

Mediation: interessant alternatief bij pensioengeschillen

Als je het aantal pensioenadvocaten in Nederland (enkele tientallen) vergelijkt met het aantal arbeidsrechtadvocaten (meer dan duizend), dan lijkt het erop dat in pensioenland alles goed geregeld is en dat er nauwelijks geschillen zijn. Het is de vraag of dat juist is en het is zeker de vraag of dat niet gaat veranderen. Gezien de aangekondigde kortingen en het voorstel om bestaande pensioenrechten in het nieuwe pensioencontract in te varen, is de kans groot dat er binnenkort veel meer pensioengeschillen ontstaan. Moeten die allemaal aan de kantonrechter worden voorgelegd of kunnen ze ook op een andere manier worden opgelost? En is mediation daarbij een interessant alternatief?

Ook bij pensioenen komt het regelmatig voor dat bepaalde partijen het niet met elkaar eens zijn. Vanouds is er natuurlijk de kans op een geschil tussen de gepensioneerde en zijn pensioenfonds, bijvoorbeeld als eerstgenoemde van mening is dat hij te weinig pensioen ontvangt. Verder kunnen er geschillen ontstaan tussen werknemers en werkgevers, bijvoorbeeld wanneer de werknemer recht meent te hebben op een hogere pensioenopbouw of de in rekening gebrachte eigen bijdrage te hoog vindt. Steeds vaker is tussen bedrijfstakpensioenfonds en werkgevers discussie over de vraag of er sprake is van een verplichte aansluiting. Ook tussen werkgevers en ondernemingspensioenfonds ontstaan de laatste tijd de nodige conflicten. Vanwege onderdekking hebben verschillende van deze fondsen forse bijdragen gevorderd van de betrokken werkgevers. Die waren op hun beurt van

mening dat de gevraagde bijdragen veel te hoog waren, mede vanwege het feit dat ze er zelf financieel ook slecht voor stonden. Verder geeft menige deelnemersraad een negatief advies over een voorgenomen korting, hetgeen weer leidt tot geschillen tussen bestuur en deelnemersraad. En ten slotte zitten in toenemende mate ook gepensioneerden in pensioenfondsbesturen, waar ze zich kritisch uitlaten over actuele ontwikkelingen. Daardoor ontstaan ook binnen besturen vaker geschillen over voorgenomen liquidaties, kortingen en wijzigingen van reglementen. Wie moet al deze geschillen helpen oplossen? Er zijn twee hoofdvormen van geschillenbeslechting: bovenpartijdige en tussenpartijdige beslechting. Bij bovenpartijdige doet een, al dan niet deskundige, derde een voor partijen in de meeste gevallen bindende uitspraak. Bij de tussenpartijdige beslechting, zoals mediation, kiezen partijen een onafhankelijke derde om gezamenlijk onder diens leiding tot een aanvaardbare oplossing te komen.



Lambert Boot en Roel Veugelers

Drs. L.J.A.M. Boot is econoom, business mediator en onderhandelaar; mr. R.J.G. Veugelers is pensioenadvocaat, mediator en plaatsvervangend kantonrechter

Er zijn twee hoofdvormen van geschillenbeslechting: bovenpartijdige en tussenpartijdige beslechting

■ WELKE RECHTER?

Met welke geschillen moet je bij welke rechter zijn om geschillen bovenpartijdig op te lossen? Art. 216 PW bepaalt dat vorderingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst, een uitvoeringsovereenkomst, een uitvoeringsreglement of een pensioenreglement door de kantonrechter worden behandeld. De meeste geschillen zullen dus bij de kantonrechter terechtkomen. Het aantal pensioengeschillen is op dit moment gelukkig nog beperkt. Het tijdsbeslag van kantonrechters voor pensioenzaken mag dan gering zijn, maar dat heeft wel tot gevolg dat de doorsnee kantonrechter ook weinig ervaring heeft met pensi-

oenzaken. Daar komt bij dat pensioenkwes- ties naar hun aard complex zijn. Er zijn minstens drie partijen betrokken – werkgever, werknemer/pensioengerech- tigde en pensioenfonds/pensioenverzekeraar – en het gaat over verplichtingen over een lange periode, waardoor dus moet worden bekeken welke regelge- ving en welke reglementen van toepassing zijn. Tel daarbij op dat de werkdruk bij kantonrechters nu al erg hoog ligt en de vraag is gerechtvaardigd of ze vol- doende tijd en expertise hebben om deze geschillen te beslechten.

