

De achtergestelde lening als middel voor financieel herstel van pensioenfondsen – recente jurisprudentie

*Mr. C.P.R.M. Dekker**

Inleiding

Als gevolg van de financiële crisis voldeed de financiële positie van ongeveer 340 pensioenfondsen niet meer aan de eisen voor een minimum vereist eigen vermogen, zoals dat door artikel 131 Pensioenwet (PW)¹ wordt geëist. In dat geval dient een pensioenfonds een kortetermijnherstelplan in te dienen, gericht op verbetering van de financiële positie tot het niveau vereist door artikel 131 PW binnen drie jaar. Als de financiële positie van een pensioenfonds niet meer voldoet aan de eisen van het minimum vereist eigen vermogen, voldoet het pensioenfonds evenmin aan de eisen van het vereist eigen vermogen van artikel 132 PW, waardoor het pensioenfonds verplicht is om, naast een kortetermijnherstelplan, tevens een langetermijnherstelplan in te dienen, gericht op herstel tot het niveau vereist door artikel 132 PW.

Bij herstel naar de vereiste niveaus van de financiële positie beschikt het pensioenfonds over een aantal sturingsmiddelen dat het kan inzetten, zoals afzien van indexatie en premieverhoging. Ondernemingspensioenfondsen kunnen, naast de hiervoor genoemde sturingsmiddelen, ook financiële steun krijgen van de bijdragende onderneming, welke financiële steun op verschillende manieren kan worden vormgegeven. Naast eenmalige 'herstelpremies' is het verstrekken van een achtergestelde lening een andere vorm waarop deze financiële steun verstrekt kan worden. Op 14 maart 2011 heeft de bestuursrechter van de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in een geschil tussen het pensioenfonds SdB (hierna: Pensioenfonds), Super de Boer Supermarkten (hierna: SdB) als bijdragende onderneming en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB).²

In deze procedure heeft de rechter een oordeel moeten geven over de vraag of de lening van SdB aan het Pensioenfonds kwalificeerde als achtergestelde lening in de zin van de PW en het Besluit Financieel Toetsingskader (hierna: Besluit FTK)³ als gevolg waarvan het Pensioenfonds deze lening zou mogen meetellen bij het eigen vermogen. Reden genoeg om deze uitspraak op het onderdeel van de achtergestelde lening nader te analyseren. Na een overzicht van het wettelijk kader en een overzicht van de feiten zal nader worden ingegaan op de overwegingen van de rechter. De bijdrage zal eindigen met een conclusie.

Het wettelijk kader

Alvorens nader in te gaan op de casus en de overwegingen van de rechter, is het eerst van belang om de positie van een achtergestelde lening in het kader van financieel herstel van pensioenfondsen nader te belichten.

Onderdekking en reservetekort

Een pensioenfonds dient te beschikken over een eigen vermogen. De minimumpositie van dit eigen vermogen wordt vastgesteld aan de hand van artikel 131 PW en de artikelen 5 tot en met 12 Besluit FTK. Als vuistregel kan worden aangehouden dat het minimum vereist eigen vermogen gelijk is aan 5% van de voorziening voor pensioenverplichtingen (het minimum vereist eigen vermogen komt overeen met een dekkingsgraad van 105%, hoewel de term dekkingsgraad niet door de PW wordt gebruikt. De dekkingsgraad is gelijk aan de bezittingen van het pensioenfonds gedeeld door de verplichtingen van het pensioenfonds, beide gewaardeerd op marktwaarde). Het vereist eigen vermogen wordt vastgesteld aan de hand van artikel 132 PW en de artikelen 5 tot en met 12 Besluit FTK. Het vereist eigen vermogen stelt het pensioenfonds in staat om schokken op de financiële markten op te vangen en om indexatie van pensioenaanspraken en pensioenrechten mo-

* Mr. C.P.R.M. Dekker is werkzaam als senior associate pensioenrecht bij Clifford Chance te Amsterdam.

