

Inleidingen voor de Vereniging voor Pensioenrecht op 6 juni 2006
inzake de positie van de gepensioneerde

De positie van gepensioneerden

2006

Sdu *Fiscale & Financiële Uitgevers*

Amersfoort

Grafische vormgeving Bert Arts BNO

Technische realisatie GrafiData Deventer

© 2006, Vereniging voor Pensioenrecht

Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers

Postbus 2511, 3800 GB Amersfoort, tel. (033) 450 15 50, fax (033) 450 15 00.

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

Inhoudsopgave

Afschaffing bijdrage ziektekostenverzekering voor gepensioneerden; makkelijker gezegd dan gedaan / 7

Mr. C.P.R.M. Dekker

Hoe verzilveren gepensioneerden hun rechten (effectieve medezeggenschap)? / 21

Mr. R.J.G. Veugelers

Indexatieprocedures, een (on-)haalbare zaak? / 35

Mr. N.M. Opdam

Afschaffing bijdrage ziektekosten- verzekering voor gepensioneerden; makkelijker gezegd dan gedaan

Mr. C.P.R.M. Dekker¹

1 Inleiding

Sinds 1 januari 2006 kent Nederland een nieuw zorgstelsel, wettelijk geregeld in de Zorgverzekeringswet (Zvw). Door de invoering van het nieuwe zorgstelsel is het verschil tussen ziekenfondsverzekerden en particulier verzekerden, als gevolg van de intrekking van de Ziekenfondswet, vervallen.

De invoering van de Zvw is door veel werkgevers aangegrepen om de bijdrage in de premie voor de (particuliere) ziektekostenverzekering voor hun gepensioneerden, en die de gepensioneerden tot januari 2006 ontvingen, af te schaffen. Van sommige werkgevers is bekend dat dit besluit een besparing van enkele miljoenen euro's opleverde.

De vraag is echter of het afschaffen van de bijdrage in de premie voor de (particuliere) ziektekostenverzekering van gepensioneerden wel zo eenvoudig is.

In deze bijdrage zal een antwoord worden gegeven op deze vraag. Als eerste zal echter, in vogelvlucht, een overzicht worden gegeven van de nieuwe Zvw. Daarna zal antwoord worden gegeven op de vraag of afschaffing van de bijdrage in de premie voor de (particuliere) ziektekostenverzekering van gepensioneerden wel zo eenvoudig is. Een (samenvattende) conclusie zal het artikel afsluiten.

2 De Zvw in vogelvlucht

Verzekeringsplicht

De Zvw bepaalt in art. 2, lid 1 dat iedereen die krachtens de AWBZ is verzekerd, verzekerd is op grond van de Zvw. Van deze verplichting zijn uitgezonderd:

1. de militairen in actieve dienst;
2. de natuurlijke persoon die op grond van art. 64, lid 1, Wet financiering sociale verzekeringen is ontheven van de verplichtingen, opgelegd op grond van de AWBZ (de zogeheten 'gemoedsbezwaarden').

De groep gemoedsbezwaarden omvat de ingezetenen die om bepaalde, meestal religieuze, redenen afzien van iedere vorm van verzekering.²

1 De auteur is advocaat pensioenrecht bij Houthoff Buruma NV, Den Haag.

De Zvw voorziet voor de verzekeringsplichtigen in de plicht om een basisverzekering af te sluiten. Het niet voldoen aan deze verplichting kan voor het College zorgverzekeringen, op grond van art. 96 e.v. Zvw, aanleiding zijn om aan de verzekeringsplichtige een bestuurlijke boete op te leggen.

Acceptatieplicht

Naast de verplichting van de verzekeringsplichtigen om een zorgverzekering te sluiten, zijn de zorgverzekeraars verplicht om dergelijke verzekeringen aan te bieden en te accepteren. Voor wat betreft de basisverzekering mogen de verzekeraars geen medische waarborgen vragen. Voor aanvullende zorgverzekeringen mogen dergelijke waarborgen wel worden gevraagd.

Basisverzekeringen kunnen worden aangegaan op basis van een zogeheten naturapolis of een restitutiepolis. In de eerste variant ontvangt de verzekeringsplichtige geen declaraties van de zorgverlener. De zorgverlener dient de declaratie rechtstreeks in bij de zorgverzekeraar, die op zijn beurt de declaratie rechtstreeks aan de zorgverlener voldoet. Bij een restitutiepolis ontvangt de verzekeringsplichtige de declaratie van de zorgverlener en is, in beginsel, verplicht om de declaratie te voldoen, waarna de zorgverzekeraar de declaratie aan de verzekeringsplichtige restitueert.

Financieringsmethode

Op grond van de Zvw is de verzekeringsplichtige twee premies verschuldigd: een nominale premie en een inkomensafhankelijke premie.

Op grond van art. 16 Zvw is de verzekeringsplichtige, aan de zorgverzekeraar, een premie verschuldigd voor de zorgverzekering. Voor het jaar 2006 bedraagt deze nominale premie ongeveer € 1.100. De zorgverzekeraar mag op grond van art. 19 Zvw aan de verzekeringsplichtige een korting op de premie aanbieden, indien de verzekeringsplichtige kiest voor een eigen risico van € 100, € 200, € 300, € 400 of maximaal € 500 per kalenderjaar.

- 2 De status van gemoedsbezwaarde moet worden aangevraagd bij de Sociale Verzekeringsbank. Als de status van gemoedsbezwaarde wordt toegekend, is de betrokken ingezetene op grond van art. 57 Zvw een premieervangende belasting verschuldigd.

Naast het eigen risico kent de Zvw ook nog een no-claim teruggave bij beperkt zorggebruik. Art. 22, lid 1 omschrijft de no-claim teruggave als volgt:

‘Indien de waarde van de verzekerde prestaties die in een kalenderjaar ten behoeve van een verzekerde zijn verstrekt, lager is dan een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen bedrag, heeft de verzekerde jegens de zorgverzekeraar recht op een bedrag, de no-claimteruggave, dat gelijk is aan het verschil tussen het bij de maatregel bepaalde bedrag en eerder bedoelde waarde.’

Naast de nominale premie, zijn de verzekeringsplichtigen ook een inkomensafhankelijke premie verschuldigd. De inkomensafhankelijke premie is geregeld in par. 5.2 van de Zvw. Op grond van art. 42 Zvw wordt de inkomensafhankelijke bijdrage geheven over het bijdrage inkomen, waarbij de Rijksbelastingdienst zorgt voor de invordering van de inkomensafhankelijke bijdrage.

Art. 43 Zvw omschrijft het bijdrage inkomen als:

‘het gezamenlijk bedrag van hetgeen door de verzekeringsplichtige in dat jaar is genoten aan:

- a. belastbaar loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting, verminderd met de ingevolge artikel 46 genoten vergoeding³ en met uitzondering van loon als bedoeld in artikel 31, eerste lid, onderdelen b tot en met h, van de Wet op de loonbelasting 1964⁴ waarover de belasting op grond van artikel 27a, eerste lid van die wet verschuldigd is door de inhoudingsplichtige en het hierdoor voor de werknemer in de zin van die wet ontstane voordeel en vermeerderd met loon, bepaald volgens de regels van artikel 3.82 van de Wet Inkomstenbelasting 2001;
- b. belastbare winst uit onderneming, bepaald volgens de regels van afdeling 3.2 van de Wet Inkomstenbelasting 2001;
- c. belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, bepaald volgens de regels van afdeling 3.4 van de Wet Inkomstenbelasting 2001, met uitzondering van de in artikelen 3.91 en 3.92 van de Wet Inkomstenbelasting 2001⁵ bedoelde werkzaamheden;
- d. belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen bepaald volgens de regels van afdeling 3.5 van de Wet Inkomstenbelasting 2001.’

3 De in art. 46 genoten vergoeding betreft de vergoeding door de inkomensafhankelijke bijdrage aan de verzekeringsplichtige die bij regeling van de minister van VWS aan te wijzen loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting geniet.

Op grond van art. 46 Zvw heeft een verzekeringsplichtige recht op volledige vergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage door de inhoudingsplichtige, indien de verzekeringsplichtige bij

‘... regeling van Onze Minister aan te wijzen loon overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de loonbelasting geniet’.

Art. 5.4 van de Regeling zorgverzekering bepaalt dat bij het genieten van het volgende loon volledige vergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage moet plaatsvinden:

‘a. loon uit tegenwoordige dienstbetrekking overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de Wet op de loonbelasting 1964 met uitzondering van:

- 4 Loon als bedoeld in art. 31, lid 1, onderdeel b tot en met h, Wet op de loonbelasting zijn de volgende eindheffingsbestanddelen: b) bij voor bezwaar vatbare beschikking door de inspecteur aangewezen bestanddelen van het loon met betrekking waartoe in verband met tijdelijke knelpunten van ernstige aard in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de hoofdstukken I tot en met IV ten volle worden toegepast; c) bij ministeriële regeling aan te wijzen uitkeringen van publiekrechtelijke aard die buiten aanmerkingen worden gelaten in het kader van de heffing van andere belastingen of in het kader van andere wettelijke regelingen; d) bij ministeriële regeling aan te wijzen loon dat bezwaarlijk kan worden geïndividualiseerd, behoudens ingeval de inhoudingsplichtige verzoekt dat loon niet als eindheffingsbestanddeel aan te merken; e) loon met een bestemmingskarakter zijnde, – 1: loon ter zake van een voor privédoeleinden ter beschikking gestelde bestelauto als bedoeld in art. 3 Wet op de belasting van personenauto’s en motorrijwielen 1992, indien in verband met de aard van het werk die bestelauto doorlopend afwisselend gebruikt wordt door twee of meer werknemers en in verband daarmee bezwaarlijk is vast te stellen of en aan wie die bestelauto voor privédoeleinden ter beschikking is gesteld. In afwijking in zoverre van het overigens bij of krachtens deze wet bepaalde, bedraagt de verschuldigde belasting over dit loon op jaarbasis per bestelauto € 300. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot dit loon; – 2: overig bij ministeriële regeling aan te wijzen loon; f) loon dat in een kalenderjaar in geblokkeerde vorm wordt gespaard ingeval een spaarloonregeling, ingeval de werknemer reeds sedert de eerste dag van het jaar in dienstbetrekking staat tot de inhoudingsplichtige en deze ten aanzien van hem reeds sedert die dag bij de inhouding van loonbelasting de algemene heffingskorting toepast, tot ten hoogste € 613 per kalenderjaar; g) eenmaal per jaar een geschenk in natura ter gelegenheid van een algemeen erkende feestdag of het Sint-Nicolaasfeest, voor zover de waarde in het economische verkeer daarvan niet meer bedraagt dan € 35; h) niet tot de hierboven opgenomen bestanddelen van het loon behorende vergoedingen of verstrekingen voor zover deze niet meer belopen dan een bij ministeriële regeling te bepalen bedrag per maand, behoudens ingeval de inhoudingsplichtige verzoekt dat loon niet als eindheffingsbestanddeel aan te merken.
- 5 Art. 3.91 Wet inkomstenbelasting 2001 heeft betrekking op het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een onderneming of een werkzaamheid. Art. 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001 heeft betrekking op het ter beschikking stellen van vermogensbestanddeel aan een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden.

1. de genoten beloning, bedoeld in artikel 4, onderdeel f van de Wet op de loonbelasting 1964⁶;
 2. het in artikel 13bis van de Wet op de loonbelasting 1964 bedoelde voordeel, voor zover dit voordeel door middel van een aan de werknemer opgelegde naheffingsaanslag als loon in aanmerking is genomen;
- b. tot de eerste dag van de kalendermaand volgende op de maand waarin de verzekeringsplichtige de leeftijd van 65 jaar bereikt; loon uit vroegere arbeid overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de Wet op de loonbelasting 1964, met uitzondering van:
1. uitkeringen ingevolge een pensioenregeling of regeling voor vervroegde uittreding als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964, niet zijnde een uitkering ingevolge een regeling voor vervroegde uittreding die vóór 1 januari 2006 is ingegaan en op grond waarvan de uitkeringsgerechtigde ingevolge artikel 1, onderdeel g, van het Aanwijzingsbesluit verzekerden Zfw verzekerd was ingevolge de Ziekenfondswet;
 2. uitkeringen of pensioenen krachtens of vanwege een pensioenregeling als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel c en d, van de Toeslagwet Indonesische Pensioenen 1956, het Pensioenreglement Nederlands Nieuw Guinea (Gouvernementsblad van Nederlands Nieuw Guinea 1958,83), de Wet aanpassing Pensioenvoorziening Bijstandskorps, de Garantiewet Surinaamse Pensioenen en de Toeslagregeling pensioenen Suriname en Nederlandse Antillen;
 3. uitkeringen en verstrekkingen ingevolge een aanspraak op periodieke uitkeringen en verstrekkingen als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel g, van de Wet op de loonbelasting 1964, en
 4. inkomsten als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdelen a, d, f, i, j, k en l van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1964.⁷
 5. uitkeringen ingevolge de Algemene Ouderdomswet.⁸

De inkomensafhankelijke bijdrage bedraagt een percentage van het bijdrage inkomen. Art. 5.1 Zvw bepaalt dat het bijdrage inkomen maximaal € 30.015 bedraagt (bedrag 2006). Als het bijdrage inkomen meer bedraagt dan € 30.015 en is samengesteld uit bestanddelen waar verschillende percentages op van toepassing zijn, dan bepaalt art. 5.2, lid 3, Zvw dat de bestanddelen zodanig worden toegerekend dat eerst het percentage van 6,5% in aanmerking wordt genomen en nadien de overige percentages.

6 Art. 4, onderdeel f, Wet op de loonbelasting beschrijft de loonbelastingpositie van degene die uit een arbeidsverhouding die niet op grond van een andere bepaling als dienstbetrekking wordt beschouwd een beloning geniet, mits diegene dit vooraf aan de inspecteur meldt, door middel van een gezamenlijke verklaring van hemzelf en de beoogde inhoudingsplichtige.

