

MR. E.A.M. BERGAMIN

Een ‘onbezorgd pensioen’ zonder tussenkomst van een rechter

Werkelijkheid of utopie?

Genieten van een onbezorgd pensioen, uw pensioen goed geregeld. Dit zijn slechts enkele kreten die aan moeten geven dat een werknemer zich geen zorgen hoeft te maken over zijn pensioen. Betekent deze onbezorgdheid voor de werknemer ook dat de ondernemer zich geen zorgen hoeft te maken? Het antwoord is nee. In deze bijdrage zullen we stilstaan bij een aantal conflicten waarmee een ondernemer geconfronteerd kan worden met als rode draad pensioen.

Een aantal conflictsituaties zal worden beschreven, waarbij blijkt dat een onbezorgd pensioen een utopie is. Pensioenconflicten zijn over het algemeen hardnekkig, langlopend¹ en kunnen leiden tot zeer hoge kosten. Het goed vastleggen van het ‘onbezorgde pensioen’ kan conflicten weliswaar niet altijd voorkomen, maar de kans erop wel aanzienlijk verkleinen en de financiële impact behoorlijk inperken. Deze bijdrage zal een aantal conflictsituaties weergeven in diverse contractuele relaties, alsmede aangeven waarom het in dit geval misging en wat er aan gedaan had kunnen worden. Sommige onderwerpen lijken een ‘open deur’. In onze praktijk komen we echter maar al te vaak situaties tegen waarin de afspraken niet goed zijn vastgelegd en waar het maar ternauwernood goed gaat. *Narrow escapes* derhalve.

Omdat pensioen primair een arbeidsvoorwaarde is, zal ik eerst ingaan op conflicten tussen de werkgever en de werknemer. Indien een werkgever een pensioentoezegging heeft gedaan, is hij verplicht deze

onder te brengen bij hetzij een pensioenfonds, hetzij een verzekeraar. Hierdoor ontstaat een driepartijenrelatie, welke leidt tot complexe geschillen. De uitvoering ‘sec’ door fondsen en verzekeraars is al één grote poel van conflicten. Ik zal er een aantal uitlichten en gedetailleerd beschrijven. Daarnaast kunnen conflicten met derden ontstaan. Te denken is aan de fiscus, de toezichthouder of organen van bijvoorbeeld het pensioenfonds, zoals een deelnemersraad. Kortom, een ruim scala aan mogelijke conflicten en alle met kans op zeer grote financiële consequenties.

Conflicten tussen werkgever en werknemer

Een eerste categorie conflicten die kan worden onderscheiden betreft geschillen tussen werkgever en werknemer. Deze geschillen spelen zich primair af op het gebied van het arbeidsrecht in ruime zin (het pensioen als arbeidsvoorwaarde). Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan geschillen omtrent de uitleg van de pensioentoezegging, de wijziging van de pensioentoezegging (en de pensioenregeling) en omtrent gelijke behandeling bij het doen van een pensioentoezegging. Daarnaast kunnen er allerlei conflicten ontstaan naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen daarvan voor het pensioen van de werknemer. Deze geschillen lijken derhalve op het eerste gezicht eerder arbeidsrechtelijk dan pensioenrechtelijk. Toch behandel ik ze in deze bijdrage omdat veel pensioengeschillen tussen werkgever en werknemer pas ontstaan of

¹ De Belangenvereniging van deelnemers in het Pensioenfonds van Kemira, de Kemioren, heeft bijna tien jaar geprocedeerd en is tot twee keer toe bij de Hoge Raad geweest.

komen bovendien als de arbeidsrechtelijke situatie, al dan niet na een gerechtelijke procedure, duidelijk is. Ook hier speelt de driehoeksverhouding werkgever-werknemer-pensioenuitvoerder een belangrijke rol.

Een voorbeeld van dit laatste biedt een geschil dat voor de kantonrechter te Tilburg heeft gespeeld.² Eiser in dit geschil was een werknemer die met zijn werkgever de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst was overeengekomen. Korte tijd vóór de in de beëindigingsovereenkomst vastgelegde einddatum meldt de werknemer zich echter ziek.

