

JAR 2016/56 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 15-12-2015, HD 200.133.017/01,**ECLI:NL:GHSHE:2015:5229Pensioenuitvoerder mag waarderingsgrondslagen vaststellen,****Geen informatieverplichting werkgever jegens vakvereniging**

Publicatie	JAR 2016 afl. 3
Publicatiedatum	23 februari 2016
College	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Uitspraakdatum	15 december 2015
Rolnummer	HD 200.133.017/01 LJN ECLI:NL:GHSHE:2015:5229
Rechter(s)	mr. Venner-Lijten mr. Van Ham mr. Bod
Partijen	1. Vereniging van middenkader en hoger personeel van MSD (VMHP) te [vestigingsplaats 1], en 115 werknemers, allen woonplaats kiezende te [woonplaats], appellanten in principaal hoger beroep, geïntimeerden in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. G.R. Derksen te Enschede, tegen 1. Merck Sharp & Dohme BV te [vestigingsplaats 2], 2. Intervet International BV te [vestigingsplaats 3], 3. NV Organon te [vestigingsplaats 1], geïntimeerden in principaal hoger beroep, appellanten in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. M. van Eck te Amsterdam.
Noot	prof. mr. drs. M. Heemskerk
Trefwoorden	Pensioenuitvoerder mag waarderingsgrondslagen vaststellen, Geen informatieverplichting werkgever jegens vakvereniging,
Regelgeving	Wet CAO - 9 BW Boek 7 - 611 BW Boek 7 - 655 PSW - art. 17 (oud)

Samenvatting

De werknemers nemen deel aan een beschikbarepremieregeling (BP-regeling). Het BP-spaarsaldo wordt uiterlijk op de pensioeningangsdatum aangewend voor verhoging van het ouderdomspensioen. De pensioenuitvoerder heeft per 1 september 2010 andere "omzettingsfactoren" vastgesteld. Vanaf dat moment worden er een solvabiliteitsopslag en een excasso-opslag bij de deelnemers in rekening gebracht. De vakvereniging waarmee de pensioenregeling is overeengekomen en de werknemers vorderen onder meer een verklaring voor recht dat in de pensioenovereenkomst niet is overeengekomen dat

de omzettingsfactoren uit het ten behoeve van de deelnemers gevormde BP-kapitaal worden gefinancierd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof stelt vast dat de pensioenregeling is vastgelegd in de cao. Voor de uitleg van de bepalingen die zien op het pensioen is de cao-norm van belang. Hetgeen in de onderhandelingen over de pensioenregeling is besproken, kan niet worden betrokken in de beoordeling. De solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag zijn aan te merken als "waarderingsgrondslag". Dat deze term niet is gedefinieerd in het pensioenreglement betekent niet dat de opslagen daarom niet tot de inhoud van de pensioenovereenkomst behoren. De betekenis van de term "waarderingsgrondslag" moet worden gevonden in de kenbare aard en strekking van de regeling, waarbij gelet dient te worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties kunnen leiden. De enige zekerheid die de werkgever volgens het pensioenreglement aan de deelnemers biedt is premiebetaling. Partijen hebben het aan de pensioenuitvoerder overgelaten om te bepalen naar welke waarderingsgrondslagen de omzetting van het BP-spaarsaldo naar ouderdomspensioen dient plaats te vinden. Dat daarbij een waarderingsgrondslag nodig is, is evident. Dat de waarderingsgrondslagen gewijzigd mogen worden door de pensioenuitvoerder is een logische consequentie van het gegeven dat de uitvoerder telkens opnieuw een inschatting zal moeten maken van de betaalbaarheid van de uit te keren pensioenen. Op de werkgever rustte voorafgaand aan de totstandkoming van de pensioenovereenkomst geen informatieverplichting. Hij mocht erop vertrouwen dat de vakvereniging voldoende kennis had over de voorgestelde pensioenregeling en hoefde niet te verwachten dat deze onvoldoende professionaliteit zou hebben om als gelijkwaardige partner het onderhandelingsproces te voeren. Het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

NB. Als een pensioenregeling in een cao staat, moet deze worden uitgelegd volgens de cao-norm. Zie ook «JAR» 2014/249. Berust de pensioenregeling op een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, dan moet wijziging ervan getoetst worden aan art. 7:613 BW, art. 7:611 BW of een vergelijkbaar artikel in de pensioenovereenkomst. Vgl. «JAR» 2014/136.

Uitspraak

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr.rolnr. 801532/141 84/12)

(...; red.)

2. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

3. De beoordeling

In principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

3.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

3.1.1. MSD is een farmaceutische onderneming. Zij is de rechtsopvolger van AkzoNobel. Omwille van de leesbaarheid zal in het hierna volgende (ook) MSD worden vermeld, daar waar het in werkelijkheid AkzoNobel betrof.

3.1.2. VMHP is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers. De werknemers zijn werknemers of gewezen werknemers van MSD. Zij zijn lid van VMHP.

3.1.3. Tot 1 januari 2001 namen de werknemers van MSD op grond van de toen geldende cao deel aan een pensioenregeling die werd uitgevoerd door de Stichting Pensioenfonds Akzo Nobel. Dit betrof een eindloonregeling.

