

Sociale partners kunnen wijzigingsbevoegdheid pensioen hebben overgedragen aan fondsbestuur

Reactie op: Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd (TPV 2020/40)

TPV 2020/42

1. Soms bepalen sociale partners niet langer de inhoud van de pensioenovereenkomst

Slechts sociale partners gaan volgens Van Marwijk Kooy over wijziging van de pensioenregeling.² Dat is door hem gewenst recht maar geen geldend recht. Anders dan hij stelt, heb ik in mijn boek *Pensioenrecht* niet geschreven dat het bedrijfstakpensioenfondsbestuur altijd wijzigingsbevoegd is. Het pensioenfondsbestuur kan gemandateerd zijn om pensioenreglementen te wijzigen en daarmee indirect de inhoud van de pensioenovereenkomst bepalen. Die bevoegdheid moet dan wel blijken uit de statuten en reglementen. Wet en rechtspraak³ staan die wijzigingsconstructie toe.

2. De bedrijfstakpensioenfondsroute: geen automatisme maar wel mogelijk

Volgens Van Marwijk Kooy hebben sociale partners altijd de wijzigingsbevoegdheid over de arbeidsvoorwaarde pensioen. In zijn stuk noemt hij het een mythe dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen de pensioenregeling zouden kunnen wijzigen. Daarmee miskent van Marwijk Kooy naast de wettelijke systematiek en de Hoge Raad het essentiële woord 'kunnen'. Uitgangspunt is dat sociale partners bevoegd zijn. Daarover zijn wij het eens. Die wijzigingsbevoegdheid kan echter door sociale partners zijn overgedragen aan het pensioenfondsbestuur. Procesafspraken moeten in het uitvoeringsreglement staan (art. 23 PW).

2.1 Overdracht van bevoegdheden aan bedrijfstakpensioenfondsen

Van Marwijk Kooy stelt ten onrechte dat de automatische wijzigingsbevoegdheid voor het pensioenfondsbestuur in mijn boek *Pensioenrecht* zou staan. Hij verwijst in zijn stuk wel naar mijn hoofdstuk 5 (Wijziging) maar heeft hoofdstuk 7 (Verplichtstelling) er blijkbaar niet op nageslagen. Daarin staat namelijk het bevoegdheidsprobleem tussen sociale partners en pensioenfondsbestuur en de

mogelijke overdracht van wijzigingsbevoegdheden verwoord.⁴ Oordeel zelf. Ter illustratie verwijs ik naar p. 315:

"Hebben sociale partners de bevoegdheid om de inhoud van de arbeidsvoorwaarde te bepalen bij de totstandkoming van de verplichtstelling overgedragen aan het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds? De verplichtstelling komt tot stand op verzoek van sociale partners. Na die verplichtstelling is de contractsvrijheid van werkgevers- en werknemersorganisaties aanzienlijk beperkt. Dat volgt uit het stelsel van de verplichtstelling en de wet, aldus de Hoge Raad.⁵"

Op p. 316 en 317 staat het als volgt:

"Contractsvrijheid verdwijnt nadat de verplichtstelling verschijnt. Hoeveel contractsvrijheid er is verdwenen, moet worden bepaald aan de hand van de inhoud van de statuten en reglementen van het pensioenfonds. (...) Het uitvoeringsreglement moet de procedures bepalen die gelden voor wijziging van het pensioenreglement in verband met wijziging van de pensioenovereenkomst.⁶"

Werkgevers en deelnemers moeten de statuten, reglementen en daarop gebaseerde besluiten van het bedrijfstakpensioenfonds naleven (art. 4 Wet Bpf 2000). Indien de statuten en reglementen bepalen dat het fondsbestuur de inhoud van het reglement bepaalt, dan kan daarmee de bevoegdheid zijn overgedragen. Sociale partners vragen de verplichtstelling aan en daarna is de contractsvrijheid ingeperkt. Dat heeft de Hoge Raad bepaald, of Van Marwijk Kooy het nu leuk vindt of niet.⁷ De bevoegdheidsverdeling moet in het uitvoeringsreglement staan. Dat is eenzijdig vastgesteld door het fondsbestuur. Dat samenstel onderstreept dat binnen het wettelijk kader de feitelijk gemaakte afspraken en reglementen bepalen wie bevoegd is: sociale partners of pensioenfondsbestuur. Sociale partners hebben als paardenmiddel de bevoegdheid om de verplichtstelling in te trekken (art. 11 Wet Bpf 2000). Hoe de bevoegdheidsverdeling uitpakt in een concreet geval is dus afhankelijk van statuten en reglemen-