Een jaar na de datum van ziekmelding – de werknemer is inmiddels niet meer in dienst van de werkgever – wordt aan hem een WAO-uitkering toegekend. De werknemer meent vervolgens ook in aanmerking te komen voor arbeidsongeschiktheidspensioen en spreekt de uitvoerder van de regeling, het pensioenfonds, aan. Het pensioenfonds weigert echter, omdat in het pensioenreglement de eis wordt gesteld dat de werknemer bij ingang van de WAO-uitkering actief deelnemer moet zijn in de pensioenregeling van het fonds. Daar de arbeidsovereenkomst reeds is ontbonden, is ook de deelneming in de pensioenregeling gestopt. Voor toepassing van de hardheidsclausule is volgens het pensioenfonds geen plaats. In de procedure die daarop volgt geeft de kantonrechter het pensioenfonds gelijk. De werknemer heeft echter tevens de werkgever gedagvaard. Hij verwijt de werkgever schending van zijn informatieplicht bij het aangaan van de beëindigingsovereenkomst en doet een beroep op dwaling. De rechter honoreert dit beroep niet om een aantal redenen. Ten eerste werd de ziekte van de werknemer in eerste instantie veroorzaakt door de verhoudingen op het werk, zodat de werkgever geen rekening behoefde te houden met langdurige arbeidsongeschiktheid na beëindiging van de arbeidsrelatie. Daarnaast was het thema pensioen in de beëindigingsovereenkomst aan bod gekomen. Het specifieke punt dat onderwerp was van de onderhavige procedure, is daarbij helaas niet aan de orde gesteld; dat was voor de rechter kennelijk niet relevant (genoeg). Tot slot was het zo dat de werknemer deskundige bijstand had genoten tijdens de onderhandelingen over de beëindigingsovereenkomst. Een beroep op dwaling kon derhalve niet door de rechter worden gehonoreerd.

Uit dit laatste door de kantonrechter aangevoerde punt kan worden geconcludeerd dat het aanbeveling

verdient om er als werkgever, in geval van de beëindiging van een arbeidsovereenkomst, bij de betrokken werknemer op aan te dringen zich door een deskundige te laten bijstaan. Indien een werknemer goede juridische bijstand geniet, kan dit veel discussie achteraf voorkomen. Eventueel zou de werkgever (een deel van) de kosten hiervoor kunnen vergoeden. Tevens is het zaak alles zeer goed vast te leggen en te documenteren.

Belangrijker echter is dat een werkgever die meent 'klaar' te zijn met een werknemer, toch nog aangesproken kan worden. De uitspraak van de kantonrechter biedt hiertoe voldoende mogelijkheden. Daarnaast, en dat is in deze zaak niet aan bod geweest, zou het pensioenfonds de claim van de (ex-)deelnemer hebben kunnen honoreren en de kosten kunnen verhalen op de werkgever op grond van de tussen beide partijen gesloten financieringsovereenkomst. In deze overeenkomst is doorgaans bepaald dat de werkgever een opgave- en informatieplicht heeft jegens het fonds. Het lijkt in deze casus of de werkgever zijn informatieplicht jegens het fonds niet is nagekomen.

Conflicten bij de uitvoering van de pensioenregeling

Een werkgever is verplicht om ter uitvoering van de door hem gedane pensioentoezegging, een overeenkomst te sluiten met een pensioenuitvoerder: een pensioenfonds dan wel een verzekeraar (artikel 2 lid 1 Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW)). Door de onderbrenging van de toezegging bij een pensioenuitvoerder ontstaat een driepartijenverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder. De werkgever doet de werknemer een pensioentoezegging, ter uitvoering daarvan sluit hij een overeenkomst ten aanzien van de financiering van de pensioenregeling met een pensioenuitvoerder. Bij uitvoering door een pensioenfonds wordt de werknemer vervolgens deelnemer in het fonds, waarbij de wederzijdse rechten en verplichtingen zijn vastgelegd in de statuten en reglementen van het fonds. Zoals hierboven reeds is opgemerkt is deze driepartijenverhouding een grote bron van mogelijke conflicten. Te denken valt aan onenigheid over de betaling en de hoogte van de premies, het recht op uitkering en de hoogte daarvan, het al dan niet verlenen van toeslagen en indexaties, gelijke behandeling van de deelnemers bij en de verdeling van de overschotten in het fonds of – actueler – juist de aanzuivering van de

² Kantonrechter Tilburg 4 juni 2003, *PJ* 2003/98.

tekorten. Met name dit laatste is anno 2004 een bron van conflicten. Daarover later meer.

