

Die onderdelen van de pensioenaanspraken, die op grond van de in punt 15 genoemde criteria, wegens het oordeel van fondsbestuur, accountant en actuaris door de toezichthouder als onvoorwaardelijk worden aangemerkt, zullen deel uit maken van de technische voorzieningen en van het vereist eigen vermogen.”

3.20.3

Naast de technische voorzieningen dient het pensioenfonds te beschikken over een (minimaal) vereist eigen vermogen (p. 8-9):

“23.

Naast de technische voorzieningen dient het pensioenfonds te beschikken over een eigen vermogen. De richtlijn pensioeninstellingen schrijft voor dat de omvang van dit vermogen afhankelijk is van de aard en de risico's (dus het risicoprofiel) van het pensioenfonds. Die risico's zijn vooral gelegen in de beleggingen, in de afstemming van de beleggingen op de verplichtingen en in de onzekerheden in die verplichtingen. Tevens schrijft die richtlijn pensioeninstellingen voor dat het eigen vermogen onbeklemd moet zijn. Het eigen vermogen is te onderscheiden in een 'vereist eigen vermogen' waarbinnen een 'minimaal vereist eigen vermogen' is te onderscheiden. Voor het geval dat het fonds geen risico draagt (zoals het geval is bij een bestemmingsreserve) is er geen eis om voor dat deel eigen vermogen aan te houden.

24.

Voor de berekening van het minimaal vereist eigen vermogen zijn de voorschriften in de richtlijn pensioeninstellingen bepalend. Dit minimaal vereist eigen vermogen bedraagt ca. 5% van de technische voorzieningen.

25.

Het fonds dient altijd, behalve in de hierna omschreven uitzonderingssituatie, te beschikken over het minimaal vereist eigen vermogen.

Indien het fonds niet beschikt over het minimaal vereist eigen vermogen, dan dient het fonds direct een herstelplan aan de PVK ter goedkeuring voor te leggen waaruit blijkt dat zo snel mogelijk, maar binnen maximaal één jaar het minimaal vereist eigen vermogen wordt hersteld.

26.

In de Pensioenwet zal erin worden voorzien dat de PVK een langere periode kan vaststellen voor de perioden die zijn genoemd in het herstelplan indien sprake is van een zodanig uitzonderlijke situatie waardoor een groot aantal pensioenfondsen te maken heeft met een forse daling van het eigen vermogen.

Het 'vereist eigen vermogen' is het vermogen dat behoort bij de evenwichtssituatie van het fonds. In die evenwichtssituatie is het eigen vermogen zodanig vastgesteld dat met de wettelijk vastgestelde zekerheidsmaatstaf ten aanzien van de als onvoorwaardelijk aangemerkte onderdelen van de pensioenovereenkomst wordt voorkomen dat het fonds binnen 1 jaar beschikt over minder middelen dan de hoogte van de technische voorzieningen (dus terecht komt in een situatie van onderdekking). Daarbij wordt uiteraard rekening gehouden met de aard en de risico's (dus het risicoprofiel) van het pensioenfonds." (cursivering toegevoegd, A-G)

3.20.4

In een bijlage bij brief van de Minister van SZW van 22 juni 2005 wordt vermeld:[\[42\]](#)

"1.2. Relevante aspecten van het FTK

Tegen de achtergrond 'afpraak is afspraak' heeft het kabinet ervoor gekozen dat ten aanzien van de onvoorwaardelijke toezeggingen met een zekerheid van 97,5% moet worden vermeden dat een fonds binnen 1 jaar in een situatie van onderdekking — dat wil zeggen een dekkingsgraad onder de 100% — terecht zou komen. Voor een standaardpensioenfonds betekent dit een dekkingsgraad van niet meer dan 130%. Dat betekent dat het fonds dient te beschikken over een (vereist) eigen vermogen van ten minste 30%. Komt een fonds onder de vereiste dekkingsgraad, dan dient een herstelplan te worden opgesteld. Dit herstelplan moet ter beoordeling aan de toezichthouder worden voorgelegd. Het fonds krijgt in beginsel maximaal 15 jaar de tijd om weer aan de vereisten te voldoen.

Binnen het vereiste eigen vermogen wordt een minimaal vereist eigen vermogen onderscheiden. Hierbij zijn de voorschriften in de Richtlijn Pensioeninstellingen (Richtlijn 2003/41/EG) bepalend. In artikel 17 lid 1 van deze richtlijn is bepaald dat pensioenfondsen permanent en bij wijze van buffer aanvullende activa aan moeten houden naast de technische voorzieningen. Deze buffer dient als veiligheidskapitaal om verschillen tussen de verwachte en de daadwerkelijke uitgaven en winsten op te vangen. Voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa verwijst de richtlijn Pensioeninstellingen naar de artikelen 27 en 28 van de Richtlijn 2002/83/EG. Het minimaal vereiste eigen vermogen komt op grond hiervan uit op circa 5% van de technische voorzieningen. Dit leidt dus tot een minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%. De Richtlijn Pensioeninstellingen stelt verder dat iedere pensioeninstelling te allen tijde over voldoende activa moet beschikken om de technische voorzieningen te dekken (artikel 16, lid 1). Slechts gedurende een korte periode is het een pensioeninstelling toegestaan om over onvoldoende activa te beschikken om de technische voorzieningen te dekken. De genoemde voorschriften uit de Richtlijn Pensioeninstellingen gezamenlijk hebben geleid tot het uitgangspunt dat een fonds dat onder de 105% dekkingsgraad komt, direct een herstelplan aan de toezichthouder dient voor te leggen, waaruit blijkt dat het minimaal vereiste eigen vermogen zo snel mogelijk — en formeel binnen één jaar — wordt hersteld. Hier geldt een kortere termijn omdat er sprake is van een grotere probleemsituatie: de grens van de technische voorzieningen wordt dicht genaderd."

3.20.5

In een brief van de Minister van SZW van 29 oktober 2005 (Aanvullende nota) wordt nog opgemerkt:[\[43\]](#)

“d. 105%-volatiliteit.

20)

Hard uitgangspunt is dat een pensioenfonds altijd dient te beschikken over het minimaal vereist eigen vermogen. Conform punt 25 van de FTK-Hoofdlijnennota geldt een hersteltermijn van maximaal 1 jaar indien een pensioenfonds niet meer beschikt over het minimaal vereist eigen vermogen (en dus een dekkingsgraad heeft < 105%). De punten 25 en 26 van de FTK-Hoofdlijnennota geven de PVK tevens de mogelijkheid voor maatwerk voor de zodanig uitzonderlijke situaties waardoor een groot aantal pensioenfondsen te maken heeft met een forse daling in geval dat een pensioenfonds een dekkingsgraad onder de 105% heeft. In deze uitzonderlijke situaties is het maatwerk een wijze om een te grote «105% volatiliteit» te voorkomen.

Parameters voor het vaststellen van de vereiste dekkingsgraad voor de onvoorwaardelijke aanspraken

21)

Het kabinet zal zich in de Pensioenwet en de lagere regelgeving baseren op het standaardmodel dat de PVK hanteert voor de toetsing van het vereiste eigen vermogen. Dit standaardmodel sluit aan bij de huidige situatie. De daarbij gehanteerde parameters voldoen aan de voorwaarde in punt 22 van de FTK-Hoofdlijnennota dat bij een standaard-pensioenfonds een dekkingsgraad resulteert van niet meer dan 130%.

(...)

De parameters van het standaardmodel zullen worden opgenomen in een amvb op grond van de Pensioenwet die op 1 januari 2006 van kracht zal worden.”

3.20.6

Stevens e.a., Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, I.C.19.1, vatten de FTK- Hoofdlijnennota op dit punt als volgt samen:

“Tegenover de pensioenverplichtingen moeten uiteraard financiële middelen staan (voorgeschreven minimale ‘dekkingsgraad’ 105%; ‘normale’ dekkingsgraad voor een gemiddeld pensioenfonds: 130%). *Een dekkingstekort moet binnen een jaar worden ingelopen; een reservetekort (dekkingsgraad is lager dan 130%) binnen vijftien jaar.*” (cursivering toegevoegd, A-G)

3.21.1

De PSW is per 8 februari 2006 gewijzigd om (vooruitlopend om de introductie van de Pensioenwet) de richtlijn Pensioeninstellingen om te zetten.^[44.] Als gevolg daarvan bepaalde art. 9a PSW onder meer:

“1.

De aanspraak, bedoeld in artikel 8, tweede lid, dient voor de deelnemer in elk geval steeds aan het einde van ieder kalenderjaar dan wel, indien dat eerder is, bij beëindiging van de deelneming, volledig te zijn gefinancierd. De Pensioen- & Verzekeringskamer kan op grond van bijzondere omstandigheden een

langere termijn, van ten hoogste dertien weken, toestaan voor financiering als bedoeld in dit lid.

2.

Een pensioenfonds stelt toereikende technische voorzieningen vast met betrekking tot het geheel van uit de statuten en reglementen voortvloeiende pensioenverplichtingen en beschikt te allen tijde over voldoende en passende activa om deze technische voorzieningen te dekken. (...)

3.

Een pensioenfonds dat niet volledig het risico, bedoeld in artikel 9, eerste lid, heeft overgedragen of herverzekerd houdt, naast de technische voorzieningen, permanent bij wijze van buffer een eigen vermogen aan dat:

- a. in overeenstemming is met het soort risico en de aard van het eigen vermogen met betrekking tot het geheel van de uit de statuten en reglementen voortvloeiende pensioenverplichtingen;
- b. vrij is van alle voorzienbare verplichtingen; en
- c. dient als veiligheidskapitaal om verschillen op te vangen tussen de verwachte en daadwerkelijke uitgaven en winsten.

4.

Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de berekening van het minimumbedrag van het eigen vermogen, bedoeld in het derde lid, overeenkomstig de artikelen 27 en 28 van richtlijn nr. 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 november 2002 betreffende levensverzekering (*PbEG* L 345/24).”

3.21.2

De samenstelling van het eigen vermogen en het minimumbedrag van het eigen vermogen werden nader omschreven in het op art. 9a lid 4 PSW gebaseerde Besluit minimumbedrag eigen vermogen pensioenfondsen (*Stb.* 2006/52). Blijkens de toelichting op dit Besluit bedraagt het minimaal vereist vermogen ca. 5% van de technische voorzieningen. De toelichting vermeldt voorts dat de vaststelling van het vereist eigen vermogen — in de punten 27 en 22 van de nota Hoofdpijnen FTK wordt voor een standaardpensioenfonds een dekkingsgraad van 130% geconcludeerd (dus een vereist eigen vermogen van 30%) — geen deel uitmaakt van dit besluit, omdat de richtlijn pensioeninstellingen geen regels stelt over de hoogte van het vereist eigen vermogen (p. 6).

3.21.3

In de MvT wordt de in art. 16 Richtlijn Pensioeninstellingen bedoelde situatie waarin het fonds te weinig activa heeft om de technische voorzieningen af te dekken betiteld als een situatie waarin sprake is van ‘vermogenstekort’ respectievelijk van ‘onderdekking’.^[45]

3.22

Per 1 januari 2007 is een en ander geregeld in hoofdstuk 6 (financieel toetsingskader inzake pensioenfondsen) van de Pensioenwet; met name in art. 126 (vaststelling technische voorzieningen),

art. 131 (minimaal vereist eigen vermogen) en art. 132 (vereist eigen vermogen).

De samenstelling en berekening van het minimaal vereist eigen vermogen en van het vereist vermogen vindt plaats aan de hand van art. 11 en 12 Besluit Financieel Toetsingskader (Stb. 2006, 710, zoals nadien gewijzigd). In het voetspoor van de FKP-Hoofdlijnennota bedraagt het minimaal vereist vermogen ongeveer 5% van de technische voorzieningen (een dekkingsgraad dus van 105%) en wordt voor het vereist eigen vermogen van een standaardpensioenfonds uitgegaan van een maximale dekkingsgraad van 130%.^[46.]

