

Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek

Geen uitgewerkte rechtsverhouding en (on)voorwaardelijke indexatieperikelen

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, mr. S.H. Kuiper, mevr. mr. M.J.C.M. van der Poel, mr. drs. E. Schop en mr. I. Witte, datum 01-12-2012

Datum	01-12-2012
Auteur	Prof. mr. drs. M. Heemskerk, mr. S.H. Kuiper, mevr. mr. M.J.C.M. van der Poel, mr. drs. E. Schop en mr. I. Witte ^[3]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Wijziging van de pensioenregeling is en blijft een actueel onderwerp. Verhoging van de pensioenleeftijd, wijziging van indexatie, fiscale aanpassingen of andere pensioenplannen^[1] steeds draait het om de vraag wie in de pensioendriehoek bevoegd is tot wijziging, hoe er gewijzigd en getoetst wordt en wanneer er niet gewijzigd mag worden. Rechtspraak en rechters worstelen met wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek. In deze bijdrage bespreken wij naar aanleiding van het *Delta Lloyd*-arrest van Hof Amsterdam^[2] onder meer:

- 1 of en zo ja hoe deelnemers, slapers en pensioengerechtigden gebonden kunnen worden aan een wijziging van de pensioenregeling door werkgever of pensioenfondsbestuur;
- 2 of een wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie mogelijk is.

1 Het *Delta Lloyd*-arrest: rechtsvragen over pensioenwijziging

Grondige lezing van het *Delta Lloyd*-arrest is een *must* voor iedereen die te maken heeft met wijziging van pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij pensioenfondsen. Het arrest bevat fundamentele uitspraken over onder meer de wijzigingsbevoegdheid van een werkgever dan wel een pensioenfondsbestuur, de uitgewerkte rechtsverhouding en de omzetting van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie. In het *Delta Lloyd*-arrest stond de vraag centraal of gepensioneerden van Delta Lloyd zich met succes konden verzetten tegen de wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie door Delta Lloyd en haar pensioenfonds.^[4] De situatie bij Delta Lloyd was in de kern als volgt. Via incorporatie van het personeelshandboek vormden de statuten van het pensioenfonds, het eenzijdig wijzigingsbeding in het handboek en de pensioenregeling onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Eind 2006 werden de statuten zo gewijzigd dat het bestuur van het pensioenfonds, na advies van de deelnemersraad, zowel de statuten als het pensioenreglement kon wijzigen. In het pensioenreglement 2000 was voor nieuwe deelnemers een voorwaardelijke indexatiebepaling opgenomen. Voor bestaande aanspraakgerechtigden bleef de onvoorwaardelijke indexatie gehandhaafd. In 2006 werd vervolgens de indexatie voor iedereen voorwaardelijk gemaakt, ook voor de groep die tot dan nog een onvoorwaardelijke indexatiebepaling had (het

Harmonisatiebesluit). De vereniging van gepensioneerden betwistte de rechtsgeldigheid van die wijziging en claimde samengevat onvoorwaardelijke indexatie en bijbehorende (af)financiering. Hof Amsterdam oordeelde dat het besluit tot wijziging van de indexatie rechtsgeldig was genomen, aangezien de wijzigingsbevoegdheid via incorporatie van het personeelshandboek was opgenomen in de arbeidsovereenkomst en er expliciet naar was verwezen in de arbeidsovereenkomst. Het hof verwierp uitdrukkelijk de doctrine van de uitgewerkte rechtsverhouding door te oordelen dat wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk is. Onvoorwaardelijke indexatie mocht voorwaardelijk worden gemaakt. Hieronder bespreken wij diverse wijzigingsvraagstukken. Ons is bekend dat cassatie is ingesteld tegen het *Delta Lloyd*-arrest.

2 Wijzigingsmethoden

Er is een aantal wegen om arbeidsvoorwaarden, waaronder de arbeidsvoorwaarde pensioen, te wijzigen. De meest eenvoudige is die waarin partijen (bijvoorbeeld werkgever en werknemer of begunstigde en pensioenuitvoerder) het eens zijn over de wijziging en de overeenkomst amenderen met wederzijds goedvinden. De negatieve optie (wie zwijgt, stemt toe) gaat eveneens uit van wederzijds goedvinden, namelijk door stilzwijgende aanvaarding van het aanbod tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen.⁵ Partijen kunnen ook ex ante overeenkomen dat een van de partijen bij de overeenkomst of een derde de bevoegdheid toekomt om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Een voorbeeld daarvan vormt het eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW en art. 19 PW. Bij pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een pensioenfonds is het niet ongebruikelijk dat partijen van tevoren afspreken dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is om het pensioenreglement te wijzigen (zie par. 3).

Voorts is er nog de wijzigingsvariant waarin partijen niets zijn overeengekomen over wijziging en een van de partijen toch wil wijzigen. Dan resteert een beroep op redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW of de arbeidsrechtelijke pendant in art. 7:611 BW) of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). In deze bijdrage concentreren wij ons op de variant waarin partijen ex ante afspraken maken over wijziging.

3 Wie is bevoegd de pensioenovereenkomst te wijzigen?

Voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, waaronder de arbeidsvoorwaarde pensioen, gebruiken werkgevers vaak het instrument van het eenzijdig wijzigingsbeding (vergelijk art. 7:613 BW/art. 19 PW). Dat beding moet schriftelijk zijn vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of pensioenovereenkomst. De idee is dat de werkgever een arbeidsvoorwaarde zonder instemming van de werknemer eenzijdig kan wijzigen indien sprake is van een 'zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.'⁶ Met andere woorden: er vindt een belangenafweging plaats tussen het belang van de werkgever bij wijziging en het belang van de werknemer bij handhaving van de arbeidsvoorwaarde.

Bij een pensioenregeling die is ondergebracht bij een pensioenfonds wordt de wijzigingsbevoegdheid

vaak vooraf contractueel overgedragen aan het bestuur van dat fonds. De wijzigingsbevoegdheid is dan veelal indirect in de arbeidsovereenkomst opgenomen door zogenaamde pensioenreglementincorporatie.^[7] De arbeidsovereenkomst verwijst dan naar het pensioenreglement door een beding dat bepaalt dat op de werknemer het pensioenreglement van pensioenfonds X (of verzekeraar Y) van toepassing is.^[8] In het pensioenreglement staat dan dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is het reglement te wijzigen. De deelnemer lijkt daarmee contractueel gebonden aan besluiten van het pensioenfondsbestuur.^[9] Het pensioenfondsbestuur heeft immers de bevoegdheid om het pensioenreglement te wijzigen en de werknemer heeft zich daarmee akkoord verklaard. Het *Delta Lloyd*-arrest toont een variant daarop. Het pensioenreglement, de statuten en het eenzijdig wijzigingsbeding zijn via het personeelshandboek in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerd (*personeelshandboekincorporatie*). Werknemers moesten dus in feite het personeelshandboek uitpluizen om bekend te zijn met die wijzigingsbevoegdheid.

3.1 Wijzigen pensioenregeling zonder toetsing zwaarwichtig belang?

Omdat in de *Delta Lloyd* case niet de werkgever de pensioenovereenkomst wijzigde maar het fondsbestuur aan die overeenkomst materieel een andere invulling gaf door wijziging van het reglement, hoefde volgens het hof niet voldaan te worden aan de *normale* arbeidsrechtelijke toets van een zwaarwichtig belang die geldt voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden door de *werkgever* (zie art. 7:613 BW/art. 19 PW).^[10] Het doorcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid van de werkgever naar het fondsbestuur leidt kennelijk tot het *vermijden* van toetsing aan het zwaarwichtig belang. Maar staat een afspraak tussen werkgever en werknemer dat een derde (in casu het pensioenfonds) de arbeidsvoorwaarde pensioen mag wijzigen^[11] er aan in de weg om de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang van de werkgever te toetsen? Het is natuurlijk juist dat formeel niet de werkgever wijzigt, maar het pensioenfonds. En in veel gevallen heeft de werkgever het ook maar te doen met de beslissing van de derde.^[12] Maar indien dat het dragende argument is om toetsing aan art. 7:613 BW/art. 19 PW achterwege te laten, zou dan niet veeleer vast moeten komen te staan dat wijziging door de derde c.q. het fonds in het concrete geval een autonome beslissing is en dus niet kan worden toegerekend aan de werkgever?^[13] Ambtshalve toetsing door de rechter van een zwaarwichtig belang van de werkgever gaat wellicht te ver. Een verzoek tot toetsing door de werknemer kan de rechter uitnodigen tot die materiële beoordeling. De wet dwingt niet tot een andere — meer formele — beoordeling. Door te achterhalen wat de derde deed besluiten tot wijziging, te beoordelen wat de rol van de werkgever was bij het besluitvormingsproces en vast te stellen of het besluit de werkgever kan worden toegerekend en dus een wijziging in de zin van art. 7:613 BW of art. 19 PW was, heeft de rechter (op instigatie van de werknemer) mogelijkheden om tegenwicht te bieden aan het wegcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfonds.

