

Nogmaals de kwestie van de onvoorwaardelijke toeslag

Teun Huijg, datum 19-06-2020

Datum

19-06-2020

Auteur

Teun Huijg [\[2\]](#)

JCDI

JCDI:ADS204229:1

Vakgebied(en)

Pensioenen (V)

In PM van maart 2020 heb ik betoogd dat de uitspraak van Hof Den Haag van 21 januari 2020 (ECLI:NL:GHDHA:2020:25) onjuist is. Het hof oordeelt daarin dat bepaalde toeslagregelingen niet te wijzigen zijn. Het betreft regelingen waarbij het opgebouwde pensioen van een werknemer ieder jaar wordt verhoogd met een bepaalde index. Dát wijzigen, bijvoorbeeld in een verhoging afhankelijk van de financiële situatie van het fonds of de beschikbare verzekeringsmiddelen, zou in strijd zijn met het wijzigingsverbod ex art. 20 PW, althans voor zover het ziet op toekomstige verhogingen van pensioen dat tot dan al is opgebouwd. In PM van mei 2020 stelt Lutjens het geheel oneens te zijn met mijn betoog, waarop mij bij deze een nawoord wordt gegund. De redactie heeft laten weten er hiermee wat haar betreft een punt achter te zetten. [\[1\]](#)



Korte schets van mijn eerdere betoog

In maart schreef ik dat het wijzigingsverbod niet geldt omdat het louter ziet op onvoorwaardelijke toeslagregelingen, terwijl de regeling waar het hof zich over boog juist *niet* onvoorwaardelijk is. Feitelijke verhoging is daar immers afhankelijk van een onzekere gebeurtenis, namelijk of de werknemer nog in dienst is. Ter onderbouwing verwees ik daarbij ook naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Pensioenwet. Ook hechtte ik er belang aan dat er geen logica – lees: rechtvaardiging – is om toekomstige verhogingen van reeds opgebouwd pensioen in zo'n vergaande mate te beschermen. De volgende vragen raken wat dat betreft de kern:

- Waarom mag het backservice-element uit een eindloonregeling wel worden verwijderd door de regeling om te zetten in een middelloonregeling, maar toekomstige verhogingen van opgebouwd pensioen niet? Dit, terwijl de backservice en de vaste verhogingen gedurende het dienstverband hetzelfde doen.
- Waarom mag een jaarlijkse, vaste salarisverhoging wel worden gewijzigd, maar toekomstige vaste verhogingen van opgebouwd pensioen niet?
- Ik kan nog verder gaan: waarom bestaat er geen regel die verlagen van het loon verbiedt, terwijl er wel een regel zou bestaan die het verbiedt toekomstige pensioenverhogingen te wijzigen?

Mijn antwoorden laten zich raden: daar is geen verklaring voor. De reden van het wettelijk wijzigingsverbod is, net zoals zoveel andere artikelen uit de Pensioenwet, ervoor te zorgen dat al betaald pensioengeld zijn pensioenbestemming behoudt. In dat geval is het logisch dat het wijzigingsverbod geldt; blijf af van al betaald pensioengeld, zo is de idee. Maar uit de wetsgeschiedenis blijkt juist dat voor de onderhavige toeslagregeling helemaal niet vooraf hoeft te worden betaald. Er is in dit geval dan ook geen reden om het wijzigingsverbod te laten gelden. Net zoals er bij backservice of (verhogingen of verlagingen van) salaris ook geen reden is om die onder een wijzigingsverbod te laten vallen.

Mijn reactie op Lutjens

Vier aspecten

Ik bespreek eerst vier losstaande aspecten uit het betoog van Lutjens:

1. Lutjens bespreekt drie uitspraken (Schneider, CDA en IBM). Ik begrijp niet waarom hij dat doet. Die gaan over de positie van *gepensioneerden* ten opzichte van het wijzigingsverbod, terwijl mijn punt juist is dat het hier gaat over *actieven*. Met een vergelijking is op zichzelf niets mis, maar dan moet je wel uitleggen waarom die vergelijking gerechtvaardigd is. En dat doet Lutjens niet.
2. Lutjens grijpt naar een autoriteitsargument door te wijzen op wat SZW recentelijk heeft geantwoord naar aanleiding van de gewraakte hofuitspraak. Laat mij daar dan andere autoriteiten tegenover stellen. De Hoge Raad zegt over zo'n SZW-antwoord dertien jaar na inwerkingtreding van de Pensioenwet het volgende: 'Over de vraag of art. 7:2 ook de verkoper beschermt zijn, nadat deze bepaling kracht van wet had verkregen, in de Tweede Kamer nog aanvullende vragen gesteld. Aan de beantwoording daarvan door de minister komt voor de uitleg van deze bepaling echter geen bijzondere betekenis toe aangezien deze uitlating van de minister geen onderdeel heeft uitgemaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de wet.'^[4] Zie in gelijke zin: 'Want ook indien de staatssecretaris die mening wel zou zijn toegedaan, acht de raad zich niet gebonden aan die uitleg, die is gegeven na de totstandkoming van de onderhavige wettelijke bepaling en dan ook niet als de bedoeling van de wetgever valt aan te merken.'^[4] U snapt wel waar ik naartoe wil.
3. Lutjens zet diverse van mijn argumenten die uitgaan van wat logisch is weg als 'niet het meest overtuigende argument'. Zover ik weet zit er geen hiërarchie in de methodes van wetsuitleg, en is de logische wetsuitleg een van de uitlegmethodes naast die van de historische, de grammaticale, de systematische, etc.^[5]
4. Lutjens legt mij woorden in de mond – de drogreden van het vertekenen van een standpunt – als ware het mijn visie dat onvoorwaardelijkheid ten aanzien van al opgebouwd pensioen alleen tot het wijzigingsmoment onder het wijzigingsverbod valt. Natuurlijk is dit niet zo. Ik heb dat ook niet gezegd. Wat ik zeg, is dat de ogenschijnlijke onvoorwaardelijkheid gedurende de opbouwfase geen onvoorwaardelijkheid is en dat die daarom niet – lees: nooit – onder het wijzigingsverbod valt.

Het punt waar het echt om gaat

Kijken we naar het punt waar het echt om gaat – valt een vaste verhoging gedurende het deelnemerschap onder het wijzigingsverbod – dan laat *close reading* zien dat Lutjens, ondanks de hoeveelheid gebruikte woorden, nogal zuinig is in zijn onderbouwing. Eigenlijk gaat hij al direct bij aanvang van zijn reactie in de fout door het volgende te zeggen: 'Het onvoorwaardelijk zijn van de toeslag beschouw ik in dit artikel als gegeven.' Daarmee negeert hij mijn primaire en belangrijkste punt, namelijk dat dit soort regelingen juist niet onvoorwaardelijk is (wat ook in de wetsgeschiedenis wordt bevestigd). De toekomstige onzekere gebeurtenis, ex art. 6:21 BW, is immers juist het wel of niet in dienst zijn. Ik begrijp dan ook niet dat Lutjens vervolgens de onvoorwaardelijkheid als een vaststaand gegeven beschouwt. Of moet ik eigenlijk vaststellen dat wij het gewoon met elkaar eens zijn dat dit soort regelingen niet onder het wijzigingsverbod valt?

Geen financiering vooraf vereist

Ik heb betoogd dat de werkgever voor vaste verhogingen gedurende het dienstverband niet vooraf en ineens moet betalen en het fonds daar ook geen voorziening voor hoeft aan te houden. Dit baseer ik op de wetsgeschiedenis. Dit punt is één argument waarom het naar mijn mening geen logische wetsuitleg is om vaste verhogingen gedurende het dienstverband onder het wettelijk wijzigingsverbod te laten vallen. In zijn reactie daarop verdraait Lutjens de wetsgeschiedenis. Anders dan hij zegt blijkt daaruit helemaal niet, en al helemaal niet 'heel duidelijk', dat vaste verhogingen gedurende het dienstverband ineens moeten worden betaald en direct een voorziening moet worden aangehouden. Juist niet. Daar waar de regering inderdaad eerst in de Tweede Kamer zegt dat vaste verhogingen gedurende het dienstverband vooraf (en dus ineens) moeten worden gefinancierd,^[6] corrigeert ze zichzelf nadien in de Eerste Kamer juist nadrukkelijk door het tegenovergestelde te zeggen:

'Het is niet zo dat een onvoorwaardelijke toeslagverlening in geval van middelloonregelingen altijd per definitie als een onmiddellijk te financieren toeslagverlening moet worden gezien.

[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». [...]

