

## Enmalige uitkering aan gepensioneerde is in casu een toeslag.

CBb 04-07-2000, AWB 99/57 28 000, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

|               |                                           |
|---------------|-------------------------------------------|
| Instantie     | College van Beroep voor het bedrijfsleven |
| Datum         | 4 juli 2000                               |
| Zaaknummer    | AWB 99/57 28 000                          |
| Noot          | mr. W.P.M. Thijssen                       |
| Vakgebied(en) | Verzekeringsrecht / Pensioenrecht         |

## Essentie

Enmalige uitkering aan gepensioneerde is in casu een toeslag.

## Samenvatting

*De uitkering aan gepensioneerden is afgeleid van de hoogte van het pensioen en vormt volgens de Verzekeringskamer een PSW-toeslag. De Verzekeringskamer mag haar opgestelde beleidsregels toepassen.*

## Uitspraak

### Gewijzigde UITSPRAAK<sup>[1]</sup>

in de zaak van:

de Stichting Pensioenfonds TNO, te Delft, appellante, gemachtigde: prof. dr. E. Lutjens, advocaat te Amstelveen, tegen

de Verzekeringskamer, te Apeldoorn, verweerster, gemachtigden:

mr. A.M.A.A. Leijssen-Bollen en mr. R.A.Thien, beiden werkzaam bij verweerster.

### 1. De procedure

Op 19 januari 1999 heeft het College van appellante een beroepschrift ontvangen, waarbij beroep wordt ingesteld tegen een besluit van verweerster van 10 december 1998. Bij dat besluit is ongegrond verklaard het bezwaar dat appellante heeft gemaakt tegen de beschikking houdende het voornemen

van verweerster tot toepassing van artikel 23 derde lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW).

Bij schrijven van 23 maart 1999 heeft verweerster een verweerschrift ingediend.

Desverzocht door het College heeft verweerster bij schrijven van 28 december 1999 een publicatie harerzijds overgelegd.

Bij brief van 12 mei 2000 heeft appellante enige stukken ingediend.

Op 23 mei 2000 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden, alwaar partijen, bij monde van hun gemachtigden hun standpunten nader hebben toegelicht. Aan de zijde van appellante zijn tevens verschenen: dr.ir. E.C. van Ballegooijen en mr. A. van Luijk, werkzaam bij appellante.

## 2. De Grondslag van het geschil

2.1. De artikelen 6, 8, en 23 PSW luiden, voor zover van belang:

### 'Artikel 6

(...)

4. Bij het vervullen van zijn taak zorgt het bestuur van een pensioenfonds er voor dat alle belanghebbenden zich door het bestuur op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

(...)

### Artikel 8

8. Indien een instelling of persoon op ingegane ouderdomspensioenen van personen die tot de ingang van hun pensioen aan de regeling van het pensioenfonds hebben deelgenomen toeslagen, hoe ook genaamd, verleent, heeft de gewezen deelnemer die aan dezelfde regeling van dat fonds heeft deelgenomen er jegens die instelling of persoon recht op dat hem op zijn pre-mievrije aanspraak op ouderdomspensioen overeenkomstige toeslagen worden verleend met inachtneming van dezelfde uitgangspunten. Op de overeenkomstige toeslagen kunnen in mindering worden gebracht toeslagen op zijn premievrije aanspraak op ouderdomspensioen welke de gewezen deelnemer over hetzelfde tijdvak uit andere hoofde ontvangt. (...).

9. Onze Minister kan aangeven wat voor de toepassing van het zevende en achtste lid onder gewezen deelnemer en onder toeslagen wordt verstaan.

(...)

### Artikel 23

1. De Verzekeringkamer kan, indien:

a. de statuten en reglementen van een pensioen- of spaarfonds niet aan de voorschriften van de artikelen 6 tot en met 11 (...) beantwoorden (...);

b. de gang van zaken bij een zodanig fonds haar, hetzij in zijn geheel, hetzij op bepaalde onderdelen, onbevredigend voorkomt,

haar opmerkingen daarover ter kennis brengen van het bondsbestuur.

(...)

3. De Verzekeringkamer kan, indien het bondsbestuur in gebreke blijft aan deze opmerkingen gevolg te geven, besluiten haar opmerkingen op kosten van het fonds in de pers of anderszins openbaar te maken. De werking van de beschikking wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.'

Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

— Ter vergadering van het bestuur van appellante op 26 juni 1996 is besloten aan alle gepensioneerden in de maand december 1996 een eenmalige uitkering toe te kennen van 10% van het in dat jaar ontvangen bruto pensioen.

— Bij schrijven van 26 september 1997 heeft verweerster appellante gevraagd om informatie over de motieven voor en de besluitvorming over deze toekenning, in verband met het bepaalde in de artikelen 8, achtste lid en 6, vierde lid PSW.

— Bij schrijven van 6 oktober 1997 heeft appellante medegedeeld dat sprake is van een geschenk in verband met de feestdagen dat een groter bedrag betrof dan in eerdere jaren, omdat in 1996 enkele voorzieningen zijn getroffen, specifiek ten behoeve van de (actieve) deelnemers van het fonds, namelijk een pensioenspaarregeling ter vervanging van de VUT en een collectieve risicodekking voor het Anw-hiaat. Tevens heeft appellante er op gewezen dat de door haar beheerde pensioenen waardevast zijn via een indexatie die gekoppeld is aan de algemene salarismaatregelen.

— Hierop heeft verweerster appellante op 14 oktober 1997 schriftelijk doen weten dat de zogeheten slapers nog niet hebben mogen meedelen in de toekenningen ten laste van de vrije middelen van het fonds en dat naar de mening van verweerster aldus wordt gehandeld in strijd met artikel 6, vierde lid PSW.

