

Verzekeringstechnisch nadeel: de stand van zaken

In mei 2014 schreven wij in dit blad een artikel over het verzekeringstechnisch nadeel (VTN).¹ Aanleiding was de uitspraak van Rechtbank Amsterdam in de zaak tussen het (niet verplichtgestelde) bpf voor de Media PNO en KPN.² Die uitspraak was toen de eerste die ging over het VTN. Inmiddels zijn we ruim drie jaar verder en heeft de rechtspraak over het VTN zich verder ontwikkeld; de zaak tussen PNO en KPN is ‘uitgevochten’ tot aan de Hoge Raad en in een discussie tussen twee bibliotheken en ABP over het VTN hebben zowel Rechtbank Limburg als Hof Den Bosch uitspraak gedaan.³ Voldoende aanleiding om een (tussen)balans op te maken.

Het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (vrijstellingsbesluit) treft regels voor het VTN bij vrijstelling van de verplichtstelling en geeft de rekenregels hoe dat VTN moet worden berekend. In ons artikel uit 2014 lieten we zien dat ook in andere situaties sprake kan zijn van een VTN. We benoemden het VTN bij toetreding en bij collectieve waardeoverdracht. Ook schreven we dat het VTN op andere manieren kan worden berekend dan volgens de rekenregels van bijlage 2 van het vrijstellingsbesluit.⁴ De inmiddels gepubliceerde rechtspraak over het VTN gaat nu juist over andere situaties dan vrijstelling van de verplichtstelling. De rekenregels van genoemde bijlage 2 zijn daardoor niet van rechtswege aan de orde; daarover verderop meer. Zo ging de discussie tussen PNO en KPN over het VTN bij het beëindigen van een

uitvoeringsovereenkomst. En het geschil tussen de bibliotheken en ABP ging over het VTN bij vrijwillige aansluiting van een ‘gesloten’ groep. In beide zaken hadden partijen geen (duidelijke) afspraken gemaakt over hoe het VTN moest worden berekend, althans ze hadden niet expliciet het vrijstellingsbesluit wel/niet van toepassing verklaard. De voor de praktijk relevante rechtsvragen in dat verband zijn:

- wordt voor de berekening van het VTN aangesloten bij de rekenregels van bijlage 2 van het vrijstellingsbesluit als partijen daar niet (expliciet) van zijn afgeweken; of
 - wordt voor de berekening van het VTN een ‘eigen’ berekeningsmethodiek toegepast als partijen bijlage 2 niet (expliciet) van toepassing hebben verklaard?
- Anders gezegd: moet het VTN worden berekend volgens het vrijstellingsbesluit als partijen niet uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen, of alleen als ze dat (expliciet) wel zijn overeengekomen?



Ruud Derksen en Alex Ter Horst

Mr. G.R. Derksen en mr. A. Ter Horst zijn advocaat bij Kienhuis Hoving Advocaten en Notarissen te Enschede

Moet het VTN nu wel of niet worden berekend volgens het vrijstellingsbesluit als partijen niet uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen?

■ PNO/KPN

Eerst even terug naar de discussie tussen PNO en KPN. De aanleiding betrof een fusie tussen KPN als verkrijger en Nozema, waardoor de werknemers van Nozema in het pensioenfonds van KPN gingen deel-

nemen en uittraden uit PNO. In de tussen Nozema en PNO gesloten overeenkomst was opgenomen dat uit-treding slechts mogelijk was als PNO schadeloos zou worden gesteld voor een eventueel uit de uittreding voortvloeiend VTN. Daarbij hadden ze geen afspraken gemaakt over de berekeningswijze van het VTN. Rechtbank Amsterdam nam in de zaak tussen PNO en KPN tot uitgangspunt dat, aangezien partijen geen verwijzing naar de rekenregels van het vrijstellingsbesluit in hun overeenkomst hadden opgenomen, de berekening van het VTN in beginsel niet volgens de regels van dat besluit hoefde plaats te vinden. Hof Amsterdam keerde de zaak echter om; het vond dat KPN er redelijkerwijs niet op bedacht hoefde te zijn dat het begrip verzekeringstechnisch nadeel een andere inhoud zou hebben dan wat daaronder in het vrijstellingsbesluit wordt verstaan.⁵ Een van de omstandigheden die het hof daarvoor relevant achtte, was dat ‘de rekenregels verzekeringstechnisch nadeel in de pensioenbranche bekend en algemeen geaccepteerd zijn’.⁶ Het hof kwam al met al tot het oordeel dat het VTN dat ontstond door de uittreding van KPN uit PNO, moest worden berekend overeenkomstig de rekenregels van het vrijstellingsbesluit.

