

‘Onvoorwaardelijke’ toeslag wel degelijk te wijzigen

Hof Den Haag oordeelde op 21 januari 2020 dat een onvoorwaardelijke toeslagregeling niet is te wijzigen zonder instemming van de werknemer.¹ Zo’n wijziging zou namelijk in strijd zijn met het wettelijke wijzigingsverbod uit artikel 20 PW. Deze bijdrage gaat hierover. Ik schrijf deze bijdrage om twee redenen. Ten eerste: ik vind deze uitspraak onjuist. Ten tweede: de gevolgen van die uitspraak zijn verstrekkend. Niet alleen zal het financieel belang voor de betrokken procespartijen groot zijn, maar tegelijkertijd raakt het ook een groot aantal andere werkgevers.

Ter verduidelijking: het betreft alleen toeslagregelingen voor werknemers. Dus personen die nog in dienst zijn. Bovendien gaat het alleen om toeslagregelingen die erop neerkomen dat ieder jaar met een bepaalde index wordt verhoogd zolang de werknemer nog in dienst is. Andere toeslagregelingen vallen buiten het bestek van de hofuitspraak en dus van deze bijdrage.²

■ HET BELANG

Met deze uitspraak in de hand zou iedere toeslagregeling – inhoudende dat het opgebouwd pensioen van een werknemer ieder jaar wordt verhoogd met

Als de hofuitspraak juist is, treft dat een groot aantal werkgevers, werknemers en uitvoerders

een bepaalde index – in beginsel nooit meer te wijzigen zijn. Als dit juist is, treft dat een groot aantal werkgevers, werknemers en uitvoerders. De hofuitspraak betreft namelijk een wijziging die is overeen-

gekomen in een cao die geldt voor een gehele bedrijfstak, te weten het verzekeringsbedrijf binnendienst. Hetzelfde geldt voor de bedrijfstak verzekeringsbedrijf buitendienst. Alle werkgevers en werknemers die daaronder vallen, worden er dus door geraakt. Uit een rapport uit 2010 blijkt bovendien dat 12,2% van alle pensioenfondsen in 2008 een onvoorwaardelijke toeslagregeling voor werknemers had.³ Ook uit statistieken die DNB op haar website bijhoudt, blijkt dat onvoorwaardelijke toeslagregelingen gedurende het dienstverband geregeld voorkomen.⁴ Twee jaar na de inwerkingtreding van het wijzigingsverbod (2009) hadden 91 pensioenreglementen van fondsen een onvoorwaardelijke toeslagregeling. 118.000 werknemers vielen daaronder. In 2018 is dat aantal afgenomen tot 10 pensioenreglementen voor 10.000 werknemers (zie tabel 1). Deze wijzigingen zouden – gezien deze hofuitspraak – niet rechtsgeldig en dus aanvechtbaar zijn.

■ DE UITSPRAAK

De uitspraak van Hof Den Haag betreft een geschil tussen een werkgever (zijnde een verzekeraar) en zijn werknemer over diens pensioenregeling. Meer specifiek: over het wijzigen van zijn toeslagregeling per 2011 van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk.⁵ Die wijziging is overeengekomen in de cao voor het verzekeringsbedrijf binnendienst. Tot 1 januari 2011 luidde de toeslagbepaling in die cao als volgt: ‘De opgebouwde aanspraken van actieve deelnemers wor-



Teun Huijg
Mr. T. Huijg is pensioenrechtadvocaat bij Held Advocaten te Amsterdam

- 1 ECLI:NL:GHDHA:2020:25, rov. 16. Voor de goede orde: de procedure namens onder andere de werkgever is gevoerd door een kantoorgenoot van de auteur.
- 2 Zie over dit onderwerp eerder: R.H. Maatman en E.J. Henrichs, Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 PW, TPV 2014/30 en T. Huijg en P.G. Vestering, De-risking door aanpassing van de pensioenregeling, FR 2014/0708.
- 3 Kamerstukken II 2009/10, 30413, 142 (bijlage), p. 11.
- 4 <https://statistiek.dnb.nl/statistiek/index.aspx>.
- 5 Mogelijk moet dit zijn ‘per 2013’. De uitspraak is hierover niet duidelijk, althans openbare informatie schetst een ander beeld. Voor het onderwerp van dit artikel maakt het exacte ingangsjaar echter niet uit.

