

De-risking door aanpassing van de pensioenregeling

mr. T. Huijg en mr. P.G. Vestering*

1. Inleiding

ABN Amro, ING, Rabobank en andere werkgevers hebben het afgelopen jaar hun pensioenregeling aangepast zodat het wel en wee van hun pensioenfondsen geen effect meer heeft op hun balans. Wij verwijzen naar het artikel van Barbara van der Graaf elders in dit tijdschrift voor de redenen en achtergrond daarvan. In deze bijdrage gaan wij in op de belangrijkste juridische kwesties die spelen bij zo'n aanpassing (ook wel: een de-riskingoperatie). Het gaat daarbij met name om de vraag óf, en hoe, de pensioenregeling ten opzichte van de huidige en voormalige werknemers en in relatie tot de pensioenuitvoerder gewijzigd kan worden. Bij het wijzigen van de pensioenregeling gaat het meestal om wijziging van de indexatie(financiering), bijstortingen, de financiering aangaande de reguliere pensioenopbouw of de pensioenopbouw zelf.

Allereerst bespreken wij de belangrijke voorvraag of de pensioenregeling sowieso nog wel te wijzigen is ten opzichte van oud werknemers en pensioengerechtigden (postactieven). Is die rechtsverhouding uitgewerkt, en dus niet meer te wijzigen? Daarna bespreken wij de voorvraag in welke gevallen de indexatieregeling nog te wijzigen is. Het verschil tussen onvoorwaardelijke en voorwaardelijke indexatieregeling speelt daarbij een cruciale rol. Daarna bespreken wij achtereenvolgens het wijzigen van de pensioenregeling ten opzichte van de huidige en voormalige werknemers en ten opzichte van de uitvoerder.

2. Geen uitgewerkte rechtsverhouding

Een langlopende discussie met betrekking tot wijziging van de pensioenregeling van postactieven betrof de vraag of wijziging na uitdiensttreding van werknemers (dus voor postactieven) nog wel mogelijk is. Betoogd werd wel dat vanaf het moment van uitdiensttreding sprake is van een 'bevroren rechtsverhouding', waarin de werkgever niet langer wijzigingen kon doorvoeren. Nadat hierover veel discussie en wisselende rechtspraak verschenen was¹, besliste de Hoge Raad dat het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als uitgewerkt moet worden aangemerkt.² Na het einde van de arbeidsovereenkomst, loopt de rechtsverhouding tussen partijen door in de pensioenovereenkomst. De consequentie daarvan is ook dat die voortgezette pensioenovereenkomst, al dan niet eenzijdig, nog gewijzigd kan worden. Hierbij dient wel op basis van de normale criteria beoordeeld te worden of de wijziging rechtsgeldig plaatsvindt. Anders gezegd, er zal op basis van de wet (bijvoorbeeld art. 6:248 lid 2 BW), de regels die de pensioenovereenkomst beheersen en de inhoud van de overeenkomst (eenzijdige wijzigingsbevoegdheid voor pensioenfondsen of werkgever?) beoordeeld moeten worden of en hoe wijziging kan plaats-

vinden; het eindigen van de arbeidsovereenkomst maakt dat niet anders.

3. Indexatie

3.1 Relevantie kwalificatie '(on)voorwaardelijkheid'

De kwalificatie van (on)voorwaardelijkheid is om twee redenen van belang. Ten eerste omdat onvoorwaardelijke indexatieregelingen (in beginsel) niet te wijzigen zijn. Dat volgt uit art. 20 Pensioenwet (hierna: PW). Daarin staat namelijk dat bij wijziging 'de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd' mogen worden.³ Een onvoorwaardelijke indexatieregeling is een 'pensioenaanspraak', zo volgt uit de definitie van dat recht in art. 1 PW tezamen met de daarbij behorende parlementaire toelichting.⁴

Ten tweede zal de accountant zekerheid willen krijgen dat de in het verleden als voorwaardelijk uitgevoerde indexatieregelingen juridisch ook daadwerkelijk voorwaardelijk waren. Zo niet, dan leidt dat immers tot een verhoogd risico op claims. Die claims kunnen enorm zijn. Dat heeft te maken met het feit dat bij een onvoorwaardelijke indexatieregeling de werkgever *alle* toekomstige indexaties ineens moet affinancieren. Dat is *zeer kostbaar*, aldus ook de MvT van de PW.⁵ Doorgaans zal bij een de-riskingoperatie dan ook onderzocht moeten worden hoe de indexatieregelingen in het verleden kwalificeerden.

3.2 Historische context

Alvorens nader in te gaan op de kwalificatie '(on)voorwaardelijkheid', eerst nog het volgende. Per geval zal aan de hand van de toepasselijke uitlegeregels beoordeeld moeten worden of de indexatieregeling voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is (of was). Vooral bij de oudere indexatieregelingen, is het van belang het volgende te realiseren. Sociale partners en pensioenuitvoerders zijn pas rond de beurscrisis in 2002/2003 de voorwaardelijkheid (lees: de afhankelijkheid van de beschikbare financiële middelen) meer en meer expliciet gaan vastleggen en aldus gaan communiceren. In de jaren daarvoor waren doorgaans ruimschoots financiële-

* Teun Huijg en Paul Vestering zijn beiden advocaat te Amsterdam.

1. Zie voor een overzicht en analyse: J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16.
2. HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 (ECN/Oomen).
3. Behoudens als gevolg van korten of in het kader van een collectieve waardeoverdracht.
4. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 17, 173 en 175.
5. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 32.

le middelen voorhanden om de indexatie te financieren. Het gevolg daarvan was dat er weinig prikkels waren om over de voorwaardelijkheid expliciet te zijn, terwijl die wel bedoeld was. Dergelijke indexatieregelingen zijn ‘onbedoeld onvoorwaardelijke indexatieregelingen’ gaan heten.⁶ De bedoeling was voorwaardelijk; maar de teksten waren daar niet (altijd) duidelijk over. Met de beurscrisis veranderde dat.⁷ De toezichthouder ging strengere eisen stellen aan zowel het expliciet maken van de voorwaardelijkheid, als de daarbij behorende financieringsstructuur.⁸ Die aanpak kreeg uiteindelijk ook een directe wettelijke basis, allereerst in de zgn. nota *Hoofdlijnen FTK*⁹ uit 2004, gevolgd door de huidige Pensioenwet per 2007/2008.¹⁰ Gegeven deze historie, zal men bij het kwalificeren van oude indexatieregelingen terughoudend moeten zijn bij het toepassen van de huidige inzichten op die regelingen.

3.3 Wat is ‘voorwaardelijk’ en wat is ‘onvoorwaardelijk’?

De vraag is wanneer een indexatieregeling voorwaardelijk is. Merkwaardig genoeg is het antwoord daarop niet te vinden in de Pensioenwet. De Pensioenwet bevat wel allerlei financierings-eisen en communicatievoorschriften al naar gelang de mate van (on)voorwaardelijkheid, maar zwijgt over de principiële voorvraag wanneer een regeling voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is.