De vraag is gerechtvaardigd of kantonrechters voldoende tijd en expertise hebben om veelal com- plexe pensioengeschillen te be- slechten

Ondernemingskamer

Art. 217 PW bepaalt dat bij geschillen tussen de deel- nemersraad en het bestuur, de Ondernemingskamer bevoegd is. Dit soort geschillen komt niet heel vaak voor. De Ondernemingskamer behandelt ook de ges- chillen tussen ondernemingsraden en werkgevers. Die problematiek is vergelijkbaar. De ervaringen met de Ondernemingskamer zijn doorgaans positief. Zaken worden vaak op relatief korte termijn afgehan- deld. Doordat de Ondernemingskamer specialistisch is, heeft ze ook een behoorlijke inhoudelijke kennis van pensioenzaken in huis.

Kantonrechter of bestuursrechter

Op grond van art. 25 Wet Bpf is de kantonrechter ook bevoegd bij geschillen over deelneming in en uitke- ring uit een bedrijfstakpensioenfonds. Op grond van art. 26 Wet Bpf is Rechtbank Rotterdam, afdeling be- stuursrecht, echter bevoegd voor zover het gaat om beroep tegen een besluit op grond van de Wet Bpf. Dat betekent dat bij geschillen over het al dan niet verlenen van vrijstellingen de bestuursrechter be- voegd is, maar als het gaat over de deelname in een bedrijfstakpensioenfonds is de kantonrechter weer bevoegd. Als er discussie ontstaat tussen een bedrijfs- takpensioenfonds en een werkgever, zal de werkge- ver vaak in eerste instantie stellen dat hij niet ver- plicht is om aan te sluiten bij dat fonds. Daarnaast zal hij het standpunt innemen dat hij in ieder geval recht heeft op een vrijstelling. Voor de eerste vraag is de kantonrechter bevoegd. De tweede vraag moet echter aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Het is bij dergelijke geschillen dus van belang goed op te let- ten welk rechter bevoegd is.

Rechtbank

Als er binnen een bestuur discussies ontstaan, zal het een beslissing moeten nemen door zorgvuldig de

voorgeschreven besluitvorming in de statuten te door- lopen. In de statuten moet een nauwkeurige procedu- re voor het nemen van besluiten zijn beschreven. Daarin moet worden opgenomen of er een quorum geldt, met andere woorden, of er voor een rechtsgel- dig besluit bijvoorbeeld ten minste twee werkgevers- en twee werknemersvertegenwoordigers aanwezig moeten zijn. Verder moet worden opgenomen of er sprake dient te zijn van een bepaalde gekwalificeer- de meerderheid. Dat wil zeggen dat bepaalde beslu- ten, zoals de liquidatie van het fonds, uitsluitend met tweederde meerderheid kunnen worden genomen.

Als de vereisten niet nauwkeurig worden nageleefd of het besluit in strijd is met de redelijkheid en bil- lijkheid ex art. 2:8 BW, kan een vordering worden in- gediend door een belanghebbende bij de rechtbank van de plaats van vestiging van de rechtspersoon. In dat geval is dus niet de kantonrechter, maar de recht- bank bevoegd (art. 2:15 BW).

In de statuten moet een nauwkeu- rige procedure voor het nemen van besluiten zijn beschreven

■ ZIJN ER ANDERE MOGELIJKHEDEN?