1. Wet van 7 december 2006, Stb. 2006, 705, houdende regels betreffende pensioenen, zoals deze wet laatstelijk is gewijzigd bij wet van 18 juli 2009, Stb. 327.
2. Rb. Rotterdam 14 maart 2011, LJN BP7721.

3. Besluit van 18 december 2006, Stb. 710, houdende regels met betrekking tot het financiële toetsingskader op grond van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregelingen, zoals dit besluit is gewijzigd bij Besluit van 20 december 2007, Stb. 572.

gelijk te maken. In de regel is het vereist eigen vermogen gelijk aan 25% tot 30% van de voorziening voor pensioenverplichtingen (dit komt overeen met een dekkingsgraad van 125% of 130%), maar wordt afgestemd op het risicoprofiel van het pensioenfonds, zodat het vereist eigen vermogen hoger of lager kan zijn dan de genoemde 25% tot 30%.

Als een pensioenfonds wel voldoet aan de eisen van artikel 131 PW, maar niet meer aan de eisen van artikel 132 PW, omdat het eigen vermogen groter is dan het minimum vereist eigen vermogen maar minder dan het vereist eigen vermogen, dan is sprake van een reservetekort en is het pensioenfonds, ex artikel 138 PW, verplicht om een langetermijnherstelplan bij DNB in te dienen. Een dergelijk langetermijnherstelplan ziet op herstel van de financiële positie van het pensioenfonds tot het niveau van het vereist eigen vermogen binnen een periode van vijftien jaar.

Voldoet een pensioenfonds niet meer aan de eisen van artikel 131 PW, dus bedraagt het eigen vermogen minder dan het minimum vereist eigen vermogen, dan is sprake van onderdekking, in welk geval het pensioenfonds ex artikel 140 PW een kortetermijnherstelplan bij DNB moet indienen. Een dergelijk kortetermijnherstelplan ziet op herstel van de financiële positie tot het niveau van het minimum vereist eigen vermogen binnen een periode van drie jaar. Opgemerkt wordt dat ex artikel 142 PW de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid na overleg met DNB kan besluiten om de korte- en langetermijnhersteltermijnen te verlengen. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt tijdens de financiële crisis van 2008-2009, toen de kortetermijnherstelperiode werd verlengd naar vijf jaar.

Achtergestelde leningen

Een van de mogelijkheden waarmee een onderneming kan bijdragen in het herstel van een (ondernemings)pensioenfonds is door het verstrekken van een achtergestelde lening aan het pensioenfonds.

Artikel 5 lid 1 onder e Besluit FTK staat toe dat een aan een pensioenfonds verstrekte achtergestelde lening wordt meegeteld bij de bepaling van het eigen vermogen van een pensioenfonds. Artikel 5 lid 1 onder e Besluit FTK is nader uitgewerkt in artikel 8 Besluit FTK, welk artikel nadere eisen stelt aan de hoogte van het deel van de achtergestelde lening dat tot het eigen vermogen mag worden gerekend en aan de eisen die worden gesteld aan de leningsovereenkomst.

Wil een pensioenfonds een achtergestelde lening tot het vermogen rekenen, dan dient de achtergestelde lening ex artikel 8 Besluit FTK te voldoen aan de volgende voorwaarden. Allereerst geldt op grond van artikel 8 lid 3 Besluit FTK dat de achtergestelde lening alleen mag worden meegeteld voor zover er bedragen zijn gestort. Dit artikellid speelt een belangrijke rol in de hierna te bespreken uitspraak. Kent de achtergestelde lening een vaste looptijd, dan geldt ex artikel 8 lid 4 Besluit

FTK dat de lening alleen tot het eigen vermogen mag worden gerekend als de looptijd van de lening ten minste vijf jaar bedraagt. Kent de achtergestelde lening daarentegen geen vaste looptijd, dan mag ex artikel 8 lid 5 Besluit FTK de lening tot het eigen vermogen worden gerekend als de lening wordt of zal worden afgelost met een opzegtermijn van ten minste vijf jaar of na verkregen toestemming van DNB. Artikel 8 lid 6 Besluit FTK bepaalt ten slotte dat de leningsovereenkomst geen bepaling mag bevatten op grond waarvan de achtergestelde lening voor het einde van de looptijd, anders dan bij liquidatie van het pensioenfonds, wordt afgelost.