3.23.1

In de nota *Toekomst van het pensioenstelsel* uit 2012 is onder meer voorgesteld om te komen tot een systematiek waarbij financiële schokken geleidelijk zouden kunnen worden opgevangen. In dat verband wordt het begrip onderdekking gerelateerd aan de situatie dat het minimaal vereiste dekkingsgraad lager is dan 105%.^[47.] Over indexatie wordt op p. 25 opgemerkt:

“Indexatieambitie: De pensioenverplichtingen van het pensioenfonds worden nominaal uitgedrukt. Er wordt geen minimale indexatieambitie voorgeschreven. Fondsen met een indexatieambitie mogen pas volledig indexeren als ze een voldoende hoge dekkingsgraad hebben om naar verwachting ook toekomstige pensioenen volledig te indexeren (normdekkingsgraad). Bij de vaststelling van het niveau van deze normdekkingsgraad wordt rekening gehouden met het feit dat voorwaardelijke indexatie deels uit toekomstig rendement kan worden gefinancierd. Deze normdekkingsgraad zal (uitgaande van indexatie op basis van de prijsontwikkeling) voor een gemiddeld fonds 125% à 130% bedragen. Gedeeltelijke indexatie tussen een dekkingsgraad van 105% en de normdekkingsgraad is toegestaan.”

3.23.2

Als uitvloeisel van deze nota werd de *Wet aanpassing financieel toetsingskader* (Stb. 2014, 567) ingevoerd. Als gevolg daarvan werkt de Pensioenwet per 1 januari 2015 met het begrip ‘beleidsdekkingsgraad’, dat wil zeggen de gemiddelde dekkingsgraad van de 12 maanden voorafgaand aan het moment van vaststelling (art. 133a Pensioenwet).

In verband met de invoering van dit begrip, werd ook de gelegenheid gebruikt om een definitie van ‘dekkingsgraad’ op te nemen in art. 1 Pensioenwet. De dekkingsgraad is ‘de verhouding tussen het vermogen inzake de bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling of pensioenregelingen en de technische voorzieningen van een pensioenfonds’. De MvT merkt op dat de dekkingsgraad geen nieuw fenomeen is en dat er in de uitvoering al mee wordt gewerkt.^[48.]

De beleidsdekkingsgraad is onder meer van belang voor de herstelplansystematiek. Over de herstelplansystematiek merken Stevens e.a., *Pensioen en andere toekomstvoorzieningen*, I.C.19.5, op:

“Ligt de beleidsdekkingsgraad van een pensioenfonds per het einde van een kalenderkwartaal beneden de beleidsdekkingsgraad behorend bij het vereist eigen vermogen, dan moet dit onverwijld worden gemeld aan de toezichthouder én moet het daarop volgende kalenderkwartaal (derhalve binnen 3 maanden) een concreet en haalbaar herstelplan ter instemming bij de toezichthouder zijn ingediend (artikel 138 PW). Dat herstelplan moet ingaan uiterlijk 6 maanden na het ontstaan van het reservetekort. Het herstelplan moet laten zien dat het pensioenfonds binnen maximaal 10 jaar weer over een vereist eigen vermogen beschikt. De huidige herstelplan termijnen van 3 respectievelijk 15 jaar vervallen. De toezichthouder kan onder omstandigheden afdwingen dat een herstelplan eerder wordt ingediend en/of dat een kortere hersteltermijn dan 10 jaar wordt gehanteerd. Dit is een jaarlijks terugkerende verplichting

(in beginsel gerekend vanaf het tijdstip van het reservetekort) zolang sprake is van een reservetekort. Op deze wijze worden financiële schokken (beleggingsmarkten, stijgende levensverwachting) beter dan tot 2015 het geval was in de tijd gespreid. (...)

Pensioenfondsen krijgen met dit alles ieder jaar een nieuwe 10-jaarsperiode om te herstellen, waardoor het werkelijke herstel langer dan 10 jaar kan duren. Deze systematiek impliceert dat het sturen op het minimum vereist eigen vermogen wordt losgelaten. Bij het streven naar het vereist eigen vermogen lukt het ergens wel om boven het minimum vereist eigen vermogen te komen. *Maar een pensioenfonds mag niet langer dan 5 achtereenvolgende jaren in een dekkingstekort verkeren (dat wil zeggen beleidsdekkingsgraad ligt onder de maandelijkse dekkingsgraad horend bij het minimum vereist eigen vermogen).* Is dat wel het geval dan moet het pensioenfonds binnen 6 maanden maatregelen nemen die leiden tot het minimum vereist eigen vermogen (artikel 140 PW). Overigens hoeft dat niet als de feitelijke maandelijkse dekkingsgraad op het evaluatiemoment ligt boven de dekkingsgraad behorend bij het minimum vereist eigen vermogen. Ligt ook de feitelijke dekkingsgraad onder de dekkingsgraad behorend bij het minimum vereist eigen vermogen dan moeten die maatregelen wel genomen worden.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Indexatie is toegestaan vanaf een dekkingsgraad van 110%,^[49] zie art. 137 Pensioenwet en art. 15 lid 2 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

3.24

De actuariële en bedrijfstechnische nota (Abtn) is per 1 januari 2000^[50] wettelijk verplicht voor alle pensioenfondsen, als hulpmiddel voor het toezicht op de naleving van de materiële eisen die worden gesteld in de artikelen 9a en 9b PSW. Voorheen gold de plicht alleen bij niet-overdracht/herverzekering door het fonds.^[51] Volgens art. 2 van het (op art. 9d PSW gebaseerde) Besluit actuariële en bedrijfstechnische nota^[52] diende de nota in ieder geval te bevatten een beschrijving van:

- a. de hoofdlijnen van het interne beheersingssysteem en van de opzet van de administratieve organisatie en interne controle;
- b. voorzover van toepassing procedures en criteria voor de aansluiting van werkgevers bij het betreffende fonds en voor het verkrijgen van het deelnemerschap van hun werknemers;
- c. de aanspraken die voor de deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden voortvloeien uit de pensioenregeling;
- d. de uit de aangegane verplichtingen voortspruitende risico's die in eigen beheer zijn gehouden dan wel zijn herverzekerd of overgedragen;
- e. de financiële opzet;
- f. de financiële sturingsmiddelen.

Art. 3 werkte de financiële opzet nader uit. Deze diende in ieder geval in te gaan op

- a. de reservering;
- b. het premiebeleid;
- c. het beleggingsbeleid;
- d. de wijze waarop bij de reservering, het premiebeleid en het beleggingsbeleid rekening is gehouden met eventuele voorwaardelijke indexering.

De Abtn is thans geregeld in art. 145 Pensioenwet en art. 24 e.v. Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen. In de Abtn geeft het fonds dus, kort gezegd, aan hoe het zijn taken uitvoert en op basis van welke financiële opzet, met welk financieel beleid en met welke sturingsmiddelen het dat

doet.[\[53.\]](#)

3.25

Ik vat het voorgaande kort samen. Er is een minimaal vereiste dekkingsgraad, voortvloeiend uit Richtlijn Pensioeninstellingen, welke is gerelateerd aan het minimaal vereiste vermogen en (circa) 105% bedraagt. Indien de dekkingsgraad lager is, wordt gesproken van onderdekking. Onvoorwaardelijke indexatieverplichtingen bepalen mede het minimaal vereiste eigen vermogen.

Er is voorts een dekkingsgraad welke is gerelateerd aan het eigen vermogen, welke voor een standaardpensioenfonds maximaal 130% is. Indien de dekkingsgraad lager is, wordt de term reservetekort gehanteerd. Dan moet worden bezien in hoeverre indexatie mogelijk is.

Onderdeel 1

3.26

De kernklacht in *subonderdeel 1.1* betoogt dat van 'onderdekking' als bedoeld in de Rekenregels sprake is zolang het bedrijfstakpensioenfonds haar in de Abtn genoemde streefdekkingsgraad nog niet bereikt heeft.

3.27.1

Deze klacht dient mijns inziens te falen. Voor zover het subonderdeel een beroep doet op het uitgangspunt van de Rekenregels, dat het pensioenfonds geen nadeel mag ondervinden van de uittrekking, verwijs ik naar 3.15.

3.27.2

PNO wijst er voorts op (s.t. nr. 3.2.12), dat volgens de tekst van de Rekenregels onderdekking er niet toe mag leiden dat 'de financieringsachterstand' wordt verhaald op de bij het bedrijfspensioenfonds achterblijvende bedrijfsgegoten. Daaruit leidt zij af dat zolang er een 'financieringsachterstand' is — welk begrip zij koppelt aan de streefdekkingsgraad in de Abtn (s.t. nrs. 3.2.12-3.2.13; repliek nr. 3.11) — er onderdekking is. Ik meen — gezien de opzet van de Rekenregels om per saldo slechts bepaalde nadelen te scharen onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel — dat de nadruk in deze passage ligt op het begrip 'onderdekking'. Het begrip 'financieringsachterstand' voegt aan het begrip 'onderdekking' naar mijn mening niets toe. Voor zover 'financieringsachterstand' een ruimer begrip zou zijn dan 'onderdekking' (voor welke gedachte ik overigens geen concrete aanleiding zie), dan geldt dat in de opzet van de Rekenregels het begrip 'onderdekking' maatgevend is.

3.28.1

Met PNO kan ervan worden uitgegaan, dat het begrip 'onderdekking' in het STAR-advies (1997) en de daarop gebaseerde Rekenregels bij aanvankelijk de Vrijstellingsregeling Wet bedrijfspensioenfonds (1998) en nadien het Vrijstellings- en boetebesluit (2000), verwijst naar een begrip dat in die stukken zelf niet nader is gedefinieerd en waarvan de betekenis dus elders moet worden gevonden.

3.28.2

Wel blijkt uit het STAR-advies (zie bij 3.10.7) dat men er destijds van uitging dat het onderdeckingspercentage bepaald kon worden op basis van de (uit het jaarverslag van het BPF blijkende) verhouding tussen de verplichtingen en het vermogen. Dat wijst op een situatie van onderdekking bij een dekkingsgraad < 100%. Vgl. ook de s.t. van PNO nr. 3.2.1.

3.28.3

Volgens PNO (s.t. nrs. 3.2.3, 3.8 en 3.2.12) volgt uit de omzetting van de Richtlijn Pensioeninstellingen in de PSW per 8 februari 2006, waarin het aanhouden van een eigen vermogen bij wijze van buffer werd voorgeschreven, dat moet worden aangesloten bij de streefdekkingsgraad van de Abtn. Dat argument gaat naar mijn mening niet op.

3.28.4

Het argument gaat mijns inziens voorbij aan het hiervoor besproken en bij 3.25 samengevatte onderscheid tussen (i) het minimaal vereist eigen vermogen en een dekkingstekort bij een dekkingsgraad < 105% en (ii) het vereist eigen vermogen en een reservetekort bij een dekkingsgraad < (maximaal) 130%. Weliswaar was er een verandering ten opzichte van de voorheen geldende situatie waarin geen buffer behoefde te worden aangehouden (zodat onderdekking ontstond bij een dekkingsgraad < 100%; vgl. de s.t. PNO 3.2.1), maar die verandering zag voor wat betreft het begrip 'onderdekking', kort gezegd, op de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105% en niet op die van (maximaal) 130%. Het door het middel veronderstelde verband met de streefdekkingsgraad als bedoeld in de Abtn ontbreekt dan ook naar mijn mening.

3.28.5

In dit licht is niet doorslaggevend dat het pensioenfonds vanaf 8 februari 2006 diende te beschikken over haar vereist eigen vermogen alvorens het (volledig) kon indexeren (s.t. PNO nr. 3.8). Dat ziet op de situatie van een eventueel reservetekort en niet op een situatie van onderdekking wanneer het minimaal vereist eigen vermogen ontbreekt.^[54.]

3.28.6

De omstandigheid dat de wetgever de Rekenregels per 8 februari 2006 niet heeft gewijzigd (s.t. PNO nr. 3.2.13), biedt in dit licht evenmin steun aan het standpunt van PNO (zo ook de dupliek nr. 3).

