

# Bestuurder van Pensioenfonds Unisys:

Op 16 januari 2012 heeft de kantonrechter een vonnis gewezen in de zaak tussen Unisys en Pensioenfonds Unisys. Uit deze uitspraak blijkt dat je het als bestuurder van een pensioenfonds nooit goed kunt doen. Als je niet door de hond gebeten wordt – lees: de deelnemersraad – dan word je wel door de kat gebeten – lees: de werkgever. En als je pech hebt, zoals het bestuur van het Unisys Pensioenfonds, dan word je gebeten door de kat en de hond terwijl je probeert om geen ruzie te maken met die venijnig zoemende wesp – lees: De Nederlandsche Bank (DNB). Daarbij komt dat de dierenpolitie – lees: de kantonrechter – je soms van de regen in de drup brengt.

## ■ DE FEITEN

Tussen het Pensioenfonds Unisys – hierna eenvoudig het pensioenfonds te noemen – en het bedrijf Unisys – de sponsor – was en is nog steeds een oude financieringsovereenkomst van 1 januari 2000 van toepassing. In artikel 7 van deze overeenkomst is opgenomen dat op basis van de financiële positie aan het eind van het jaar een aanvullende premie verschuldigd kan zijn, namelijk wanneer de pensioenverplichtingen groter zijn dan de beschikbare middelen. Met andere woorden, als er sprake is van een tekort. Unisys dient dan het verschil te betalen. En als er sprake is van een overschot, krijgt Unisys een korting van het pensioenfonds.

Op 31 december 2008 bedraagt de dekkingsgraad van het pensioenfonds 92,3%. Op grond van die dekkingsgraad en de oude financieringsovereenkomst verzoekt het pensioenfonds aan Unisys om een bedrag van ruim € 32 miljoen te betalen. Van dat bedrag heeft Unisys in totaal € 12,3 miljoen betaald. Het pensioenfonds vordert bij de kantonrechter nu het resterende bedrag van bijna € 20 miljoen.

De deelnemersraad had al eerder een procedure gestart bij de Ondernemingskamer tegen het pensioenfonds. Dat had namelijk besloten om per 1 januari 2011 geen toeslagen toe te kennen. Daarbij had het pensioenfonds geen rekening gehouden met de ver-

plichting van Unisys tot het betalen van genoemde aanvullende premie. Dat achtte de Ondernemingskamer niet juist. Bij het vaststellen van de financiële positie voor het toekennen van toeslagen diende het pensioenfonds rekening te houden met de aanvullende bijdragen die de werkgever op grond van de financieringsovereenkomst diende te voldoen. En daarmee was het pensioenfonds dus reeds gebeten door de hond.

## ■ FORMELE RECHTSKRACHT

In 2009 heeft het pensioenfonds een kortetermijnherstelplan ingediend. Daarbij is het ervan uitgegaan dat Unisys de aanvullende premie zou betalen. DNB heeft dit herstelplan goedgekeurd. Blijkbaar heeft de werkgever geen bezwaar gemaakt tegen de goedkeuring van het herstelplan. Het pensioenfonds concludeert daarom dat sprake is van formele rechtskracht van het goedkeuringsbesluit, waardoor de hoogte van de in het herstelplan opgenomen aanvullende premie niet meer ter discussie kan worden gesteld.

De kantonrechter gaat echter niet mee in die redenering. Volgens hem geeft DNB geen oordeel over de uitleg van de financieringsovereenkomst en toetst ze alleen of het herstelplan concreet en haalbaar is. Aan de ene kant kan ik de kantonrechter wel volgen. Het feit dat DNB het herstelplan goedkeurt, hoeft niet automatisch te betekenen dat Unisys verplicht is om de bedragen te betalen die zijn genoemd in het herstelplan. Het herstelplan is immers geen contract tussen Unisys en het pensioenfonds; het is uitsluitend een plan van het pensioenfonds om dit weer gezond te maken. Aan de andere kant is het natuurlijk zeer teleurstellend dat pas in 2012 duidelijk is wat de verplichtingen zijn van Unisys onder de financieringsovereenkomst, terwijl die informatie reeds in 2009, toen het herstelplan werd opgesteld, van groot belang was.