Art. 5.3, lid 1 en 2, Zvw geven de verschillende percentages inkomensafhankelijke bijdrage. Standaard bedraagt het percentage inkomensafhankelijke bijdrage 6,5%. In afwijking van dit standaardpercentage geldt een percentage van 4,4% over het volgende bijdrage inkomen:

1. voortvloeiende uit werkzaamheden van een verzekeringsplichtige aan boord van een zeeschip, mits de zeewerkgever of scheepseigenaar het risico als bedoeld in hoofdstuk 3 van de Zvw⁹, zolang deze verzekeringsplichtige niet is teruggekeerd of heeft kunnen terugkeren naar het land waar hij thuisbehoort, op grond van een verdragsrechtelijke bepaling of een bepaling die daar op stoelt, in belangrijke mate voor zijn rekening neemt;
2. waarover geen recht bestaat op vergoeding van de verschuldigde inkomensafhankelijke bijdrage door de inhoudingsplichtige, bedoeld in artikel 46, eerste lid, van de Zvw, met uitzondering van een uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet;

Naast de percentages van 6,5% en 4,4% kent de Zvw ook een nihil percentage. Dit geldt uitsluitend voor belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen op grond van een rechtstreeks uit het familierecht voortvloeiende verplichting als bedoeld in art. 3.101, lid 1, onderdeel b, Wet Inkomstenbelasting 2001, tenzij art. 11, lid 1, onderdeel g, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 toepassing vindt, indien deze periodieke uitkering of verstrekking ook in 2005 is genoten.¹⁰

Wat betreft de positie van gepensioneerden kunnen uit de voorgaande artikelen de volgende conclusies worden getrokken:

- 7 De inkomsten als bedoeld in art. 11, lid 1, onderdeel a, d, f, i, j, k, en l, Uitvoeringsbesluit loonbelasting zijn de volgende inkomsten: a) termijnen van lijfrenten, aan een meerderjarige verstrekt door een lichaam dat het levensverzekeringsbedrijf uitoefent; d) uitkeringen ingevolge de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945, ingevolge de Wet buitengewoon pensioen zeelieden-oorlogsslachtoffers en ingevolge de Wet buitengewoon pensioen Indisch verzet; f) uitkeringen ingevolge de Algemene Oorlogsongevallenregeling (Staatsblad van Nederlandsch-Indië 1946 (nr. 48) en de beschikking van de Luitenant-Gouverneur-Generaal van Nederlandsch-Indië van 5 november 1946, nr. 6 (Staatsblad van Nederlandsch Indië 1946, nr. 118), alsmede op deze uitkeringen betrekking hebbende toe- en bijlagen; i) uitkeringen uit de Stichting 1940-1945, de Stichting Friesland 1940-1945 en de Stichting Hulp voor nagelaten betrekkingen voor illegale strijders (Stichting Sneek 1940-1945); j) uitkeringen uit de Stichting Notarieel Pensioenfonds te Den Haag; k) uitkeringen ingevolge een pensioenregeling waaraan deelneming is verplicht gesteld op grond van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroeps-pensioenregeling; l) uitkeringen ingevolge de Wet uitkering vervolgingsslachtoffers 1940-1945 en ingevolge de Wet uitkeringen burger-oorlogsslachtoffers 1940-1945.
- 8 Om de gevolgen van de invoering van de Zvw (enigszins) te compenseren, is de AOW-uitkering met ingang van 1 januari 2006 eenmalig verhoogd.
- 9 Hoofdstuk 3 van de Zvw ziet op de inhoud van de zorgverzekering, waaronder begrepen de te verzekeren prestaties.

1. ge(pre)pensioneerden ontvangen geen vergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage.
2. AOW-gerechtigden ontvangen evenmin een vergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage. Om de financiële gevolgen van de invoering van de Zvw te matigen is het niveau van de AOW-uitkering met ingang van 1 januari 2006 eenmalig verhoogd.
3. VUT-gerechtigden ontvangen evenmin een vergoeding van de inkomensafhankelijke bijdrage, tenzij de VUT-uitkering is ingegaan vóór 1 januari 2006 én de VUT-gerechtigde tot 1 januari 2006 verplicht verzekerd was op grond van de Ziekenfondswet.
4. over de uitkering krachtens de AOW is een inkomensafhankelijke bijdrage van 6,5% verschuldigd. Over het aanvullende ouderdomspensioen is een inkomensafhankelijke bijdrage van 4,4% verschuldigd.

Iedere inhoudingsplichtige is verplicht om de inkomensafhankelijke bijdrage in te houden. Bij een pensioengerechtigde die van verschillende pensioenuitvoerders een pensioen ontvangt, heeft dit tot gevolg dat deze verschillende pensioenuitvoerders allen de inkomensafhankelijke bijdrage op de pensioenuitkeringen moeten inhouden. Een dergelijke verplichting geldt ook als de betrokken gepensioneerde ook nog inkomsten uit een stamrecht ex art. 11, lid 1, onderdeel g, Wet op de loonbelasting geniet. Dit systeem kan tot gevolg hebben dat de gepensioneerde over een groter bedrag dan € 30.015 inkomensafhankelijke bijdrage betaalt. De teveel betaalde inkomensafhankelijke bijdrage kan de betrokken gepensioneerde via de inkomstenbelasting terugvragen.

Verrekening met tot 2005 betaalde bijdrage

Art. 2.5.8 van de Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet bepaalt dat de inkomensafhankelijke bijdrage mag worden verminderd met

‘vergoedingen die op grond van een op 31 december 2005 bestaande arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst, of andere overeenkomst door de inhoudingsplichtige aan de verzekeringsplichtige worden verstrekt ter zake van de premie voor een ziektekostenverzekering of een andere verzekering die prestaties als bedoeld bij of

- 10 Art. 11, lid 1, onderdeel g, Uitvoeringsbesluit loonbelasting ziet op de uitkeringen ingevolge de Wet werk en bijstand, alsmede de in art. 3a bedoelde uit het familierecht voortvloeiende periodieke uitkeringen en verstrekkingen. Art. 3a Uitvoeringsbesluit loonbelasting ziet op de verhouding tussen het genieten van een uitkering uit hoofde van de Wet werk en bijstand en het ontvangen van alimentatie.

krachtens artikel 11 van die wet dekt, tot ten hoogste het met die dekking evenredige deel.'

Doel van deze bepaling is dat partijen (werkgever en werknemers) in de gelegenheid worden gesteld om een andere methode van verrekening overeen te komen. Voor gepensioneerden geldt deze bepaling niet, omdat zij niets vergoed krijgen. Echter, a contrario kan uit art. 2.5.8 van de Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet worden berekend dat als tot 2006 een bijdrage in de premie ziektekosten werd betaald, deze moet worden doorbetaald als er geen inkomensafhankelijke bijdrage wordt vergoed omdat er niets valt te verrekenen.

3 Afschaffing bijdrage ziektekostenverzekering voor gepensioneerden

Tot 2006 was het gebruikelijk dat gepensioneerden een bijdrage in de premie voor een particuliere ziektekostenverzekering ontvingen. Veel werkgevers grijpen de invoering van de Zvw aan om de bijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering aan gepensioneerden te beëindigen. Om te beoordelen of een werkgever éézijdig deze beslissing mag nemen, zal rekening gehouden moeten worden met een aantal omstandigheden.

Als eerste zal gekeken moeten worden wat de grondslag is voor de toekenning van de bijdrage in de ziektekostenverzekering voor gepensioneerden. Vervolgens zal bekeken moeten worden of de werkgever voorbehouden heeft gemaakt ten aanzien van de toekenning van de bijdrage, waarbij eveneens gekeken moet worden of altijd aan deze voorwaarde(n) is voldaan. In dit kader kan worden gedacht aan een voorwaardelijke toezegging of een eenzijdig wijzigingsbeding. Als blijkt dat de toezegging onvoorwaardelijk is, zal vervolgens bepaald moeten worden of de werkgever de bijdrage in de ziektekostenverzekering voor gepensioneerden desondanks kan beëindigen.

Grondslag van de toezegging

Als eerste zal moeten worden beoordeeld op grond waarvan de gepensioneerde de bijdrage in de premie voor de particuliere ziektekostenverzekering ontleent. Er zijn drie denkbare grondslagen:

1. pensioenreglement;
2. (collectieve) arbeidsovereenkomst;
3. aparte toezegging bij pensioneren.

Ad 1. Pensioenreglement

Als in het pensioenreglement is opgenomen dat de gepensioneerde bij pensioen een bijdrage ontvangt in de premie voor de particuliere ziektekostenverzekering, dan is er sprake van een pensioentoezegging. In dit kader wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak-Johnson Wax – Minderhout.¹¹

In deze zaak draaide het om de vraag of de betrokkene, Minderhout, recht had op een evenredig deel van de premiecompensatie AOW van het TOP. Deze premiecompensatie werd voorwaardelijk toegekend. De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat het begrip ‘pensioen’ in de zin van de PSW ruim moet worden uitgelegd, zodat ook deze premiecompensatie als pensioen kwalificeerde. Door de kwalificatie als pensioen gaat de PSW gelden, wat tot gevolg heeft dat er sprake moet zijn van kapitaaldekking en dat de werknemer bij ontslag recht heeft op een evenredige aanspraak.

Dezelfde redenering geldt ingeval in het pensioenreglement is opgenomen dat de deelnemer na pensioneren recht heeft op een bijdrage in de ziektekostenverzekering. Een dergelijke bepaling kan worden gekwalificeerd als pensioentoezegging, zodat de PSW (en na invoering de Pensioenwet) van toepassing is. Dit betekent onder andere dat de pensioenuitvoerder voorzieningen moet treffen waaruit de vergoeding kan worden voldaan. Dit zou ook betekenen dat ingeval van beëindiging van de deelneming voor de pensioendatum de deelnemer recht zou hebben op een evenredig deel van de bijdrage ziektekostenverzekering.

De ervaring leert dat pensioenreglementen zelden een bepaling bevatten inhoudende aan welke arbeidsvoorwaarden gepensioneerden tijdens hun pensioen nog rechten kunnen ontlenen. De kans dat een bijdrage in de ziektekostenverzekering kwalificeert als pensioen is dan ook gering en lijkt meer van een academische vraag.

Ad 2. (Collectieve) arbeidsovereenkomst

In collectieve arbeidsovereenkomsten kan zijn bepaald dat gepensioneerden ook tijdens hun pensioen een bijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering ontvangen. De vraag is dan of de wijziging van een (collectieve) arbeidsovereenkomst, waarbij de bijdrage in de ziektekos-

11 HR 27 februari 1998, PJ 1998/20.

ten van gepensioneerden, rechtsgeldig aan deze gepensioneerden kan worden tegengeworpen.¹²

Over de vraag of gepensioneerden gebonden kunnen zijn aan een wijziging van hun arbeidsvoorwaarden indien deze wijziging bij CAO zijn overeengekomen, valt voldoende te schrijven. Dit onderwerp zal in deze bijdrage niet verder worden uitgewerkt. Kortheidshalve wordt verwezen naar de uitspraken in de Campina zaken, waarin het argument dat de gepensioneerden gebonden zijn aan de wijziging in de collectieve arbeids-overeenkomst niet werd gehonoreerd.

Ad 3. Toezegging bij pensioneren

Een veel voorkomende manier waarop aan gepensioneerden wordt toegezegd dat zij gedurende hun pensioengerechtigde periode recht hebben op een bijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering. Er zijn voorbeelden bekend waarbij dergelijke brieven in december 2005 (!) zonder enig voorbehoud zijn gestuurd aan werknemers die begin 2006 met pensioen zouden gaan.

(On)voorwaardelijke toezegging of voorbehoud eenzijdige wijziging

Als eenmaal is vastgesteld op basis waarvan de bijdrage wordt toegekend, dan zal vervolgens vastgesteld moeten worden of de regeling een voorwaardelijke of onvoorwaardelijke regeling is.

In dit kader merk ik op dat pensioenfondsen gebruikt kunnen worden als vehikel om de bijdrage aan de gepensioneerden, na inhouding van de loonbelasting, te betalen. Dit betekent dan niet dat de regeling dus een pensioentoezegging is.

Hoewel er in de praktijk bijna alleen maar onvoorwaardelijke toezeggingen zijn, is een voorwaardelijke toezegging niet ondenkbaar. Als de voorwaarde altijd strikt is nageleefd en de gepensioneerden zijn zich ervan bewust dat de regeling voorwaardelijk is, dan wordt het moeilijk om actie te ondernemen.

Als sprake is van een onvoorwaardelijke regeling, dan zal gekeken moeten worden of de werkgever een voorbehoud heeft gemaakt om de regeling eenzijdig te mogen wijzigen. Als dat het geval is, dan zal aan de hand

12 In dit artikel zal geen nadere beschouwing worden gegeven over de vraag of gepensioneerden gebonden (kunnen) zijn aan een wijziging van de CAO.

van het bepaalde in art. 7:613 BW getoetst moeten worden of de werkgever de regeling inzake de bijdrage in de ziektekostenverzekering eenzijdig mag stopzetten.

Probleem hierbij is dat art. 7:613 BW eist dat sprake moet zijn van zwaarwegende omstandigheden die van dien aard zijn dat de belangen van de gepensioneerden moeten wijken ten gunste van de belangen van de werkgever. Naar mijn mening vormt de enkele invoering van de Zvw niet een zodanig zwaarwegende reden dat de gepensioneerden de afschaffing van de bijdrage in de ziektekostenverzekering moeten accepteren.

Als geen wijzigingsvoorbehoud is gemaakt, dan kan de werkgever de regeling toch aanpassen. Hij kan dan aansluiting zoeken bij de leer van het 'Taxi Hofman'-arrest.¹³ De algemene lezing van dit arrest houdt in dat een werknemer op ieder redelijk aanbod tot het wijzigen van een arbeidsvoorwaarde dient in te gaan.