3.1.4. MSD is met de vakverenigingen, waaronder VMHP, ingaande 1 januari 2001 een nieuwe pensioenregeling overeengekomen. Daaraan zijn onderhandelingen vooraf gegaan. Kort samengevat is de eindloonregeling vervangen door een voorwaardelijk geïndexeerde middelloonregeling voor alle werknemers in combinatie met een beschikbare premieregeling voor hoger gesalarieerde werknemers voor dat deel van hun jaarinkomen dat uitging boven een bij cao bepaald opbouw grensbedrag (in 2001: f 100.000,=). Deze nieuwe pensioenregeling (en enkele wijzigingen in de cao) is vastgelegd in een addendum bij de (ondernemings)cao ingaande 1 januari 2001, waarin is vastgelegd dat dit addendum deel is gaan uitmaken

van de lopende cao (2000). Het hof begrijpt dat vervolgens in de cao 2001 de pensioenregeling is opgenomen in artikel 14 (zie hierna rov. 3.7). Met ingang van 1 juli 2005 is de pensioenregeling gewijzigd op het onderdeel van de voorwaardelijk geïndexeerde middelloonregeling, hetgeen in dit geschil verder niet relevant is.

3.1.5. Het onderhavige geschil heeft betrekking op de over het boven het grensbedrag uitgaande beschikbare premieregeling. De werknemers zijn deelnemers aan deze beschikbare premieregeling (hierna: BP-regeling). De pensioenregeling werd tot 1 juli 2008 uitgevoerd door de Stichting Pensioenfonds Akzo Nobel (hierna: APF) en daarna ongewijzigd voortgezet door de Stichting Schering-Plough Pensioenfonds (hierna: SPPF). In de cao's die sedert 2001 zijn gesloten is telkens in artikel 14 een bepaling opgenomen over de pensioenregeling. Op de inhoud van de cao en op de inhoud van de pensioenreglementen zal hierna nader worden ingegaan.

3.1.6. Voor de BP-regeling heeft te gelden dat uiterlijk op de pensioeningangsdatum het (in het pensioenreglement nader gedefinieerde) BP-spaarsaldo wordt aangewend voor (kort gezegd) verhoging van het ouderdomspensioen. SPPF heeft voor die inkoop per 1 september 2010 andere inkooptarieven vastgesteld dan in 2009. Het gaat bij die inkoop tarieven (ook wel omzettingfactoren genoemd) om een verzwaarde overlevingstafel (die in hoger beroep geen onderdeel meer vormt van het geschil), een solvabiliteitsopslag en een excasso-opslag. Vóór 1 september 2010 zijn de twee laatstgenoemde opslagen nimmer bij de deelnemers in rekening gebracht.

3.1.7. Met ingang van 1 januari 2013 is de pensioenregeling ingrijpend gewijzigd en is de BP-regeling afgeschaft. SPPF is ontbonden met ingang van 24 juli 2013. De pensioenregeling wordt sedertdien uitgevoerd door Stichting Pensioenfonds MSD (hierna: SPMSD). Met het kapitaal dat op grond van de BP-regeling door de deelnemers bij SPPF tot en met 31 december 2012 is opgebouwd, konden de werknemers naar keuze pensioenaanspraken inkopen – welke aanspraken zijn overgedragen aan SPMSD – of het BP-spaarsaldo onderbrengen bij Robeco PPI. Bij eerstgenoemde keuze zijn inkoop tarieven gehanteerd op basis van het pensioenreglement van SPPF zoals dat gold op 31 december 2012.

3.2. VMHP en/of de werknemers hebben in eerste aanleg (samengevat) gevorderd dat de kantonrechter:

I. voor recht verklaart dat MSD verplicht is om de werknemers te compenseren voor de gevolgen van de wijziging per 1 september 2010 van de omzettingfactoren, door SPPF in staat te stellen het spaarsaldo van de deelnemers om te zetten in pensioenrechten op basis van de omzettingfactoren die tot 1 september 2010 werden gehanteerd;

II. MSD veroordeelt tot nakoming van de pensioenovereenkomst op basis van de omzettingfactoren die SPPF hanteerde tot 1 september 2010 door SPPF in staat te stellen het spaarsaldo op die manier om te zetten;

III. MSD veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan hen voor wie dat niet mogelijk is;

IV. MSD veroordeelt in de proceskosten.

3.3. Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter de vorderingen afgewezen. VMHP en de werknemers zijn tijdig van dat vonnis in hoger beroep gekomen. Zij hebben onder aanvoering van zeven grieven geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en voorts tot (samengevat)

primair:

I. verklaring voor recht dat MSD en de werknemers in de pensioenovereenkomst niet zijn overeengekomen dat bij de omzetting van het BP-kapitaal in pensioenaanspraken (of pensioenrechten) een solvabiliteitsopslag en een excasso-opslag uit het ten behoeve van de deelnemers gevormde BP-kapitaal worden gefinancierd;

II. veroordeling van MSD tot nakoming van de pensioenovereenkomst, hetgeen inhoudt dat MSD verplicht is om de werknemers te compenseren voor de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag die door SPPF op 31 december 2012 bij de werknemers in rekening zijn gebracht bij de omzetting van het BP-kapitaal in pensioenaanspraken;

III. veroordeling van MSD tot betaling van schadevergoeding aan een of meer van de werknemers die tussen 1 september 2010 en 31 december 2012 hun BP-kapitaal uit de pensioenovereenkomst hebben omgezet in pensioenaanspraken en/of pensioenrechten, een en ander nader op te maken bij staat;

subsidiar:

IV. verklaring voor recht dat MSD ten opzichte van de werknemers voorafgaand aan de totstandkoming van de pensioenovereenkomst een op haar rustende informatieplicht heeft geschonden;

V. veroordeling van MSD tot vergoeding van de schade die de werknemers hebben geleden als gevolg van de schending van de informatieverplichting zoals onder IV omschreven, nader op te maken bij staat;

zowel primair als subsidiar:

VI. veroordeling van MSD in de proceskosten en tot terugbetaling van de ingevolge het bestreden vonnis voldane proceskosten, een en ander vermeerderd met nakosten en wettelijke rente.

3.4. MSD heeft onder aanvoering van een grief voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld en geconcludeerd tot (deels) vernietiging van het bestreden vonnis en tot het alsnog niet-ontvankelijk verklaren van VMHP en de werknemers in hun vorderingen met hun veroordeling in de kosten van het geding.