Het herstelplan is geen contract tussen Unisys en het pensioenfonds



**Roel Veugelers**  
Mr. R.J.G. Veugelers  
is advocaat bij Veugelers  
Advocatuur

# een ondankbare baan

Had dat niet anders gemoeten? Ik kan mij voorstellen dat pensioenfondsbesteders naar aanleiding van deze uitspraak een herstelplan of een aanpassing daarvan nadrukkelijk zullen voorleggen aan de werkgever. En dat ze de werkgever dan nadrukkelijk zullen vragen of hij nog opmerkingen heeft naar aanleiding van het herstelplan. Als hij vervolgens niet reageert, kun je stellen dat hij zijn recht heeft verwerkt om de verplichting tot betalen te betwisten. Er is dan sprake van bewust nalaten van het nemen van actie en dat vind ik in zo'n situatie verwijtbaar. Het pensioenfonds dient immers binnen korte termijn een herstelplan op te stellen. Dat is van groot belang voor het pensioenfonds en alle deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Dat dient een werkgever niet te frustreren. Als deze van mening is dat hij niet verplicht is om de bedragen te betalen die in het herstelplan worden genoemd, moet hij dat melden. Als hij dat niet doet, is zijn beurt voorbij.

**Als de werkgever van mening is dat hij niet verplicht is om de bedragen te betalen die in het herstelplan worden genoemd, moet hij dat melden**

## Actievere rol

Ik denk dat ook DNB een actievere rol moet spelen. Op grond van deze uitspraak lijkt het mij wenselijk dat DNB bij elk herstelplan de schriftelijke bevestiging van de werkgever vraagt dat de genoemde bedragen zullen worden betaald. Op grond van deze uitspraak kan dan niet worden volstaan met het overleggen van de getekende uitvoeringsovereenkomst. Als de werkgever die bevestiging niet geeft, kan DNB stellen dat het herstelplan niet concreet en haalbaar is. Het is immers maar zeer de vraag of de werkgever later de genoemde bedragen zal betalen. Dat kan dus een reden voor DNB zijn om het herstelplan niet goed te keuren. Daarom zal een pensioenfonds, gezien deze uitspraak, een werkgever ook in een vroeg stadium moeten dagvaarden en moeten vorderen dat hij de verplichtingen onder de uitvoeringsovereenkomst nakomt. Vaak zal een dergelijke procedure complex zijn en zich daardoor niet lenen voor een kort geding. Dan zal helaas een bodemprocedure nodig zijn. Dat betekent echter ook dat niet tijdig een herstelplan kan worden ingediend. Dan gaat dus die vervelende wesp zoemen; die wil immers tijdig een herstelplan. Ik heb al gezegd dat het leven van een bestuurder van een pensioenfonds niet benijdenswaard is.

Er kan voor worden gekozen om in een dergelijk geval twee herstelplannen in te dienen. Eén voor het geval de werkgever wel verplicht is om de bedragen te betalen die uit de uitvoeringsovereenkomst volgen, en één voor het geval de rechter oordeelt dat de werkgever niet verplicht is om die bedragen te betalen. Als alternatief is het uiteraard ook mogelijk om voor een dergelijk geval een spoedarbitrage te laten plaatsvinden, waardoor op korte termijn duidelijk is wat de verplichtingen van de werkgever zijn.

## ■ GEZAG VAN GEWIJSDE

Het pensioenfonds stelt dat het oordeel van de kantonrechter gelijk moet zijn aan het oordeel van de Ondernemingskamer in de procedure die door de deelnemersraad was aangespannen. Maar volgens de kantonrechter kan geen beroep worden gedaan op het gezag van gewijsde. Dat betekent dat een gerechtelijke uitspraak vaststaat als er geen beroep of cassatie tegen is ingesteld. De kantonrechter overweegt daarbij dat Unisys geen partij was in de procedure bij de Ondernemingskamer en daardoor niet gebonden kan zijn aan die uitspraak. Daarbij geeft hij in overweging dat de Ondernemingskamer geen oordeel heeft gegeven over de vraag of de werkgever de aanvullende bijdrage moet betalen.