Als de werkgever een beroep doet op de Taxi Hofman-leer, dan zal de werkgever de gepensioneerden een redelijk aanbod tot compensatie moeten bieden. En daar begint het probleem, want wat is redelijk? Op deze vraag kan geen eensluitend antwoord worden gegeven, omdat de beantwoording afhankelijk is van de vraag hoe de inhoud van de regeling luidt; bestaat de toezegging uit een vast bedrag of een percentage? Wordt gekeken naar de dekking van de verzekering of niet? Wordt rekening gehouden met een eigen risico?

Bij de beantwoording van de vraag wat redelijk is, kan de werkgever wel bepaalde uitgangspunten in acht nemen:

1. het voorstel hoeft er niet in te resulteren dat de inkomenspositie van de gepensioneerden er op vooruit gaat;
2. bij het formuleren van een voorstel tot compensatie mag rekening worden gehouden met de totale inkomenspositie van de gepensioneerden, dus ook met de zorgtoeslag die gepensioneerden (kunnen) ontvangen;
3. afkopen van de bijdrage mag, mits de afkoopsom maar is gebaseerd op redelijke uitgangspunten

13 HR 26 juni 1998, JAR 1998/199

De Zvw heeft de gemoederen behoorlijk bezig gehouden. In ieder geval kan een werkgever de invoering van de Zvw niet aangrijpen om eenzijdig en zonder enige vorm van compensatie de bijdrage in de particuliere ziektekostenverzekering van gepensioneerden te beëindigen. Wat dat betreft is afschaffing makkelijker gezegd dan gedaan. En hoe redelijk de compensatie zal zijn, zullen werkgever en gepensioneerden zelf moeten bepalen.

Hoe verzilveren gepensioneerden hun rechten (effectieve medezeggenschap)?

Mr. R.J.G. Veugelers¹

1 Inleiding

1.1. Op basis van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), het Burgerlijk Wetboek (BW) en dadelijk op basis van de Pensioenwet (PW) hebben gepensioneerden (mede)zeggenschapsrechten. Voor gepensioneerden is het niet altijd duidelijk welke rechten zij hebben en hoe zij deze rechten effectief kunnen gebruiken. In dit artikel zal worden aangegeven hoe de gepensioneerden effectief van hun rechten gebruik kunnen maken.

2 De spelers

2.1. Noch de PSW, noch de PW bepaalt welke rechtsvorm een pensioenfonds moet hebben. In de overgrote meerderheid van de gevallen wordt gekozen voor de rechtsvorm van een stichting. De wettelijke regeling voor stichtingen, zoals opgenomen in Boek 2 BW, is zeer beperkt. Een stichting dient een bestuur te hebben. Daarnaast bestaat echter de vrijheid om nog over te gaan tot het instellen van andere organen, zoals bijvoorbeeld een deelnemersraad, een vergadering van deelnemers of een referendum. Een stichting mag echter geen leden hebben (art. 2:285, lid 1, BW). Op grond van art. 2:304, lid 1, BW worden de deelnemers aan een pensioenfonds niet beschouwd als leden zoals genoemd in art. 2:285 BW.

2.2. Indien een deelnemersraad wordt ingesteld, dan zal deze moeten worden ingesteld overeenkomstig art. 6b PSW. De deelnemende werknemers en gepensioneerden dienen op evenredige basis vertegenwoordigd te worden in de deelnemersraad. Indien hiervan geen sprake is, heeft de deelnemersraad niet het adviesrecht, beroepsrecht en klachtrecht, zoals genoemd in art. 6b, c en d PSW.

2.3. Voor het instellen van een vergadering van deelnemers of het opmaken van een referendum in de statuten van een pensioenfonds gelden geen wettelijke vereisten. De oprichters mogen dus bepalen wie moet worden opgeroepen voor een referendum of een vergadering van deelnemers. Indien uitsluitend werknemers worden uitgenodigd, dan hebben de gepensioneerden geen medezeggenschap. In de statuten kan echter worden opgenomen dat ook gepensioneerden moeten worden uitgenodigd. In dat geval hebben zij ook medezeggenschap.

1 De auteur is partner bij Simmons & Simmons.

2.4. In reglementen of statuten wordt nog wel eens een adviesrecht of een instemmingsrecht verleend aan de ondernemingsraad. Op grond van art. 97 PW zal het verboden zijn om een instemmingsrecht aan een ondernemingsraad te verlenen, indien er sprake is van een pensioenfonds. De ondernemingsraad blijft natuurlijk zijn instemmingsrecht houden met betrekking tot verzekerde regelingen (art. 27, lid 1, onderdeel a, Wet op de Ondernemingsraden (WOR)).

2.5. In een ondernemingsraad zitten echter geen gepensioneerden. Op grond van art. 12, lid 3, WOR eindigt immers van rechtswege het lidmaatschap van de ondernemingsraad, zodra een werknemer niet meer werkzaam is in de onderneming. Gepensioneerden hebben daarom geen medezeggenschap via de ondernemingsraad.

2.6. De gepensioneerden hebben dus geen wettelijke medezeggenschap via de vergadering van deelnemers, een referendum of de ondernemingsraad. De PSW, de PW en het BW geven echter wel wettelijke medezeggenschap aan de gepensioneerden zelf, de vereniging van gepensioneerden, de deelnemersraad, een geleding van de deelnemersraad en de vertegenwoordigers van de gepensioneerden in het bestuur.

3 De gepensioneerden

3.1. De gepensioneerden zelf hebben een aantal belangrijke rechten. Als eerste kunnen zij nakoming van de pensioentoezegging vorderen. Daarbij zal de gepensioneerde nakoming van zijn ex-werkgever kunnen vorderen. De pensioentoezegging is immers gedaan door de werkgever. Verder kan de gepensioneerde het pensioenfonds of de pensioenverzekeraar aanspreken. Op grond van de pensioentoezegging zijn deze immers verplicht om de pensioentoezegging uit te voeren.

3.2. Pensioentoezeggingen kunnen op twee manieren worden gewijzigd. Een pensioentoezegging kan met instemming van beide partijen (enerzijds de werkgever en anderzijds de werknemer) gewijzigd worden. In sommige gevallen kan een werkgever een pensioentoezegging eenzijdig wijzigen.

3.3. In art. 19 PW is opgenomen dat bij een wijziging de opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd kunnen worden. Ik ga er vanuit dat dit artikel uitsluitend van toepassing is bij een eenzijdige wijziging van een pensioenovereenkomst en niet bij een wijziging, waarbij beide par-

tijen instemmen. Naar mijn mening moet het mogelijk zijn dat bij een wijziging, waarbij zowel de werkgever als de werknemer instemmen, ook eventuele opgebouwde pensioenaanspraken worden gewijzigd.

3.4. Een werkgever kan een pensioenovereenkomst eenzijdig wijzigen, indien wordt voldaan aan de vereisten van art. 18 PW.

3.5. In art. 18 PW wordt verwezen naar de werkgever en de werknemer. Hierdoor ontstaat onduidelijkheid. Moet op grond hiervan geconstateerd worden dat dit artikel gepensioneerden en gewezen deelnemers niet beschermt? Ik denk dat dit een onjuiste conclusie is. Moet geconstateerd worden dat pensioenovereenkomsten niet meer gewijzigd kunnen worden, zodra de desbetreffende werknemers uit dienst zijn of gepensioneerd zijn? Ik denk dat dit ook een onjuiste conclusie is. Naar mijn mening dient de pensioenovereenkomst van een gepensioneerde of gewezen deelnemer ook eenzijdig gewijzigd te kunnen worden. Daarbij dienen zij echter wel de bescherming te hebben van art. 18 PW. Dit brengt naar mijn mening met zich mee dat de werkgever moet aantonen dat hij wel een bijzonder zwaarwegend belang heeft, indien de belangen van de gepensioneerden of de gewezen deelnemers worden geschaad. Indien deze belangen niet of nauwelijks worden geschaad, zal naar mijn mening eerder kunnen worden aangenomen dat het belang van de werkgever dient te prevaleren.

3.6. Indien een pensioenregeling wordt gewijzigd, dan zal een gepensioneerde zich dus op twee manieren kunnen verdedigen. In eerste instantie kan hij stellen dat hij niet heeft ingestemd met de wijziging en dat de wijziging dus niet op hem van toepassing is. Daarnaast zal hij kunnen stellen dat de eenzijdige wijziging niet kan worden doorgevoerd, omdat het belang van de werkgever onvoldoende zwaarwegend is om voorbij te gaan aan het belang van de gepensioneerde.

3.7. Het gebeurt regelmatig dat het bestuur van een pensioenfonds besluit om de pensioenregeling te wijzigen. Op grond van de desbetreffende pensioenregeling en de desbetreffende statuten zal het bestuur van een pensioenfonds daartoe inderdaad bevoegd zijn, indien de verschillende vereisten in acht zijn genomen, zoals het vragen van advies aan de deelnemersraad. Nadat die vereisten in acht zijn genomen, betekent dat niet automatisch dat de wijziging voor de deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden van kracht is. Vaak zal een dergelijke wijziging moeten worden aangemerkt als een eenzijdige wijziging van de pensi-

oevereenkomst. De desbetreffende wijziging kan dan slechts worden doorgevoerd, indien de werkgever voldoende zwaarwegend belang heeft bij een dergelijke wijziging. Indien daarvan geen sprake is, zal de gepensioneerde zich op het standpunt kunnen stellen dat de wijziging niet voor hem geldt, omdat de werkgever een onvoldoende zwaarwegend belang had om de wijziging door te voeren.

3.8. Bij het bovenstaande moet echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen een wijziging van de pensioenovereenkomst en een nadere uitleg van de pensioenovereenkomst. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat in het pensioenreglement wordt verwezen naar een bepaalde prijsindex. Indien die prijsindex niet meer wordt gehanteerd en wordt vervangen door een andere prijsindex, dan hoeft dat niet te betekenen dat er automatisch sprake is van een wijziging van de pensioenovereenkomst. In een dergelijk geval kan gesteld worden dat er geen sprake is van een wijziging, maar van een nadere uitleg van de bestaande pensioenovereenkomst. Dan hoeft de werkgever niet de instemming van de gepensioneerden te vragen en is art. 18 PW ook niet van toepassing. Er is immers geen sprake van een wijziging.

Geschillen

3.9. Bij geschillen heeft een gepensioneerde een aantal opties. Hij kan naar de kantonrechter. Hij kan een geschil voorleggen aan een geschillencommissie, indien daarvan sprake is. Hij kan de mening van de Ombudsman Pensioenen vragen en hij kan een eventueel geschil voorleggen aan de Commissie Gelijke Behandeling.

4 Vereniging van gepensioneerden

4.1. Een vereniging van gepensioneerden heeft slechts een beperkt aantal wettelijke rechten. Op grond van art. 6a, lid 1 en 2, PSW kunnen verenigingen van gepensioneerden leden voordragen voor een deelnemersraad, mits deze vereniging volledige rechtsbevoegdheid bezit en haar statutaire doel mede omvat het behartigen van de belangen van haar leden als belanghebbenden bij het pensioenfonds. De overeenkomstige bepaling is opgenomen in art. 98, lid 4, PW.

4.2. Op grond van art. 21 PW heeft een vereniging van gepensioneerden ook een hoorrecht met betrekking tot uitvoeringsovereenkomsten die met verzekeraars worden afgesloten. Dit hoorrecht bestaat alleen voor een vereniging van gepensioneerden die (1) volledige rechtsbevoegdheid

bezit, (2) in haar statutaire doel heeft opgenomen dat zij de belangen van de gepensioneerden behartigt die in dienst zijn geweest bij de werkgever, (3) ten minste 10% van alle gepensioneerden die in dienst zijn geweest bij de werkgever lid is van de vereniging en (4) de vereniging haar bestaan bij de werkgever heeft gemeld. Een dergelijk hoorrecht bestaat niet onder de PSW. Het gaat hier echter uitsluitend om een hoorrecht. Het is de vraag hoe effectief dit hoorrecht in de praktijk zal worden. In art. 162 PW is opgenomen dat in een aantal gevallen een boete kan worden opgelegd. In art. 162, lid 1, PW is echter niet opgenomen dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd bij overtreding van de verplichtingen genoemd in art. 21 PW. Derhalve staat er geen sanctie op het niet-nakomen van de verplichting tot het horen van de vereniging van de gepensioneerden. Op grond hiervan is het de vraag of dit hoorrecht effectief kan zijn.

4.3. Naast de genoemde wettelijke rechten heeft een vereniging van gepensioneerden nog een aantal andere 'democratische' rechten. Een vereniging van gepensioneerden kan bijvoorbeeld een collectieve actie ten behoeve van gepensioneerden starten. Daar waar een individuele gepensioneerde mogelijk onvoldoende middelen heeft om een juridische procedure te starten tegen een pensioenfonds, kan een vereniging mogelijk wel actie ondernemen. Verder kan een vereniging voor gepensioneerden uiteraard haar leden informeren omtrent het beleid van het pensioenfonds. Tot slot kan een vereniging van gepensioneerden fungeren als een klankbord voor de deelnemersraad en voor de bestuursleden die de gepensioneerden in een bestuur vertegenwoordigen.

Geschillen

4.4. Bij geschillen kan een vereniging van gepensioneerden uiteraard ook naar de kantonrechter gaan of een geschil voorleggen aan een geschillencommissie. De Ombudsman Pensioenen zal zaken die worden voorgelegd door een vereniging van gepensioneerden doorgaans niet behandelen, omdat hij op grond van art. 2.1 van het Reglement op de taak en de werkwijze van de Ombudsman Pensioenen, alleen zaken behandelt die op individuele basis worden voorgelegd. Geschillen kunnen ook worden voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling.

5 De deelnemersraad

5.1. De rechten van de deelnemersraad zijn duidelijk vastgelegd in de PSW en de PW.

5.2. Op grond van art. 6b PSW heeft de deelnemersraad een adviesrecht. Met betrekking tot een aantal specifieke zaken, zoals het wijzigen van statuten of reglementen, dient altijd advies gevraagd te worden aan de deelnemersraad. De deelnemersraad is echter ook bevoegd om uit eigen beweging over specifieke zaken advies te geven.

5.3. Indien het advies van de deelnemersraad niet wordt gevolgd, heeft de deelnemersraad op grond van art. 6c PSW/art. 203 PW een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer.

