

Pensioen wijzigen jegens slapers en pensioengerechtigden

Moeilijk maar niet onmogelijk

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, mr. S.H. Kuiper, mevr. mr. M.J.C.M. van der Poel, mr. drs. E. Schop, mr. I. Witte, datum 01-02-2013

Datum	01-02-2013
Auteur	Prof. mr. drs. M. Heemskerk, mr. S.H. Kuiper, mevr. mr. M.J.C.M. van der Poel, mr. drs. E. Schop, mr. I. Witte ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Wij verwelkomen de reactie van Hans Breuker op ons artikel 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek' (TPV 2012/42). Beantwoording van de fundamentele vraag of en hoe wijziging van de pensioenregeling jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk is, is van groot praktisch belang. De golf aan indexatiejurisprudentie en het invaren van onvoorwaardelijke pensioenaanspraken en -rechten naar een nieuw pensioencontract met voorwaardelijke pensioenaanspraken illustreren dat. Wij maken graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op Breuker en ons standpunt over de juridische (on)houdbaarheid van (1) de uitgewerkte rechtsverhouding en (2) pensioenwijzigingen jegens slapers en pensioengerechtigden te verduidelijken.

Uitgewerkte rechtsverhouding niet uitgewerkt?

Een van de kernoverwegingen van het *Delta Lloyd*-arrest is dat de rechtsverhouding met slapers en gepensioneerden niet is uitgewerkt:

“Een pensioenovereenkomst is echter niet ‘uitgewerkt’ bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar eerst op het moment dat geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn (...)”,^[2]

Wij schreven in onze bijdrage al dat er andere opvattingen bestaan in rechtspraak en literatuur. Breukers reactie onderstreept dat. Zien wij het goed, dan verdedigt Breuker de uitgewerkte rechtsverhouding nu met de stelling dat *opgebouwde* pensioenaanspraken of pensioenrechten jegens slapers en gepensioneerden niet kunnen worden gewijzigd onder zowel Pensioenwet als Pensioen- en Spaarfondsenwet:

“Dat het hof in *Delta-Lloyd* arrest concludeert dat het argument van de uitgewerkte rechtsverhouding niet opgaat, wil naar mijn idee bepaald niet zeggen dat opgebouwd pensioen voor inactieven gewijzigd kan worden. Het uitgangspunt dat opgebouwd pensioen niet gewijzigd kan worden geldt (uiteraard) voor de opgebouwde nominale aanspraken en eveneens voor de wijziging van de onvoorwaardelijke toeslagverlening, waarbij het maar de vraag is of daarover onder de PSW anders geoordeeld moet worden dan onder de PW.”

Opgebouwd pensioen wijzigen onder de Pensioenwet

Art. 20 PW is helder over wijziging van opgebouwde pensioenaanspraken.^[3] Van belang is dat onvoorwaardelijke indexatie onderdeel is van het opgebouwd pensioen en dus ook onder de reikwijdte van art. 20 PW valt.^[4] Breuker schrijft: ‘het wijzigen van een onvoorwaardelijke- in een voorwaardelijke toeslagverlening is onder de werking van de PW niet mogelijk.’ Het ligt genuanceerder: het wettelijk aantastverbod van art. 20 PW laat wijziging slechts toe bij twee excepties: (1) korten en (2) bepaalde vormen van waardeoverdracht. Die nuancering is helemaal niet theoretisch, zoals Breuker suggereert. Het hele invartraject om onvoorwaardelijke pensioenen voorwaardelijk te maken is gebaseerd op de collectieve waardeoverdracht-exceptie, inclusief schrapping van het vetorecht ter facilitering van dat traject.^[5] Invaren zouden wij niet theoretisch willen noemen. Waardeoverdracht biedt ook mogelijkheden om onder de Pensioenwet nog bestaande onvoorwaardelijke indexatie naar de toekomst toe voorwaardelijk te maken. Wijziging is moeilijk maar mogelijk, namelijk binnen de ruimte die de Pensioenwet toelaat.

Na die voorvraag — er is geen absoluut wijzigingsverbod — moet de wijziging nog wel arbeidsrechtelijk/pensioenrechtelijk volgens de regelen der kunst worden uitgevoerd. Om die toch al moeizame wijzigingsmogelijkheid jegens slapers en pensioengerechtigden te benutten, adviseerden wij werkgevers om die wijzigingsbevoegdheid expliciet op te schrijven. Dat voorkomt discussie over een dynamische uitleg waarbij moet worden rondgeredeneerd dat in het wijzigingsbeding weliswaar niet staat dat jegens slapers en pensioengerechtigden kan worden gewijzigd maar dat dit wel de afspraak was. Better safe than sorry: schrijf de wijzigingsbevoegdheid dan op.

Opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke indexatie wijzigen onder de PSW

Volgens Breuker is het ‘niet meer dan logisch dat ook onder de werking van de PSW het aantasten van opgebouwd pensioen niet mogelijk is.’ Wij zijn niet overtuigd van deze logica. Duidelijk is dat de PSW geen bepaling kende zoals het aantastverbod. De PSW bevatte slechts de verplichting om in de statuten en reglementen van een pensioenfonds bepalingen op te nemen over de wijziging daarvan, met name bij wijziging van de rechten en verplichtingen van deelnemers, slapers en overige aanspraakgerechtigden.^[6] Dat doet denken aan de huidige kortingsbepaling. De PSW bepaalt nergens dat wijziging van onvoorwaardelijke indexatie onmogelijk is. Bedacht moet ook worden dat de ontwikkeling van het begrip voorwaardelijk versus onvoorwaardelijk destijds eigenlijk nog in de kinderschoenen stond. De vergelijking van de begrippen onvoorwaardelijke indexatie voor en na de Pensioenwet gaat eigenlijk mank. Pas met de Pensioenwet is daar meer duidelijkheid gekomen. Volgens de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet moeten toeslagen met een onvoorwaardelijk karakter voorzien zijn van een technische voorziening^[7] en volledig afgefinancierd zijn.^[8] Bovendien dienen er buffers tegenover te staan.^[9] Tot welk moment moet dan worden afgefinancierd? Gaat het om de nominale aanspraak in jaar x bij toekenning of ook om de toekomstige indexatielasten tot pensioendatum (en daarna)?^[10]

Kortom: als de PSW wijziging van onvoorwaardelijke indexatie niet verbood, op grond waarvan blijkt dan

dat onvoorwaardelijke indexatie niet gewijzigd mag worden?

Rechtspraak

Breuker wijst op rechtspraak. Het door Breuker aangehaalde arrest van Hof 's-Gravenhage^[11] overtuigt ons niet. Bij zijn citaat over de ongebruikelijkheid van de wijziging jegens inactieven laat hij de overweging van het hof weg dat dit punt niet in geschil was. Het hof kon dat dus om proces technische redenen (lijdelijkheid) tot uitgangspunt nemen. Bovendien betekent ongebruikelijk geen wijzigingsverbod. De verwijzing naar de twee andere uitspraken^[12] toont juist aan dat wijziging aanvaard kan worden, namelijk bij zwaarwegende gronden. Bij de bespreking van rechtspraak over de wijziging van onvoorwaardelijke indexatie in voorwaardelijke indexatie voor slapers en gepensioneerden vergist Breuker zich vermoedelijk door bij de *IBM-uitspraak* naar een rechtsoverweging uit het vonnis van de rechtbank te verwijzen, in plaats van het arrest van het hof. Het is op zichzelf juist dat de rechtbank in deze *PSW-uitspraak* — ten onrechte — oordeelde dat sprake zou zijn geweest van onvoorwaardelijke indexatie, die niet meer gewijzigd kon worden gezien art. 20 PW (welk artikel niet bestond onder de PSW). Het hof oordeelde daar echter anders over en overwoog dat de indexatie steeds voorwaardelijk was geweest en door de wijziging slechts (nog) voorwaardelijker was gemaakt. Een beoordeling van de mogelijkheid tot wijziging van onvoorwaardelijke indexatie onder de PSW was daardoor niet nodig. Een beperkte groep gepensioneerden en slapers, van vóór 1996, had echter volgens het hof gerechtvaardigd mogen vertrouwen dat de indexatiebepaling in de toekomst voor hen niet ten nadele zou wijzigen. Deze groep had ingestemd met het overhevelen van de pensioenen naar het pensioenfonds van IBM in 1996, onder de harde toezegging dat de indexatieregeling erop vooruit zou gaan, zonder daarbij mede te delen dat in het pensioenreglement een wijzigingsbevoegdheid was opgenomen.^[13]

Wij gaven al aan in onze bijdrage, dat de rechtspraak niet eenduidig is. Waarom volgens Breuker het *IBM*-vonnis juist is en de andere door ons aangehaalde arresten niet, blijft in het midden. Zo bieden onder meer de in ons artikel besproken arresten inzake *Akzo*^[14] en *Vakcentrum*^[15] steun aan de wijzigingsmogelijkheid onder PSW-regime. Het *Delta Lloyd*-arrest kan ook zo worden geïnterpreteerd dat onvoorwaardelijk voorwaardelijk kan worden. Om die reden zou het goed zijn indien de Hoge Raad in *Delta Lloyd* duidelijkheid en rechtseenheid biedt.

