

Onbedoelde onduidelijkheid bij onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagverlening

Met de invoering van de Pensioenwet, alweer geruime tijd geleden, werd onder meer beoogd om de communicatie over de (on)voorwaardelijkheid en de hoogte van de indexatie te verduidelijken. En toch leidt indexatie van pensioen, ook wel toeslagverlening genoemd, in de praktijk nog regelmatig tot geschillen tussen werkgevers, werknemers en pensioenuitvoerders. Dat ervaren wij niet alleen in onze praktijk, ook in de rechtspraak staat de toeslagbepaling veelvuldig centraal. Waar echter nog weinig rechtspraak over is, is de 'onbedoeld onvoorwaardelijke indexatieregeling'. Dat is opvallend, want juist deze regeling bevat alle ingrediënten voor een pittige discussie over de kwalificatie daarvan.

De term 'onbedoeld onvoorwaardelijk' is pas met de invoering van de Pensioenwet (PW) geïntroduceerd. Zijn voorganger, de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), bevatte geen voorschriften met betrekking tot de omschrijving van de voorwaardelijkheid van toeslagverlening. Wel gold onder die wet al art. 6:21 BW: 'Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.' Om te beoordelen of een indexatieregeling onder de PSW als voorwaardelijk kon worden aangemerkt, diende deze dan ook langs genoemde BW-maatstaf te worden beoordeeld. Hieruit kan worden afgeleid dat onder het PSW-regime een indexatiebepaling, waarbij in de pensioentoezegging richting de werknemer geen duidelijk voorbehoud is gemaakt over de toekenning ervan, op grond van art. 6:21 BW als onvoorwaardelijk kan worden aangemerkt.



Corine Hoekstra
Mr. C.A. Hoekstra is
advocaat bij Veugelers
Advocatuur BV

■ ONBEDOELD ONVOORWAARDELIJKE TOESLAG IN DE PENSIOENWET

Met de invoering van de PW per 1 januari 2007 zijn duidelijker voorschriften gesteld met betrekking tot de (on)voorwaardelijkheid van toeslagbepalingen. De eventuele voorwaardelijkheid zou volgens de regering niet uitsluitend moeten blijken uit de inhoud van de pensioenovereenkomst, respectievelijk de uitvoeringsovereenkomst, maar eveneens uit het pensioenreglement en de communicatie van de werkgever en de pensioenuitvoerder, door het hanteren van een voorwaardelijkheidsverklaring.¹ Dit heeft geleid tot de invoering van art. 95, lid 3 PW, waarin is bepaald dat een toeslag slechts voorwaardelijk is als deze voorwaardelijkheid tot uiting komt door het opnemen van een voorwaardelijkheidsverklaring in de pensioenovereenkomst, het reglement, de uitvoeringsovereenkomst en de informatie van de pensioenuitvoerder. Dit specifieke artikel is voor pensioenfondsen op 1 januari 2008 in werking getreden en voor verzekerde regelingen op 1 januari 2009.

Overgangsrecht

Daarnaast heeft de wetgever specifiek overgangsrecht gecreëerd, door te bepalen dat genoemde bepaling niet van toepassing is op informatieverstrekking die heeft plaatsgevonden voor de datum van haar inwerkingtreding.² Naar aanleiding hiervan zijn tijdens de parlementaire behandeling vragen gesteld over 'onbedoeld onvoorwaardelijke indexatietoezeggingen' die in het kader van reeds opgebouwde aanspraken zijn gedaan vóór invoering van de Pensioenwet. Pensioenreglementen waarin door de werkgever zonder voorbehoud een verhoging van de opgebouwde pensioenen werd toegezegd, waren destijds in verzekerde regelingen niet ongewoon. De voorwaardelijkheid van de indexatieregeling vloede in die situatie niet voort uit het pensioenreglement, maar uit de wijze van financieren, zoals vastgelegd in de verzekeringsovereenkomst tussen

werkgever en verzekeraar, bijvoorbeeld door voor de financiering aan te sluiten bij winstdeling van de verzekeraar. Met de inwerkingtreding van art. 95, lid 3 PW was een dergelijke constructie niet langer toegestaan. De voorwaardelijkheid van de indexatie moet immers duidelijk zijn verwoord in alle in deze bepaling genoemde documenten. Sanctie voor het niet naleven van dit vereiste is dat de toeslagregeling als onvoorwaardelijk wordt aangemerkt.