Moet je bij geschillen altijd naar een van de hierbo- ven genoemde rechters? Nee. Je kunt bijvoorbeeld ook kiezen voor een bindend advies. In de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid inzake goed pensi- oenfondsbestuur is onder principe A6 opgenomen dat het bestuur van een fonds zorg moet dragen voor een adequate interne klachten- en geschillenproce- dure. Een dergelijke procedure kan worden be- schouwd als een bindend advies. Het voordeel daar- van is dat een kundige klachtencommissie kan worden samengesteld. Hierin kunnen personen zit- ting nemen die ervaring hebben met pensioengeschil- len en tevens goed bekend zijn met de specifieke ken- merken van de pensioenreglementen van het fonds. Ook kan natuurlijk worden gekozen voor arbitrage. Ook dat heeft als voordeel dat zich kundige personen over het geschil kunnen buigen. Dat is met name in- teressant bij verschil van mening over complexe uit- voeringsovereenkomsten tussen werkgevers en pen- sioenfondsen.

Een arbiter, geschillencommissie of bindend adviseur zal altijd een knoop moeten doorhakken. Bijvoorbeeld om vast te stellen dat een werkgever nog een bepaald bedrag moet bijstorten in een pensioenfonds. Een na- deel is evenwel dat de arbiter niet met partijen in overleg kan treden om te zoeken naar de beste oplos- sing. De kans bestaat immers dat de werkgever in ge- val van een bijstortingsverplichting de pensioenrege- ling inhoudelijk gaat wijzigen. Het is de vraag of het ontstane geschil dan met het oordeel van de arbiter is opgelost of dat partijen van het ene geschil in het andere zijn gerold.

■ MEDIATION

Bij pensioenzaken gaat het lang niet altijd om de vraag of een beslissing wel of niet juist is, maar of met het desbetreffende besluit alle belangen op een evenwichtige wijze zijn behartigd, conform art. 105, lid 2 PW). Denk aan de aangekondigde kortingen op de pensioenuitkeringen, het niet of onvolledig indexeren van uitkeringen of opgebouwde rechten en de hogere bijdragen van werkgevers en werknemers en de geringere pensioenopbouw die werknemers daar in sommige gevallen voor terugzien. Gelet op de economische vooruitzichten zal een eventueel herstel van een deel van genoemde maatregelen over een lange tijd en slechts in stapjes kunnen worden uitgevoerd. Daarmee zal het uiterst lastig zijn om steeds die besluiten te nemen die voor alle betrokkenen het predicaat 'resultaat van evenwichtige belangenbehartiging' verdienen. Juist in dat kader kan het wenselijk zijn om niet voor bovenpartijdige maar voor tussenpartijdige geschillenbeslechting te kiezen. Arbitrage, bindend advies en bijvoorbeeld de gang naar de kantonrechter zijn vormen van bovenpartijdige geschillenbeslechting. Een onafhankelijke derde doet in die gevallen een bindende uitspraak. Of de kwestie met die uitspraak voor alle betrokken partijen ook op een bevredigende wijze is opgelost, doet er niet toe; partijen zullen het met die uitspraak moeten doen.

Met een mediator kan het debat waarbij elke partij probeert de andere van zijn gelijk te overtuigen, veranderen in een dialoog

Bij mediation kiezen partijen samen een onafhankelijke derde, die hen helpt om met elkaar een oplossing voor hun geschil te vinden. Met een mediator kan het debat waarbij elke partij probeert de andere van zijn gelijk te overtuigen, veranderen in een dialoog. Daarbij wordt getracht om met de kennis van alle belangen die spelen, een oplossing te vinden die door alle partijen als de best haalbare wordt erkend en aanvaard.

■ GESCHIKTHEID VAN MEDIATION VOOR PENSIOENGESCHILLEN

Mediation is buitengewoon geschikt voor geschillen in de pensioenwereld, omdat bestuurders van pensioenfondsen zonder last of ruggespraak hun functie dienen te vervullen en individueel de taak en opdracht hebben om de belangen van alle betrokkenen op een evenwichtige wijze te behartigen. Bij het zoeken naar een evenwichtige kortingsmaatregel, een evenwichtige verdeling van een depot of een redelijke wijziging van het reglement, zijn vele varianten mogelijk. Als wordt gekozen voor bovenpartijdige geschillenbeslechting, zal een 'arbiter' moeten vaststel-

len of de door het bestuur of de werkgever voorgestelde maatregel voldoet aan de evenwichtigheidseis. Is dat niet het geval, dan zullen partijen op zoek moeten gaan naar een alternatief. Bij mediation kunnen partijen direct met elkaar onder deskundige leiding alle belangen verkennen en samen zoeken naar een evenwichtige oplossing.

