

PJ 2014/32: Geen beroep deelnemersraad mogelijk tegen uitvoeringsbesluit pensioenfonds indien tegen voorafgaand principebesluit geen beroep werd in...

Instantie: Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) **Datum:** 15 januari 2014
Magistraten: Mrs. G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme, **Zaaknr:** 200.132.428/01 OK
P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten
Conclusie: -
Noot: Mr. W.P.M. Thijssen **Roepnaam:** -
Brondocumenten: ECLI:NL:GHAMS:2014:26, Uitspraak, Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), 15-01-2014
Wetgang: Art. 20, 111, 217 Pensioenwet; art. 6:248 lid 2 BW; art. 21, 236 Rv
Brondocument: Hof Amsterdam, 15-01-2014, nr 200.132.428/01 OK

Essentie

[Naar boven](#)

Geen beroep deelnemersraad mogelijk tegen uitvoeringsbesluit pensioenfonds indien tegen voorafgaand principebesluit geen beroep werd ingesteld.

Samenvatting

[Naar boven](#)

De deelnemersraad van Pensioenfonds Unisys had zijn recht om beroep in te stellen tegen een uitvoeringsbesluit strekkend tot implementatie in het pensioenreglement van het pensioenfonds van een eerder principebesluit strekkend tot versoering van de toeslagambitie verwerkt. Ook het recht om beroep in te stellen tegen dat eerdere principebesluit was verwerkt daar dat principebesluit voortbouwde op een eerdere vaststellingsovereenkomst waarin na het voeren van eerdere procedures tussen de werkgever, de Ondernemingsraad van de werkgever en het pensioenfonds een *'package deal'* werd gesloten, waaromtrent de deelnemersraad positief had geadviseerd.

Noot

[Naar boven](#)

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen

Casus, verzoek en oordeel. Deze zaak, waarin de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam opnieuw diende te oordelen over beroep ingesteld door de deelnemersraad van Pensioenfonds Unisys tegen een besluit van het pensioenfonds waarover de deelnemersraad negatief had geadviseerd, lijkt het staartje te zijn van een langdurig besluitvormingsproces dat tot twee eerder gepubliceerde rechterlijke uitspraken heeft geleid. Pensioenfonds Unisys had in het recente verleden premie aan Unisys gerestitueerd (zie de hierna nog te behandelen uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, Kantonrechter, 16 januari 2012, *PJ*2012/43). In 2008 kampte het pensioenfonds met onderdekking (zie O. 2.2 van de beschikking van het Hof). Het pensioenfonds stelde met inachtneming van art. 140 Pensioenwet een kortetermijnherstelplan op (zie eveneens O. 2.2 van de beschikking van het Hof; blijkens O. 2.4 van de hierna nog te behandelen beschikking van het Hof Amsterdam,