Dat in de Invoerings- en aanpassingswet PW (IPW) is bepaald dat deze eis niet van toepassing zou zijn op informatie van vóór de inwerkingtreding van art. 95, lid 3 PW, heeft te maken met het feit dat met de invoering van de Pensioenwet de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het pensioenreglement is verschoven van de werkgever naar de pensioenuitvoerder. Via dit overgangsrecht zou worden voorkomen dat de pensioenuitvoerder tevens verantwoordelijk werd voor verkeerd geformuleerde toeslagbepalingen uit het verleden.

Maatstaven

Tijdens de parlementaire behandeling van de IPW is ten aanzien van de vraag of een 'oude' indexatieregeling als voorwaardelijk kon worden aangemerkt of niet, dan ook geantwoord dat hierbij moest worden aangesloten bij de destijds geldende maatstaven.³ Welke maatstaven hier worden bedoeld, is niet nader toegelicht, maar aannemelijk is dat hiervoor dient te worden aangesloten bij art. 6:21 BW. Een toeslagbepaling is dus onvoorwaardelijk als uit de toezegging

De eventuele voorwaardelijkheid dient te worden beoordeeld in samenhang met de tussen werkgever en pensioenuitvoerder gemaakte financieringsafspraken

niet blijkt dat toekenning afhankelijk is van een bepaalde gebeurtenis. Een in een pensioenreglement verwoorde pensioentoezegging waarin louter is opgenomen dat 'de pensioenen jaarlijks worden verhoogd met de prijsindex', zou in dat licht dus als onvoorwaardelijk kunnen worden gekwalificeerd.

De toelichting bij de IPW ten aanzien van onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagen doet echter vermoeden dat dit niet in alle gevallen opgaat: 'Met "onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagen" wordt bedoeld op de situatie, zoals die thans wel voorkomt bij rechtstreeks verzekerde regelingen, waarin een werkgever in het pensioenreglement een onvoorwaardelijke toeslag toezegt aan deelnemers, welke toezegging evenwel voorwaardelijk is bedoeld. De voorwaardelijkheid komt niet tot uitdrukking in het pensioenreglement, maar in het verzekeringscontract tussen werkgever en verzekeraar. In de Pensioenwet is een dergelijke constructie niet meer toegestaan.'⁴ Deze passage im-

pliceert dat de toeslag, ook al is deze zonder voorwaarden toegezegd in het pensioenreglement, toch als voorwaardelijk kan worden aangemerkt; de voorwaardelijkheid komt immers tot uitdrukking in het verzekeringscontract. Zoals gezegd was deze systematiek vóór de inwerkingtreding van art. 95 PW niet ongewoon bij verzekerde regelingen. Uit de toevoeging dat in de Pensioenwet een dergelijke constructie niet meer is toegestaan, kan worden afgeleid dat dit voor die tijd dus wél kon.

Een en ander zou betekenen dat voor de vraag of de indexatie eertijds voorwaardelijk was, niet uitsluitend kan worden volstaan met een beoordeling van de pensioentoezegging, veelal verwoord in het pensioenreglement. De eventuele voorwaardelijkheid dient te worden beoordeeld in samenhang met de tussen werkgever en pensioenuitvoerder gemaakte financieringsafspraken, zoals neergelegd in de verzekeringsovereenkomst.