Nog een argument ten faveure van mediation bij pensioengeschillen is dat partijen ook in de toekomst en vaak gedurende langere tijd met elkaar moeten samenwerken. Een bovenpartijdige uitspraak leidt doorgaans tot winnaars en verliezers, soms zelfs uitsluitend tot verliezers. Het spreekt vanzelf dat dit de werkrelatie van partijen niet ten goede komt. Een mediator is daarentegen geschoold en getraind om relaties tussen partijen in stand te houden en waar nodig zelfs te herstellen.

Een mediator is geschoold en getraind om relaties tussen partijen in stand te houden en waar nodig zelfs te herstellen

Een derde argument in het voordeel van mediation is dat veel partijen er de voorkeur aan geven om zelf actief betrokken te zijn bij het vinden van een oplossing. Bij complexe pensioenkwesties bestaat nogal eens de vrees dat een oordeel van bijvoorbeeld een arbiter of kantonrechter niet leidt tot een adequate of daadwerkelijke oplossing van het geschil. Een dergelijk oordeel is namelijk vaak het startpunt voor nieuwe onderhandelingen. In dat geval kunnen partijen beter direct zelf op zoek gaan naar een optimale oplossing van het geschil. Daarbij speelt ook een rol dat sinds de invoering van de governancecode voor pensioenfondsen aanzienlijk is geïnvesteerd in de deskundigheid van pensioenfondsbestuurders. Bij mediation brengen niet alleen de mediator, maar alle betrokken bestuurders al hun kennis, ervaring en creativiteit in, om samen tot een voor iedereen aanvaardbare en ook extern verdedigbare oplossing te komen. Een nadeel van mediation kan zijn dat er geen garantie is dat de bemiddeling tot een voor alle betrokken partijen bevredigende oplossing leidt. Daar staat tegenover dat de mediator samen met partijen doorgaans in vrij korte tijd kan beoordelen of het geschil mediabel is. Mocht dat niet zo zijn, of mocht er in de mediation toch geen bevredigende oplossing worden bereikt, dan staat altijd de weg nog open om daarna, met de kennis van dat moment, voor de best passende vorm van bovenpartijdige geschillenbeslechting te kiezen.

■ DE WERKZAME FACTOREN VAN MEDIATION

Wat betreft de werkzame factoren van mediation vallen er vier categorieën te onderscheiden:

- de inhoud van de mediation- of bemiddelingsovereenkomst;

- de brede range aan procesinterventies die de mediator ter beschikking staat;
- de specifieke vaardigheden die de mediator geacht wordt te beheersen in het omgaan met eventuele emoties van betrokken partijen; en
- de vaststellingsovereenkomst waarin de bereikte oplossing wordt vastgelegd.

De mediationovereenkomst

De mediator en de betrokken partijen tekenen bij de start de mediation- of bemiddelingsovereenkomst. Daarin staan alle belangrijke spelregels en wordt het geschil beknopt omschreven. De belangrijkste spelregels zijn: vrijwilligheid van deelname, vertrouwelijkheid van informatie, voldoende mandaat van betrokkenen en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator.

Alle betrokken partijen nemen vrijwillig deel aan de mediation en kunnen zich, desgewenst zonder opgaaf van redenen, op elk moment daaruit terugtrekken. Ook is elke deelnemende partij geheel vrij om wel of niet met een bepaalde oplossing in te stemmen. Alle informatie die op welke wijze dan ook tijdens de mediation beschikbaar komt – en niet in enigerlei vorm buiten de mediation al beschikbaar was of is gekomen – inclusief alle voorstellen die partijen tijdens het proces op tafel leggen, zijn en blijven vertrouwelijk, tenzij partijen gezamenlijk anders overeenkomen in de uiteindelijke vaststellingsovereenkomst.

Vrijwilligheid en vertrouwelijkheid zijn essentiële voorwaarden om partijen te stimuleren hun belangen met elkaar te delen en zo voorstellen te kunnen doen voor een oplossing waarin zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met al die belangen. Lukt het onverhoopt niet om een oplossing te vinden, dan kan niets van hetgeen op tafel is gekomen in een eventuele latere procedure tegen partijen worden gebruikt.