Voorts in principaal hoger beroep

3.5. Primair vorderen VMHP en de werknemers nakoming van de pensioenovereenkomst (grievens 1 tot en met 4). Volgens VMHP en de werknemers is MSD tekortgeschoten in de nakoming, omdat SPPF bij de omzetting van kapitaal in ouderdomspensioen sinds 1 september 2010 de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag ten onrechte bij de werknemers in rekening heeft gebracht, terwijl de pensioenovereenkomst dat niet met zich brengt. Volgens VMHP en de werknemers moeten deze opslagen voor rekening van MSD komen. Voor het geval de pensioenovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat deze opslagen wel voor rekening van de werknemers komen, stellen zij dat MSD is tekortgeschoten in de op haar rustende informatieverplichting voorafgaand aan de totstandkoming van de pensioenovereenkomst (grief 5 en een gedeelte van de toelichting op grief 2). Voor dat geval vorderen de werknemers vergoeding van de schade die zij als gevolg van deze tekortkoming hebben geleden. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Grief 6 is gericht tegen de proceskostenveroordeling en grief 7 betreft een veegrief.

Nakoming van de pensioenovereenkomst

3.6. Voor het antwoord op de vraag of MSD tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst, dient eerst vastgesteld te worden wat de inhoud van de pensioenovereenkomst is, aangezien partijen daarover van mening verschillen. De pensioenovereenkomst – in 2001 aangeduid als pensioentoezegging volgens de toen van toepassing zijnde Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) – is vastgelegd in de cao. De werknemers zijn allen lid van VMHP en vanwege dit lidmaatschap op grond van artikel 9 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst gebonden aan de tussen VMHP en MSD gesloten cao. (VMHP en de werknemers hebben dit voor het eerst bij memorie van antwoord in incidenteel appel uitdrukkelijk naar voren gebracht, maar die stelling lag ook reeds besloten in hun eerdere processtukken.) Door het bepaalde in (het hierna geciteerde) artikel 14 van de cao zijn daarmee pensioenovereenkomsten tussen de werknemers en MSD tot stand gekomen.

3.7. In de cao is over de pensioenregeling het volgende bepaald (partijen zijn het er kennelijk over eens dat deze bepaling in de loop der tijd steeds hetzelfde is geweest, althans voor wat betreft de in dit geschil relevante passages):

“Artikel 14 Pensioen

14.1. In het bedrijf van de werkgever bestaat een pensioenregeling. [De pensioenregeling is een combinatie van een collectieve beschikbare middelloonregeling met een individuele beschikbare premiereregeling.] [Hof: deze passage geldt kennelijk sedert 1 juli 2005.]

14.1.1. De pensioenregeling is neergelegd in de Statuten, de pensioenreglementen en het huishoudelijk reglement van de Stichting Schering-Plough Pensioenfonds (SPPF).

14.1.2. Iedere werknemer, tenzij anders bepaald in de pensioenregeling, neemt deel aan de pensioenregeling met inachtneming van het gestelde in de Statuten en de Reglementen van de Stichting Schering-Plough Pensioenfonds.

14.1.3. Werkgever kan in overleg met de vakverenigingen de betaling van de pensioenpremie, voor zover deze betrekking heeft op de bijdrage van de werkgever, verminderen of beëindigen in geval van een ingrijpende wijziging van omstandigheden.

14.2. Pensioenopbouw

(...)

Herijking van de beschikbare premies kan eenmaal per vijf jaar plaatsvinden, rekening houdend met waarderingsgrondslagen van het SPPF.

(...)

14.3. Werknemersbijdrage in de premie

14.5. Overgangsregelingen

(...)

14.6. Nabetalings toeslag

(...)"

3.8. Voor de uitleg van de bepalingen van de cao heeft te gelden dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de cao, voor zover deze niet uit de bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

3.9. De inhoud van de pensioenovereenkomsten tussen de werknemers en MSD wordt bepaald door hetgeen daarover in artikel 14 van de cao is bepaald, hetgeen zeer summier is. Partijen hebben niets gesteld over elders in de cao gebruikte formuleringen en zij hebben ook niet gesteld dat er een toelichting op de cao kenbaar is gemaakt (behoudens hetgeen hierna in 3.15 zal worden besproken), zodat het aankomt op hetgeen in artikel 14 is vermeld. De statuten en reglementen van SPPF zijn via de cao geïncorporeerd in de pensioenovereenkomsten tussen de werknemers en MSD. Dat volgt immers uit de artikelen 14.1.1. en 14.1.2. van de cao. Dat betekent dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door hetgeen in de statuten, de pensioenreglementen en het huishoudelijk reglement van SPPF is vastgelegd. Dat betekent ook dat wanneer die reglementen wijzigen de inhoud van de pensioenovereenkomsten wijzigt.

3.10. Voor de uitleg van de bepalingen van het pensioenreglement geldt dezelfde maatstaf als hiervoor in rov. 3.8 is weergegeven.

3.11. Alvorens nader op de inhoud van het pensioenreglement in te gaan, stelt het hof voorop dat hetgeen in de onderhandelingen over de pensioenregeling tussen MSD enerzijds, en VMHP en/of andere werknemersverenigingen anderzijds is besproken of op andere wijze tussen hen aan de orde is geweest, niet kan worden betrokken in de beoordeling van de inhoud van de pensioenregeling. Dat zou in strijd zijn met de hiervoor weergegeven maatstaf waarnaar de cao en het pensioenreglement dienen te worden uitgelegd. VMHP komt in dit geding immers uitsluitend ex artikel 3:305a BW op voor de belangen van de werknemers. Zij heeft geen nakoming gevorderd van de cao als contractspartij van MSD. Om die reden wordt het bewijsaanbod van VMHP om de heer [getuige 2] als getuige te doen horen, gepasseerd.