Onvoorwaardelijk gecommuniceerde toeslag onder PSW niet ongewoon

Dat het ook onder de PSW niet ongewoon was dat in verzekerde regelingen voorwaardelijke toeslagbepalingen onbedoeld als onvoorwaardelijk richting belanghebbenden werden gecommuniceerd, werd vervolgens toegelicht door de toenmalige staatssecretaris van SZW, De Geus: 'Voor alle duidelijkheid zij erop gewezen, dat pensioenuitvoerders in hun communicatie op grond van de artikelen 38 tot en met 45 PW de eventuele voorwaardelijkheid van de toeslagverlening uiteraard expliciet tot uitdrukking moeten laten komen, óók als het om (gewezen) deelnemers, of pensioengerechtigden gaat, aan wie in het verleden een "onbedoeld onvoorwaardelijke toeslag" is gecommuniceerd. Daarmee wordt niet de inhoud van de toezegging omtrent toeslag gewijzigd, maar wordt voor de toekomst helder gemaakt wat die toezegging nu eigenlijk precies inhoudt – en altijd ingehouden heeft, maar onhelder gecommuniceerd – namelijk een voorwaardelijke toeslagverlening.' Ook hieruit kan worden afgeleid dat onder de PSW de in het pensioenreglement en de verstrekte communicatie onvoorwaardelijk verwoorde toeslagbepaling bij verzekerde regelingen, onder omstandigheden toch als voorwaardelijk kon worden aangemerkt. Immers, de inhoud van de toezegging, te weten een voorwaardelijke toeslagverlening, wordt door de invoering van de PW niet veranderd, maar slechts verduidelijkt. Toch kon de staatssecretaris tijdens de behandeling van de PW en de IPW in de Eerste Kamer hiermee niet alle ongerustheid wegnemen. Senator Westerveld (PvdA) plaatste vraagtekens bij de toereikendheid van het over-

1 Memorie van toelichting PW, artikelsgewijze toelichting, TK 30 413 nr. 3, blz. 240.

2 Art. 44 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet.

3 Memorie van toelichting IPW, Tweede Kamer, 30 655 nr. 3, blz. 22.

4 Memorie van antwoord IPW, Eerste Kamer, 30 655 C, blz. 2 t/m 3.

gangsrecht voor de onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagen, vanuit de vrees dat werkgevers of uitvoerders torenhoge claims aan de broek zouden krijgen.⁵ Daarop verklaarde De Geus dat het niet de bedoeling is om de werkgever plotseling te vrijwaren voor claims van werknemers of gepensioneerden aan wie een onvoorwaardelijke toeslag is toegezegd die ze vervolgens niet meer krijgen uitbetaald. Maar voor de toekomst – dus vanaf inwerkingtreding van art. 95, lid 3 PW – loopt de werkgever dat risico niet meer, omdat de verantwoordelijkheid voor het pensioenreglement overgaat naar de pensioenuitvoerder, aldus de staatssecretaris.

■ KWALIFICATIE TOESLAGBEPALING

Deze conclusie roept vragen op rond de kwalificatie van de toeslagregeling vóór en na de invoering van de Pensioenwet. Gesteld dat een belanghebbende in rechte met succes een onvoorwaardelijke indexatie afdwingt over de jaren tot invoering van art. 95, lid 3 PW (1 januari 2009 voor verzekerde regelingen). Grondslag hiervoor kan zijn dat de pensioentoezegging zoals verwoord in het pensioenreglement, als ook de verstrekte informatie geen voorwaarde bevatte voor de toekenning van de toeslag. De voorwaardelijkheid blijkt daarentegen wel uit het verzekeringscontract, aangezien daarin de toeslag afhankelijk is gesteld van eventuele winstdeling van de verzekeraar. Een interessante vraag is dan hoe de rechter in deze situatie zou oordelen over de kwalificatie van de toeslagregeling vanaf 1 januari 2009.

Toeslag voorwaardelijk na invoering PW?

Zoals gezegd loopt de werkgever met een verzekerde regeling na 1 januari 2009 geen risico meer op claims, omdat de pensioenuitvoerder verantwoordelijk is geworden voor de inhoud van het pensioenreglement. Jegens de pensioenuitvoerder heeft de (oud-)deelnemer vanaf dat moment in beginsel evenmin aanspraak op een onvoorwaardelijke toeslag, althans ervan uitgaande dat de pensioenuitvoerder de vereiste voorwaardelijkheidsverklaringen correct in de stukken heeft opgenomen.