5.4. Verder heeft de deelnemersraad op grond van art. 6d PSW het recht om een klacht in te dienen bij De Nederlandsche Bank. Dit klachtrecht komt echter te vervallen in de PW.

5.5. Het bestuur van het pensioenfonds is verplicht desgevraagd aan de deelnemersraad tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die de deelnemersraad voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft (art. 6b, lid 4, PSW). Een overeenkomstige bepaling is opgenomen in art. 100, lid 7, PW. Daarnaast is een pensioenfonds verplicht om de deelnemersraad te informeren omtrent een aantal specifieke zaken (art. 103 PW).

5.6. De deelnemersraad moet niet eenvoudigweg zeggen dat zij een positief of een negatief advies geeft. Indien een geschil wordt voorgelegd aan de Ondernemingskamer, dan zal deze marginaal toetsen. Dit betekent dat het desbetreffende besluit van het bestuur alleen vernietigd wordt, indien het bestuur bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot dit besluit had kunnen komen. De deelnemersraad zal daarom bij zijn advies zorgvuldig moeten motiveren waarom het bestuur het gevraagde besluit in redelijkheid niet had mogen nemen. Een deelnemersraad zal dus bijvoorbeeld niet kunnen volstaan met het geven van een negatief advies, indien wordt voorgesteld om een indexatie te verlenen van 0,5%. In een dergelijke situatie zal de deelnemersraad moeten aangeven dat de te hanteren prijsindex bijvoorbeeld 1,5% bedraagt en dat er ruim voldoende middelen zijn om dan ook een indexatie van 1,5% te geven.

Juridische kosten

5.7. Op grond van art. 6c, lid 10, PSW/art. 203, lid 11, PW komen de kosten voor een gerechtelijke procedure met betrekking tot het niet volgen van een advies van de deelnemersraad voor rekening van het pensioen-

fonds. Er bestaat echter geen regeling voor juridische kosten die worden gemaakt in verband met het geven van adviezen. De parlementsleden Giskes en Van Geen hebben een initiatiefwetsvoorstel ingediend. Daarin is opgenomen dat het bestuur van het pensioenfonds verplicht is de deelnemersraad het gebruik toe te staan van de faciliteiten waarover het fonds als zodanig kan beschikken en die de raad voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft, daaronder begrepen secretariële ondersteuning. Verder dienen de kosten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de deelnemersraad, ten laste te komen van het pensioenfonds. De kosten van het raadplegen van een deskundige door de deelnemersraad komen slechts ten laste van het pensioenfonds, indien dat pensioenfonds van het maken van de kosten vooraf in kennis is gesteld. Dit wetsvoorstel is als zodanig niet overgenomen. In art. 103a PW is echter wel opgenomen dat aan de leden van de deelnemersraad voorzieningen ter beschikking moeten worden gesteld. Verder zijn de art. 10, 16, 17, 18 en 22 van de Wet op de ondernemingsraden van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 103a, lid 2, PW). Daardoor hebben deelnemersraden vanaf 1 januari 2007 dezelfde financiële mogelijkheden als ondernemingsraden. Hierdoor kan een deelnemersraad een adviseur op kosten van het pensioenfonds inhuren om de deelnemersraad te adviseren over complexe pensioenvraagstukken.

6 Geleding van de deelnemersraad

6.1. Op grond van art. 6c, lid 1, PSW moet geconcludeerd worden dat ook een geleding binnen de deelnemersraad een minderheidsadvies kan geven. Op grond van dit artikel moet worden aangegeven of een dergelijk minderheidsadvies wordt gevolgd. De vraag is dan natuurlijk of het bestuur het meerderheidsadvies dient te volgen of het minderheidsadvies. Naar mijn mening moet de deelnemersraad worden beschouwd als een democratisch orgaan dat beslist met meerderheid van stemmen. Ik ben daarom van mening dat het bestuur moet ingaan op het advies van de meerderheid en niet behoeft in te gaan op een advies van de minderheid. Indien het advies van de minderheid gevolgd zou worden, zou immers voorbij worden gegaan aan het advies van de meerderheid. Naar mijn mening kan de zinsnede in art. 6c, lid 1, PSW en art. 102 PW, waarin wordt aangegeven dat moet worden ingegaan op het minderheidsadvies, dan ook komen te vervallen.

6.2. In art. 6ca PSW is opgenomen dat een geleding binnen de deelnemersraad in een aantal specifieke gevallen beroep kan instellen, indien

het advies van de deelnemersraad niet gevolgd kan worden. Dit artikel moet wel gehandhaafd worden. Het is immers mogelijk dat een deelnemersraad een bepaald advies geeft en dat dit advies vervolgens door het bestuur niet wordt overgenomen. In een dergelijk geval bestaat de mogelijkheid dat de meerderheid binnen de deelnemersraad wil afzien van een beroepsprocedure. Ik ben echter van mening, dat indien in eerste instantie de meerderheid een bepaald advies heeft gegeven, in tweede instantie een minderheid ook een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer aanhangig moet kunnen maken, indien het meerderheidsadvies niet gevolgd wordt.

7 Gepensioneerden in het bestuur

7.1. Op grond van art. 6, lid 2, PSW/art. 90, lid 2, PW kunnen ook vertegenwoordigers van de gepensioneerden in het bestuur zitten. Op grond van de derde nota van wijziging (Kamerstukken nr. 30413) zijn pensioenfondsen zelfs verplicht om hetzij een deelnemersraad in te stellen, hetzij vertegenwoordigers van de gepensioneerden in het bestuur op te nemen (art. 90a en 90b PW).

7.2. Alle bestuurders, dus ook de bestuurders die de gepensioneerden vertegenwoordigen, hebben stemrecht. Dit brengt met zich mee dat zij tegen voorstellen kunnen stemmen, die volgens hen niet in het belang van de gepensioneerden zijn. Desondanks kunnen deze voorstellen dan toch worden genomen. Het besluit is immers op democratische wijze met een gewone meerderheid van stemmen genomen. In dat geval kan geen beroep worden ingesteld tegen een dergelijk besluit. Indien de gepensioneerden maar één of twee van de acht zetels in het bestuur hebben, dan bestaat dus de kans dat er steeds beleefd zal worden geluisterd naar de mening van deze bestuurders, maar dat er geen rekening mee wordt gehouden en dat de meerderheid van de bestuurders toch eenvoudigweg het voorgenomen besluit neemt. Zo'n situatie kan voorkomen worden, indien wordt opgenomen dat voor (bepaalde) besluiten alle bestuurders moeten instemmen.

7.3. Indien aan de gepensioneerden wordt gevraagd of zij de voorkeur geven aan een deelnemersraad of aan vertegenwoordigers in het bestuur, zullen zij dus moeten overwegen of vertegenwoordigers in het bestuur daadwerkelijk medezeggenschap hebben. Dit is het geval, indien voor (bepaalde) besluiten een gekwalificeerde meerderheid vereist is of indien de beoogde vertegenwoordiger van de gepensioneerden een dermate

charismatische persoon is, dat deze inderdaad medezeggenschap heeft binnen het pensioenfonds. Indien dat niet het geval is, biedt een deelnemersraad meer medezeggenschap. Indien een deelnemersraad gemotiveerd aangeeft waarom een bepaald besluit niet kan worden genomen, dan staat immers de weg naar de Ondernemingskamer open, indien het bestuur toch het besluit doorvoert. Deze mogelijkheid heeft een vertegenwoordiger van de gepensioneerden in het bestuur niet.

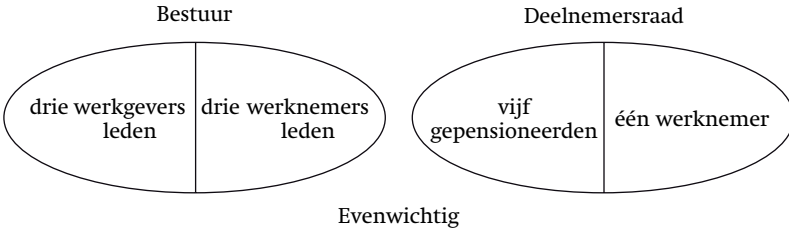
7.4. De individuele bestuurders hebben echter naast stemrecht ook nog een aantal 'juridische rechten'. Op grond van art. 6, lid 4, PSW/art. 94, lid 4, PW is elk van de bestuurders bevoegd om een deskundige te raadplegen. Noch in de PSW, noch in de PW is echter een regeling opgenomen voor de vergoeding van de kosten voor een dergelijke deskundige. Indien hiervoor geen regeling is getroffen in de statuten, is het wenselijk om vooraf hierover afspraken te maken, zodat de discussie wordt voorkomen of dergelijke kosten voor rekening van het pensioenfonds zijn of niet.

7.5. Verder kan krachtens een bestuursbesluit, waarvoor ten minste een vierde van de bestuurders zich heeft uitgesproken, bijstand door een deskundige worden verleend (art. 94, lid 4, PW/art. 6, lid 4, PSW).

8 De Gasunie uitspraak

8.1. Bij Pensioenfonds Gasunie is overwogen om op basis van het tweede convenant vertegenwoordigers van de gepensioneerden op te nemen in het bestuur en de deelnemersraad af te schaffen. Om de gevolgen van dit voorstel goed te begrijpen is de uitgangspositie van belang. Het bestuur bestaat in de oude situatie uit zes leden, waarvan drie de werknemers vertegenwoordigen en drie de werkgevers vertegenwoordigen. Daarnaast bestaat er een deelnemersraad, waarin de facto één werknemer deelneemt en vijf gepensioneerde/niet-actieve deelnemers. Het bovenstaande kan als volgt worden weergegeven:

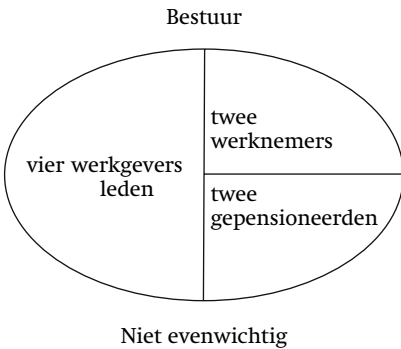
Oude situatie:



Er is hier sprake van een evenwichtige machtsverdeling. Zowel de werkgever als de werknemers als de gepensioneerden, hebben namelijk een ‘vetorecht’. Binnen het bestuur kunnen alleen besluiten worden genomen, indien zowel de werknemers als de werkgever daarmee instemmen. De gepensioneerden kunnen via het advies- en het beroepsrecht van de deelnemersraad ook de nodige invloed uitoefenen.

8.2. In de nieuwe situatie zou het bestuur bestaan uit acht leden, waarvan vier de werkgever vertegenwoordigen, twee de werknemers vertegenwoordigen en twee de gepensioneerden vertegenwoordigen. Deze situatie kan als volgt gevisualiseerd worden:

Nieuwe situatie:



8.3. In deze situatie verliezen de werknemers en de gepensioneerden hun ‘vetorecht’. Binnen het bestuur hebben de werknemers en de gepensioneerden ieder slechts twee zetels, waardoor voorstellen niet meer geblokkeerd kunnen worden. Dit speelt met name bij besluiten waarbij de belangen van de gepensioneerden tegengesteld zijn aan de belangen van

de werknemers. Indien wordt voorgesteld om niet te indexeren, zodat de vermogenspositie van het pensioenfonds in de toekomst beter is, dan zullen de gepensioneerden waarschijnlijk tegenstemmen, terwijl de werknemers vóór zullen stemmen. Bij een voorstel tot het verhogen van de werknemerspremies om het vermogen van het pensioenfonds te versterken, zullen de werknemers waarschijnlijk tegenstemmen en de gepensioneerden voorstemmen.

8.4. Het voorstel om gepensioneerden in het bestuur op te nemen en de deelnemersraad af te schaffen, leidt er dus toe dat de gepensioneerden en de werknemers hun 'vetorecht' verliezen. Om dit te voorkomen heeft de deelnemersraad voorgesteld dat een aantal nader te noemen besluiten alleen maar kan worden genomen met een zevenachtste meerderheid. Hierdoor behouden de werknemers en de gepensioneerden hun 'vetorecht'.

8.5. Het bestuur heeft het advies om te werken met een zevenachtste meerderheid van bepaalde besluiten niet overgenomen. Vervolgens is het geschil aan de Ondernemingskamer voorgelegd. Deze heeft beslist dat het bestuur wel degelijk rekening had moeten houden met de verschuiving van de machtsverhouding.

8.6. In deze procedure had de deelnemersraad ook geadviseerd om in de statuten op te nemen dat bij het raadplegen van een deskundige door een bestuurslid, de kosten voor rekening van het pensioenfonds zouden zijn. Het bestuur heeft dit voorstel echter niet overgenomen. Het bestuur heeft opgenomen dat de kosten worden gedragen door het pensioenfonds nadat vooraf een inzicht in de kosten wordt verschaft en door het bestuur met gewone meerderheid van stemmen goedkeuring van die kosten wordt gegeven. Ook op dit punt is de Ondernemingskamer van mening dat het bestuur onvoldoende op het advies van de deelnemersraad is ingegaan.

9 Conclusie

9.1. Gepensioneerden kunnen daadwerkelijk binnen een pensioenfonds medezeggenschap uitoefenen. Een aantal factoren is daarbij wel van belang. Dit zijn democratische medezeggenschap, juridische middelen en financiële middelen.

Democratische medezeggenschap

9.2. Uiteraard dienen de bestuurders van een pensioenfonds op grond van art. 5, lid 4, PSW/art. 94, lid 2, PW ervoor zorg te dragen dat de rechten van alle belanghebbenden worden beschermd en dat alle belanghebbenden zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd voelen. Deze bepaling biedt echter geen garantie en het is goed mogelijk dat bij het nemen van bepaalde besluiten de belangen van bepaalde belanghebbenden beter of slechter beschermd worden.