Accepteren dat niet de werkgever maar het pensioenfondsbestuur de pensioenovereenkomst van werknemers mag wijzigen zonder toetsing van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang voor de werkgever^[14] rechtvaardigt de vraag of daarmee nog voldoende recht wordt gedaan aan de bescherming die de toetsing van een zwaarwichtig belang bij eenzijdige wijziging beoogt te bieden aan werknemers.^[15] Het hof ging helaas niet in op die vraag. Hetzelfde geldt voor de vraag of sprake is van een eenzijdige wijziging door de werkgever via het pensioenfonds of een tweezijdige wijziging via de ex ante instemming van werknemer en werkgever met de wijzigingsbevoegdheid van het fondsbestuur door hun beider handtekening onder de arbeidsovereenkomst.^[16]

Biedt de aanwezigheid van het pensioenfondsbestuur — doorgaans bestaande uit werkgevers- en

werknemersvertegenwoordigers (inclusief pensioengerechtigden) — dan niet afdoende waarborgen tegen (eenzijdige) wijziging? Wij aarzelen. Niet omdat de feitelijke zeggenschap van de verschillende geledingen binnen het bestuur nu eenmaal afhangt van de onderhandelingskracht van individuele bestuurders en dus van bestuur tot bestuur kan verschillen. Er is ook een waarborg in medezeggenschapsvorm in de vorm van een adviesrecht van de deelnemersraad over reglementswijzigingen. ^[17] De aarzeling is erin gelegen dat besluitvorming door het pensioenfondsbestuur en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging (vergelijk art. 105 lid 2 PW) marginaal en daarmee wezenlijk anders wordt getoetst dan de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang en de daarbij behorende belangenafweging. Indien de wetgever het onwenselijk zou vinden dat pensioenwijzigingen jegens werknemers niet op die wijze getoetst kunnen worden — hetgeen wij niet uitsluiten — kan in art. 19 PW worden bepaald dat de belangenafweging en toetsing van zwaarwichtig belang ook geldt voor wijzigingen door het fondsbestuur (of andere derden).

Het doorcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid, zoals in het *Delta Lloyd*-arrest, is een effectief instrument voor werkgevers om pensioenreglementen (en daarmee pensioenovereenkomsten) te wijzigen.^[18] De charme van deze methode voor werkgevers en pensioenuitvoerders is kristalhelder: eenvoudige binding via de arbeidsovereenkomst door vooraf te bepalen dat werknemers hun contractsvrijheid ten aanzien van (pensioen)wijzigingen hebben overgedragen. De vraag is of en hoe de Hoge Raad zich in cassatie zal uitlaten over deze methodiek.

3.2 Misbruik van bevoegdheid als nieuwe toets?

Het hof toetst in het *Delta Lloyd*-arrest de indexatiewijziging door het pensioenfondsbestuur aan *misbruik van bevoegdheid* (art. 3:13 BW). Ter beoordeling ligt voor of het pensioenfonds jegens deelnemers misbruik maakt van de in art. 22 van de statuten van het pensioenfonds opgenomen wijzigingsbevoegdheid. Deze toetsingsmaatstaf is naar onze waarneming niet vaak gehanteerd bij pensioenwijzigingen. Een door de gevolgen van een wijziging geraakte persoon zal zich in een contractuele relatie over het algemeen eerder beroepen op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).^[19] Niet helder is of het hof misbruik van bevoegdheid ziet als een standaardtoets bij wijziging op grond van statutaire bevoegdheden of dat deze toetsing is ingegeven doordat daar uitdrukkelijk een beroep op is gedaan namens de pensioengerechtigden in het kader van een processueel verweer. Hoe dan ook, het toetsingskader voor misbruik van bevoegdheid blijkt uit art. 3:13 BW. De gepensioneerden moesten stellen en bewijzen dat het pensioenfonds de wijzigingsbevoegdheid uitoefende met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend of dat het pensioenfonds bij de belangenafweging in redelijkheid niet tot wijziging had kunnen komen. Het hof stelt vast (r.o. 3.22) dat het fonds met name misbruik van de statutaire wijzigingsbevoegdheid kan maken indien (i) wijziging tot vermindering van opgebouwde pensioenaanspraken leidt of (ii) de wijziging er niet toe strekt door middel van een vermindering van (andere) aanspraken een verstoord evenwicht te herstellen tussen enerzijds bezittingen en inkomsten van het pensioenfonds en anderzijds diens pensioenverplichtingen, waarbij de vermindering van aanspraken voor alle daarbij betrokkenen zoveel mogelijk naar evenredigheid moet plaatsvinden. Uiteindelijk oordeelt het hof dat in casu geen misbruik van bevoegdheid is gemaakt (r.o. 3.23). De misbruik van bevoegdheid is een marginale toets. In dat kader is de uitkomst — geen misbruik van bevoegdheid — niet vreemd.

Zien wij het goed, dan gaat het hof niet in op de vraag of (het vierde en vijfde lid van) de statutaire wijzigingsbepaling een eenzijdig wijzigingsbeding is ex art. 7:613 BW/art. 19 PW. Indien die bepaling zo moet worden gelezen dat het is bedoeld om pensioenaanspraken te kunnen verminderen, zou nog kunnen worden betoogd dat de wijzigingsbevoegdheid is ingezet voor een ander doel (wijziging

indexatiekarakter) dan waarvoor het is geschreven (korten). Dat zou namelijk kunnen leiden tot een andere beoordeling en een andere uitkomst.

3.3 Wijziging door pensioenfondsbestuur via statuten?

Zoals aangegeven was volgens het hof het bestuur van het pensioenfonds op grond van de statuten bevoegd het reglement te wijzigen. Het hof overweegt letterlijk dat:

“het Pensioenfonds krachtens art. 22 van zijn statuten jo art. 7 lid 1 aanhef en sub i PSW (onder de daarin bepaalde voorwaarden) in beginsel bevoegd was wijzigingen aan te brengen in de statuten en het pensioenreglement en [dat de pensioenregeling altijd onderdeel was van de geïncorporeerde cao, de statuten en reglementen in het personeelshandboek waren opgenomen, het handboek een eenzijdig wijzigingsbeding bevatte en het in de arbeidsovereenkomst van toepassing werd verklaard].”^[20]

De voor de praktijk belangrijke rechtsvraag is of de statuten voldoende basis kunnen bieden voor een pensioenfondsbestuur om zonder nadere medewerking van werkgever of werknemer het pensioenreglement te wijzigen en daarmee aanspraakgerechtigden te binden. De wijzigingsregeling van art. 22 van de statuten omvatte de bevoegdheid tot wijziging van statuten en reglementen, met een adviesrecht voor de deelnemersraad. Daarbij was expliciet voorzien in het behoud van reeds opgebouwde aanspraken. Verder was een regeling voor het verminderen van rechten bij een verstoord financieel evenwicht opgenomen, met de intentie om het korten van reeds opgebouwde aanspraken zoveel mogelijk te voorkomen, maar dit wel mogelijk te maken. Gezien de bewoordingen van art. 22 is het denkbaar dat de bepaling in de statuten was opgenomen om te voldoen aan de eisen van het toenmalige art. 7 lid 1 PSW. Art. 7 lid 1, aanhef en onder i PSW bepaalde namelijk dat in de statuten en reglementen van een pensioenfonds bepalingen betreffende de wijziging van die statuten en reglementen moesten zijn opgenomen, met name wat betreft de wijziging van rechten en verplichtingen van aanspraak- en rechthebbenden in gevallen waarin de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding gaf. Het ging kortweg om het opnemen van een bevoegdheid om te korten.^[21] Onder de Pensioen- en spaarfondsenwet was er geen wettelijke bevoegdheid voor een pensioenfonds om van rechtswege te korten.^[22] Onder de Pensioenwet bestaat een dergelijke bevoegdheid van rechtswege evenmin.^[23]

Het gaat er bij de beoordeling van de indexatiewijziging om of de uitleg van het hof van art. 22 van de statuten de juiste is, mede gezien de bewoordingen van dat artikel en de eisen die de toenmalige PSW stelde. Anders gezegd, zou het genoemde art. 22 van de statuten kunnen dienen om een wijziging op te baseren of is een andere rechtsgrondslag vereist voor een wijziging door het bestuur van een pensioenfonds van de arbeidsvoorwaarde pensioen?

