

Indexatiedepots onder het nFTK: uitwerking nodig

In een brief van 27 oktober 2015 aan de Stichting van de Arbeid heeft staatssecretaris Klijnsma van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de randvoorwaarden beschreven waaronder zij wil toestaan dat indexatiedepots worden ingezet zonder toepassing van de regels omtrent ‘toekomstbestendig indexeren’, zoals opgenomen in het per 1 januari 2015 vernieuwde financieel toetsingskader (nFTK). De staatssecretaris komt hiermee tegemoet aan een eind 2014 geuite wens van sociale partners en pensioenfondsen. Tevens biedt ze – althans naar eigen zeggen – hiermee een mogelijkheid aan bedrijfstakpensioenfondsen om tot schaalvergroting te komen. In dit artikel analyseren wij genoemde randvoorwaarden voor indexatiedepots die vanaf 1 januari 2015 zijn of worden ingesteld.

■ ACHTERGROND

Per 1 januari 2015 is het financieel toetsingskader (FTK) voor pensioenfondsen herzien. Een van de meest in het oog springende veranderingen in dit nFTK ten opzichte van het FTK zijn de regels omtrent het toekomstbestendig indexeren.¹ Deze regels zijn neergelegd in art. 137 PW en in art. 15 van het Besluit Financieel Toetsingskader Pensioenfondsen en beogen een evenwicht tussen verschillende generaties te bewerkstelligen. Kort gezegd komen deze regels erop neer dat toeslagverlening door pensioenfondsen is toegestaan wanneer:

1. de te verlenen toeslag naar verwachting ook in de toekomst te realiseren is; en
2. de beleidsdekkingsgraad 110% of hoger is.

Uitgangspunt is dat deze regels ook van toepassing zijn op toeslagverlening die wordt gefinancierd met middelen uit een indexatiedepot.² In het systeem van het nFTK telt het indexatiedepot dus niet mee bij het bepalen van de (beleids)dekkingsgraad, maar

wel bij het voor toeslagverlening beschikbare vermogen boven de 110%.³

Dat de indexatieregels van het nFTK ook van toepassing zijn op indexatiedepots, heeft tot gevolg dat net als voor de ‘reguliere’ indexatie ook de mogelijkheden voor het indexeren vanuit een indexatiedepot aanzienlijk zijn beperkt. Omdat de meeste depots al (ruim) voor 2015 zijn ingesteld, hebben de bij een indexatiedepot betrokken partijen niet kunnen anticiperen op de huidige eisen van toekomstbestendig indexeren. De destijds gemaakte afspraken en beoogde doelstellingen worden aldus gedwarsboomd door het nFTK. Maar ook voor eventuele nieuwe fusie- of wijzigingsplannen van pensioenfondsen en/of sociale partners zouden de nieuwe indexatieregels een sta-in-de-weg kunnen zijn. Van daar dat eind 2014 de Stichting van de Arbeid en de Pensioenfederatie hiervoor aandacht hebben gevraagd bij staatssecretaris Klijnsma.⁴

■ UITZONDERINGSREGELS

Inmiddels heeft de staatssecretaris de randvoorwaarden geschatst waaronder de regels van het toekomstbestendig indexeren buiten toepassing mogen worden gelaten bij het gebruik van indexatiedepots.⁵ Ze maakt daarbij een onderscheid tussen indexatiedepots die zijn ingesteld vóór 1 januari 2015 – de datum van inwerkingtreding van het nFTK – en indexatiedepots die daarna zijn ingesteld.