Ondernemingskamer, van 24 juni 2011, *PJ*2011/121 gold ook een langetermijnherstelplan als bedoeld in art. 138 Pensioenwet). Onderdeel van het kortetermijnherstelplan was een bijstorting door de werkgever. Die zou daartoe verplicht zijn op grond van een inmiddels oude uitvoeringsovereenkomst (zo oud, dat deze nog met de onder de PSW gebruikelijke term financieringsovereenkomst werd aangeduid). De werkgever weigerde de bijstorting voor het in het herstelplan opgenomen bedrag. Dat leidde tot een procedure waarin de Rechtbank Amsterdam, Kantonrechter, op 16 januari 2012 oordeelde dat de werkgever niet tot de gevorderde bijstorting kon worden verplicht omdat onverkorte nakoming door de werkgever van de uitvoeringsovereenkomst, gezien het met de bijstorting gemoeide bedrag, voor de werkgever 'onaanvaardbaar' zou zijn onder vigeur van het bepaalde in art. 6:248, lid 2 BW. De uitspraak werd in deze periodiek opgenomen onder nummer *PJ* 2012/43 met een uitvoerige annotatie van E. Lutjens. Die wees er (terecht) op dat een regeling tussen het pensioenfonds en DNB (het herstelplan van het pensioenfonds dat de toets der kritiek van DNB had doorstaan) geen verplichtingen voor de werkgever als derde kon scheppen. Dat lijkt mij een basisbeginsel van het vermogensrecht te zijn, vóór 1992 vastgelegd in art. 1376 (oud) BW (zie de boeiende verhandeling in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 516-522 waar ook de uitzonderingen worden behandeld). Dit beginsel betekende dat nakoming van de inmiddels 'onaanvaardbare' uitvoeringsovereenkomst ook niet met een beroep op het herstelplan kon worden afgedwongen. De werkgever was overigens wel tot een beperkte bijstorting overgegaan. Eerder sneuvelde ook al een besluit van het pensioenfonds om voor het derde opvolgende jaar de jaarlijkse gebruikelijke toeslag achterwege te laten bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (zie de hiervoor al aangehaalde uitspraak van het Hof, in deze periodiek gepubliceerd als *PJ*2011/121). Kennelijk ten einde raad wenste het pensioenfonds vervolgens als 'ultimum remedium' de pensioenen te korten met 9,3% (zie O. 2.4 van de beschikking van het Hof). Daarover adviseerde de deelnemersraad negatief. Onderhandelingen tussen werkgever, Ondernemingsraad en pensioenfonds volgden. Die leidden tot een vaststellingsovereenkomst die werd gezien als een 'package deal'. De deelnemersraad had over die package deal (voorwaardelijk; de voorwaarden blijken niet uit de beschikking van het Hof) positief geadviseerd. De uitvoering van de package deal leidde tot allerlei voortbouwende besluiten (uitvoeringsbesluiten) van het Pensioenfonds (vgl. art. 6:229 BW ten aanzien van de voortbouwende overeenkomst). In deze door mij geannoteerde zaak wenste de deelnemersraad zo'n voortbouwend besluit ingetrokken te zien. In de kern komt het oordeel van het Hof er op neer dat de deelnemersraad tegen dergelijke uitvoeringsbesluiten geen beroep meer kan instellen als door de deelnemersraad over het voorafgaande principiële besluit positief werd geadviseerd en er geen 'apen uit de mouw' komen in het kader van de uitvoering. Ik zie dit als rechtsverwerking. Vandaar dat ik hiervoor de opmerking plaatste dat deze zaak het staartje van een lang besluitvormingstraject lijkt te zijn.

Context. De problematiek rond Pensioenfonds Unisys heeft al tot de nodige publicaties geleid. Naast de hiervoor al genoemde annotatie van Lutjens noem ik R.J.G. Veugelers, *Bestuurder van Pensioenfonds Unisys: een ondankbare baan*, Pensioen Magazine maart 2012, p. 16-19, T. Huijg, *Uitspraak tegen "excessieve" bijstorting*, IPNederland februari maart 2012, p. 32, verder M.W. Minnaard, *Bijstorting: wettelijke of contractuele plicht?*, Pensioen Magazine mei 2013, p. 25-29 en van dezelfde auteur: *Het beroepsrecht van deelnemersraden, 13 jaar, 11 uitspraken*, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken september 2013, p. 52-56 en G. Bierlaagh, *Prinsengracht 436: (not) the place to be*, Pensioen Magazine augustus/september 2011, p. 6-10. Bierlaagh is directeur van Pensioenfonds Unisys en beschrijft de problematiek vanuit het bredere kader van een pensioenfondsbestuur dat met de posities van alle betrokkenen rekening moet houden (vgl. de norm van evenwichtige belangenbehartiging van art. 105, lid 2 Pensioenwet) en daarnaast onder toezicht staat. Allerlei boeiende pensioenrechtelijke aspecten kwamen in de eerder gevoerde procedures al aan de orde. In *PJ* 2012/43 waren dat onder meer premiekorting, de beperking van de contractuele bijstortingsverplichting op basis van het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248, lid 2 BW, het niet gebonden zijn van de werkgever aan een in een herstelplan voorziene bijstorting, ontbrekende incorporatie van het herstelplan in de uitvoeringsovereenkomst en de uitleg van de uitvoeringsovereenkomst aan de hand van de Haviltex-norm. In *PJ* 2011/121 waren dat de kostendekkende premie, de invloed van een bijstorting op het toeslagenbeleid, marginale toetsing van de besluitvorming rondom toeslagverlening en de onmogelijkheid dat het Hof een 'vervangend' besluit neemt (vgl. art. 217, lid 6 Pensioenwet). Ik beperk mij hierna daarom tot enkele procesrechtelijke aspecten. Die zijn niet alleen voor de advocatuur en de rechterlijke macht relevant, maar ook

voor beleidsbepalers bij pensioenfondsen en hun adviseurs in verband met de voorbereiding en het beoordelen van de gevolgen van besluitvorming.

