

Wijziging van de pensioenregeling

Edwin Schop CPL, datum 20-06-2016

Datum	20-06-2016
Auteur	Edwin Schop CPL ^[1]
Vakgebied(en)	Financiële dienstverlening (V)

Pensioen is een belangrijke pijler in het advies van een financieel planner. Wijziging van de pensioenregeling zal vaak aanleiding zijn tot herziening van de planning. In dit artikel ga ik in op het rechtsgeldig door een werkgever kunnen wijzigen van een pensioenregeling en het mogelijke verzet hiertegen van de (ex-)werknemer. Ik behandel eerst de materiële kant van de wijziging (wat kan worden gewijzigd en van wie), vervolgens de formele kant (hoe kan worden gewijzigd). Ik ga in deze bijdrage niet in op situaties waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet (mogelijk nog) van toepassing is.

Materiële aspecten: wat en van wie?

Bij de materiële aspecten gaat het erom welke pensioenaanspraken en -rechten van welke deelnemers door een rechtsgeldige wijziging kunnen worden aangetast. In lijn met art. 1 Pensioenwet wordt hierna onder een pensioenaanspraak verstaan *'het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening'*, onder een pensioenrecht *'het recht op een ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening'* en onder een pensioengerechtigde *'de persoon voor wie het pensioen is ingegaan'*.

Actieven

Voor actieve deelnemers (actieven) geldt het volgende:

- a. *Op te bouwen aanspraken*
Er bestaat geen expliciet verbod tot aanpassing van in de toekomst op te bouwen pensioenaanspraken. Bepalingen in de Pensioenwet wijzen er tenslotte op dat wijziging van toekomstige pensioenaanspraken onder bepaalde voorwaarden mogelijk is (zie art. 19 PW).
- b. *Opgebouwde aanspraken*
In art. 20 PW is opgenomen dat een wijziging van de pensioenovereenkomst, uitgezonderd de in dit artikel genoemde uitzonderingen, geen effect kan hebben op tot het moment van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken. Opgebouwde aanspraken zijn daarmee onaantastbaar. De uitzonderingen zien onder meer op collectieve waardeoverdracht (art. 83 PW) en het geval waarin een pensioenfonds is gehouden tot korten van pensioenaanspraken (art. 134 PW).
- c. *Voorwaardelijke toeslagen over opgebouwde aanspraken*
Een toeslag kan alleen als voorwaardelijk worden aangemerkt wanneer de toekenning daarvan afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis (art. 6:21 BW). Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de vermogenstoestand van het pensioenfonds of de financiering door de werkgever daarvoor bepalend is. Artikel 95 PW stelt nadere regels omtrent voorwaardelijke

toeslagverlening. Wordt daaraan niet voldaan dan kan er toch sprake zijn van een onvoorwaardelijke toeslag.

Een *voorwaardelijke* toeslagverlening kan worden gewijzigd.^[2] Het wijzigingsverbod van art. 20 PW heeft alleen betrekking op opgebouwde onvoorwaardelijke pensioenaanspraken en -rechten. De overeengekomen *voorwaardelijke* toeslagverlening valt op grond van de definities in art. 1 PW niet onder pensioenaanspraak of pensioenrecht.

d. *Onvoorwaardelijke toeslagen over opgebouwde aanspraken*

In de literatuur is eerder aangenomen dat onvoorwaardelijke toeslagen over toegezegde (opgebouwde) aanspraken op grond van art. 20 PW niet kunnen worden gewijzigd.^[3] Dat zou betekenen dat de werkgever de onvoorwaardelijke indexatie over opgebouwde aanspraken van actieven vanaf enig moment nooit zou kunnen wijzigen (bijvoorbeeld naar een voorwaardelijke indexatieregeling). Naar mijn idee valt een dergelijke wijziging niet onder de reikwijdte van art. 20 PW.^[4] Ook anderen zijn van mening dat een wijziging mogelijk is.^[5] Aanknopingspunt daarvoor biedt het tijdens de parlementaire behandeling gehanteerde onderscheid tussen onvoorwaardelijkheid en 'onvoorwaardelijkheid onder voorwaarden'.^[6] In het eerste geval wordt er voor wat betreft de onvoorwaardelijkheid van de toeslag geen onderscheid gemaakt tussen een actieve en een inactieve deelnemer. In dat geval eist de Pensioenwet ook dat deze verplichting is afgefinancierd. Een bijzondere bescherming is dan gerechtvaardigd als reeds afgezonderd vermogen dreigt te worden aangetast. Die aanspraken kunnen niet worden gewijzigd behoudens de uitzonderingsbepalingen genoemd in art. 20 PW. Dit soort toeslagverlening kom ik echter niet (meer) tegen in de praktijk.