3.28.7

PNO s.t. nr. 3.22 vermeldt nog dat art. 9a lid 1 PSW per 8 februari 2006 voorschrijft dat de aanspraak, bedoeld in artikel 8, tweede lid, voor de deelnemer in elk geval steeds aan het einde van ieder kalenderjaar dan wel, indien dat eerder is, bij beëindiging van de deelneming, volledig dient te zijn gefinancierd. Dit is als zodanig juist, maar kan onbedoeld de indruk wekken alsof zich daarmee op dat moment een voor de onderhavige problematiek relevante ontwikkeling voordeed. Dat is echter niet het geval nu deze bepaling voorheen reeds was opgenomen in art. 9a lid 2 PSW.

3.29

Het begrip 'onderdekking' in de zin van de Rekenregels dient mijns inziens te worden verstaan als het niet voldoen aan de minimaal vereiste dekkingsgraad (105%), zoals ook KPN (s.t. nr. 4.11) heeft verdedigd. Wat betreft toekomstige indexeringen kan dit inderdaad leiden tot het *free rider*-probleem waarop PNO (s.t. nr. 3.2.13) wijst. Uit de achtergrond van de Rekenregels, zoals te kennen uit het STAR-advies, volgt echter dat bij de omlijning van het begrip 'verzekeringstechnisch nadeel' sprake is geweest van een beperking op grond van een keuze om alleen bepaalde nadelen te compenseren. Deze keuze werd overigens gemaakt in de wetenschap dat ten aanzien van bepaalde nadelen die niet zouden worden gecompenseerd, in abstracto een zekere make van uitruil met bepaalde voordelen aanwezig zou zijn (zie bij 3.10.4 en 3.10.6).

3.30.1

KPN heeft subsidiair aangevoerd dat PNO belang mist bij deze klacht.

Het hof heeft in rov. 3.10, in cassatie in zoverre onbestreden, vastgesteld dat ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) de dekkingsgraad ruim 118% was. KPN heeft subsidiair betoogd dat op dat moment PNO de in haar Abtn genoemde streefdekkingsgraad had bereikt — deze was van 116,5% per 2008 en 125,5% per 2010 — zodat de tegen rov. 3.10 gericht klacht belang mist (s.t. zijdens KPN nrs. 2.12, 3.12 en 4.17; dupliek nr. 2).

PNO betoogt in haar repliek nr. 3.12 dat KPN zich daarbij ten onrechte baseert op een passage over het premiebeleid in de Abtn (par. 6.2). Dat betoog klopt echter niet, omdat KPN zich baseert op het in die passage genoemde 'plan van aanpak reservetekort' van 24 september 2003 en voorts verwijst naar een brief van PNO aan de PVK van 23 september 2003, waaruit blijkt van de streefdekkingsgraden per 2008 en 2010. PNO meent echter dat niet uit de brief van 23 september 2003, maar uit andere bronnen blijkt van een streefdekkingsgraad van 125,5% die volgens haar al eerder dan 2010 zou gelden (repliek nrs. 3.13-3.14).

3.30.2

Omdat de rechtsvraag over de juiste uitleg van de Rekenregels mogelijk ook buiten het onderhavige geschil betekenis heeft, heb ik mij niet gericht op een bespreking van het subsidiaire argument van KPN. Een bespreking ervan lijkt mij ook niet zinvol. Indien de streefdekkingsgraad van de Abtn maatgevend zou zijn voor het bestaan van onderdekking in de zin van de Rekenregels, leidt het subsidiaire argument van KPN immers tot de vervolgvraag naar het peilmoment voor de bepaling van de streefdekkingsgraad en, als die vraag is beantwoord, een onderzoek naar de vraag welke streefdekkingsgraad in het onderhavige geval op het relevante peilmoment bestond. Beantwoording daarvan lijkt mij niet zinvol, omdat de streefdekkingsgraad van de Abtn niet maatgevend is voor het bestaan van onderdekking in de zin van de Rekenregels.

3.31.1

Voor zover het hof aansluiting heeft gezocht bij de notulen van de bestuursvergadering van PNO op 7 december 2005, heeft het volgens *subonderdeel 1.2* hetzij miskend dat de uitleg van het begrip 'onderdekking' in de zin van de Rekenregels (slot) niet kan worden gevonden in de notulen van PNO, hetzij een onbegrijpelijke uitleg gegeven van die notulen nu daarin omtrent 'onderdekking' in de zin van de Rekenregels niets valt te lezen aangezien het bestuur in zijn vergadering uitsluitend aandacht heeft besteed aan het (per 1 januari 2007 geldende) minimum vereist eigen vermogen in de zin van art. 131

Pw (en eventuele maatregelen, indien de dekkingsgraad van PNO daaronder zou komen).

3.31.2

De klacht faalt, reeds omdat het hof is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting omtrent het begrip onderdekking. Het hof heeft in rov. 3.10 kennelijk naar de notulen van de vergadering van het bestuur van PNO verwezen om feitelijk vast te stellen dat PNO bij de invulling van het begrip 'onderdekking' zelf ook uitging van de opvatting dat daaronder moet worden verstaan het niet voldoen aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%.

3.32.1

Subonderdeel 1.3 betoogt dat, voor zover het hof heeft geoordeeld dat geen sprake was van onderdekking in de zin van de Rekenregels omdat PNO ten tijde van de beëindiging door KPN haar streefdekkingsgraad reeds had bereikt nu zij toen beschikte over een dekkingsgraad van 118% het hof (in strijd met art. 24 Rv) buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden, althans zijn oordeel onbegrijpelijk heeft gemotiveerd nu PNO zowel in de CvA als tijdens de comparitie in eerste aanleg heeft gesteld dat haar streefdekkingsgraad 125,5% bedroeg, welke stelling KPN noch tijdens de comparitie noch in appel heeft betwist.

3.32.2

De klacht faalt, want zij berust op een onjuiste lezing van het arrest, nu het hof in de bestreden rechtsoverweging niet de *streefdekkingsgraad* maar de *feitelijke dekkingsgraad* van het fonds op het moment van uittreden van KPN (ruim 118%) stelt tegenover de *wettelijk minimaal vereiste dekkingsgraad* van 105%. De hoogte van de feitelijke dekkingsgraad op het moment van uittreden van KPN wordt in cassatie niet bestreden. Voor zover het subonderdeel het rechtsoordeel van het hof omtrent de inhoud van de term onderdekking ook bestrijdt met motiveringsklachten mist het belang; wanneer een rechtsoordeel inhoudelijk juist is, kan de Hoge Raad het handhaven onder verbetering van gronden.^[55]

3.33

De *subonderdelen 1.4 en 1.5* bouwt voort op de voorgaande, falende klachten en delen hun lot. *Subonderdeel 1.6* bevat geen klacht.

Onderdeel 2

3.34

Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 3.8. Het lijkt nuttig deze in de context van de overige overwegingen te plaatsen alvorens het onderdeel te bespreken. Het hof heeft:

- (i) vastgesteld dat de actuaire voor de vaststelling van de solidariteitsbijdragen aansluiting zocht bij het Vrijstellingsbesluit — de Rekenregels dus — en voor de te missen herstell premie bij de bij het door het bestuur van PNO vastgestelde premie- en indexatiebeleid (rov. 3.1.7);
- (ii) overwogen dat 5% van de pensioenpremie bestaat uit herstell premie (zo volgt uit rov. 3.5 onder iv);

- (iii) vooropgesteld dat artikel 1 onder c van de Rekenregels uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het fonds 'pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht' en aansluitend
- (iv) geoordeeld dat 'noch uit de berekening van de actuaris van PNO noch uit de stukken die PNO in het geding heeft gebracht, blijkt dat die situatie zich heeft voorgedaan.' (rov. 3.8);
- (v) overwogen dat volgens PNO de werknemers van Nozema die pensioenaanspraken bij PNO hebben opgebouwd, recht hebben op toekomstige indexatie, indien en voor zover PNO tot het toekennen van indexatie besluit (rov. 3.11) en aansluitend
- (vi) geoordeeld dat de Rekenregels geen compensatie toekennen voor het risico, dat de kosten van indexering van de aanspraken van de niet-actieven (gepensioneerden en slapers) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd en indexering van hun aanspraken geschiedt ten koste van het mede met de herstellpremie opgebouwde pensioenvermogen van de premiebetalende werknemers (rov. 3.12).

3.35

Voor zover ook dit onderdeel een beroep doet op het uitgangspunt van de Rekenregels, dat het pensioenfonds geen nadeel mag ondervinden van de uittreding (s.t. PNO nr. 3.3.2), verwijs ik naar 3.15.

3.36.1

Het onderdeel neemt in de *subonderdelen 2.1, 2.1.1 en 2.1.2* tot uitgangspunt (a) dat de herstellpremie werd aangewend voor de inkoop van aanspraken voor inactieven als bedoeld in art. 1 onder c van de Rekenregels, omdat (b) door toekenning van indexatie inkoop plaatsvindt van een extra, verhoogd pensioen, waarbij het onderdeel (c) verwijst naar het verband tussen de streefdekkingsgraad van PNO en indexatie.

3.36.2

In de opvatting van PNO omvat de inkoop van aanspraken voor niet-actieven elke premie die wordt geheven om in de toekomst te kunnen indexeren (vgl. de s.t. van PNO nrs. 3.3.3 en 3.3.7).

- (i) PNO erkent dat de indexering voorwaardelijk is (repliek nr. 3.11; dit volgt ook uit rov. 3.11). Volgens PNO is dat echter bezijden het punt, want het gaat er slechts om dat de (als deel van de doorsneepremie geheven) herstellpremie ertoe strekte om te kunnen indexeren, hetgeen het geval is nu PNO haar streefdekkingsgraad moet bereiken om volledig te kunnen indexeren (s.t. nr. 3.3.6; repliek nrs. 3.7). Het gaat dus niet om het indexeringsrisico zoals bedoeld in het STAR-advies, maar om een risico dat zich reeds had verwezenlijkt (repliek nr. 3.8).
- (ii) Onder de PSW is indexatie inkoop van aanspraken, zij het onder de voorwaarde van een afdoende dekkingsgraad. In dat opzicht onderscheidt indexatie zich rechtens niet van inkoop van nominaal pensioen omdat ook dat voorwaardelijk is, namelijk onder de voorwaarde dat de activa tenminste gelijk zijn aan het minimum vereist eigen vermogen (s.t. nr. 3.3.6). Het pensioenfonds moet toereikende technische voorzieningen vaststellen. Wat toereikend is wordt op grond van art. 9a lid 2 PSW (naar ik begrijp: zoals deze bepaling per 8 februari 2006 is komen te luiden) bepaald door het geheel van de uit de statuten en reglementen voortvloeiende pensioenverplichtingen. Indexatie en de voorwaarden waaronder en de mate

waarin deze wordt toegekend, maken deel uit van de pensioenverplichtingen in de zin van art. 9a lid 2 PSW (repliek nr. 3.10).^[56.]

3.37

Het beroep op art. 9a lid 2 PSW, als bedoeld bij 3.36.2 onder (ii), gaat er naar mijn mening ten onrechte vanuit, dat elke indexatie deel uitmaakt van de pensioenverplichtingen in de zin van art. 9a lid 2 PSW. Immers volgens de FTK-Hoofdlijnennota moesten de technische voorzieningen aan de passivazijde van de balans voortaan tenminste voldoende zijn ter dekking van de door de deelnemers opgebouwde rechten en moesten, om de omvang van de technische voorzieningen te bepalen, de omvang van de onvoorwaardelijke aanspraken van de deelnemers in het fonds worden bepaald. Indexatie maakt hiervan niet altijd deel uit (zie bij 3.20.2). De bepaling van art. 9a lid 2 PSW, zoals nadien ingevoerd ter omzetting van de Richtlijn Pensioeninstellingen, gaat daarvan ook uit. In de MvT bij art. 9a lid 2 PSW is gesteld:^[57.]