Op het eerste gezicht ligt het dan voor de hand aansluiting te zoeken bij het algemene vermogensrecht. Art. 6:21 BW bevat immers een omschrijving van de ‘voorwaardelijke verbintenis’. Daarin staat dat een verbintenis voorwaardelijk is ‘wanneer [...] haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld’. De afhankelijkheid aan een toekomstige onzekere gebeurtenis zou dus het hét onderscheidende criterium kunnen zijn tussen een voorwaardelijke en een onvoorwaardelijke indexatieregeling. Dit lijkt een plausibele benadering, waarvoor ook een rechtvaardiging te vinden is in de wetsgeschiedenis van de PW.¹¹

Tegelijkertijd moet die benadering genuanceerd worden. Het zou er namelijk toe leiden dat vrijwel alle indexatieregelingen voorwaardelijk zijn, terwijl dat toch niet bedoeld lijkt te zijn. Het volgende voorbeeld toont dat aan. Algemeen aanvaard – en bevestigd in de wetsgeschiedenis¹² – is dat een regeling waarin staat dat ‘de pensioenen ieder jaar verhoogd worden met de CPI-afgeleid (zoals vastgesteld door het CBS)’ onvoorwaardelijk is. Toch zou dit onder art. 6:21 BW mogelijk kwalificeren als voorwaardelijk. Immers: de ontwikkeling van de CPI (een prijsindexcijfer) is onzeker. Strikte toepassing van art. 6:21 BW is naar onze mening dan ook niet bedoeld.

Hoewel we met art. 6:21 BW (*toekomstige onzekere gebeurtenis*) wel degelijk ver komen, kan dat dus niet het onderscheidende criterium zijn. Wat dat dan wel is, kan bij benadering opgemaakt worden uit de wetsgeschiedenis en de omvangrijke jurisprudentie. Daaruit is een groot aantal voorbeelden voor zowel onvoorwaardelijke als voorwaardelijke indexatieregelingen te destilleren, die tezamen een redelijk goed beeld geven. Een voor alle situaties toepasbaar onderscheidend criterium ontbreekt echter.¹³

De volgende indexatieregelingen zijn als voorwaardelijk gekwalificeerd:

- a. De toekomstige toeslagen zijn afhankelijk van een in de toekomst door de pensioenuitvoerder te nemen beslissing.¹⁴ De pensioenuitvoerder heeft beslissingsbevoegdheid c.q. -ruimte.¹⁵
- b. Het fonds hanteert een beleidsstaffel als *leidraad* bij een *afzonderlijke* bestuursbeslissing over de indexatieverlening.¹⁶ De beleidsstaffel koppelt indexatieverlening aan de op dat moment aanwezige dekkingsgraad. Relevant lijkt te zijn dat het moet gaan om een *leidraad*, en dat duidelijk is dat er daarnaast nog wel een afzonderlijke – eventueel dus afwijkende – beoordeling plaatsvindt.
- c. Het pensioen zal worden aangepast aan de ontwikkeling van de afgeleide consumentenprijsindex, gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek, doch ten hoogste tot 3% per jaar, tenzij anderszins wordt besloten.¹⁷ Vooral het laatste element – ‘*tenzij anderszins wordt besloten*’ – was in deze zaak doorslaggevend.
- d. Het fonds en/of de werkgever heeft invloed op de toe te passen index.¹⁸ Daar is uiteraard geen sprake van indien toekomstige indexaties gekoppeld zijn aan een vaste stijging of prijs- of loonindex.

6. Vgl. (i) *Kamerstukken II* 2006/07, 30 655, nr. 7, p. 9-10, (ii) *Kamerstukken I* 2006/07, 30 655, nr. C, p. 2-3 en (iii) *Handelingen I* 2006/07, 30 413, nr. 12-498.
7. Zie daarover ook: (i) A-G E.M. Wesseling-Van Gent bij HR 8 november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:874, punten 1.25 t/m 1.27 (Delta Lloyd) en (ii) Ktr Amsterdam 9 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2922, r.o. 29 (ING).
8. Uitgangspunten voor de financiële opzet en positie van pensioenfondsen, beleidsregel van 30 september 2002, nr. 3.01/2002-8326.
9. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 294, nr. 4 (herdruk).
10. Vgl. art. 20 (wijzigingsverbod), 95 (consistentie en voorwaardelijkheidsverklaring), 126 (technische voorzieningen) en 128 (kostendeekkende premie) PW.
11. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 33 en 82.
12. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 110.
13. In de MvT van de PW staat overigens wel vermeld dat “*Het onderscheid tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke toeslagen wordt [...] gemaakt door het bijvoeglijk naamwoord «voorwaardelijk» of «onvoorwaardelijk» te zetten voor toeslag.*” Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 17. Het lijkt ons nogal dubieus om aan het enkele gebruik van het woord (on)voorwaardelijk een dergelijk verstrekkende conclusie te verbinden.
14. Vgl. (i) *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 86, (ii) *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 53, (iii) Ktr Amsterdam 24 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5013, r.o. 4.5 (GBC/SPIN) en (iv) Hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4484, r.o. 3.7 (SPIN/GBC).
15. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 57.
16. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 655, nr. 18 (bijlage, p. 2) en de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, *Stc.* 28 februari 2007, nr. 42, p. 43.
17. Ktr Amsterdam 22 oktober 2012, *PJ* 2012/212, r.o. 21 (ING).
18. Vgl. (i) Pensioen- & Verzekeringskamer, *Actuariële principes pensioenfondsen*, Apeldoorn: PVK 1997, p. 12 en (ii) Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen stand van zaken 1 januari 2000*, Apeldoorn: PVK 2000, p. 38.

- e. De werkgever streeft ernaar de pensioenen aan te passen aan de ontwikkeling van het consumentenprijsindexcijfer.¹⁹ De voorwaardelijkheid ligt besloten in het woord 'streeft'.
- f. Indexatie is afhankelijk van de dekkingsgraad c.q. de financiële positie van het pensioenfonds.²⁰
- g. Indexatie is afhankelijk van het behaalde overrendement.²¹
- h. Indexatie wordt verleend voor zover het indexatiedepot c.q. – buffer toereikend is.²²
- i. Indexatieverlening is in beginsel gelijk aan de voorwaardelijke indexatie die het bedrijfstakpensioenfonds (hierna: Bpf) (waarvan vrijstelling is verkregen) op enig moment toekent.²³

En ten aanzien van onvoorwaardelijke indexatie:

- a. Indexatieverlening is onafhankelijk van besluiten van het fondsbestuur of de werkgever.²⁴ Er is geen nadere besluitvorming noodzakelijk.²⁵
- b. Pensioenfonds past onder alle omstandigheden zijn beleidsstaffel toe, waarbij toeslagverlening via die beleidsstaffel is gekoppeld aan de op dat moment aanwezige dekkingsgraad.²⁶
- c. Indexatieverlening is afhankelijk gesteld van tevoren bepaalde, objectieve criteria.²⁷
- d. Dat toekomstige indexaties moeten worden betaald, staat vast.²⁸
- e. Indexatie is onvoorwaardelijk gekoppeld aan de stijging van de prijsindex, de loonindex, dan wel aan een vaste stijging na pensioeningang.²⁹

Resumerend: er bestaat eensgezindheid dat in ieder geval de indexatieregelingen waarbij feitelijke indexatieverlening afhankelijk is van de beschikbare financiële middelen voorwaardelijk (van het pensioenfonds of de werkgever) zijn. Hetzelfde geldt voor die regelingen waarbij het fonds telkens een zelfstandige indexatiebeslissing moet nemen. Ook de gevallen dat in de indexatieregeling sprake is van een 'streven', zijn voorwaardelijk.