3.12. De relevante bepalingen van het pensioenreglement luiden als volgt:

"3.5. BP Spaarsaldo

Het BP-spaarbedrag wordt op naam van de deelnemer geregistreerd.

Het BP-spaarsaldo wordt opgebouwd uit:

- het door hof: MSD] ten behoeve van de deelnemer ter beschikking gestelde BP-spaarbedrag na toepassing van het gestelde in 3.3.2
- het beleggingsrendement op basis van de van toepassing zijnde beleggingsmodule
- ingebracht kapitaal als gevolg van een waardeoverdracht ingevolge 2.10
- negatieve risicopremies.”

“3.7. Aanwending BP-spaarsaldo

Het BP-spaarsaldo wordt uiterlijk op de standaard pensioeningangsdatum, tenzij 7.3 met betrekking tot vervroeging van de standaard pensioeningangsdatum van toepassing is – op basis van door het bestuur vastgestelde geslachtsonafhankelijke waarderingsgrondslagen en overige waarderingsgrondslagen van het fonds aangewend voor verhoging van het levenslange ouderdomspensioen en (...) een deel tijdelijk ouderdomspensioen.”.

Deze bepalingen hebben in de achtereenvolgens van toepassing geweest zijnde pensioenreglementen geen (noemenswaardige) wijzigingen ondergaan. In hoofdstuk 12 van het pensioenreglement wordt een overzicht gegeven van allerlei tarieven, waaronder tariefactoren, waarmee (de verhoging van) het ouderdomspensioen wordt aangekocht met het BP-spaarsaldo.

3.13. Volgens MSD zijn de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag aan te merken als de hiervoor in artikel 3.7 genoemde “waarderingsgrondslagen”, waarvan (het bestuur van) SPPF de vrijheid heeft om deze vast te stellen en/of te wijzigen. VMHP en de werknemers stellen dat het hen naar objectieve maatstaven niet duidelijk was en ook niet duidelijk hoefde te zijn dat deze opslagen op grond van artikel 3.7 van het pensioenreglement voor hun rekening zouden komen, omdat de term “waarderingsgrondslagen” niet is gedefinieerd (zie hierna rov. 3.14 t/m 3.18) en vanwege de contra-proferentem regel (zie hierna rov. 3.19).

3.14. In de kern komt het betoog van VMHP en de werknemers erop neer dat in de verschillende couranten en brochures *niet* wordt vermeld dat de uiteindelijke pensioenuitkomsten niet alleen afhankelijk zijn van de beleggingsresultaten van de gespaarde premies, maar ook van de waarderingsgrondslagen. Nu de term “waarderingsgrondslagen” in het pensioenreglement niet gedefinieerd is en de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag pas sinds 1 september 2010 ten laste van de deelnemers zijn gebracht, mogen deze opslagen niet voor rekening van de werknemers komen, aldus VMHP en de werknemers.

3.15. Het hof acht de verwijzing naar pensioencouranten in dit verband niet relevant. Immers, VMHP en de werknemers hebben niet aangevoerd dat deze pensioencouranten moeten worden beschouwd als een schriftelijke toelichting in de zin van rov. 3.8. Integendeel, volgens VMHP en de werknemers is er geen schriftelijke toelichting op het pensioenreglement (randnummer 57 mvg). Deze pensioencouranten zijn niet meer dan voorlichtingsbrochures en hetgeen in die couranten wordt vermeld betreft slechts een eenvoudige weergave van hetgeen de pensioenregeling inhoudt. Het gaat daarbij niet om een nadere toelichting op de bepalingen van de cao en/of het pensioenreglement. Hetzelfde geldt voor de aangehaalde brochures van MSD waarvan VMHP en de werknemers zelf al stellen dat het gaat om “brochures” dus niet om een toelichting in voornoemde betekenis.

3.16. Voorts is het hof van oordeel dat uit het enkele feit dat de term “waarderingsgrondslagen” niet is gedefinieerd in het pensioenreglement, niet volgt dat de hier aan de orde zijnde opslagen *daarom* niet tot de inhoud van de pensioenovereenkomst behoren. MSD wijst er terecht op dat, nu de term “waarderingsgrondslag” niet is gedefinieerd, de betekenis daarvan moet worden gevonden in de kenbare aard en strekking van de regeling, waarbij gelet dient te worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties kunnen leiden. In dit verband is van belang dat het gaat om een zuivere premiereregeling (de premie wordt tot de pensioendatum (of de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt) belegd en dus niet daarvoor al omgezet in een aanspraak op kapitaal of in een aanspraak op een uitkering). Uit hoofdstuk 3 van het pensioenreglement volgt dat MSD slechts premies (“BP-spaarbedrag”) ter beschikking stelt, waarmee een spaarsaldo kan worden opgebouwd dat afhankelijk is van beleggingsrendement en dat het beleggingsrendement volgens artikel 3.6 geheel voor risico van de deelnemer komt. Pas bij het bereiken van de

