

# Wijzigen via de Pensioenfondsrouten: mythe of mogelijk?

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

### TPV 2020/52

Dat de pensioenfondsrouten aanleiding kan geven tot een pittige pennenstrijd blijkt uit het oktobernummer van TPV. Maar liefst vier auteurs (Van Marwijk Kooy, Heemskerk, Lutjens en Tangelder) schrijven erover,<sup>2</sup> waarbij eerstgenoemde de aanzet geeft voor de reacties van de drie laatstgenoemden. Graag reageer ik daar ook nog op omdat ik een, in mijn ogen relevante nuance en invalshoek mis in deze artikelen. Ik sprak daarover tijdens het (virtuele) Jubileumcongres van de Vereniging voor Pensioenjuristen, op 29 oktober 2020.

#### 1. Drie routes

Het is van belang om helderheid te hebben over de definitie van de “pensioenfondsrouten”.

Ligt het startpunt bij de sociale partners<sup>3</sup> die de arbeidsvoorwaarde pensioen wijzigen, dan wijzigen zij de pensioenovereenkomst. Vervolgens wijzigt het pensioenfonds het pensioenreglement, dat in overeenstemming moet zijn met die pensioenovereenkomst (artikel 35 PW). Dit noem ik de “standaardroute”.

“De pensioenfondsrouten is een benaming voor het wijzigen van de pensioenregeling door een pensioenfonds”, schrijft Van Haaren in het artikel “Navigeren door de pensioenfondsrouten”.<sup>4</sup> Door het gebruik van het woord “pensioenregeling” wordt echter niet helemaal duidelijk of hier het pensioenreglement of de pensioenovereenkomst wordt bedoeld. Logischerwijs moet dit het pensioenreglement zijn; het wijzigen van het pensioenreglement is immers een bevoegdheid van het bestuur van een pensioenfonds.<sup>5</sup>

We spreken pas van een pensioenfondsrouten als door het wijzigen van het pensioenreglement, direct ook de pensioenovereenkomst wordt gewijzigd. Het pensioenreglement maakt dan via een incorporatiebeding onderdeel uit van de (collectieve) arbeidsovereenkomst en door een wijziging van het pensioenreglement, wordt de pensioenover-

eenkomst als het ware automatisch ook gewijzigd. Het startpunt van de wijziging lijkt zo op het eerste gezicht te liggen bij het pensioenfondsbestuur, in plaats van – zoals bij de standaardroute – bij de sociale partners. “Lijkt te liggen”, omdat voorwaarde voor deze constructie wel is dat sociale partners als eerste stap het pensioenreglement in de arbeidsovereenkomst moeten incorporeren. Het echte startpunt ligt ook hier bij sociale partners. In de literatuur<sup>6</sup> wordt dit veelal de “pensioenfondsrouten” genoemd.

Ten slotte is er nog een derde route, te weten de route waarbij het pensioenfonds zelfstandig, zonder enige vorm van mandaat of opdracht het pensioenreglement wijzigt en daarmee direct ook de arbeidsvoorwaarde en de pensioenovereenkomst. Daar kom ik op terug.

#### 2. Bestaat de pensioenfondsrouten?

De pensioenfondsrouten zoals ik hem hierboven beschreef, bestaat en dat is in de rechtspraak ook erkend.<sup>7</sup> Dan bedoel ik de constructie waarbij door de wijziging van het pensioenreglement, ook de pensioenovereenkomst wijzigt. En dat is het geval als in de (collectieve) arbeidsovereenkomst niet veel meer is opgenomen dan een verwijzing naar het pensioenreglement zoals dat geldt.

Artikel 1 PW bepaalt wat onder een pensioenovereenkomst wordt verstaan: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen. Als in de arbeidsovereenkomst slechts een verwijzing staat naar het pensioenreglement, dan is dat hetgeen is overeengekomen betreffende pensioen. In zoverre ligt het startpunt niet bij het pensioenfondsbestuur, maar bij de sociale partners die dit zo in de cao hebben opgeschreven. Een dergelijke gang van zaken is wat mij betreft volkomen legaal en niet strijdig met de letter, noch met de geest van de Pensioenwet. Willen werkgever en werknemer meer inhoud geven aan de pensioenovereenkomst, dan staat niets hen in de weg om dat te doen. Doen zij dat, dan wordt de bevoegdheid van het pensioenfonds navenant ingeperkt. Dat zijn de regels, zo is het spel en zo moet het gespeeld worden.