Vrijwilligheid en vertrouwelijkheid zijn essentiële voorwaarden bij mediation

Partijen en de mediator stellen voorafgaand aan het ondertekenen van de mediationovereenkomst met elkaar vast of eerdere werkzaamheden, relaties of contacten van of met de mediator hebben geleid of alsnog zouden kunnen leiden tot enige vorm van belangenverstrengeling, dan wel de schijn daarvan. Om verder te zorgen dat de mediator volledig onafhankelijk en onpartijdig kan optreden, moet diens bezoldiging onafhankelijk zijn van de uitkomst van de mediation. Partijen die deelnemen aan een mediation dienen bij voorkeur volledig mandaat te hebben om zelfstandig te kunnen besluiten om wel of niet in te stemmen met een bepaalde oplossing. Een onvolledig mandaat van een of meer partijen hoeft niet per se een probleem op te leveren, maar vergroot wel de kans op complicaties later in het proces.

Brede range aan procesinterventies

De mediator kent een zeer brede range aan in te zetten procesinterventies. Hij kan zowel plenair met alle partijen overleggen als een voorstel doen om bepaalde zaken met individuele partijen of verschillende combinaties van partijen te bespreken. Ook kan hij voorstellen, als hij of een van de partijen dat wenst, om vertrouwelijke gesprekken te voeren. De mediator kan de informatie uit die gesprekken gebruiken voor de te kiezen vervolgaanpak of in latere onderhandelingen, maar de inhoud van dat gesprek mag als zodanig niet ter tafel komen in aanwezigheid van de andere betrokkenen. De mediator kan op enig moment ook vaststellen dat er specifieke deskundigheid ontbreekt voor de voortgang van het bemiddelingsproces en dan aan partijen voorstellen om die deskundigheid in te huren. In geval van te grote machtsverschillen tussen de deelnemende partijen kan de mediator voorstellen doen om die verschillen te verkleinen. Bijvoorbeeld door een partij aan te bevelen om een extern adviseur of raadsman in de arm te nemen die tijdens de onderhandelingen in de directe nabijheid voor separaat overleg beschikbaar is.

De mediator kan ook tussen de partijen pendelen om te beoordelen of er voldoende onderhandelingsruimte is en partijen helpen om tot kansrijke voorstellen te komen. Dat pendelen is ook goed inzetbaar als onderliggende irritaties bij partijen plenair te snel worden opgeroepen en zo de onderhandelingen dreigen te bemoeilijken.

Advocaten stellen wel eens dat het inschakelen van een mediator niet nodig is. Op grond van de gedragsregels voor advocaten zijn zij immers verplicht om in eerste instantie te zoeken naar een 'minnelijke regeling'. Dat is juist. Gelukkig lukt het advocaten dan ook geregeld om een dergelijke minnelijke regeling zonder tussenkomst van een mediator tot stand te brengen. Maar niet altijd. En dan kan de advocaat op grond van zijn gedragsregels geen gebruik maken van genoemde procesinterventies, waar een mediator dat juist wel kan. Een advocaat mag immers niet direct contact opnemen met een wederpartij, maar uitsluitend overleggen met diens advocaat. Ook de handen van rechters, arbiters en bindend adviseurs zijn gebonden; zij mogen in principe geen vertrouwelijk overleg met een van de partijen voeren. Hoor en wederhoor bij bovenpartijdige geschillenbeslechting eist dat elke partij kan reageren op hetgeen de andere partij met de rechter, arbiter of bindend adviseur bespreekt. Bij complexe pensioenzaken is het vaak wenselijk om wel gebruik te kunnen maken van deze interventiemaatregelen.

Bij een complexe materie als pensioenen moet de mediator over voldoende materiekennis beschikken om het proces efficiënt en effectief te kunnen leiden

De ervaring heeft intussen wel geleerd dat bij een complexe materie als pensioenen de mediator over voldoende materiekennis moet beschikken om het proces efficiënt en effectief te kunnen leiden. Bij zeer complexe vraagstukken waarbij ook nog eens veel partijen zijn betrokken, kan ook worden gekozen voor co-mediation. Twee mediators werken dan intensief samen, waarbij de een zeer ervaren is in de procesgang en de ander specifieke deskundigheden over pensioenen bezit.