— Op 17 november 1997 heeft een bespreking plaats gevonden, waarin verweerster haar standpunt nader heeft uiteen gezet. Namens appellante is er onder meer op gewezen dat van de zijde van de gepensioneerden was aangevoerd dat de pensioenen achter bleven bij rechtspositionele maatregelen als aanpassing van salarisschalen en invoering van een pensioenspaarregeling en dat een aantal gepensioneerden gebruik maakt van een niet geïndexeerde garantieregeling. Hierop heeft het bestuur van appellante na lange discussies besloten deze groep ter gelegenheid van het 55-jarige bestaan van het fonds in 1996 met de feestdagen een extraatje toe te kennen. Daarbij is in aanmerking genomen dat de slapers hebben kunnen profiteren van de medewerking van het fonds aan waarde-overdrachten. Van de zijde van verweerster is naar aanleiding van deze uiteenzetting gewezen op het bepaalde in artikel 8, achtste lid PSW.

— Bij schrijven van 18 december 1997 heeft appellante verweerster onder verwijzing naar een door prof. dr. E. Lutjens op 11 december 1997 uitgebracht advies medegedeeld dat zij door alleen aan de gepensioneerden een toekenning te doen, niet in strijd heeft gehandeld met de PSW.

— In haar schriftelijke reactie van 9 januari 1998 heeft verweerster het in voornoemd advies neergelegde standpunt, dat de toekenning aan de gepensioneerden niet een toeslag is in de zin van artikel 8, achtste lid PSW, onder verwijzing naar de door appellante op 17 november 1997 gegeven toelichting bestreden, aangezien uit die toelichting bleek dat wel degelijk indexeringsoverwegingen een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming over de toekenning. Verzocht is om afschriften van alle notulen en notities waarin de toekenning aan de orde komt.

— Bij brief van 27 januari 1998 heeft appellante geprotesteerd tegen het weer in discussie brengen van artikel 8, achtste lid PSW, nu het overleg door verweerster bij schrijven van 14 oktober 1997 expliciet was toegespitst op artikel 6, vierde lid PSW.

Bij dit schrijven en — desverzocht — bij brieven van 14 en 17 april 1998 heeft appellante aan verweerster toegezonden, notities van 27 maart en 26 april 1996 van de werkgroep pensioen-beleid, respectievelijk de penningmeester van het bestuur van appellante, de notulen van de vergaderingen van het bestuur van appellante van 18 april, 10 mei en 26 juni 1996 en de verslagen van het overleg tussen de bestuursdelegaties van appellante en van de vereniging van gepensioneerde ex-TNO-ers (ETNOS).

— Hierop hebben partijen nogmaals op 19 mei 1998 van gedachten gewisseld. Tijdens dit overleg is onder verwijzing naar een publicatie in het blad 'Verzekeringskamer in beweging' van februari 1993 het beleid van verweerster bij de uitleg van het begrip 'toeslag' in artikel 8, achtste lid PSW uiteen gezet. Voorts heeft zij aangegeven geen bezwaar te zullen maken tegen de besproken toekenning, indien anderszins een tegemoetkoming aan de slapers zou worden gedaan, die gelijkwaardig is aan hetgeen de gepensioneerden uit de vrije middelen is uitgekeerd.

— Op 26 juni 1998 heeft appellante verweerster nogmaals schriftelijk doen weten dat ze naar eigen inzicht niet heeft gehandeld in strijd met de artikelen 8, achtste lid en 6, vierde lid PSW en dat ze met de aan de gepensioneerden gedane toekenning juist een evenwichtige belangenbehartiging van alle betrokkenen beoogde.

— Bij schrijven van 20 juli 1998 heeft appellante te kennen gegeven dat de toekenning aan de gepensioneerde moet worden aangemerkt als een toeslag, bedoeld in artikel 8, achtste lid PSW, die ingevolge die bepaling ook aan de slapers had moeten worden toegekend, doch dat harerzijds geen bezwaar daartegen zal worden gemaakt, indien alsnog een gelijkwaardige tegemoetkoming als omschreven tijdens de bespreking van 19 mei 1998 aan de slapers zal worden gedaan. Appellante is bij dit schrijven nog een maand de tijd gegeven om aan de gemaakte opmerkingen tegemoet te komen. Daarbij is medegedeeld dat, mochten gepaste maatregelen binnen die termijn uitblijven, toepassing gegeven zal worden aan artikel 23 PSW.

— Op 17 september 1998 heeft verweerster besloten om, bij gebreke van maatregelen als bedoeld in de brief van 20 juli 1998, haar opmerkingen op grond van artikel 23, derde lid PSW op kosten van appellante openbaar te maken in de pers of anderszins.

— Op 1 oktober 1998 heeft appellante tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend.

— Vervolgens heeft verweerster het bestreden besluit genomen.

### 3. Het standpunt van verweerster

In het bestreden besluit en het verweerschrift heeft verweerster — samengevat — onder meer het volgende overwogen.

Bij of krachtens de PSW is niet vastgelegd wat onder een toeslag in de zin van artikel 8, zevende en achtste lid van die wet moet worden verstaan. De woorden 'toeslagen, hoe ook genaamd' in de tekst van de wettelijke bepalingen duiden evenwel op een ruim begrip. Uit de wetsgeschiedenis blijkt slechts dat bij het begrip 'toeslagen' bij wijze van voorbeeld met name is gedacht aan indexatie en koopkrachtbescherming. Nu de wetstekst ruim is, de wetsgeschiedenis weinig aanknopingspunten voor uitleg biedt en de minister geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om het begrip nader te omlijnen, heeft verweerster ter zake van de uitleg van het begrip beleid ontwikkeld, dat is gepubliceerd in 'Verzekeringskamer in beweging' van februari 1993.

Dit beleid houdt in dat geen sprake is van een toeslag in de zin van artikel 8 PSW, indien voldaan is aan twee, cumulatief bedoelde criteria, te weten:

— de uitkering is niet afhankelijk van de hoogte van het pensioen, en

— de uitkering is kennelijk niet bedoeld om het pensioen welvaartsvast te houden. Daarbij is aangegeven dat vooral gedacht moet worden aan een voor iedere gepensioneerde gelijk, vast bedrag, dat onafhankelijk is van onder meer leeftijd, pensioenhoogte en diensttijd. Is aan een van beide maatstaven niet voldaan, dan wordt er in beginsel van uit gegaan dat sprake is van een toeslag in de zin van artikel 8 PSW. Dit betekent dat ook incidentele uitkeringen aan gepensioneerden toeslagen kunnen zijn. De wet strekt er toe dat onmiddellijk een recht tegenover het fonds wordt verkregen en niet pas nadat is gebleken dat de toeslagen zich in een of meer volgende perioden herhalen.