Indexatiedepots ingesteld op of na 1 januari 2015

De randvoorwaarden voor op of na 1 januari 2015 ingestelde indexatiedepots zijn de volgende:

1. de regels van het toekomstbestendig indexeren blijven alleen buiten toepassing voor indexatiedepots die in de volgende drie omstandigheden zijn gevormd:
 - a. fusie tussen pensioenfondsen met verschillende beleidsdekkingsgraad;
 - b. wijziging van een onvoorwaardelijke indexatie in voorwaardelijke indexatie;
 - c. omzetting van een uitkeringsovereenkomst in:



Alex Ter Horst en Ruud Derkxen

Mr. A. Ter Horst en mr. G.R. Derkxen zijn advocaat bij KienhuisHoving Advocaten en Notarissen te Enschede

- een uitkeringsovereenkomst met een premie-vaste periode van maximaal vijf jaar (CDC-regeling); of
 - een premieovereenkomst waarbij de premie direct wordt aangewend voor een pensioen-aanspraak.
2. de regels van het toekomstbestendig indexeren blijven buiten toepassing voor een periode van maximaal tien jaar, te rekenen vanaf het ontstaan van een indexatiedepot;
 3. de groep aan wie via het indexatiedepot een hogere indexatie kan worden toegekend dan op grond van de regels van het toekomstbestendig indexeren in beginsel mogelijk zou zijn, moet helder afgabakend zijn;
 4. er kan geen toeslag worden verleend vanuit het indexatiedepot als de beleidsdekkinggraad onder het minimaal vereist eigen vermogen ligt;
 5. het besluit tot instellen van een indexatiedepot – inclusief de vastlegging van de deelgroep en de voorwaarden voor indexatie vanuit het depot – moet worden vastgelegd in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.

Indexatiedepots ingesteld vóór 1 januari 2015

Voor de indexatiedepots die zijn ingesteld vóór 1 januari 2015 geldt ‘eerbiedigende werking’. Daarmee wordt bedoeld dat gedurende een periode van tien jaar – dus tot uiterlijk 1 januari 2025 – de regels voor toekomstbestendig indexeren niet van toepassing zijn op indexatie vanuit die indexatiedepots. Ook is het mogelijk om deze depots nog tot uiterlijk 2025 ver-

toegepast of dat het nFTK integraal van toepassing wordt op het bestaande depot.

■ ANALYSE

In dit artikel ligt onze focus op de randvoorwaarden voor indexatiedepots die vanaf 1 januari 2015 zijn of worden ingesteld. We behandelen zowel de juridische als de praktische aspecten van die voorwaarden. Ons inziens zou op een aantal punten een verduidelijking van de randvoorwaarden de toepasbaarheid ten goede komen. Ten aanzien van andere punten zijn wij echter van mening dat de staatssecretaris haar plannen beter en uitgebreider zou moeten motiveren.

■ FUSIE VAN PENSIOENFONDSEN MET VER-SCHILLENDEN BELEIDSDEKKINGSGRAAD

In geval van een fusie mag een depot worden gevormd ter grootte van maximaal het vermogen dat correspondeert met het verschil in beleidsdekkinggraad tussen de fuserende fondsen.⁸ De vraag die daarbij ontstaat – maar die nog niet is beantwoord door de staatssecretaris – is of dan een vergelijking moet worden gemaakt tussen de beleidsdekkingsgraden van beide fondsen op de eigen fondsgrondslagen of dat het gaat om het verschil in de beleidsdekkingsgraden na correctie van grondslagen.

Een vergelijkbare situatie is bekend in het kader van collectieve waardeoverdrachten. Terzijde merken wij overigens op dat er bij een fusie tussen pensioenfondsen geen sprake is van een collectieve waardeoverdracht. Een fusie betekent een overgang van rechten en plichten onder algemene titel, terwijl een collectieve waardeoverdracht een overgang onder bijzondere titel is.⁹ Uit oogpunt van de belangen van de deelnemers bij het ontvangende fonds moet de contante waarde van de over te dragen verplichtingen daarbij worden vastgesteld op basis van de grondslagen van de ontvangende pensioenuitvoer-

1 Hoewel met de invoering van de Pensioenwet de term ‘indexatie’ is vervangen door ‘toeslag(verlening)’, spreekt de staatssecretaris nu toch weer (consequent) over ‘indexeren’. In dit artikel gebruiken wij zowel ‘indexatie’ als ‘toeslag’, zonder dat we daarmee een materieel verschil beogen te maken.