Tabel 1. Pensioenfondsen en verzekeraars met onvoorwaardelijke toeslagregeling

	pensioenfondsen		verzekeraars	
	aantal deelnemers (x 1000)	aantal reglementen	aantal deelnemers (x 1000)	aantal reglementen
2007	111	65	n.b.	n.b.
2008	69	77	n.b.	n.b.
2009	118	91	19	209
2010	107	75	29	616
2011	103	67	60	790
2012	94	53	51	712
2013	98	38	65	890
2014	29	31	48	556
2015	20	19	35	419
2016	15	13	30	363
2017	33	13	24	358
2018	10	10	18	309
2019	n.b.	n.b.	17	203

den jaarlijks aangepast aan de CAO-loonontwikkeling van de verzekeringsbedrijfstaking. Vanaf 1 januari 2011 is die vervolgens gaan luiden: 'De werkgever heeft de ambitie om jaarlijks per 1 januari de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers [...] te verhogen met een voorwaardelijke toeslag.' Van ogenschijnlijk onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk dus.

Het hof gaat mee met de werknemer dat zo'n wijziging niet kan zonder zijn instemming, omdat die in strijd zou zijn met art. 20 PW. Dit artikel bepaalt dat bij het wijzigen 'van een pensioenovereenkomst [...] de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet [mogen worden] gewijzigd'. Verwijzend naar de wetgeschiedenis en een arrest van de Hoge Raad beargumenteert het hof dat een onvoorwaardelijke toeslagregeling kwalificeert als 'pensioenaanspraak', en dus onder het wijzigingsverbod van art. 20 PW valt.⁶ De wetgeschiedenis die het hof aanhaalt is de volgende: 'Artikel [20] bepaalt dat opgebouwde pensioenaanspraken in beginsel niet gewijzigd kunnen worden. Artikel 1 bepaalt echter uitdrukkelijk dat de overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening geen onderdeel vormt van de pensioenaanspraken. Wijzigingen ten aanzien van het toeslagbeleid vallen

Het hof beargumenteert dat een onvoorwaardelijke toeslagregeling kwalificeert als 'pensioenaanspraak', en dus onder het wijzigingsverbod valt

derhalve niet onder artikel [20].⁷ A contrario redeneerend leidt het hof daaruit af dat onvoorwaardelijke toeslagregelingen, anders dan voorwaardelijke, wel onder de bescherming van art. 20 PW vallen.

■ MIJN COMMENTAAR

Als gezegd: ik vind de uitspraak onjuist. Ik vind dat toeslagregelingen – inhoudende dat pensioenen van werknemers gedurende hun dienstverband ieder jaar met een bepaalde index worden verhoogd – niet onder het wijzigingsverbod van art. 20 PW vallen. Mijn redenen zijn:

1. Het wijzigingsverbod ziet enkel op onvoorwaardelijke toeslagregelingen, en dat is dit niet.
2. De wetgeschiedenis bevestigt dat dit geen onvoorwaardelijke toeslagregeling is.
3. Er is geen goede reden waarom backservice (bij een eindloonregeling) wel mag worden gewijzigd en een vaste verhoging gedurende het dienstverband bij een middelloonregeling niet, terwijl ze hetzelfde doen.
4. De wettelijke financieringsregels en het wijzigingsverbod gebruiken voor hun werkingssfeer dezelfde woorden. Duidelijk is dat de financieringsregels niet gelden voor de toeslagregelingen waarover de hofuitspraak gaat. Dan geldt dat ook voor het wijzigingsverbod.
5. Er is geen logische reden waarom het wijzigingsverbod zou moeten gelden voor dit soort toeslagregelingen.
6. De wetgever heeft gewild dat jaarlijkse verhogingen gedurende het dienstverband mogelijk bleven na invoering van de Pensioenwet. Maar de hofuitspraak zorgt er juist voor dat dit soort toeslagregelingen de facto onmogelijk worden. Dit maakt het onaannemelijk dat de wetgever dat dan toch zou hebben bedoeld.

Hierna licht ik mijn redenen nader toe.

1. De indexatieregeling is voorwaardelijk

Een toeslagregeling waarbij gedurende het dienstverband ieder jaar wordt verhoogd, is voorwaardelijk. Dat die voorwaardelijk is – en dus niet onvoorwaardelijk – kan worden bepleit aan de hand van art. 6:21 BW.⁸ Dit artikel bepaalt wanneer een verbintenis voorwaardelijk is: 'Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.' Of in enig jaar feitelijk wordt verhoogd, is in het geval van de hofuitspraak afhankelijk van zo'n toekomstige onzekere gebeurtenis. Dit hangt namelijk af van de vraag of de werknemer wel of niet nog in dienst is van de werkgever. Het voortbestaan van het dienstverband is dus de toepasselijke voorwaarde.