Deze gepubliceerde visie van verweerster op het begrip 'toeslag' is wellicht geen beleidsregel in de zin van artikel 1:3, vierde lid van de Algemene wet bestuursrecht, doch dat neemt niet weg dat verweerster bevoegd is zo een visie uit te dragen.

De eenmalige uitkering van december 1996 wordt uitgedrukt in een percentage van het pensioen, dus houdt de uitkering verband met de hoogte van het pensioen. Dat ze eenmalig is en geen direct verband houdt met koopkrachtontwikkeling betekent niet dat ze geen toeslag is als bedoeld in art. 8 PSW.

Overigens hebben, blijkens de op 17 november 1997 gegeven toelichting en de overgelegde verslagen van het overleg met ETNOS, indexerings-elementen wel degelijk een rol gespeeld.

Uit hetgeen door appellante tijdens het overleg op 17 november 1997 naar voren is gebracht en de nadien gevoerde correspondentie, blijkt genoegzaam dat in de brief van 14 oktober 1997 het standpunt inzake de strijdigheid van de toekenning aan — alleen — de gepensioneerden met artikel 8, achtste lid PSW niet is prijs gegeven. In die brief is geschreven, noch bevestigd dat verweerster tot het oordeel zou zijn gekomen dat in dit geval geen sprake is van een toeslag als bedoeld in artikel 8, achtste lid PSW.

De norm van evenredige belangenbehartiging is slechts aan de orde gesteld in het kader van de beoordeling of de geconstateerde strijdigheid met artikel 8, achtste lid PSW aanleiding moet zijn om tot toepassing van artikel 23 van die wet over te gaan. Nadat verweerster te kennen had gegeven dat aanwending van de in dat laatste artikel neergelegde bevoegdheid overwogen werd, heeft ze er geen misverstand over laten bestaan, dat daarbij schending van artikel 8, achtste lid PSW centraal stond. Blijkens de wetsgeschiedenis strekt artikel 6, vierde lid PSW er toe dat het bestuur bij zijn taakuitoefening evenwichtig rekening behoort te houden met de verschillende deelbelangen. Op welke wijze hieraan gestalte wordt gegeven, hangt af van de zwaarte van de wederzijdse belangen, de aard van de te nemen besluiten en de overige omstandigheden van het geval. De in de bepaling neergelegde maatstaf laat zich moeilijk objectiveren en kan wellicht slechts bij zeer duidelijke ongelijkheid worden ingeroepen. Derhalve laat de norm het bestuur van het fonds een zekere vrijheid.

Om deze reden is de evenwichtigheidsnorm steeds bezien in combinatie met artikel 8, achtste lid PSW. Overeenkomstig die laatste bepaling moet het pensioenfonds aan de gewezen deelnemers een overeenkomstige toeslag toekennen, als die welke aan de gepensioneerden is uitgekeerd. Indien het bestuur van een fonds niet aan deze wettelijke eis voldoet, voldoet hij evenmin aan het bepaalde in artikel 6, vierde lid PSW, want is niet sprake van een evenwichtige belangenbehartiging. Het is niet correct die laatste bepaling in deze zaak als op zich zelf staand te beschouwen; dit is nooit de bedoeling geweest.

Ten onrechte beroept appellante zich op uitspraken van de Hoge Raad volgens welke deelnemers geen aanspraak kunnen maken op de vrije reserves van een pensioenfonds. Het gaat hier immers niet om een door de slapers gemaakte aanspraak op die reserves, doch om het beginsel van gelijke behandeling, neergelegd in artikel 8, achtste lid PSW, dat van toepassing wordt zodra het bestuur van het fonds besloten heeft tot toekenning van een toeslag in de zin van die bepaling.

De stelling van appellante dat de toekenning aan alleen de gepensioneerden wordt gerechtvaardigd door in het verleden getroffen regelingen die voor deelnemers en slapers van belang waren, overtuigt niet.

De door appellante genoemde voordelen komen overwegend ten goede aan de actieve deelnemers. De slapers hebben daarvan evenmin kunnen profiteren als de gepensioneerden. De medewerking aan waarde-overdracht vloeit voort uit een wettelijke regeling en is geen genereus gebaar van het fonds.

#### **4. Het standpunt van appellante**

Appellante heeft ter ondersteuning van het beroep — samengevat — onder meer het volgende tegen

het bestreden besluit aangevoerd.

4.1. Verweerster hangt ten aanzien van de aan de gepensioneerden gedane uitkering geen eenduidig standpunt aan. Bij brief van 14 oktober 1997 heeft zij gesteld dat de slapers als groep belanghebbenden geen uitkering hebben ontvangen, waardoor in strijd is gehandeld met de norm, neergelegd in artikel 6, vierde lid PSW. Nadat appellante advies had ingewonnen, heeft verweerster vervolgens in haar brief van 20 juli 1998 voortgebouwd op die norm met de mededeling dat zij zou kunnen instemmen met de toekenning aan de gepensioneerden, indien de handelwijze van appellante zou zijn in te passen in de evenwichtigheidsnorm. Derhalve staat vast dat verweerster de toelaatbaarheid van de uitkering toetst aan artikel 6, vierde lid PSW. Aldus heeft ze bij appellante het vertrouwen gewekt dat de eenmalige feest-uitkering niet valt te kwalificeren als toeslag in de zin van de PSW.

4.2. Aan de open norm van artikel 6, vierde lid PSW is inherent een zekere invullingsvrijheid van het bestuur van het pensioenfonds, waarbij het alle relevante factoren in ogenschouw moet nemen. Een van die factoren is de rechtspraak van de Hoge Raad, neergelegd in de arresten van 24 september 1976, *NJ* 1978, 245 en 25 november 1994, *NJ* 1995, 323, volgens welke generlei aanspraak bestaat voor (gewezen) deelnemers op de vrije reserves bij een pensioenfonds. Hieruit volgt dat gewezen deelnemers geen aanspraak kunnen maken op de feestuitkering.