Bij de 'onvoorwaardelijkheid onder voorwaarden' wordt veelal als voorwaarde gesteld dat de deelnemer actief moet zijn, de onvoorwaardelijkheid geldt zolang de werknemer niet uit dienst is getreden. Deze komt in de praktijk vaker voor. Hiervan is de opvatting dat deze (toekomstige) toeslagverlening niet wordt beschermd door art. 20 PW en is te wijzigen.^[7] Waarbij gezegd dat er meer voorwaarden kunnen gelden dan een dienstverband, bijvoorbeeld de financiële positie van het pensioenfonds, dreigende generatie-onevenwichtigheid e.d.

Inactieven

Met betrekking tot gewezen deelnemers (slapers en pensioengerechtigden) geldt het volgende:

e. *Opgebouwde aanspraken*

Letterlijke toepassing van art. 20 PW leidt er toe dat wijziging van opgebouwde aanspraken (waaronder reeds verleende toeslagen) van actieve deelnemers en slapers niet kunnen worden gewijzigd. Hoewel dit niet als zodanig in art. 20 PW is bepaald, mag ervan worden uitgegaan dat dit ook op ingegane rechten van gepensioneerden van toepassing is.^[8]

f. *Voorwaardelijke toeslagen*

Over de mogelijkheid tot wijziging van *voorwaardelijke* toeslagverlening bestaat – zoals hiervoor genoemd – geen discussie. Dit kan, ook voor inactieven.

h. *Onvoorwaardelijke toeslagen*

Uit letterlijke toepassing van art. 20 PW volgt dat een onvoorwaardelijke toeslagregeling op grond van art. 20 PW niet gewijzigd kan worden voor slapers. Als hiervoor aangegeven is het standpunt dat dit ook geldt voor pensioengerechtigden, mede op grond van de behandeling van de Pensioenwet in de Eerste Kamer.^[9] Ook lagere rechtspraak hanteert dit uitgangspunt.^[10] Hetgeen hiervoor is genoemd in par. 1.1 onder d. is op gelijke wijze van toepassing op slapers

en pensioengerechtigden.

Formele aspecten: hoe?

Uitgangspunt van een overeenkomst is 'afpraak is afspraak'. Overeenkomsten dienen worden nagekomen, mits de zaken er nog hetzelfde voor staan. Deze mits is van belang waar het gaat om een duurovereenkomst als de pensioenovereenkomst. De zaken kunnen in de loop van de tijd wijzigen. Het is dus niet onmogelijk om, als de omstandigheden wijzigen, de arbeidsvoorwaarden aan te passen aan die omstandigheden.^[11] De wijziging kan op meerdere manieren worden gerealiseerd. Daarbij maak ik onderscheid tussen de volgende situaties:

- de werkgever wijzigt de pensioenovereenkomst met de actieve deelnemer (werknemer) (par. 2.1);
- de werkgever wijzigt de pensioenovereenkomst met de gewezen deelnemer (slaper en/of pensioengerechtigde) (par. 2.2);
- het bestuur van het pensioenfonds wijzigt de pensioenovereenkomst (par. 2.3).