Een pensioenfonds voert een pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer uit op basis van een uitvoeringsovereenkomst dan wel een uitvoeringsreglement.^[24] Het pensioenfonds stelt vervolgens een pensioenreglement vast in overeenstemming met de pensioenovereenkomst en met de uitvoeringsovereenkomst dan wel het uitvoeringsreglement.^[25] Een pensioenfonds moet een rechtspersoon zijn,^[26] en valt dus onder de regels van het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW. Het pensioenfonds heeft daardoor onder meer een bestuur als hoogste orgaan.^[27] Voor het bestuur staat centraal het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak.^[28] Bij het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak is het bestuur gebonden aan de statuten van het fonds, tenzij dat in de relatie tussen vooral de rechtspersoon-pensioenfonds en het bestuur naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.^[29] Nadere eisen zijn vastgelegd in bijzondere wetgeving, met name de

Pensioenwet. Hier van belang is dat die nadere eisen de functie van het pensioenfonds als taakorganisatie benadrukken. ^[30] Het pensioenfonds voert een regeling uit die tussen werkgever en werknemer is overeengekomen. Deze ondergeschikte positie wordt ook benadrukt door de vrijheid van de werkgever om de uitvoering van de pensioenovereenkomst naar eigen inzicht bij een toegelaten — en onafhankelijke — uitvoerder onder te brengen.^[31]

De vraag is dan of en zo ja hoe en in hoeverre de partijen bij de pensioenovereenkomst (sociale partners) hun bevoegdheden ten aanzien van die overeenkomst kunnen overdragen aan het pensioenfonds. Als startpunt is het overdragen van een bevoegdheid (tot wijziging van de overeenkomst) mogelijk tenzij dwingend recht dan wel de goede zeden of de openbare orde de overdracht niet toelaat.^[32] Binnen dezelfde grenzen is verder overdracht aan eenieder mogelijk, dus ook aan een fondsbestuur, net zo goed als een gedeeltelijke of volledige overdracht, naar wens van partijen. De overdracht vindt in de praktijk vaak plaats door een verwijzing in de al dan niet collectieve arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement. Wellicht treedt het bestuur al op die basis in de plaats van de partijen bij de pensioenovereenkomst.^[33]

Hoe dan ook, indien de interpretatie en het gebruik van een statutaire (wijzings)bepaling zoals het aangehaalde art. 22 een verkeerde rechtstoepassing zou zijn dan is de boeiende vervolgvraag of en zo ja hoe er een contractuele overdracht van de wijzigingsbevoegdheid van de partijen bij de pensioenovereenkomst naar het fondsbestuur heeft plaatsgevonden. Simpel gezegd: vormden de statuten geen zelfstandige rechtsgrond voor wijziging dan is de vervolgvraag of sprake is van een overgedragen contractuele wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfondsbestuur.

4 Uitgewerkte rechtsverhouding: wijzigingsverbod slapers en pensioengerechtigden?

In de literatuur is betoogd dat wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden niet mogelijk is op grond van de *uitgewerkte rechtsverhouding*.^[34] De basisgedachte van die doctrine is dat de pensioenregeling onherroepelijk vast is komen te liggen vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Er wordt als het ware een foto genomen van de toepasselijke pensioenregeling. Wat op deze foto staat heeft dan voor onbepaalde tijd te gelden. Betekent de *uitgewerkte rechtsverhouding*^[35] een verbod op het wijzigen van de pensioenaanspraken van slapers en pensioenrechten van pensioengerechtigden? Die voorvraag is ook van groot belang bij de discussie over het nieuwe, reële pensioencontract dat pensioenaanspraken geheel voorwaardelijk maakt. Pensioengerechtigden hebben al juridische procedures aangekondigd indien het zou komen tot een dergelijke wijziging.

4.1 Reden voor twijfel over de uitgewerkte rechtsverhouding

De suggestie van een uitgewerkte rechtsverhouding valt te verklaren. Tijdens de parlementaire behandeling van een wijziging van de inmiddels vervallen Pensioen- en spaarfondsenwet werd overwogen:

“Voorts heeft de afschaffing (van een toenmalig kortingsverbod in de AOW en de AWW; toevoeging auteurs) geen direct materieel effect op de niet-gedispenseedere regelingen. De ingegane pensioenen zijn immers vastgesteld op grond van een pensioenreglement (...). Hetzelfde geldt voor de nog niet ingegane pensioenen van degenen van wie de deelneming aan de pensioenregeling inmiddels is

beëindigd (de zogenaamde slapers). Ook in die situatie is sprake van een volledig *uitgewerkte rechtsverhouding* (cursivering auteurs) en stond bij voortijdig vertrek de hoogte van de opgebouwde pensioenaanspraken vast.”^[36]

Dit citaat wekt de suggestie van vaste opgebouwde pensioenaanspraken die onherroepelijk vast komen te staan bij einde dienstverband. De rechtspraak is verdeeld over de houdbaarheid van de uitgewerkte rechtsverhouding bij pensioen. Hof Amsterdam overwoog in 2009 nog dat eenzijdige wijziging door een werkgever van een premievrije aanspraak van een ex-werknemer niet mogelijk is omdat de arbeidsovereenkomst voor het moment van de beoogde wijziging was beëindigd. Het oordeelde dat de rechtsverhouding daarmee was *uitgewerkt*.^[37] Deze opvatting komt in meer uitspraken voor.^[38] Daartegenover staan uitspraken in de lijn met het *Delta Lloyd*-arrest waarin de uitgewerkte rechtsverhouding wordt verworpen.^[39] Gelet op het grote praktijkbelang van deze vraag citeren wij het hof, dat concludeert dat sprake is van:

“het onjuiste uitgangspunt dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst iedere contractuele relatie die de werknemer is aangegaan ten tijde en als gevolg van zijn dienstverband — in het bijzonder ook die welke hij aan een pensioenovereenkomst althans aan het verkrijgen van pensioenaanspraken is gaan ontlenen — tot een einde komt. Een pensioenovereenkomst is echter niet ‘uitgewerkt’ bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar eerst op het moment dat geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn (...).”

4.2 Geen wijzigingsverbod

Het is twijfelachtig of een verbod op wijziging op grond van een *uitgewerkte rechtsverhouding* kan worden aangenomen. Een expliciete wettelijke basis ontbreekt.^[40] Het doorkruist resoluut de werking van art. 6:248 lid 1 en 2 BW en art. 6:258 BW. Bovendien wordt een dergelijk absolute regel in de literatuur niet consequent gesteund.^[41] De benadering van de uitgewerkte rechtsverhouding lijkt veeleer een pensioenrechtelijke vertaling van het uitgangspunt *pacta sunt servanda*. Ook dan heeft te gelden dat verbintenissen zonder consensus van partijen een andere inhoud kunnen krijgen. De derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) of rechter (denk aan art. 6:258 BW) kan ingrijpen in of aanpassen van (pensioen)overeenkomsten^[42] mogelijk maken. In deze sleutel kan, en naar wij menen afdoende, gewogen worden argumenten als beperkte onderhandelingsmacht van gepensioneerden — arbeid is geleverd en staken als pressiemiddel dus niet goed denkbaar —, reeds verwezenlijkt zijn van verzekerd risico, solidariteit van gepensioneerden met hun ex-werkgever en diens huidige werknemers en de mate waarin wijziging als een verrassing voor gepensioneerden komt (rechtszekerheid).^[43]