2 Zie bijvoorbeeld: Nota van toelichting Besluit FTK, Stb. 2014, 569, p. 17 en TK 2015-2016, 34 320, nr. 5 herdruk, p. 5. In de praktijk wordt ook wel gesproken van ‘bestemmingsreserve’ en ‘toeslagreserve’.

3 Zie ook <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-233456.jsp>

4 Brief van 12 december 2014, met kenmerk SA 14.03514 JM/EH. Te vinden op www.stvda.nl

5 Brief van 27 oktober 2015, TK 2015-2016, 32 043, nr. 289.

6 TK 2015-2016, 34 320, nr. 5 herdruk, p. 7.

7 Ten tijde van het schrijven van dit artikel was de (voorgenomen) aanpassing van het Besluit FTK nog niet gepubliceerd.

8 Brief van 27 oktober 2015, p. 2.

9 Zie nader over de verbintenisrechtelijke kwalificatie van collectieve waardeoverdracht: De Bruin, Foppes & Kuiper, ‘Collectieve waardeoverdracht en het bereik van artikel 84 Pensioenwet’, in: J.W. de Bruin e.a., Het verweesde pensioenfonds, en nu?, SDU, Den Haag 2013, p. 60-79.

Voor de indexatiedepots die zijn ingesteld vóór 1 januari 2015 geldt een ‘eerbiedigende werking’ gedurende tien jaar

der te vullen met premies. De regels omtrent het toekomstbestendig indexeren blijven echter alleen buiten toepassing voor zover de premies nog zijn gebaseerd op vóór 1 januari 2015 gemaakte afspraken. En ook mag er geen indexatie worden verstrekt als de beleidsdekkinggraad onder het minimaal vereist eigen vermogen ligt.⁶ Dit om te voorkomen dat een fonds in de situatie geraakt waar enerzijds alle afspraken en rechten moeten worden gekort en anderzijds een indexatie kan worden gegeven.

De staatssecretaris is voornemens bovenstaande regels ook in het Besluit FTK op te nemen.⁷ Hopelijk maakt ze daarin dan ook duidelijk wat precies het gevolg is van na 31 december 2014 gemaakte afspraken voor bestaande indexatiedepots die bijvoorbeeld in verband met fusie zijn ingesteld. Dat de eerbiedigende werking vervalt is duidelijk, maar onduidelijk is of vanaf dan de randvoorwaarden voor nieuwe indexatiedepots op het bestaande depot mogen worden

der.¹⁰ Als het ontvangende fonds zwaardere grondslagen heeft, moet het overdragende fonds een deel van zijn dekkingsgraad inzetten voor compensatie van die zwaardere grondslagen.

Aannemelijk is dat ook voor het bepalen van de omvang van een indexatiedepot eerst de beleidsdekkingsgraad van een van de fondsen – waarschijnlijk het fonds met de hoogste beleidsdekkingsgraad – moet worden berekend op basis van de grondslagen van het andere fonds. In de (nog te formaliseren) regelgeving zal dit moeten worden uitgewerkt.

Niet interessant bij te lage dekkingsgraad

Voordat pensioenfondsen kunnen fuseren, moeten eerst de dekkingsgraden van de respectievelijke fondsen op gelijk niveau worden gebracht.¹¹ Om te voorkomen dat vermogen van het ‘rijke’ fonds bij het ‘arme’ fonds terecht komt, zal in de praktijk het rijke fonds zijn dekkingsgraad moeten verlagen tot het niveau van het arme fonds. Dat kan door het ‘overtollige’ geld in een indexatiedepot te storten. Na een fusie geldt dan voor het nieuwe (verkrijgende) pensioenfonds de laagste dekkingsgraad van de fuserende fondsen. Dit nieuwe fonds mag het indexatiedepot alleen aanwenden als de beleidsdekkingsgraad boven het minimaal vereist eigen vermogen (MVEV) ligt. Mede in de combinatie met de maximale periode van tien jaar waarin de regels van het toekomstbestendig indexeren buiten toepassing mogen blijven, ligt een fusie tussen een (relatief) goed gedeckt fonds en een (relatief) slecht gedeukt fonds niet voor de hand.