In cassatie werd dat oordeel door PNO niet meer bestreden.⁷ Volgens Heemskerk is dat begrijpelijk, omdat de rekenregels van het vrijstellingsbesluit recht zijn in de zin van art. 79 RO.⁸ Dat moge zo zijn, maar daarmee is nog niet gezegd dat het VTN dus altijd op die manier moet worden berekend. De rekenregels van het vrijstellingsbesluit zijn immers geschreven als nadere regels voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om uitvoering te kunnen geven aan art. 13 Wet Bpf 2000, dus met betrekking tot het verlenen en intrekken van vrijstellingen van de verplichtstelling. Het ‘automatisch’ doortrekken van het toepassingsbereik van de rekenregels naar andere situaties waarin sprake is van een VTN, zou te ver gaan. Dat is overigens ook niet wat het hof heeft gezegd; het heeft aan de hand van een aantal omstandigheden – die grotendeels ook bestaan uit ‘omstandigheden van het geval’ – de overeenkomst tussen PNO en KPN op het punt van het VTN uitgelegd en geconcludeerd dat de rekenregels van het vrijstellingsbesluit van toepassing waren in de overeenkomst tussen PNO en KPN.

Ook in de kwestie tussen de bibliotheken en ABP is gebleken dat het VTN niet per definitie volgens het vrijstellingsbesluit moet worden berekend.

■ BIBLIOTHEKEN/ABP

In het geschil tussen de bibliotheken en ABP speelde het volgende.⁹ Tot 1 januari 2013 waren de bibliotheken verplicht aangesloten bij ABP. Vanwege de privatisering van de bibliotheken eindigde voor hun werknemers de deelneming bij ABP en werden ze (verplicht) deelnemer bij Stichting Pensioenfonds Openbare Bibliotheken. En hiermee zouden automa-

tisch hun voorwaardelijke pensioenaanspraken jegens ABP komen te vervallen.

Het ‘automatisch’ doortrekken van het toepassingsbereik van de rekenregels naar andere situaties waarin sprake is van een VTN, zou te ver gaan

Om dat laatste te voorkomen, wilden de bibliotheken zich vrijwillig aansluiten bij ABP. Van het Pensioenfonds Openbare Bibliotheken konden ze echter slechts vrijstelling krijgen voor de groep werknemers die tot 2013 deelnam bij ABP, en dus niet voor nieuwe werknemers. Vrijwillige aansluiting bij ABP was daardoor alleen mogelijk voor de per 31 december 2012 in dienst zijnde werknemers, een ‘gesloten’ groep (de ‘oude werknemers’). Voorwaarde bij deze gedeeltelijke vrijwillige aansluiting was dat de bibliotheken een daardoor eventueel voor ABP optredend VTN – bij de totstandkoming van de afspraken door partijen nog ‘afwikkelingscompensatie’ en ‘kosten afwikkelaansluiting’ genoemd – zouden vergoeden. Zouden ook de ‘nieuwe’ werknemers gaan deelnemen bij ABP, dan zou er geen sprake zijn geweest van een VTN, aldus ABP.¹⁰

- 1 R. Derksen en A. Ter Horst, De vele vormen van het verzekeringstechnisch nadeel, *Pensioen Magazine* 2014/77.
- 2 Rb. Amsterdam 16 januari 2013, PJ 2013/94, m.nt. Blom.
- 3 PNO/KPN: HR 6 november 2015, NJ 2016/169, m.nt. Heemskerk; tevens gepubliceerd in PJ 2016/6, m.nt. Breuker. Bibliotheken/ABP: Rb. Limburg 11 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:2113 en Hof Den Bosch 18 april 2017, PJ 2017/76, m.nt. Lutjens.
- 4 Een andere berekeningsmethodiek kan overigens ook worden afgesproken voor de berekening van het VTN bij vrijstelling in de zin van het Vrijstellingsbesluit.
- 5 Mr. H.P. Breuker, Vrijstellingsbesluit toch leidend bij VTN, *Pensioen Magazine* 2014/101.
- 6 Zie r.o. 3.5 van het arrest.
- 7 In cassatie werd ‘slechts’ nog geprocedeerd over de uitleg van die rekenregels zelf. Dat onderwerp valt buiten het bestek van dit artikel.
- 8 Zie punt 8 van de noot van Heemskerk bij het arrest van de Hoge Raad in NJ 2016/169 met betrekking tot de bevoegdheid van een verplicht gesteld Bpf om bij vrijstelling van een werkgever een vergoeding te vragen.
- 9 Zie voor een uitgebreid overzicht van de feiten eerdergenoemde uitspraken van Rechtbank Limburg en Hof Den Bosch.
- 10 R.o. 3.17 Hof Den Bosch.