Ook overigens leidt het uitsluiten van de slapers van die uitkering niet tot onevenwichtigheden; het dient veeleer de evenwichtige belangenbehartiging, geëist in artikel 6, vierde lid PSW. In het verleden zijn regelingen bij het fonds tot stand gekomen, zoals waarde-over-dracht, dekking van het WAO-hiaat en een overgangsregeling voor de invoering van een tijdelijk ouderdomspensioen ter vervanging van de VUT, die met name van belang waren voor deelnemers en gewezen deelnemers, waarvan gepensioneerden geen gebruik kunnen maken. De toegekende uitkering strekte derhalve tot compensatie, waarvan de gerechtvaardigheid door verweerster en de rechter overigens slechts marginaal kan worden getoetst.

4.3. Wat betreft de betekenis van artikel 8, achtste lid PSW valt uit de ontstaansgeschiedenis van die wet op te maken dat bij 'toeslag' is gedacht aan een uitkering, bestemd om pensioenaanspraken te indexeren, althans koopkrachtverlies op te vangen. Aangezien ieder indexeringsoogmerk in dit geval ontbreekt, is de uitkering aan de gepensioneerden niet te beschouwen als een toeslag in de zin van de wet. Ook toepassing van de beleidscriteria van verweerster had tot deze conclusie moeten leiden, nu weliswaar niet voldaan is aan het eerste criterium, maar wel aan het tweede en dat criterium blijktens haar brief van 14 oktober 1997 zwaarder moet wegen.

4.4. De bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels is blijkens artikel 4:81 Awb gekoppeld aan het bestaan van een discretionaire bevoegdheid, die waar het gaat om de uitleg van artikel 8, achtste lid PSW ontbreekt. De visie van verweerster op de betekenis van het begrip 'toeslag' kan derhalve niet worden aangemerkt als beleid, waarop verweerster zich ter motivering van haar besluit kon beroepen.

## 5. De beoordeling van het geschil

In de loop van de gedachtewisseling, beschreven in rubriek 2.2 van deze uitspraak, heeft zich, zoals appellante heeft gesteld, een accentwisseling voorgedaan in de standpuntbepaling van verweerster wat betreft het relatieve gewicht dat bij de beoordeling van de in geding zijnde uitkering is gehecht aan de artikelen 6, vierde lid en 8, achtste lid PSW.

Het College ziet evenwel geen grond voor het oordeel dat ten tijde van het afkomen van de primaire beschikking sprake was van door verweerster bij appellante gewekt, rechtens te honoreren vertrouwen dat de uiteindelijke besluitvorming slechts zou worden gebaseerd op artikel 6, vierde lid PSW. Blijkens het verslag van de bespreking van 17 november 1997 is reeds bij die gelegenheid van de zijde van

verweerster artikel 8, achtste lid PSW weer ondubbelzinnig aan de orde gesteld. In haar nadien schriftelijk en mondeling geformuleerde standpunten heeft verweerster de betekenis van die bepaling voor haar oordeelsvorming steeds vermeld en in haar aanmaningsbrief van 20 juli 1998, heeft ze de toetsing aan artikel 8, achtste lid PSW ondubbelzinnig voorop gesteld. Zo bij appellante op enig moment de indruk heeft bestaan dat de te voeren discussie nog uitsluitend zou lopen over de verenigbaarheid van de toekenning met artikel 6, vierde lid PSW, dan moet die indruk reeds in november 1997 zijn weggenomen en heeft appellante voldoende gelegenheid gehad zich in te stellen op en te verweren tegen de bedenkingen die verweerster voorafgaande aan de primaire beslissing op basis van artikel 8, achtste lid PSW had kenbaar gemaakt tegen de toekenning. Het College tekent daarbij aan dat ook in het door appellante in december 1997 ingewonnen advies uitgebreid op de betekenis van het begrip 'toeslagen' in die bepaling is ingegaan. De eerste grief faalt derhalve.

Wat betreft de betekenis die moet worden toegekend aan de woorden 'toeslagen, hoe ook genaamd' in artikel 8, achtste lid PSW, kan het College partijen niet volgen in hun standpunten inzake het rechtskarakter van de door verweerster gehanteerde en gepubliceerde uitgangspunten bij de uitleg van die woorden. Met partijen stelt het College vast dat geen wettelijke omschrijving is gegeven van het begrip 'toeslagen', ook niet op basis van het negende lid van artikel 8 PSW. Nu verweerster is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde in die wet en in voorkomende gevallen moet overwogen gebruik te maken van de haar daartoe — onder meer in artikel 23 PSW — toegekende bevoegdheden, ligt het op haar weg aan dit begrip nader inhoud te geven. Indien verweerster daartoe maatstaven ontwikkelt en aan alle betrokkenen kenbaar maakt, is sprake van beleidsregels als bedoeld in titel 4.3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en in artikel 1:3, vierde lid Awb, omschreven als: door een bestuursorgaan gestelde algemene regels, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften, omtrent — onder meer — de uitleg van wettelijke voorschriften. Nu evenbedoelde maatstaven zijn gepubliceerd in een door verweerster verzorgde uitgave die blijkens de brief van verweerster van 28 december 1999 wordt toegezonden aan alle onder haar toezicht staande verzekeraars en pensioenfondsen, kon verweerster zich ingevolge artikel 4:84 Awb ter motivering van haar besluiten op deze beleidsregels beroepen. Ook de vierde grief van appellante faalt derhalve. De derde grief stelt aan de orde de vraag of de uitleg die verweerster in de door haar geformuleerde beleidsregels heeft gegeven aan het begrip 'toeslagen' en de op basis van die uitleg in dit geval aan artikel 8, achtste lid, van de PSW gegeven toepassing, de toetsing in rechte kunnen doorstaan. Partijen verschillen in het bijzonder van mening omtrent de vraag of een uitkering slechts een toeslag in de zin van artikel 8 PSW kan zijn, indien deze aantoonbaar is toegekend met het oogmerk de koopkracht van de pensioenaanspraken op peil te houden.