3.4 'Onvoorwaardelijke' indexatie gedurende het deelnemerschap (dienstverband)

Eén categorie van indexatieregelingen verdient nog apart besproken te worden. Dat betreft de regeling waarbij indexatieverlening gedurende het deelnemerschap (dat vaak gelijk is aan het dienstverband) zonder voorbehoud gekoppeld is aan een bepaalde index. Dit kan bijvoorbeeld (i) de bij de werkgever van toepassing zijnde loonsverhogingen, (ii) de algemene cao-verhogingen, (iii) de algemene loonindex die het CBS publiceert (iv) of de CBS-prijsindex zijn. De indexatiebepaling luidt bij die regelingen dan als volgt: 'gedurende het deelnemerschap worden de pensioenaanspraken jaarlijks verhoogd met de [CBS-prijsindex]'. Er bestaan thans nog relatief veel van dit soort indexatieregelingen. Kijken we naar voornoemde voorbeelden, dan kwalificeert zo'n regeling als een onvoorwaardelijke indexatieregeling. Voor toekomstige indexatieverlening is geen nadere besluitvorming door de uitvoerder of de werkgever vereist.³⁰ Ook hebben uitvoerder en werkgever geen invloed op de te hanteren index. Anders gezegd: toekomstige indexaties zijn afhankelijk van tevoren bepaalde, objectieve criteria. Blijkens de parlementaire geschiedenis is nadrukkelijk stilgestaan bij de vraag of dit soort regelingen daadwerkelijk onvoorwaardelijk zijn, met name in het kader van de vraag of toekomstige indexaties ineens afgefinancierd moeten worden.³¹ De regering stelde van niet, en bediende zich

daarbij van een intrinsiek tegenstrijdige doelredenering: 'er [kan] ook een onvoorwaardelijke toeslag zijn [...] die alleen wordt gegeven zolang aan de pensioenregeling wordt deelgenomen, en die niet [...] doorloopt nadat de deelnemer slaper is geworden. In feite is hier sprake van een voorwaardelijk element in de verlening van onvoorwaardelijke toeslagen: namelijk de voorwaarde «deelname aan de regeling». [...] Er is in beginsel alleen sprake van een onvoorwaardelijke toeslag [...] zolang iemand een actieve deelnemer in de pensioenregeling is'.³² Los van de tegenstrijdigheid dat 'onvoorwaardelijke toeslag' enerzijds en 'in feite [...] voorwaardelijk' en 'zolang iemand actieve deelnemer [...] is' anderzijds slecht met elkaar te rijmen zijn, doorkruist deze redenering ook de Pensioenwet en haar systematiek. Onvoorwaardelijke indexaties (dit is hetzelfde als toeslagen) moeten op basis van art. 128 PW direct en ineens afgefinancierd worden. Bovendien zijn zij op grond van art. 20 PW ook niet te wijzigen. Waarschijnlijk bedoelde de regering dat regelingen als deze niet onvoorwaardelijk, maar

- 19. Vgl. (i) Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6819, r.o. 4.5 (Univé), (ii) Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, r.o. 3.11 (Delta Lloyd), (iii) Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU8111, r.o. 4.7.2 (Clerical) en (iv) Hof Amsterdam 15 april 2014, zaaknummer 200.123.115/01 (nog niet gepubliceerd), r.o. 3.4.3 (ING).
- 20. Vgl. (i) *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 69 en (ii) Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor; niet-financiële gegevens pensioenfondsen stand van zaken 1 januari 2000*, Apeldoorn: PVK 2000, p. 38.
- 21. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 413, nr. C, p. 34.
- 22. Vgl. (i) *Kamerstukken I* 2006/07, 30 655, nr. C, p. 12, (ii) Hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4484, r.o. 3.7 (SPIN/GBC), (iii) Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5195, r.o. 4.7 (Kwintet KLM) en (iv) Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130, r.o. 4.22-4.23 (Vakcentrum).
- 23. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 413, nr. C, p. 47.
- 24. Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor; niet-financiële gegevens pensioenfondsen stand van zaken 1 januari 2000*, Apeldoorn: PVK 2000, p. 38.
- 25. Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX8630, r.o. 4.6 (Friesland Foods).
- 26. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 655, nr. 18 (bijlage, p. 1 en 2) en de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, *Stcrt.* 28 februari 2007, nr. 42, p. 43.
- 27. Ktr Amsterdam 24 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5013, r.o. 4.5 (GBC/SPIN).
- 28. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 33.
- 29. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 110.
- 30. Voor de bij de bij de werkgever van toepassing zijnde loonsverhogingen en de algemene cao-verhogingen zou overigens nog het tegenovergestelde verdedigd kunnen worden.
- 31. Vgl. (i) *Kamerstukken I* 2006/07, 30 413, nr. C, p. 31, (ii) *Kamerstukken II* 2006/07, 30 655, nr. 18 (bijlage, p. 2) en (iii) de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, *Stcrt.* 28 februari 2007, nr. 42, p. 43.
- 32. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 413, nr. C, p. 30-31. Zie hierover ook: de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, *Stcrt.* 28 februari 2007, nr. 42, p. 43.

voorwaardelijk zijn. Het gaat hierbij overigens niet om een louter taalkundig spel. Integendeel, want als de regering wel degelijk bedoeld zou hebben dat dergelijke regelingen onvoorwaardelijk zijn, dan moeten die onder art. 128 PW direct bij toekenning ineens gefinancierd worden en kunnen die nooit meer gewijzigd worden (art. 20 PW).³³

4. Wijzigen pensioenovereenkomst

Aanpassing van indexatie betekent wijziging van de financieringsafspraken in de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder (zie daarover hierna). De werkgever wil zich bevrijden van de in hoogte fluctuerende verplichting om jaarlijks geld voor indexatie ter beschikking te stellen. Soms vormt de door de werkgever toegezegde indexatiefinanciering echter ook onderdeel van de pensioenovereenkomst, bijvoorbeeld via incorporatie van het pensioenreglement, of kunnen de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden hierop via een derdenbeding rechtstreeks een beroep doen (zie ook hierna). Daarnaast zal bij een gewijzigde financiering van de indexatie, vaak ook de inhoud van de indexatie-afpraak aangepast worden, bijvoorbeeld doordat de indexatie van pensioenen afhankelijk wordt gemaakt van de beschikbare middelen bij een ondernemingspensioenfonds of het rendement binnen een verzekeringscontract. Aldus leidt wijziging van de indexatieregeling dus vrijwel steeds ook tot wijziging van de pensioenovereenkomst.

In dit onderdeel gaan wij in op een dergelijke wijziging van de pensioenovereenkomst. Dat beperkt zich niet tot indexatie, maar ook tot andere elementen die in het kader van een de-riskingoperatie gewijzigd moeten worden (denk aan opbouwsystematiek, opbouwfinanciering en eventuele bijstortplichten).