De uitspraak

De feiten

Het Pensioenfonds was, net als zoveel andere pensioenfonds, door de crisis in een situatie van onderdekking terechtgekomen en moest diensgevolge een korte- en langetermijnherstelplan indienen. Het Pensioenfonds diende de herstelplannen in voor 1 april 2009, de door DNB gestelde deadline, maar de uitvoering van de herstelplannen kwam op losse schroeven te staan toen SdB de uitvoeringsovereenkomst met het Pensioenfonds opzegde. Hierdoor kwam de medewerking van SdB bij het herstel van het Pensioenfonds te vervallen, wat voor DNB aanleiding was om de herstelplannen af te keuren.

Uiteindelijk wordt de discussie over de opgezegde uitvoeringsovereenkomst tot tevredenheid van SdB en het Pensioenfonds afgerond, omdat beide overeenstemming bereiken over de herstelplannen en de medewerking van SdB aan de uitwerking van de herstelplannen. De medewerking van SdB komt erop neer dat SdB aan het Pensioenfonds twee achtergestelde leningen, elk groot € 5 miljoen, zal verstrekken, hetgeen wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, een geldleningsovereenkomst en een overeenkomst van achtergestelde geldlening.

Uit het feitencomplex bij de uitspraak volgt dat de oplossing tussen SdB en het Pensioenfonds de samenwerking tussen SdB en het Pensioenfonds als volgt heeft vormgegeven. In overweging 2.8 van de uitspraak wordt verwezen naar een renteverplichting die SdB tot 2020 jegens het Pensioenfonds heeft. Deze renteverplichting is ontstaan omdat SdB het totaalbedrag van € 10 miljoen leent van het Pensioenfonds. SdB stelt dit bedrag vervolgens beschikbaar als achtergestelde lening aan het Pensioenfonds. Aldus ontstaat er een situatie waarbij het Pensioenfonds een vordering heeft op SdB voor wat betreft het geleende bedrag van € 10 miljoen, welke vordering niet eerder opeisbaar is dan in 2020, zelfs niet indien het Pensioenfonds voor 2020 wordt geliquideerd, terwijl SdB een vordering heeft op het Pensioenfonds voor hetzelfde bedrag uit hoofde van de achtergestelde lening. Hoe en wanneer deze achtergestelde lening moet worden afgelost blijkt niet uit de uitspraak, maar de meest voor de hand liggende oplossing is dat dit door middel van verrekening zal gebeuren. Hoewel dit niet uit de feiten blijkt, zal de rente die SdB aan het Pensioenfonds moet betalen hoger liggen dan de rente die het Pen-

sioenfonds aan SdB moet betalen, zodat de *spread* ten gunste van het Pensioenfonds komt.

Aan de vermogenspositie van zowel SdB als het Pensioenfonds verandert de gekozen constructie echter niets, omdat het bedrag van € 10 miljoen door dit kasronde niet ten gunste komt van het Pensioenfonds.

Mag de achtergestelde lening tot het eigen vermogen worden gerekend?

Het Pensioenfonds stelt zich op het standpunt dat de achtergestelde lening van € 10 miljoen tot het eigen vermogen van het Pensioenfonds mag worden gerekend. DNB stelt zich op het standpunt dat de leningen niet voldoen aan het gestelde in de artikelen 8 lid 3 Besluit FTK juncto artikel 8 lid 1 Besluit FTK, welk standpunt door de rechter terecht wordt overgenomen.

Als in het kader van een bijdrage aan het herstel van de financiële positie van een pensioenfonds aan het pensioenfonds een achtergestelde lening wordt verstrekt, dan dient een dergelijke achtergestelde lening een bijdrage te leveren aan het herstel van de financiële positie. In zoverre bestaat er nauwelijks een materieel verschil tussen een achtergestelde lening en een premieverhoging die, als onderdeel van financieel herstel, wordt doorgevoerd; ook deze premie moet effect hebben op het financiële herstel van een pensioenfonds.