“De richtlijn schrijft in artikel 15, tweede lid, voor dat pensioeninstellingen toereikende technische voorzieningen vast moeten stellen met betrekking tot het geheel van de uitgevoerde bedrijfspensioenregelingen. De verwijzing naar de bedrijfspensioenregelingen is vertaald met de woorden «het geheel van uit de statuten en reglementen voortvloeiende pensioenverplichtingen» omdat hiermee beter wordt aangesloten bij de PSW-terminologie (zie het huidige artikel 9a, eerste lid, en artikel 9, tweede lid, van de PSW), zonder dat de bepaling daarmee inhoudelijk wijzigt. In de praktijk worden onder de uit de statuten en reglementen voortvloeiende verplichtingen mede verstaan de verplichtingen die voortvloeien uit overige communicatie door fondsen en verplichtingen die voortvloeien uit de wet.”

Hiermee wordt onder meer verwezen naar het onderscheid tussen (formeel of feitelijke) onvoorwaardelijke indexatie en voorwaardelijke indexatie. Gezien dit onderscheid gaat de stelling dat ook een nominaal pensioen in zeker opzicht voorwaardelijk is (namelijk onder de voorwaarde dat de activa tenminste gelijk zijn aan het minimum vereist eigen vermogen) naar mijn mening langs de kern van de zaak heen. Zo ruim opgevat, zou een onderscheid tussen ‘onvoorwaardelijke’ en ‘voorwaardelijke’ indexatie niet zinvol te maken zijn.^[58.]

3.38

Wat betreft de overige argumenten van PNO diene het volgende.

3.39.1

Het onderdeel berust mijns inziens in zoverre — voor wat betreft het gestelde bij 3.36.1 achter (b) — op een juist uitgangspunt, dat artikel 1 onder c van de Rekenregels op een bepaalde wijze ook ziet op indexering. Ik kwam eerder (3.16) tot de conclusie dat hoewel het ‘indexeringsrisico’ als zodanig niet wordt gecompenseerd, er als onderdeel van de solidariteitsbijdragen wel aanspraak bestaat op compensatie van een premiecomponent ten behoeve van de inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Onder inkoop van aanspraken voor niet-actieven wordt in het STAR-advies (ook) indexering verstaan en aangenomen mag worden dat hetzelfde geldt voor de Rekenregels.

3.39.2

Om deze reden komt mij onjuist voor de opvatting van KPN (s.t. nr. 4.24) dat art. 1 onder c van de Rekenregels niet ziet op indexatievoorzieningen, maar uitsluitend op inkoop van pensioenaanspraken voor gewezen deelnemers met een premievrij gesteld pensioen.

3.40.1

Voor het overige stelt de opvatting van PNO, als bedoeld bij 3.36.1 achter (a) en (c) en bij 3.36.2 onder (i), de afbakening tussen de in artikel 1 onder c Rekenregels bedoelde 'inkoop van aanspraken voor niet-actieven' en het door de Rekenregels niet gecompenseerde 'indexeringsrisico' aan de orde.

3.40.2

Die afbakening is in abstracto moeilijk aan te geven.

De 'inkoop van aanspraken voor niet-actieven' ziet op de situatie dat 'op het moment van uittreden een deel van de doorsneepremie betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (indexering)' (zie bij 3.10.3).

Het 'indexeringsrisico' ziet op 'de kans dat de kosten van indexering van de aanspraken van de pensioentrekkenden en slapers niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd' met als gevolg dat maatregelen moeten worden genomen als beperking van de indexering, verhoging van de premie, het aanspreken van de reserves of een combinatie daarvan (zie bij 3.10.4).

In beide scenario's is dus denkbaar dat een indexatie effect heeft op de premie.

3.41

De opvatting van PNO komt er mijns inziens op neer dat wanneer een fonds anticipeert op het indexeringsrisico door een herstellpremie in rekening te brengen om haar vermogenspositie te verbeteren zodat zij zal kunnen indexeren, reeds sprake is van de in artikel 1 onder c Rekenregels bedoelde inkoop van aanspraken voor niet-actieven.

3.42

Zie ik het goed, dan leidt die opvatting tot het marginaliseren van het indexeringsrisico. Naar mijn mening kan niet gezegd worden dat elke premie(component) die wordt geheven om in de toekomst te kunnen indexeren, kwalificeert als een inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Zou dat het geval zijn dan wordt het indexeringsrisico ten laste gebracht van de uittreder en daarvoor is (weliswaar ook wat te zeggen, maar) in de Rekenregels niet gekozen. Ik meen daarom dat per geval moet worden vastgesteld of sprake was van een doorsneepremie die ook zag op inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van de Rekenregels.

3.43

Het hof heeft in rov. 3.8 geoordeeld dat in het onderhavige de herstellpremie niet zag op inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van de Rekenregels, maar deze daarentegen in rov. 3.11-3.12 betrokken op het indexeringsrisico. Het uitgangspunt van onderdeel 2.1 mist in zoverre — voor wat betreft het gestelde bij 3.36.1 achter (a) en (c) — feitelijke grondslag.

3.44

Anders dan subonderdelen 2.1.1 en 2.1.2 (zie de s.t. zijdens PNO nr. 3.3.6; repliek nr. 3.15), lees ik niet in rov. 3.8, dat het hof in het algemeen de gedachte verwerpt, dat artikel 1 onder c van de Rekenregels betrekking heeft op indexering als vorm van inkoop van aanspraken.

3.45

Evenmin heeft het hof een onderscheid beogen te maken tussen pensioenfondsen die wel (art. 10 PSW) en pensioenfondsen die niet (art. 9 PSW) hun verplichtingen in eigen beheer houden. Ook in zoverre faalt subonderdeel 2.1.1 bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.46

Ik meen (met KPN s.t. nrs. 4.23 en 4.27) dat het hof heeft geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat in het onderhavige geval sprake is van inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van de Rekenregels.

3.47

Dat dit oordeel onjuist zou zijn dan wel onvoldoende gemotiveerd, zoals de *subonderdelen 2.1.2.1 t/m 2.1.2.4* aanvoeren, kan naar mijn mening niet gezegd worden. Het hof is ingegaan op de stellingen van PNO, maar heeft in het licht daarvan de herstellpremie, waar deze zag op het weer kunnen gaan indexeren, betrokken op het indexeringsrisico (rov. 3.12) en niet op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (rov. 3.8). Daarbij wees het hof in rov. 3.8 onder meer naar de berekening van de actuaris van PNO, welke voor de vaststelling van de solidariteitsbijdragen aansluiting had gezocht bij het Vrijstellingsbesluit — de Rekenregels dus — en voor de te missen herstellpremie bij de bij het door het bestuur van PNO vastgestelde premie- en indexatiebeleid (rov. 3.1.7). Subonderdeel 2.1.2.4 doet nog een beroep op de brief van de actuaris van 21 juni 2007, zonder echter aan te geven (onder vermelding van een afdoende vindplaats in het dossier) [\[59.\]](#) dat deze stelling in feitelijk instanties is aangevoerd, zodat het ervoor moet worden gehouden dat sprake is van een in cassatie ontoelaatbaar novum.

3.48

Subonderdeel 2.1.2.5 mist feitelijke grondslag, omdat het hof niet heeft geoordeeld dat weliswaar sprake was van inkoop als bedoeld in de Rekenregels, maar buiten de daarin bedoelde referentieperiode.

3.49

Ik kom tot de slotsom dat de onderdelen 1 en 2 falen.

4. Onderdelen 3-5

4.1

In MvA nr. 2.4 heeft PNO het door het hof in rov. 3.17 weergegeven betoog gevoerd en daaraan de conclusie verbonden dat 'een (overeenkomstige) toepassing van art. 6:89 BW meebrengt dat KPN te

laat heeft geklaagd over de uitvoering van de overeenkomst, met als gevolg dat KPN in 2009 gebonden was aan de vastgestelde hoogte van het VTN.', dat wil zeggen het verzekeringstechnisch nadeel. Het hof reageert hierop als volgt:

“3.15

Tegen toewijzing van de vordering van KPN voert PNO nog aan dat (overeenkomstige) toepassing van artikel 6:89 BW meebrengt dat KPN te laat heeft geklaagd over de uitvoering van de overeenkomst, met gevolg dat KPN in 2009 gebonden was aan de vastgestelde hoogte van het verzekeringstechnisch nadeel.

3.16

Artikel 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser die een gebrekkige prestatie ontvangt binnen bekwame tijd dient te protesteren, op straffe van verval van alle bevoegdheden. KPN baseert haar vordering niet op een gebrekkige prestatie van PNO maar op de onverschuldigde betaling aan PNO (artikel 6:203 BW). Op die vordering tot ongedaanmaking is artikel 6:89 BW niet van overeenkomstige toepassing.

3.17

PNO voert verder nog aan dat KPN, door eerst het in rekening gebrachte verzekeringstechnisch nadeel in 2007 te betalen en pas medio 2009 te stellen dat zij onverschuldigd heeft betaald, PNO de mogelijkheid heeft ontnomen om of niet mee te werken aan de onregelmatige beëindiging van de overeenkomst door KPN of nadere eisen te stellen aan de door KPN te betalen schadevergoeding. Het hof passeert ook dit betoog, omdat het enkel klagen over de handelwijze van KPN haai- niet van haar betalingsverplichting jegens KPN bevrijdt. Indien en voor zover PNO meent dat zij door de handelwijze van KPN schade heeft geleden, kan zij van KPN schadevergoeding vorderen.”

4.2

Onderdeel 3 richt in vijf subonderdelen klachten tegen rov. 3.16 en 3.17. Deze klachten gaan niet op. De veronderstellingen dat het hof in de stellingen van PNO geen beroep op art. 6:89 BW heeft gelezen (*subonderdeel 3.4*) of dat het hof heeft geoordeeld dat KPN tijdig heeft geprotesteerd in de zin van art. 6:89 BW (*subonderdeel 3.5*) missen feitelijke grondslag, zodat beide subonderdelen falen.

4.3

Volgens *subonderdeel 3.1* heeft KPN haar vordering wel gebaseerd op een gebrekkige prestatie van PNO. Aangezien de schadeloosstelling voor verzekeringstechnisch nadeel een voorwaarde is voor 'uittreding', aan welke schadeloosstelling een vaststelling door de actuaire van het fonds dient vooraf te gaan, heeft deze vaststelling (rechtens) te gelden als een prestatie in de zin van art. 6:89 BW, althans is onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat deze vaststelling geen prestatie in de zin van art. 6:89 BW zou zijn.

Deze klacht kan niet tot cassatie leiden,^[60] omdat de daaraan ten grondslag liggende stelling niet in feitelijke instanties is ingenomen en, nu deze stelling een uitleg van de overeenkomst vergt, niet voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd.

4.4

In het verlengde hiervan faalt ook *subonderdeel 3.2*,^[61.] dat klaagt dat het hof in rov. 3.17 onjuiste rechtsgevolgen heeft verbonden aan een geslaagd beroep op art. 6:89 BW.

4.5

Subonderdeel 3.3 betoogt dat KPN nakoming van een verbintenis uit onverschuldigde betaling vordert en dat art. 6:89 BW ook op die verbintenis van toepassing is.

Dat argument ziet eraan voorbij dat KPN niet stelt dat PNO haar verbintenis uit onverschuldigde betaling, die strekt tot terugbetaling van het door KPN in deze procedure gevorderde bedrag, *gebrekkig* is nagekomen. PNO is die verbintenis, waarvan het bestaan in de procedure moest worden vastgesteld, in het geheel nog niet nagekomen.^[62.] In deze zin moet de slotzin van rov. 3.16 m.i. worden begrepen. De vraag of art. 6:89 BW ook ziet op een gebrekkige nakoming van een verbintenis uit onverschuldigde betaling,^[63.] doet zich in deze zaak niet voor.

4.6

Onderdeel 4 klaagt dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan het bewijsaanbod van PNO waarin PNO voldoende concreet (tegen)bewijs heeft aangeboden van haar 'feitelijke stellingen' (onder meer) door het horen van (in hoger beroep specifiek aangeduide) getuigen, welk bewijsaanbod derhalve (onder meer) betrekking heeft op de (concrete en relevante) stellingen van PNO dat in de referentieperiode inkoop van aanspraken voor niet-actieven heeft plaatsgevonden en (voor zover feitelijk voldoende betwist) dat op het moment dat KPN uittrad sprake was van onderdekking.