Werkgever wijzigt overeenkomst met werknemer

Tweezijdige wijziging

De werkgever kan met de werknemer tot overeenstemming komen tot een wijziging van de pensioenovereenkomst, de zogenaamde tweezijdige wijziging. Hier gelden de algemene regels van het totstandkomen van een overeenkomst (art. 6:217 e.v. BW). Bij een tweezijdige wijziging is het van belang dat de werkgever zich er van bewust is dat de werknemer daadwerkelijk wil instemmen met de aangeboden wijziging en dat de werkgever zich er zeker van weet dat hij er gerechtvaardigd op kan vertrouwen dat er sprake is van een aanvaarding van het aanbod. Dat instemmen kan op twee manieren: expliciet en impliciet.

a. *Expliciete aanvaarding*

Het is van belang dat de werkgever zich ervan gewist dat de werknemer met zijn instemming (verklaring) ook daadwerkelijk ('ondubbelzinnig') wilde in te stemmen (wil) en dat de werkgever hier gerechtvaardigd op heeft kunnen vertrouwen. De jurisprudentie over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is duidelijk en toe te passen op de wijziging van de pensioenovereenkomst. De Hoge Raad hanteert ter bescherming van de werknemer daarbij de zogenaamde ongelijkheidscompensatie:^[12] "[...] de werknemer te behoeden voor ernstige gevolgen [...]. In verband met de ernstige gevolgen zal de werkgever niet spoedig mogen aannemen dat een verklaring van een werknemer gericht is op [...]". Door de Hoge Raad is de ondubbelzinnigheid onder omstandigheden niet vereist maar dan moet wel nog sprake zijn van een 'welbewust' instemmen.^[13] Ook bij een expliciete aanvaarding is het van belang te waarborgen dat de werknemer welbewust heeft ingestemd (en te voldoen aan dezelfde voorwaarden als bij impliciete aanvaarding, zie hierna).

b. *Impliciete aanvaarding*

Ook het nalaten van handelen door geen bezwaar te maken kan worden gezien als een instemming van het aanbod van de werkgever tot wijziging van de pensioenovereenkomst (art. 3:37 lid 1 BW). Dit wordt in de pensioenpraktijk veelvuldig toegepast ('wie zwijgt stemt

in', 'piepsysteem', 'negatieve optie'). Ook (of juist) in dit geval is het van belang dat de werkgever zich ervan gewist dat de verklaring van de werknemer met zijn instemming (nalaten van handelen) ook daadwerkelijk wilde in te stemmen (wil) en dat de werkgever hier gerechtvaardigd op kon vertrouwen (dat wil zeggen: de werknemer heeft 'welbewust' ingestemd met de wijziging). In 2010 heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten uitspraak gedaan over de negatieve optie.^[14] Samengevat kan worden gesteld dat het is toegestaan om bij een wijziging (versoering) van de pensioenovereenkomst gebruik te maken van de negatieve optie, onder de volgende voorwaarden:

- duidelijke geïndividualiseerde (bij voorkeur schriftelijke) informatie over de gevolgen van de wijziging;
- bedenkijd tot het begrijpen van de wijziging;
- bedenkijd voor het aanvaarden van de wijziging;
- mogelijkheid tot nader overleg of inwinnen van informatie;
- mogelijkheid voor de werknemer om bezwaar te maken, duidelijk aangeven hoe dit kan en biedt (indien vereist) de werknemer daartoe de faciliteiten.^[15]

Alertheid is echter van belang: het enkele stilzitten voor de werkgever leidt er niet altijd toe dat de werkgever er gerechtvaardigd op kon vertrouwen dat de werknemer met de voorgestelde wijziging heeft ingestemd.^[16]

Instemming OR

Bij instemming van een betrokken ondernemingsraad ("OR") op een voorgenomen wijziging (zie hierna) is ook nog de individuele instemming vereist van iedere werknemer. Werknemers kunnen niet worden gebonden aan een besluit van de OR, ook niet contractueel.