Het wijzigingsverbod uit art. 20 PW is alleen van toepassing op onvoorwaardelijke toeslagregelingen. In deze zaak geldt het dus niet. Daar is immers sprake van een voorwaardelijke toeslagregeling. Toeslagregelingen inhoudende dat gedurende het dienstverband ieder jaar moet worden verhoogd, zijn volgens mij dus wel degelijk te wijzigen. Ook zonder instemming van de werknemer.

2. De wetsgeschiedenis bevestigt voorwaardelijkheid

Ik vind hiervoor ook steun in de wetsgeschiedenis. In de volgende parlementaire passage suggereert de regering volgens mij namelijk dat de toeslagregeling waarbij gedurende het dienstverband ieder jaar wordt verhoogd, feitelijk voorwaardelijk is, en dus niet onder het wijzigingsverbod valt: '[...] [er kan] ook een onvoorwaardelijke toeslag zijn toegezegd die alleen wordt gegeven zolang aan de pensioenregeling wordt deelgenomen, en die níet – althans niet onvoorwaardelijk – 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”.'⁹ Als gezegd: het wijzigingsverbod ziet louter op onvoorwaardelijkheid, terwijl dit citaat bevestigt dat in de hofuitspraak sprake is van voorwaardelijkheid.

3. Backservice mag wel eindigen; dan vaste indexatie gedurende dienstverband ook

Het is wat mij betreft ook niet logisch om het wijzigingsverbod toe te passen op de onderhavige toeslagregeling. En dat pleit ervoor dat de wetgever ook niet heeft bedoeld om dat verbod van toepassing te laten zijn. Dat het niet logisch is, blijkt goed als we het wijzigen van een eindloonregeling vergelijken met het wijzigen van toekomstige verhogingen van al opgebouwd middelloonpensioen.

Volgens mij is er geen discussie (mogelijk) dat sociale partners een eindloonregeling mogen beëindigen naar de toekomst toe. Kenmerk van een eindloonregeling is de zogenoemde backservice. Die zorgt ervoor dat bij een cao-loonsverhoging het dan al opgebouwd eindloonpensioen daar automatisch mee wordt verhoogd. Backservice is feitelijk niet anders dan het verhogen van eerder opgebouwd pensioen met de cao-loonsverhoging. Zo bezien is backservice hetzelfde als een vaste toeslagverlening gedurende het dienst-

Waar de backservice wel mag verdwijnen, zou de vaste verhoging niet mogen veranderen, dit terwijl ze allebei hetzelfde doen

verband onder een middelloonregeling. Waar de een (backservice) wel mag verdwijnen, zou de ander (de vaste verhoging) niet mogen veranderen, dit terwijl ze dus allebei hetzelfde doen. Ik vind dit een onlogisch gevolg van de hofuitspraak en daarom een bevestiging dat die niet juist is.

4. Financiering gaat uit van voorwaardelijkheid; wijzigingsverbod dan ook

Fondsen zijn verplicht om een kostendekkende premie te vragen. Dit volgt uit art. 24 PW jo art. 128 PW. Deze verplichting geldt alleen ten aanzien van ‘pen-

sioenaanspraken’, zo volgt uit art. 1 PW.¹⁰ Ziehier de gelijkenis met het toepassingsbereik van het wijzigingsverbod van art. 20 PW. Ook dat artikel ziet louter op pensioenaanspraken. Uit het volgende blijkt dat goed kan worden verdedigd dat toeslagregelingen waarbij gedurende het dienstverband moet worden verhoogd, niet onder art. 128 PW vallen. Dan kan dat dus ook goed worden verdedigd voor de (niet) toepasselijkheid van het wijzigingsverbod van art. 20 PW. Beide bepalingen hebben immers, althans tekstueel gezien, hetzelfde bereik.

Dat vaste verhogingen gedurende het dienstverband niet onder art. 128 PW vallen, baseer ik op de volgende punten:

- a. voor zover mij bekend is er geen pensioenfonds dat voor alle toekomstige verhogingen gedurende het dienstverband betaling vooraf verlangt;
- b. ook de handhavingspraktijk van DNB en de jaarverslagen van fondsen (en dus de actuarissen en accountants) wijzen daar niet op.

Uit de punten a. en b. kunnen twee conclusies worden getrokken, namelijk (1) dat DNB, de actuarissen en accountants het al jarenlang fout doen, of (2) dat de verplichting van een kostendekkende premie ex artikel 128 PW inderdaad niet van toepassing is.

