

JURIDISCHE ASPECTEN VAN EEN CDC-REGELING

Naar aanleiding van diverse discussies tussen accountants, actuarissen en juristen ten aanzien van de kwalificatie van een collectieve beschikbare premiereregeling (afgekort CDC-regeling) onder de Pensioenwet van 1 januari 2007, heeft een consortium van pensioen-advocaten en -juristen een werkgroep in het leven geroepen. Deze werkgroep, de zogenaamde CDC-werkgroep, heeft zich tot doel gesteld een overzicht te verschaffen van juridische aandachtspunten en risicoaspecten ten aanzien van CDC-regelingen. Hierbij heeft zij als uitgangspunt genomen de Pensioenwet (met wetsgeschiedenis) alsmede arbeidsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie.

Dit memorandum is een resultante van diverse bijeenkomsten van de leden van de CDC-werkgroep en bevat een overzicht van juridische aandachtspunten en risico-aspecten van een CDC-regeling. Het memorandum kan behulpzaam zijn bij ondermeer de kwalificering van bestaande pensioenregelingen alsmede de totstandkoming van nieuwe pensioenregelingen.

Het overzicht is een samenvatting van diverse juridische zienswijzen en hoeft niet per definitie aan te sluiten bij de individuele opvattingen van leden van de CDC-werkgroep. De CDC-werkgroep, noch de individuele leden, achten zich noch collectief noch individueel verantwoordelijk en/of aansprakelijk voor de inhoud en het (extern) gebruik van dit memorandum door derden.

Amsterdam, 5 juli 2007

De leden van de CDC-werkgroep

Mr Eric Bergman, Bergamin & Gielink pensioenrechtadvies
Mr Onno Blom, Onno F. Blom Advocaten
Mr Bas Cammelbeeck, Nauta Dutilh
Mr Kees-Pieter Dekker, Clifford Chance
Mr Frank Doornik, Loyens Loeff
Mr Dr Roland de Greef, Hewitt Associates
Mr Drs Louis Kuypers, Houthoff Buruma
Mr Henriëtte de Lange, Schols & De Lange
Mr Jan Meijer, PriceWaterhouse Coopers
Mr Nicolette Opdam, Holland van Gijzen
Mr Jeroen Röder, Watson Wyatt
Mr Wijnanda Rutten, Allen & Overy
Mr Paulien Siegman, Towers Perrin
Mr Wim Thijssen, Thijssen Pensioen Advocaten
Mr Irene Vermeeren, Baker & McKenzie
Mr Mariëtte Vis, Stibbe
Mr Ivor Witte, Montae

Overzicht juridische aandachtspunten en risicoaspecten CDC-regelingen

Er kunnen ten aanzien van juridische aandachtspunten en risicoaspecten van een CDC-regeling 3 hoofdthema's onderscheiden worden:

- A. Vastlegging en communicatie;
- B. Financiering; en
- C. Wijziging pensioenregeling en de positie van belanghebbenden.

A. Vastlegging en communicatie

Vastlegging

In de Pensioenwet is neergelegd dat diverse partijen de belanghebbenden moeten informeren over de toepasselijke pensioenregeling. Dit geldt des te meer voor een CDC-regeling gezien haar specifieke karakter. Uit de informatieverstrekking door de werkgever respectievelijk de pensioenuitvoerder jegens belanghebbenden moet dan ook eenduidig blijken dat er sprake is van een CDC-regeling. Hierbij is niet één informatiebron (bijvoorbeeld de pensioenovereenkomst) bepalend, maar is de totaliteit aan gegeven informatie doorslaggevend.

In dit verband zijn de volgende informatiebronnen van belang:

1. de pensioenovereenkomst. Belangrijk(st) is dat conform artikel 10 Pensioenwet een duiding moet plaatsvinden van het karakter van de pensioenovereenkomst: uitkerings-, premie- of kapitaalovereenkomst. Hierbij zien wij twee mogelijkheden voor de kwalificatie van een CDC-regeling; (i) een uitkeringsovereenkomst waarin de in het vooruitzicht gestelde uitkering voorop staat en de premie een begrenzing vormt, of (ii) een premieovereenkomst waarin de beschikbare collectieve premie voorop staat en de in het vooruitzicht gestelde uitkering een streven is. Een en ander is afhankelijk van hoe de regeling is geformuleerd en wordt uitgevoerd. Deze duiding zal bepalend zijn voor de wijze van financiering van de pensioentoezegging, de vaststelling van de ontslagaanpakken etcetera. Wij bevelen aan om iets over de financiering van de regeling op te nemen;
2. het pensioenreglement. Voor wat betreft het pensioenreglement is het belangrijk dat duidelijk wordt gemaakt welke premie ter beschikking wordt gesteld. Tevens dient duidelijk te zijn dat de pensioenopbouw met deze premie wordt gefinancierd en kan worden gekort indien deze premie onvoldoende blijkt te zijn. De toeslagbepaling dient consistent te zijn met de (vaste) financiering. Hoe te handelen bij tekort aan premie, hoe te handelen bij onvermogen pensioenfondsen en welke mechanismen dan in werking gaan treden zullen helder moeten zijn vermeld in het CDC-reglement;
3. in geval van een pensioenfonds: de statuten van de pensioenuitvoerder. Hierin moet worden gecontroleerd of een eventuele reeds aanwezige kortingsbepaling niet in strijd is met die opgenomen in het pensioenreglement;

4. de uitvoeringsovereenkomst. In de uitvoeringsovereenkomst moet duidelijk zijn neergelegd dat er sprake is van een vaste premie. Bij overschotten en tekorten in een CDC-regeling vloeien geen gelden terug naar de werkgever respectievelijk wordt niet bijgestort. Premiekortingen zijn dus ook niet (meer) mogelijk. Volgens IFRS mag een wijziging in de kostendeekkende premie alleen betrekking hebben op de toekomst en niet gerelateerd zijn aan de in het verleden opgebouwde pensioenen en de financiële positie van het pensioenfonds op het moment van premiewijziging;
5. de startbrief;
6. de CAO;
7. de resterende communicatie (populaire versie pensioenregeling, brochures, bijeenkomsten etcetera.).

Communicatie

Naast voornoemde informatiebronnen spelen ook de zogenaamde 'constructive obligations' - veroorzaakt door andere vormen van communicatie - een rol bij de duiding van een CDC-regeling. Dit houdt onder meer in dat naast de verplichtingen die voortvloeien uit de formele stukken, er een feitelijke verplichting kan (zijn) ontstaan tegenover de belanghebbenden op grond van:

- een bestendige gedragslijn;
- gegronde verwachtingen;
- communicatie omtrent CAO, arbeidsvoorwaardenoverleg, verspreide OR-verslagen etc.

Indien deze niet in lijn zijn met de eerdere (schriftelijke) verstrekte informatie, zal de conclusie dat het gaat om een CDC-regeling niet makkelijk te maken zijn en/of zelfs gefrusteerd worden. De indexatiebepaling en feitelijke uitvoering hiervan verdient hier overigens bijzondere aandacht (zie hierna).

B. Financiering

In voornoemde vastlegging en communicatie van de CDC-regeling speelt uiteraard de wijze van financiering een belangrijke rol om te concluderen of sprake is van een CDC-regeling. In dit verband zal ten aanzien van een CDC-regeling in ieder geval aan de belanghebbenden duidelijk gemaakt moeten worden dat het risico dat de premie te laag is om de pensioenopbouw/aanspraken te dekken, wordt verplaatst naar de werknemer en dat de werkgever niet gehouden is tot meer dan betaling van de vaste premie. De CDC-werkgroep kwalificeert dit als een kernbestanddeel van de CDC-regeling.¹

In dit verband is op basis van de Pensioenwet en het Uitvoeringsbesluit van belang dat in de (schriftelijke) vastlegging en feitelijke communicatie onder andere het volgende duidelijk wordt aangegeven:

¹ Wij gaan er daarbij vanuit dat de vaste premie wel op de juiste grondslagen is vastgesteld en dat er geen fouten zijn gemaakt die een toerekenbare tekortkoming opleveren.