Als de (oud-)deelnemer inderdaad met succes een onvoorwaardelijke indexatie kan claimen bij de werkgever over de periode vóór invoering van art. 95, lid 3 PW, maar door de invoering van de Pensioenwet bij zowel werkgever als pensioenuitvoerder nul op het rekest krijgt, zou dit betekenen dat met de invoering van de Pensioenwet de toeslagbepaling is gewijzigd van een onvoorwaardelijke in een voorwaardelijke indexatie. Die zorg leefde zoals gezegd ook al bij de behandeling van de Pensioenwet in de Eerste Kamer, getuige eerdergenoemde vragen van senator Westerveld. De bezwerende woorden van De Geus stelden haar niet gerust. Ze benadrukte dat toeslagen die vóór 2007 in een reglement, overeengekomen tussen werkgever en deelnemers, als onvoorwaardelijk zijn geformuleerd, niet van het ene op het andere moment in voorwaardelijke toeslagen kunnen worden omgezet en ook niet zomaar als voorwaardelijke toeslagen kunnen worden beschouwd. Naar haar mening was een wijziging van een eenmaal als onvoorwaardelijk

geformuleerde toeslag niet mogelijk door een enkele verklaring van de pensioenuitvoerder dat de indexatie altijd voorwaardelijk is bedoeld. Terecht merkte ze destijds al op dat met betrekking tot dit specifieke punt duidelijkheid was geboden, aangezien 'er toch

De toelichting van De Geus valt niet te rijmen met zijn eerdere standpunt, namelijk dat de inhoud van de toezegging niet verandert

een hoop narigheid van zou kunnen komen'.

Die duidelijkheid laat echter te wensen over, aangezien geen duidelijk standpunt wordt ingenomen ten aanzien van de kwalificatie van de onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagregeling bij verzekerde regelingen onder het PSW-regime. Immers, door te antwoorden dat niet is beoogd de werkgever te vrijwaren voor claims over de periode vóór invoering van art. 95, lid 3 PW, lijkt de staatssecretaris te impliceren dat de onbedoeld onvoorwaardelijk geformuleerde toeslag vóór de invoering van de Pensioenwet mogelijk toch als onvoorwaardelijk kan worden aangemerkt. Deze toelichting valt niet te rijmen met zijn eerdere standpunt, namelijk dat de inhoud van de toezegging niet verandert: 'Die was immers in feite altijd al voorwaardelijk, zij het dat de werkgever dat niet altijd in het pensioenreglement meldde'.

Toeslag ook na invoering PW onvoorwaardelijk?

Een andere mogelijkheid is dat de rechter, ook al heeft de pensioenuitvoerder na invoering van art. 95, lid 3 PW de vereiste voorwaardelijkheidsverklaringen in de stukken opgenomen, zou oordelen dat de (oud-)deelnemer ook na invoering van de Pensioenwet recht heeft op onvoorwaardelijke toeslagverlening. Argument hiervoor kan zijn dat de toeslag destijds onvoorwaardelijk is toegezegd en niet wijzigt door invoering van genoemde wet. Aangezien de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het pensioenreglement sindsdien bij de pensioenuitvoerder ligt, kan de (oud-)deelnemer in eerste instantie zijn recht halen bij de uitvoerder. Die zal echter op zijn beurt de rekening bij de werkgever neerleggen – ervan uitgaande dat die nog bestaat – waardoor de werkgever indirect alsnog een risico op claims loopt, alle geruststellende woorden van de staatssecretaris ten spijt.

De conclusie moet zijn dat, wanneer de toeslagregeling met betrekking tot de periode vóór invoering van art. 95, lid 3 PW in rechte als onvoorwaardelijk wordt gekwalificeerd, de werkgever wel degelijk, zij het indirect, een risico loopt op claims in de vorm van toekomstige onvoorwaardelijke toeslagen. Dit zou slechts anders zijn wanneer zou worden geoordeeld dat de regeling door de invoering van de Pensioenwet voor de toekomst als voorwaardelijk kan worden aangemerkt. Maar dat zou weer betekenen dat de Pensioen-

wet treedt in de inhoud van de pensioenovereenkomst, hetgeen het exclusieve terrein is van sociale partners.