pensioengerechtigde leeftijd wordt met het BP-spaarsaldo een (verhoogd) ouderdomspensioen aangekocht. Dat brengt mee dat de hoogte van het (aanvullende) bedrag aan ouderdomspensioen als gevolg van de BP-regeling onzeker is. De enige zekerheid die MSD volgens het pensioenreglement aan de deelnemers biedt is premiebetaling. Uit de redactie van artikel 3.7 volgt dat partijen het aan het bestuur van SPPF hebben overgelaten om te bepalen naar welke waarderingsgrondslagen de omzetting van het BP-spaarsaldo naar (aanvullend) ouderdomspensioen dient plaats te vinden. Dat het nodig is om waarderingsgrondslagen te gebruiken bij die omzetting is evident en niet door VMHP en de werknemers betwist. Dat het aan (het bestuur van) SPPF is overgelaten om de waarderingsgrondslagen vast te stellen volgt uit de omstandigheid dat SPPF de uitkering zal moeten gaan betalen en rekening dient te houden met (on)mogelijkheden daarvan in de toekomst. Uit de redactie van artikel 3.7 van het pensioenreglement in verbinding met de artikelen 14.1.1. en 14.1.2. van de cao volgt dat die waarderingsgrondslagen mogen worden gewijzigd door (het bestuur van) SPPF en dat de werknemers dan aan die wijziging zijn gebonden. Ook dat is een logische consequentie – en dus een aannemelijk rechtsgevolg van de gegeven uitleg – van het gegeven dat SPPF telkens opnieuw een inschatting zal moeten maken van de betaalbaarheid van de uit te keren pensioenen, welke situatie in de loop der tijd drastisch kan wijzigen. Anders dan VMHP en de werknemers kennelijk menen ziet het bepaalde in artikel 14.2 van de cao slechts op de premieafdracht en niet op de inkoop van pensioen. Uit de verwijzing naar de waarderingsgrondslagen blijkt de juistheid van de stelling van MSD, namelijk dat die grondslagen kunnen worden gewijzigd door (het bestuur van) SPPF, dat MSD daar geen invloed op heeft en dat dit ook niet voor rekening komt van MSD.

3.17. VMHP en de werknemers hebben onder verwijzing naar een notitie van de actuaire (kennelijk van het administratiekantoor van de uitvoerder van de rechtsvoorganger van SPPF), aangevoerd dat de onderhavige opslagen tot 1 september 2010 niet in rekening werden gebracht, althans niet bij de inkoop van pensioen met het BP-spaarsaldo. Voor zover uit gedragingen van anderen dan partijen bij de pensioenovereenkomst (het gaat hier niet om SPPF maar kennelijk om het administratiekantoor Syntus Achmea die de pensioenregeling voor APF, zijnde de rechtsvoorganger van SPPF, feitelijk uitvoerde) al kan worden afgeleid wat de inhoud is van de pensioenovereenkomst, legt de omstandigheid dat tot 1 september 2010 de onderhavige opslagen niet in rekening zijn gebracht, om de hiervoor genoemde redenen, onvoldoende gewicht in de schaal om uit te gaan van de door VMHP en de werknemers bepleite uitleg. Om die reden wordt aan het aanbod om [getuige 1] te horen als getuige voorbij gegaan.

3.18. VMHP en de werknemers stellen dat de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag door SPPF vóór 1 september 2010 gefinancierd werd “uit de collectieve vaste premie voor alle deelnemers (aan de basisregeling)” en dus via een andere weg werd gefinancierd (randnummers 67 t/m 69 mv). Dit gegeven achten VMHP en de werknemers van “groot belang” omdat zij mede op grond daarvan mochten verwachten dat “in de pensioenovereenkomst met MSD niet was overeengekomen dat die opslagen bij omzetting van het kapitaal volledig ten laste van hen zouden worden gebracht” en “dat de solvabiliteits- en/of excasso-opslag geen waarderingsgrondslagen in de zin van artikel 3.7 pensioenreglement zijn.” (randnummer 65 mv). Het moge zo zijn, aldus VMHP en de werknemers, dat SPPF “om redenen gelegen buiten de pensioenovereenkomst” verplicht is na 1 september 2010 de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag met betrekking tot het BP-pensioen voor rekening te brengen van de werknemers (randnummer 74 mv), maar daardoor schiet MSD tekort in de nakoming van de pensioenovereenkomst, omdat de werknemers, als voormeld, ervan mochten uitgaan dat dit met MSD niet is overeengekomen.

Het hof is van oordeel dat VMHP en de werknemers op grond van de vóór 1 september 2010 door SPPF gehanteerde financieringsmethode met betrekking tot de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag niet mochten verwachten of ervan mochten uitgaan dat partijen die opslagen daarmee uitsloten van de in artikel 3.7 van het pensioenreglement vermelde waarderingsgrondslagen. Daarvoor bestaan geen objectieve aanknopingspunten in de cao of in het pensioenreglement. Objectieve aanknopingspunten voor een dergelijke uitleg zouden in dit geval te meer vereist zijn nu uit artikel 3.7 geen enkele beperking in dat opzicht kan worden afgeleid; integendeel, in dat artikel is expliciet bepaald dat het bestuur de waarderingsgrondslagen vaststelt. Zoals onder rov. 3.16 is overwogen kunnen de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag ook onderdeel vormen van de in artikel 3.7 vermelde waarderingsgrondslagen en sinds 1 september 2010 vormen die opslagen daarvan onderdeel, omdat het bestuur van SPPF dat heeft vastgesteld conform het bepaalde in artikel 3.7 van het pensioenreglement.

Een uitleg in de door VMHP en de werknemers voorgestane zin zou tot het – onaannemelijke – rechtsgevolg leiden dat SPPF verplicht is de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag niet te financieren uit de inkoopverplichtingen van de BP-pensioenen, terwijl SPPF ook ter zake de uitbetaling van die pensioenen wél kosten wegens solvabiliteits- en excasso-risico maakt. Een dergelijke verplichting is onverenigbaar met het bepaalde in artikel 3.7 pensioenreglement, waarin juist aan het bestuur van SPPF de vrijheid is gelaten de waarderingsgrondslagen vast te stellen.

3.19. Het beroep op de contra-proferentem regel faalt. Het hof ziet geen aanleiding om het pensioenreglement in het voordeel van de werknemers uit te leggen, zoals door hen wordt verzocht. De daaraan ten grondslag liggende stelling dat zij niet betrokken zijn geweest bij de opstelling daarvan, faalt immers in zoverre dat zij daar indirect wel degelijk invloed op hebben kunnen uitoefenen, nu VMHP als hun vertegenwoordiger wel uitdrukkelijk bij de redactie van het pensioenreglement betrokken is geweest.