Is het argument van de uitgewerkte rechtsverhouding uitgewerkt, zoals de *Delta Lloyd*-uitspraak suggereert, of kan slechts voorwaardelijke toeslagverlening worden gewijzigd door bijstelling van het ambitieniveau en onvoorwaardelijke indexatie niet.

Conclusie

Wijziging van opgebouwd pensioen jegens slapers en pensioengerechtigden — inclusief onvoorwaardelijke indexatie — is moeilijk maar mogelijk. Onder de Pensioenwet moet dat voor opgebouwde pensioenen binnen de marges van de wet: via waardeoverdracht of korten. Het door de wetgever gestimuleerde invaren is daar een goed voorbeeld van. Onder de PSW is de wijzigingsmogelijkheid van onvoorwaardelijke indexatie een stuk minder duidelijk, zo blijkt ook uit de wisselende jurisprudentie. Wij houden het er op dat er geen wettelijke beperking gold onder de PSW om onvoorwaardelijke indexatie voorwaardelijk te maken. Dat het pad om de wijziging rechtsgeldig door te voeren hobbelig en onzeker is, is wel gebleken.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, Onno F. Blom advocaten. Mr. S.H. Kuiper is postdoc onderzoeker aan het Amsterdams Instituut voor ArbeidsStudies (AIAS) van de Universiteit van Amsterdam, tevens verbonden aan Van Doorne Advocaten te Amsterdam en het Expertisecentrum Pensioenrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Mevr. mr. M.J.C.M. van der Poel is senior-onderzoekster Sociaal Recht Vrije Universiteit te Amsterdam, tevens verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam en advocate en oprichtster EPB-law. Mr. drs. E. Schop, Flexis Groep is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. I. Witte is promovendus verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam, Netspar junior research fellow en zelfstandig adviseur te Den Haag.

[2]

Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Delta Lloyd*) r.o. 3.19. Gebruik van het woord rechtsverhouding laat in het midden dat de pensioenovereenkomst is geëindigd maar de verbintenissen daaruit niet.

[3]

Wij menen dat het wijzigingsverbod niet alleen geldt voor pensioenaanspraken maar ook voor pensioenrechten, vergelijk M. Heemskerk, 'De (on)houdbaarheid van het Pensioenakkoord', VU Expertisecentrum 2011, p. 122. Uit praktische overwegingen spreken wij hier van opgebouwd pensioen.

[4]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 53; nr. 3, p. 172, 173.

[5]

Zie art. 83 PW; [Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 113](#), bijlage 2, p. 5.

[6]

Art. 7 lid 1 onder i PSW.

[7]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 175; vergelijk p. 36 en 86.

[8]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 49.

[9]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 82; nr. 24, p. 49.

[10]

[Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C](#), p. 30-31.

[11]

Hof 's-Gravenhage 21 april 2009, *PJ* 2009/159, r.o. 7.2.

[12]

Ktr. Amsterdam 13 juli 1995, *PJ* 1995/32; Hof Amsterdam 11 november 1993, *PJ* 1996/23.

[13]

Terzijde: dat in het IBM-*vonnis* waarnaar Breuker verwijst, door de rechtbank is verwezen naar (welbekende) *Kamerstukken* uit 1994 die bij sommigen de indruk hebben achtergelaten dat sprake was van *het leerstuk* van de uitgewerkte rechtsverhouding onder de PSW, spreken wij niet tegen. Wij refereerden daar zelf al naar in onze bijdrage. Wij merkten daarbij op dat daarop van verschillende kanten kritiek is geuit en dat het verschil tussen de begrippen onvoorwaardelijk en voorwaardelijk op dat moment nog in de kinderschoenen stond, evenals de daarmee samenhangende wijzigingsproblematiek. Zie in dezelfde zin ook prof. mr. J.M. Van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16, p. 24 en 25.

[14]

Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008/67.

[15]

Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130.