Een fusie tussen een (relatief) goed gedeukt fonds en een (relatief) slecht gedeukt fonds ligt niet voor de hand

De kans op het missen van indexatie wordt voor de voorheen ‘rijke’ populatie door zo’n fusie behoorlijk vergroot, terwijl de periode waarin het depot alsnog zou kunnen worden aangewend relatief klein is. De stelling van de staatssecretaris dat indexatiedepots voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een nuttig middel kunnen zijn om via fusie tot schaalvergroting te komen, geldt dus niet als een van de fondsen een (relatief) lage dekkingsgraad heeft.¹²

Ongewenst effect?

De voorgestelde regels leiden bij een fusie van pensioenfondsen tot een opmerkelijk, zo niet ongewenst effect. Vóór de fusie golden de regels van het toekomstbestendig indexeren voor beide fondsen voor hun gehele dekkingsgraad. Maar na de fusie gelden de indexatieregels van het nFTK ineens niet meer voor het verschil in dekkingsgraden. Dus stel dat fonds A met een dekkingsgraad van 120 fuseert met fonds B met een dekkingsgraad van 110. Na de fusie

geldt voor alle deelnemers dan een dekkingsgraad van 110. Maar voor de deelnemers aan fonds A is na de fusie ineens 10% dekkingsgraad beschikbaar voor indexatie zonder de indexatieregels van het nFTK. Het kan natuurlijk zijn dat het faciliteren van fusies tussen (bedrijfstak)pensioenfondsen politiek gezien de voorkeur heeft boven ‘generatieproof’ indexeren, maar opvallend is het effect wel. Ons inziens zou de staatssecretaris op dit punt ten minste een nadere toelichting moeten geven.

Evenwichtige belangenafweging

Het ligt wat ons betreft op de weg van het bestuur van een pensioenfonds dat tot een fusie besluit en daarbij een indexatiedepot instelt, om uit een oogpunt van evenwichtige belangenafweging te motiveren hoe bij een dergelijk besluit met alle belangen rekening is gehouden. Zoals gezegd wordt met een dergelijk besluit immers in zekere zin geld buiten het bereik van het nFTK geplaatst, althans voor wat betreft de indexatieregels. Omdat de uitzonderingssituatie maximaal tien jaar mag duren, verwachten wij dat alle middelen uit het indexatiedepot ook in die tien jaar zullen worden aangewend. Sneller indexeren is in beginsel vooral gunstig voor gepensioneerden. Het zijn dan echter de jongeren die het nadeel ervan hebben. Het feit dat geld buiten de indexatieregels van het nFTK wordt geplaatst – terwijl die regels in ieder geval door de wetgever als evenwichtig worden aange merkt – vereist ons inziens een stevige onderbouwing van het bestuur van het fonds voor dergelijke besluitvorming. Volgens Rechtbank Rotterdam komt daarbij gewicht toe aan het oordeel van het verantwoordingsorgaan en mag tevens geen sprake zijn van een evident onredelijke belangenafweging.¹³

Niet voor liquidatie met waardeoverdracht (art. 84 PW)

De staatssecretaris staat niet toe dat de regels van het toekomstbestendig indexeren buiten toepassing blijven bij die andere vorm van consolidatie, te weten de collectieve waardeoverdracht bij liquidatie van een pensioenfonds (ex art. 84 PW). Dat betekent dat in geval van liquidatie, gevuld door collectieve waardeoverdracht, een hogere dekkingsgraad bij het liquiderende fonds alleen maar via een eenmalige indexatie kan worden aangewend. Bij een dergelijke eenmalige indexatie wordt niet getoetst aan de regels van het nFTK met betrekking tot het toekomstbestendig indexeren.