Door het feit dat ten gevolge van wettelijke voorschriften een driepartijen-relatie ontstaat, is het voor betrokkenen niet altijd duidelijk bij wie men terecht moet met een claim.

Een voorbeeld van een geschil ten aanzien van de uitvoering van een pensioenregeling, waarbij de onderneming/werkgever zelf géén partij is, biedt de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in de Protectorzaak.³ In deze zaak had de deelnemersraad, het op de Pensioen- en spaarfondsenwet gebaseerde medezeggenschapsorgaan van deelnemers in een pensioenfonds, beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. Het ging de deelnemersraad om de vraag, of het pensioenfonds gerechtigd was in enig jaar geen indexering toe te kennen op de ingegane pensioenen, ondanks het feit dat dit jarenlang wel was gebeurd. Het toepasselijke pensioenreglement ging weliswaar uit van een voorwaardelijke indexering, maar de deelnemersraad betoogde dat er bij de gepensioneerden een gerechtvaardigd vertrouwen was ontstaan, waardoor het bestuur van het pensioenfonds niet het recht had om af te wijken van hetgeen jarenlang gebruik was geweest. De Ondernemingskamer kwam in deze zaak tot de conclusie, dat er geen juridisch afdwingbare verplichting voor het pensioenfonds bestond om toeslagen toe te kennen. Evenmin had er een bestendige gedragslijn bestaan die had geleid tot in redelijkheid te honoreren verwachtingen. Echter, op de motivering van de beslissing van het pensioenfonds viel volgens de Ondernemingskamer wel het één en ander af te dingen. Aangezien de beslissing van het bestuur van het fonds onvoldoende gemotiveerd was en het gevoerde indexeringsbeleid niet inzichtelijk was gemaakt, is de conclusie van de Ondernemingskamer dat het pensioenfonds niet in redelijkheid tot de door hem genomen beslissing heeft kunnen komen.

Het gevolg van deze zaak is dat het Pensioenfonds toch tot indexering van de premievrije en ingegane pensioenrechten moest overgaan. Als in een dergelijke situatie in het fonds echter niet voldoende middelen aanwezig zijn, kan het fonds in beginsel niet veel meer dan de sponsor van het fonds, de werkgever, aanspreken op grond van zijn verplichtingen uit

de financieringsovereenkomst. Het is uiteraard sterk afhankelijk van het bepaalde in deze overeenkomst, of de sponsor ook daadwerkelijk moet betalen. Veel overeenkomsten zijn echter niet duidelijk op dit punt. In deze gevallen krijgt de werkgever de rekening gepresenteerd van een verschil van mening tussen deelnemers en bestuur van het fonds. De driepartijen-relatie raakt dus *alle* betrokken partijen, maar, behoudens goed vastgelegde afspraken, er is er uiteindelijk één die de rekening betaalt: de onderneming!

Uit de Protector-zaak blijkt ook dat de informatievoorziening richting de deelnemers in een pensioenregeling uiterst belangrijk is. Naast het feit dat door een onzorgvuldige of onjuiste informatieverschaffing van het pensioenfonds of de werkgever verplichtingen of aansprakelijkheden kunnen ontstaan jegens de deelnemers, kan een goede informatieverschaffing tevens conflicten bij de uitvoering van de regeling voorkomen. De deelnemers weten dan waar zij aan toe zijn. Op een groot aantal punten bestaan reeds wettelijke verplichtingen voor pensioenfondsen tot het verschaffen van informatie aan hun werknemers c.q. deelnemers (zie bijvoorbeeld artikel 17 PSW). In de komende wetgeving, met name de opvolger van de huidige PSW, de Pensioenwet, die naar verwachting in 2006 in werking zal treden⁴, is deze verplichting nog uitgebreider. Vaak wordt bijvoorbeeld het in de Protector-zaak bedoelde indexatiebeleid vastgelegd in andere documenten dan waar het thuishoort. Strikt juridisch genomen hoort het indexatiebeleid of -voornemen thuis in het pensioenreglement van het pensioenfonds. Geregeld worden echter afspraken omtrent indexatie vastgelegd in een CAO. Het is dan ook niet zo verwonderlijk dat naast het pensioenfonds vaak ook de werkgever aangesproken wordt in geval van een geschil.

