

Wat zijn pensioenaanspraken?

6-1-2021 | Door Remko Hesse werkzaam bij Foseti BV
(www.foseti.nl)



Het welvaarts- of waardevast houden van pensioenuitkeringen is in deze tijd van lage rentestanden niet eenvoudig. Al langere tijd houden werkgevers de boot af om hiervoor - extra - premie te betalen aan pensioenfondsen of - verzekeraar. Sterker nog, het afstempelen van uitkeringen vanwege een te lage dekkingsgraad (negatieve indexatie) bij pensioenfondsen is waarschijnlijker dan het verhogen van de uitkering. Daarom bespreek ik in deze bijdrage twee uitspraken uit 2020 waarin de definitie van pensioenaanspraak een rol speelt. Het gaat daarbij om de gevolgen van het wijzigen c.q. afzien van indexatie. Interessant wat mij betreft én van belang voor de komende pensioentransitie. Immers, kunnen alle rechten ‘zomaar’ ingevaren worden en dan wijzigen?

Casus Allianz

Werknemers van Allianz hebben een pensioenregeling die tot 1 januari 2001 bij een verzekeraar is ondergebracht en daarna bij een pensioenfonds. De procederende werknemer, in dienst vanaf 1 november 1987, heeft destijds niet ingestemd met een waardeoverdracht van de verzekeraar naar het pensioenfonds. De pensioenregeling kent een onvoorwaardelijke jaarlijkse indexatie op basis van prijsindex voor de gezinsconsumptie (welvaartsvast), met een maximum van 3%. Met ingang van 2011 wordt deze indexatie in de cao gewijzigd. Vanaf dat moment is de toeslag, de mate van indexatie, voorwaardelijk en mede afhankelijk van de overrente.

De werknemer vraagt om behoud van de onvoorwaardelijke indexatie op de pensioenrechten opgebouwd tot 2001 opgebouwd bij de verzekeraar. Daarbij verwijst hij naar de indexatiebepalingen voor de gewezen deelnemer. Door de wijziging van uitvoerders is hij van mening dat hij gewezen deelnemer is. De Rechtbank is van mening dat de werknemer nog steeds deelnemer is in de pensioenregeling. Waarmee het beroep op de bepalingen voor de gewezen deelnemer niet slaagt. De zaak wordt vervolgens voorgelegd bij het Hof¹. Bij dit hoger beroep voert de werknemer

nu ook aan dat de wijziging van de indexatiebepaling in strijd is met artikel 20 Pensioenwet. Ook het Hof stelt vast dat de werknemer nog steeds deelnemer aan de pensioenregeling is, en gaat vervolgens in op artikel 20 Pensioenwet. Het Hof overweegt:

“15. Uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van de Pensioenwet blijkt duidelijk dat onvoorwaardelijke toeslagverlening (indexatie) wordt aangemerkt als een pensioenaanspraak in de zin van art. 1 Pw (anders dan voorwaardelijke toeslagverlening):

“(...) Artikel [20] bepaalt dat opgebouwde pensioenaanspraken in beginsel niet gewijzigd kunnen worden. Artikel 1 bepaalt echter uitdrukkelijk dat de overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening geen onderdeel vormt van de pensioenaanspraken (...)”

Dit betekent dat het onvoorwaardelijke recht op indexatie niet eenzijdig (lees: zonder instemming van de werknemer) kan worden gewijzigd in een voorwaardelijk recht op indexatie.

Vervolgens overweegt het Hof:

“16. ... Dat de cao voorziet in deze wijziging betekent niet dat gehandeld mag worden in strijd met het verbod van art. 20 Pw en laat de rechten en aanspraken van [appellant] uit hoofde van dit artikel onverlet”.

De aangevoerde argumenten tegen toepassing van artikel 20 Pensioenwet, worden door het Hof als te algemeen en/of onvoldoende onderbouwd terzijde gelegd. Het gelijk is daarmee aan de werknemer, die zo zijn toekomstige onvoorwaardelijk recht op indexatie behoudt voor de pensioenrechten opgebouwd tot 2001.