Artikel 8, achtste lid is in de PSW opgenomen bij wet van 1991, *Stb.* 445 op basis van een initiatiefontwerp dat reeds in 1979 bij de Tweede Kamer werd ingediend als ontwerpwet, strekkende tot beperking van pensioenverlies wegens inflatie, die voorzag in verplichte indexering van de pensioenaanspraken van slapers (Kamerstukken II 1979-1980, 16 225, nr. 1-3). Na het afkomen van de Nota interimmaatregel pensioenbreuk is de behandeling van het ontwerp opgeschort in afwachting van de totstandkoming van de wijzigingswet van 1987, *Stb.* 340 en van door de pensioenfondsen vrijwillig te treffen maatregelen tegen het koopkrachtverlies van premievrije pensioenaanspraken. Op basis van medio 1989 ter beschikking gekomen gegevens omtrent de effecten van deze vrijwillig getroffen maatregelen, waaruit zou zijn gebleken dat te dien tijde nog ongeveer 1,4 miljoen pensioenbreukslachtoffers buiten het bereik van die maatregelen vielen, in het bijzonder de zogeheten circuitver-laters, is op 12 juni 1989 een nota van wijziging bij voornoemd initiatiefvoorstel ingediend (Kamerstukken II 1988-1989, 16 225, nr. 9). Deze nota strekte tot schrapping van de verplichte indexering, nu deze

onhaalbaar was gebleken. In de plaats daarvan werd, met dienovereenkomstige wijziging van het intitulé van het ontwerp, voorzien in de verplichting tot gelijke behandeling van slapers en gepensioneerden, dit in navolging van de soortgelijke verplichting die bij wijzigingswet van 1987 was voorzien wat betreft de groepen uit dienst gepensioneerden en slapers-gepensioneerden (artikel 8, zevende lid PSW). Dit werd door de toenmalig initiatiefnemer (Nijpels) aldus toegelicht:

'Aannemelijk is dat pensioeninstellingen geleidelijk hun achterblijvende pensioenvoorzieningen zullen aanpassen (...). Door de verplichting de slapers gelijk te behandelen wordt gegarandeerd dat zij bij de toeslagverlening niet worden uitgesloten, zodat hun premievrije aanspraken niet of niet meer bevroren zullen zijn. (Kamerstukken II 1988-1989, 16 225, nr. 9, p. 13).'

Weliswaar blijkt uit de wetsgeschiedenis dat ook deze verplichting tot gelijke behandeling was ingegeven door het streven de koopkracht van de premievrije pensioenaanspraken op peil te brengen en te houden, doch het initiatief tot en de verantwoordelijkheid voor daartoe strekkende maatregelen is, anders dan in het oorspronkelijke ontwerp, bij verzekeraars en pensioenfondsen gelegd. Ten behoeve van behoud van hun koopkracht bood de thans voorgestelde bepaling de slapers nog slechts de waarborg dat, als de verzekeraars of pensioenfondsen toeslagen aan gepensioneerden toekennen, zij in beginsel — onverminderd de anti-cumulatiebepaling — aan de slapers eenzelfde toeslag moeten uitkeren. Blijkens de woorden 'toeslagen, hoe ook genaamd', is daarbij kennelijk welbewust besloten de betekenis van deze alternatieve wettelijke waarborg niet afhankelijk te doen zijn van de duiding die wordt gegeven aan de toekenning aan de gepensioneerde. De wetsgeschiedenis geeft er ook geen blijk van dat beoogd is de werking van de gelijkstellingsbepaling te beperken tot de gevallen waarin aan de uitkering aan de gepensioneerden aantoonbaar motieven strekkende tot behoud van koopkracht ten grondslag hebben gelegen. In tegendeel, tot tweemaal toe is uitdrukkelijk onderkend dat die uitkeringen geen direct verband hoeven te houden met koopkrachtontwikkeling, wil de voorgestelde bepaling blijkens haar tekst toepassing vinden, te weten in de brief van de Staatssecretaris van 12 juni 1990 (Kamerstukken II, 1998-1990, 16 225, nr. 16, p. 2) en in de toelichting op de gewijzigde amendementen van de leden Paulis en Van Zijl van 26 september 1990 (Kamerstukken II 1990-1991, 16 225, nr. 21, p. 3, sub 2). Deze constatering hebben evenwel niet geleid tot bijstelling van de voorgestelde wetstekst. Kennelijk heeft de wetgever de waarborg voor herstel en behoud van de koopkracht van premievrije aanspraken gezocht in de gelijkstellingsbepaling op zichzelf, los van de precieze motieven op grond waarvan aan de gepensioneerden toeslagen worden toegekend.

Het College is van oordeel dat het door verweerster gekozen uitgangspunt dat toekenningen aan gepensioneerden bij de toepassing van artikel 8, achtste lid PSW in beginsel moeten worden aangemerkt als toeslagen in de zin van die bepaling, tenzij voldaan is aan strak omliggende maatstaven, in overeenstemming is met het doel en de strekking van genoemd artikellid, zoals die tevens tot uiting komen in de zojuist weergegeven wetshistorie. Het College ziet voorts geen grond om de daartoe door verweerster geformuleerde maatstaven, die zijn weergegeven in rubriek 3 van deze uitspraak, als rechtens onhoudbaar aan te merken. Indien een uitkering op geen enkele wijze is gerelateerd aan het pensioen, kan als regel niet meer gesproken worden van 'toeslag'. Gelet op het oogmerk van artikel 8, achtste lid PSW, zoals dat in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking komt, heeft verweerster, door op dit uitgangspunt uitzondering te maken voor de gevallen waarin met de aan gepensioneerden toegekende uitkering niettemin aantoonbaar beoogd is het pensioen welvaartsvast te houden, de grenzen van redelijke wetsuitleg niet overschreden. Ook het cumulatieve karakter van de ontwikkelde maatstaven kan derhalve de toetsing in rechte doorstaan.