Voor de goede orde wijzen wij erop dat de term *uitgewerkte rechtsverhouding* verwarrend is. De term kan namelijk de suggestie wekken dat er geen verbintenissen meer bestaan tussen de partijen die betrokken zijn bij de pensioenovereenkomst. Echter, tussen de gewezen werknemer en de pensioenuitvoerder blijft een verbintenis bestaan zolang geen waardeoverdracht heeft plaatsgevonden. Ook tussen de werkgever en de gewezen werknemer kan uit de pensioenovereenkomst een verbintenis blijven bestaan. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij financiële verplichtingen van de werkgever zoals bijstorten, indexatie of het dragen van de uitvoeringskosten bij vrijwillige voortzetting. Een dergelijke nawerking van een overeenkomst is in het arbeidsrecht niet onbekend. Voorbeelden zijn het geheimhoudingbeding en het non-concurrentiebeding.^[44]

4.3 Contractuele wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden?

Nu wij (met Hof Amsterdam) wijziging van pensioen jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk achten, dringt zich de vervolgvraag op onder welke voorwaarden dat mag. Wij keren dan terug naar de wijzigingsbevoegdheid en de contractuele grondslag voor die wijziging. Een eerste ijkpunt is de aan- of afwezigheid van de wijzigingsbevoegdheid. Hebben werkgever en ex-werknemer geanticipeerd op wijziging van de pensioenovereenkomst na het eindigen van de arbeidsrelatie? Contractuele wijzigingsbedingen in de arbeidsverhouding dienen schriftelijk te zijn overeengekomen (art. 7:613 BW respectievelijk art. 19 PW). Of partijen bij de pensioenovereenkomst op een wijziging hebben geanticipeerd is een uitlegvraag. Wat staat in de pensioenovereenkomst over wijziging (jegens pensioengerechtigden) en hoe moet dat worden uitgelegd?

De binding van slapers en pensioengerechtigden is een ondergeschoven kindje in het arbeidsrecht en pensioenrecht. In de Pensioenwet staat niets over wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden. Het begrip pensioenovereenkomst is eveneens beperkt tot de werkgever-werknemerrelatie. Ook de Wet Bpf 2000 heeft bij binding aan statuten en reglementen (art. 4) geen oog voor slapers en pensioengerechtigden. Overigens is de binding van gepensioneerden aan cao-wijzigingen eveneens een blinde vlek.^[45] Wijzen naar de wetgever lost bestaande rechtsvragen echter niet op en hakt geen knopen door. De oplossing dient gevonden te worden in de contractuele relatie tussen werkgever/pensioenuitvoerder en ex-werknemer. De uitleg van de overeenkomst is dan van wezenlijk belang, met name de uitleg van de wijzigingsbevoegdheid. Van Slooten betoogt met zijn *dynamische leer of levende rechtsverhouding* dat een contractspartij er rekening mee moet houden dat een arbeidsvoorwaarde kan wijzigen. Steun voor deze leer wordt gevonden in verschillende arresten van Hof Amsterdam over bijdragen van werkgevers aan premies ziektekosten van ex-werknemers.^[46] De dynamische leer gaat in de kern om uitleg van een bestaande overeenkomst. Is de wijzigingsbevoegdheid jegens slapers en pensioengerechtigden (impliciet) overeengekomen althans intrinsiek deel van het contract?

De idee van de dynamische leer klinkt mooi (wie is er tegen dynamiek?), is pragmatisch en biedt de rechtspraktijk handvatten. Tegelijkertijd merken wij op dat het schriftelijkheidsvereiste voor wijzigingsbedingen niet voor niets geldt: het dient rechtszekerheid en kenbaarheid.^[47] Daarmee staat op gespannen voet een beding strekkende tot wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden in te lezen in de aard van het contract. Een wijzigingsbeding voor werknemers dat blijft gelden nadat zij de status van werknemer verliezen staat er niet en het is maar de vraag of je de arbeidsovereenkomst zo mag uitleggen. Een eenzijdig door de werkgever opgestelde wijzigingsbeding uitleggen in het nadeel van slapers en gepensioneerden door de reikwijdte van het beding op te rekken strookt niet met de contra-proferentemregel. Om die reden twifelen wij of toepassing van de *dynamische leer* in veel bestaande overeenkomsten door die bevoegdheid in te lezen (conversie van de reikwijdte voor ex-werknemers) mogelijk is. Wij concluderen met enige voorzichtigheid dat niet te snel mag worden aangenomen dat een wijzigingsbeding is overeengekomen die ook gelding heeft jegens slapers en pensioengerechtigden. Veeleer zal de vraag zijn of goed werkgeverschap en goed werknemerschap — de dynamiek die een arbeidsverhouding kenmerkt krijgt in de toepassing van art. 7:611 BW ruimschoots erkenning — wijziging toelaat (zie par. 4.4).^[48] De oplossing die wij zien is eenvoudig: leg contractueel die wijzigingsbevoegdheid vast door te expliciteren dat wijziging van de pensioenverhouding mogelijk is jegens slapers en pensioengerechtigden (en onder welke voorwaarden).

4.4 De toetsingsnorm voor wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden

De wijzigingsbevoegdheid jegens slapers en pensioengerechtigden kan worden neergelegd bij het pensioenfondsbestuur in het pensioenreglement. De toetsing bij dit doorcontracteren van een wijzigingsbevoegdheid bespraken wij in par. 3. Wat wij ons goed kunnen indenken, is dat het feit dat de dienstbetrekking is geëindigd een gezichtspunt is dat gewogen zal moeten worden bij wijziging van een pensioenverbintenis van een werkgever/pensioenfonds jegens zijn ex-werknemer. De belangenafweging van een pensioenwijziging jegens werknemers kan anders liggen dan voor pensioengerechtigden omdat het geen gelijke gevallen betreft. Pensioengerechtigden hebben in de uitkeringsfase weinig mogelijkheden om pensioenversoberingen nog op te vangen, daar waar deelnemers in de opbouwfase nog kunnen bijsturen. Tegelijkertijd kan het eenzijdig neerleggen van de pensioenrekening — versoberingen in de pensioenregeling — bij actieven veel vergen van de (intergenerationale) solidariteitsgedachte.

Bij een gebrek aan een wijzigingsbevoegdheid dringt zich de vraag op hoe wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden getoetst moet worden. Zonder dat op deze plaats volledig uit te werken kunnen wij ons een beroep voorstellen op analoge toepassing van het leerstuk van goed (ex-)werknemerschap of de redelijkheid en billijkheid (onaanvaardbaarheidstoets).^[49] De toetsing voor wijziging zal daarmee normaliter strenger zijn dan bij eenzijdige wijziging. Wij denken bijvoorbeeld aan een generieke pensioenversobering waarbij aanvaarding van een redelijk pensioenvoorstel van de ex-werknemer wordt verlangd langs de lijnen van de arbeidsrechtelijke jurisprudentie (toepassing *Van der Lely/Taxi Hofmann*^[50] — en *Stoof/Mammoet*^[51] — criteria in pensioenverhoudingen).

5 Wijzigen van onvoorwaardelijke indexatie

In deze paragraaf gaan wij in op de vraag of het mogelijk is om onvoorwaardelijke indexatie van slapers en pensioengerechtigden te wijzigen. Wij gaan er daarbij vanuit dat er een wijzigingsbevoegdheid bestaat (zie de vorige paragrafen) en dat wijziging jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk is (geen uitgewerkte rechtsverhouding).

De pensioengerechtigden en slapers vorderden in de *Delta Lloyd* zaak een verklaring voor recht dat de onvoorwaardelijke toeslagverlening behoort tot de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en dat die aanspraken daarom niet konden worden gewijzigd. Het hof lijkt te oordelen dat het mogelijk is om onvoorwaardelijke indexatie te wijzigen naar voorwaardelijke indexatie. Wij merken daarbij op dat het hof tot haar oordeel kwam op basis van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Het argument van pensioengerechtigden dat een wijziging van onvoorwaardelijke toeslagverlening in strijd is met het aantastverbod (art. 20 PW) faalde. Het besluit werd genomen in 2006, voordat de Pensioenwet in werking was getreden.