Commentaar

1. Het Hof helpt deze werknemer - en daarmee de invulling van het recht - een beetje bij de procesgang. Immers, in rechtsoverweging 13 schrijft het Hof “... Uit de toelichting van [appellant] op grief 3 ... blijkt dat hij - naar het Hof begrijpt, subsidiair - een beroep doet op artikel 20 Pw ... De grief is naar het oordeel van het hof voldoende duidelijk gemotiveerd ...”.

¹ Hof Den Haag, 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:25

2. De aanspraak op pensioen is het nog niet ingegane pensioen welke staat tegenover de geleverde arbeidsprestatie in een bepaald jaar. Dat dit inclusief de onvoorwaardelijke indexatie is, is daarmee logisch. Immers, alle criteria voor de omvang van deze indexatie staan vast. Slechts de uitvoering hiervan vindt plaats in een later jaar. Deze aanspraak op pensioen kan alleen gewijzigd worden, als daarbij de spelregels van de Pensioenwet in acht worden genomen. Denk hierbij aan collectieve waardeoverdracht.
3. Het verschil tussen onvoorwaardelijk en voorwaardelijk vertaalt zich eenvoudig naar de benodigde besluitvorming. Bij een onvoorwaardelijke toezegging is het de jaarlijkse uitvoering van een destijds genomen besluit. Bij een voorwaardelijke toezegging is er jaarlijks een besluit tot indexatie nodig.
4. Interessant in deze casus is nog de financiering van dit onvoorwaardelijke recht. Wie is voor de werknemer de tegenpartij om de indexatie daadwerkelijk te vorderen? Het Hof benoemt Allianz als tegenpartij, niet de verzekeraar noch het pensioenfonds, ook al heeft die laatste tot 2013 daadwerkelijk onvoorwaardelijk geïndexeerd. Ik vind dit een passende uitkomst, het is immers de werkgever die de pensioentoezegging heeft gedaan én gekozen heeft voor de diverse uitvoerders.
5. In diverse publicaties wordt deze uitspraak als principieel onjuist benoemd. Het gaat dan om de vraag wat nu eigenlijk een onvoorwaardelijk recht op indexatie is en de financiële impact van deze uitspraak? Dan is het casuïstiek en gaat het om de interpretatie van de bewoording van de bepaling. Via via heb ik begrepen dat er cassatie is ingesteld. Daarmee is er voor nu nog geen maximale duidelijkheid. Wel is duidelijk dat het zorgvuldig opschrijven van de pensioentoezegging van groot belang is.

Casus eigen beheer

Een directeur-groootaandeelhouder (dga) bouwt in de jaren 1970 - 2000 pensioen op in eigen beheer bij X BV. In 2000 treedt hij uit dienst. De pensioenbrief kent de volgende bepaling betreffende de indexatie:

“Ingegane pensioenen en, in geval van ontslag voor de pensioendatum, rechten op nog niet ingegaan pensioen zullen door de vennootschap zoveel mogelijk worden aangepast aan de prijsontwikkeling.”

In april 2011 gaan de pensioenuitkeringen in. Vervolgens wil de dga dit pensioenrecht (kapitaal plus een kostenopslag) laten overdragen van X BV naar Y BV, waarvan hij 100% aandeelhouder is. Daarom stoppen de uitkeringen in oktober 2011. X BV, waar de dga al lange tijd geen aandeelhouder meer van is, wil hiermee instemmen, mits de dga afziet van enige vorm van indexatie over de periode 1970 tot dan toe. Kennelijk is er nimmer enige vorm van indexatie toegekend. Voor deze beoogde transactie wordt contact gezocht met de Belastingdienst, die aangeeft:

- Dat zij akkoord is met het berekende kapitaal (rekensystematiek);
- Dat dit een waarde is zonder enige vergoeding voor (na)indexatie, en
- Dat het overdragen, zonder een vergoeding voor de indexatie, leidt tot een (gedeeltelijk) afzien van pensioen als bedoeld in artikel 19b Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB). Immers, X BV heeft voldoende middelen om deze indexatie te betalen, zodat geen sprake is van een fiscaal gefacilieerd afzien van pensioen.