Nu de in geding zijnde uitkering is gerelateerd aan het bruto pensioen over 1996 heeft verweerster die uitkering met een beroep op het door haar ontwikkelde beleid op rechtens houdbare gronden kunnen

aanmerken als toeslag in de zin van artikel 8, achtste lid PSW. In hetgeen door appellante is aangevoerd ziet het College geen grond voor het oordeel dat sprake is van een zo bijzonder geval dat verweerster van haar beleidsuitgangspunten had behoren af te wijken. Het College overweegt daartoe dat de potentiële hoogte van de uitkering, noch de bedoelingen waarmede die blijkens de overgelegde notulen en verslagen is toegekend, nopen tot de conclusie dat haar betekenis voor de feitelijke koopkracht van de gerechtigden in 1996 (vrijwel) te verwaarlozen is geweest. Ook de derde grief van appellante faalt derhalve.

De bevoegdheid tot het formuleren en openbaarmaken van opmerkingen, die verweerster in art. 23 PSW is verleend, is van discretionaire aard. Hieruit vloeit voort dat verweerster bij gebruikmaking van die bevoegdheid alle daarbij betrokken belangen zal moeten afwegen. Uit de oordeelsvorming bij verweerster zoals die uit de stukken en ter zitting van het College naar voren is gekomen, valt te begrijpen dat zij in dit geval niet tot aanwending van haar bevoegdheid zou zijn overgegaan, indien appellante aannemelijk had gemaakt dat de toekenning aan de gepensioneerden ook in de verhouding tussen hen en de slapers viel aan te merken als compensatie voor een inmiddels ten nadele van de gepensioneerden opgetreden ongelijkheid in de mate waarin beide groepen hebben kunnen profiteren van toekenningen ten laste van de vrije middelen van het fonds of indien appellanten aan de slapers een aan evenbedoelde toekenning gelijkwaardige uitkering uit die middelen had gedaan. Gelet op het primaire oogmerk waarmede artikel 8, achtste lid PSW in die wet is opgenomen, acht het College deze, op een naar resultaat gelijke behandeling van beide groepen gerechtigden betrokken invulling van de beleidsvrijheid van verweerster in rechte houdbaar.

De door appellante ingeroepen uitspraken van de Hoge Raad doen hieraan niet af, nu het hier niet gaat om rechtstreekse aanspraken van deelnemers op de vrije middelen van het fonds, doch om toepassing door de toezichthouder van een wettelijke bepaling strekkende tot gelijke behandeling van twee groepen deelnemers in het geval het fonds om hem moverende redenen zelf besluit aan een van die twee groepen een uitkering te doen ten laste van die middelen.

Met verweerster is het College van oordeel dat appellante er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat de toekenning aan de gepensioneerden strekte tot het wegnemen van een achterstand van die groep deelnemers ten opzichte van de slapers. De meeste voordelen die ten laste van de vrije middelen van appellante zouden zijn toegefallen aan wat appellante omschrijft als 'de (actieve) deelnemers' zijn slechts toegefallen aan de actieve deelnemers, zoals de pensioenspaarregeling, de collectieve dekking van het Anw-hiaat en de wijziging van de salarisschalen. De verlaging van de franchise als beschreven in de stukken, gevoegd bij de nadere brief van appellante van 12 mei 2000, kwam blijkens die stukken ten goede aan actieve deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden. Daaraan kan in dit verband derhalve geen betekenis toekomen. Zo de medewerking aan overdracht van (oude) pensioenaanspraken al geacht kan worden ten laste te komen van de vrije middelen van appellante, dan nog komen de voordelen niet zonder meer toe aan alle slapers, in elk geval niet aan de zogeheten circuit-verlaters. Bovendien vloeien deze faciliteiten thans voort uit de wet. Dat ze al in 1987 — toen nog op vrijwillige basis — zijn ingevoerd, kan een uitkering aan de gepensioneerden waartoe eerst negen jaar later is besloten, niet verklaren.

Aangezien appellante geweigerd heeft te voldoen aan de aanmaning van verweerster bij schrijven van 20 juli 1998 om alsnog een gelijkwaardige tegemoetkoming toe te kennen aan de slapers, is het College van oordeel dat verweerster in dit geval in redelijkheid heeft kunnen besluiten, toepassing te geven aan artikel 23, derde lid PSW.

Het betoog van verweerster in het bestreden besluit en het verweerschrift, noch hetgeen harerzijds ter zitting naar voren is gebracht hebben het College kunnen overtuigen van de zelfstandige betekenis van

het bepaalde in artikel 6, vierde lid PSW in haar besluitvorming. Naar verweerster zelf heeft aangegeven, is deze norm door haar slechts aan de orde gesteld in het kader van de beoordeling of de geconstateerde strijdigheid met artikel 8, achtste lid PSW aanleiding moest zijn voor toepassing van artikel 23 van die wet. Zoals het College reeds heeft overwogen, noopte het discretionaire karakter van de in dat artikel neergelegde bevoegdheid op zich zelf evenwel reeds tot zo een afweging. Nu het, naar zeggen van verweerster, nooit de bedoeling is geweest artikel 6, vierde lid PSW in deze zaak als op zich zelf staande norm te hanteren, kan een oordeel van het College over hetgeen door partijen is betoogd over de uitleg van artikel 6, vierde lid PSW niet bijdragen tot de beslechting van hun geschil over het bestreden besluit. De in dat verband tegen het besluit aangevoerde grieven van appellante heeft het College reeds betrokken in zijn oordeel omtrent de door verweerster verrichte belangenafweging. Aangezien geen der voorgedragen grieven doel treft, moet het beroep van appellante worden verworpen.

Het College acht geen termen aanwezig voor een kostenveroordeling op voet van artikel 8:75 Awb.

## 6. De beslissing

Het College verklaart het beroep ongegrond.