Dat de werkgever ook na invoering van de Pensioenwet nog een risico loopt met betrekking tot toekomstige toeslagen, strookt echter niet met de bedoeling van de wetgever. Mijns inziens is de enige logische conclusie dat met de invoering van de Pensioenwet de 'inhoud van de toezegging omtrent toeslag niet wordt gewijzigd, maar voor de toekomst helder wordt gemaakt wat die toezegging nu eigenlijk precies inhoudt – en altijd ingehouden heeft, maar onhelder gecommuniceerd – namelijk een voorwaardelijke toeslagverlening,' zoals toegelicht in de memorie van antwoord bij de behandeling van de Pensioenwet in de Eerste Kamer. Met andere woorden, de indexatie is altijd voorwaardelijk geweest, omdat niet alleen moet worden gekeken naar de omschrijving in het pensioenreglement, maar naar alle relevante omstandigheden, waaronder de financiering daarvan, zoals omschreven in de verzekeringsovereenkomst. Op grond van deze conclusie heeft de (oud-)deelnemer dus zowel vóór als na de invoering van de Pensioenwet geen rechtsgeldige claim op een onvoorwaardelijke toeslag.

■ RECHTSpraak

In de rechtspraak lijkt deze lijn echter niet te worden gevolgd, althans er wordt nauwelijks aandacht besteed aan het 'leerstuk' van de onbedoeld onvoorwaardelijke toeslag. Zo is in de Halliburton-zaak tot aan de Hoge Raad toe geoordeeld dat sprake was van een onvoorwaardelijke indexatie, aangezien in het voorstel tot wijziging van de pensioenregeling geen duidelijke voorwaarde voor de indexatie was genoemd.⁵ Wel was erin aangegeven dat de financiering zou plaatsvinden uit de extra renteopbrengsten die de verzekeringsmaatschappij uitkeert. Ook was deze toevoeging onderdeel van het verzekeringscontract. Hof en Hoge Raad beargumenteerden dat de werknemer op basis van deze zinsnede niet behoefde te begrijpen dat de regeling voorwaardelijk was. Overigens volgde de voorwaardelijkheid in de Halliburton-zaak wel duidelijk uit de aanvullende informatie die de werkgever in het kader van de wijziging van de pensioenregeling had verstrekt en uit presentaties ten behoeve van werknemers. De werknemer stelde echter de informatie niet te hebben ontvangen en de presentaties niet te hebben bijgewoond, zodat hij hiervan niet op de hoogte was. Zowel het hof als de Hoge Raad ging hierin mee.

Dat de voorwaardelijkheid tevens bleek uit het later opgestelde pensioenreglement, mocht de werkgever evenmin baten, omdat de werknemer (stilzwijgend) had ingestemd met het initiële voorstel tot wijziging

van de pensioenregeling, waarin de voorwaardelijkheid van de indexatie onvoldoende duidelijk was omschreven. Hierdoor was volgens hof en Hoge Raad een onvoorwaardelijke indexatie tot stand gekomen, nu de werkgever niet kon aantonen dat de werknemer de aanvullende informatie daadwerkelijk had ontvangen. Ten aanzien van het later verstrekte pensioenreglement oordeelde de Hoge Raad dat dit niet kon worden gezien als een wijziging van de reeds tot stand gekomen onvoorwaardelijke indexatieregeling.

De conclusie van de Hoge Raad in deze zaak was duidelijk en is begin 2015 herhaald door de kantonrechter, in een vergelijkbare kwestie met een andere werknemer van Halliburton; aangezien in het initiële voorstel tot wijziging de pensioenregeling onvoldoende duidelijk is gemaakt dat voorwaarden zouden gelden voor de toeslagverlening, is de regeling onvoorwaardelijk. De verzekeringsovereenkomst speelt bij deze beoordeling geen relevante rol.⁷