Een ander conflict dat niet tot een rechtszaak is gekomen, maar wel breed is uitgemeten in de pers, betreft een vermeende terugstorting door het pensioenfonds in de kas van de onderneming.⁵ Een groep ex-werknemers eiste dat de werkgever een (fors) bedrag over zou maken in de kas van het pensioenfonds, omdat het fonds overwinsten in het fonds had afgeroomd en door middel van een premieverlaging en een terugstorting aan de werkgever ten goede had laten komen. In de financieringsovereen-

³ Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2002, *PJ* 2002/97.

⁴ Het wetsvoorstel voor deze wet, de Pensioenwet, is nog niet ingediend. Teksten die wel al bekend zijn, geven een significante uitbreiding te zien van informatieverplichting van fonds en werkgever jegens deelnemers.

⁵ *Het Financieele Dagblad*, 2 september 2002; de beschrijving van de casus is uitsluitend op gegevens in de pers gebaseerd.

komst waren kennelijk afspraken gemaakt over dergelijke terugstortingen. Het staat partijen (in casu: pensioenfonds en sponsor/werkgever) uiteraard vrij om dergelijke afspraken te maken, hetgeen in de praktijk ook veelvuldig is gebeurd. Werknemers c.q. deelnemers in het fonds staan dan ook niet sterk in geval niet veel later de beurs in elkaar klappt en de aanwezige middelen in het pensioenfonds in een keer niet meer toereikend zijn. Zijn de afspraken tussen fonds en sponsor niet waterdicht, dan maken de deelnemers wel degelijk een kans; een potentieel conflict ligt om de hoek!

Conflicten met derden

De fiscus

Geschillen met de fiscus ten aanzien van pensioen, betreffen voor een belangrijk deel de vraag of er sprake is van een fiscaal zuivere pensioenregeling. Indien daarvan sprake is zal de zogenoemde 'omkeerregel' gelden: de pensioenaanspraken worden van belastingheffing vrijgesteld, terwijl de toekomstige pensioenuitkeringen zullen worden belast.

Conflicten tussen onderneming en fiscus blijven voor een groot deel buiten de rechtszaal. Geschillen worden vaak al beslecht in de bezwaarfase, in het kader van bezwaarschriften tegen aanslagen of bij de behandeling van informele verzoeken tot belastingvermindering. Daarnaast vindt vaak vooroverleg plaats met de fiscus, in de fase voor dat aanslagen zijn opgelegd. Hierdoor kan zekerheid worden verkregen omtrent de fiscale gevolgen van voorgenomen handelingen van de onderneming.

Een praktijkvoorbeeld van een conflict met de fiscus waar het toch tot een rechtszaak kwam betreft het 'rentestandskortingarrest' van de Hoge Raad uit 2002.⁶

Het ging hierbij om een conflict ter zake van de winstbepaling met het oog op de heffing van vennootschapsbelasting. De onderneming in kwestie had ten behoeve van haar werknemers bij een verzekeringmaatschappij een pensioenregeling verzekerd waarbij het pensioen was gebaseerd op het laatstverdiende inkomen vóór pensioendatum; een zogenoemde eindloonregeling derhalve. Met de verzekeraar was daarbij in de verzekeringsovereenkomst de afspraak gemaakt dat, indien de feitelijke renteaangroei van het belegde pensioenvermogen hoger zou zijn dan de vooraf vastgestelde rekenrente van 4% (de

'overrente'), een deel van deze overrente ten behoeve van de onderneming zou worden gereserveerd bij de verzekeraar in een zogenaamd rentestandskortingdepot. Indien deze overrente niet in het depot gestort zou worden, dan had de onderneming een korting op de te betalen premie ontvangen vanwege het extra rendement. Vandaar dat het depot rentestandsdepot werd genoemd.