Het wijzigen van de pensioenovereenkomst is in beginsel mogelijk (zoals hiervoor bleek), maar door de verschillende betrokken partijen en hun onderlinge juridische verhoudingen soms complex. Hieronder bespreken wij de wijzigingsmethoden die in de praktijk toegepast worden en de juridische haken en ogen daarbij. Waar relevant zullen we onderscheid maken tussen wijziging ten opzichte van actieven (de deelnemers/werknemers) en de postactieven (de voormalige deelnemers en gepensioneerden) en tussen de wijziging van een pensioenovereenkomst uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds en door een verzekeraar.³⁴

4.1 Wijzigen met instemming

Een voor de hand liggend startpunt voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst is om dit met instemming van de betrokken werknemers en postactieven te realiseren. Redenen om in te stemmen zijn vaak gelegen in enig begrip voor het belang van de werkgever om de pensioenverplichtingen van de balans te krijgen, compensatie voor verschuiving van het risico doordat de werkgever een eenmalige ‘bruidsschat’ stort bij de pensioenuitvoerder en het feit dat de financiering van het pensioen onafhankelijker wordt van het financiële wel en wee van de werkgever.

Uitgangspunt bij wijziging zijn de algemene regels voor totstandkoming van overeenkomsten (aanbod en aanvaarding). De Hoge Raad heeft in een zaak over de wijziging van een pensioenregeling echter overwogen dat gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat de individuele werknemer ingestemd heeft met een wijziging van arbeidsvoorwaarden die een verslechtering inhoudt, indien aan de

werknemer duidelijkheid over de inhoud van de wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat die *welbewust* met die wijziging heeft ingestemd.³⁵ Kortom, vanwege de arbeidsrechtelijke verhouding – maar dat principe geldt naar onze mening evenzeer voor de daarvan afgeleide verhouding met de postactieven – dient de werkgever te zorgen voor (i) duidelijke informatieverschaffing, waarna (ii) een welbewuste instemming van de werknemers of postactieven nodig is, die afgeleid mag worden uit verklaringen of gedragingen van de betrokkenen (dit hoeft dus niet per se schriftelijk). Omdat wijzigingen van pensioenregelingen vaak relatief ingewikkelde materie betreffen, zal de werkgever die zijn pensioenregeling wijzigt dus goede informatie moeten verschaffen en ook bijvoorbeeld helder moeten maken wat de mogelijke risico's of nadelige gevolgen van de wijziging voor de werknemers en postactieven kunnen zijn. De werkgever die in dit opzicht ‘de bocht afsnijdt’, loopt het risico dat hij uiteindelijk in rechte niet mag vertrouwen op de eerder gegeven instemming door de betrokken werknemers en postactieven.

4.2 Negatieve optie

Omdat de wijziging van een pensioenregeling meestal veel werknemers en postactieven betreft, is het individueel vragen om instemming van elk van hen in de praktijk erg bewerkelijk; ook speelt hierbij het probleem dat onduidelijk is hoe de werkgever moet omgaan met bijvoorbeeld postactieven die in het geheel niet reageren. Uit praktische overwegingen werken werkgevers (en pensioenfonds) daarom vaak met de ‘negatieve optie’. De werkgever informeert de betrokkenen dan over de voorgestelde wijziging, waarbij afgesloten wordt met de mededeling dat indien de werknemer of betrokken ‘inactieve’ niet binnen een bepaalde termijn reageert, hij of zij geacht wordt met de wijziging te hebben ingestemd.

Deze wijzigingsmethode vergt een duidelijke, consistente communicatie door de werkgever. Indien de werkgever bijvoorbeeld eerst alle betrokkenen op hoofdlijnen informeert, met het verzoek alleen te reageren als zij bezwaar hebben, mag de werkgever er niet op vertrouwen dat bij een late uitwerking en verduidelijking het (opnieuw) uitblijven van een reactie betekent dat met het geheel van voorgestelde wijzigingen is ingestemd.³⁶ Om te kunnen vertrouwen op het stilzitten van de werknemers en postactieven, moet de informatievoorziening duidelijk en compleet zijn. Bovendien dient de werkgever ervoor te zorgen dat de informatie de betrokkenen ook daadwerkelijk bereikt, zeker indien deze informatie ziet op een wijziging die materiële gevolgen voor

33. Zie voor een nadere uitwerking hiervan ook: R.H. Maatman en E.J. Henrichs, ‘Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 PW’, *TVP* 2014/4.
34. De werkgever kan uiteraard niet rechtstreeks een Bpf-pensioenregeling wijzigen; dergelijke pensioenregelingen laten we daarom onbesproken.
35. HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (CZ-arrest). Zie ook over deze materie P.G. Vestering, ‘Informed consent bij arbeid en pensioen’, *TAP* 2013/7, p. 268 e.v.
36. Zie HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5262 (Halliburton-arrest).



de betrokkenen kan hebben. Indien een (voormalig) deelnemer bijvoorbeeld stelt bepaalde, voor hem belangrijke informatie niet ontvangen te hebben en om die reden niet te hebben gereageerd, is het aan de werkgever om aan te tonen dat de betrokkene op een zodanige manier geïnformeerd is dat zeker is dat het bericht is aangekomen. Dat geldt ook voor eventueel verzonden rappel.³⁷

4.3 Wijziging bij cao

Werkgevers zoeken voor pensioenwijzigingen vaak naar draagvlak en een 'partner' om wijzigingsafspraken mee te maken. De vakbonden spelen van oudsher deze rol, zij het dat in bepaalde bedrijven of bedrijfstakken hun rol beperkt is of pensioen bijvoorbeeld vooral een onderwerp van overleg met de OR is.

Juridisch biedt een afspraak met één of meer vakbonden per cao een effectief wijzigingsmiddel. De binding van werknemers die lid zijn van de betrokken vakverenigingen volgt dan uit de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: Wet CAO). Voor niet-gebonden werknemers geldt dat algemeen verbindend verklaring van pensioenafspraken niet plaatsvindt³⁸, maar dat zij door een incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst meestal toch gebonden zijn aan de binnen de onderneming geldende cao. Algemeen aanvaard is dat een dergelijk incorporatiebeding leidt tot een contractuele gebondenheid van de werknemer aan de cao, waarbij een dynamische formulering – de afspraak luidt dat toepassing is 'de van tijd tot tijd binnen de onderneming geldende cao's' – ervoor zorgt dat deze route ook blijvend werkt.³⁹ Hierbij is nog wel discussie over de vraag of een dergelijke incorporatiebeding een wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW of art. 19 PW is, zodat de werkgever ondanks de afspraken met de vakbond daarenboven een eigen zwaarwichtig belang bij wijziging dient te hebben. Aangezien in deze situatie echter geen sprake is van een eenzijdige wijziging door de werkgever, maar van een wijziging overeengekomen tussen werkgever en vakbonden, waarbij de werknemers hun onderhandelingsvrijheid via het incorporatiebeding aan die vakbonden overgedragen hebben, is wat ons betreft de conclusie dat bij een incorporatiebeding geen extra 'zwaarwichtig belang'-toets toegepast behoort te worden.⁴⁰ Ware dit anders, dan zou de positie van de ongebonden werknemer ook anders (juridisch sterker) zijn dan die van de gebonden werknemer voor wie de cao op basis van de Wet CAO (onverkort) geldt.