9.3. De vertegenwoordigers van de gepensioneerden zullen in het bestuur doorgaans een minderheid vormen. Uiteraard kunnen zij zich beroepen op art. 5, lid 4, PSW/art. 94, lid 2, PW. Het is echter de vraag of een beroep op deze bepaling voldoende zal zijn. In zo'n situatie kan de effectiviteit van de medezeggenschap worden vergroot door ervoor te zorgen dat de vertegenwoordiger van de gepensioneerden de nodige autoriteit heeft. Indien een dergelijke vertegenwoordiger van de gepensioneerden niet beschikbaar is, kan er ook voor worden gekozen om in de statuten op te nemen dat bepaalde besluiten uitsluitend genomen kunnen worden met een gekwalificeerde meerderheid.

9.4. Dezelfde problematiek kan zich voordoen binnen de deelnemersraad. Het verschil is echter dat binnen de deelnemersraad slechts twee belangengroepen zijn vertegenwoordigd, zijnde de werknemers en de gepensioneerden. Binnen een deelnemersraad kan bijvoorbeeld ook de afspraak worden gemaakt dat bij adviezen over de belangen van de gepensioneerden (zoals indexatie), de werknemersvertegenwoordigers in principe het standpunt van de gepensioneerde vertegenwoordigers volgen en andersom.

Juridische middelen

9.5. Indien er een keuze bestaat tussen het opnemen van vertegenwoordigers van de gepensioneerden in het bestuur of het instellen van een deelnemersraad, dan dient overwogen te worden of een eventuele vertegenwoordiger van de gepensioneerden in het bestuur daadwerkelijk medezeggenschap kan uitoefenen. Indien dat niet het geval is, kan de medezeggenschap waarschijnlijk beter worden uitgeoefend via de deelnemersraad. Deze heeft wettelijk verankerde medezeggenschapsrechten.

Financiële middelen

9.6. Vertegenwoordigers van gepensioneerden zullen in eerste instantie trachten om door middel van hun democratische rechten de belangen

van de gepensioneerden te behartigen. Indien dat niet mogelijk is en een geschil ontstaat, kunnen eventueel de juridische middelen worden gebruikt om dit geschil te beslechten. Juridische bijstand is echter niet goedkoop. Er moet dus wel voldoende geld beschikbaar zijn om naar de rechter te gaan. Indien dat niet het geval is, kunnen de gepensioneerden wel gelijk hebben, maar zullen zij geen gelijk krijgen, omdat daar onvoldoende geld voor beschikbaar is.

Indexatieprocedures, een (on-)haalbare zaak?

Mr. N.M. Opdam¹

De afgelopen jaren zijn er diverse procedures gevoerd door gepensioneerden ter behoud van hun indexatieaanspraken. De procedures zijn redelijk nieuw aangezien tot ongeveer het jaar 2001 de financiële middelen van met name pensioenfondsen dusdanig goed waren dat feitelijk vrijwel alle jaren volledige indexatie werd toegekend. Sinds de aandelen crisis in 2001 speelt het indexatievraagstuk volop. Veel pensioenfondsen werden genoodzaakt niet volledige dan wel geen indexatie van pensioenrechten toe te kennen. In ieder geval waren de eigen financiële middelen niet voldoende om de indexatie (volledig) te financieren.

In dit hoofdstuk komen de belangrijkste procedures die de afgelopen jaren zijn gevoerd aan de orde. Ik zal vijf zaken behandelen. Meer specifiek gaat het om gepensioneerden die al dan niet via een Vereniging van Gepensioneerden hebben geprocedeerd over het behoud van hun indexatierechten.

Verschillende onderdelen spelen daarbij een rol.

Wie zijn de partijen? Tegen wie is de actie ingesteld?

De eerste vraag is tussen wie de procedure wordt gevoerd. Vanzelfsprekend kan iedere gepensioneerde zelfstandig een actie instellen. In veel gevallen zal het echter niet om een individueel geval gaan. In dat geval kan het verstandig zijn om de krachten te bundelen. Op die manier kan er een sterkere zaak worden neergezet. Bovendien kunnen de kosten van de gerechtelijke procedure worden gedeeld.

De tweede vraag is tegen wie de actie wordt ingesteld. Vanzelfsprekend is dit naast de vraag met wie een contractuele relatie bestaat of heeft bestaan, tevens een strategische vraag. Net als bij andere gerechtelijke procedures zal de advocaat samen met zijn cliënt stilstaan bij het juridische vraagstuk en de contractuele relatie waarin het desbetreffende geschil haar oorsprong vindt. Daarnaast zal altijd aandacht dienen te worden besteed aan de vraag bij welke partij het beste resultaat is te bereiken, ervan uitgaande dat er meerdere partijen zijn waarop men zijn rechten kan verhalen.

1 De auteur is partner pensioenrecht bij Holland Van Gijzen, advocaten en notarissen te Amsterdam.

U zult zien dat bij de te bespreken zaken verschillende keuzes zijn gemaakt.

Zijn gepensioneerden gebonden aan de CAO-afspraken?

Een veel voorkomende vraag is of gepensioneerden gebonden zijn aan CAO-afspraken. We hebben gezien dat in veel gevallen er in CAO's afspraken worden gemaakt over de mate van toekenningen van de indexatie. Uiteraard worden er in de CAO afspraken gemaakt over de bijdrage van de werknemer en werkgever in de kosten van de pensioenregeling. Gezien de verslechterde financiële positie van de pensioenfondsen de afgelopen jaren zijn er in diverse CAO's afspraken gemaakt over de bijdrage van diverse partijen aan het herstel van de financiële situatie van het pensioenfonds. Voor het verkrijgen van financieel evenwicht is in veel gevallen besloten dat alle betrokken partijen een bijdrage dienen te leveren aan het herstel.

In de volgende pagina's zult u vanuit de diverse zaken op deze vraag een antwoord verkrijgen.

Is een voorwaardelijke indexatietoezegging een verworven recht?

De PSW geeft geen definitie van het begrip indexatie. We spreken steeds over indexatie maar de wet kent alleen het begrip toeslagen (in art. 8, lid 5 en 6, PSW). Er wordt gesproken over het verlenen van 'toeslagen, hoe dan ook genaamd'. De PSW kent ook geen definitie van het begrip pensioenrecht of pensioenaanspraak. We zien dat dit in de Pensioenwet wel heeft plaatsgevonden. In de toelichting lezen we dat ook toeslagen onderdeel uitmaken van het begrip pensioenovereenkomst (in het verleden pensioentoezegging).

De vraag die zich dan voordoet is wat het onderscheid is tussen een voorwaardelijk en een onvoorwaardelijke toezegging van indexatie. DNB heeft in haar beleidsbrief 'Uitgangspunten voor de financiële opzet en positie van pensioenfondsen' bepalingen opgenomen over indexatie. DNB schrijft: 'Ook bij een reglementair voorwaardelijke verplichting (toevoeging Opdam, het gaat hier over indexatietoezeggingen) kunnen er in een aantal gevallen, feiten en omstandigheden zijn die maken dat deze – ook voor de reservering – als feitelijk onvoorwaardelijk moet worden aangemerkt, omdat de kans dat de indexering kan worden afgedwongen reëel is. Hier kan een juridisch advies u helpen uw positie ter zake te beoordelen.' Hieruit valt af te leiden dat een juridisch oordeel over de mate waarin een bepaalde indexatie voorwaardelijk dan wel onvoorwaardelijk

is, wordt aanbevolen. Ook komt hieruit naar voren dat de bestendige gedragslijn, oftewel het jaar en dag daadwerkelijk (volledig) toekennen van de indexatie, ertoe kan leiden dat deze in eerste instantie voorwaardelijk geformuleerde indexatietoezegging kan zijn verworven tot een onvoorwaardelijk verkregen recht.

Belangrijk gevolg van een dergelijke conclusie is dat het pensioenfonds voldoende middelen dient te hebben om die indexatietoezeggingen ook daadwerkelijk te kunnen toekennen. De financiering speelt hierbij een rol, doch ook de wijze van het treffen van voorzieningen/reserves is van groot belang.

Hoe kan een indexatietoezegging voor gepensioneerden worden gewijzigd?

In de meeste pensioenregelingen is indexatie opgenomen. Zonder indexatie stelt de pensioentoezegging niet veel voor. Indexatie maakt al snel 40 tot 50% van het daadwerkelijke pensioen uit. We zien op dit moment diverse ontwikkelingen die de aandacht vestigen op het waarderen van de pensioenregeling en de indexatietoezegging. In dit kader noem ik het indexatielabel dat onderdeel uitmaakt van de Pensioenwet. Ook de indexatiematrix die in de Pensioenwet zal worden opgenomen, geeft volle aandacht aan het begrip indexatie.

De vraag die zich in de te bespreken zaken voordoet, is in hoeverre de bestaande pensioentoezegging inclusief de toezegging van indexatie kan worden gewijzigd. De uitgewerkte rechtssituatie speelt hierbij een complicerende factor. Dit begrip is in de PSW niet nader besproken of uitgewerkt. In de Pensioenwet wordt hiertoe een speciale bepaling opgenomen. Art. 19 bepaalt het volgende: 'In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens (...).' Omdat hier wordt gesproken over aanspraakgerechtigden en pensioenaanspraak gaat dit eigenlijk alleen over nog niet ingegane pensioenen. Bij de toelichting wordt aangegeven dat voorwaardelijke indexatietoezeggingen onder voorwaarden, wanneer dit is geregeld in reglement of wanneer er beslissingsruimte is voor het pensioenfonds bestuur, kunnen worden gewijzigd. Omdat de toeslag ook onderdeel is geworden van de pensioenovereenkomst kan worden gesteld dat het nog niet ingegane en toegekende voorwaardelijke recht op indexatie hier ook onder valt. Van belang is verder in hoeverre in het reglement of een ander document door de werkgever het recht is voorbehouden in de

toekomst de pensioenregeling en/of de indexatietoezegging te wijzigen. Dit is expliciet vastgelegd in art. 18 van de Pensioenwet. Al dan niet met instemming van de rechthebbenden. De werkgever kan dit recht zich van tevoren eigen maken. In alle gevallen is wel van belang dat de werkgever zwaarwegende gronden heeft om van dat recht gebruik te maken. Met name financiële argumenten zullen hierbij een rol spelen.

Daarnaast speelt hierbij de medezeggenschap een zeer belangrijke rol. Is de werkgever altijd gebonden aan een eenmaal gedane toezegging of kan hij deze nog met instemming van rechthebbenden wijzigen. Het contractrecht is hierbij van belang. Voorop staat dat partijen altijd in onderlinge overeenstemming een eerder gemaakte afspraak kunnen wijzigen. Omdat het bij pensioen en indexatietoezegging in het bijzonder om vele partijen gaat, hebben we hier meteen een complicerende factor aan de hand.

Zijn er andere elementen die een rol spelen?

Vanzelfsprekend is de toezegging zelf relevant. Zoals hiervoor al kort aan de orde is gekomen, kan worden gekeken of de toezegging voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is. Bij indexatievraagstukken dient ook gekeken te worden naar de afspraken die tussen partijen zijn gemaakt over de financiering van de indexatie. Hierbij kan men denken aan de financiering uit de beschikbare middelen van het fonds, financiering door een opslag in de premie of financiering door betaling van een speciale koopsom voor de inkoop van de indexatie. Bij het voeren van gerechtelijke procedures is inzicht in de financiering van de indexatie van groot belang.

We zullen zien dat ook de financiële situatie waar het pensioenfonds in verkeert, relevant is. Sinds 2001 gelden er namelijk vanuit DNB regels over het herstel van die financiële positie. Door pensioenfondsen moeten herstelplannen worden opgesteld, waarbij ook aandacht dient te worden besteed aan de (financiering van) indexatie. In de Pensioenwet krijgen deze herstelplannen (kortetermijnherstelplan van drie jaar bij een dekingsgraad van 105% of lager en langetermijnherstelplan van vijftien jaar bij een dekingsgraad tussen 105% en 130%) een nadere wettelijke basis.

Daarnaast kunnen er in iedere procedure specifieke onderwerpen een belangrijke rol spelen. We zullen zien dat in de te bespreken zaken diverse zaken een rol spelen.

Het kan zijn dat in sommige zaken nog hoger beroep wordt ingesteld. Ik raad u dus aan om in alle gevallen dat u met dit soort zaken bezig bent, na te gaan of er nog recente ontwikkelingen spelen die van belang zijn.

2 Overzicht van de te bespreken procedures

Hierbij treft u een overzicht aan van de nader te bespreken zaken. In de eerste kolom is de datum van de uitspraak aangegeven. Het betreft de laatste uitspraak in de desbetreffende zaak rond juni 2006. Het kan zijn dat dit een uitspraak in hoger beroep is. Bij de behandeling van de desbetreffende zaak zullen ook eerdere procedures worden besproken.

Ook zijn eiser en verweerder weergegeven. In veel gevallen wordt de eis ingesteld door een Vereniging van Gepensioneerden. Vele van deze verenigingen bestonden al. Dit zijn veelal verenigingen die jaarlijks bij elkaar komen om de belangen van de gepensioneerden te behartigen. De verenigingen verzorgen echter ook jaarlijks evenementen voor de gepensioneerden.

Een Vereniging van Gepensioneerden heeft onder de PSW geen wettelijke basis. In de Pensioenwet wordt een Vereniging van Pensioengerechtigden geïntroduceerd ter vervulling van medezeggenschap bij rechtstreeks verzekerde regelingen. In dat geval krijgt een Vereniging van Pensioengerechtigden een wettelijk hoorrecht. Het gaat dan om wijziging van indexatiebepalingen en afspraken daarover in het verzekeringscontract. Er moet wel aan bepaalde voorwaarden door een dergelijke Vereniging zijn voldaan (volledige rechtsbevoegdheid, statutair doel van belangbehartiging over pensioenen, aantal actieven en pensioengerechtigden).

Om als procespartij te kunnen optreden is in alle gevallen van belang dat de Vereniging van Gepensioneerden volledige rechtsbevoegdheid kent. Ook dient in het doel van de Vereniging de belangenbehartiging zo beschreven te zijn dat het opkomen van de belangen van pensioenen (in dit geval indexatie) tot het doel van de vereniging behoort. Wanneer aan deze twee punten is voldaan, zal de Vereniging zonder problemen door de rechter als procespartij worden erkend.