VTN door toetreding

Wij schreven in ons artikel uit 2014 dat ook bij toetreding – bijvoorbeeld door vrijwillige aansluiting – een VTN zou kunnen optreden. De kwestie tussen de bibliotheken en ABP is daar een mooi voorbeeld van. In dit geval vloeide het VTN voort uit het feit dat door vrijwillige toetreding van alleen de ‘oude werknemers’ bij ABP, dus zonder nieuwe instroom, het personeelsbestand van de bibliotheken dat deelnam bij ABP steeds meer zou gaan afwijken van de gehele ABP-populatie. Dit heeft een negatief effect op de financiering van de onvoorwaardelijke pensioenaanspraken van de ‘oude werknemers’ en op de voorwaardelijke aanspraken van deze werknemers, omdat de (voorwaardelijke) aanspraken mede werden gefinancierd door jonge werknemers die zelf geen aanspraak meer kunnen maken op het voorwaardelijk pensioen. Nu het ABP door de gedeeltelijke vrijwillige aansluiting geen premies meer ging ontvangen van de nieuwe (jonge) werknemers van de bibliotheken, terwijl de ‘oude werknemers’ wel hun voorwaardelijke aanspraken behielden, moesten de overige deelnemers van ABP dus de voorwaardelijke pensioenen van de ‘oude werknemers’ financieren, althans voor een groter deel. Daarnaast wordt met betrekking tot het onvoorwaardelijk pensioen door het ontbreken van nieuwe instroom de solidariteit verstoord.¹¹ Van de overige deelnemers van ABP zou dan dus een grotere solidariteitsbijdrage worden verwacht. Om dat te voorkomen, wilde ABP daarvoor worden gecompenseerd.

Voorbehoud

Bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomsten met ABP ten behoeve van de gedeeltelijke vrijwillige aansluiting hadden de bibliotheken een voorbehoud gemaakt ten aanzien van het VTN. Een belangrijk deel van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep ging over de vraag of er een voorbehoud was gemaakt en zo ja, wat daarvan dan de inhoud was. Vanwege het casuïstische en verbintenisrechtelijke karakter laten we de discussie over dit voorbehoud, hoe interessant ook vanuit juridische optiek, in dit artikel buiten beschouwing.¹²

■ HOF DEN BOSCH VERSUS HOF AMSTERDAM

Waar het hier om gaat, is het VTN. Ook in het geschil tussen de bibliotheken en ABP was de vraag aan de orde of het VTN volgens de rekenregels van bijlage 2 van het vrijstellingsbesluit moest worden berekend. Partijen hadden het vrijstellingsbesluit niet expliciet wel of niet van toepassing verklaard. Gelet op het eerder gewezen arrest van Hof Amsterdam tussen PNO en KPN zou verwacht kunnen worden dat, nu partijen niet expliciet waren overeengekomen om af te wijken van de rekenregels uit het vrijstellingsbesluit, het VTN volgens die regels moet worden berekend. Niets is echter minder waar. En Hof Den Bosch lijkt daar

ook geen enkele twijfel bij te hebben, blijkens het volgende citaat uit zijn arrest: ‘Het hof kan de bibliotheken evenmin volgen in hun stelling dat het VTN dient te worden berekend conform het Vrijstellingsbesluit. Het Vrijstellingsbesluit is in de onderhavige situatie niet van toepassing en, anders dan de bibliotheken hebben betoogd, is er ook geen reden om reflexwerking aan te nemen of ervan uit te gaan dat de bibliotheken reden hadden om erop te mogen vertrouwen dat ABP het VTN zou berekenen volgens het Vrijstellingsbesluit.’¹³