Terug naar de casus. Uit de beschikking van het Hof blijkt dat het pensioenfonds advies aan de deelnemersraad had gevraagd over het voorgenomen besluit om de 'package deal' te sluiten. Dat was op grond van art. 111, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet een adviesplichtig besluitvoornemen omdat de 'package deal' een pakket maatregelen inhield dat moest worden gezien als een maatregel van algemene strekking. De deelnemersraad adviseerde (voorwaardelijk) positief. Aan de voorwaarden werd kennelijk voldaan. Zie de O. 2.5 en 2.6. Vervolgens werd over een voortbouwend besluitvoornemen advies gevraagd: het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst. Ook dit was een adviesplichtig besluitvoornemen gezien het bepaalde in art. 111, lid 2, aanhef en onder h Pensioenwet. De deelnemersraad adviseerde positief, zo leid ik af uit de kennelijke mededeling dat de deelnemersraad met de kleinst mogelijke meerderheid had besloten om geen beroep bij de Ondernemingskamer in te stellen. Daarna werd over het nader voortbouwend besluitvoornemen omtrent wijziging van het pensioenreglement van het pensioenfonds advies gevraagd. Wederom was sprake van een adviesplichtig besluitvoornemen, gezien het bepaalde in art. 111, lid 2, aanhef en onder b Pensioenwet. De deelnemersraad adviseerde negatief, het pensioenfonds zette door en dat heeft tot deze procedure geleid. De vraag zou kunnen worden gesteld of de voortbouwende besluiten van het pensioenfonds niet tezamen met het principebesluit als één besluit hadden kunnen en mogen worden beschouwd. Dan zou uitsluitend het principebesluit adviesplichtig zijn geweest. Kennelijk heeft het pensioenfonds dit denkbare standpunt niet durven innemen of in het geheel niet overwogen. In dit verband dient te worden bedacht dat de deelnemersraad ook beroep kan instellen indien over een besluit geen advies is gevraagd (art. 217, lid 1, aanhef en onder a Pensioenwet). In zo'n beroepszaak kan dan beoordeeld worden of überhaupt wel sprake is van een (adviesplichtig) besluit. Overigens lijkt mij dat de besluiten tot wijziging van de uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement zonder meer adviesplichtig waren, ook al was sprake van uitvoeringsbesluiten, gezien het bepaald in art. 111 Pensioenwet (zie de hiervoor concreet genoemde onderdelen van dat artikel). Wat is verder interessant aan de zaak vanuit procesrechtelijke optiek?

Bij herhaling procederen over dezelfde zaak. In het strafrecht geldt dat geen herhaalde strafrechtelijke vervolging mogelijk is voor een feit waarover onherroepelijk is beslist op basis van een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde (art. 68 Wetboek van Strafrecht). Op 1 oktober 2013 trad de 'Wet herziening ten nadele' in werking die strafrechtelijke vervolging bij herhaling mogelijk maakt voor een beperkte categorie zeer ernstige misdrijven (Stbl. 2013, 138, het inwerkingtredingsbesluit was opgenomen in Stbl. 2013, 313). Herhaalde strafrechtelijke vervolging is mogelijk wanneer, sterk vereenvoudigd weergegeven, sprake is van nieuwe feiten. In het bestuursrecht geldt (ook vereenvoudigd weergegeven) dat geen herhaalde aanvraag na een afwijzende beschikking mogelijk is, tenzij in de herhaalde aanvraag 'nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden' worden vermeld (art. 4:6 Awb; zie in verband met bestuurlijke boetes ook art. 5:43-5:44 Awb en in verband met herstelsancties art. 5:6 Awb). Het privaatrecht kent ook juridische mechanismen om te voorkomen dat 'dezelfde' zaak altijd durend voortsleept. In het privaatrecht gelden de kracht en het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken. Een rechterlijke uitspraak heeft kracht van gewijsde wanneer daartegen geen rechtsmiddel meer openstaat. Voor deze annotatie is het gezag van gewijsde relevant: het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak houdt in dat rechterlijke uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan in een andere procedure tussen partijen bindende kracht hebben (art. 236 Rv). Dat betekent dat het bij herhaling procederen over dezelfde zaak tot niet ontvankelijkheid leidt (zie voor een genuanceerde beschouwing dat niet tot niet ontvankelijkheid maar tot afwijzing zou moeten worden geconcludeerd Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/nr. 142). De rechter kan niet meer beslissen, omdat tussen partijen al een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde geldt. Overigens geldt het gezag van gewijsde slechts indien daarop beroep wordt gedaan (Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/nr. 141). Daarnaast bestaat de figuur van de rechtsverwerking: onder omstandigheden kan het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn om van een recht gebruik te maken (zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nrs. 423v.). Indien herhaald procederen over dezelfde zaak niet afstuit op het gezag van gewijsde van een reeds verkregen rechterlijke uitspraak, kan herhaald procederen eventueel nog afstuiten op rechtsverwerking. Voor de praktijk is van belang of een eerder ingestelde vordering opnieuw kan worden ingesteld, om verduidelijking van een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde te verkrijgen. In die context komt herhaald procederen in de praktijk voor. Mij dunkt dat dit 'trapsgewijs procederen' niet mogelijk