Onze vraag is dan ook waarom niet ook voor situaties van liquidatie wordt toegestaan om, ten behoeve van de populatie van het liquiderende fonds, bij het ontvangende fonds een indexatiedepot te vormen waarvoor de indexatieregels van het nFTK buiten toepassing mogen blijven.

■ WIJZIGING VAN EEN ONVOORWAARDELIJKE IN EEN VOORWAARDELIJKE INDEXATIE

Hoewel niet direct gerelateerd aan de voorwaarden voor het gebruik van indexatiedepots, is het juridisch gezien toch interessant dat de staatssecretaris blijkbaar

geen juridische bezwaren ziet tegen het wijzigen van een onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke. Naar de letter van de Pensioenwet is immers het wijzigen van onvoorwaardelijke indexatie niet toegestaan; onvoorwaardelijke indexatie maakt deel uit van de pensioenaanspraak (art. 1 PW) en art. 20 PW verbiedt het wijzigen van pensioenaanspraken.¹⁴ Daar valt overigens best wel genuanceerder over te denken,¹⁵ maar wij vinden het opvallend dat het lijkt alsof het kunnen wijzigen van onvoorwaardelijke indexatie voor de staatssecretaris een ‘no-brainer’ is.

Indexatiedepot voor alle aanspraken van de deelgroep?

De deelgroep voor wie het indexatieperspectief verslechtert, mag worden gecompenseerd via een indexatiedepot. Het kan echter gebeuren – en in de praktijk zien wij dat regelmatig – dat deelnemers zowel een regeling met een onvoorwaardelijke als een regeling met voorwaardelijke indexatie hebben. Onduidelijk is of het indexatiedepot dan ook mag worden besteed aan indexatie van de aanspraken uit de regeling met voorwaardelijke indexatie. Strikt genomen wordt het indexatiedepot dan wel aangewend voor de deelpopulatie, maar anderzijds is dat voor aanspraken waarvan het indexatieperspectief niet is verslechterd.

Niet van toepassing bij wijziging voor totale fondsbestand

Als voor het totale fondsbestand de indexatie is gewijzigd van onvoordeelk naar voordeelk, wil de staatssecretaris het niet toestaan dat een indexatiedepot wordt uitgezonderd van de regels van toekomstbestendig indexeren. De reden daarvoor is dat in dat geval geen sprake is van een deelgroep en dus niet wordt voldaan aan randvoorwaarde 3. Dat argument overtuigt niet. Het is immers de staatssecretaris zelf die als randvoorwaarde stelt dat het

Ons inziens staat er niets aan in de weg om als randvoorwaarde te stellen dat het moet gaan om een helder afgebakende groep in plaats van deelgroep

moet gaan om een helder afgebakende *deelgroep*. Ons inziens staat er niets aan in de weg om als randvoorwaarde te stellen dat het moet gaan om een helder afgebakende *groep*.

■ TEN SLOTTE

Wij denken dat de staatssecretaris met haar brief van 27 oktober 2015 en de daarin geschetste randvoorwaarden voor een aantal praktijksituaties een oplossing biedt. Wel zien we punten ten aanzien waarvan nog een nadere uitwerking en wellicht ook een nadere uitdenking moet plaatsvinden. Dat indexatiedepots een nuttig middel kunnen zijn voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen om tot schaalvergrooting te komen, ligt gezien de lage dekkingsgraden ons inziens niet erg voor de hand. ●

10 www.toezicht.dnb.nl/3/50-228854.jsp

11 Kamerstukken II 2015/2016, 34 320, nr. 5, pag. 6.

12 Zie Kamerstukken II 2015/2016, 34 320, nr. 5, pag. 4.

13 Rechtbank Rotterdam 26 november 2015,
ECLI:NL:RBROT:2015:8665.

14 Behoudens bepaalde vormen van waardeoverdracht
en het korten van aanspraken en rechten.

15 Zie bijvoorbeeld Mark Heemskerk, Pensioenrecht,
Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2015, p. 203 en
de daar aangehaalde literatuur.