1 Mr. H.P. Breuker is hoofd Pensioenadvies bij TKP te Groningen.

2 Mr. A.G. van Marwijk Kooy, Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd, TPV 2020/40; Reactie prof. dr. E. Lutjens, TPV 2020/41; Reactie prof. mr. drs. M. Heemskerk, TPV 2020/42 en Reactie mr. J.R.C. Tangelder, TPV 2020/43.

3 In de meest ruime zin. Werkgever of werkgeversorganisaties enerzijds en werknemer, OR of vakbonden anderzijds.

4 Mr. K.A. van Haaren, Navigeren door de pensioenfondsrouten, TPV 2019/46.

5 Artikel 35 PW.

6 Asser/Lutjens 7-XI 2019/568. De wet kent het begrip niet.

7 Het meest expliciet in Hof 's-Hertogenbosch, 15 juli 2015, PJ 2016/18: “De inhoud van de pensioenovereenkomsten tussen [appellanten] en MSD wordt bepaald door hetgeen daarover in artikel 14 van de cao is bepaald, hetgeen zeer summier is. Dat betekent dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door hetgeen in de statuten, de pensioenreglementen en het huishoudelijk reglement van SPPF is vastgelegd. Dat betekent ook dat wanneer die reglementen wijzigen de inhoud van de pensioenovereenkomsten wijzigt.”

### 3. Het Delta Lloyd-arrest

Van Haaren schrijft dat veelal naar het arrest van Hof Amsterdam uit 2012, het Delta Lloyd-arrest, wordt verwezen om de geldigheid van de pensioenfondsroutte te benadrukken. Dat klopt, maar ten onrechte denk ik. In het Delta Lloyd-arrest is de pensioenfondsroutte namelijk niet bewandeld. Het pensioenfondsbestuur wijzigde het pensioenreglement omdat de cao-partijen een wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen (wijziging van een onvoorwaardelijke in een voorwaardelijke toeslag) waren overeengekomen. Geheel volgens de standaardroute en overeenkomstig – hoewel de casus zich afspeelde onder de werking van de PSW – artikel 35 PW.<sup>8</sup>

Maar dat is niet het hele verhaal. De wijziging werd ook doorgevoerd voor de inactieven, de gepensioneerden, of in ruimere zin, de pensioengerechtigden. De vraag is nu op welke manier de gepensioneerden gebonden werden aan het besluit om de toeslagregeling te wijzigen. Mijn stelling is dat dat is gebeurd aan de hand van de derde, hierboven beschreven route. De route dus waarbij het pensioenfonds zelfstandig, zonder enige vorm van mandaat of opdracht, het pensioenreglement wijzigt en daarmee direct ook de pensioenovereenkomst. Vraag is dan natuurlijk of die route wel mogelijk is.

Het Hof oordeelde in dit arrest voor het eerst dat de pensioenovereenkomst doorloopt, ook al is de arbeidsovereenkomst geëindigd. Als het pensioen is ingegaan op de pensioendatum, dan betekent dit niet dat er sprake is van een “uitgewerkte rechtsverhouding”. Die rechtsverhouding loopt door en kan dus gewijzigd worden.

Dat betekent nadrukkelijk niet dat iedere wijziging van de pensioenovereenkomst ook automatisch geldt voor gepensioneerden.<sup>9</sup> Het betekent slechts dat er een mogelijkheid is om te wijzigen; er is geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding die niet meer vatbaar is voor wijziging. Vervolgens is dan de vraag hoe de wijziging voor gepensioneerden tot stand kan komen, dus welke procedure daarvoor gevolgd moet worden. Kan dat bijvoorbeeld door een wijziging in de cao?

### 4. Werkt de wijziging van de cao ook door voor inactieven?

Over de vraag of een wijziging in arbeidsvoorwaarden die tot stand komt in het overleg tussen cao-partijen ook geldt voor gepensioneerden en of zij daaraan gebonden zijn, is de literatuur verdeeld.<sup>10</sup> Ook de rechtspraak daarover is niet eenduidig. De argumenten die leiden tot de conclusie dat gepensioneerden niet gebonden zijn, zijn gelegen in de letterlijke tekst van de Wet CAO. Die spreekt over een “overeenkomst waarin voornamelijk of uitsluitend worden

geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen” en nadrukkelijk over “werknemers”.