**Het vervelende is dat de procedure bij de Ondernemingskamer veel sneller ging dan die bij de kantonrechter**

Hieruit blijkt wederom dat het leven van een bestuurder van het pensioenfonds niet gemakkelijk is. Deze bestuurder had inmiddels al begrepen dat het van belang was om vast te stellen of Unisys die aanvullende bijdrage moest betalen. Op 31 maart 2010 heeft het pensioenfonds Unisys gedagvaard. Het vervelende is alleen dat de procedure bij de Ondernemingskamer veel sneller ging dan die bij de kantonrechter. De Ondernemingskamer heeft al op 24 juni 2011 een oordeel gegeven over het besluit om per 1 januari 2011 geen toeslag te verlenen. Als de kantonrechter zijn vonnis op 16 januari 2011 had gewezen in plaats van op 16 januari 2012, had het bestuur op basis van deze uitspraak precies geweten hoeveel middelen er beschikbaar waren voor het toekennen van toeslagen. Dan was de procedure bij de Ondernemingskamer waarschijnlijk niet eens nodig geweest.

## ■ HAVILTEX

Het pensioenfonds baseert zijn vordering op nakoming van de financieringsovereenkomst. Partijen ge-

ven echter een verschillende uitleg aan die overeenkomst. Volgens Unisys hebben partijen beoogd om de pensioenwetgeving in de financieringsovereenkomst te incorporeren, inclusief de niet-dwingendrechtelijke bepalingen, zoals art. 140 PW. Dat artikel bepaalt dat een herstelperiode van drie jaar van toepassing is. Daar tegenover stelt het pensioenfonds dat versoepeling van de wetgeving – zoals het toestaan van een hersteltermijn van drie jaar – niet automatisch betekent dat die versoepeling ook tussen partijen geldt. De kantonrechter is het hiermee eens. Er kan dan ook niet worden geconcludeerd dat partijen hebben beoogd om een hersteltermijn van drie jaar te hanteren, die op grond van de Pensioenwet is toegestaan. De discussie over het incorporeren van de Pensioenwet in de uitvoeringsovereenkomst heeft bij meerdere pensioenfondsen gespeeld. Veel werkgevers wilden gebruikmaken van het gunstiger regime onder de Pensioenwet om te werken met een kortetermijnherstelplan van drie in plaats van één jaar. Als partijen hier gebruik van willen maken, dienen ze dat overeen te komen in een nieuwe uitvoeringsovereenkomst. Blijft de bestaande uitvoeringsovereenkomst van kracht, dan blijven uiteraard ook de daarin opgenomen (oude) regelingen van kracht.

## Het is niet eenvoudig om toekomstige wijzigingen van de Pensioenwet in de uitvoeringsovereenkomst te incorporeren

Het is niet eenvoudig om toekomstige wijzigingen van de Pensioenwet in de uitvoeringsovereenkomst te incorporeren, vooral omdat onbekend is welke wijzigingen zullen worden doorgevoerd. Naar aanleiding van deze uitspraak ben ik dan ook van mening dat pensioenfondsen en werkgevers steeds na elke wetswijziging moeten vaststellen of het wenselijk is om de uitvoeringsovereenkomst aan te passen. Het lijkt mij niet onredelijk om daarom in de uitvoeringsovereenkomst steeds op te nemen dat deze mag worden beëindigd en/of gewijzigd bij elke wijziging van relevante wetgeving die van invloed is op de uitvoeringsovereenkomst. Op die basis kunnen werkgevers en pensioenfondsen dan steeds onderhandelen op welke wijze ze in de uitvoeringsovereenkomst invulling willen geven aan de nieuwe wetgeving.

### ■ REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

De kantonrechter gaat uitgebreid in op de in de financieringsovereenkomst opgenomen mogelijkheid van premiekorting. Unisys stelt dat vanwege de wijziging van de Pensioenwet de kans op premiekorting kleiner is geworden. Ook wordt een vergelijking gemaakt van de bedragen die Unisys enerzijds teruggestort heeft gekregen en anderzijds extra moet betalen. De kantonrechter is in verband hiermee het volgende van mening:

‘Met Unisys wordt geoordeeld dat het evenwicht van de financieringsovereenkomst is verstoord, nu de kortingsregeling in nauw verband staat met de bijstortingsregeling.’