Binnen de beroepsgroep van mediators heerst discussie over de vraag of een mediator zich uitsluitend moet beperken tot het proces of ook inhoudelijk met de materie aan de slag mag gaan. Wij zijn van mening dat bij complexe vraagstukken een pure procesmatige rol van de mediator in veel gevallen niet adequaat zal zijn. We vinden dat ook een inhoudelijke bemoeienis heel verdedigbaar en vooral vruchtbaar kan zijn, zolang de regel wordt nageleefd dat zowel de mediators als de partijen al hun kennis, ervaring en creativiteit inbrengen om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Daarbij geldt echter uitdrukkelijk dat alleen de partijen besluiten of, en zo ja, onder welke voorwaarden ze individueel dan wel collectief een bepaalde oplossing wensen te accepteren. Deze zogenoemde partijautonomie is een wezenlijk kenmerk van mediation.¹

Omgaan met emoties van partijen

Het pendelen tussen partijen in geval van snel opkomende emoties is reeds genoemd. Ook is het goed werkbaar om partijen te mengen in twee of meer groepjes en elkaar zo meer inzicht te laten verkrijgen in de achterliggende belangen van de verschillende zienswijzen. In een volgende fase kan dat erg productief blijken bij het gezamenlijk ontwerpen van een geschikte oplossing. Kern van het omgaan met emoties is veelal tijdelijk de inhoudelijke discussie op te schorten en eerst te bespreken waardoor die emoties worden opgeroepen. De inhoudelijke discussie dient pas te worden hervat nadat die verkregen inzichten met elkaar zijn gedeeld. De praktijk leert dat daar vaak ook nieuwe inzichten bij ontstaan, waarmee de bereidheid van partijen wordt vergroot om constructief samen te werken aan een gemeenschappelijke oplossing.

De vaststellingsovereenkomst

Bij mediation is het goed gebruik om een bereikte oplossing, of een of meer deeloplossingen, op te nemen in een vaststellingsovereenkomst en die door alle betrokken partijen te laten tekenen. Partijen kunnen besluiten om de inhoud van die overeenkomst vertrouwelijk te behandelen. Wanneer informatie op enig moment toch moet worden gedeeld met een of meer achterbannen of externe partijen of instanties, kunnen partijen besluiten ook een separaat document op te stellen waarin de noodzakelijke besluiten en bijbehorende informatie wordt opgenomen, inclusief de motivatie die deze besluiten rechtvaardigen.

CONCLUSIE

Zowel de financieel-economische ontwikkelingen van de afgelopen jaren als de stijgende levensverwachting hebben grote gevolgen voor de pensioenen. De impact van nieuwe wetgeving en van te lage dekkingsgraden bij veel fondsen is groot en zal dat voorlopig ook wel blijven. Het is bepaald geen sinecure om steeds opnieuw besluiten te nemen waarbij belangen op een evenwichtige wijze zijn gewogen. Juist die context en het feit dat de afgelopen jaren stevig is geïnvesteerd in de deskundigheid van betrokkenen in de pensioensector, zullen er naar onze verwachting toe leiden dat steeds vaker voor tussenpartijdige geschillenbeslechting zal worden gekozen.

De interventiemogelijkheden van mediators en de vrijheidsgraden in de vorm van het mediationproces zijn groot. Door binnen die vrijheid gebruik te maken van een mediationovereenkomst waarin de belangrijkste werkzame factoren van mediation zijn geborgd, en van mediators die zowel procesmatig als voldoende materiedeskundig zijn, kan mediation partijen helpen om te komen tot een voor iedere betrokkene aanvaardbare oplossing van een geschil. ●

¹ In 2012 is een uitstekende analyse verschenen over de toegevoegde waarde van materiedeskundigheid bij mediation van mr. dr. Martin Brink, '(Business) Mediation en Materiedeskundigheid', Boom Juridische Uitgevers, Den Haag.