Een andere vraag is of werknemers die gebonden raken aan een nieuwe pensioenregeling bij cao, daardoor per se hun aanspraken voortvloeiend uit een eerdere, gunstigere cao verloren hebben. Veel cao's hebben namelijk een minimumkarakter zodat gunstigere bepalingen uit een eerdere cao kunnen 'nawerken'. Dit punt is echter oplosbaar: cao-partijen spreken in de nieuwe cao af dat nawerking van de oude cao-bepalingen uitgesloten is en dat de nieuwe cao een standaard karakter heeft, waarvan niet afgeweken mag worden. Die aanpak is door de Hoge Raad gesanctioneerd.⁴¹ Dan de vraag of een cao ook postactieven kan binden. De literatuur en rechtspraak zijn hierover verdeeld, omdat bij cao (voornamelijk of uitsluitend) arbeidsvoorwaarden overgenomen kunnen worden 'bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen' (art. 1 lid 1 Wet CAO).⁴² Deze vraag is in de praktijk vooral relevant voor een beperkte groep postactieven, namelijk zij die niet eerder bij cao (rechtstreeks als vakbondslid of via een incorporatiebeding) aan een pensioenregeling gebonden waren. Voor andere postactieven geldt dat

indien *de bron* van de pensioenregeling, inclusief een indexatie-afpraak, een cao is waaraan de betrokken postactieven nog gebonden waren vóór uitdiensttreding en deze cao expliciet of impliciet een wijzigingsmogelijkheid voor de toekomst inhoudt, de werkgever de betreffende pensioenregeling ook ten opzichte van deze (inmiddels) postactieven mag wijzigen. Er is dan sprake van een koppeling tussen (toekomstige) pensioenregeling en later te sluiten cao's, waarmee de toekomstige wijzigingsmogelijkheid bij cao als het ware 'ingebakken is' in de pensioenregeling.⁴³

4.4 Afspraken met de OR?

Kan de werkgever die normaal geen pensioenafspraken met de vakbonden maakt, een vergelijkbaar resultaat met de OR bereiken? Op zichzelf is helder dat wijzigingsafspraken tussen werkgever en de OR de werknemers juridisch niet binden. Dat betekent echter niet dat de OR geen belangrijke rol bij wijziging kan spelen. Instemming met de wijziging is soms voorgeschreven op basis van art. 27 WOR (zie hierna) en vormt bij een beroep door de werkgever op art. 19 PW of 7:613 BW zoals bekend een belangrijke aanwijzing dat de werkgever een zwaarwegend belang bij die wijziging heeft. De OR kan bovendien *contractueel* een rol bij wijziging toegerekend krijgen. Zo kan de OR via een incorporatiebeding in de pensioenovereenkomst aangewezen worden als het orgaan waarmee de werkgever wijzigingsafspraken kan maken. Onzeker is of de wijziging dan nog moet voldoen aan de zwaarwegend belang-toets van art 19 PW en 7:613 BW; mogelijk is dat zo, omdat de OR in het algemeen niet geacht

37. Dit valt af te leiden uit een zaak waarin informatie over een nieuwe, vrijwillige pensioenregeling werd verschaft door een bedrijfstakpensioenfonds: HR 4 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY4465.
38. Vgl. art. 4.3.4 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring cao-bepalingen, *Stcrt.* 2010, 13489, laatstelijk gewijzigd in *Stcrt.* 2013, 34009.
39. Zie onder meer W.J.P.M. Fase, *Cao-recht*, Deventer Kluwer 2004, p. 97-98 en Asser-Heerma van Voss, 7-V 526.
40. Zie aldus ook E. Lutjens, *Pensioenwet Analyse en Commentaar*, Deventer Kluwer 2013, p. 423 en R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en artikel 7:613 BW', *SMA* juli/augustus 2006, nr. 7/8, p. 312-313. Anders: R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder artikel 7: 613 BW valt', *SMA* juli/augustus 2006, nr. 7/8, p. 308-311.
41. Zie HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580 (Abvakabo/Unieke kinderopvang).
42. Voor een overzicht van de wisselende rechtspraak zie onder meer N. Tali, 'De cao en rechtspositie van gepensioneerden', *ArbeidsRecht* 2009/33, A. Steege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners*, Deventer Kluwer 2004 en P.G. Vestering, 'Voorwaardelijke indexering van pensioenen: blijft onzeker', *P&P* 2010/5, p.17-24. Zie voor voorbeelden waarin de rechter aannam dat een wijziging van pensioen gepensioneerden niet raakt Gerechtshof Amsterdam 28 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1970 (ING met betrekking tot wijzigingen werkgeversbijdrage ziektekostenverzekering), Hof Arnhem 25 oktober 2011, *PJ* 2011/163 (Elementis) en Hof Leeuwarden 25 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX8630 (Friesland Foods).
43. Zie ook m.b.t. de wijziging ziektekostenbijdrage: T. Huijg, (Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', *TRA* 2010/57.



wordt hetzelfde tegenwicht aan de werkgever te bieden als de vakbond.⁴⁴ Daarmee zou de conclusie kunnen zijn dat de werkgever met dergelijke afspraken ‘niet zoveel opschiet’, althans dat zijn positie na een akkoord met de OR niet anders is dan indien hij zelf een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding zou doen met instemming van de OR. Dat is echter anders indien de bevoegdheid van de OR gebaseerd is op een delegatiebepaling in een cao. Sommige cao's laten bepaalde bevoegdheden of de invulling van algemene regelingen per onderneming over aan de betrokken OR en cao-partijen kunnen daarbij bepalen dat deze invulling dezelfde bindende ('normatieve') werking heeft als een afspraak in een cao zelf. De afspraak met de OR is dan geen cao, maar is wel even verbindend als een afspraak bij cao.⁴⁵

4.5 De fondsenroute

Indien de werkgever niet tot afspraken kan komen met vakbonden en/of de OR, resteren eenzijdige wijzigingsmogelijkheden, die juridisch 'kwetsbaarder' zijn. Voordat we daarop ingaan, schetsen we eerst een alternatieve route die in de praktijk ingang gevonden heeft.

Hoewel een pensioenfonds (of verzekeraar) op zichzelf wettelijk gezien niet gaat over de inhoud van de pensioenovereenkomst – het primaat daarvoor ligt bij werkgevers en werknemers – komt het in de praktijk bij een ondernemingspensioenfonds (hierna: Opf) toch regelmatig voor dat de inhoud van de pensioenregeling door het Opf bepaald kan worden. Daarmee is er nog een andere route om voor de gehele groep actieven en postactieven in één keer de pensioenregeling te wijzigen: de 'fondsenroute'. De pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer verwijst voor de inhoud van de pensioenafspraken meestal naar het pensioenreglement, dat wordt vastgesteld door het pensioenfonds. Dit pensioenreglement (en de statuten van het Opf) op hun beurt bevatten regelmatig een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid van de pensioenregeling door het pensioenfonds, uiteraard met inachtneming van de interne besluitvormingsregels binnen het pensioenfonds. Dit zal een bestuursbesluit vereisen, inclusief eventuele betrokkenheid van medezeggenschapsorganen (zie hierna), waarbij voor het Opf ook de norm van evenwichtige belangenafweging ex art. 105 lid 2 PW geldt.