4.7

Het onderdeel faalt. In de s.t. (nr. 3.17) heeft PNO zelf al aangegeven dat deze klacht afhankelijk is van het slagen van onderdeel 1 en/of 2. Nu beide onderdelen falen, deelt deze klacht hun lot. Overigens luidt het bewijsaanbod in PNO's memorie van antwoord aldus:

"7. Slotopmerking

7.1

PNO meent geen bewijsplicht te hebben. Mocht enig onderdeel van het door PNO gestelde toch door haar bewezen dienen te worden, dan biedt PNO voor alsdan bewijs aan door het horen van de bestuursleden van PNO uit 2006 en de actuaris die het VTN heeft vastgesteld als getuigen."

Het hof overweegt in rov. 3.18 dat PNO niet voldoende concrete feiten stelt die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden leiden. Dit oordeel geeft gezien het bewijsaanbod alsmede het feit dat PNO in de kern genomen slechts rechtsopvattingen bepleitte omtrent de inhoud van het 'verzekeringstechnisch nadeel' in de Rekenregels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk.

4.8

Nu de overige klachten falen, faalt ook de (veeg)klacht van *onderdeel 5*.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 508071/HA ZA 12-76 van de Rechtbank Amsterdam van 2 mei 2012 en 16 januari 2013;
- b. het arrest in de zaak 200.126.217/01 van het Gerechtshof Amsterdam van 4 maart 2014. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft PNO beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

KPN heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor KPN mede door mr. K.J.O. Jansen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van PNO heeft bij brief van 24 juli 2015 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) PNO is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (voorheen Pensioen- en spaarfondsenwet).
- (ii) De Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (later Nozema Services N.V., hierna: Nozema) had aan haar werknemers pensioentoezeggingen gedaan en wilde deze pensioentoezeggingen, conform haar wettelijke plicht, onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. Op 15 mei 2002 is hiertoe tussen PNO en Nozema een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten die als doel had om de rechten en verplichtingen over en weer in het kader van de aansluiting van Nozema bij PNO vast te leggen. De aansluiting van Nozema bij PNO was onverplicht in de zin dat Nozema de pensioentoezeggingen ook bij een verzekeraar of een ondernemingspensioenfonds had kunnen onderbrengen.
- (iii) Op 20 oktober 2006 heeft een juridische fusie plaatsgevonden tussen Nozema en KPN, waardoor Nozema als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De werknemers van Nozema zijn per 1 oktober 2006 opgenomen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds KPN.
- (iv) KPN heeft per 1 oktober 2006 de deelname aan de pensioenregeling van PNO beëindigd.

- (v) Art. 10 lid 3 van de overeenkomst bepaalt:
“Uittreding van de deelnemende als bedoeld in het eerste lid is slechts mogelijk, indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds. De aanwezigheid van een verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaire van het fonds. De deelnemende organisatie ontvangt een afschrift van het desbetreffende rapport van de actuaire.”
- (vi) Bij brief van 5 september 2007 heeft PNO aan KPN laten weten dat het verzekeringstechnisch nadeel dat als gevolg van het uittreden is ontstaan een bedrag van € 837.765 betreft, te vermeerderen met de kosten van het uittredingsverzoek van € 1.500 derhalve in totaal € 839.265.
- (vii) Als bijlagen bij de brief waren aangehecht twee brieven van de actuaire van PNO, A. B.V. (hierna: A.). In de brief van (vermoedelijk) 6 juni 2007 is vermeld dat het verzekeringstechnisch nadeel volgens A. bestond uit drie componenten: a) te missen solidariteitsbijdragen op grond van de gemiddelde leeftijd als gevolg van het uittreden, b) te missen herstell premie als gevolg van het uittreden, en c) de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het uittredingsverzoek. De brief vermeldt voorts, voor zover relevant:
“In bijlage 1 gaan wij achtereenvolgens in op de hierboven beschreven drie componenten. Voor de vaststelling van de te missen solidariteits-bijdragen stellen wij voor aan te sluiten bij het (objectief vastgestelde) Vrijstellingsbesluit uit de Wet Bpf 2000. Voor de vaststelling van de te missen herstell premie stellen wij voor aan te sluiten bij het onlangs door het bestuur vastgestelde premie- en indexatiebeleid. Tevens stellen wij voor de te missen solidariteits-bijdragen, indien negatief, te verrekenen met de overige componenten van het verzekeringstechnische nadeel.”
- (viii) In de brief van 21 juni 2007 van A. staat dat de te missen solidariteitsbijdrage uitkomt op een negatief bedrag van € 277.353 aangezien de uittredende deelnemers van KPN gemiddeld ouder waren dan de achterblijvende deelnemers bij PNO, en dat de herstell premie € 1.115.118 bedraagt.
- (ix) Na diverse aanmaningen heeft KPN een bedrag van € 849.060,26 betaald, welk bedrag door PNO is ontvangen. Ook heeft PNO een bedrag van € 4.966,61 van KPN ontvangen ter zake van een rentenota.
- (x) KPN heeft na betaling van voornoemde bedragen bij PNO alsnog bezwaar gemaakt tegen de berekening van het verzekeringstechnisch nadeel.

3.2.1

KPN heeft gevorderd, voor zover in cassatie van belang, dat PNO wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag in hoofdsom van € 854.026,87. Aan deze vordering heeft KPN ten grondslag gelegd dat de door PNO berekende herstell premie van € 1.115.118 berust op een onjuiste uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de zin van art. 10 lid 3 van de overeenkomst en dat zij het bedrag van € 854.026,87 dus onverschuldigd heeft betaald.

3.2.2

De rechtbank heeft de vorderingen van KPN afgewezen.

Het hof heeft de vordering van KPN tot terugbetaling van voormeld bedrag van in hoofdsom € 854.026,87 alsnog toegewezen.

3.3.1

In cassatie wordt niet opgekomen tegen de volgende overwegingen en beslissingen van het hof:

- (i) De kern van het geschil betreft de vraag hoe het begrip verzekeringstechnisch nadeel in art. 10 lid 3 van de overeenkomst moet worden uitgelegd; voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten (rov. 3.4);
- (ii) Bij de uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel zijn acht door het hof vermelde omstandigheden van belang (rov. 3.5); en
- (iii) In de onder rov. 3.5 genoemde omstandigheden heeft KPN (Nozema) redelijkerwijs niet behoeven te begrijpen dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst een ruimere inhoud had dan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel, meer in het bijzonder niet dat onder dat begrip ook de te missen herstell premie zou vallen; uit de feiten volgt niet dat PNO erop mocht vertrouwen dat KPN (Nozema) begreep dat PNO een eigen invulling aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel gaf (rov. 3.6).

3.3.2

De onderdelen 1 en 2 keren zich tegen de rov. 3.7-3.13 waarin het hof als volgt heeft overwogen met betrekking tot de uitleg en de toepassing van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel:

"3.7

PNO stelt dat ook bij toepassing van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel de te missen herstell premie door KPN vergoed zou moeten worden. In de eerste plaats voert PNO aan dat de herstell premie ook bedoeld is voor de inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel. Middels toekenning van indexatie vindt immers inkoop van extra, een verhoogd, pensioen plaats, aldus PNO.

3.8

Het hof is van oordeel dat artikel 1 onder c uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht. Noch uit de berekening van de actuaris van PNO noch uit de stukken die PNO in het geding heeft gebracht, blijkt dat die situatie zich heeft voorgedaan. De herstell premie kan derhalve niet onder artikel 1 onder c van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel worden gebracht.

3.9

Daarnaast voert PNO aan dat de te missen herstell premie valt onder de in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel opgenomen regel dat bij een onderdekking de uittreedende werkgever op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers dient bij te dragen in de financiering van de achterstand. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

3.10

Ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) was de dekkinggraad ruim 118%. Uit de notulen van de vergadering van het bestuur van PNO van 7 december 2005 (...) volgt dat bij een dekkinggraad lager dan 105% sprake is van onderdekking. De te missen herstell premie valt derhalve niet onder het bepaalde in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel ter zake van onderdekking. Ten tijde van de uittreding was er bij PNO immers geen onderdekking. Anders dan PNO aanvoert, kan uit het bemiddelingsvoorstel van de SER-bemiddelaar niet worden opgemaakt dat, indien er geen situatie van onderdekking is, de te missen herstell premie toch onder het begrip verzekeringstechnisch nadeel van de Rekenregels kan worden gebracht. PNO licht dat ook niet toe.

3.11

PNO brengt nog naar voren dat het missen van herstell premie negatieve gevolgen heeft voor herstel van de dekkinggraad en daarmee voor de indexatiecapaciteit bij PNO. De werknemers van Nozema die pensioenaanspraken bij PNO hebben opgebouwd, hebben recht op toekomstige indexatie, indien en voor zover PNO tot het toekennen van indexatie besluit. PNO lijdt nadeel indien zij van KPN (Nozema) niet de bijdrage ontvangt die gericht is op het verkrijgen van voldoende dekking voor de indexatie van die pensioenaanspraken, aldus PNO.

3.12

Het hof begrijpt het betoog van PNO aldus dat door het uittreden van KPN (Nozema) het risico wordt vergroot dat de kosten van indexering van de aanspraken van de niet-actieven (gepensioneerden en slapers) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hun aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd en indexering van hun aanspraken geschiedt ten kosten van het mede met de herstell premie opgebouwde pensioenvermogen van de premiebetalende werknemers. PNO ziet eraan voorbij dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds dat aan een werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming verleent, ook met dat risico heeft te maken en dat de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel voor dat risico (ook) geen compensatie toekennen.

3.13

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat, anders dan PNO stelt, uit artikel 10 lid 3 van de overeenkomst niet volgt dat de actuaris van PNO het verzekeringstechnisch nadeel naar eigen inzicht en voor partijen bindend vaststelt. De actuaris moet bij het vaststellen/berekenen van het verzekeringstechnisch nadeel uitgaan van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel in de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Toepassing van deze maatstaf brengt mee dat er geen grond is om het begrip verzekeringstechnisch nadeel uit te leggen in de door PNO bepleite zin.”

3.4

De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (hierna: Rekenregels) vormen Bijlage 2 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000) (*Stb.* 2000, 633), dat zijn wettelijke grondslag vindt in art. 13 lid 3 Wet verplichte deelneming in een

bedrijfstakpensioenfonds 2000 (*Stb.* 2000, 628). De Rekenregels zijn aan te merken als recht in de zin van art. 79 lid 1 RO. Voor zover van belang luiden deze Rekenregels:

“De hoogte van de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel bij vrijstelling heeft betrekking op de volgende elementen:

1. te missen solidariteitsbijdragen als gevolg van het uittreden uit het bedrijfstakpensioen-fonds. Deze solidariteitsbijdrage wordt als volgt berekend:
 - a.
(...);
 - b.
(...);
 - c.
indien gedurende de onder a gehanteerde referentieperiode een deel van de doorsneejaar-premie (...) betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, dient dit deel, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan, eveneens gecompenseerd te worden;
 - d.
(...)
2. de kosten die redelijkerwijs verbonden zijn aan de behandeling van het vrijstellingsverzoek. Indien er op de dag van uittreding sprake is van een onderdekking, mag dit er niet toe leiden dat de financieringsachterstand wordt verhaald op debij het bedrijfstakpensioenfonds achterblijvende werkgevers. De werkgever aan wie de vrijstelling is verleend dient dan op dezelfde wijze als de achterblijvende werkgevers bij te dragen in de financiering van de achterstand. Partijen kunnen overeen komen dat dit in één keer wordt afgerekend.”

3.5.1

Onderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 3.10 ten onrechte oordeelt dat de te missen herstellpremie niet valt onder het bepaalde in de Rekenregels ter zake van onderdekking. Volgens het onderdeel is sprake van onderdekking in de zin van de Rekenregels zolang het bedrijfstakpensioenfonds haar streefdekkingsgraad nog niet heeft bereikt. KPN dient op gelijke voet als de achterblijvende werkgevers bij te dragen aan de financiering van de achterstand, zodat de herstellpremie deel uitmaakt van het verzekeringstechnisch nadeel in de zin van de Rekenregels, zolang PNO haar streefdekkingsgraad van 125,5% nog niet had bereikt, aldus het onderdeel.