zou moeten zijn. In de eerste plaats zou dit strijdig zijn met de goede procesorde (art. 6 EVRM). Indien in de herhaalde procedure de eigen vordering wordt verduidelijkt (door een eiswijziging) maar materieel van dezelfde vordering sprake is, lijkt mij dat dit in de tweede plaats afstuit op de wettelijke regeling dat een eiswijziging slechts mogelijk is vóórdat de rechter heeft beslist dat hij uitspraak zal doen en verder uitsluitend schriftelijk mogelijk is binnen het kader van een procedure. Een eiswijziging moet immers voor de wederpartij kenbaar zijn omdat de wederpartij moet worden toegelaten tot het voeren van verweer (art. 130, lid 1 Rv; ik gaf de regeling omtrent eiswijziging enigszins vereenvoudigd weer en ga niet in op de afwijkende regeling die geldt in hoger beroep). Indien in de herhaalde procedure nieuwe feiten worden aangevoerd ter onderbouwing van de vordering die al bekend waren of hadden kunnen zijn ten tijde van het voeren van de eerdere procedure, lijkt mij dat dit in de derde plaats afstuit op art. 21 Rv dat voorschrijft dat partijen de voor hun zaak relevante feiten in een procedure volledig moeten presenteren (de eis van substantialisering). Mij lijkt dat de rechter bij herhaling procederen op grond van nieuwe feiten, die ten tijde van de eerder gevoerde procedure niet bekend waren en niet bekend hadden kunnen zijn, zou kunnen toestaan op grond van de goede procesorde als bedoeld in art. 6 EVRM. Van bij herhaling in dezelfde zaak procederen is voorts geen sprake, indien dezelfde vordering in een volgende procedure op een andere rechtsgrond wordt gestoeld. Art. 236 koppelt het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak immers aan 'de rechtsbetrekking' die in geschil was. Herhaald procederen over dezelfde vordering gestoeld op een andere rechtsbetrekking wordt daarom wel mogelijk geacht (vgl. A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Serie Burgerlijk Proces & praktijk, deel 1, Kluwer, Deventer 2003, nr. 11.4 sub b). Zie voor een uitvoerige beschouwing over de kracht en het gezag van gewijsde Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, Hoofdstuk 9. Indien een aanhangig gemaakte zaak uiteindelijk niet tot een uitspraak leidt, kan diezelfde zaak wel opnieuw aanhangig worden gemaakt omdat het niet tot een uitspraak met gezag van gewijsde kwam (Van Mierlo en Dam Lely, a.w., nr. 11.4 sub b die in voetnoot 39 verwijzen naar HR 12 juni 1970, *NJ* 1970/375; vgl. M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1971 (vertaald door F.B.J. Wubbe), p. 391 die aangeeft dat naar Romeins recht het aanhangig maken van een zaak, de 'litis contestatio', al leidde tot consumerende werking).