De hiervoor beschreven constructie had tot gevolg dat het Pensioenfonds niet direct de beschikking kreeg over de achtergestelde lening, waardoor het bedrag van € 10 miljoen geen enkel effect had op het herstel van het Pensioenfonds. Dit was niet in overeenstemming met de eis van artikel 8 lid 3 Besluit FTK, dat een achtergestelde lening alleen tot het eigen vermogen mag worden gerekend als er bedragen zijn gestort. Het begrip 'gestort' dient derhalve zo te worden uitgelegd dat het vermogen van het pensioenfonds moet toenemen met het bedrag van de achtergestelde lening. Vanuit deze optiek is het terecht dat het argument van het Pensioenfonds werd afgewezen.

Ook de omstandigheid dat het Pensioenfonds niet eerder dan in 2020 over het bedrag van € 10 miljoen kan beschikken, zelfs niet in geval van liquidatie, werd door de rechter, die daarmee het argument van DNB volgde, als strijdig met artikel 8 lid 1 Besluit FTK gezien. Door liquidatie van het Pensioenfonds uit te sluiten als grond voor het Pensioenfonds om over het bedrag van € 10 miljoen te beschikken, zou het gevolg zijn dat het Pensioenfonds gekorte aanspraken zou moeten overdragen aan de nieuwe uitvoerder.

Een laatste aspect van de constructie tussen SdB en het Pensioenfonds dat geen goedkeuring kreeg van DNB, was de omstandigheid dat in een addendum op de leningsovereenkomst SdB en het Pensioenfonds waren overeengekomen dat indien het Pensioenfonds tijdens de looptijd van de achter-

gestelde lening over zou gaan tot winstdeling en/of toeslagverlening, SdB een evenredig deel zou krijgen, waarmee SdB haar schuld aan het Pensioenfonds kon verminderen. Dit werd als strijdig gezien met artikel 8 lid 6 Besluit FTK, op grond waarvan een leningsovereenkomst geen bepalingen mag bevatten die aflossing van de achtergestelde lening voor de einddatum mogelijk maken. De rechter komt hier redelijk snel tot de conclusie dat deze bepaling strijdig is met artikel 8 lid 6 Besluit FTK. Dit artikel ziet op de aflossing van de achtergestelde lening voor het verstrijken van de looptijd van de achtergestelde lening anders dan door liquidatie. Toegepast op de beschreven constructie zou dit betekenen dat artikel 8 lid 6 Besluit FTK ziet op de aflossing door het Pensioenfonds. Vermoedelijk zou de constructie zijn dat de aflossing door SdB van haar lening van het Pensioenfonds tevens zou leiden tot een aflossing door het Pensioenfonds van een deel van de achtergestelde lening. In dat geval is de overweging van de rechter volkomen terecht.

Conclusie

De uitspraak van de rechter is voor de belangrijkste onderdelen duidelijk. Een achtergestelde lening moet bijdragen aan het herstel van het Pensioenfonds en dat kan alleen als het bedrag van de lening wordt 'gestort'. Dit moet aldus worden begrepen, dat er een betaling moet plaatsvinden aan het pensioenfonds. Constructies zoals hiervoor beschreven zijn boeiend om te bedenken en om uit te werken, maar moeten wel het door partijen beoogde effect hebben. Het lijkt erop dat in deze situatie partijen voorbij zijn gegaan aan de 'tick the box'-oefening die in artikel 8 Besluit FTK is opgenomen, zeker wat betreft de inhoud van de vereiste documenten. Het hebben gedaan van deze 'tick the box'-oefening zou overigens niet tot gevolg hebben gehad dat de achtergestelde lening tot het vermogen van het Pensioenfonds mocht worden gerekend, omdat het ook dan geen effect had op het herstel van de financiële positie van het Pensioenfonds.