5.1 Onvoorwaardelijke indexatie onder de PSW

Dat er een verschil was tussen onvoorwaardelijke en voorwaardelijke indexatie was al duidelijk onder het regime van de Pensioen- en spaarfondsenwet. De Pensioen- en spaarfondsenwet bevatte noch een definitie, noch gedetailleerde voorschriften over de voorwaarden waaraan toeslagbepaling moest voldoen of de wijze waarop die aan belanghebbenden moest worden gecommuniceerd. In 1997 is de Nota Actuariële Principes Pensioenfondsen^[52] gepubliceerd door de toenmalige toezichthouder PVK. Bij de beoordeling van de eigen financiële opzet moest een pensioenfonds onder meer de beschikbare sturingsmiddelen, waaronder de (nagestreefde) hoogte van de toekomstige indexaties en de voorziening pensioenverplichtingen beschrijven. De onvoorwaardelijke indexatie vormde een

pensioenverplichting. Over voorwaardelijke indexatie bepaalde de Nota:

“Naarmate een meer onvoorwaardelijk karakter kan worden toegekend aan het streven naar de verlening van toekomstige indexaties, moet hiervoor binnen de voorziening pensioenverplichtingen meer expliciet worden gereserveerd”.^[53]

Het Besluit Abtn, dat op 21 november 2000 in werking trad, maakte bij de beschrijving van de sturingsmiddelen duidelijk, dat alleen voorwaardelijke indexatie als sturingsmiddel kan worden ingezet: ‘de aanspraken [kunnen] worden aangepast door middel van bijvoorbeeld indexering (de mate van voorwaardelijkheid)’.^[54] Hieruit kan a contrario worden afgeleid dat onvoorwaardelijke indexatie niet kan worden aangepast vanwege het onvoorwaardelijk toegezegde karakter dat de wetgever eraan wilde toekennen. De circulaire van 30 september 2002 van de PVK, die later fuseerde in DNB, bepaalde voorts dat niet op voorhand vast staat dat voor de beoordeling van de formele of feitelijke (on)voorwaardelijkheid alleen doorslaggevend is wat over het karakter van de indexatiebepaling in het reglement is bepaald.^[55] In de nadere informatie van de toezichthouder d.d. 9 december 2002 stond hierover:

“Ook bij een reglementair voorwaardelijke verplichting kunnen er, in een aantal gevallen, feiten en omstandigheden zijn die maken dat deze — ook voor de reservering — als feitelijk onvoorwaardelijk moeten worden aangemerkt, omdat de kans dat de indexering kan worden afgedwongen reëel is.”^[56]

In aanloop naar de Pensioenwet verplichtte de minister pensioenuitvoerders duidelijk en helder te communiceren over het karakter van de indexatietoezegging, aangezien de Pensioenwet daaraan strengere eisen zou stellen dan de Pensioen- en Spaarfondsenwet (zie par. 5.3). Op deze wijze kon een pensioenuitvoerder voor (gewezen) deelnemers en gepensioneerden verduidelijken dat een indexatietoezegging voorwaardelijk van karakter was en bleef en daarmee voorkomen dat de voorwaardelijke toezegging onbedoeld onvoorwaardelijk werd door de inwerkingtreding van de Pensioenwet.^[57] De minister benadrukte dat de nieuwe voorschriften in de Pensioenwet inzake indexatie, niet met terugwerkende kracht mochten worden toegepast op (de uitleg van) indexatietoezeggingen die vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet waren gedaan.^[58]

In de jurisprudentie wordt voor de kwalificatie van een voorwaardelijke indexatiebepaling wel aangeknoopt bij een benodigd bestuursbesluit.^[59] Dit criteria hoeft echter niet doorslaggevend te zijn voor het al dan niet bestaan van een (on)voorwaardelijke indexatietoezegging en kan leiden tot een onzuivere discussie. Een bestuursbesluit is immers niet noodzakelijk voor het ontstaan van indexeringsrechten indien indexatie onvoorwaardelijk is toegezegd, maar wordt doorgaans wel genomen ter vaststelling van de hoogte van het indexeringscijfer dat wordt gevolgd, de totale kosten van de indexatie en/of de (pro forma) toekenning ervan aan de rechthebbenden. Wij menen dat een afspraak over indexatie een verbintenis is en dat de vraag of sprake is van (on)voorwaardelijke indexatie (dus) wordt beantwoord aan de hand van art. 6:21 BW. Het pensioenrecht bevat op dit punt geen afwijkende (*lex specialis*-)bepaling. Wij verstaan derhalve onder een onvoorwaardelijke toeslag, een toeslag die niet afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, overeenkomstig de voorwaarden in art. 6:21 BW.^[60] Een toeslagbepaling waarin is opgenomen dat het volledig ter discretie van het pensioenfondsbestuur staat of zo ja in hoeverre jaarlijks toeslag wordt verleend, zal aan deze voorwaarden voldoen.^[61]

5.2 Wijziging van onvoorwaardelijke indexatie

Bij eerste lezing komt Hof Amsterdam tot de conclusie dat de onvoorwaardelijke toeslagverlening met toepassing van de inzichten van de Pensioen- en spaarfondsenwet ten nadele van de

pensioengerechtigden kan worden gewijzigd. Zien wij het, na close reading, goed dan gaat het hof (helaas) niet in op de centrale vraag of de onvoorwaardelijke pensioenaanspraken voor wijziging vatbaar zijn. Het hof schrijft die vraag weg door te bepalen dat de vordering van de pensioengerechtigden ziet op reeds opgebouwde pensioenaanspraken, en dat indexatie volgens de definities van het pensioenreglement^[62] geen onderdeel van de pensioenaanspraak vormt (zie r.o. 3.20). Aan de vraag of wijziging van onvoorwaardelijke indexatie in voorwaardelijke indexatie was toegestaan, komt het hof derhalve niet toe. Die (strikt) grammaticale uitleg van de vordering van gepensioneerden oogt, met alle begrip voor de lijdelijke positie van rechters, toch enigszins flauw.^[63] Het zal het hof vermoedelijk duidelijk zijn geweest wat de vordering behelsde. Belangrijker nog is dat ook bij toepassing van de cao-norm de bewoordingen van het reglement gelezen in het licht van de gehele tekst van belang zijn.^[64] Het hof heeft echter slechts de definitie van pensioenaanspraak in art. 3 lid 1 van het reglement ter hand genomen. Deze definitie spreekt over typen pensioen die onderdeel van de pensioenaanspraak vormen (*omvatten*) en verwijst voor de verdere invulling van de verschillende pensioenaanspraken naar de overige bepalingen in het pensioenreglement. Wij menen dat kan worden betoogd dat de onvoorwaardelijke indexatie onderdeel vormt van het begrip pensioenaanspraak en dat de definitie niet noodzakelijkerwijs een uitputtende opsomming van de verschillende *pensioenaanspraken* geeft. Het hof had er dan ook (ten minste) voor kunnen kiezen om deze definitiebepaling in samenhang met de indexatiebepaling in het pensioenreglement te lezen en uit te leggen. In r.o. 3.10 geeft het hof in dat verband zelf aan dat in beginsel de bewoordingen van het reglement, gelezen in het licht van de gehele tekst, van belang zijn. In zijn algemeenheid heeft ook te gelden dat men de inhoud van een reglement niet volledig kent als slechts de definitiebepalingen zijn gelezen. Te meer niet indien in de definitiebepaling naar de overige bepalingen in het reglement wordt verwezen. In de artikelen over toeslag in de pensioenreglementen van vóór 2000, staat dat ingegane pensioenen jaarlijks worden aangepast. Het pensioenreglement 1970 bepaalt over de onvoorwaardelijke indexatiebepaling dat ‘zodanige koopsommen [moeten worden] betaald, dat de verhoogde pensioenrechten volledig zijn gedekt’. Het woord pensioenaanspraak komt inderdaad niet voor in deze bepaling. Duidelijk is echter dat de verhoging onderdeel wordt van de pensioenrechten: op grond van het reglement is de indexatie een pensioenrecht.^[65]

Het hof erkent zelf ook dat bij onvoorwaardelijke indexatie sprake is van een recht (zie r.o. 3.11), maar blijft in r.o. 3.20 teruggrijpen op het gegeven dat in de omschrijving van de definitiebepaling van pensioenaanspraak niet een uitdrukkelijk *indexeringsrecht* voorkomt. Wij menen dat het in feite niet had moeten uitmaken of eisers de onvoorwaardelijke toeslag kwalificeren als recht, aanspraak of toezegging. De centrale vraag is immers of de onvoorwaardelijke toeslag mocht worden gewijzigd. Deze vraag blijft onbeantwoord. Het hof heeft slechts contractueel getoetst of de wijzigingsbevoegdheid bestond en of dat geen misbruik van bevoegdheid opleverde. In het al eerder gememoreerde *Vakcentrum*-arrest kwam Hof Amsterdam overigens al tot het oordeel dat (i) uit jurisprudentie en art. 9 PSW volgt dat een onvoorwaardelijke indexatie deel uit maakt van een premievrije aanspraak,^[66] (ii) de PSW geen verbod tot wijziging hiervan bevat en (iii) van belang is wat partijen over het kunnen wijzigen zijn overeengekomen. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat het hof destijds in die zaak een wijziging van de aanspraak op onvoorwaardelijke toeslagverlening niet onmogelijk achtte. Wij houden het er op dat de huidige stand van de rechtspraak is dat een wijziging van onvoorwaardelijke indexatie naar voorwaardelijke indexatie onder de Pensioen- en spaarfondsenwet mogelijk is.