3.5.2

Het begrip ‘onderdekking’ is in de Rekenregels zelf niet gedefinieerd. Een definitie is evenmin te vinden in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000), dan wel de voorloper daarvan, de Vrijstellingsregeling Wet Bpf (*Stcrt.* 1998, 78). De uitleg van dit begrip dient derhalve te geschieden door aansluiting te zoeken bij de aanverwante regelgeving en beleidsdocumenten die zijn weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.18-3.24.

3.5.3

Op grond van art. 16 lid 1 van Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (*PbEU* 2003, L 235/10) is iedere pensioeninstelling ertoe verplicht 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. Art. 17 lid 1 van Richtlijn 2003/41/EG schrijft voor dat de in die bepaling bedoelde pensioeninstellingen permanent bij wijze van buffer aanvullende activa aanhouden naast de technische voorzieningen. Voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa wordt in art. 17 lid 2 van Richtlijn 2003/41/EG verwezen naar de art. 27 en 28 van Richtlijn 2002/83/EG (*PbEU* 2002, L 345/1).

Blijkens de bijlage bij de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2005 ([Kamerstukken II 2004/05, 28 294, nr. 21](#), bijlage, p. 2) leidt toepassing van laatstgenoemde richtlijnbevestigingen ertoe dat het minimaal vereist eigen vermogen uitkomt op circa 5% van de technische voorzieningen, hetgeen leidt tot een minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%.

3.5.4

Richtlijn 2003/41/EG is aanvankelijk geïmplementeerd in de Pensioen- en spaarfondsenwet en nadien in de Pensioenwet. In de toelichting op de desbetreffende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet wordt de door art. 16 lid 2 van Richtlijn 2003/41/EG bedoelde situatie dat de pensioeninstelling over onvoldoende activa beschikt om de technische voorzieningen te dekken, aangemerkt als een geval van 'vermogenstekort' respectievelijk 'onderdekking' ([Kamerstukken II 2004/05, 30 104, nr. 3](#), p. 11, 23-24 en 27).

3.5.5

In het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (*Stb.* 2006, 710), dat zijn wettelijke grondslag vindt in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, wordt onderscheid gemaakt tussen het 'minimaal vereist eigen vermogen' (art. 11) en het 'vereist eigen vermogen' (art. 12). Blijkens de bijbehorende nota van toelichting (p. 25-26) zijn voor de berekening van het minimaal vereist eigen vermogen als bedoeld in art. 11 de voorschriften van de hiervoor in 3.5.3 vermelde richtlijnen bepalend, en bedraagt dit minimaal vereist eigen vermogen circa 5% van de technische voorzieningen. Voor het vereist eigen vermogen als bedoeld in art. 12 wordt uitgegaan van een dekkingsgraad van maximaal 130%.

3.5.6

Ten slotte wordt in de nota Toekomst pensioenstelsel uit 2012 gesproken van een situatie van onderdekking indien de dekkingsgraad onder de 105% ligt ([Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 113](#), p. 10 en 26).

3.5.7

Hetgeen hiervoor in 3.5.3-3.5.6 is overwogen, is grond om het begrip 'onderdekking' in de Rekenregels aldus uit te leggen dat daaronder wordt verstaan de situatie dat het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioeninstelling minder bedraagt dan 5% van de technische voorzieningen die de pensioeninstelling aanhoudt ter dekking van het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen. Van onderdekking als bedoeld in de Rekenregels is derhalve sprake indien de pensioeninstelling niet voldoet aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%.

3.5.8

Het hof heeft vastgesteld dat ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) de dekkinggraad van PNO ruim 118% bedroeg, en geoordeeld dat er ten tijde van die uittreding bij PNO geen sprake was van onderdekking. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking verbonden dat de aan KPN in rekening gebrachte herstellpremie niet berust op het bepaalde in de Rekenregels ter zake van onderdekking. Blijkens het vorenstaande is het hof daarbij uitgegaan van een juiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip onderdekking als bedoeld in de Rekenregels. De rechtsklacht van onderdeel 1.1 faalt.

3.6.1

Onderdeel 2 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.8 dat art. 1 onder c van de Rekenregels uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds pensioenaanspraken voor niet-actieven (voormalige werknemers en gepensioneerden) heeft ingekocht en dat niet blijkt dat die situatie zich heeft voorgedaan, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel ontoereikend is gemotiveerd. Volgens onderdeel 2.1.1 vereist art. 1 onder c van de Rekenregels niet dat het bedrijfstakpensioenfonds aanspraken voor niet-actieven inkoop. Onderdeel 2.1.2 voert aan dat PNO in feitelijke instanties naar voren heeft gebracht dat door toekenning van indexering aan niet-actieven inkoop plaatsvindt van 'extra, een verhoogd, pensioen'. Mede blijkens de toelichting strekken deze onderdelen ten betoge dat een dergelijke toekenning van indexering heeft te gelden als de inkoop van aanspraken voor niet-actieven in de zin van art. 1 onder c van de Rekenregels.

3.6.2

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.10-3.13, blijkt dat voor de toepassing van de Rekenregels onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, het begrip 'inkoop van aanspraken voor niet-actieven' en, anderzijds, het begrip 'indexeringsrisico', waaronder is te verstaan de kans dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de pensioentrekkenden en de 'slapers' (dat wil zeggen nog niet gepensioneerde deelnemers aan een pensioenregeling die bij de betrokken pensioeninstelling geen pensioen meer opbouwen) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd.

Art. 1 onder c van de Rekenregels bepaalt dat de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel mede omvat het deel van de doorsneejaarpremie dat betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan.

De Rekenregels voorzien daarentegen niet in algemene zin in compensatie van het bedrag dat nodig is ter dekking van het risico dat is verbonden aande (toekomstige) indexering van de aanspraken van niet-actieven. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.10.3-3.10.4 en 3.10.6, blijkt dat om praktische en uitvoeringstechnische redenen ervan is afgezien om dit indexeringsrisico in algemene zin te scharen onder de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel. Dit laat onverlet dat de toekenning van indexering kan plaatsvinden langs de weg van de in art. 1 onder c bedoelde inkoop van aanspraken voor niet-actieven.

3.6.3

Tegen deze achtergrond heeft het hof in rov. 3.8 terecht geoordeeld dat art. 1 onder c van de Rekenregels uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht. Het heeft in rov. 3.12

eveneens terecht geoordeeld dat de Rekenregels geen compensatie toekennen voor het risico dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de niet-actieven niet volledig kunnen worden gefinancierd uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen.

Anders dan PNO heeft aangevoerd, kan niet worden aanvaard dat, voor de toepassing van art. 1 onder c van de Rekenregels, *elke* premieheffing die plaatsvindt met het oog op de toekenning van indexering aan niet-actieven, heeft te gelden als de inkoop van aanspraken voor niet-actieven (in de vorm van 'extra, een verhoogd, pensioen'). Deze door PNO voorgestane uitleg van de Rekenregels, die ertoe zou leiden dat het bedrag dat nodig is ter dekking van het indexeringsrisico, mede ten laste zou komen van KPN als uittreedende werkgever, strookt niet met de tekst van de Rekenregels, noch met het uit de totstandkomingsgeschiedenis af te leiden doel van deze regeling.

Voorts is het oordeel van het hof in rov. 3.8 dat niet is gebleken dat PNO in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht, een feitelijk oordeel dat niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.

3.6.4

Op het vorenstaande stuiten de klachten van onderdeel 2 af.

3.7

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt PNO in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op € 6.467,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

Auteur: M. Heemskerk

1

Kern van dit arrest is dat KPN niet verplicht was om na een exit van fusiepartner Nozema bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de media PNO zogenoemd verzekeringstechnisch nadeel aan het pensioenfonds te vergoeden. Aan de uitleg van één niet contractueel gedefinieerd begrip — verzekeringstechnisch nadeel — in de exitbepaling van de aansluitingsovereenkomst tussen PNO en Nozema hing een prijskaartje van € 840.000.

Belang van goede exitbepalingen wordt groter

2

De uitspraak is belangrijk omdat het belang van goede exitbepalingen in de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerders duidelijk wordt én het beroep op exitbepalingen in de toekomst naar verwachting groter wordt. Er wordt steeds vaker van pensioenuitvoerder gewisseld. De nu vaak summiere exitbepalingen in de uitvoeringsovereenkomst ex art. 25 Pensioenwet zijn dan van groot (financieel) gewicht. Bij verzekerde regelingen (pensioenovereenkomsten ondergebracht bij een verzekeraar) is de uitvoering vaak overeengekomen voor een bepaalde periode (bijvoorbeeld 5 jaar) en is een verlenging of het wisselen van uitvoerder een natuurlijk beslismoment om de exitbepaling te beoordelen. Bij pensioenfondsen is de uitvoering in beginsel voor onbepaalde tijd overeengekomen.

3

Steeds vaker wordt de uitvoeringsovereenkomst met een ondernemingspensioenfonds opgezegd en wordt gekozen voor een nieuwe uitvoerder. Niet zelden wordt het ondernemingspensioenfonds geliquideerd en wordt overgestapt naar een verzekeraar of bedrijfstakpensioenfonds. Nieuwe pensioenuitvoerders zoals de premiepensioeninstelling (PPI, mogelijk vanaf 2011) en vanaf 1 januari 2016 het algemeen pensioenfonds (APF) hebben eveneens de pensioenmarkt betreden. Bij de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen heeft het kabinet een wetsvoorstel aangekondigd om de verplichtstelling te beperken tot de pensioenregeling, waardoor er een keuzemogelijkheid voor de pensioenuitvoerder komt. Bij al deze keuzes zijn de formulering en uitleg van de exitbepalingen belangrijk. Afspraken over collectieve waardeoverdracht van het pensioen van de ene uitvoerder naar de andere uitvoerder en de financiële effecten van de herverdeling van pensioenvermogens bepalen de kosten voor werkgevers en de mogelijkheden voor uitvoerders om het pensioen van begunstigten te betalen. Dat kan het verschil maken tussen indexatie of geen indexatie of bij pensioenfondsen zelfs tussen een korting of geen korting.

4

Terug naar de casus en de uitleg van de exitbepaling bij PNO. Na de fusie tussen Nozema en KPN op 20 oktober 2006 werd de pensioenovereenkomst van de werknemers van Nozema vanaf 1 oktober 2006 ondergebracht bij het KPN pensioenfonds en beëindigt KPN de deelname bij PNO. Dat kon omdat PNO geen verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is en Nozema zich vrijwillig bij PNO had aangesloten.

5

In de aansluitingsovereenkomst stond dat uittreding alleen mogelijk was indien het fonds schadeloos werd gesteld voor het uit de uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel (VTN) van het fonds. Daarover ging deze procedure. De actuaire van het fonds stelt dat nadeel in 2007 vast op € 840.000 en stuurt een kopie van die rapportage aan KPN.

De samenstelling van het VTN volgens PNO

6

Het VTN bestond volgens PNO uit een herstellpremie van meer dan € 1,1 miljoen, de behandelkosten van het uittredingsverzoek. Daarop werd de solidariteitsbijdrage van € 277.000 in mindering gebracht.

De aftrek van de solidariteitsbijdrage kwam doordat het bestand van uittreedende deelnemers van Nozema gemiddeld genomen ouder was (hogere pensioenkosten) dan de gemiddeld jongere achterblijvers bij PNO. Met een leeftijdsonafhankelijke doorsnee(pensioen)premie leidde de uittrekking van Nozema niet tot een verzekeringstechnisch nadeel maar tot een verzekeringstechnisch voordeel voor het fonds, althans voor wat betreft de solidariteitsbijdrage.