- c. De wetsgeschiedenis geeft voor mij de overtuigende bevestiging dat art. 128 PW niet geldt. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Pensioenwet nadrukkelijk stilgestaan bij regelingen waarbij toeslagverlening gedurende het dienstverband zonder voorbehoud is gekoppeld aan een bepaalde index, met name in het kader van de vraag of toekomstige indexaties ineens moeten worden betaald.¹¹ Op vragen van het CDA antwoordde de regering dat, verkort weergegeven, ‘onvoorwaardelijke toeslagen die alleen betrekking hebben op deelnemers [...] niet vooraf in één keer gefinancierd [hoeven] te worden’.¹² De destijds geldende toeslagenmatrix bevestigt dit: ‘De tweede vorm, in de matrix F2 genoemd, is een toeslagverlening die onvoorwaardelijk is zolang men deelneemt aan de regeling. In dat geval is er in feite sprake van een voorwaardelijke toeslag, waarbij de voorwaarde is dat men deelneemt aan de regeling. In dat geval hoeft geen tech-

6 Zie HR 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134 (ECN/Omen).

7 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 24, p. 17.

8 Dit lijkt een plausible benadering, waarvoor ook een rechtvaardiging te vinden is in de wetsgeschiedenis van de PW. Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 17, p. 33 en 82.

9 Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 31.

10 Art. 128 PW spreekt eigenlijk alleen over ‘pensioenverplichtingen’. Maar uit de definitie daarvan in art. 1 PW blijkt dat ‘pensioenverplichtingen’ gelijk is aan ‘pensioenaanspraken’.

11 Vgl. (i) Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 31, (ii) Kamerstukken II 2006/07, 30 655, 18 (bijlage 2, p. 2) en (iii) de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, Stct. 28 februari 2007, 42, p. 43.

12 Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 31.

nische voorziening te worden getroffen voor de toekomstige toeslagen: het is immers niet zeker hoelang de deelnemer nog blijft deelnemen. Financiering in de vorm van een technische voorziening en het daarbij behorende eigen vermogen kan plaatsvinden op het moment van toekenning, zoals bij nominale aanspraken.¹³ Dus: uit de wetsgeschiedenis volgt dat bij de opbouw van het nominale pensioen niet ook al vooraf hoeft te worden betaald voor alle toekomstige vaste verhogingen daarvan gedurende het dienstverband, en dus dat art. 128 PW niet geldt.

Omdat de werkingssfeer van zowel art. 128 PW (kostendeekkende premie) als art. 20 PW (wijzigingsverbod) als gevolg van hetzelfde woordgebruik ('pensioenaanspraken') gelijk is aan elkaar, vind ik ook dat ze gelijk moeten worden uitgelegd. Daar waar het duidelijk is dat toeslagregelingen als de onderhavige niet vallen onder art. 128 PW, dient dat dan ook te gelden voor het wijzigingsverbod van art. 20 PW.

5. Er is geen logische reden waarom het wijzigingsverbod van toepassing is

In het verlengde hiervan zie ik ook niet in wat de logische reden zou zijn om het wijzigingsverbod toe te passen op dit soort toeslagregelingen. De legitimiteit van het wijzigingsverbod ligt erin dat voor opgebouwd pensioen al is betaald door sociale partners (werkgever en werknemer). Populair gezegd: van dat

Ik zie ook niet in wat de logische reden zou zijn om het wijzigingsverbod toe te passen op dit soort toeslagregelingen

geld – wat door betaling een pensioenbestemming heeft gekregen – moeten sociale partners en uitvoerders afblijven. Dit is overigens niet alleen de rechtvaardiging van het wijzigingsverbod, maar is ook terug te vinden in veel meer artikelen uit de Pensioenwet. Denk aan:

- de verplichting om de pensioenregeling extern onder te brengen (art. 23 PW). De wetgever heeft daarmee mede willen waarborgen dat de werkgever pensioengelden niet voor een ander doel dan pensioen gebruikt;¹⁴
- het afkoopverbod ex art. 65 PW. De wetgever schrijft hierover: 'De hier voorgestelde definitie van het begrip afkoop geeft in essentie weer waar het bij het verbod van afkoop van pensioen om gaat. De pensioenbestemming moet behouden blijven';¹⁵
- het alleen onder strikte voorwaarden mogen verlenen van een premiekorting of het doen van een terugstorting ex art. 129 PW. Zo wordt voorkomen dat geld dat eenmaal van de werkgever naar het

fonds is gegaan, niet meer terug kan vloeien wanneer pensioenaanspraken niet gewaarborgd zijn;¹⁶