5.3 Onvoorwaardelijke indexatie onder de Pensioenwet: niet te wijzigen?

De Pensioenwet verplicht pensioenuitvoerders duidelijk en begrijpelijk te communiceren over het karakter van de indexatietoezegging.^[67] Per 1 januari 2007 is een toeslag slechts dan voorwaardelijk indien in de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst, het pensioenreglement en in informatie van de pensioenuitvoerder over pensioen een voorwaardelijkheidsverklaring is opgenomen.^[68]

Toeslagen voor pensioengerechtigden en slapers^[69] met een onvoorwaardelijk karakter dienen volledig (af)gefinancierd te worden.^[70] Voor pensioenfondsen geldt dat deze verplichting op grond van art. 126 PW wordt gedekt door buffers.^[71] Voor een verzekeraar geldt eenzelfde verplichting op grond van art. 3:57 Wft. De werkgever als verzekeringnemer van een verzekerde pensioenregeling zal in dat geval de onvoorwaardelijke toeslagverlening moeten hebben gefinancierd (afgestort).

Opgebouwde pensioenaanspraken mogen in beginsel niet worden gewijzigd, zo blijkt uit het aantastverbod van art. 20 PW:

“In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134.”

Zeer vrij vertaald staat hier dat aanspraakgerechtigden het opgebouwde pensioen behouden (je houdt het pensioen dat je hebt opgebouwd). Onvoorwaardelijke indexatie (toeslagen) valt onder opgebouwde pensioenaanspraken. De Pensioenwet definieert een pensioenaanspraak als ‘het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening’. Een pensioenrecht wordt gedefinieerd als ‘het recht op een ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening’. Van het wettelijk wijzigingsverbod kan slechts worden afgeweken in geval van bepaalde vormen van waardeoverdracht (art. 76, 78 en 83) of korten (art. 134). Hoewel dit niet expliciet in art. 20 PW staat, gaan wij ervan uit dat het aantastverbod niet alleen op pensioenaanspraken maar ook op de pensioenrechten van pensioengerechtigden van toepassing is.^[72] De onvoorwaardelijke toeslagen die tot het moment van voorgenomen wijziging zijn toegekend, zijn verworven tot een pensioenrecht in de zin van de Pensioenwet. Deze kunnen dus niet worden gewijzigd.^[73] Aantasting van pensioenrechten is ook daarom niet mogelijk. Net als bij reeds verleende toeslagen is ten aanzien van in de toekomst nog te verlenen onvoorwaardelijke toeslagen in de wetsgeschiedenis het standpunt ingenomen dat een onvoorwaardelijke toeslagregeling op grond van het aantastverbod niet gewijzigd kan worden:

“Wanneer tijdens de periode dat het pensioen van een gepensioneerde is opgebouwd geen beperking was aangebracht in de verlening van toeslagen, en dus sprake is geweest van onvoorwaardelijke toeslagverlening, kan ook de indexatie van het pensioen van pensioengerechtigden niet worden beperkt als gevolg van een wijziging van de inhoud van de pensioenregeling. Op grond van art. 19 (het huidige art. 20, auteurs) van de Pensioenwet kunnen de opgebouwde pensioenaanspraken immers niet worden gewijzigd als gevolg van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Aangezien in het verleden toegezegde onvoorwaardelijke toeslagen onderdeel uitmaken van de pensioenaanspraken van pensioengerechtigden [bedoeld is pensioenrechten, toevoeging auteurs], volgt hieruit dat ook de indexatie van reeds ingegane pensioenen niet meer beperkt kan worden. Dat zou immers een ongeoorloofde beperking van in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken betekenen.”^[74]

In de literatuur en in de rechtspraak wordt eveneens aangenomen dat onvoorwaardelijke toeslagen onder de Pensioenwet niet kunnen worden gewijzigd.^[75] Ter illustratie wijzen wij op de overwegingen van respectievelijk Rb. Amsterdam 24 juli 2009, *PJ* 2009/145 en Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130 (*Vakcentrum*)^[76]:

“Gelet op de thans van kracht zijnde artikelen 18 en 20 Pensioenwet [bedoeld wordt art. 19 en 20 PW, auteurs] moet naar het huidige recht gelden dat aan die verworven aanspraak niet meer kan worden getornd.”

“In de per 1 januari 2007 in werking getreden Pensioenwet is expliciet bepaald dat een recht op onvoorwaardelijke indexering behoort tot die premievrije aanspraak en dat deze aanspraak — behoudens enkele in de wet genoemde uitzonderingen — niet kan worden gewijzigd.”

Werkgevers en pensioenuitvoerders die onvoorwaardelijke indexatie onder de Pensioenwet voorwaardelijk willen maken moeten een ontsnappingsroute inzetten. De eerste route is om gebruik te maken van de uitzonderingen die het aantastverbod uit de Pensioenwet biedt, waardeoverdracht of korten. Dat is de invarroute, waarbij eerst de pensioenregeling wordt gewijzigd en vervolgens interne waardeoverdracht plaatsvindt. Duidelijk is dat het huidige vetoverbod (art. 83 lid 2 onderdeel c PW) een lastig te nemen horde vormt. Kortten is geen structurele wijziging van het indexatiekarakter. De tweede route is om af te wijken van de Pensioenwet, bijvoorbeeld op grond van onvoorziene omstandigheden of redelijkheid en billijkheid. Concreet gaat het om de vraag of het door de pensioengerechtigden vasthouden aan de onvoorwaardelijke toeslagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (vergelijk art. 6:248 BW) onaanvaardbaar is.^[77] Het zal helder zijn dat het een tour de force wordt om rechters er van te overtuigen dat op grond van de (marginale) onaanvaardbaarheidstoets moet worden afgeweken van de Pensioenwet.

6 Conclusie

6.1 Werkgever of pensioenfonds kan pensioenregeling wijzigen

Door de hervormingen in het pensioenstelsel zullen pensioenregelingen (ingrijpend) gewijzigd worden. Heeft de werkgever een schriftelijk eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst en heeft hij na belangenafweging een voldoende zwaarwichtig belang dan kan hij de arbeidsvoorwaarde pensioen van werknemers wijzigen. Bij pensioenregelingen die worden uitgevoerd door pensioenfondsen is de wijzigingsbevoegdheid vaak doorgecontracteerd aan het pensioenfondsbestuur. Het fondsbestuur is dan bevoegd het pensioenreglement te wijzigen. Daarmee lijkt de deelnemer gebonden aan besluiten van het pensioenfondsbestuur, ook al is hij het daarmee niet eens. De pensioenregeling van deelnemers kan zo gewijzigd worden zonder de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang te toetsen, die normaliter is vereist bij eenzijdige wijziging door de werkgever. Gelet op de beschermingsgedachte en doelstelling van het arbeids- en pensioenrecht oogt dit wegcontracteren van de wijzigingsbevoegdheid en de zwaarwichtig belang toets curieus, afgaand op de huidige jurisprudentie kan het wel. Deze route buitenom — wijziging niet door de werkgever maar door het pensioenfondsbestuur — vergemakkelijkt wijzigingstrajecten voor werkgevers en pensioenfondsen. De toetsingsnorm (zwaarwichtig belang of niet) is ook interessant voor invartrajecten waarbij te verwachten valt dat (ex)werknemers zich zullen verzetten tegen de besluitvorming en de kwestie willen voorleggen aan de rechter.^[78]