Bij de fondsenroute is de vraag of het besluit van het pensioenfonds om een pensioenregeling te versoberen, de werknemers en postactieven automatisch bindt zonder nadere, inhoudelijke toets. De grondslag voor binding is het incorporatiebeding, dat wil zeggen dat het pensioenreglement onderdeel is van de pensioenovereenkomst, terwijl het pensioenfonds het pensioenreglement mag wijzigen. De rechtspraak laat zien dat deze route in beginsel werkt.⁴⁶ De in de rechtspraak toegepaste toets is dan niet die van art. 19 PW, op basis van het (terechte) argument dat niet de werkgever, maar het pensioenfonds de regeling wijzigt. De waarborgen voor zorgvuldige besluitvorming door het pensioenfonds zijn gelegen in de (veelal) paritaire samenstelling van het bestuur, de norm van evenwichtige belangenbehartiging bij besluitvorming ex art. 105 lid 2 PW en de medezeggenschap binnen het fonds (zie hierna). Als een beperking in dit opzicht wordt nog wel genoemd de mogelijkheid dat het pensioenfonds misbruik van zijn bevoegdheid zou maken of bijvoorbeeld de wijziging toepast in strijd met eerder bij de deelnemers opgewekt vertrouwen. Die toets is echter lichter dan de zwaarwegend belangtoets.

4.6 Eenzijdig wijzigingsbeding werkgever en resterende mogelijkheden

Voor wijziging van een pensioenregeling zonder instemming en zonder toepassing van een 'collectieve route' bij cao (en/of OR) of door het pensioenfonds, resteren de eenzijdige wijzigingsmiddelen van de werkgever van art. 19 PW en 7: 613 BW op basis van een wijzigingsbeding of, bij gebreke daarvan, een beroep op algemene beginselen zoals de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6: 248 lid 2 BW) of onvoorziene omstandigheden (6: 258 BW). Wij bespreken die verder niet.

4.7 Medezeggenschap bij wijzigingen

Ten slotte in dit wijzigingsoverzicht enkele opmerkingen over de medezeggenschap bij pensioenwijzigingen; het gaat thans om een lappendeken van verschillende regels in verschillende situaties. Mogelijk zal dit binnen afzienbare termijn overzichtelijker worden, nu Staatssecretaris Klijsma aangekondigd heeft dat de OR bij wijzigingen van de pensioenovereenkomst altijd instemmingsrecht zal krijgen, ongeacht de pensioenuitvoerder.⁴⁷ De huidige situatie is als volgt. Bij wijziging van de pensioenovereenkomst bij een verzekerde regeling, geldt op basis van art. 27 lid 1 WOR een instemmingsrecht voor de OR.

Art. 27 lid 7 WOR bepaalt sinds 1 augustus 2013 verder dat bij het vaststellen of beëindigen van een pensioenovereenkomst uitgevoerd door een Opf, een niet-verplicht Bpf of een verplicht Bpf als het gaat om vrijwillige excedentregeling, de OR van de betrokken werkgever instemmingsrecht heeft. Dit instemmingsrecht geldt echter niet bij *wijziging* van een pensioenovereenkomst, zodat de werkgever die niet een geheel nieuwe pensioenovereenkomst invoert, maar de bestaande regeling wijzigt hier thans geen instemming voor hoeft te vragen.

Naast de OR, spelen binnen pensioenfonds ook andere medezeggenschapsorganen een rol. Bij wijziging van de pensioenregeling door een Opf had de deelnemersraad tot voor kort een adviesrecht over aanpassingen van het pensioenreglement. Inmiddels is in het kader van de Wet versterking bestuur pensioenfonds⁴⁸ de deelnemersraad vervangen door (afhankelijk van het gekozen bestuursmodel) het verantwoordingsorgaan of belanghebbendenorgaan. Voor wijzigingen van de pensioenovereenkomst of het pensioen-

44. Aldus ook E. Lutjens, *Pensioenwet Analyse en Commentaar*, Deventer Kluwer 2013, p. 416.

45. Zie recent aldus Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:646 (TGM).

46. Zie HR 20 september 2003, ECLI:NL:HR:2013:1134 (Delta Lloyd; in deze zaak was de wijziging pensioenreglement overigens ook op een cao-afpraak gebaseerd), Hof Arnhem 27 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE9201 (Akzo Nobel; hoewel het hier alleen ging om aanpassing financieringsovereenkomst), kantonrechter Tiel 25 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494 (Campina), Hof Arnhem 25 januari 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AS3987 en kantonrechter Amsterdam 13 juli 1995, *PJ* 1995/32. Zie voor een kritische beschouwing over het gebruik van de fondsenroute F. Hoppers en H. Hoving, 'Pensioenwet ingehaald door praktijk, Knelpunten wijziging arbeidsvoorwaarde pensioen bij ondernemingspensioenfonds', *NJB* 2011/728.

47. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 182, nr. 54.

48. *Stb.* 2013, 330.

reglement geldt een adviesrecht voor het belanghebbendenorgaan (art. 115c PW); voor het verantwoordingsorgaan is dat alleen het geval indien de wijziging ook tot een wijziging in de uitvoeringsovereenkomst leidt, of een dergelijk recht statutair is toegekend (art. 115a PW). Gepensioneerden en gewezen deelnemers kunnen ook vertegenwoordigd zijn in deze organen; in dat geval zal een (positief) advies over pensioenwijzigingen ook draagvlak en een vermoeden van redelijkheid ten opzichte van postactieven opleveren. Dit is lastiger te realiseren bij wijzigingen door de werkgever met instemming van de OR, aangezien postactieven niet in de OR vertegenwoordigd zijn; om dan draagvlak voor wijziging van een pensioenwijziging ten aanzien van deze groepen te verkrijgen, trachten werkgevers in de praktijk wel om een vereniging van gepensioneerden bij de wijzigingen te betrekken.

5. Wijzigen uitvoeringsovereenkomst

5.1 Het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst

Tussen de werkgever en haar pensioenfonds bestaat een uitvoeringsovereenkomst. Dat is wettelijk verplicht indien binnen de onderneming een pensioenregeling van toepassing is.⁴⁹ Daarin moeten onder meer afspraken zijn gemaakt omtrent financiering (waaronder bijstorting, indien overeengekomen) en indexatieverlening. Bij een de-riskingoperatie zullen die afspraken – althans in ieder geval de financieringsafspraken – gewijzigd moeten worden. Dit hoofdstuk gaat daarover.

De uitvoeringsovereenkomst is zoals ieder andere overeenkomst te wijzigen (i) met wederzijds goedvinden, (ii) met een beroep op de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW⁵⁰ en (iii) in geval van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW. Het is niet onze bedoeling deze wijzigingsmogelijkheden tot in detail te bespreken. Wij bespreken hierna enkel die elementen die specifiek zijn aan het pensioenkaracter. Algemeen vermogensrechtelijke elementen veronderstellen wij bekend.

5.2 Plicht tot evenwichtige belangenbehartiging

Het pensioenfondsbestuur is bevoegd namens het pensioenfonds wijzigingen met de werkgever overeen te komen. Het fondsbestuur dient daarbij de belangen van alle betrokkenen evenwichtig te behartigen. Dat vloeit voort uit art. 105 lid 2 PW. Het gaat daarbij om de belangen van de werkgever, de huidige en voormalige werknemers en de pensioengerechtigden.

Denkbaar is dat de situatie op enig moment aldus is dat het fondsbestuur op grond van deze wettelijke plicht *moet* meewerken aan de wijziging. Daar kan sprake van zijn indien de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en haar huidige en voormalige werknemers aldus (rechtsgeldig) gewijzigd is dat die al de nieuwe financieringsstructuur en indexatieregeling bevat. In dat geval hebben alle stakeholders klaarblijkelijk de nieuwe financiering en indexatieverlening gewild. Indachtig de plicht tot evenwichtige belangenbehartiging, menen wij dat het fondsbestuur dan niet makkelijk kan weigeren in te stemmen met een hem voorgelegde nieuwe uitvoeringsovereenkomst waarin die financieringsstructuur (inclusief indexatiefinanciering) ook zal zijn opgenomen. Te meer niet daar de Pensioenwet ervan uit gaat dat de pensioenovereenkomst leidend is en de uitvoeringsovereenkomst daar dienstbaar aan is.