Het tegoeed in het depot bedroeg, op het moment van ontstaan van het geschil, ongeveer € 50.000. Een deel ervan werd gebruikt voor de indexering van twee reeds ingegane pensioenen (hieraan is ongeveer € 2.000 uit het depot toe te rekenen). Het restant zou worden gebruikt om later, na hun ingangsdatum, de pensioenrechten van 34 andere werknemers – thans nog in actieve dienst – te indexeren (de zogenoemde *coming-backservice*; hieraan is ongeveer € 48.000 uit het depot toe te rekenen).

De onderneming had de reeds opgebouwde pensioenaanspraken van de 34 werknemers echter niet geheel aan de verzekeraar betaald (afgefinancierd). Er was derhalve nog sprake van een *backservice*-verplichting. Dat is de verplichting die ontstaat in een eindloonregeling, ten gevolge van een verhoging van het inkomen van de werknemer; door de stijging van het inkomen neemt de pensioenaanspraak toe, ook over de reeds verstreken dienstjaren. Ten tijde van het ontstaan van het geschil mocht de financiering van deze *backservice*-verplichting op basis van de Pensioen- en spaarfondsenwet worden uitgesmeerd over de toekomstige dienstjaren tot aan de pensioendatum. Anno 2004 moet de *backservice* op grond van artikel 7a jo. 9a PSW direct jaarlijks worden afgefinancierd. Het was destijds in overeenstemming met fiscale regels, ingegeven door 'goed koopmansgebruik' om de uit de verhoging van het salaris voortvloeiende verplichtingen wel direct ten laste van de winst te brengen in het jaar van de verhoging. Deze verplichting werd de fiscale *backservice* genoemd. Verzekeraars verstrekten destijds keurig een opgave van de hoogte van het bedrag aan fiscale *backservice*. Op de fiscale balans van de onderneming in de thans besproken casus stond een *backservice*-voorziening van € 130.000.

Het geschil dat ontstond tussen de fiscus en de onderneming betrof de vraag of en zo ja, in hoeverre, het rentestandskortingdepot op de balans van de onderneming diende te worden geactiveerd, aangezien aan de passiefzijde een voorziening voor de fiscale *backservice* was opgenomen. De verzekeraar had overigens aan de onderneming verteld dat een derge-

⁶ Hoge Raad 8 november 2002, PJ 2003/25.

lijke constructie zonder fiscale gevaren zou zijn.

De Hoge Raad beantwoordde deze vraag als volgt. Aangezien de opgebouwde pensioenrechten van de 34 nog actieve werknemers niet volledig waren gefinancierd, dienden de krachtens de pensioenregeling verrichte *coming-backservice*-betalingen (dit waren in feite de stortingen in het rentestandskortingdepot) die betrekking hebben op deze pensioenrechten, in mindering worden gebracht op de *backservice*-voorziening. Dit deel van het depot (in casu € 48.000) kan derhalve uitsluitend buiten de winstbepaling blijven indien en voorzover het depotbedrag groter is dan de fiscale *backservice*. Aangezien in casu de fiscale *backservice* (€ 130.000) groter was dan de omvang van het bedrag uit het rentestandskortingdepot (€ 48.000), moest dit deel van het depot geheel worden geactiveerd. Met andere woorden: de winst van de onderneming werd niet met € 130.000 'afgeroomd' doch met (€ 130.000 minus € 48.000 is) € 82.000.

Hoewel vorenstaande casus technisch wellicht ingewikkeld lijkt, is het goed om te weten dat er vele honderden ondernemingen zijn waar met verzekeraars dergelijke afspraken zijn gemaakt. Deze lopen allen het risico van een claim door de fiscus. Mogelijk is verhaal op de verzekeraar mogelijk als deze aansprakelijk is voor foutieve advisering. Dan is er nóg een conflict!