- het verplicht vaststellen van de overdrachtswaarde op basis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid ex art. 83 PW. Die gelijkwaardigheid zorgt er volgens de wetgever voor dat op het niveau van de pensioenuitvoerder geen geld achterblijft;¹⁷
- de bepaling dat vorderingen tot het doen van pensioenuitkeringen niet verjaren gedurende het in leven zijn van de pensioengerechtigde (art. 59 PW). De achterliggende gedachte van de wetgever is dat een pensioengerechtigde jarenlang voor zijn pensioen heeft betaald. Het daarmee verworven pensioen komt hem toe. Daarbij zou volgens de wetgever niet passen om de pensioengerechtigde het recht op dat pensioen na een bepaalde tijd te ontzeggen.¹⁸

Het punt van de onderhavige toeslagregelingen is, zoals we net hebben gezien, nu juist dat daarvoor helemaal nog niet is betaald, en ook nog niet hoeft te worden betaald. Er is dus nog geen geld dat al extern is ondergebracht en er zijn nog geen pensioengelden die moeten worden beschermd, dan wel hun pensioenbestemming zouden kunnen verliezen. Zo bezien is er dan ook geen logische reden om het wijzigingsverbod toe te passen op regelingen waar de hofuitspraak over gaat.

Ik kan het ook anders zeggen. Waarom zou dit soort toekomstige verhogingen (gedurende het dienstverband) wel moeten worden beschermd door het wijzigingsverbod en (andersoortige) toekomstige voorwaardelijke verhogingen of toekomstige nominale opbouw niet? Kort en goed: voor zo'n onderscheid is wat mij betreft geen logische verklaring. Beide verdienen dezelfde bescherming – of, afhankelijk van hoe je het benadert: gebrek aan bescherming.

6. Bedoeld is dat onvoorwaardelijke toeslagregelingen de facto mogelijk blijven

Mijn idee dat het wijzigingsverbod niet van toepassing is, wordt ook versterkt door het volgende vraag-en-antwoord tussen de CDA-fractie en de regering bij de totstandkoming van de Pensioenwet. De CDA-fractie vreesde dat een jaarlijkse verhoging gedurende het deelnemerschap de facto onmogelijk wordt gemaakt als alle toekomstige verhogingen ineens en vooraf moeten worden betaald door de werkgever. De regering antwoordde daarop geruststellend dat dat niet het geval is doordat 'onvoorwaardelijke toeslagen die alleen betrekking hebben op deelnemers [...] niet vooraf in één keer gefinancierd [hoeven] te worden'.¹⁹ Echter: zou de hofuitspraak juist zijn – dus dat het wijzigingsverbod wel degelijk geldt op dit soort toeslagregelingen vanaf 2007 – dan zou dat betekenen dat zulke toeslagregelingen de facto wel onmogelijk worden. Want welke werkgever committeert zich nu aan zo'n afspraak als hij zich daarmee committeert aan een nooit meer te wijzigen positie ten opzichte van al het opgebouwd pensioen? Het komt mij voor dat geen werkgever dat zal doen. Uit het aangehaalde vraag-en-antwoord blijkt dat echter niet het gewenste gevolg te zijn, en dus zie ik daarin ook een

Het punt van deze toeslageregelingen is nu juist dat daarvoor helemaal nog niet is betaald, en ook nog niet hoeft te worden betaald

bevestiging dat het wijzigingsverbod niet geldt voor toeslagen die ieder jaar worden toegekend gedurende het deelnemerschap.

■ TEN SLOTTE

De hofuitspraak bevat overigens nog veel meer eigenaardigheden. Ik heb mij bewust willen beperken tot één aspect daarvan. Toch wil ik hier nog één ander punt kwijt. Volgens het hof heeft art. 20 PW tot gevolg dat een onvoorwaardelijke toeslag niet kan worden gewijzigd zonder instemming van de werknemer.

Vooraf dat laatste – ‘zonder instemming van de werknemer’ – fascineert mij ook. Vooropgesteld: of de werknemer nu wel of niet instemt met de wijziging maakt voor de toepasselijkheid van het wijzigingsverbod niet uit. Het wijzigingsverbod geldt, ongeacht of de werknemer wel of niet instemt met een wijziging. Maar los daarvan: als zijn instemming toch van belang zou zijn, zou de hofuitspraak ook fout zijn omdat naar mijn mening de werknemer juridisch heeft ingestemd met de wijziging, namelijk via de cao van zijn vakbond. ●

13 Vgl. de toelichting op de Beleidsregel toeslagenmatrix, Stct. 28 februari 2007, 42, p. 43-10.

14 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3, p. 44.

15 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3, p. 221.

16 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3, p. 226.

17 Kamerstukken II 2005/06, 304 13, 3, p. 96 en 232.

18 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 59.

19 Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 31.