

DNB in de fout bij Q&A's over wijzigen indexatieregelingen

Teun Huijg, actueel tot 01-09-2012

Actueel tot	01-09-2012
Auteur	Teun Huijg ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



De website van De Nederlandsche Bank (DNB) bevat een groot aantal Q&A's. Een daarvan luidt: 'Mag een pensioenfonds de voorwaardelijke toeslagregeling wijzigen van personen die ten tijde van de wijziging reeds gepensioneerd of slaper waren?' Een zeer actuele vraag. Het ministerie van SZW heeft zich daar recent nog over gebogen in haar rapport 'Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract' (mei 2012). En ook Hof Amsterdam heeft zich daar kortgeleden over uitgelaten (juni 2012, [LJN BW8050](#)).

Een deel van het antwoord van DNB luidt als volgt:^[2]

'Nee, dit mag in verband met het algemene overeenkomstenrecht niet zonder meer.

- In principe dienen gepensioneerden en gewezen deelnemers individueel in te stemmen met de wijziging van de voorwaardelijke toeslagregeling.
- Voor het overige mag een voorwaardelijke toeslagregeling alleen gewijzigd worden, indien in de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement een beding is opgenomen dat de toeslagregeling mag worden gewijzigd. Indien de deelnemer slaper of gepensioneerd is geworden, is in dat geval eenzijdige wijziging van de toeslagenregeling door het pensioenfonds mogelijk en is instemming van gepensioneerd en gewezen deelnemers niet nodig. De wijziging moet wel de toets van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248 van het Burgerlijk Wetboek kunnen doorstaan. Van belang is dat het wijzigingsbeding al bestond op het moment dat iemand gewezen deelnemer of gepensioneerd werd: een daarna geïntroduceerd wijzigingsbeding kan aan diegenen die voor de introductie al gepensioneerd of gewezen deelnemer zijn geworden, niet tegengeworpen worden.
- Indien er geen wijzigingsbeding is opgenomen, kunnen vakorganisaties – voor zover hun statuten en reglementen daarvoor een grondslag bieden – namens de bij hen lid zijnde gepensioneerden of gewezen deelnemers instemmen met een wijziging van de toeslagregeling. Degene die géén lid zijn, zijn niet gebonden aan de instemming door de

Dit ongepolijste antwoord van DNB baart mij zorgen. Het steekt schril af tegen het genuanceerde rapport van SZW, hoewel dat rapport daardoor ook niet erg richtinggevend is. Vergeleken met de uitspraak van Hof Amsterdam bevat het antwoord van DNB bovendien onjuistheden. Het gaat mij met name om de volgende uitgangspunten die DNB lijkt te hanteren:

- 1 Vakorganisaties kunnen de indexatieregeling zoals die geldt tussen fonds en postactieven, wijzigen.
- 2 Postactieven kunnen door de vakorganisaties worden gebonden, maar alleen voor zover ze lid zijn van de desbetreffende vakorganisatie. Binding door middel van een incorporatiebeding kan niet, omdat postactieven niet meer aan een cao zijn gebonden.
- 3 Als het fondsbestuur gebruikmaakt van zijn statutaire/reglementaire wijzigingsbevoegdheid, moet de wijziging zelf nog wel de toets van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW kunnen doorstaan.

Ad 1: de ene rechtsverhouding is de andere niet

Wat mij opvalt in het antwoord van DNB, is dat zij de diverse rechtsverhoudingen niet goed van elkaar weet te onderscheiden. De rechtsverhouding die het fonds met de postactieve heeft, is een andere dan die welke de oud-werkgever met hem heeft. Deze twee verhoudingen moeten wel van elkaar worden gescheiden, omdat voor de ene verhouding andere wijzigingsregels gelden dan voor de andere. DNB doet dat niet. Haar vraag ziet op de rechtsverhouding pensioenfondspostactieve, terwijl haar antwoord vooral uitgaat van de rechtsverhouding (oud-)werkgever-postactieve.

Dat DNB de twee verhoudingen door elkaar haalt, blijkt goed uit het volgende voorbeeld. DNB stelt dat een pensioenfonds zich bij gebreke van een statutaire/reglementaire wijzigingsbevoegdheid tot de vakorganisaties zou kunnen wenden om zo alsnog de indexatieregeling zonder individuele instemming van de postactieven te kunnen wijzigen. De desbetreffende postactieve moet dan wel lid zijn van zo'n vakorganisatie, stelt DNB. DNB miskent hier dat vakorganisaties doorgaans niet de oorspronkelijke contractuele gesprekspartners zijn van een ondernemingspensioenfonds waar het de rechtsverhouding fonds-postactieve betreft. Dat zijn de vakorganisaties juist wel van de werkgever. DNB haalt dus de verhoudingen fonds-postactieve en werkgever-postactieve door elkaar.

De Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) en het zogenoemde ledencontract (art. 2:46 BW) maken naar mijn mening dit alles niet anders. De Wet cao is niet van toepassing op fondsen, omdat die ziet op collectieve overeenkomsten tussen een vakorganisatie en een (vereniging van) werkgever(s). De binding middels het ledencontract is discutabel, omdat het onduidelijk kan zijn of een postactieve zelf nog het ledencontract moet aanvaarden. Bovendien is het uiterst onzeker of de binding nog stand houdt nadat het postactieve lid zijn lidmaatschap heeft opgezegd. Ik acht het daarom zeer onwaarschijnlijk dat DNB het oog had op een eventuele mogelijkheid tot binding via de constructie van genoemd ledencontract.

Ad 2: binding middels een incorporatiebeding

DNB maakt mijns inziens nog een tweede beoordelingsfout voor wat betreft de rol die vakorganisaties in deze zouden kunnen spelen. Het gaat hier om de zogenoemde binding middels een al eerder

overeengekomen 'incorporatiebeding'. In dit geval zou dat een beding zijn, inhoudende dat de postactieve gehouden is aan wat het fonds en de vakorganisaties overeenkomen omtrent indexatie. DNB suggereert dat een postactieve niet gebonden kan zijn aan zo'n incorporatiebeding omdat, zo stelt ze, gepensioneerden en gewezen deelnemers niet meer aan die cao zijn gebonden (zie noot 2). Ten eerste is dit een cirkelredenering: een postactieve kan niet gebonden zijn aan een cao omdat hij daar niet aan gebonden is. Ten tweede verbiedt de wet helemaal niet dat tussen partijen een incorporatiebeding bestaat. Weliswaar komt zo'n beding nooit voor, maar niets staat het fonds in de weg om in het pensioenreglement op te nemen dat de postactieve gebonden is aan wat het fonds overeenkomt met de vakorganisaties. Op dat gebied bestaat volledige contractsvrijheid.

Ad 3: geen toets aan art. 6:248 BW

Ik kom nu bij DNB's opmerking dat een fondsbestuur bij gebruikmaking van zijn eenzijdige wijzigingsbevoegdheid wel de toets van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW moet kunnen doorstaan. Dit is een wel erg discutabele opmerking. De enige wettelijke norm die eventueel zou kunnen gelden, is die van art. 19 PW (zwaarwichtig belang), maar zelfs daarover heeft Hof Amsterdam recentelijk geoordeeld dat die niet van toepassing is. Wel kan volgens het hof onder bepaalde omstandigheden sprake zijn van het maken van misbruik van bevoegdheid. Dat is echter iets heel anders dan de normen uit art. 6:248 BW.

Overigens wekt DNB in haar Q&A de indruk dat er fondsen zouden zijn waarbij het fondsbestuur geen eigen wijzigingsbevoegdheid heeft. Die suggestie staat wel erg ver van de werkelijkheid. Heden ten dage heeft vrijwel elk pensioenfondsbestuur op grond van zijn statuten en/of reglementen wijzigingsbevoegdheden.

Ten slotte

Actoren in het pensioenveld moeten er vanuit kunnen gaan dat de Q&A's van DNB juridisch juist zijn. Dat zijn ze niet altijd. En dat is verontrustend, want actoren hechten veel waarde aan haar uitlatingen. Weinig fondsen zullen tegen dit soort onjuiste standpunten opkomen, terwijl dat naar mijn idee wel nodig is. De wetgever lijkt bovendien weinig tegenwicht te kunnen bieden, of daar in ieder geval weinig prioriteit aan te willen of kunnen geven. Dat blijkt wel uit de wijze waarop minister Kamp is omgegaan met recente Kamervragen over Q&A's van DNB over de risicoaansprakelijkheid die fondsen volgens haar zouden hebben ten opzichte van nietaangemelde werknemers. Een zuivere opvatting over hoe postactieven te binden, is zeer wenselijk, zeker in een periode waarin ons een massa wijzigingen te wachten staat.

Voetnoten

[1]

Mr. T. Huijg is pensioenrechtadvocaat bij Stibbe Advocaten te Amsterdam.

[2]

Op de website van DNB wordt de vraag driemaal in min of meer gelijke bewoordingen beantwoord. Zie www.toezicht.dnb.nl/3/50-203354.jsp, idem [203356.jsp](http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-203356.jsp) en idem [203438.jsp](http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-203438.jsp). Echter, één Q&A is aanzienlijk uitgebreider.

[3]

Een van de Q&A's (203356.jsp) bevat na deze zin een noot. Die luidt: 'Dat is anders dan bij actieve deelnemers. Meestal bevat een arbeidsovereenkomst de bepaling dat een werknemer gehouden is aan wat werkgever en vakbonden overeenkomen in de cao. Gepensioneerden en gewezen deelnemers zijn echter niet meer aan die cao gebonden.'