De Halliburton-zaak speelde ten aanzien van toeslagverlening in een periode vóór de invoering van de Pensioenwet. Er wordt dan ook geen antwoord gegeven op de vraag welke consequenties deze wet zou hebben voor de indexatiebepaling. Ook in andere uitspraken over toeslagverlening lijkt door rechters geen aandacht te worden besteed aan de onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagverlening. Betekent dit nu dat de vrees voor een hoop narigheid, zoals senator Westerveld dat destijds onder woorden bracht, ongegrond was? Ik denk het niet. Zoals in veel pensioenzaken nemen deelnemers pas vele jaren na een eventuele tekortkoming hiervan kennis. Daar zijn vele redenen voor aan te wijzen; de materie is complex en de meeste deelnemers gaan zich pas echt goed in hun pensioen verdiepen op het moment dat het voor hen actueel wordt, meestal rond het moment van pensionering of bij arbeidsongeschiktheid. Er kunnen dus vele jaren voorbijgaan alvorens een deelnemer aan de bel trekt over de uitvoering van de toeslagregeling. Kwesties waarbij discussie is over de vraag of sprake is van een onvoorwaardelijke indexatie of een onbedoeld onvoorwaardelijke indexatie, zien we in de praktijk al voorbijkomen. Het is dus wachten op de eerste procedure over dit onderwerp.

■ CONCLUSIE

Toeslagverlening is een bron van discussie tussen werknemers, werkgevers en pensioenuitvoerders. Vreemd genoeg is er nog verrassend weinig rechtspraak over de zogenoemde 'onbedoeld onvoorwaardelijk geformuleerde toeslagverlening', een variant die ten tijde van de PSW bij verzekerde regelingen niet ongebruikelijk was. Op basis van de parlementaire behandeling lijkt de meest voor de hand liggende conclusie dat dergelijke toeslagbepalingen altijd

In de rechtspraak wordt nauwelijks aandacht besteed aan het 'leerstuk' van de onbedoeld onvoorwaardelijke toeslag

5 Eerste Kamer, 5 december 2006, nr. 12, p. 12-507.

6 HR 23 april 2010, nr. 08/04746, ECLI:NL:HR:2010:BL5262.

7 Rechtbank Noord-Holland, sectie Kanton, 26 februari 2015, nr. 3179058 / CV EXPL 14-6910, ECLI:NL:RBNHO:2015:1839.

voorwaardelijk zijn geweest en dat deze voorwaardelijkheid voortvloeit uit de financiering, zoals deze blijkt uit het verzekeringscontract. Met art. 95, lid 3 PW is vervolgens uitsluitend beoogd om vanaf de invoering daarvan duidelijkheid te bieden over de voorwaardelijkheid van de toeslagbepaling. Een materiële wijziging van de kwalificatie van de toeslagbepaling lijkt de wetgever niet te hebben beoogd.

In recente rechtspraak blijken rechters echter bij de kwalificatie van de toeslagbepaling geen rekening te houden met de parlementaire discussies rond onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagbepalingen. Als een rechter een ten tijde van de PSW als onbedoeld onvoorwaardelijk geformuleerde toeslag als onvoorwaardelijk bestempelt, ook al vloeit de voorwaardelijkheid voort uit de financieringsafspraken, is het voor de praktijk zeer interessant om te weten hoe deze zelfde indexatie moet worden beoordeeld na invoering van art. 95, lid 3 PW. Eveneens als onvoorwaardelijk, gelet op het feit dat de Pensioenwet niet treedt in de inhoud van de pensioenovereenkomst? Dan zou de pensioenuitvoerder aansprakelijk kunnen

worden gesteld voor toekenning van een onvoorwaardelijke toeslag, ondanks dat deze aan alle wettelijke vereisten voor voorwaardelijkheid heeft voldaan. Als de werkgever nog bestaat, zal de uitvoerder de kosten hiervan naar alle waarschijnlijkheid bij de werkgever neerleggen, die daardoor dus indirect alsnog het risico loopt op claims. Bestaat de werkgever niet meer, dan zijn de kosten voor de uitvoerder en moet deze dus bloeden voor het feit dat de werkgever destijds niet juist heeft gecommuniceerd over de voorwaardelijkheid van de toeslagverlening.

Het zou voor de rechtszekerheid goed zijn als de rechter zich over deze kwestie buigt, met name ten aanzien van de invoering van art. 95, lid 3 PW bij verzekerde regelingen. De hier gesignaleerde onduidelijkheid was overigens eenvoudig te voorkomen geweest als de wetgever in de wet zelf – in plaats van in de toelichting daarop – had vastgelegd dat de voorwaardelijkheid van een toeslag in een verzekerde regeling vóór invoering van de Pensioenwet moet worden uitgelegd aan de hand van de toezegging én de financiering. ●