In maart 2012 wordt de overeenkomst getekend waarbij de pensioenverplichting, zonder een vergoeding voor de (na)indexatie, overgaat naar Y BV naar de situatie per 31 oktober 2011.

Naheffingsaanslagen over 2011 én 2012

De Belastingdienst legt op 30 juni 2015 X BV twee naheffingsaanslagen op. Eén over 2011 en één over 2012. Twee aanslagen, ter behoud van rechten, om zo eventuele onduidelijkheid over het fiscale genietingsmoment voor te zijn. De grondslag voor de naheffingen is dezelfde, de belasting ook, alleen de belastingrente is anders. Het Hof stelt in de eerste procedure² uiteindelijk vast dat het fiscale genietingsmoment niet in 2011 ligt. Pas op het moment van overdracht is vast komen te staan dat de aanspraak op (na)indexatie is vervallen. Daarmee ligt het fiscale genietingsmoment in 2012. De aanslag over 2011 vervalt daarmee. In de tweede procedure³ blijft de naheffingsaanslag over 2012 in stand. Volgens het Hof is door de waardeoverdracht feitelijk afgezien van het recht op (na)indexatie, en dat leidt tot een fiscaal genietingsmoment/heffingsmoment. Inmiddels ligt deze zaak bij de Hoge Raad.