[Deze] vorm van onvoorwaardelijke toeslagverlening hoeft dan ook niet vóóraf te worden gefinancierd. Financiering in de vorm van een technische voorziening en het daarbij behorende eigen vermogen kan plaatsvinden op het moment van toekenning van nieuwe aanspraken in een middelloonregeling.'^[7]

Ik vraag mij af waarom Lutjens deze latere correctie niet erkent, en daaruit niet de conclusie trekt dat dus inderdaad niet vooraf en ineens hoeft te worden gefinancierd. De conclusie die hij wel trekt, is dat daaruit slechts zou volgen dat voor de verhogingen na het einde van het dienstverband niet vooraf hoeft te worden betaald. Maar voor de verhogingen gedurende het dienstverband dus wel. Ik lees in dit citaat toch echt dat voor de vaste verhoging gedurende het dienstverband niet vooraf hoeft te worden betaald. Ik laat het oordeel aan de lezer. Hoe diametraal wij dit citaat ook uitleggen, in ieder geval zie ik niet hoe Lutjens mijn visie kan wegzetten als zijnde 'in ieder geval niet in overeenstemming [...] met de gedachte van de wetsgeschiedenis' en 'volledig in tegenspraak [...] met de wel heel duidelijke andere bedoeling van de wetgever'. Bij dit alles komt nog het volgende. Lutjens staat nogal lang stil bij de wetsgeschiedenis ter zake van het financieren van toeslagen. Hij laat echter na duidelijk te maken welk citaat exact zijn standpunt dan zou ondersteunen. Dit terwijl hij in zijn betoog op minimaal drie, naar mijn mening cruciale plaatsen louter naar die wetsgeschiedenis terugverwijst ter weerlegging van mijn betoog. En let wel: volgens Lutjens 'gaat de hele wetsgeschiedenis [...] ervan uit dat de uitspraak van het hof in overeenstemming is met de Pensioenwet'. Als dat zo is, verwacht ik toch wat meer inhoudelijke body in zijn betoog.

De vergelijking met het (beëindigen van) backservice

Ik heb in mijn betoog dus ook de vergelijking gemaakt tussen het beëindigen van een vaste toeslag gedurende het dienstverband en het beëindigen van de backservice (de facto het wijzigen van eindloon naar middelloon). Lutjens zegt daarover dat 'backservice iets heel anders is'. Natuurlijk is het iets anders. Ik zeg ook niet dat het hetzelfde is. Ik zeg dat ze hetzelfde doen bij een salarisverhoging, bij verder gelijkblijvende omstandigheden en een vaste toeslag gelijk aan de salarisverhoging. Zo bezien, doen ze hetzelfde.

Lutjens hanteert in dit geval ook een mooie cirkelredenering: 'Backservice in een eindloonregeling ontstaat bij toekomstige grondslagverhogingen en is voordien nog geen onderdeel van de opgebouwde pensioenaanspraak; onvoorwaardelijke toeslagverlening daarentegen ziet op pensioenaanspraken die reeds zijn opgebouwd.' De vraag is hier juist of bij vaste verhogingen gedurende het dienstverband sprake is van een al opgebouwde pensioenaanspraak.

Ten slotte

Ik schreef al dat de uitspraak van Hof Den Haag van belang is voor een gehele bedrijfstak, namelijk die van de verzekeraars, maar ook voor diverse andere werkgevers en uitvoerders die in het verleden vaste toeslagen gedurende het dienstverband hebben gewijzigd. Inmiddels is mij ook duidelijk geworden dat zowel DNB als AFM (en hun pensioenfondsen) in 2015 zo'n vaste indexatie gedurende het dienstverband heeft gewijzigd. Zouden beide toezichhouders ook hebben zitten slapen?

Voetnoten

[1]

De eerdere artikelen over dit onderwerp zijn: T. Huijg, 'Onvoorwaardelijke' toeslag wel degelijk te wijzigen, PM nr. 3, maart 2020, en E. Lutjens, Een onvoorwaardelijke toeslag kan niet worden gewijzigd!, PM nr. 5, mei 2020.

[2]

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

[3]

HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.6.3.

[4]

CRvB, AB 1994/440.

[5]

Zie M.W.C. Feteris, Kwaliteit van wetgevingen, het decoderen van dubbele boodschappen, [WFR 2010/570](#).

[6]

[Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 24](#), p. 53.

[7]

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