Datum	Eiser	Gedaagde	Vordering	Uitkomst
16-6-04	VG-Oce	PF Oce	3,25% indexatie i.v.m. reserve	afgewezen
27-1-05	De Unie	Fr Coberco	Indexatie conform CAO	afgewezen
20-1-06	Bel.ver. ABN Amro	ABN Amro en PF ABN Amro	Onvoorwaardelijke recht 3% i.p.v. 1,5%	afgewezen
26-1-06	VGC	PF Campina	Ongedaan maken korting en premies aan onderne- ming	afgewezen
28-3-06	VGT	Texaco	Gebondenheid financie- ringsovereenkomst	toegewezen

OCE

Partijen bij deze zaak zijn: als eisende partij de Vereniging van Gepensioneerden Oce en vijf individuele gepensioneerden en, als verwerende partij Stichting Pensioenfonds Oce.

De gepensioneerden vorderen volledige indexatie van hun pensioenaanspraken per 1 januari 2003. Hierbij hoort een percentage van 3,25 (structurele verhoging) en niet de eenmalige toeslag van 2%. De gepensioneerden voeren hierbij aan dat het pensioenfonds een reserve kent voor de indexatie van de ingegane pensioenen en de premievrije aanspraken en dat deze reserve alleen voor dat doel gebruikt mag worden.

Het desbetreffende pensioenreglement kent een indexatiebepaling: 'Het bestuur verhoogt, voorzover daartoe de benodigde middelen aanwezig zijn, jaarlijks op 1 januari de ingegane pensioenen met hetzelfde percentage als waarmee de salarisschalen in de CAO zijn verhoogd na 1 januari van het voorafgaande kalenderjaar tot en met de datum waarop de verhoging plaatsvindt'.

Als achtergrond is van belang dat de voorgaande jaren de pensioenen steeds zijn verhoogd met de algemene salaristijgingen. Oce stelde daartoe steeds de benodigde middelen ter beschikking. In 1995 worden echter CAO-afspraken gemaakt waarbij toekomstige verhogingen een recht zijn, maar wel worden gekoppeld aan een bepaalde maatstaf en dus beperkt door de beschikbare overrente.

Bij de nadere invulling van de vaststelling van die overrente heeft uiteindelijk het bestuur van het pensioenfonds gekozen voor een variant waar-

bij het bestuur niet helemaal vastzit aan de norm van het U-rendement, maar ook andere normen kan betrekken bij de vraag of in enig jaar indexatie zal worden toegekend. De keuze voor deze variant die meer beleidsruimte biedt, past in principe niet binnen de gemaakte CAO-afspraken. Toch kiest het bestuur voor deze variant onder de voorwaarde dat de CAO-commissie akkoord gaat met een andere bepaling in het reglement dan in de oorspronkelijk gemaakte CAO-afspraken. Dit is een voordere waardelijke formulering (zie hierboven weergegeven).

Wat niet in de uitspraak is terug te vinden is of CAO-partijen akkoord zijn gegaan met de door het bestuur van het pensioenfonds gekozen afwijkende variant. Het lijkt dat dit is bevestigd omdat de rechter hier verder niet op in gaat.

Het pensioenfonds voert aan dat door de financieel slechte situatie van het pensioenfonds (onderdekking) de reserves in feite niet meer aanwezig zijn. Aan het eind van 2002, op het moment dat het pensioenfonds de beslissing omtrent indexatie neemt, heeft het pensioenfonds 25 miljoen tekort om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen.

Er worden daarom afspraken gemaakt met Oce waarbij, onder andere:

- Oce een storting van 17,5 miljoen doet, en
- zij zich verbindt nog aanvullende stortingen te doen (5 miljoen in 2004 en 2,5 miljoen in 2005),
- Oce zich garant stelt voor een minimale dekkingsgraad van 104%,
- de pensioenpremies sterk worden verhoogd,
- het pensioenfonds jaarlijks zal indexeren, tenzij er sprake is van onderdekking.

Deze afspraken zijn echter pas in 2003 definitief vast komen te staan. Oce heeft aan die afspraken de voorwaarde verbonden dat het pensioenfonds in 2003 niet tot indexatie overgaat.

Oordeel rechter

Het gaat in deze zaak om de uitleg van het pensioenreglement en de samenhangende bepalingen. Bij de uitleg van die bepalingen zijn alle omstandigheden van het concrete geval van beslissende betekening. Deze moeten worden gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen.

Hierbij wordt ook het herstelplan en de situatie van onderdekking meegenomen. Het bestuursbesluit waarbij de reserve voor de indexatie is komen te vervallen en daarmee haar bestemming heeft verloren, wordt als juist erkend. Het totale vermogen, inclusief de reserve, is van het pensioenfonds. Het is geen afgescheiden vermogen, dat is ondergebracht bij een andere rechtspersoon. Het doel van de reserve, het verzekeren van de affinanciering van de indexeringen, is er (tijdelijk) aan ontnomen.

Bij de uitspraak betreft de rechter ook de evenwichtige afweging van alle bij het pensioenfonds betrokken partijen. Zo is in de uitspraak bepaald dat het fonds de belangen van de drie partijen bij het fonds betrokken, moet afwegen en dat het niet onredelijk is dat naast Oce (door een totale storting van 25 miljoen en verhoging van pensioenpremie) en de huidige werknemers (verhoging van pensioenbijdrage in de premie) ook de gepensioneerden bijdragen aan het herstel van de dekkingsgraad van het pensioenfonds. In deze uitspraak wordt dus van alle betrokken partijen door de rechter verlangd dat zij bijdragen aan herstel van de financiële positie van het pensioenfonds.

Coberco

Partijen in deze zaak zijn: eisende partij Vakbond De Unie en als gedaagde de onderneming Friesland Coberco Dairy Foods BV (hierna: Coberco).

Het gaat in deze procedure om de uitleg van CAO-bepalingen. Meer specifiek doet de vraag zich voor of de indexatiebepaling uit de CAO ook van toepassing dient te zijn op ex-werknemers die voor de datum van aangaan van de CAO, slaper dan wel gepensionerd zijn geworden.

Vakbond De Unie heeft samen met andere vakbonden afspraken gemaakt met werkgevers in de Zuivelindustrie. Er zijn verschillende CAO-afspraken gemaakt voor verschillende leeftijdsgroepen. Kort gezegd gaat het hier om de leeftijdsgroep 55 jaar en ouder. Het gaat hier om een eindloonregeling en de daarbij behorende indexatiebepalingen voor slapers en gepensioneerden. De CAO wordt ook wel CAO Pensioenen 1954 genoemd.

We bespreken hier verder niet de afspraken die zijn gemaakt voor de middelloonregeling en bijbehorende indexatiebepalingen voor werknemers van 54 jaar en jonger, vastgelegd in de CAO pensioenen 1955 e.v.

In de uitspraak lezen wij dat voor de groep van 55 jaar en ouder de pensioenregeling is ondergebracht bij (her-)verzekeraar Avero. Over de jaren 2000 en 2001 is (meer dan) drie procent indexatie op de pensioenen toegepast. In de jaren 2002 en 2003 is dat niet het geval.

De Unie vordert van Coberco indexatie op basis van de consumenten-prijsindex over de jaren 2002 en 2003. Coberco is van mening dat zij hier toe geen verplichting heeft voor slapers en gepensioneerden die reeds voor het aangaan van de CAO-afspraken het bedrijf hebben verlaten.

De rechter bepaalt dat de CAO-afspraken en de uitwerking daarvan in de pensioenregeling in samenhang met elkaar moeten worden bekeken. De indexeringsregeling zoals tussen CAO-partijen overeengekomen (art. 2 CAO) is nader uitgewerkt in het pensioenreglement (art. 15). Art. 2 CAO luidt als volgt: 'De werkgever is verplicht de werknemer pensioenaanspraken toe te kennen overeenkomstig de pensioenregelingen welke als bijlagen bij deze collectieve pensioenovereenkomst zijn gevoegd en welke geacht worden hiervan deel uit te maken.'

In de CAO en de pensioenregeling is het begrip werknemer op dezelfde wijze vastgelegd. 'Ieder die jonger is dan 65 jaar en krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst is van een onderneming die als werkgever in de zin van deze overeenkomst moet worden aangemerkt, tenzij schriftelijk is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst korter dan een jaar zal duren.' Verder is opgenomen dat na 1 januari 2000 de definitie zo moet worden gelezen dat die slechts betrekking heeft op werknemers, geboren voor of op 31 december 1954.

Oordeel rechter

De rechter bepaalt dat uit de definities van het begrip werknemer in de CAO en pensioenregeling(-en) niet valt op te maken dat werknemers die uit dienst zijn getreden voor inwerkingtreding van de bepalingen van de CAO desondanks onder die CAO-bepalingen zouden vallen of daaraan aanspraak op indexering zouden kunnen ontleen. Een dergelijke gebondenheid vloeit ook niet voort uit de Wet CAO. De ex-werknemers zijn immers ook niet meer betrokken bij de CAO.

Verder wordt nog vermeld dat een in de CAO afgesproken kortingsregeling op de indexatietoekenning in dit geval dus ook niet zondermeer door de verzekeraar kan worden toegepast op gepensioneerden en ex-werknemers.

De rechter geeft verder aan geen ruimte te zien om de CAO-bepalingen anders uit te leggen of daar andere tussen partijen gewenste invulling uit te kunnen afleiden (CAO-norm).

ABN AMRO

Partijen in deze zaak zijn De Belangenvereniging Pensioengerechtigden ABN Amro Bank en twee afzonderlijke gepensioneerden als eisende partij. De vordering wordt ingesteld tegen de ABN Amro Bank en Stichting Pensioenfonds van de ABN Amro Bank. In tegenstelling tot de hiervoor behandelde zaken worden hier dus zowel de voormalige werkgever als het pensioenfonds gedaagd.

Het gaat in deze zaak om het 'korten' van de indexatie: toekenning van 1,5% in plaats van een volledige indexatietoekenning van 3%. Hierbij speelt een grote rol de vormgeving van de indexatiebepaling in het pensioenreglement en de verwijzing in dat pensioenreglement naar de CAO. De vraag die hierbij aan de orde komt is, of gepensioneerden gebonden kunnen zijn aan CAO-afspraken die zijn gemaakt nadat zij met pensioen zijn gegaan.

Als vaststaand tussen partijen wordt aangenomen dat de pensioenreglementen gelden die van toepassing waren op de gepensioneerden op het moment dat zij met pensioen gaan. Dit is het principe van de uitgewerkte rechtssituatie.

De beide gepensioneerden die samen met de belangenvereniging de vordering instellen, zijn op verschillende momenten met pensioen gegaan en zij hebben aanspraken opgebouwd onder toepassing van verschillende pensioenreglementen. De indexatiebepaling in beide reglementen kent echter de volgende belangrijke elementen die in deze zaak aan de orde zijn gekomen:

- er is sprake van periodieke verhoging van de ingegane pensioenen;
- aanpassing vindt plaats met als maatstaf het percentage van de collectieve loonontwikkeling van de werkgever;
- het percentage van indexatie wordt bij CAO vastgesteld;
- de verplichting tot verhoging van de pensioenen bestaat voor het fonds slechts voorzover de werkgever aan zijn financiële verplichtingen heeft voldaan en voorzover de middelen van het fonds dit toelaten.

Door de gepensioneerden wordt verder aangevoerd dat er sprake is van een onvoorwaardelijke indexatie, aangezien het fonds al geruime tijd (25 jaar) de aanspraken heeft geïndexeerd. Dit is dus een beroep op de bestendige gedragslijn, waarmee een voorwaardelijke vormgegeven indexatietoezegging het pensioenreglement door het structureel toekennen van de indexatie als onvoorwaardelijk kan worden aangemerkt.

Oordeel rechter

Van belang is te melden dat de vordering ten opzichte van zowel het pensioenfonds als de werkgever ontvankelijk worden geacht. In tegenstelling tot wat soms wordt beweerd is het dus mogelijk om een vordering tot indexatie tegen de werkgever in te stellen. Hierbij is het wel zeer belangrijk op welke gronden deze vordering wordt ingesteld. In dit geval beroepen de gepensioneerden zich op gedane toezeggingen, redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap.

Hierbij moet ik echter wel opmerken dat de rechter ook bepaalt dat de geadresseerde van de aanspraak op pensioen het pensioenfonds is en niet de werkgever. Daarbij stelt de rechter dat de hoogte van de aanspraak is bepaald door het pensioenreglement. Verder oordeelt de rechter dat niet valt in te zien dat de werkgever gehouden is om daaraan nog iets toe te voegen. Mijn toevoeging is dus dat per geval bekeken zal moeten worden in hoeverre de vordering ten opzicht van de werkgever tot resultaten kan leiden. De financieringsafspraken zijn hierbij naar mijn inzien van belang.

De rechter oordeelt verder dat de bepalingen van de pensioenreglementen geen andere uitleg toelaten dan dat bij CAO wordt bepaald of en in hoeverre de pensioenen worden verhoogd. Hierdoor zijn dus ook gepensioneerden gebonden aan de CAO-afspraken over dit onderwerp die na hun pensionering worden overeengekomen.

Ten aanzien van het beroep op de bestendige gedragslijn oordeelt de rechter dat het feit dat gedurende een zeer lange periode de verhoging van de pensioenen gelijke tred heeft gehouden met die van de lonen, niet afdoet aan de bevoegdheid van partijen bij de CAO om die koppeling op een zeker moment los te laten. Gezien de bepalingen in de pensioenreglementen hebben de gepensioneerden steeds rekening moeten houden met die mogelijkheid, ook als zij daar niet periodiek op zijn geweest.

Verder wordt in deze uitspraak vastgesteld dat in dit geval de pensioenreglementen met zich meebrengen dat voor de bepaling of en in hoeverre pensioenen worden verhoogd geen instemming van de rechthebbenden is vereist.