6.2 Wijzigen jegens slapers en pensioengerechtigden is mogelijk

De pensioenregeling jegens slapers en pensioengerechtigden kan gewijzigd worden. Wij sluiten ons aan bij de opvatting van Hof Amsterdam dat de rechtsverhouding niet is uitgewerkt, al realiseren wij ons dat

er andere opvattingen bestaan in rechtspraak en literatuur. Ook na het eindigen van de arbeidsovereenkomst blijven pensioenverbintenissen bestaan (zoals pensioenuitkeringen). Voor wijziging van die pensioenovereenkomst moet een contractuele grondslag (bestaand wijzigingsbeding) zijn. De binding van pensioengerechtigden is zowel wettelijk als contractueel niet geregeld. Het komt dan aan op uitleg van de reikwijdte van de wijzigingsbepaling en toetsing. Kan de stap worden genomen dat het wijzigingsbeding ook geldt voor slapers en pensioengerechtigden (een uitlegvraag) dan moet de wijziging de toets der kritiek nog kunnen doorstaan. De positie van slapers en pensioengerechtigden is anders dan die van werknemers. Wij adviseren om expliciet op te schrijven in bestaande of toekomstige arbeidsovereenkomsten, statuten en pensioenreglementen, althans te verduidelijken, dat wijzigingen jegens slapers en pensioengerechtigden mogelijk zijn. De wetgever roepen wij op om wijzigingen jegens pensioengerechtigden en slapers te reguleren (aanpassing art. 19 PW, art. 4 Wet Bpf) zodat dit geen belemmering is in wijzigingstrajecten.

6.3 Onvoorwaardelijke indexatie

Op basis van de rechtspraak concluderen wij dat het voorwaardelijk maken van onvoorwaardelijke indexatie tot 2007 (inwerkingtreding van de Pensioenwet) mogelijk was en daarna niet meer, tenzij via waardeoverdracht met vetorecht van aanspraakgerechtigden. Dat oogt misschien merkwaardig maar valt te verklaren door de keuze die de wetgever heeft gemaakt in de Pensioenwet om opgebouwde pensioenaanspraken (inclusief onvoorwaardelijke indexatieaanspraken) te beschermen met een wijzigingsverbod (aantastverbod). Dat betekent volgens ons dat onvoorwaardelijke indexatie vanaf 2007 niet langer voorwaardelijk kan worden gemaakt, de waardeoverdracht-exceptie en korting daargelaten. Indien deze bijdrage een bescheiden bijdrage kan leveren aan het ontrafelen van de wijzigingspuzzel in de pensioendriehoek, zijn wij geslaagd in onze opzet. Het woord is aan de Hoge Raad.

Voetnoten

[1]

Zie het regeerakkoord VVD-PvdA 'Bruggen Slaan' voor nieuwe aanstaande wijzigingen.

[2]

Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119, m.nt. R.A.C.M. Langemeijer (*Delta Lloyd*).

[3]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, 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.

[4]

Wij realiseren ons dat deze verkorte weergave van de kernvraag leidt tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de complexe feiten.

[5]

Wijziging via instemming van de werknemer/slaper/pensioengerechtigde, al dan niet via de negatieve optie, laten wij in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

[6]

—
Art. 7:613 BW geldt voor wijziging van arbeidsvoorwaarden in zijn algemeenheid; art. 19 PW is alleen van toepassing op de wijziging van de pensioenovereenkomst en kent dezelfde toets als art. 7:613 BW.

[7]

E. Lutjens, 'Wijziging van de pensioenregeling', in: E. Lutjens (red.) *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, derde druk, Deventer: Kluwer 2010. Zie ook A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006/9.

[8]

Wijziging van verzekerde regelingen en bijbehorende medezeggenschap (zoals instemmingsrecht van de OR ex art. 27 WOR) laten wij in dit artikel verder onbesproken.

[9]

Bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds kunnen deelnemers worden gebonden aan het gewijzigde reglement op grond van art. 4 Wet Bpf 2000. Slapers en pensioengerechtigden staan niet genoemd in dat artikel. In de praktijk is de binding van slapers en pensioengerechtigden zelden contractueel vastgelegd.

[10]

Over de (on)wenselijkheid daarvan E. Schop, *P&P* 2012/6 en M. Heemskerk, *P&P* 2012/6 met literatuurverwijzingen; zie ook anders Ktr. Rotterdam 9 april 2010, *PJ* 2010/137 (*Marsh*).

[11]

Zie over de praktijk van wijziging via de statuten bij Delta Lloyd, par. 3.3 hieronder.

[12]

Zie de vergelijkbare discussie over bedingen strekkende tot incorporatie van een CAO: R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, p. 308-313 en de reactie van A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte in *SMA* 2006, p. 512-515; R. Hansma, 'Een geïncorporeerde cao zomaar veranderen?', *SMA* 2006, p. 507-511; Koning, 'De CAO, de gebonden werknemer en het wijzigingsbeding', *SMA* 1998, p. 476; W.J.P.M. Fase, 'Recente cao-perikelen', *SMA* 2006, p. 231-234; R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006.

[13]

Zie vergelijkbaar over toedelen van wijzigingsbevoegdheden aan een ondernemingsraad: E. Schop, *P&P* 2012/6 en M. Heemskerk, *P&P* 2012/6 met literatuurverwijzingen.

[14]

Vergelijk ook R.A.A. Duk, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW', *SMA* 2006, p. 308-313, reactie van A.F. Bungener & E. Koot-van der Putte in *SMA* 2006, p. 512-515, alsmede R. Hansma, 'Een geïncorporeerde cao zomaar veranderen?', *SMA* 2006, p. 507-511.

[15]

Vergelijk F. Koning, 'De CAO, de gebonden werknemer en het wijzigingsbeding', *SMA* 1998, p. 476; W.J.P.M. Fase, 'Recente cao-perikelen', *SMA* 2006, p. 231-234, R.M. Beltzer, 'Waarom het incorporatiebeding onder art. 7:613 BW valt', *SMA* 2006.

[16]

Zie daarover E. Schop, *P&P* 2012/6 en M. Heemskerk, *P&P* 2012/6. Ook de vraag of dat besluit aan de werkgever kan worden toegerekend, blijft onbeantwoord.

[17]

Art. 111 PW.

[18]

Vergelijk J. Röder, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2007/12, H.P. Breuker, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2008/3.

[19]

Vergelijk P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 6 en 7.17.

[20]

R.o. 3.18.

[21]

E. Lutjens, *De PSW – Wetshistorisch overzicht en commentaar*, Deventer: Kluwer 1998, p. 106.

[22]

P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 363.

[23]

E. Lutjens & S.H. Kuiper, 'Pensioenovereenkomst: individuele overeenkomst of collectieve regeling', in: R.H. Maatman, R.M.M.J. Bauer, D. Busch & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en pensioen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 47, voetnoot 61.

[24]

Art. 1 PW en art. 23 lid 1 PW.

[25]

Art. 35 lid 1 PW.

[26]

Art. 1 PW.

[27]

HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43.

[28]

Art. 2:9 BW.

[29]

Art. 2:8 BW.

[30]

Art. 116 tot en met 125 PW.

[31]

Vergelijk art. 23 PW.

[32]

Art. 3:40 BW.

[33]

R.A.C.M. Langemeijer, 'De Pensioenwet en het bestuur over de pensioenregeling', *SR* 2005/50, waarbij Langemeijer even indringend als hoogst actueel optekent: 'Dat vormt wellicht ook de diepere verklaring voor de verplichte paritaire samenstelling van het bestuur'.

[34]

E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 464; H.P. Breuker e.a., 'De juridische aspecten van het wijzigen van de pensioenregeling', *TPV* 1999/7; H.P. Breuker, 'Wijzigen van de pensioenregeling. Materiële aspecten', *P&P* 2005/7/8; T. Dimmendaal, 'Wijziging van een pensioenregeling', in: *De Nieuwe pensioenwet, Voorbeschoouwingen*, Amersfoort: SDU 2004. Zie ook het literatuuroverzicht van M.F. Baltussen, 'De CAO en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?', in: A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 90-92.