1. de wijze waarop de premie (inclusief risico opslagen) wordt vastgesteld en welke zekerheid er geldt dat daarmee de CDC-toezegging kan worden nagekomen (toetsing op de verwoording van artikel 126, 127, 128 en 132 Pensioenwet en Besluit FTK artikel 4). Beschreven moet bijvoorbeeld worden wat er gebeurt bij onvoldoende premie voor de vereiste jaarinkoop en wat bij onvoldoende vermogen in het pensioenfonds;
2. dat terugstorting en korting verboden is (129 en 134 Pensioenwet);
3. dat er in het kader van een korte- of langetermijnherstelplan geen herallocatie van de premie mag plaatsvinden naar het verleden toe
4. financiering toeslagverlening inactieven (137 Pensioenwet) en actieven (127 Pensioenwet) indien en voorzover in de CDC-premie een opslag zit voor indexatie. In de (schriftelijke) vastlegging en feitelijke communicatie zal helder en duidelijk aangegeven moeten zijn dat er sprake is van voorwaardelijke indexatie en dat indexatie voor de toekomst beperkt kan worden indien de CDC-premie niet meer kostendekkend is;
5. op welke wijze is uitvoering gegeven aan het verbod op 'ringfencing' (compartimentering) ex artikel 123 Pensioenwet? Indien er sprake is van een bestaande niet-CDC-regeling geldt dat een eenmalige storting mogelijk vereist is om te voldoen aan artikel 123 Pensioenwet ten behoeve van pensioenaanspraken die tot het moment van invoering van de CDC-regeling zijn opgebouwd. Dit vormt een belemming voor een pensioenfonds die een CDC-regeling uitvoert en ook een ander type pensioenregeling;
6. Wat gebeurt er na de contractsvervaldag van de uitvoeringsovereenkomst (dus na vijf jaar of langer)? Bij afloop van de uitvoeringsovereenkomst (doorgaans 5 jaar) mag bij de vaststelling van de nieuwe premie slechts rekening gehouden worden met prospectieve wijzigingen in economische en/of actuariële uitgangspunten en mag er geen sprake zijn van compensatie van tekorten of overschotten. Een uitvoeringsovereenkomst voor onbepaalde tijd is mogelijk voor CDC-regelingen, mits goed is vastgelegd
 - a. op welke wijze de initiële premie tot stand is gekomen en
 - b. of en wanneer er een moment is om de (toekomstige) CDC-premie te herijken, mits niet eerder dan na 5 jaar (tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden).

C. Wijziging pensioenregeling en de positie van belanghebbenden

Tot slot heeft de CDC-werkgroep stil gestaan bij de problematiek omtrent het wijzigen van een bestaande pensioenregeling in een CDC-regeling. Hier geldt te vaak dat de vereiste vastlegging en communicatie 'vergeten' wordt ten aanzien van slapers en gepensioneerden. Een positief advies van de Deelnemersraad alleen is niet voldoende. Met name daar waar het wijzigingen betreffen van de bestaande pensioenregeling in een CDC-regeling of wijzigingen binnen de CDC-regeling (zoals kortingsbepalingen of premiestelling), zal de vereiste vastlegging en communicatie van groter belang zijn.

Verder is van belang of de wijziging nu materieel een andere positie oplevert. Dit is met name van belang met betrekking tot opgebouwde rechten bij de overgang naar een CDC-regeling. Met andere woorden; neemt door de nieuwe wijze van financiering de kans op het toepassen van kortingen toe? Indien dit het geval is, ligt het voor de hand dat - om de reeds opgebouwde aanspraken en ingegane pensioenen in de CDC-regeling te kunnen betrekken - instemming van alle belanghebbenden moet worden gevraagd.

Bij de overgang naar een CDC-regeling moet dus duidelijk - en goed vastgelegd - worden gecommuniceerd dat de consequenties hiervan niet voor rekening van de werkgever komen en de benodigde instemming door de belanghebbenden is verkregen. Vastlegging, communicatie en instemming zijn dus de kern voor een acceptatie (rechtsgeldigheid) van een nieuwe CDC-regeling.

In een CDC-regeling verdient het dan ook de voorkeur dat een splitsing wordt aangebracht tussen:

- a. opgebouwde aanspraken > kortingsregeling bij ontoereikendheid;
- b. aangroei aanspraken > korting op de in dat jaar te verwerven aanspraken (opbouw + risicodekking) indien de premie niet langer kostendekkend is.

Het verdient bovendien de voorkeur dat ook een volgorde wordt aangegeven voor de van toepassing zijnde korting op de aangroei. Mengvormen lijken niet uitgesloten, maar zullen wel van invloed zijn op de beantwoording van de vraag of de kans op het toepassen van kortingen van de opgebouwde rechten toeneemt.

Nominale aanspraken van de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zijn niet te wijzigen, met uitzondering van de mogelijkheid om te korten uit hoofde van de CDC-regeling. De toepasselijke indexatie-ambitie kan onder omstandigheden wel worden gewijzigd, waarbij uiteraard de correcte wijzigings-procedure gevolgd dient te worden.

* * *