De toezichthouder: Pensioen- & Verzekeringskamer

Het toezicht van de Pensioen- & Verzekeringskamer op pensioenfondsen is gebaseerd op de Pensioen- en spaarfondsenwet. Zowel ondernemingspensioenfondsen als bedrijfstakpensioenfondsen vallen volgens deze wet onder dit toezicht. De PSW heeft als uitgangspunt dat, indien een werkgever een toezegging omtrent pensioen doet, hij deze toezegging op een aantal wijzen kan uitvoeren. Zo kan hij bijvoorbeeld een ondernemingspensioenfonds aan zijn onderneming verbinden, of zich aansluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds. De PSW en het toezicht van de Pensioen- & Verzekeringskamer komen dus pas in beeld als er een pensioentoezegging is gedaan. De Pensioen- & Verzekeringskamer ziet er op grond van de PSW op toe dat een eenmaal gedane pensioentoezegging ook daadwerkelijk wordt nagekomen. De PSW bevat een aantal bepalingen die daarop zijn gericht. Het toezicht van de Pensioen- & Verzekeringskamer richt zich vooral op de financiële en actuariële opzet van de fondsen en de inhoud van de statuten en reglementen.

Het toezicht betreft in eerste instantie het toezicht op de eisen die de PSW stelt ten aanzien van de organisatie en het beheer van het pensioenfonds en de relatie met de deelnemers. Daarnaast betreft het toezicht op de minimumeisen waaraan pensioenregelingen moeten voldoen volgens de PSW, die zoals gezegd pas in beeld komen als er een toezegging is gedaan. Voorbeelden hiervan zijn non-discriminatie van deeltijdwerkers (artikel 2a PSW), het keuzerecht ten aanzien van ouderdomspensioen en partnerpensioen (artikel 2b PSW), evenredige opbouw en financiering (artikel 7a PSW), de rechten bij beëindiging van de deelneming (artikel 8 leden 1 tot en met 4 PSW) en de gelijke behandeling van slapers bij toelagverlening (artikel 8 leden 5 en 6). Ten aanzien van de inrichting van een pensioenfonds zijn onder andere te noemen het toezicht op de inhoud van de statuten en reglementen (artikel 4 lid 5 en artikel 7 PSW), de samenstelling van het bestuur (artikel 6 PSW), de deskundigheid en integriteit van bestuurders (artikel 5 PSW), de instelling en de bevoegdheden van de deelnemersraad (artikelen 6a t/m 6e PSW) en de informatieverplichting jegens de deelnemers (artikel 17 PSW), de verplichting tot jaarlijkse financiering (artikel 9a PSW), de verplichting tot herfinanciering of risico-overdracht (artikelen 9 en 10 PSW) en de beleggingsvoorschriften (art. 9b PSW). Door middel van met name de laatste voorschriften alsmede op deze voorschriften gepubliceerd beleid ziet de Pensioen- & Verzekeringskamer toe op de financiële en actuariële opzet van pensioenfondsen.

Het instrumentarium dat de Pensioen- & Verzekeringskamer ten dienste staat bij de handhaving van de voorschriften van de PSW is per 1 januari 2000 verbeterd. Belangrijk hierbij zijn vooral de mogelijkheid van de Pensioen- & Verzekeringskamer om een aanwijzing te geven, waaraan binnen de door haar gestelde termijn moet zijn voldaan (artikel 23 PSW), de last onder dwangsom (artikel 23a PSW) en de bestuurlijke boete (artikel 23b PSW).

Juist nu veel pensioenfondsen door met name aanhoudende tegenvallende beursresultaten tekorten kennen is een conflict tussen de bij het pensioenfonds betrokken partijen en de Pensioen- & Verzekeringskamer geen uitzondering. Op grond van aangescherpte regels van de Pensioen- & Verzekeringskamer⁷ worden veel pensioenfondsbesturen gedwongen om gedegen plannen bij de toezichthouder in te dienen waarin het bestuur uitlegt op welke wijze de

⁷ Zie hiertoe o.a. brief van de Pvk van 30 september 2002, kenmerk 3.01/2002-8326.

aanwezige tekorten worden weggewerkt. In veel gevallen klopt het bestuur van het fonds aan bij de sponsor. Als echter de financieringsovereenkomst tussen fonds en sponsor niet duidelijk voorziet in andere betalingen dan de reguliere jaarpremie, is een conflict in de maak. Het fondsbestuur zit dan in een lastige positie: enerzijds moet het bestuur van de Pensioen- & Verzekeringskamer tot het incasseren van additionele premies overgaan, anderzijds zal de sponsorende onderneming niet snel geneigd zijn deze premies te betalen, zeker niet als daar geen duidelijke juridische basis voor is. Omdat dergelijke geschillen veelal door de betrokken partijen niet naar buiten gebracht worden omdat men het eigenlijk een interne aangelegenheid vindt (fonds en sponsor worden als 'één' gezien), zijn er nog geen conflicten bekend die voor de rechter zijn gebracht. Daarnaast betreft het ook een zeer recente ontwikkeling. Op grond van onze praktijk kan ik echter melden dat dergelijke conflicten frequent voorkomen.