Tegelijkertijd dient bedacht te worden dat de Pensioenwet uitgaat van een stikte scheiding van verantwoordelijkheden, waarbij sociale partners verantwoordelijk zijn voor de *inhoud* van de pensioenregeling en het fonds voor de *uitvoering* daarvan. Dat pleit er voor dat het fondsbestuur wel de gelijk nog enige ruimte toekomt om een eigen afweging te maken, namelijk voor zover het de uitvoering betreft. Een andere reden waarom het fondsbestuur tegen de wijziging kan besluiten, is gelegen in het feit dat het bestuur tot het oordeel kan komen dat niet alle (of bepaalde) pensioenovereenkomsten rechtsgeldig gewijzigd zijn en dus niet gesteld kan worden dat *alle* stakeholders achter de wijziging staan. Dit zal vooral bij voormalige werknemers en pensioengerechtigden spelen, daar het (collectief) wijzigen van hun pensioenovereenkomsten juridisch lastig kan zijn.

Juist ten aanzien van die twee groepen geldt dat de werkgever er in de praktijk belang bij zal hebben dat het fondsbestuur meewerkt met een gewijzigde uitvoeringsovereenkomst. Dat biedt namelijk de opening voor de hiervoor besproken 'fondsenroute', die het risico van succesvolle claims van postactieven aanzienlijk verkleint. Een andere reden om het fondsbestuur direct bij aanvang mee te nemen, is dat daarmee voorkomen wordt dat de werkgever op twee onderhandelingstafels tegelijkertijd aan het onderhandelen is over mogelijk twee bruidsschatten.⁵¹

5.3 Medezeggenschap

Het tweede fonds specifieke element betreft het medezeggenschapstraject. Dat geldt met name voor het pensioenfonds. Zijn verantwoordingsorgaan⁵² (of belanghebbendenorgaan) zal om advies moeten worden gevraagd alvorens het fondsbestuur met de wijziging kan instemmen.⁵³ Overigens: de werkgever hoeft strikt genomen geen medezeggenschapstraject door te lopen voor het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst. Dat is anders indien werkgever en ondernemingsraad een bovenwettelijke medezeggenschapsrecht zijn overeengekomen.

5.4 (Het dreigement van) opzeggen

Een onderhandelingsstrategie van de werkgever om het pensioenfonds aan boord te houden, is (het dreigen met) het opzeggen van de huidige uitvoeringsovereenkomst. Zegt de werkgever de uitvoeringsovereenkomst op, dan betekent dat doorgaans dat het fonds na de opzegtermijn helemaal geen bijstortingen meer tegemoet zal kunnen zien. Het fonds heeft er dus belang bij dat de uitvoeringsovereenkomst in ieder geval niet wordt opgezegd, zonder dat daar een nieu-

49. Art. 23 en 25 PW.

50. Toegewezen: Ktr Amsterdam 16 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV2639 (Unisys). Afgewezen: Hof 's-Gravenhage 24 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW4085 (Veenman).

51. Met 'bruidsschat' doelen wij op het bedrag dat een pensioenfonds, dan wel werknemers in het fonds gestort zullen willen hebben om akkoord te gaan met de aanpassingen in het kader van de de-riskingoperatie.

52. Per 1 juli 2014 gelden nieuwe governance-regels bij pensioenfondsen als gevolg van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen. De huidige deelnemersraden zullen dan vervangen worden door verantwoordingsorgaan, althans bij de ruime meerderheid van de fondsen zal dat het geval zijn.

53. Art. 115a lid 3 sub h PW.

we uitvoeringsovereenkomst voor in de plaats komt. (Het dreigen met) het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst – eventueel met tegelijkertijd het aanbod van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst – zou de onderhandelingspositie van de werkgever richting het fonds dus kunnen verbeteren. Daarbij zal de werkgever wel aan enig verwachtingsmanagement – en wellicht wel meer dan dat – moeten doen richting de werknemers (vaak: de bonden). Immers: (het dreigen met) opzeggen kan kwaad bloed zetten bij hen. Bovendien zal de opzegging in vrijwel alle gevallen betekenen dat de pensioenovereenkomsten gewijzigd moeten worden.⁵⁴ Daarvoor is de medewerking van die werknemers (bonden) noodzakelijk.

5.5 De huidige en voormalige werknemer als partij bij de uitvoeringsovereenkomst⁵⁵

Tot slot bespreken wij nog de mogelijkheid dat de (huidige en voormalige) werknemer *direct* partij is (geworden) bij de uitvoeringsovereenkomst. Een (voormalige) werknemer kan partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst indien (i) daarin een derdenbeding is opgenomen, dat (ii) is aanvaard door de voormalige werknemer. Een aanvaard derdenbeding kan tot gevolg hebben dat ook de werknemer moet instemmen met de wijziging daarvan. Laat de werkgever na zijn instemming te vragen, dan is de werknemer niet gebonden aan de wijziging en heeft hij nog gewoon aanspraak op zijn oorspronkelijke rechten, althans zal de werkgever deze ook ten opzichte van de (voormalige) werknemer moeten wijzigen (zie hiervoor). Hierna zullen wij deze twee aspecten (derdenbeding en aanvaarding) nader toelichten.

(i) Aanwezigheid derdenbeding

Een derdenbeding kan met zoveel woorden expliciet zijn opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst. Dat komt echter zelden voor, zo is onze ervaring. In de meerderheid van de gevallen zwijgt de uitvoeringsovereenkomst daarover. De vraag is dan of daarin toch een derdenbeding gelezen mag (of moet) worden. Een derdenbeding kan namelijk ook uit andere omstandigheden blijken.⁵⁶

In de literatuur wordt door een groot aantal auteurs aangenomen dat iedere uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding bevat. Tegelijkertijd zijn er ook auteurs die de mogelijkheid daarvan open houden, maar dat niet als een vaststaand gegeven beschouwen.⁵⁷

De regering (althans SZW) zwalkt, al naar gelang het haar uitkomt, althans zo is onze stellige indruk. De ene keer bevestigt SZW dat de uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding bevat (bijvoorbeeld als het gaat om de positie van de niet-aangemelde werknemer).⁵⁸ De andere keer ontkracht SZW dat juist (bijvoorbeeld in het kader van de medezeggenschap van ondernemingsraden).⁵⁹ En een enkele keer houdt SZW het voor mogelijk dat zo'n derdenbeding onderdeel uitmaakt van de uitvoeringsovereenkomst.⁶⁰