Terug naar de uitspraak van de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer concludeerde tot niet ontvankelijkheid van de deelnemersraad. De Ondernemingskamer kwam feitelijk tot dat oordeel omdat over de wijziging van de toelagenambitie al eerder advies was gevraagd en positief advies was verkregen in het kader van de 'package deal', waarvan deze wijziging van de toelagenambitie onderdeel uitmaakte. Daardoor was naar het oordeel van de Ondernemingskamer kennelijk sprake van rechtsverwerking (dat werd niet met zoveel woorden geoordeeld). Dat oordeel kon niet worden gegeven op grond van het leerstuk van het gezag van gewijsde: de deelnemersraad had immers tegen het principiële besluit dat leidde tot de 'package deal' geen beroep ingesteld, zodat gezien het oordeel gegeven in HR 12 juni 1970, *NJ* 1970/375 in deze zaak geen sprake was van herhaald procederen. Echter door bewust en met zoveel woorden te besluiten om niet te procederen tegen het principebesluit, had de deelnemersraad het recht om dat alsnog te doen tegen een uitvoeringsbesluit verwerkt. Van rechtsverwerking was sprake in die zin, dat het Hof niet toestond om de oorspronkelijk niet gevoerde procedure tegen het principebesluit feitelijk alsnog te voeren in het kader van het besluit tot reglementswijziging dat voortbouwde op het principiële, niet aangevochten besluit. Met een beroep op rechtsverwerking bereikte het Hof het in mijn ogen alleszins redelijke resultaat dat het bouwwerk van de 'package deal' in stand bleef. Was destijds wel een beroepsprocedure gevoerd tegen het besluitvoornemen om de 'package deal' aan te gaan, dan zou deze procedure hebben kunnen stranden op het gezag van gewijsde van die eerdere uitspraak, indien het Hof zou hebben geoordeeld dat die procedure dezelfde 'rechtsbetrekking' als bedoeld in art. 236 Rv. betrof als in deze procedure aan de orde was (te weten: de 'package deal'). Vandaar dat ik hiervoor het leerstuk van het gezag van gewijsde betrok bij mijn analyse van de uitspraak van het Hof. Ook het aspect van nieuwe feiten kwam in deze zaak in O. 3.9 aan de orde. Het Hof oordeelde dat geen sprake was van nieuwe feiten, omdat weliswaar destijds niet iedereen, maar inmiddels wel iedereen had ingestemd met het wijzigen van de ambitie voor toelagenverlening, maar de deelnemersraad de kwestie met betrekking tot individuele instemming destijds niet van doorslaggevend belang achtte. Het oordeel van het Hof past op dit punt in het leerstuk rond het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken.

Relevantie van de uitspraak voor de rechtspraak. Toegang tot de rechter moet zijn gewaarborgd, maar wie de kans heeft gehad om zijn zaak aan de rechter voor te leggen, moet zich bij het verkregen rechterlijk oordeel

neerleggen. Lites finiri oporet: er moet ooit een einde komen aan een rechtszaak en een zaak die is beslist dient niet nogmaals ter beslissing aan de rechter te kunnen worden voorgelegd (vgl. V. van Bogaert, *De Rechter beoordeeld, Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, diss., Maklu 2005, p. 318). Dit lijkt de gedachte achter het leerstuk van het gezag van gewijsde: de rechtszekerheid gebiedt dat justitiabelen niet aldoor over dezelfde kwestie moeten kunnen blijven procederen. De in mijn visie terechte uitspraak van het Hof doet recht aan die gedachte zonder de rechtspositie van de deelnemersraad te schaden, daar de deelnemersraad tegen het principebesluit had kunnen procederen. Het belang van de uitspraak voor de rechtspraktijk is naar mijn mening dat deze leert dat justitiabelen er op kunnen rekenen dat zij niet eindeloos in rechte kunnen worden betrokken over materieel dezelfde zaak, óók wanneer beroep op gezag van gewijsde van een eerdere zaak niet mogelijk is (omdat die eerdere zaak niet werd gevoerd). Een pensioenfondsbestuur kan er op vertrouwen dat indien een principebesluit rechtsgeldig tot stand is gekomen, dat besluit niet alsnog feitelijk kan worden aangevochten in het kader van voortbouwende uitvoerende besluitvorming. Pensioenfonds Unisys kan nu (eindelijk) verder (afgezien van mogelijk cassatieberoep in deze zaak). De gang naar de Prinsengracht in Amsterdam zullen het pensioenfonds en de deelnemersraad overigens niet meer hoeven te maken...het Hof Amsterdam is inmiddels verhuisd, de Prinsengracht is daarom niet langer 'the place (not) to be'!

Mr. W.P.M. Thijssen