## Als partijen de korting of de bijstorting hadden willen maximaliseren, hadden ze dat in de overeenkomst kunnen opnemen

Deze overweging verbaast mij. In een uitvoeringsovereenkomst worden kortings- en bijstortingsregelingen doorgaans opgenomen voor extreme situaties. Bij (grote) overschotten vindt een terugstorting plaats en bij tekorten moet worden bijgestort. Daarbij wordt niet beoogd dat het bedrag van de bijstortingen vergelijkbaar moet zijn met het bedrag van de terugstortingen. Als er sprake is van een tekort moet Unisys bijbetalen. Is er sprake van een overschot, dan krijgt Unisys geld terug. Krijgt Unisys meer geld terug dan het moet betalen, dan is dat een voordeel voor Unisys. Als Unisys meer moet betalen dan het terugkrijgt, is dat een nadeel voor Unisys. Dat is eenvoudigweg het gevolg van de risicoverdeling. Als partijen de korting of de bijstorting hadden willen maximaliseren, hadden ze dat in de overeenkomst kunnen opnemen.

Verder wordt geconcludeerd dat de crisis van eind 2008 van ongekende omvang was en hevige gevolgen had voor de pensioenlasten. Daarna concludeert de kantonrechter dat in het licht van de resultaten van Unisys de eenmalige bijdrage van € 32 miljoen onacceptabel hoog is. Aangegeven wordt dat het eigen vermogen van Unisys eind 2008 € 35,3 miljoen bedroeg en dat, wanneer Unisys de € 32 miljoen volledig zou moeten betalen, dit zou resulteren in een verlies over 2008 van € 3 miljoen. Over 2009 zou er een verlies zijn van € 2,3 miljoen.

Vervolgens wordt ingegaan op de berekening van Mercer. Deze heeft berekend dat bij het hanteren van een hersteltermijn van drie jaar een premie van € 12,3 miljoen verschuldigd zou zijn. Tot slot concludeert de kantonrechter dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248, lid 2 BW) onaanvaardbaar is dat het pensioenfonds onverkort aanspraak maakt op betaling van een aanvullende premie van € 32 miljoen, uitgaande van de in de financieringsovereenkomst opgenomen korte hersteltermijn van één jaar. Daarna oordeelt de kantonrechter dat de aanvullende eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat in de gegeven omstandigheden de bijstortingsregeling in die zin wordt aangevuld dat per 31 december 2008 de herstelperiode van drie jaar wordt toegepast. Unisys heeft reeds het bedrag van € 12,3 miljoen betaald. De vordering van het pensioenfonds tot betaling van de resterende twintig miljoen wordt afgewezen. Daar sta je dan als bestuur van het pensioenfonds: eerst gebeten door de hond (de deelnemersraad) en nu door de kat (de werkgever).

## ■ OPMERKELIJK

De uitspraak is in een aantal opzichten opmerkelijk. In Tekst en Commentaar is aangegeven dat de rechter bij toepassing van art. 6:248, lid 2 BW de nodige terughoudendheid moet betrachten (marginale toetsing).<sup>1</sup> De rechter moet dus niet oordelen of er sprake is van een evenwichtige overeenkomst, maar of het toepassen ervan voor een van beide partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In Asser/Hartkamp is in dat verband nog het volgende opgemerkt: 'Bovendien geldt dat als het aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten te beslissen, of tussen de prestaties over en weer een (approximatieve) equivalentie bestaat, dit een onuitputtelijke bron van chicanes kan opleveren.'<sup>2</sup> Of er sprake was van een evenwichtige financieringsovereenkomst was dus niet van belang. Het was uitsluitend van belang om vast te stellen of de betaling van de aanvullende premie van € 32 miljoen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij is een beroep gedaan op de financiële omstandigheden van Unisys.

In de zaak van de Vereniging van Oud-Medewerkers ECN en NRG tegen Stichting Energieonderzoekscen- trum Nederland en enige andere partijen werd ook een beroep gedaan op het financieel belang van ECN en NRG. Hof Amsterdam heeft in die zaak het beroep op de financiële omstandigheden afgewezen. Ook in de zaak van 9 oktober 2009 wordt een beroep gedaan op financiële omstandigheden.<sup>3</sup> Daarin overwegen de kantonrechters: 'Hierbij nemen de kantonrechters in aanmerking dat ABN AMRO weliswaar ernstige gevolgen van de kredietcrisis ondervindt, doch dat de crisis niet een zodanig effect op de bedrijfseconomi- sche of financiële positie van de bank heeft gehad dat voor de instandhouding van haar onderneming moet worden gevreesd.'