Diverse rechters oordeelden in het verleden dat de litigieuze uitvoeringsovereenkomst een derdenbeding bevatte. Het DSM/Fox-arrest van de Hoge Raad is daar een goed voorbeeld van,⁶¹ maar ook kantonrechters Amsterdam, Arnhem en Tiel oordeelden aldus.⁶² Uit deze uitspraken kan echter niet de conclusie getrokken worden dat dus iedere uitvoeringsovereenkomst altijd een derdenbeding bevat. Enerzijds omdat de uitspraken casuïstisch zijn. Anderzijds omdat de uitspraken onvoldoende inzicht geven in de (achterliggende) motivering.⁶³ Daar komt nog bij dat er ook rechtspraak bestaat waarin juist is geoordeeld dat er geen derdenbeding

in de desbetreffende uitvoeringsovereenkomst gelezen kon worden.⁶⁴

Wij menen dat een uitvoeringsovereenkomst niet per definitie een derdenbeding bevat, en ook niet hoeft te bevatten. Of daar sprake van is, zal per geval vastgesteld moeten worden door uitleg van de betreffende uitvoeringsovereenkomst. Daarbij moet gekeken worden naar alle omstandigheden. Een belangrijke omstandigheid is wat de oorspronkelijke partijen – *in casu* de werkgever en de pensioenverzekeraar – bedoeld hebben.⁶⁵ Echter alles bepalend is dat niet. Een rechter zou zelfs een derdenbeding in een uitvoeringsovereenkomst kunnen lezen, terwijl de oorspronkelijke partijen dat juist bewust niet bedoeld hebben.⁶⁶

(ii) Aanvaarding vereist

Staat het bestaan van een derdenbeding eenmaal vast, dan moet die nog zijn aanvaard door de (voormalige) werknemer.⁶⁷ Dat kan zowel expliciet als impliciet. In de wetgeschiedenis en de literatuur wordt gesteld dat de aanvaarding

54. Zie daarover: T. Huijg en J.M. van Slooten, 'De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst', *TPV* 2013/3.
55. Dit hoofdstuk is een ingekorte versie van: T. Huijg, 'Wel of geen indexatie na opzegging uitvoeringsovereenkomst?' *PM* 2014/78.
56. HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, r.o. 3.5 en Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:253, aant. 6, bewerkt door J.C. van der Steur.
57. Zie (i) T. Huijg, 'Wel of geen indexatie na opzegging uitvoeringsovereenkomst?', *PM* 2014/78, (ii) C.C.E. Ligtenberg, 'Het karakter van de uitvoeringsovereenkomst', *P&P*, nr. 5, 2006, en (iii) E. Lutjens en S.H. Kuiper, 'Pensioenwet en privaatrecht', *NTBR* 2008/10.
58. Zie (i) *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 24, (ii) *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 1784, p. 1-2, (iii) *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2977, p. 1-2 en (iv) *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 2977, p. 1-2.
59. Zie (i) *Kamerstukken I* 2013/14, 33 182, nr. I (p. 4 van Bijlage), (ii) *Kamerstukken I* 2012/13, 33 182, nr. D, p. 21-22 en (iii) *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 2122, p. 2.
60. *Kamerstukken II* 2011/12, 31 891, nr. 3, p. 44.
61. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.1 (DSM/Fox).
62. Zie: (i) Ktr Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6170, r.o. 4.3, (ii) Ktr Arnhem 16 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI1185, r.o. 3.9 en (iii) Ktr Tiel 25 januari 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494, r.o. 4.1.
63. Dat geldt in mindere mate voor: Ktr Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6170, r.o. 4.3.
64. Zie: (i) Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6819, r.o. 4.12 (Univé), (ii) Ktr Rotterdam 22 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9176, r.o. 5.1 en (iii) Ktr Rotterdam 28 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV8546, r.o. 6.9.
65. Dat leiden wij af uit het feit dat de HR bij het uitleggen (van het bestaan) van een derdenbeding de zgn. Haviltex-norm hanteert. Zie: (i) HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, r.o. 3.5, (ii) HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, r.o. 3.5.1 en (iii) AG De Vries Lentsch-Kostense onder punt 14 bij HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (DSM/Fox).
66. Zie daaromtrent: AG Huydecoper onder punt 17 bij AG 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496.
67. Art. 6:253 lid 4 BW uitgezonderd.



besloten ligt in het feit dat de werknemer met de werkgever een pensioenovereenkomst is aangegaan.⁶⁸ Ook wordt wel gesteld dat de werknemer door het 'toetreden' (?) tot de uitvoerder het derdenbeding aanvaard heeft.⁶⁹ Wat met 'toetreding' dan exact bedoeld wordt, is ons nog niet duidelijk geworden.

(iii) *Slotsom*

Wij menen dat (te) veel onzekerheid bestaat of het karakter van de uitvoeringsovereenkomst met zich brengt dat – bij gebrek aan duidelijke afspraken hieromtrent – een derdenbeding in de overeenkomst gelezen moet worden. Naar onze mening zou de wetgever dit punt moeten verduidelijken. In lijn met de discussie, die de afgelopen tijd heeft gespeeld omtrent de rol van een ondernemingsraad, menen wij dat die verduidelijking zou moeten inhouden dat (voormalige) werknemers – behoudens andersluidende afspraak – geen partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst. Het wijzigen van die overeenkomst is daarmee dan alleen nog een kwestie tussen werkgever en het pensioenfonds. Overigens verdient het voorgaande ook een relativering. Aannemelijk is dat indien de pensioenovereenkomsten reeds rechtsgeldig gewijzigd zijn, de instemming van de (voormalige) werknemer met de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst gegeven is voor zover het overlappende onderwerpen betreffen. Alleen indien de uitvoeringsovereenkomst gewijzigd wordt op een punt waar de pensioenovereenkomsten over zwijgen, geldt dit niet en blijft voornoemde onzekerheid bestaan.

6. Conclusie

De praktijk laat zien dat werkgevers met succes tot de-risking van hun pensioenregeling weten te komen. In de regel betaalt de werkgever wel een (eenmalige) prijs voor het verschuiven van risico's naar het pensioenfonds en de deelnemers en postactieven. Maar vanuit bedrijfseconomisch perspectief is dat kennelijk de moeite waard en voor de deelnemers en postactieven geldt dat zij in ruil voor meer risico, financiële compensatie en meer onafhankelijkheid van de werkgever verkrijgen. Juridisch dient het wijzigingstraject zorgvuldig vormgegeven te worden door de werkgever of, via de fondsenroute, door het pensioenfonds. De meeste wijzigingstrajecten zijn uiteindelijk op consensus gebaseerd, in de vorm van afspraken met vakbonden, de OR of vertegenwoordigers van gepensioneerden. Indien op die manier draagvlak verkregen is, is de wijziging juridisch in de verschillende rechtsverhoudingen goed door te voeren. Een puur eenzijdige aanpassing door de werkgever zal aanzienlijk lastiger te realiseren zijn.

68. Zie: (i) *Kamerstukken II* 2004/05, 30 137, nr. 3, p. 14, (ii) E. Lutjens en S.H. Kuiper, 'Pensioenwet en privaatrecht', *NTBR* 2008/10, (iii) Van Marwijk Kooy, 'AkzoNobel: CDC, garantie en gepensioneerden', *P&P* 2008, 7/8 en (iv) A.C.M. Kuypers en M.W. Minnaard, 'De Pensioenwet', *Arbeidsrecht* 2007/26.
69. Vgl. (i) P.M. Tulfer, *Pensioenen, Fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 115 en F.W.L. Jansen en A. Pásztor, 'Over de status van disclaimers in pensioeninformatie (2)', *PM* 2011/89. Anders: Hof Arnhem 27 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE9201, r.o. 4.28 (VGAN/Akzo Nobel). Anders: R.H. Maatman e.a. (red.), *Onderneming en Pensioen*, deel 64, serie Onderneming & Recht, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011, p. 335.