² Hof Den Haag, 1 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1971

³ Hof Den Haag, 2 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2003

Commentaar

1. Er is sprake van een onvoorwaardelijk recht op (na)indexatie. Dat blijkt uit de woorden 'zullen door de vennootschap zoveel mogelijk' in de paragraaf over deze (na)indexatie. Anders dan bij de casus Allianz, is hier de Pensioenwet niet van toepassing en moet getoetst worden aan het begrip aanspraak in de Wet LB. Daarvoor verwijst het Hof naar de procedure over het jaar 2011:
“... Vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 30 september 1953, nr. 11.506, BNB 1954/328 waarin is geoordeeld: “(...) dat wil van zodanige aanspraken gesproken kunnen worden, *niet voldoende is, dat voor den werknemer de verwachting bestaat*, dat in de toekomst, of bij de vervulling van bepaalde voorwaarden door hem of zijn nabestaanden uitkeringen zullen worden genoten, hoe stellig en gegrond zulk een verwachting ook mag zijn, *doch nodig is, dat op die uitkeringen voor hem of die derden enig recht is ontstaan, hoezeer zulk een recht van de vervulling van bepaalde voorwaarden afhankelijk kan zijn gesteld*”.
(cursivering auteur)
2. Het is dus nodig dat er enig recht is ontstaan. En daar doet niet aan af dat het effectueren van het recht afhankelijk kan zijn van bepaalde voorwaarden. Verder volgens stelt het Hof dat het recht op (na)indexatie onderdeel is van de aanspraak op pensioen.
3. Het niet feitelijk ontvangen van enige vorm van (na)indexatie in een periode van ruim 10 jaar, doet er dan volgens het Hof niet toe; de aanspraak is er. Pas op het moment van overdracht wordt afgezien van dit recht, hoe onzeker misschien ook. Dat tijdens de onderhandeling de dga ook expliciet dit recht geldend wilde maken speelt voor het Hof een rol. Dat dit niet is gelukt, wordt vervolgens gezien als prijsgeven. Daar is volgens mij wel iets tegen in te brengen.
4. Is een voorwaardelijk recht op (na)indexatie wel een aanspraak?
Duidelijk is dat dit voor de Pensioenwet (artikel 1 definities) niet het geval is. Terecht benoemd het Hof dat er fiscaal een 'eigen' toetsingskader is. Immers de Pensioenwet is in deze zaak niet van toepassing. Daarbij is een aanspraak: een recht om, naast de gewone beloning, al dan niet onder voorwaarden, op een toekomstig tijdstip (meestal einde dienstbetrekking / overlijden), één of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen, toekomstend aan de werknemer of diens nabestaanden en waarvoor fondsvorming mogelijk is. Daarbij moet het gaan om afdwingbare rechten (zie het eerder genoemde BNB 1954/328).
5. De woorden 'zullen door de vennootschap zoveel mogelijk' in de paragraaf over deze (na)indexatie klinken niet als een afdwingbaar recht, eerder als een verwachting.
Een verwachting, die al ruim tien jaar niet is ingelost én niet heeft geleid tot enige waarde(ring) bij de overdracht. Noch zijn er duidelijke voorwaarden benoemd, waarvan (de invulling van) het recht op indexatie afhankelijk kan zijn. Daarmee is het wat mij betreft zeer goed mogelijk dat de Hoge Raad beslist dat het Hof een onjuiste uitspraak heeft gedaan. Waarmee de fiscale definitie van een pensioenaanspraak in de lijn ligt van de Pensioenwet, namelijk dat alleen de onvoorwaardelijke indexatie onderdeel is van de pensioenaanspraak.
6. Stel dat toch sprake is van prijsgeven, wat is daar dan de waarde van? De Belastingdienst gaat uit van een stijging op basis van het CBS-prijsindexcijfer, ik neem aan omdat het reglement spreekt van prijsontwikkeling. Dit uitgangspunt leidt tot een verhoging van € 23.819 tot € 29.728 (ouderdomspensioen) en van € 5.970 tot 7.451 (tijdelijk overbruggingspensioen), met een waardering van € 168.753 (561.819 - 393.067). Is dat de juiste waarde(ring)? Is er rekening gehouden met het niet indexeren gedurende de periode 2000 - 2011? Ik weet het niet, maar dat dit aspect een dempend effect op de waarde moet hebben, lijkt mij duidelijk.
7. Daarbij heb ik ook de vraag of de (na)indexatie op het moment van overdracht bij de oude uitvoerder achter kan blijven? Het is niet heel logisch. Maar gezien het feit dat er ruim tien jaar geen indexatie heeft plaatsgevonden, en de uitvoerder het - om hem moverende redenen – ook niet in de toekomst van plan lijkt te zijn, lijkt een nihilwaardering niet onredelijk.

Effect op het pensioenakkoord

Als het Pensioenakkoord uiteindelijk omgezet zal zijn in wetgeving, is de pensioenuitkering niet meer het uitgangspunt maar de pensioenpremie. De uitkomsten van een pensioentoezegging zijn daarmee per definitie onzeker. Door het 'invaren' van de al bestaande pensioenrechten, behoudt de werknemer/deelnemer één pensioenrecht. Dit 'invaren' wordt nu moeilijker, doordat onvoorwaardelijke rechten niet aangetaast mogen worden. Dit kan alleen bij collectieve waardeoverdracht, waarbij de deelnemer een individueel bezwaarrecht heeft.

Indien nodig, zal er aanvullende wetgeving komen. Best grappig eigenlijk dat collectieve waardeoverdracht nodig is om te komen tot een individueel pensioencontract.

Tot slot

In beide zaken is de Hoge Raad nog aan zet. Dat kan voor een andere uitkomst zorgen. Mijn conclusie voor nu is dat de fiscale definitie van pensioenaanspraak vrijwel gelijk is aan de definitie in de Pensioenwet. Daarvoor is het wel nodig dat de Hoge Raad in de casus eigen beheer, de visie van het Hof corrigeert. Daar zijn goede gronden voor.

FA