[35]

Zie ook A. Stege, *De CAO en het regelingbereik van de sociale partners* (diss.), Deventer: Kluwer 2004, p. 145-149; E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij CAO', *SR* 2004-7/8, p. 263; J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16.

[36]

[Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3](#), p. 34.

[37]

Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130 (*Vakcentrum*).

[38]

Zie Hof Leeuwarden 25 september 2012, [LJN BX8630](#) (*Friesland Foods*); Ktr. Almelo 29 juni 2011, *PJ* 2011/115 (*Aveco De Bondt*); Hof Arnhem 25 oktober 2011, *PJ* 2011/163 (*Elementis*).

[39]

Hof Amsterdam 31 mei 2011, *PJ* 2011/122 (*IBM*); Hof Amsterdam 1 november 2011, *PJ* 2011/152 (*ECN*); Hof 's-Gravenhage 18 september 2012, [LJN BX8419](#) (*Fortis*).

[40]

In deze zin ook A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 2: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006/14.

[41]

J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16; E. Lutjens, 'Het wijzigen van een pensioenregeling', *TPV* 2005/6, p. 152-172; P. Tulfer, 'Gerechtshof spreekt zich uit over wijziging van het recht op indexatie', *P&P* 2005/3, p. 5-9.

[42]

De definitie van pensioenovereenkomst uit art. 1 PW is ongelukkig omdat dit alleen de werkgever-werknemerrelatie betreft en dus geen rekening houdt met slapers en pensioengerechtigden.

[43]

Vergelijk J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16.

[44]

Art. 7:653 BW.

[45]

A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss.) Amsterdam: VU 2004, p. 243 e.v.; N. Tali, 'De cao en de rechtspositie van gepensioneerden', *ArbeidsRecht* 2009/33; M.F. Baltussen, 'Gepensioneerden aller bedrijven verenigt u', *SMA* 2008-2.

[46]

Hof Amsterdam 28 december 2010, [LJN BP1970](#), *PJ* 2011/36; Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *JAR* 2009/283 (*Delta Lloyd*) en Hof Amsterdam 20 oktober 2009, *JAR* 2009/282 (*Rabo*).

[47]

Vergelijk HR 18 maart 2011, *JAR* 2011/108, m.nt. W.A. Zondag.

[48]

Zie ook over deze dynamische leer in pensioenverhoudingen A. Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *ArbeidsRecht* 2006/9.

[49]

Vergelijk Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008/67 (*Akzo*).

[50]

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

[51]

HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185 (*Stoof/Mammoet*). Wij tekenen aan dat bij pensioenwijziging geen sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk.

[52]

Pensioen- & Verzekeringskamer, *Actuariële principes pensioenfondsen*, Apeldoorn: PVK 1997. Deze nota gold voor fondsen die niet waren overgegaan tot overdracht of herverzekering van risico's die voortvloeiden uit de pensioenverplichtingen. De verantwoordelijkheid voor de uitwerking van de nota lag primair bij het pensioenfondsbestuur.

[53]

Pensioen- & Verzekeringskamer, *Actuariële principes pensioenfondsen*, Apeldoorn: PVK 1997.

[54]

Besluit van 21 november 2000 houdende regels omtrent de inhoud van de actuariële en bedrijfstechnische nota (Besluit actuariële en bedrijfstechnische nota), *Stb.* 2000, 502, p. 8.

[55]

[56]

Door een combinatie van stelselmatige indexatie en onvoldoende of onjuiste communicatie over de voorwaardelijkheid van de indexatiebepaling, kon daardoor toch sprake zijn van indexatie die onvoorwaardelijk moest worden toegekend vanwege ontstane verwachtingen.

[57]

Kamerstukken I 2006/07, 30 655, nr. C, p. 2 en 3.

[58]

Kamerstukken II 2005/06, nr. 7, p. 9.

[59]

Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 25 september 2012, *PJ* 2012/104, waarin het hof bepaalt dat (een deel van) de pensioenclausule onvoorwaardelijk is, 'aangezien er geen nadere besluitvorming noodzakelijk is voor het indexeren van de pensioenen en aanspraken tot een maximum van 3%' (zie r.o. 4.6).

[60]

Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 31 mei 2011 *PJ* 2011/122, m.nt. Breuker (*SPIN & IBM/GBC*), waarin het hof oordeelt dat de toeslagbepaling voorwaardelijk is, omdat geen toeslag behoeft te worden verleend indien en voor zover de indexatie-buffer niet toereikend is voor de financiering ervan (r.o. 3.7). In navolging van *SPIN* en *IBM* koppelt Breuker in zijn noot de voorwaardelijkheid aan de vereisten in art. 6:21 BW.

[61]

Doorgaans wordt een voorwaardelijke toeslagbepaling minder ongeclausuleerd geformuleerd, door bijvoorbeeld als randvoorwaarde te stellen dat de financiële middelen indexatie moeten toestaan of dat indexatie alleen kan worden toegekend indien een bepaalde dekingsgraad wordt gehaald. Zie o.a. Hof Amsterdam 24 juni 2011, *PJ* 2011/104 en Hof Amsterdam 31 mei 2011, *PJ* 2011/122.

[62]

Zie art. 3 lid 1 van het pensioenreglement voor deze definities.

[63]

Langemeijer wijst er in zijn noot bij het onderhavige arrest van Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012/119 (*Delta Lloyd*) op, dat het hof — anders dan de rechtbank — zich mogelijk om tactische redenen niet heeft uitgelaten over het karakter van de indexatiebepaling van voor 2000. Het zou immers grote financiële consequenties hebben voor het pensioenfonds als de indexatiebepaling als onvoorwaardelijk zou worden aangemerkt, gezien de vereiste kapitaaldekking.

[64]

Zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm ligt de gedachte ten grondslag dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld, al is in praktisch opzicht de taalkundige betekenis die deze bewoordingen normaal gesproken hebben, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijke verkeer, bij de uitleg van dat geschrift wel van groot belang. Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*), zoals o.a. bevestigd in Hof Amsterdam 5 juli 2011, *PJ* 2012/177 (r.o. 3.7); en HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

[65]

In de Pensioenwet volgt reeds uit de definitie van pensioenrecht dat onvoorwaardelijke indexatie daartoe behoort. Ook volgt uit de definitie van *pensioenaanspraak* in de Pensioenwet dat onvoorwaardelijke toeslagen daarvan een onderdeel vormen (zie art. 1 PW).

[66]

Zie ook P.M. Tulfer, 'Gerechtshof spreekt zich uit over wijziging van het recht op indexatie', *P&P* 2005/3, p. 5-9.

[67]

Zie hierover S.H. Kuiper, 'Informatie en voorlichting over pensioen', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 251-350. Zie ook de eisen die de toeslagenmatrix stelt aan de communicatie (bijlage 1 bij de Regeling Pensioenwet; *Stcrt.* 2006, 253, zoals laatstelijk aangepast *Stcrt.* 2012, 21850).

[68]

Art. 95 PW.

[69]

Vergelijk art. 58 PW.

[70]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 24, p. 49 en [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. C](#), p. 30.

[71]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 253.

[72]

E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 324. M. Heemskerk, *De (on)houdbaarheid van het Pensioenakkoord*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2011.

[73]

Dit staat nog los van de verhouding tot het wettelijk afkoopverbod (art. 65 PW).

[74]

[Kamerstukken I 2006/07, 30 413, nr. C](#), p. 11.

[75]

E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 397; P.B. van den Bos, 'Beperking van pensioenindexatie: een stroomschema', *ArbeidsRecht* 2009, p. 47.

[76]

Zie ook Rb. Amsterdam 27 juli 2009, *PJ* 2009/145 r.o. 4.12: onvoorwaardelijke indexatie maakt deel uit van de aanspraak, en verworven aanspraken kunnen niet worden gewijzigd omdat de rechtsverhouding is uitgewerkt (met verwijzing naar [Kamerstukken II 1992/93, 23 123, nr. 3](#), p. 34).

[77]

Ktr. Utrecht 3 juni 2009, *PJ* 2009/160.

[78]

Wij gaan er daarbij vanuit dat het vetorecht ex art. 83 lid 2 onderdeel c PW zoals aangekondigd in de Hooflijnennotitie ([Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 113](#)) wordt geschrapt voor invaarttrajecten.