Een ander voorbeeld van een conflict dat ontstaat bij de uitoefening van toezicht door de Pensioen- & Verzekeringskamer biedt een procedure die gevoerd is voor de rechtbank Rotterdam tussen een pensioenfonds en de Pensioen- & Verzekeringskamer⁸. Deze zaak speelde omdat de onderneming waaraan het pensioenfonds was verbonden failliet was gegaan. Artikel 1 lid 8 PSW schrijft voor dat indien de onderneming, waaraan een pensioenfonds is verbonden, ophoudt te bestaan, of de verbondenheid wordt beëindigd, het fonds binnen zes maanden dient over te gaan tot het overdragen of herverzekeren van het risico dat voortspuit uit de aangegane pensioenverplichtingen. Het pensioenfonds had echter nagelaten tot herverzekering over te gaan. Na herhaalde malen uitstel te hebben verleend, gaf de Pensioen- & Verzekeringskamer ten slotte een aanwijzing in de zin van artikel 23 PSW, inhoudende dat het fonds binnen een termijn van vier weken diende over te gaan tot herverzekering. Het pensioenfonds maakte daarop, overeenkomstig het bepaalde in de Algemene Wet Bestuursrecht, dat op dergelijke aanwijzingen van toepassing is, bezwaar en ging vervolgens in beroep tegen het door de Pensioen- & Verzekeringskamer genomen besluit. Het hoofdverweer van het fonds was daarbij dat verplichte herverzekering gepaard gaat met hoge administratie- en beleggingskosten,

welk geld op andere wijze in het belang van de deelnemers aangewend zou kunnen worden. De rechtbank honoreert dit verweer niet. Ze is van mening dat de Pensioen- & Verzekeringskamer in redelijkheid het algemene belang van veiligstelling van de pensioenrechten en van handhaving van de wet zwaarder mag laten wegen dan de met herverzekering gemoeide kosten. De rechtbank wijst het beroep van het pensioenfonds dan ook af.⁹

Geschillen met de toezichthouder zijn als zodanig slechts te voorkomen, door een juiste toepassing van de wet en het door de Pensioen- & Verzekeringskamer ontwikkelde beleid. Goed advies vooraf is derhalve van groot belang. Indien nakoming van de wettelijke bepalingen onder bepaalde omstandigheden niet mogelijk is, bestaat voor een groot aantal daarvan de mogelijkheid om, al dan niet tijdelijk, ontheffing te vragen aan de Pensioen- & Verzekeringskamer (artikel 29 PSW).

De deelnemersraad

Het bestuur van een pensioenfonds is verplicht tot het instellen van een deelnemersraad indien ten minste 5% van de deelnemers en gewezen deelnemers hierom verzoeken (artikel 6a PSW). In een deelnemersraad moeten de in het fonds deelnemende werknemers en gepensioneerden evenredig op basis van onderlinge getalsverhouding vertegenwoordigd zijn. De deelnemersraad heeft de bevoegdheid het bestuur te adviseren over in beginsel alle aangelegenheden die het fonds betreffen (artikel 6b lid 1 PSW). Op grond van artikel 6c lid 2 PSW heeft de deelnemersraad een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer. Deze bevoegdheid bestaat indien het bestuur ten onrechte geen advies heeft gevraagd, het genomen besluit niet in overeenstemming is met het advies van de deelnemersraad, of indien na het uitbrengen van het advies feiten en omstandigheden bekend worden, die tot een ander advies zouden hebben geleid. De Ondernemingskamer dient vervolgens na te gaan of het bestuur van het pensioenfonds in redelijkheid tot het genomen besluit heeft kunnen komen. Het betreft derhalve een marginale toetsing door de Ondernemingskamer van het door het bestuur genomen besluit. Indien de deelnemersraad geen beroep instelt, kan het op grond van artikel 6d PSW een klacht indienen bij de Pensioen- & Verzekeringska-

⁸ Arrondissementsrechtbank Rotterdam, 13 mei 2002, *PJ* 2002/65.