Er zijn diverse uitspraken waarin geoordeeld is dat gepensioneerden niet gebonden zijn aan een cao-wijziging. Een daarvan is het arrest van Hof Amsterdam van 26 maart 2013, waarin het ging om de vraag of een wijziging in de ziektekostenregeling die bij cao tot stand is gekomen, ook doorwerkte. Het Hof oordeelde dat dat niet het geval was.

“Het hof is van oordeel dat een ziektekostenregeling een onderwerp beslaat dat betrekking heeft op (een regeling omtrent) arbeidsvoorwaarden, zoals vermeld in artikel 1 lid 1 WCAO. Aan het slot van artikel 1 lid 1 WCAO is bepaald dat een dergelijk bij een CAO te regelen onderwerp op het gebied van arbeidsvoorwaarden *bij arbeidsovereenkomsten in acht moet worden genomen* (cursering door het hof) en dat op grond van artikel 9 lid 1 WCAO voor een eventuele gebondenheid aan een CAO naast de eis van het lidmaatschap van een vereniging (van werkgevers of werknemers) ook is vereist dat de werkgever of de werknemer *bij de overeenkomst* (hof: bedoeld is de CAO) *betrokken zijn*. Ook de artikelen 12 en 14 WCAO duiden erop dat voor de gebondenheid aan een CAO sprake moet zijn van een werkgever-werknemer relatie.”

Hetzelfde Hof oordeelde in de casus Delta Lloyd over de wijziging van de onvoorwaardelijke toeslag. Als de binding van gepensioneerden niet via de cao mogelijk is, is het de vraag op welke manier de wijziging dan wel van toepassing kan zijn op de reeds gepensioneerden. Het Hof lijkt die binding te vinden in artikel 7 van de PSW en de daarin opgenomen verplichting om bepalingen in statuten en reglementen op te nemen over de wijziging van statuten en reglementen. Het Hof lijkt daarin een zelfstandige bevoegdheid van het pensioenfonds te lezen tot wijziging van het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst.

In rechtsoverweging 3.22 gaat het Hof in op de toepasselijkheid van artikel 7:613 BW als het gaat om de wijzigingsbevoegdheid. Dit artikel mist volgens het arrest toepassing, niet alleen omdat het artikel niet ziet op een besluit van het pensioenfonds waar het hier om gaat, maar ook *omdat de bevoegdheid tot wijzigen niet kan worden beschouwd als een door de werkgever overgedragen bevoegdheid die het fonds niet andere rechten verschaft dan de werkgever had*. Om vervolgens te concluderen dat er een toetsing moet plaatsvinden aan de hand van het criterium “misbruik van bevoegdheid”.

Het Hof stelt hier in feite dat het fonds een eigen zelfstandige bevoegdheid heeft, ontleend aan artikel 7 PSW, die geen afgeleide bevoegdheid is. Van een pensioenfondsroutte in de gebruikelijke zin (incorporatie van het pensioenreglement in de cao) is dus geen sprake. Hier werd de hierboven door mij beschreven derde route toegepast. En nogmaals, als het gaat om de actieve deelnemers was in het geheel geen sprake van een pensioenfondsroutte omdat ten aanzien van de werknemers, de cao-partijen de

<sup>8</sup> Zo ook Van Marwijk Kooy in zijn artikel in *TPV* 2020/40, p. 11.

<sup>9</sup> Vgl. Hof Amsterdam, 30 mei 2017, *PJ* 2017/116.

<sup>10</sup> Zie voor een overzicht: T. Huij, *Dwingende cao-doorwerking voormalige werknemers?*, *ArbeidsRecht* 2016/38.

pensioenovereenkomst inhoudelijk wijzigden en het fonds het pensioenreglement daarmee in overeenstemming bracht.