Campina

De partijen in deze zaken zijn steeds dezelfde en wel, de Vereniging van Gepensioneerden Campina en vier gepensioneerden tegenover de Stichting Pensioenfonds Campina.

Het gaat om drie zaken die op het moment van het schrijven van deze uitgaven tot een uitspraak hebben geleid. Tegen de uitspraak in de bodemprocedure is door de gepensioneerden beroep ingesteld.

De vordering in Kort Geding door de gepensioneerden is toegewezen. De uitspraak in hoger beroep van het Kort Geding heeft geleid tot een afwijzing van de vordering. In de bodemprocedure zijn de gepensioneerden door de kantonrechter in het ongelijk gesteld.

Ik zal hierna alle drie de procedures kort bespreken. Allereerst zal ik volstaan met een beschrijving van het geschil.

Het gaat in deze zaken om de vraag of de indexatietoezegging van gepensioneerden na hun pensionering kan worden gewijzigd. Er wordt dan ook gestreden over de uitleg van begrippen als ‘verkrege rechten’ en het vraagstuk van de ‘uitgewerkte rechtssituatie’. Ook speelt de vraag of gepensioneerden gebonden zijn aan CAO-afspraken die na hun pensionering zijn gemaakt. In dit geval gaat het namelijk om aanvullende CAO-afspraken op het gebied van pensioen. In die CAO-afspraken wordt onder andere overeengekomen dat indexatie zal worden gekort met 1,5%. Het bestuur van het pensioenfonds heeft vervolgens zelfstandig besloten om niet een korting van 1,5% toe te passen, maar over te gaan tot een korting van 1,2%. De CAO-afspraken zijn overeengekomen voor de periode 2004 tot en met 2008.

Kort Geding

In het Kort Geding vorderen de Vereniging en de individuele gepensioneerden het ongedaan maken van het toepassen van de korting van 1,2% op hun indexatie. In het jaar 2004 leidt het toepassen van de korting tot een indexatie van 0,7% in plaats van 1,9%. De eisers voeren hier onder andere voor aan dat het door het pensioenfonds genomen besluit tot kor-

ting op de indexatie in strijd is met art. 10 van het pensioenreglement. Zij voeren daarvoor aan dat niet is gebleken dat de beschikbare middelen van het pensioenfonds onvoldoende zijn om een korting op de indexatie toe te passen.

Art. 10 van het desbetreffende pensioenreglement luidt als volgt:

‘Tijdstip, niveau en maximering. Telken jaren worden op 1 januari de krachtens dit reglement ingegane pensioenen en de aanspraken van gewezen deelnemers, als bedoeld in de ‘Regeling omschrijving gewezen deelnemers’ voorvloeiende uit het bepaalde in art. 8, lid 9 van de Pensioen- en spaarfondsenwet, procentueel verhoogd overeenkomstig de procentuele stijging van het prijsindexcijfer van de maand september van het voorafgaande jaar ten opzicht van de maand september van het daaraan voorafgaande jaar, mist de beschikbare middelen van de Stichting zulks toelaten. Indien het aldus vastgestelde stijgingspercentage meer dan 3% is, zal het bestuur de werkgever voorafgaande verzoeken middelen ter beschikking te stellen voor de verhoging die genoemde 3% overtreft.’

De kortgedingrechter motiveert zijn beslissing door te stellen dat voor de inhoudelijke beoordeling van de vorderingen als vertrekpunt art. 10 van het pensioenreglement bepalend is voor de aanspraken van de gepensioneerden. Op grond van dat artikel behoort ook de indexering van de pensioenen, in elk geval als deze beneden de 3% blijft, tot de aanspraken, mits de beschikbare middelen van het pensioenfonds indexering toelaten. Centraal in dit kort geding staat daarmee de vraag of het pensioenfonds voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de beschikbare middelen een (volledige) indexering van 1,9% in 2004 niet toelaten.

De kortgedingrechter oordeelt dat het pensioenfonds niet voldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat zij onvoldoende middelen beschikbaar heeft om volledige indexatie toe te kennen. Het pensioenfonds verkeert in een situatie van reservetekort en heeft tot oplossing daarvan een herstelplan ingediend bij DNB. In deze procedure is echter niet voldoende gebleken dat het beperken van de indexatie van de pensioenen een noodzakelijk onderdeel is van het herstelplan.

De rechter merkt verder op dat het pensioenfonds onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat en waarom Campina de kosten van de indexering niet ingevolge de aansluitovereenkomst in rekening heeft kunnen brengen. Niet uit deze zaak blijkt hoe de bepalingen van die aansluitovereenkomst daadwerkelijk zijn geformuleerd. Er wordt namelijk verwezen

naar de Actuariële en Bedrijfstechnische Nota (hierna: ABTN) en van de inhoud daarvan wordt verder geen melding gemaakt in de uitspraak.

Van belang is hierbij op te merken dat wel bekend is dat verschillende afspraken tussen het pensioenfonds en Campina waren overeengekomen voor de indexatie tot 3% en de indexatie boven de 3%. Duidelijk blijkt uit de geciteerde bepaling dat voor een indexatie boven de 3% het pensioenfonds eerst een verzoek tot het beschikbaar stellen van middelen bij Campina dient in te dienen. Hieruit kan worden afgeleid dat wanneer Campina daartoe niet wenst over te gaan zij geen verplichting heeft die middelen ook daadwerkelijk ter beschikking te stellen. De vraag die wij hier dus niet kunnen beantwoorden op basis van de beschikbare informatie is welke afspraken in de aansluitovereenkomst en daarin verwezen ABTN zijn gemaakt over het ter beschikking stellen van middelen voor de indexatie tot 3% en de indexatie boven de 3%.

Naast de bepalingen van het pensioenreglement doet zich de vraag voor of de gepensioneerden gebonden zijn aan de korting door de afspraken die daarover zijn vastgelegd in de aanvullende CAO. De rechter oordeelt dat deze vraag ontkennende beantwoord dient te worden nu de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst geen aanknopingspunten biedt voor de gebondenheid van gepensioneerden aan de CAO die is gesloten na hun pensionering.

Verder voert de rechter aan dat in art. 10 van het pensioenreglement geen wijziging is gebracht overeenkomstig de wijzigingsprocedure van het fonds (zoals vastgelegd in art. 6 van de statuten).

Hoger beroep van Kort Geding

In de periode na de uitspraak in Kort Geding heeft het volgende plaatsgevonden. Aan art. 10 van het pensioenreglement is een nieuw lid toegevoegd. Dit lid luidt als volgt:

‘Voor de jaren 2004 tot en met 2008 wordt het volgende lid 1 bepaald indexatiepercentage 1,2%-punt in mindering gebracht, een per saldo negatieve uitkomst wordt op nihil gesteld. Zodra op enig moment in genoemde periode sprake zou zijn van premiekorting zal de in de vorige volzin omschreven tijdelijke maatregel worden opgeheven.’

Het begrip van de evenwichtige belangenbehartiging dat volgt uit art. 5, lid 4 van de PSW speelt een rol. Het hof stelt namelijk dat het bestuur van het pensioenfonds zich bij de vervulling van zijn taak richt naar de be-

langen van de bij het fonds betrokkenen. Het hof voert aan dat het bestuur van het pensioenfonds zich heeft beraden over de maatregelen die Campina in 2003 in overleg met de vakbonden en de centrale ondernemingsraad heeft afgesproken. Daarbij wordt van alle betrokken partijen een bijdrage gevraagd voor het herstel van de financiële positie van het pensioenfonds.

Verder wordt naar voren gebracht dat het bestuur van het pensioenfonds op 11 december 2003 een unaniem besluit heeft genomen over de korting voor de niet-actieven op de indexering, waarbij deze korting is vastgesteld op 1,2%. Verder is gebleken dat de deelnemersraad van het pensioenfonds daarna op 13 januari 2003 in vergadering bijeen is geweest over dat bestuursbesluit. De deelnemersraad heeft vervolgens bij meerderheid van stemmen een positief advies over dat bestuursbesluit uitgebracht. Het hof vindt dat het pensioenfonds zich kan beroepen op het positieve advies van de deelnemersraad, nu ook gewezen deelnemers ruimschoots in de deelnemersraad vertegenwoordigd waren/zijn. Onbesproken blijft de vraag hoe de gewezen deelnemers hebben gestemd en of zij volledig in zitting waren op het moment van het uitbrengen van het advies van de deelnemersraad.

Uit de uitspraak komt naar voren dat het bestuursbesluit en het positieve advies van de deelnemersraad de basis is geweest voor de bepaling die is toegevoegd aan art. 10, waarin de tijdelijke korting reglementair is verwoord. Het hof gaat er verder vanuit dat de doorgevoerde wijziging in het pensioenreglement is uitgevoerd overeenkomstig de wijzigingsbepaling in de statuten van het fonds. Ook oordeelt het hof dat nu de statuten een wijzigingsbevoegdheid inhouden de individuele instemming van de (gewezen) deelnemers niet is vereist.

Art. 6, lid 3 van de statuten luidt als volgt:

‘Indien en voor zover bij een statutenwijziging of pensioenreglements-wijziging de belangen van de deelnemers, en de gewezen deelnemers op een of meer onderdelen rechtstreeks en in negatieve zin zijn betrokken, zal deze wijziging geschieden na voorlegging aan de deelnemers en nadat ten minste de helft van de door de deelnemers uitgebrachte stemmen voor de wijziging is uitgebracht en zonder aantasting van over reeds door de deelnemers vervulde dienstjaren verkregen aanspraken of rechten, tenzij en voorzover de middelen van de stichting zulks op grond van een berekening van de actuaris vereisen, tengevolge waarvan tot een evenredige vermindering van de pensioenaanspraken en –rechten zal worden overgegaan.’

Opvallend is dat de verkregen instemming van de deelnemers voor wijziging van het reglement bindend is voor de wijziging van de indexatiebepaling van de gewezen deelnemers en gepensioneerden. Zij zijn verder, naast het advies van de deelnemersraad, niet direct betrokken in de procedure van de reglementswijziging.

De wijziging wordt met terugwerkende kracht ingevoerd. Hierover bepaalt het hof dat de omstandigheid dat de wijziging betrekking heeft op een periode die inmiddels is verstreken er niet toe leidt dat die wijziging niet rechtsgeldig is. Zij voert daarvoor het volgende aan 'Aan de deelnemers is immers hun instemming gevraagd over de gehele periode (de jaren 2004 tot en met 2008). Zij hebben zich dus ook over de (toen) verstreken periode kunnen uitspreken.'

Het hoger beroep van het pensioenfonds wordt dus toegewezen en de uitspraak in kort geding wordt vernietigd.

Bodemprocedure

In de bodemprocedure tussen dezelfde partijen gaat het niet alleen om de korting over de jaren 2004 tot en met 2008 maar ook over het niet toekennen van indexatie boven de 3% over de jaren 2002 (3,7%) en 2003 (toetaal 3,2%).

Het is al 2005 wanneer deze zaak in behandeling is bij het kantongerecht. De uitspraak is van 25 januari 2006.

In aanvulling op de hierboven beschreven procedures geef ik hieronder nog enkele relevante bepalingen weer, die in deze bodemprocedure van belang zijn geweest.

In de aansluitovereenkomst tussen Campina en het pensioenfonds is het volgende bepaald over premiebetaling. Art. 4 'De onderneming zal aan het pensioenfonds de premies voldoen die berekend zijn volgens de actuariële en bedrijfstechnische nota van het pensioenfonds. Deze nota kan alleen worden gewijzigd met goedvinden van de onderneming.'

In de ABTN is onder punt 3.3. onder meer het volgende opgenomen:

'Aan het begin van het boekjaar wordt de bruto premie voor de in dat jaar te verwachten aanwas van de pensioenaanspraken door backser-

vice (oude regeling), door indexatie en door voortschrijden diensttijd bepaald en in rekening gebracht.’

Onder punt 3.6. onder de kop Sturingsmiddelen is onder meer het volgende bepaald:

‘De kosten van indexatie worden aan de contribuanten in rekening gebracht. Mocht om welke reden dan ook de koopsom niet of niet geheel worden voldaan, dan kan het bestuur, indien de middelen van het pensioenfonds niet toereikend zijn, besluiten de mate van indexering te beperken c.q. indexering niet toe te passen.’

De gepensioneerden voeren aan dat het pensioenfonds handelt in strijd met het pensioenreglement door te korten op de indexatie, dat het pensioenfonds de verplichting heeft de benodigde middelen voor de indexatie tot 3% bij Campina te vorderen. Volgens de gepensioneerden is er verder een aantasting van verworven rechten. De wijziging van art. 10 van het pensioenreglement is niet rechtsgeldig, omdat er geen sprake is van onvoldoende middelen bij het pensioenfonds die een dergelijke ingreep nodig maken.

De rechter oordeelt dat de gepensioneerden hun uit het pensioenreglement voortvloeiende aanspraken hebben aanvaard, zodat zij op grond van art. 6:254, lid 1, BW als partij gelden tussen de gesloten overeenkomsten tussen Campina en het pensioenfonds. De rechter neemt hier dus een derdenbeding aan.

De rechter is van oordeel dat gepensioneerden geen partij zijn bij de CAO-afspraken over de korting van indexatie. Dit ligt echter anders bij de overeenkomsten zoals hiervoor genoemd, doordat de gepensioneerden de toepasselijkheid van het pensioenreglement hebben aanvaard. Dit pensioenreglement is aangepast en de korting is daarin vastgelegd. Daarom zijn de gepensioneerden hieraan gebonden.

De rechter oordeelt verder dat de reglementswijziging rechtsgeldig tot stand is gekomen. Het is geen verworven recht aangezien het percentage van de indexering niet van tevoren vastligt. Dat een aanspraak op indexering in de pensioenregeling is vastgelegd, maakt dat niet anders.