3.20. Nu uit het pensioenreglement volgt dat MSD niet méér heeft toegezegd dan premiebetaling, valt niet in te zien dat of waarom MSD in dit opzicht tekort zou schieten in de nakoming van de pensioenovereenkomst.

De informatieverplichting

3.21. VMHP en de werknemers hebben aangevoerd dat zij door MSD voorafgaand aan de totstandkoming van de BP-regeling in 2001 er niet op zijn geweest dat MSD slechts gehouden was premie te betalen en dat alle overige risico's bij de werknemers zouden liggen. Sterker, MSD heeft in de informatievoorziening voorafgaand aan de totstandkoming van de BP-regeling de indruk gewekt dat met deze regeling (en de middelloonregeling) grosso modo een zelfde resultaat zou worden behaald als met een volledige middelloonregeling (waarbij alleen mogelijk een verschil zou kunnen ontstaan door positieve of negatieve beleggingsopbrengsten). Volgens VMHP en de werknemers heeft MSD bij herhaling gewezen op het beleggingsrisico, maar nimmer op de onderhavige opslagen.

3.22. VMHP en de werknemers hebben in de memorie van grieven uitdrukkelijk gesteld dat het gaat om informatieverstrekking *voorafgaand* aan de totstandkoming van de BP-regeling (randnummers 26 tot en met 30 mvg). De enkele verwijzing naar hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd, acht het hof onvoldoende om in hoger beroep ook een oordeel te geven over de vraag of MSD een informatieplicht heeft geschonden na de totstandkoming van de BP-regeling. Weliswaar hebben VMHP en de werknemers nog wel gerefereerd aan nadien verstrekte informatie (of het ontbreken daarvan), maar gelet op deze uitdrukkelijke stellingname begrijpt het hof dat het hier slechts gaat om een reactie op hetgeen in eerste aanleg als verweer door MSD is aangevoerd. Het hof gaat daarom ervan uit dat hetgeen na 2001 aan informatie is verstrekt in beginsel niet van belang is en slechts in zoverre een rol speelt indien en voor zover daaruit kan worden afgeleid wat aan informatie is verstrekt voorafgaand aan de totstandkoming van de BP-regeling.

3.23. Het hof stelt voorop dat ten tijde van de totstandkoming van de BP-regeling de Pensioenwet nog niet van toepassing was. Op dat moment was de Pensioen en Spaarfondsenwet (hierna: PSW) nog van kracht. In artikel 17 PSW was voorzien in een informatieverplichting die evenwel op het bestuur van het pensioen- of spaarfonds rustte, dus niet op de werkgever. In artikel 7:655 BW is (en was ook toen al) wel een informatieverplichting opgenomen voor de werkgever, die echter (voor wat betreft pensioen) slechts verplicht(te) tot het informeren over deelname aan een pensioenregeling, en niet over de inhoud van die pensioenregeling. De betreffende bepaling geeft overigens geen limitatieve opsomming. Voorts is (en was ook toen al) in artikel 7:611 BW voor de werkgever (en werknemer) de verplichting vastgelegd om "zich als goed werkgever" (en goed werknemer) te gedragen. Volgens artikel 6:2 lid 1 BW zijn schuldeiser en schuldenaar verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Volgens artikel 6:248 lid 1 BW heeft een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

3.24. Voorts stelt het hof voorop dat uit de stellingen van VMHP en de werknemers dient te worden afgeleid dat het niet gaat om foutieve informatie, maar om ontbrekende informatie waardoor een verkeerde indruk is gewekt. Voor de beoordeling is verder van belang dat VMHP en de werknemers in hoger beroep niet, althans onvoldoende, hebben gesteld dat MSD uit oogpunt van goed werkgeverschap in 2001 informatie aan de werknemers had dienen te verschaffen over de onderhavige opslagen (zoals hiervoor is vermeld is de enkele verwijzing naar hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd onvoldoende om in hoger beroep onderwerp van geschil te zijn). De stelling komt er (slechts) op neer dat VMHP, als vertegenwoordiger van de werknemers, niet zou hebben ingestemd (en de leden van VMHP geen fiat hadden gegeven aan VMHP om in te stemmen) met de BP-regeling wanneer zij volledig was geïnformeerd. Hoe en/of in welke mate de hiervoor in rov. 3.23 genoemde wettelijke bepalingen MSD ertoe verplichtten om VMHP van meer informatie te voorzien dan zij heeft gedaan, hebben VMHP en de werknemers niet nader uiteengezet. Het hof begrijpt dat zij bedoelen dat die verplichting jegens VMHP besloten lag in de artikelen 6:2 lid 1 BW en 6:248 lid 1 BW en indirect op grond van artikel 7:611 BW.

3.25. Het hof acht in de eerste plaats het karakter van de onderhavige pensioenregeling van belang. Zoals hiervoor reeds is vermeld gaat het om een zuivere premiereregeling. Bij een dergelijke pensioenregeling wordt door de werkgever niet méér

toegezegd dan premiebetaling. Hetgeen VMHP en de werknemers hebben gesteld biedt onvoldoende grond om te concluderen dat MSD zich ervan bewust was dat VMHP onvoldoende op de hoogte was van de aard en het karakter van een beschikbare premieregeling.