# Noot

**Auteur:** mr. W.P.M. Thijssen

1.1. Wat het materiële pensioenrecht betreft stond centraal in deze procedure de (feitelijke) vraag of de extra uitkering die de Stichting Pensioenfonds TNO (hierna: 'het Pensioenfonds') in 1996 ter gelegenheid van het 55-jarige bestaan van het Pensioenfonds aan de gepensioneerden deed, als 'toeslag' in de zin van art. 8, achtste lid van de destijds geldende Pensioenen spaarfondsenwet (hierna: 'PSW'; met ingang van 1 januari 2000 art. 8, zesde lid, PSW) diende te worden gekwalificeerd. Het betrof een eenmalige uitkering in de maand december 1996 van 10% van het brutopensioen aan alle gepensioneerden.

1.2. Het Pensioenfonds stelde dat geen sprake was van een 'toeslag' omdat:

- de uitkering moest worden opgevat als een feestdagengeschenk;
- het een eenmalige uitkering betrof naast het pensioen die geen verhoging van het pensioen (in toekomstige jaren) impliceerde;
- sprake was van een extra uitkering die ten laste van de vrije reserve van het Pensioenfonds werd gegeven omdat aan de deelnemers ten laste van de vrije reserve 'een *pensioenspaarregeling ter vervanging van de VUT* en 'een *collectieve risicodekking voor het Anw-hiaat* waren toegezegd;
- de pensioenaanspraken van de slapers, evenals de pensioenaanspraken van de gepensioneerden, in 1996 in gelijke mate waren verhoogd als de lonen van de deelnemers uit hoofde van de algemene loonronde (conform de gebruikelijke indexeringsregeling) zodat een separate verhoging naast de gebruikelijke toeslag op basis van deze indexeringsregeling niet óók nog eens als 'toeslag' gold;
- de uitkering diende als compensatie van verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de deelnemers aan het Pensioenfonds die naast de algemene loonronde werd toegekend (te weten: aanpassing van de salarisschalen en invoering van een pensioenspaarregeling);
- voor een bepaalde groep gepensioneerden het pensioen niet werd geïndexeerd;

— voor de slapers ook een 'verbetering' van de pensioenaanspraken was doorgevoerd bestaande uit de toezegging dat het Pensioenfonds desgevraagd aan waardeoverdracht zou meewerken.

1.3. De Verzekeringskamer stelde dat desondanks wèl sprake was van een toeslag omdat:

— een verhoging van de pensioenen van de gepensioneerden anders dan met het oog op 'indexatie' of 'koopkrachtbescherming' óók een toeslag is;

— volgens door de Verzekeringskamer opgestelde beleidsregels slechts dan géén sprake is van een toeslag indien een verhoging van een pensioen niet afhankelijk is van de hoogte van het pensioen en daarnaast tevens 'kennelijk' niet is bedoeld om het pensioen welvaartsvast te houden (een voorbeeld van een verhoging die niet als 'toeslag' geldt is een voor iedere gepensioneerde gelijke verhoging van het pensioen met een vast bedrag die, onder meer, onafhankelijk is van de leeftijd van de gepensioneerde, de hoogte van het pensioen en de bij de vroegere werkgever doorgebrachte diensttijd);

— incidentele uitkeringen (gezien deze beleidsregel) onder het begrip 'toeslag' kunnen vallen;

— eenmalige uitkeringen (gezien deze beleidsregel) onder het begrip 'toeslag' kunnen vallen.

1.4. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'het CBB') berechtte het geschil op dit materieelrechtelijke punt:

— met een beroep op de wetsgeschiedenis (het CBB constateerde dat óók sprake kan zijn van een 'toeslag' indien een verhoging van een pensioen niet is toegekend met het oogmerk de koopkracht van het pensioen op peil te houden zodat de verhoging van de pensioenen van gepensioneerden die het in de procedure betrof als 'toeslag' gold);

— op basis van de constatering dat de beleidsregels van de Verzekeringskamer waarin het begrip 'toeslag' wordt afgebakend, getoetst aan (de wetsgeschiedenis van) (destijds) art. 8, achtste lid, PSW, rechtsgeldig zijn en daarom het geldende recht weergeven zodat het door de Verzekeringskamer ontwikkelde materieelrechtelijke criterium bindend is (omdat de verhoging van de pensioenen van de gepensioneerden niet aan de criteria voor een uitzondering voldeed, diende de verhoging als 'toeslag' te worden aangemerkt).

1.5. De uitspraak van het CBB lijkt mij voor de hand te liggen. De wetgever heeft door het begrip 'toeslag' niet wettelijk te definiëren willen voorkomen dat door gekunstelde omschrijving van een verhoging van de pensioenen van gepensioneerden aan de werking van het wettelijk voorschrift, dat slapers recht hebben op overeenkomstige verhoging van hun pensioenaanspraken als aan gepensioneerden worden toegekend, zou kunnen worden ontkomen. In dit verband wijs ik op het feit dat om dezelfde reden is afgezien van een wettelijke omschrijving van het begrip 'pensioen' in de PSW (E. Lutjens, *De PSW, Wetshistorisch overzicht en commentaar*, Kluwer, Deventer, 1998, blz. 6-9 en vgl. HR 27 februari 1998, *RvdW* 1998, 62, *PJ* 1998/20 met nt. Breuker, waar door de HR verworpen soortgelijke redeneringen waren opgezet om te betogen dat een op bepaalde wijze vormgegeven tijdelijke ouderdomsuitkering geen 'pensioen' zou zijn; over dit arrest W.P.M. Thijssen, *Affinanciering van pensioen bij ontslag*, *ArbeidsRecht* 1998, nr. 5, blz. 3-6).

2. Wat het materiële pensioenrecht betreft oordeelde het CBB dat schending van art. 8, achtste lid, PSW (het gebod overeenkomstige toeslagen aan slapers toe te kennen als aan gepensioneerden worden toegekend; momenteel art. 8, zesde lid, PSW) altijd tevens een schending van art. 6, vierde lid, PSW (het gebod de belangen van alle betrokkenen bij een pensioenfonds op 'evenwichtige wijze' te behartigen; momenteel art. 5, vierde lid PSW) impliceert. Dit kan voor de praktijk van belang zijn omdat in geval van schending van art. 8, zesde lid, PSW een beroep kan worden gedaan op de sancties die op schending van art. 5, vierde lid, PSW staan.