Gelet op het eerder gewezen arrest van Hof Amsterdam zou je verwachten dat het VTN gewoon volgens de regels van het vrijstellingsbesluit moet worden berekend

Als eerste geeft het hof dus aan dat het vrijstellingsbesluit niet van toepassing is. Dat lijkt ons een terechte constatering. Zoals gezegd is het vrijstellingsbesluit bestemd om regels te geven voor de toepassing van art. 13 Wet Bpf 2000. Om te beginnen is dit Bpf-artikel niet van toepassing op ABP.¹⁴ Maar bovendien is het vrijstellingsbesluit alleen rechtstreeks van toepassing op het intrekken en verlenen van vrijstellingen. Dat was niet aan de orde in de kwestie tussen de bibliotheken en ABP.

Vervolgens geeft het hof aan dat er geen reflexwerking van het vrijstellingsbesluit kan worden aangenomen. Dat is interessant. Hof Amsterdam nam immers als een van de relevante omstandigheden mee dat de rekenregels van het vrijstellingsbesluit in de pensioenbranche bekend en algemeen geaccepteerd zijn. Daarmee lijkt Hof Amsterdam toch (een vorm van) reflexwerking aan te nemen. Het is evenwel de vraag of Hof Den Bosch geen reflexwerking aanneemt om dogmatische redenen of vanwege de omstandigheden van het geval. Uit het arrest blijkt dat niet klip en klaar. Voor wat betreft die ‘omstandigheden van het geval’ is relevant dat de bibliotheken volgens het hof geen reden hadden om erop te vertrouwen dat ABP het VTN zou berekenen volgens het vrijstellingsbesluit.

Anders dan in de kwestie tussen PNO en KPN hebben ABP en de bibliotheken voorafgaand aan het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst wel (lange tijd) gesproken over het VTN en de hoogte daarvan. In dat kader heeft ABP – naast veel andere informatie – aan de bibliotheken uitleg gegeven over de berekeningsmethode van het VTN en hen de uitgangspunten voor de berekeningsmethodiek voor VTN toegestuurd. Ook zegt ABP de berekening van het VTN en de kosten

van 'voorwaardelijke inkooprechten' te hebben vastgelegd in de 'Rekenregels verzekeringstechnisch na-deel afwikkelingsaansluiting'.¹⁵ De bibliotheken hadden, gelet op al deze informatie, wel kunnen en behoren te begrijpen dat het VTN niet volgens het vrijstellingsbesluit zou worden berekend, aldus het hof. Het vindt daarom dat de bibliotheken geen reden hadden om erop te mogen vertrouwen dat ABP het VTN wel op die manier zou berekenen.

Dat ABP en de bibliotheken voor de berekening van het VTN de toepasselijkheid van het vrijstellingsbesluit niet met zoveel woorden hadden uitgesloten, maakte dus nog niet dat het vrijstellingsbesluit als uitgangspunt moest worden genomen voor de berekening van het VTN.

■ CONCLUSIE

Eén zwaluw maakt nog geen zomer. En één arrest maakt nog geen rechtsregel. Goed beschouwd zijn de uitspraken in zowel de PNO/KPN kwestie als in die

van bibliotheken/ABP te casuïstisch om daar een algemeen geldende rechtsregel uit te kunnen distilleren. Wat deze kwesties wel laten zien, is dat het (nog steeds) belangrijk blijft om duidelijke afspraken te maken als het op het VTN aankomt. Partijen kunnen er niet voetstoots van uitgaan dat het VTN wel zal worden berekend conform bijlage 2 van het vrijstellingsbesluit. Maar partijen kunnen er ook niet voetstoots van uitgaan dat het VTN niet op die manier zal worden berekend. ●

11 Voor een verdere onderbouwing van het aspect VTN verwijzen wij naar ons artikel van mei 2014.

12 Zie de noot van Lutjens bij het arrest van het hof voor een korte beschouwing ten aanzien van het voorbehoud.

13 Zie de achtste alinea van r.o. 3.17 van het arrest van Hof Den Bosch.

14 Art. 21, lid 3 en 4 Wet privatisering ABP.

15 Randnummer 4.6.3 vonnis Rechtbank Limburg.