⁹ Inmiddels is een initiatief-wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer, dat deze verplichting tot herverzekering doet beëindigen in een aantal situaties. Het fonds in de genoemde uitspraak zou op basis van dit voorstel niet tot herverzekering hoeven over te gaan.

mer, op grond van het feit dat het bestuur met het genomen besluit de belangen van belanghebbenden niet op een evenwichtige wijze heeft behartigd. De Pensioen- & Verzekeringskamer geeft vervolgens binnen twaalf weken een oordeel over deze klacht.

Een voorbeeld van de uitoefening van het beroepsrecht van artikel 6b PSW biedt reeds hierboven genoemde Protectorzaak. De deelnemersraad stelde beroep in bij de Ondernemingskamer na het besluit van het bestuur van het pensioenfonds om in dat jaar geen indexatie toe te kennen, ondanks het advies van de deelnemersraad om dit wel te doen. De Ondernemingskamer was in deze zaak van mening dat het bestuur niet in redelijkheid tot het genomen besluit heeft kunnen komen, aangezien het niet afdoende gemotiveerd was. Het bestuur wordt dan ook verplicht het besluit in te trekken en een nieuw besluit te nemen.

Indien het bestuur van een pensioenfonds steeds advies vraagt aan de deelnemersraad, en het vervolgens genomen besluit, indien dit afwijkt van dat advies, goed motiveert, lijkt een gang naar de rechter voor een groot deel voorkomen te kunnen worden. Het is immers niet de bedoeling dat de deelnemersraad op de stoel van het pensioenfondsbestuur gaat zitten.

Gezien de steeds verder ontwikkelde wet- en regelgeving wordt de beleidsruimte voor het bestuur van een pensioenfonds steeds meer beknot. De dreiging van een deelnemersraad om naar de rechter te stappen indien hij niet zijn zin krijgt (in juridische zin), noopt tot het steeds zuiverder vastleggen van het beleid van het fonds. Tevens noopt het het bestuur om, méér dan vroeger, beslissingen goed te motiveren.

Conclusie

Vorenstaand is slechts een beperkt aantal voorbeelden, recht uit de praktijk, gegeven, waarbij één der bij de pensioenregeling betrokken partijen naar de rechter is gestapt. Zoals in het recht in het alge-

meen, komt slechts een zeer beperkt deel van de conflicten ook daadwerkelijk voor de rechter. Veel conflicten worden veroorzaakt door onjuiste juridische vastlegging in documenten, onjuiste interpretatie van rechten en/of verplichtingen van één der partijen, of door te veel of juist te weinig communicatie. Het goed vastleggen van alle afspraken loont derhalve. Het moge een 'open deur' zijn, in de praktijk van alledag komen we met grote regelmaat tegen dat zaken, die op het oog voor de hand liggen, niet voldoende zijn vastgelegd of gedocumenteerd. Een mogelijke 'conflicten'-tijdbom. Het vorenstaande geldt overigens niet uitsluitend voor pensioenaangelegenheden, doch voor alle gebieden van het recht. Het grote verschil tussen een laten we zeggen 'doorsnee conflict' en een conflict over pensioen, betreft de financiële impact. Een pensioenconflict gaat snel over miljoenen, soms honderden miljoenen euro's. Vide de beschreven claim van een groep deelnemers in het HBG Pensioenfonds; de deelnemers meenden recht te hebben op bedragen, waarvan zij stelden dat de onderneming die ten onrechte van het pensioenfonds teruggestort had gekregen. In de pers werd een bedrag van € 90 miljoen euro genoemd.¹⁰

Kortom: een zorgenvrij pensioen zou mooi zijn. Pensioen geeft echter vaak aanleiding tot heftige discussies en grote conflicten. Goed vastleggen en documenteren, alsmede juist vanwege snelle veranderingen in wetgeving periodiek onderhouden, kunnen leiden tot een aanzienlijk geringere kans op conflicten.

Mr. E.A.M. Bergamin is advocaat bij Loyens & Loeff, team Pensioenen.

¹⁰ Zie *Het Financieele Dagblad*, 2 september 2002.