3. Vanuit materieel pensioenrechtelijke optiek is verder van belang dat onder omstandigheden geen sprake hoeft te zijn van schending van art. 8, zesde lid, PSW indien de slapers voldoende worden

gecompenseerd voor het 'gemis' van een overeenkomstige toeslag als aan de gepensioneerden is toegekend. In de door het CBB berechte situatie was de geboden compensatie, indien daar al sprake van was, onvoldoende. Die 'compensatie' bestond immers uit de mogelijkheid voor slapers om waardeoverdracht te bewerkstelligen. Het CBB constateerde echter dat de mogelijkheid van waardeoverdracht op een wettelijk recht berustte en daarom, anders dan de aan de gepensioneerden toegekende verhoging, niet ten laste kwam van de vrije reserve van het Pensioenfonds. Het CBB lijkt de mogelijkheid van compensatie echter niet uit te sluiten. Dat betekent voor de praktijk dat de 'toeslag' aan slapers in een andere vorm kan worden gegeven dan de toeslag die aan gepensioneerden wordt toegekend. Dat is voor de berechte situatie van belang: de eenmalige uitkering aan de gepensioneerden zou voor slapers kunnen leiden tot een verhoging van de premievrije aanspraak van de slapers waarvan de actuariële contante waarde gelijk is aan die van de eenmalige verhoging. Deze verhoging komt in dat geval gespreid te uitkering (te weten van de ingangsdatum tot de einddatum van het pensioen van de slaper).

4. Voor de ontwikkeling van het materiële pensioenrecht is verder van belang dat niet alleen op pensioenfondsen, maar ook op verzekeraars de verantwoordelijkheid rust te bewaken dat de Wet Nijpels/Groenman bij toeslagverlening wordt nageleefd. Dit betekent dat een verzekeraar onder omstandigheden ten opzichte van een verzekeringnemer aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die ontstaat indien de verzekeringnemer zou besluiten uitsluitend de gepensioneerden 'een extraatje' te geven, en de verzekeraar, die het extraatje desgevraagd uitkeert en daarvoor premie of een vergoeding anderszins ontvangt, nalaat er op te wijzen dat in dat geval een overeenkomstig extraatje aan de slapers dient te worden toegekend.

5.1. Wat het bestuursrechtelijke pensioenprocesrecht betreft is van belang dat het CBB oordeelde dat de hiervoor onder 1.3 summier weergegeven 'beleidsregels' van de Verzekeringskamer daadwerkelijk beleidsregels zijn als bedoeld in art. 4:81 Awb. Dit oordeel houdt voor de rechtspraak in dat de Verzekeringskamer aan de motiveringseis, die geldt voor een te nemen besluit in de zin van de Awb (zie art. 3:46 Awb), kan voldoen met een beroep op interpretatie van wetgeving door de Verzekeringskamer die schriftelijk kenbaar is gemaakt aan pensioenfondsen en verzekeraars (zie art. 4:82 Awb).

5.2. Wat het bestuursrechtelijke pensioenprocesrecht betreft is verder van belang dat de Verzekeringskamer de motivering van het standpunt dat de verhoging van de pensioenen van de gepensioneerden het Pensioenfonds verplichtte tot het toekennen van een overeenkomstige verhoging van de pensioenaanspraken van de slapers aanvankelijk baseerde op art. 6, vierde lid, PSW (de norm dat het bestuur van een pensioenfonds op '*evenwichtige wijze*' met de belangen van alle betrokkenen rekening dient te houden; sinds 1 januari 2000 art. 5, vierde lid, PSW), en in een later stadium daarnaast op art. 8, achtste lid, PSW (de Wet Nijpels/Groenman, sinds 1 januari 2000 art. 8, zesde lid, PSW). Het Pensioenfonds stelde in de procedure die later werd gestart dat de Verzekeringskamer:

- bij het Pensioenfonds het vertrouwen had gewekt het standpunt ten aanzien van de verhoging van de pensioenen van de gepensioneerden aan de hand van art. 6, vierde lid, PSW te zullen motiveren;
- het recht dit standpunt daarnaast aan de hand van art. 8, achtste lid, PSW te motiveren had prijsgegeven door zich niet van meet af aan tevens op dat artikellid te beroepen.

Het CBB oordeelde dat de motivering van het standpunt van de Verzekeringskamer vóórdat de procedure werd gestart een '*accentverwisseling*' toonde, maar verbond daar verder geen gevolgen aan. Dit lijkt mij een correct oordeel omdat het Pensioenfonds niet in de verdediging van de eigen standpunten werd geschaad doordat de Verzekeringskamer de motivering van haar standpunt nog voor de aanvang van de procedure uitbreidde. Zolang het beginsel van hoor en wederhoor niet wordt geschonden, kunnen partijen zelfs in de loop van een juridische procedure de motivering van hun

standpunten uitbreiden.

6. Tot slot: wat zijn de gevolgen van de uitspraak van het CBB voor het Pensioenfonds? Het Pensioenfonds zou zich de vraag kunnen stellen of tot herverdeling van de middelen die beschikbaar werden gesteld voor de toeslag aan gepensioneerden kan worden overgegaan. Dat zou betekenen dat de gepensioneerden een gedeelte van de aan hen uitgekeerde toeslag zouden moeten restitueren en het gerestitueerde bedrag zou moeten worden aangewend voor het toekennen van een toeslag aan de slapers op de wijze als geschetst in punt 3 van deze aantekening. Ik meen dat dit slechts serieus zou kunnen worden overwogen indien het Pensioenfonds de gehele vrije reserve zou hebben aangewend voor de verhoging van de pensioenen van de gepensioneerden. Ik vrees dat het Pensioenfonds, indien de vrije reserve niet is uitgeput, een verdere aantasting daarvan zal moeten dulden door de slapers alsnog een 'overeenkomstige' toeslag toe te kennen. De kosten daarvan zullen evenredig moeten zijn aan de kosten die werden gemaakt voor het verlenen van de toeslag aan de gepensioneerden.

**WP.M. Thijssen**

Voetnoten

[1]

Na publicatie van *PJ2000/7* heeft het CBB een herziene tekst uitgegeven, welke hier opgenomen wordt.