3.26. Anders dan VMHP en de werknemers hebben gesteld valt ook overigens niet in te zien dat op MSD een informatieplicht rustte omdat VMHP onvoldoende kennis van zaken had. MSD mocht erop vertrouwen dat VMHP wel voldoende kennis had of kon verkrijgen over de voorgestelde pensioenregeling, eventueel door inschakeling van deskundigen. De onderhavige pensioenregeling is immers tot stand gekomen na jarenlange voorbereiding (vanaf 1994), overleg en onderhandelingen daarover. VMHP en de werknemers zijn in de memorie van grieven niet nader ingegaan op hetgeen door MSD in de conclusie van dupliek specifiek is aangevoerd over het onderhandelingsproces, namelijk dat op detailniveau de tekst van het concept-pensioenreglement, bepaling voor bepaling, is doorgenomen. Dat laatste brengt niet mee dat MSD informatie diende te verstrekken over de onderhavige opslagen, zoals VMHP en de werknemers in hun antwoordakte hebben aangevoerd. Integendeel, uit deze gang van zaken kon en mocht MSD afleiden dat VMHP voldoende deskundig was om zelf alle eventuele risico's van de BP-regeling in te schatten. MSD hoefde er daarom geen rekening mee te houden dat VMHP niet begreep welke risico's aan de BP-regeling kleefden. Maar zelfs als MSD wist of beseftte dat VMHP geheel en uitsluitend afging op de door MSD verstrekte informatie, valt niet goed in te zien waarom MSD dan VMHP van nadere informatie diende te voorzien. Daartoe acht het hof van belang dat VMHP zichzelf presenteert als een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die volgens artikel 2 van haar statuten een drietal doelen heeft:

- i) het behartigen van de sociale en economische belangen van het middenkader en hoger personeel in dienst van MSD, en in het bijzonder van haar leden en in voorkomende gevallen van hun nagelaten betrekkingen;
- ii) het weergeven van de zienswijze van haar leden in aangelegenheden van sociaaleconomische en maatschappelijke aard en het aanwenden van invloed om deze zienswijze te realiseren;
- iii) het bijdragen aan goede verhoudingen binnen het MSD-concern.

Hoe VMHP meent doel i te kunnen bereiken zonder zelf over voldoende kennis te beschikken of zich van voldoende kennis te voorzien is niet goed te begrijpen. VMHP is nota bene een vakbond voor hoger personeel. MSD hoefde niet te verwachten dat een vakbond die zich als hiervoor weergegeven presenteert, onvoldoende professionaliteit heeft om als gelijkwaardige partner het onderhandelingsproces te voeren. Het bewijsaanbod van VMHP om de heer [getuige 2] als getuige te doen horen, kan dus niet tot beslissing van de zaak leiden, zodat het ook om die reden wordt gepasseerd.

3.27. Kortom, de vorderingen van VMHP en de werknemers zijn evenmin op deze grondslag toewijsbaar.

Slotsom in principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

3.28. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 1 tot en met 5 in principaal hoger beroep falen. Grief 6 in principaal hoger beroep, die is gericht tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg, faalt om die reden ook. Grief 7 in principaal hoger beroep heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft dus geen nadere bespreking. Gelet op de eiswijziging zal het in hoger beroep meer of anders gevorderde worden afgewezen.

3.29. Nu de voorwaarde waaronder het incidenteel hoger beroep is ingesteld niet is vervuld, behoeft het incidenteel hoger beroep van MSD geen nadere bespreking.

3.30. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd en VMHP en de werknemers zullen worden veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep.

4. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep,

wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af,

veroordeelt VMHP en de werknemers in de proceskosten van het (principaal) hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van MSD worden begroot op € 683,= aan verschotten en op € 894,= aan salaris advocaat,

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Wijzigingen in de financiële paragrafen van pensioenregelingen hebben grote financiële gevolgen voor werkgevers, (ex-)werknemers en pensioenuitvoerders. Dit arrest over gewijzigde kosteninhoudingen bij pensioeninkoop bevat diverse voor de arbeids- en pensioenpraktijk relevante punten:

(1) mag de pensioenwijzigingsbevoegdheid worden doorgecontracteerd aan het pensioenfonds

(2) volgens welke maatstaf moet het pensioenreglement worden uitgelegd

(3) betekent die uitleg dat kostenopslagen onder waarderingsgrondslagen vallen.

(4) kan een bij een cao-wijziging betrokken vakbond met succes een schending van de informatieplicht claimen

Doorgecontracteerde wijzigingsbevoegdheid pensioenfonds

2. Eerst de bevoegdheidsvraag. Het verweer dat de werkgever de *pensioenovereenkomst* moest nakomen en dat de werkgever niet bevoegd was om het spaarsaldo te (laten) verminderen door het pensioenfonds wordt terecht gepasseerd. Weliswaar is de pensioenovereenkomst aangaan tussen werkgever en werknemer, in de cao werden de statuten en de reglementen van het pensioenfonds van toepassing verklaard. Alle procederende deelnemers waren als lid van de vakbond gebonden aan de cao.

De bevoegdheid om de *spaarsaldo's* aan te passen aan de vastgestelde waarderingsgrondslagen van het fonds stond in het pensioenreglement. Door 'pensioenreglementincorporatie' is die laatste bevoegdheid onderdeel geworden van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. De door de werkgever/sociale partners doorgecontracteerde wijzigingsbevoegdheid voor het pensioenfondsbestuur is in lijn met het Delta Lloyd arrest (HR 8 november 2013, «JAR» 2013/300).

De objectieve uitleg van waarderingsgrondslagen

3. Kern van het MSD arrest is de uitleg van de door het pensioenfonds gehanteerde waarderingsgrondslagen bij pensioeninkoop van pensioenkapitalen van deelnemers met een premieovereenkomst. Het pensioenfonds had in 2010 de waarderingsgrondslagen gewijzigd en bij de pensioeninkoop een opslag voor excasso (uitvoering) en solvabiliteit geïntroduceerd. Dat leidt tot een lager pensioen. Cruciaal in dit arrest is of die opslagen waarderingsgrondslagen zijn.