## 5. Het Bovag-arrest

Dan het Bovag-arrest. Van Marwijk Kooy stelt dat de Hoge Raad in dat arrest niet heeft geoordeeld dat de pensioenfondsroute mogelijk is. Daar ben ik het mee eens. In rechts-overweging 3.3.8 lees ik simpelweg de constatering dat werkgevers en werknemers die verplicht zijn aangesloten bij een Bpf, de statuten en reglementen en daarop gebaseerde bestuursbesluiten moeten naleven en dat de onderhandelingsruimte voor sociale partners (weer in ruime zin) om een eigen invulling te geven aan de arbeidsvoorwaarde pensioen bij een verplicht gesteld Bpf (aanzienlijk) is beperkt. De Hoge Raad legt hier eigenlijk nog eens uit wat een verplichtstelling door de Minister betekent. Ik lees hier niet in dat de Hoge Raad oordeelt dat het pensioenfondsbestuur de reglementen kan wijzigen met als gevolg dat de pensioenovereenkomst (in dit geval “de rechtsbetrekking die voortvloeit uit de dienstbetrekking tussen werkgever en werknemer met betrekking tot pensioen”) daardoor automatisch wijzigt. Integendeel zelfs. In het arrest wordt gesteld dat binnen de Vakraad de regelingen omtrent pensioen tot stand komen en dat ook binnen die Vakraad het initiatief is genomen tot de premieverdeling. Wat het wellicht wat diffuus maakt is dat in de statuten van het Bpf is bepaald dat het bestuur het percentage kan bepalen dat op de werknemers verhaald kan worden. Maar dat is in mijn ogen niet meer dan een (logische) methode om de binding van de onder de verplichtstelling vallende werkgevers en werknemers nog eens te benadrukken.

Kortom: ik zou zeggen dat hier de “standaardroute” gevolgd is. En al zou de pensioenfondsroute gevolgd zijn, dan is dat als gezegd wat mij betreft niet strijdig met letter of strekking van de pensioenwetgeving. Het startpunt ligt immers ook dan bij de sociale partners. Van toepassing van of het sanctioneren door de Hoge Raad van de derde route (een zelfstandige, niet afgeleide bevoegdheid van het pensioenfonds, zonder enige vorm van mandaat of opdracht), zoals in het Delta Lloyd-arrest om een binding voor gepensioneerden tot stand te brengen, is in het Bovag-arrest m.i. geen sprake.

## 6. Ten slotte

- Mijn conclusie is dat in het Delta Lloyd-arrest het Hof niet de pensioenfondsroute heeft bewandeld. Dat was ook helemaal niet nodig omdat de cao-partijen de pensioenovereenkomst inhoudelijk hadden gewijzigd.
- Al wordt dat in het Delta Lloyd-arrest niet met zoveel woorden gezegd, ex-werknemers zijn volgens dit Hof niet gebonden aan een cao-wijziging.
- Om toch een binding tot stand te laten komen is dit, zo lees ik het arrest, geconstrueerd langs de lijn van artikel 7 van de PSW die het fonds de bevoegdheid geeft de reglementen en statuten van het fonds te wijzigen.

Het lijkt erop alsof het Hof aan dit artikel een zelfstandige bevoegdheid tot wijzigen ontleent.

- En gepensioneerden zijn, net als andere deelnemers natuurlijk, gebonden aan de besluiten van het stichtingsbestuur en de (wijzigingen in) statuten en reglementen.
- Of dat een juiste uitleg van (de toepassing van) artikel 7 PSW is geweest, kan in het midden blijven nu de Hoge Raad de uitspraak in stand heeft gelaten.
- Onder de werking van de PW lijkt die lijn te zijn afgesneden. Een met artikel 7 PSW vergelijkbare bepaling kent de PW immers niet. Niet in artikel 25, lid 1 letter d PW, omdat die bepaling enkel ziet op de verplichting de wijzigingsprocedure te beschrijven in de uitvoeringsovereenkomst en evenmin in artikel 35 PW, waarin juist het tegenovergestelde is geregeld, te weten dat het pensioenreglement in overeenstemming met de pensioenovereenkomst moet worden vastgesteld.
- De pensioenfondsroute waarbij de sociale partners het pensioenreglement incorporeren in de arbeidsovereenkomst lijkt mij in geen enkel opzicht strijdig met de letter of geest van de pensioenwetgeving.
- Volgens de PW is de pensioenovereenkomst in alle gevallen het startpunt van een wijziging. Bij de toepassing van de pensioenfondsroute is dat niet anders en zo bezien eigenlijk niets bijzonders.
- Van een zelfstandige bevoegdheid van het pensioenfonds tot het wijzigen van het pensioenreglement en daarmee van de pensioenovereenkomst kan naar mijn idee geen sprake zijn (onder de werking van de PSW is daarover in het Delta Lloyd-arrest anders geoordeeld, als gezegd om zodoende een binding van gepensioneerden te creëren).
- Het Bovag-arrest geeft wat mij betreft geen aanleiding te veronderstellen dat dat anders is bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.