De kantonrechter noemt de indexatie boven de 3% een voorwaardelijke indexatie. De kantonrechter ziet niet in dat dit ook geldt voor de indexering tot 3%. Omdat Campina de kosten van indexatie moet betalen, doet

zich in zoverre in beginsel niet de situatie voor dat het pensioenfonds voldoende middelen heeft om de pensioenuitkeringen te indexeren. Omdat echter de rechter van oordeel is dat de reglementswijziging rechtsgeldig tot stand is gekomen en gepensioneerden via het derdenbeding gebonden zijn aan die reglementswijziging acht de rechter de vordering van de gepensioneerden niet toewijsbaar.

TEXACO

Partijen zijn de Vereniging van Gepensioneerden Texaco, als eisende partij en Texaco Nederland als gedaagde partij.

In deze zaak vindt een juridische fusie plaats van twee ondernemingen. Als gevolg daarvan vindt ook een juridische fusie plaats van de aan beide ondernemingen verbonden pensioenfondsen. Bij die juridische fusie vindt ook een wijziging in de vaststelling van de jaarlijkse indexatie plaats.

De Vereniging van Gepensioneerden Texaco gaat hiermee niet akkoord. Zij voert onder andere aan dat er specifieke driepartijenafspraken zijn gemaakt die door de juridische fusie niet ongedaan kunnen worden gemaakt.

Tussen het voormalige pensioenfonds en Texaco gold een financieringsovereenkomst. In die financieringsovereenkomst is onder andere bepaald dat de bijdrage die de werkgever moet bijdragen wordt vastgesteld, waarbij tevens rekening wordt gehouden met een bijdrage voor de financiering van overeengekomen toeslagen, zoals vastgesteld in een Protocol inzake pensioenen (d.d. januari 1995).

Per 1 januari 1995 zijn verder de Ondernemingsraad en Texaco het 'Protocol inzake pensioenen Texaco/OR' overeengekomen. Hierin is onder andere het volgende vermeld:

- '4. In dat kader hecht de Ondernemingsraad aan vastlegging van een toeslagbeleid op basis van kort gezegd de overrente in het pensioenfonds als voorwaarde voor het geven van de volgens de Wet op de Ondernemingsraden vereiste instemming van de Ondernemingsraad.
5. In plaats hiervan is op uitdrukkelijke verzoek van Texaco de intentie tot het verlenen van toeslagen in het Protocol vastgelegd.
6. De intentie van Texaco is om onder de in de bijlage vastgelegde voorwaarden jaarlijks toeslagen op ingegane pensioenen en pensi-

- oenaanspraken van gewezen deelnemers te (doen) geven ter handhaving van de koopkracht van deze pensioenen.
8. Door mede-ondertekening van deze overeenkomst verklaart en erkent het pensioenfonds de uitvoering van het geven van toeslagen op zich te nemen, dit als een eigen verplichting ten opzichte van de (gewezen) deelnemers in het pensioenfonds te accepteren en dienovereenkomstig te zullen handelen. Bij gebreke van ondertekening door het pensioenfonds garandeert Texaco dat zij zelf overeenkomstig dit Protocol zal handelen wat het geven van toeslagen betreft.
 15. Partijen erkennen dat in deze overeenkomsten behoefte van de deelnemers derdenbeding ligt besloten.
 16. Door mede-ondertekening bindt het pensioenfonds zich ook aan de punten 15 en 16.'

Het desbetreffende derdenbeding is door de Vereniging van Gepensioneerden Texaco namens haar leden aanvaard.

Door de rechter wordt aanvaard dat het in het Protocol vervatte derdenbeding door uitdrukkelijke aanvaarding door de Vereniging van Gepensioneerden Texaco, partij is geworden bij het Protocol. Dit betekent daarom dat wijziging van de afspraken die blijkens het Protocol en de daarbij behorende bijlagen tussen partijen gelden, enkel kan geschieden met instemming van die partijen.

Daaraan doet niet af dat de juridische fusie, gewijzigde regelgeving en andere eisen van toezichthouders nopen tot de oprichting van het nieuwe pensioenfonds. Het argument van Texaco dat de leden van de Vereniging van Gepensioneerden Texaco via de deelnemersraad hun visie kwijt konden en dat zij beroep konden instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam gaat niet op. Aan de deelnemersraad immers nemen op grond van de wet zowel werknemers als gepensioneerden deel. Terwijl de leden van de Vereniging die het derdenbeding hebben aanvaard alleen gepensioneerd zijn. De deelnemersraad kan derhalve niet worden gezien als een volwaardige opvolger van de leden van de Vereniging als partij bij het Protocol.

Materieel gezien is het toeslagenbeleid gelijk gebleven aan het nieuwe toeslagenbeleid. Formeel gezien is het nieuwe toeslagenbeleid wel anders. De betaalbaarstelling van toeslagen wordt gebaseerd op de nieuwe financieringsafspraken en deze is afhankelijk gesteld van dekkingsgraden. In het Protocol is daarentegen bepaald dat toeslagen worden uitgekeerd als het prijsindexcijfer, vergeleken met het voorgaande jaar, minimaal 2,25% is gestegen. De nieuwe regeling maakt derhalve de toekenning van

toeslagen geheel en al afhankelijk van de dekkingsgraden en dus van de financieringsbeslissing op grond van de financieringsovereenkomst. Terwijl bij de oude regeling de toekenning afhankelijk is van de ontwikkeling van de prijsindex en dus van inflatie.

Volgens de rechter is het verder twisten over de exacte uitleg van de inhoudelijke bepalingen niet relevant omdat de financieringsovereenkomst, het Protocol en de Bijlagen nog altijd gelding hebben, zodat Texaco en het nieuwe pensioenfonds (als rechtsopvolger onder algemene titel) gehouden zijn deze uit te voeren.

3 Concluesies: indexatieprocedures, geen haalbare zaak!

Uit de vijf beschreven zaken blijkt dat vier zaken zijn afgewezen en slechts een zaak is toegewezen. Als we op basis van deze getallen conclusies zouden moeten trekken dan kan niet anders dan worden geconcludeerd dat indexatieprocedures voor gepensioneerden geen haalbare zaak zijn.

Op het moment van schrijven van deze uitgaven zijn er ook enkele nieuwe recente uitspraken waarbij de indexatieclaim vanuit de gepensioneerden wel is toegewezen. Ik wijs in dit kader op de zaak OMEN tegen ECN/NRG.

In de Campina-zaak loopt nog het hoger beroep in de bodemprocedure. Voorzover bekend is in alle andere zaken geen hoger beroep ingesteld.

Welke conclusies kunnen we nu uit de beschreven zaken trekken?

3.1 *Er is geen gebondenheid voor bestaande gepensioneerden aan nieuwe CAO-afspraken*

Uit de zaken is duidelijk naar voren gekomen dat gepensioneerden niet gebonden zijn aan nieuwe CAO-afspraken. We hebben ook gezien dat dit anders is als in het pensioenreglement expliciet voor de vaststelling van de hoogte van de indexatie wordt verwezen naar de CAO.

Een aandachtspunt bij deze conclusie is wel dat nog niet onomstoten is komen vast te staan dat een lidmaatschap van een gepensioneerde bij een vakbond deze conclusie in stand laat. In alle gevallen is het dus raadzaam te controleren of de gepensioneerden een dergelijke lidmaatschap hebben.

3.2 *Door een derdenbeding ontstaat gebondenheid aan het wijzigingsbeding*
Het gaat hierbij om het vraagstuk van de uitgewerkte rechtssituatie. In principe wordt dat uitgangspunt in de beschreven zaken wel onderschreven. In de Pensioenwet wordt dat principe zelfs wettelijk vastgelegd. Dat betekent echter nog niet dat op moment van pensionering de indexatietoezegging nimmer kan worden gewijzigd. We komen dan in de ingewikkelde discussie in hoeverre er sprake is van een toegekend recht, of er beleidsruimte is en hoe een dergelijke toezegging gewijzigd kan worden. Daarbij is van belang welke medezeggenschapsprocedures doorlopen moeten worden.

Ik wil erop wijzen dat het doorvoeren van een dergelijke wijziging zeer zorgvuldig moet worden voorbereid en worden doorlopen. Omdat in principe wordt aangenomen dat er sprake is van een uitgewerkte rechtssituatie zal niet in alle gevallen een dergelijke wijziging rechtsgeldig overeen kunnen worden gekomen. In de beschreven zaken hadden de gepensioneerden zeggenschap doordat zij vertegenwoordigd waren in de deelnemersraad en die deelnemersraad een positief advies had gegeven voor de reglementswijziging.

Opvallend is dat een wijziging van de indexatiebepaling in de Campina-zaak zelfs met terugwerkende kracht kan worden gerealiseerd. Hierbij merk ik wel op dat besluitvorming over de indexatiewijziging wel voor ofwel aan het begin van het desbetreffende jaar had plaatsgevonden. De feitelijke wijziging van het pensioenreglement werd pas gedurende het jaar uitgevoerd. Bovendien wordt in dat geval een wijziging voor een bepaalde periode overeengekomen.

Een tweede opvallend punt is dat we ook uit de Campina-zaak kunnen afleiden dat een dergelijke wijziging van de indexatietoezegging zelfs zonder toestemming van de rechthebbende zelf plaats kan vinden. Door deelname aan het pensioenreglement, waar in dit specifieke geval een derdenbeding tot wijziging wordt aangenomen door de rechter, zijn de individuen gebonden aan een negatieve wijziging van de indexatie. Dit omdat de wijzigingsprocedure vanuit de statuten op een juiste wijze zijn doorlopen. Vreemd is dat de gepensioneerden daaraan gebonden worden hoewel voor een dergelijke negatieve wijziging alleen instemming van een meerderheid van de (uitgebrachte stemmen van de) deelnemers (dit zijn dus allen actieven) voorgeschreven was. Een punt om in de gaten te houden!

3.3 *Wijziging van indexatiebepalingen kan in sommige gevallen zelfs zonder toepassing van het wijzigingsbeding*

We kunnen uit de besproken zaken afleiden dat allerlei onderwerpen die de zaken meer gecompliceerd maken, leiden tot een inhoudelijke discussie over financiële middelen en niet over de daadwerkelijk juridische vraagstukken. Ik zal dit nader toelichten.

Regelmatig wordt een beroep gedaan op het financieringsvoorbehoud. Dit is het beroep van de werkgever op, zeg maar, financieel onvermogen van de werkgever. In veel gevallen is die bepaling echter niet zo zuiver geformuleerd en wordt deze verward met een beroep op financieel onvermogen van het pensioenfonds zelf. Het financieringsvoorbehoud kan feitelijk alleen gaan over toekomstige bijdragen van de werkgever aan de opbouw van pensioen en indexatiekosten. Alle pensioenfondsden dienen daarnaast op grond van de wet een bepaling te kennen dat bij financieel onvermogen van het pensioenfonds zelf de noodmaatregel in werking kan treden. Deze noodmaatregel houdt in dat reeds opgebouwde aanspraken kunnen worden verminderd. In diverse zaken worden deze onderwerpen door elkaar gebruikt en is niet meer zuiver waar de discussie nu precies over gaat.

Ook hebben we gezien dat het begrip evenwichtige belangenbehartiging belangrijk is bij de keuze van bestuursbesluiten. Dit kan met zich meebrengen dat ingeval van een financieel slechte situatie van het pensioenfonds maatregelen moeten worden genomen waarbij alle partijen hun steentje bijdragen aan het herstel van het pensioenfonds. Vrij makkelijk wordt door de rechters aangenomen dat de gepensioneerden hieraan moeten bijdragen door beperking van hun indexatie. Daarbij wordt naar mijn mening de zuivere juridische discussie over het wijzigen van formele contractuele afspraken op de tweede plaats gezet.

Uit de Campina-zaak blijkt verder dat het mogelijk kan zijn bepaalde reglementaire indexatiebepalingen aan te passen door hiervoor instemming van de actieven te vragen. Door het aannemen van een derdenbeding zijn de bestaande gepensioneerden ook aan een dergelijk besluit gebonden.

3.4 *onvoorwaardelijke aanspraak wordt niet snel aangenomen*

Uit de diverse zaken komt naar voren dat een onvoorwaardelijke aanspraak als gevolg van het jaren achter elkaar stelselmatig toekennen van (volledige) indexatie niet snel wordt aangenomen. Ook niet als bij die

jaarlijkse toekenning niet is geweest op de voorwaardelijkheid daarvan. De Pensioenwet kent sterk uitgebreide bepalingen over de relatie tussen de reglementaire indexatiebepaling, daarbij behorende communicatievoorschriften en financieringseisen. Op dit punt zal naar mijn verwachting in de toekomst niet snel meer onduidelijkheid bestaan. Wel kunnen bij de omgang van de regeling naar de nieuwe eisen van de Pensioenwet behoorlijk wat interpretatieverschillen zich voor gaan doen.

De toekomst zal verder moeten uitwijzen hoe deze indexatievraagstukken en de positie van gepensioneerden zich zal ontwikkelen. Door de nieuwe pensioenwetgeving, de eisen van de financiële positie van pensioenfondsen en de verslaggevingseisen aan de ondernemingen zal naar verwachting alleen nog sprake zijn van zuiver voorwaardelijke indexatietoezeggingen. Ik sluit niet uit dat de verdergaande wettelijke vereisten inclusief de zeer uitgebreide communicatievoorschriften die gelden ten aanzien van indexatie met zich mee zullen brengen dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een indexatietoezegging met een bepaalde ambitie zal worden gedaan.

Vindplaatsen uitspraken

- Oce: Kantongerecht Venlo, rolnr. 118 797\CV EXPL 03-3689, d.d. 16-6-2004
- Coberco: Kantonrechter Meppel 27 januari 2005, nr. 136 160 CV EXPL 04-861
- ABN Amro: Kantonrechter Amsterdam 20 januari 2006 nr. 11 690/04
- Campina
Kort Geding: Arrondissementsrechtbank Arnhem 16 april 2004, nr. 110 894/RG ZA 04-156
Hoger Beroep Kort Geding: Hof Arnhem 25 januari 2005, nr. 2004/433 KG
Bodemprocedure: Kantonrechter Tiel 25 januari 2006, nr. 340 754 CV EXPL 04-2318
- Texaco: LJN: AV8546, Sector Kanton Rechtbank Rotterdam, 636544