7

Nadat KPN het bedrag van € 840.000 heeft betaald, stelt het in 2001 dat er onverschuldigd is betaald omdat er geen sprake is van verzekeringstechnisch nadeel. Volgens KPN vallen de herstellpremies van € 1,1 miljoen niet onder het VTN. De actuarissen van KPN en PNO waren het niet met elkaar eens zodat het totale financiële gewicht rust op de uitleg van het niet in de overeenkomst gedefinieerde begrip verzekeringstechnisch nadeel.

Uitleg VTN conform wettelijke rekenregels

8

In cassatie is onbestreden dat de Haviltex-norm geldt en dat het VTN moet worden uitgelegd conform de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel. Die benadering is begrijpelijk omdat Nozema anders volledig aan de genade van de actuaaris van PNO zou zijn overgeleverd om een ruimere uitleg te nemen dan de wettelijke regels over VTN. Die rekenregels zijn recht in de zin van art. 79 RO en vormen bijlage 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit. Daarin staat het VTN benoemd en de rekenwijze aangegeven. Die rekenregels gaan over de bevoegdheid van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om bij een vrijstelling aan een werkgever vergoeding te vragen. Uitgangspunt van het VTN is dat een exit niet leidt tot financieel nadeel voor de overblijvende ondernemingen.

Wel solidariteitsbijdrage maar geen herstellpremies?

9

De rekenregels bepalen dat het VTN bestaat uit (1) een solidariteitsbijdrage en (2) redelijke behandelkosten van het vrijstellingsverzoek. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand dat de herstellpremies niet onder de solidariteitsbijdrage vielen.

10

PNO deed nog vergeefs een beroep op twee andere elementen van VTN uit de rekenregels: (1) pensioeninkoop voor inactieven als onderdeel van de solidariteitsbijdrage (lid 1 onder c) en (2) een onderdekking die noodzaakt tot een bijdrage van KPN. Uit de berekeningen van de actuaaris en de processtukken bleek echter niet dat er sprake was van pensioeninkoop voor inactieven. Is er op de exitdatum bij het fonds onderdekking dan moet de vertrekkende werkgever op dezelfde wijze als de andere werkgevers bijdragen aan de financiering van de achterstand. Ook dat was niet aan de orde omdat PNO destijds een dekkingsgraad had van 118%. Van onderdekking is zeker geen sprake bij een dekkingsgraad boven de 105%, het volgens art. 131 Pensioenwet minimaal vereist eigen vermogen (MVEV).

11

Zo gezien is de technisch juridische uitkomst van het arrest — na het minutieus doorakkeren van de krochten van de pensioenwetgeving in de goed doorwrochte conclusie van A-G Wissink — begrijpelijk. Had PNO bij de exit herstellpremies in rekening willen brengen, dan had zij dat expliciet moeten verwoorden in de uitvoeringsovereenkomst.

Onvoldoende aandacht voor exitbepalingen

12

Achter deze uitspraak schuilt een structureel aandachtstekort bij de wisseling van pensioenuitvoerder en het ontbreken van goede exitbepalingen. De pensioenopbouw stopt, maar de uitvoeringskosten en indexatieverplichtingen van de uitvoerder niet. Zowel de wetgever, sociale partners als pensioenuitvoerders besteden onvoldoende aandacht aan de exitbepalingen.

13

Vreemd genoeg bevat de Pensioenwet geen verplichting voor ondernemingspensioenfondsen of niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om een exitbepaling op te nemen in de uitvoeringsovereenkomst met een aangesloten werkgever. Dat is vreemd omdat bij andere pensioenuitvoerders zoals verzekeraars, premiepensioeninstellingen en het algemeen pensioenfonds die verplichting wel geldt (art. 25 lid 1 onder h).

14

Er is onvoldoende aandacht bij de contractuele vormgeving van de exitbepalingen voor de financiële gevolgen van een exit. Is een werkgever kostenopslagen voor de uitvoering of indexatielasten verschuldigd voor de uitvoering na de exit, dan moeten daarover eigenlijk afspraken zijn gemaakt in de exitbepaling. Toegegeven, het is ingewikkelde materie waar actuariële kennis en juridische kennis elkaar moeten aanvullen. Bovendien moeten de exitbepalingen bij de entree worden opgesteld of tussentijds gewijzigd. De financiële belangen zijn er groot genoeg voor om daar aandacht aan te besteden. Dit tevens in *PJ 2016/6* door Breuker geannoteerde arrest is daar een goed voorbeeld van. Ook in de zaken *Alcatel* (Hof 's-Gravenhage 9 september 2014, *PJ 2014/163*) — cassatie is daar aanhangig, bij die uitspraak stond ik als advocaat de werkgever bij — en *Smit* (Rb. Rotterdam 26 februari 2014, *PJ 2014/76*) ging het om de uitleg van summiere exitbepalingen en een daaraan verbonden prijskaartje van miljoenen. Zonder aanscherping van de exitbepalingen in uitvoeringsovereenkomsten is het wachten op de volgende uitspraken.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[1.]

Besluit van 21 december 2000, houdende regels met betrekking tot de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder een bedrijfstakpensioenfonds vrijstelling van de verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds verleent, kan verlenen, intrekt en kan intrekken (*Stb.* 2000, 333).

[2.]

Waaronder de beëindiging door de werkgever van de deelnemingsovereenkomst met een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds moet worden begrepen; het hof heeft geoordeeld dat 'verzekeringstechnisch nadeel' in de zin van de overeenkomst tussen PNO en KPN moet worden opgevat in de zin van de Rekenregels (rov. 3.5 en 3.6).

[3.]

Zie mr. 4.10 CvA.

[4.]

Rnr. 2.2 dagv en mr. 1.4 CvA.

[5.]

Zie mr. 4.12 CvA.

[6.]

Prod. 1 PNO ter gelegenheid van de comparitie in prima (overgelegd bij brief van haar raadsman mr. E. Lutjens d.d. 27 augustus 2012), meer in het bijzonder agendapunt 6 onder 8.

[7.]

Rnr. 4.12.

[8.]

Zie blz. 3 p-v in prima, waaruit blijkt dat de heer X. ter comparitie heeft verklaard dat het herstelplan 2003 (aanvankelijk), gelet op de buffereisen, uitging van een dekkingsgraad van 116,5%, maar dat PNO in 2005, althans begin 2006 een streefdekkingsgraad van 125,5% heeft vastgesteld om volledig te kunnen indexeren. Dit heeft KPN in hoger beroep niet bestreden (zie mr. 8.16 MvG) .

[9.]

Rnr. 4.13 CvA en blz. 3 p-v in prima.

[10.]

Rnr. 4.13 CvA en blz. 3 p-v in prima.

[11.]

Zie blz. 4 p-v in prima en blz. 9 van de Abtn (prod. 1 bij CvA).

[12.]

Vgl. HR 24 februari 2006, *NJ* 2006/302, rov. 3.5 en HR 24 november 2006, *NJ* 2006/644, rov. 3.3.2.

[13.]

Zie mr. 4.10 CvA.

[14.]

Anders zou er ook geen sprake zijn van verzekeringstechnisch nadeel voor PNO; vgl. mr. 3.7 CvA.

[15.]

Rnr. 5.22-5.25 MvG en mr. 5.27 MvG.

[16.]

Zie mr. 4.11 CvA.

[17.]

Rnr. 8.16 MvG.

[18.]

Rnr. 3.4 plnt I KPN.

[19.]

Zie bijlage 1 bij de brief van de actuaaris (drs. A.) aan het bestuur van PNO d.d. 21 juni 2007 (overgelegd als prod. 3 bij dagv.), blz. 5.

[20.]

P-v in prima, blz. 3.

[21.]

P-v in prima, blz. 5.

[22.]

Rov. 3.1.5 hof.

[\[23.\]](#)

Rnr. 2.4 MvG.

[\[24.\]](#)

Rov. 2.6 rb.

[\[25.\]](#)

Rov. 2.8 rb.

[\[26.\]](#)

Prod. 7 dagv.

[\[27.\]](#)

Rnr. 5.6 CvA en mr. 7.1.

Voetnoten "Conclusie"

[\[1.\]](#)

Zie het in cassatie bestreden arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:792, *PJ* 2014/116, m.nt. E. Lutjens, rov. 3.1.1-3.1.11.

[\[2.\]](#)

Het door PNO berekende bedrag van € 839,265 (1.115.118 herstell premie — 277.353 negatieve solidariteitsbijdrage + 1.500 behandelingskosten) vermeerderd met verschenen rente.

[\[3.\]](#)

Subonderdeel 1.6. en de s.t. zijdens PNO nrs. 3.1.3-3.1.8; s.t. zijdens KPN nrs. 4.2.-4.3. Ten aanzien van hierna bij 3.7 bedoelde Vrijstellingsrichtlijnen van 1953 oordeelde Uw Raad reeds in die zin in zijn arrest van 4 december 1959, *NJ* 1960/94 (*Bpf Meubelindustrie/Fenstra's Meubelfabriek*).

[\[4.\]](#)

Stb. 2000/633.

[\[5.\]](#)

Vaste rechtspraak, zie o.m. HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *NJ* 2006/644; HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9621, *NJ* 2010/546; HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570. Ten aanzien van een voorloper van het Vbbpf, de Vrijstellingsrichtlijnen van 1953, oordeelde Uw Raad reeds in die zin in zijn arrest van 4 december 1959, *NJ* 1960/94 (*Bpf Meubelindustrie/Fenstra's Meubelfabriek*).

[\[6.\]](#)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/369.

[\[7.\]](#)

Pensioen- en Spaarfondsenwet, *Stb.* 1952/275, iwtr. 1 januari 1953 (*Stb.* 1952, 639). Zie nader L.G.M. Stevens e.a., Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, III.H.1.7.b.5.

[\[8.\]](#)

Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, *Stb.* 1949/121; L.G.M. Stevens e.a., Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, III.H.1.8.b.

[\[9.\]](#)

Pensioenwet, *Stb.* 2006/706.

[\[10.\]](#)

In dat laatste geval ook wanneer de werkgever geen pensioentoezegging had gedaan.

[\[11.\]](#)

De verplichtstelling gold ook wanneer de werkgevers geen pensioentoezegging had gedaan en kon ook bepaalde zelfstandigen ('bedrijfsgenoten') betreffen. Voordien was verplichtstelling via cao mogelijk. Zie E.J. Offerhaus, Bedrijfspensioenfondsen, diss. RUG 1953, m.n. §I.2 en §IV.4.

[12.]

Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, *Stb.* 2000/628.

[13.]

Stb. 2000/633, zoals nadien gewijzigd *Stb.* 2004/397 en *Stb.* 2007/393. In deze zaak speelt de versie van *Stb.* 2004/397.

[14.]

L.G.M. Stevens e.a., Pensioen en andere toekomstvoorzieningen III.H.1.8.c, III.H.1.8.d en IV.C.2. Zie bij de totstandkoming van de Wbf: Minister Joekes, *Handelingen II*, vergadering 1 februari 1949, 1101. Zie ook de opmerkingen van het Kamerlid De Kort, *Handelingen II*, vergadering 2 februari 1949, 1130; *Handelingen II*, vergadering 2 februari 1949, 1135-1136; *Handelingen II*, vergadering 15 maart 1949, 287 en 288; *Handelingen II*, vergadering 16 maart 1949, 296 en 303; Staatssecretaris Van Rhijn, *Handelingen II* 18 oktober 1951, 151-153.

[15.]

Zie *Handelingen II*, vergadering 27 januari 1949, 1043-1044; *Handelingen II*, vergadering 1 februari 1949, 1103; *Handelingen II*, vergadering 2 februari 1949, 1130, 1131 en 1143; *Handelingen II*, vergadering 15 maart 1949, 287.

[16.]

VV, *Handelingen II*, Bijlagen 1947-1948, 785, nr. 4, p. 9; *Handelingen I*, Bijlagen 1948-1949, 785, p. 8; Toelichting op NvW II, *Handelingen II*, Bijlagen 1948-1949, 785, nr. 9; Toelichting op NvW III, *Handelingen II*, Bijlagen 1948-1949, 785, nr. 11; Amendement De Kort c.s., *Handelingen II*, Bijlagen 1948-1949, 785, nr. 13; MvA, *Handelingen II*, Bijlagen 1948-1949, 785, nr. 5, p. 12.