ten waarin procesafspraken over wijziging moeten staan. Bij ABP was de bevoegdheid van pensioenfondsbestuur of sociale partners inzet van een procedure over wijziging van eindloon naar middelloon bij militairen en zijn die afspraken vastgelegd.⁸ Ik vrees dat van Marwijk Kooy niet secuur genoeg gelezen heeft. Hij verwijst Lutjens, Tangelder en mij juridische mythes, ondeugdelijkheden, onvolledigheden, misverstanden en onjuistheden. Misschien had hij zelf misverstanden kunnen voorkomen door een juistere weergave van standpunten?

3. De pensioenfondsroute bestaat

Van Marwijk Kooy is een ontkenner van de pensioenfondsroute.⁹ Samengevat is dat een wijziging van de pensioenovereenkomst doordat het pensioenfondsbestuur de bevoegdheid heeft verkregen om het pensioenreglement te wijzigen en daarmee de pensioenovereenkomst. Door incorporatie van het pensioenreglement en de wijzigingsbevoegdheid van het fondsbestuur in de arbeidsovereenkomst zijn werkgever en werknemer gebonden aan de beslissing van een derde: het pensioenfondsbestuur. Van Marwijk schrijft dat die route niet bestaat, althans niet zou moeten bestaan. Daarmee miskent hij dat er meerdere uitspraken zijn die uitgaan van de pensioenfondsroute.¹⁰ Zijn kritiek op die route is niet nieuw maar vereist wijziging van de wettelijke systematiek.

4. Naar oplossingen voor bevoegdheidsproblemen

Sociale partners zijn naar huidig recht niet altijd bevoegd om de arbeidsvoorwaarde pensioen te wijzigen. Sociale partners *kunnen* die wijzigingsbevoegdheid hebben overgedragen aan het fondsbestuur. In 2026 moeten alle pensioenregelingen zijn aangepast: wettelijk transitieplan, communicatieplan en implementatieplan plus invaarbepalingen waarin sociale partners en pensioenfondsbestuur samen besluiten moeten nemen. Bevoegdheidsproblemen moeten worden opgelost. Gelet op de soms onheldere scheiding van bevoegdheden in de praktijk voorzie ik geschillen evenals meer bijdragen in TPV. Intussen koester ik dat Van Marwijk Kooy mijn opvattingen blijkbaar ziet als pensioen-juridische mythen.

¹ Prof. mr. drs. Mark Heemskerk, hoogleraar Pensioenrecht Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat-partner bij heldlaw en raadsheer-plaatsvervanger Hof 's-Hertogenbosch.

² A.G. van Marwijk Kooy, 'Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd', TPV 2020/40.

³ HR 2 maart 2008, NJ 2018/317; Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229 (MSD); Rb. Oost-Brabant 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438 (Mebin).

⁴ De titels van de paragraaf spreken voor zich: 7.7.2.1 Wie is bevoegd de inhoud van de arbeidsvoorwaarde te bepalen na verplichtstelling? 7.7.2.2 Overdracht bevoegdheid aan pensioenfondsbestuur na verplichtstelling? 7.7.2.3 Sociale partners bevoegd maken na verplichtstelling?

⁵ HR 2 maart 2008, NJ 2018/317.

⁶ Artikel 23 lid 2 jo. 25 lid 1 onder e PW.

⁷ Saillant detail is dat Van Marwijk Kooy in een eerder stadium van die procedure als advocaat BOVAG heeft bijgestaan. Hij bepleitte toen al dat sociale partners in plaats van het fondsbestuur bevoegd waren, zie ECLI:NL:RBDHA:2014:15029.

⁸ Rb. Amsterdam 21 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9311 (ABP/militairen). Volledigheidshalve merk ik op dat ik in die zaak als advocaat ben opgetreden namens de militaire vakbonden.

⁹ M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, p. 245-246.

¹⁰ Zie naast het aangehaalde Delta Lloyd-arrest ook Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229 (MSD); Rb. Oost-Brabant 13 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438 (Mebin).