Naar mijn mening is dit het criterium waaraan moet worden getoetst als een beroep op art. 6:248, lid 2 BW wordt gedaan. In de zaak Unisys wordt echter uitsluitend vermeld dat bij betaling van het bedrag van € 32 miljoen er in 2008 sprake zou zijn van een verlies van € 3 miljoen bij een omzet van € 104 miljoen en in 2009 een verlies van € 2,3 miljoen bij een omzet van € 70 miljoen. Er wordt niet opgemerkt dat voor de instandhouding van Unisys moet worden gevreesd. Evenmin wordt aangegeven dat er bij genoemde verliezen sprake is van een dreigend faillissement. En van gedwongen ontslagen lijkt ook al geen sprake. Het lijkt er derhalve op dat Unisys het bedrag van € 32 miljoen, hoe fors ook, best had kunnen betalen. Derhalve vraag ik mij af of de kanton- rechter terecht heeft geoordeeld dat het naar maat- staven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het pensioenfonds aanspraak maakt op genoemde betaling.

De kantonrechter heeft verder overwogen dat de aan- vullende eisen van redelijkheid en billijkheid mee- brengen dat een herstelperiode van drie jaar wordt toegepast. Daarmee brengt hij het pensioenfonds van de regen in de drup. Het is de vraag of hij daarmee niet iets te kort door de bocht is gegaan. Hij stelt nu

immers dat in die situatie slechts een bedrag van € 12,3 miljoen verschuldigd is. Als echter wordt uit- gegaan van een herstelperiode van drie jaar, dienen partijen – lees: pensioenfonds en Unisys – niet alleen te bepalen welk bedrag in jaar 1, maar ook welk be- drag in jaar 2 en 3 moet worden betaald. Dat is nu vol- strekt onduidelijk.

### Hoger beroep

Als er hoger beroep wordt ingesteld en eventueel cas- satie, zullen Hof Amsterdam en de Hoge Raad moe- ten oordelen of in dit geval art. 6:248, lid 2 BW op een juiste wijze is toegepast. Als het oordeel van de kantonrechter juist is, zet dat wel de deur open naar menige procedure. Veel werkgevers zullen zich dan op het standpunt stellen dat de extra bijdrage die op grond van de uitvoeringsovereenkomst moet worden betaald, excessief hoog is en dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het pensioenfonds aanspraak maakt op een dergelij- ke betaling. Daarbij hoeven deze werkgevers dan niet aan te tonen dat er bij betaling sprake is van een dreig- end faillissement.

## Als het oordeel van de kanton- rechter juist is, zet dat de deur open naar menige procedure

Ik heb in de krant gelezen dat het pensioenfonds nu overweegt om de aanspraken van de deelnemers te korten. Korten is echter een ultimum remedium; er mag slechts worden gekort als alle overige mogelijk- heden uitgeput zijn. Gezien het bovenstaande valt er nog wel wat af te dingen op het vonnis van de kan- tonrechter. Ik denk dat het bestuur daarom wel ver- plicht is om hoger beroep tegen dit vonnis in te stel- len. Want anders begint zo meteen die hond waarschijnlijk weer te grommen – lees: de deelne- mersraad – en die wesp weer irritant te zoemen – lees: DNB.

## ■ CONCLUSIE

Als bestuurder van een pensioenfonds kun je het nooit goed doen. Wat kunnen we verder leren van deze uit- spraak? Het is wenselijk dat op zo kort mogelijke ter- mijn duidelijkheid bestaat over de verplichtingen van de werkgever op basis van de uitvoeringsovereen- komst. Het is de vraag of een procedure bij de kanton- rechter, die bijna twee jaar in beslag neemt, daarvoor de meest aangewezen weg is. Misschien is een spoed- arbitrage wel wenselijker. Verder kan de toepassing van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW leiden tot verrassende uitkomsten, inclusief uitkom- sten die weer veel vraagtekens oproepen. ●

1 Valk 2009 (T&C BW), art. 6:248 BW, aant. 4.

2 Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III/2010, nr. 55.

3 LJN: BK 0224 Sector Kanton, Rechtbank Utrecht.