4. Een definitie van waarderingsgrondslagen was er niet. Er stond niet dat de kostenopslagen er onder vielen (standpunt MSD) en evenmin dat de kostenopslagen er niet onder vielen (standpunt deelnemers).

5. Het Hof hanteert met juistheid de objectieve uitlegnorm nu de deelnemers geen partij zijn bij cao en pensioenreglement. Het wijst er fijntjes op dat de vakbond voor hoger personeel geen nakoming vordert als contractspartij van MSD maar op grond van collectieve actie als rechtspersoon ex artikel 3:305a BW. Om die reden is de objectieve uitlegmethode ook in die verhouding van toepassing.

6. Het Hof oordeelt dat de sinds 2010 toegepaste excasso- en solvabiliteitsopslag vallen onder de waarderingsgrondslagen van het fonds. Terecht oordeelt het Hof dat het ontbreken van excasso- en solvabiliteitsopslag niet betekent dat het geen onderdeel vormt van de pensioenovereenkomst. Die opslagen waren niet uitgesloten. Maar er staat evenmin dat de opslagen onderdeel zijn van de waarderingsgrondslagen. Daar zit juridische (uitleg)ruimte die wordt ingevuld met de onaannemelijke rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg.

Kostenopslagen uitleggen als waarderingsgrondslagen?

7. Achter de (aannemelijke) uitleg schuilt pensioentechniek. Juist is dat bij de zuivere premieovereenkomst linksom of rechtsom het pensioenkapitaal omgezet moet worden in een pensioenaanspraak en dat het beleggings- en renterisico voor rekening en risico van deelnemers komt. Met het beleggings- en renterisico bij inkoop van het spaarsaldo is nog niet gegeven dat de excasso- en solvabiliteitsopslagen onder de waarderingsgrondslagen vallen. Uit het arrest blijkt niet dat de kostenopslagen vastgestelde waarderingsgrondslagen zijn.

8. Het Hof motiveert dat een uitleg waarbij de opslagen niet gefinancierd worden uit de inkooptarieven tot onaannemelijke rechtsgevolgen leidt. Het pensioenfonds zou dan wel excassokosten en solvabiliteitskosten maken maar deze niet uit de inkooptarieven kunnen financieren.

De deelnemers hadden met actuariële rapportage bepleit dat de excasso- en solvabiliteitsopslag vóór 2010 uit de collectieve vaste premie voor alle deelnemers werd betaald en dus niet bij de pensioeninkoop van het spaarsaldo. Dat die opslagen in de pensioenpremie zijn verdisconteerd is logisch. Artikel 128 Pensioenwet bepaalt dat een opslag voor uitvoeringskosten en solvabiliteit in de kostendekkende premie moeten zitten die het pensioenfonds moet vaststellen. Voor mij is niet duidelijk waarom de opslagen ook bij de pensioeninkoop (moeten) zitten. Misschien wreekt zich hier dat ik niet alle financiële fondsdocumentatie en het procesdossier ken (uitvoeringsovereenkomst, ABTN, actuariële verklaringen).

9. Het Hof oordeelt dat de deelnemers geen of onvoldoende objectieve aanknopingspunten hebben aangevoerd voor een uitleg waarbij de kostenopslagen niet als waarderingsgrondslagen kunnen gelden. Of het standpunt van MSD meer aannemelijk is, betwijfel ik.

10. Bij de premiestelling en de praktijk tot 2010 werden de kostenopslagen verdisconteerd in de premie. Daar is aansluiting met de pensioenwetgeving. Voor de pensioeninkoop is die relatie minder vanzelfsprekend. Sterker nog, bij premieovereenkomsten is in de wetsgeschiedenis aangegeven dat het maar zeer beperkt is toegestaan om bij einde deelname bij premieovereenkomsten uitvoeringskosten in mindering te brengen op het pensioenkapitaal (daarover H.M. Kappelle, 'Inhouden van kosten bij slapers; mag de PPI meer dan andere pensioenuitvoerders', *TPV*2013/15). Er lijkt weinig ruimte voor kostenopslagen van administratieve uitvoeringskosten terwijl er meer ruimte is voor kosten bij de aankoop van pensioenuitkeringen (beheers- en switchkosten) bij de pensioeninkoop. Dat aspect – en het feit dat opslagen normaliter wel in de premiestelling zitten – zie ik niet duidelijk terug in het arrest en kan de onaannemelijke rechtsgevolgen van de ene of andere uitleg kleuren.

De informatieplichten en de rol van de vakbond

11. Ik rond af. De vereniging voor hoger personeel verweet MSD dat bij de overstap naar de premieovereenkomst de indruk was gewekt dat eenzelfde pensioenresultaat zou worden gehaald als in de oude pensioenregeling. Daarbij is slechts gewezen op het beleggingsrisico maar niet op de kostenopslagen. Dat beroep slaagt niet.

12. Het Hof constateert dat er geen foutieve informatie is verstrekt, maar geklaagd wordt over ontbrekende informatie. Daarna overweegt het dat de vereniging akkoord is gegaan met een zuivere premieovereenkomst. Die overeenkomst heeft als kenmerk dat door de werkgever niet meer is toegezegd dan de premie. Het Hof gooit de deur stevig in het slot met de opmerking dat de vereniging nota bene een vakbond is voor hoger personeel waarbij MSD niet hoefde te verwachten dat er onvoldoende professionaliteit is om als gelijkwaardige partner het onderhandelingsproces te voeren. Dat is duidelijke taal: werkgevers mogen er van uitgaan dat vakbonden deskundig en professioneel zijn of dat inhuren. Een schending van de informatieplicht is dan niet snel aan de orde. Dat heeft bredere betekenis dan alleen voor pensioenwijzigingen.

prof. mr. drs. M. Heemskerk,