[17.]

Minister Joekes, *Handelingen II*, vergadering 3 februari 1949, 1135, 1e kolom en *Handelingen II*, vergadering 16 maart 1949, 302.

[18.]

Stcrt. 1949/94.

[19.]

Wijziging van de eerste ministeriële beschikking ingevolge artikel 5, derde lid, der Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, (Richtlijnen voor het verlenen van Vrijstelling), *Stcrt.* 31 augustus 1951/169.

[20.]

Beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van richtlijnen voor vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens bijzondere pensioenvoorzieningen, *Stcrt.* 1953/1.

[21.]

Stcrt. 1988/158.

[22.]

M.M. Jansen (Deelneming in bedrijfspensioenfondsen: verplicht of niet-verplicht?, Publikaties van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 4, p. 6) vermeldt in 1993 dat het in de praktijk 'niet of nauwelijks' voorkomt dat vrijstelling wordt verleend aan aangesloten ondernemingen. De praktijk had zich duidelijk anders ontwikkeld dan Thierry (a.w., p. 316) in 1953 had verwacht.

[23.]

E. Schols-van Oppen, Sluipkrach raakt pensioenfondsen hard, Tijdschrift Controlling, 2003/3, p. p. 44; Boender/Bovenberg/Van Hoogdalem en Nijman, Optimale risicodeling in individuele en collectieve pensioencontracten, in: Kosten en baten van collectieve pensioensystemen, S.G. van der Lecq en O.W. Steenbeek (red.), Kluwer 2006, p. 98.

[24.]

Jan Kakes, Dirk Broeders (red.), De houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel, Occasional Studies DNB, Vol.4/Nr.6 (2006), p. 10.

[25.]

Vgl. HR 24 september 1976, [ECLI:NL:HR:1976:AC578](https://ecli.nl:HR:1976:AC578), NJ 1978/245; STAR-advies 1997, §7.8; A-G Koopmans in zijn conclusie voor HR 25 november 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1553](https://ecli.nl:HR:1994:ZC1553), NJ 1995/323, onder 1; M.B. de Haas, Pensioenfondsen in zwaar weer, Pensioen Monografie 8, 2004, p. 37.

[26.]

Kabinetsstandpunt naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling van 17 september 1996,

[Kamerstukken II 1996/97, 25 014, nr. 1](#), p. 5. Zie ook p. 7.

[27.]

Kabinetsstandpunt naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling van 17 september 1996, [Kamerstukken II 1996/97, 25 014, nr. 1](#), p. 12-13.

[28.]

Verzekeringskamer.

[29.]

Stichting van de Arbeid.

[30.]

Advies Verzekeringstechnische aangelegenheden van 21 november 1997, Publ.nr. 11/97 (Bijlage bij Brief STAR aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken van 2 december 1997, SV/VP/96/4115).

[31.]

Vrijstellingsregeling Wet Bpf, *Stcrt.* 1998/78.

[32.]

Stb. 2000/633, zoals nadien gewijzigd. Op onderhavige zaak is de tekst van 1 oktober 2004, *Stb.* 2004/397 van toepassing.

[33.]

MvT, [Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3](#), p. 3 en 4. Vgl. R.H. Maatman, Het FTK en de Nationale Pensioendialoog. Of: hoe alles met elkaar samenhangt, *OR* 2014/138, §5.3.2.

[34.]

Nota van Toelichting bij VbBpf, *Stb.* 2004/397, p. 19-20.

[35.]

Zie over art. 1 sub d van de Richtlijnen voor deelneming (genoemd bij 3.7) P.H. van Vliet, De richtlijnen voor vrijstelling van verplichte deelneming in een bedrijfsfonds, *De Verzekering* 20 februari 1953, p. 59; A.M. Engels, Vrijstelling van verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, *Sociaal Maandblad* 1951, p. 199; H. Thierry, Pensioen- en spaarfondsen, 1953, p. 314; N.W.A. van Eijk, Het ondernemingspensioenfonds, 1958, p. 41-42.

[36.]

R. Derksen en A. ter Horst, De vele vormen van het verzekeringstechnisch nadeel, *PM* 2014/77. Zie voorts E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Tjeenk Willink, 1989, p. 251; R.A.C.M. Langemeijer, Verplichte bedrijfspensioenfondsen, *Pensioenwijzer* 9, Kluwer 2000, p. 113; I. de Vries en B. Detmar, Evaluatie Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000, rapport d.d. 17 maart 2006 van het onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Directie Arbeidsverhoudingen van het Ministerie van SZW, [Kamerstukken II 2005/06, 27 073, nr. 23](#), Bijlage 1, p. 50; E.M.F. Schols-van Oppen, Inleiding pensioenrecht, *Mon. Sociaal Recht* 51, 2015, p. 158, noot 32. En zie n.a.v. de onderhavige zaak C. Donner-Broersma, P. Kuijper en M. Vis, Opzeggen uitvoeringsovereenkomst, in: Het verweesde pensioenfonds, en nu?, Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, nr. 21, 2013, p. 28; H.P. Breuker, Vrijstellingsbesluit toch leidend bij VTN, *PensioenMagazine* 2014/101.

[37.]

“C. *Reserve voorgenomen pensioenaanpassing*¹. Hiervoor was sprake van een formeel of feitelijk onvoorwaardelijke indexeringsverplichting. In de meeste pensioenregelingen’ geldt echter een voorwaardelijke indexering (‘zachte’ verplichting), waarbij de mate van voorwaardelijkheid c.q. de stelligheid van het voornemen grote variatie vertoont. Ook als er een voorwaardelijke indexeringsverplichting is, dient deze transparant gemaakt te worden. Van belang bij het bepalen van de grens tussen de voorwaardelijkheid en de feitelijke onvoorwaardelijkheid van een indexering, is ondermeer het gegeven of in een reeks van achterliggende jaren systematisch is geïndexeerd en de helderheid van de communicatie over het voorwaardelijke karakter van een indexering, al zal het zwaartepunt doorgaans op de reglementaire bepalingen liggen.² Ten minste zal, wanneer in de afgelopen jaren onafgebroken en stelselmatig is geïndexeerd en niet telken jare helder is gecommuniceerd dat de indexering niettemin voorwaardelijk blijft, een reserve aangehouden moeten worden ter overbrugging van de indexeringslasten in een periode van overgang van een feitelijk nagenoeg onvoorwaardelijke indexering naar een indexering met een meer voorwaardelijk karakter. Dit geldt ten minste zolang het fonds het beleid en de communicatie niet heeft aangepast.³ De PVK wil benadrukken dat geen sprake kan zijn van een vermogensoverschot zolang er geen financiële ruimte aanwezig is om daaruit de door het fonds in het vooruitzicht gestelde indexering te kunnen voldoen in jaren van tegenvallend rendement. Gegeven het belang van indexering in het licht

van de lange looptijden en als component van het Nederlandse pensioenstelsel acht de PVK hier transparantie van groot belang. fondsen moeten zich er rekenschap van geven dat bij een indexatievoornemen, ook als het voorwaardelijk is, gesproken zou kunnen worden van een beklemd reserve. Overigens kan voor een geïndexeerde middelloonregeling, bij de reservering voor de financiering van de indexering voor de actieven als die indexering uit de premie wordt voldaan, rekening worden gehouden met deze financieringswijze.”

[38.]

Ook wanneer statuten of reglementen geen aanspraak geven op indexering ('formeel'), kan in de praktijk de verwachting zijn gewekt dat wordt geïndexeerd ('feitelijk'). Vgl. p. 66.

[39.]

Zie nader L.G.M. Stevens e.a., Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, I.C.19.1 en IV.E.2.

[40.]

Hoofddijnen voor de regeling van het financiële toezicht op pensioenfondsen in de pensioenwet, [Kamerstukken 2003/04, 28 294, nr. 4](#).

[41.]

Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, Pb L 235/10.

[42.]

Bijlage bij de brief van de minister van SZW, [Kamerstukken II 2004/05, 28 294, nr. 21](#), p. 2.

[43.]

[Kamerstukken II 2004/05, 28 294, nr. 11](#), p. 7-8.

[44.]

Wet van 19 januari 2006, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (*PbEG* L 235/10), *Stb.* 2006/51.

[45.]

MvT, [Kamerstukken II 2004/05, 30 104, nr. 3](#), p. 11 respectievelijk p. 23-24 en 27.

[46.]

Toelichting op het Besluit (bij art. 11 en 12), p. 25; E.M.F. Schols-van Oppen, Inleiding pensioenrecht, *Mon. Sociaal Recht* 51, 2015, p. 158.

[47.]

[Kamerstukken II 32 043, nr. 113](#), p. 3 noot 2, 10, 26.

[48.]

MvT, [Kamerstukken II 2013/14, 33 972, nr. 3](#), p. 45. Dit gold ook al onder de PSW, zie M.B. de Haas, Pensioenfondsen in zwaar weer, Pensioenmonografieën 9, Kluwer 2004, p. 36.

[49.]

MvT, [Kamerstukken II 2013/14, 33 972, nr. 3](#), p. 25.

[50.]

Wet van 22 december 1999 (wijziging PSW in verband met toezicht, verbod op uitstelfinanciering en waardeoverdracht), *Stb.* 1999/592.

[51.]

Mvt, [Kamerstukken II 1998/99, 26415, nr. 3](#), p. 34.

[52.]

Besluit van 21 november 2000, *Stb.* 2000/502.

[53.]

Zie nader Schols-van Oppen, Inleiding pensioenrecht, 2015, p. 208.

[54.]

Blijkens haar dupliek nr. 1 verstaat KPN de opmerking in de s.t. PNO nr. 3.8 in laatst bedoelde zin.

[55.]

Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2005/119.

[56.]

De daarbij behorende stelling in noot 53 van de repliek bevat m.i. een ontoelaatbaar novum.

[57.]

[Kamerstukken II 2004/05, 30 104, nr. 3](#), p. 22.

[58.]

De s.t. van PNO nr. 3.3.6 maakt een voorbehoud, dat het betoog beperkt tot de PSW. Art. 1 Pensioenwet maakt een onderscheid tussen een pensioenaanspraak (een recht op een nog niet ingegaan pensioen) en een pensioenrecht (het recht op een ingegaan pensioen). Al dan niet voorwaardelijke toeslagen (indexering) vallen onder het begrip pensioen. Maar voorwaardelijke toeslagen, die nog niet zijn toegekend, horen niet tot de pensioenaanspraak of het pensioenrecht. Zie Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht*, 2015, p. 10-12. De terminologie onder de PSW was minder eenduidig. Zie E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, 1989, p. 42-43; P.M. Tulfer, *Pensioen, fondsen en verzekeraars*, 1997, p. 292. De MvA bij de PSW (1972), [Kamerstukken II 1971/72, 11 529, nr. 5](#), blz. 3, vermeldt slechts dat het begrip aanspraak niet gedefinieerd behoeft te worden omdat het begrip een algemeen bekende inhoud heeft, namelijk een recht op een op een later tijdstip tot uitkering komend pensioen.

[59.]

De s.t. van PNO nr. 3.3.8 citeert uit bijlage 1 bij de brief van de actuaaris d.d. 21 juni 2007 (voetnoten 72 en 74). Voetnoot 73 verwijst naar CvA nr. 4.12; daarin wordt slechts in algemene termen verwezen naar de bedoelde bijlage ("De actuaaris spreekt in zijn toelichting bij het vaststellen van het VTN (...) over de herstelcomponent in de doorsnee premie.").

[60.]

Zoals KPN (s.t. nr. 4.30) terecht opmerkt.

[61.]

Zoals KPN (s.t. nr. 4.34) terecht opmerkt.

[62.]

Voor de goede orde: de stukken geven niet aan of PNO reeds heeft voldaan aan de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling tot betaling. Ten tijde van de uitspraak van het hof had PNO, naar mag worden aangenomen, nog geen terugbetaling aan KPN verricht.

[63.]

Zie daaromtrent de s.t. zijdens PNO nr. 3.10 en de s.t. zijdens KPN nr. 4.37.