Eenzijdige wijziging

Bij een eenzijdige wijziging is de vraag of, hoe en onder welke voorwaarden de pensioenovereenkomst kan worden gewijzigd. De werkgever staat daartoe meerdere mogelijkheden ter beschikking waarbij de redelijkheid en billijkheid een centrale rol speelt:

- art. 7:611 BW: partijen dienen zich tegenover elkaar te gedragen als goed werkgever/werknemer;
- art. 7:613 BW: werkgever heeft zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemers naar redelijkheid en billijkheid moet wijken;
- art. 6:248 BW: handhaven van de overeenkomst is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Lang was het onduidelijk wat bij het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden de betekenis is van de diverse wetsartikelen en wat hun onderlinge verhouding is. Mede omdat er in de lagere rechtspraak geen eenduidige lijn was te herkennen, en hogere rechtspraak ontbrak. Op grond van het arrest Stoof/ Mammoet^[17] is hierover meer duidelijkheid ontstaan. Op grond van dit arrest kan – zo is

de gemene deler – worden aangenomen dat art. 7:611 BW kan worden gehanteerd ingeval er sprake is van het wijzigen van een individuele arbeids-/pensioenovereenkomst. En deze niet is bedoeld voor een wijziging van collectieve arbeidsvoorwaardenregelingen. Bij collectieve wijzigingen is het vervolgens van belang of een eenzijdig wijzigingsbeding (als bedoeld in art. 7:613 BW) is overeengekomen. Is er geen wijzigingsbeding van toepassing dan kan de werkgever de collectieve pensioenovereenkomst slechts wijzigen indien de toets van art. 6:248 lid 2 BW wordt doorstaan.^[18] De reikwijdte van deze bijdrage is de wijziging van de (collectieve) pensioenregeling. Daarom ga ik hierna alleen in op art. 7:613 BW en art. 6:248 lid 2 BW.

Wijziging via eenzijdig wijzigingsbeding (7:613 BW)

Is er sprake van een schriftelijk overeengekomen wijzigingsbeding dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst wijzigen indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemers naar redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 7:613 BW). Aanvullend geeft art. 19 PW de werkgever de mogelijkheid de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. De bepaling in art. 19 PW is geënt op art. 7:613 BW. Daarom is de invulling van het begrip ‘zwaarwichtig belang’ in de arbeidsrechtspraak ook voor art. 19 PW van belang zijn.^[19] Tegenwoordig is in de meeste reglementen een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. Verwijst de arbeids- of pensioenovereenkomst naar dit reglement dan is aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan.^[20]

Zwaarwichtig belang

Met het wijzigingsbeding is de werkgever bevoegd (zonder individuele instemming van de werknemers) de inhoud van de pensioenovereenkomst te wijzigen. De wetgever heeft ter bescherming van de werknemers wel strenge eisen gesteld aan het gebruik ervan. De (totstandkoming van de) wet biedt echter verder weinig aanknopingspunten over de betekenis van het zwaarwichtig belang.^[21] Datzelfde geldt voor de rechtspraak: ook hierin is geen vaste lijn te ontdekken. Veelal wordt (alleen) op grond van de financiële situatie een beroep gedaan voor rechtsgeldig toepassing van het zwaarwichtig belang, echter in de meeste gevallen niet met succes. Veelal wordt de financiële noodzaak door de werkgever niet goed onderbouwd, en bij een goede onderbouwing ligt de lat hoog.^[22] Een recente uitspraak laat mooi zien aan welke voorwaarden de werkgever voor een succesvol beroep op financiële gronden moet voldoen:^[23] met de door de Bestuurder opgestelde exploitatieberekeningen is aan de Pensioencommissie en de OR een onderbouwing verstrekt dat bij een gelijkblijvende exploitatie en bij een gelijkwaardige pensioenregeling de werkgever in en na 2016 structureel rode cijfers zou schrijven door een toenemende en fluctuerende pensioenlast. Het vasthouden aan (individuele) afspraken zou, aldus zowel de OR als de Pensioencommissie, zonder andere impopulaire maatregelen leiden tot een ongezonde en onhoudbare bedrijfsvoering.

Uit rechtspraak blijkt wel dat er bij het beoordelen van de redelijkheid en billijkheid in ieder geval rekening dient te worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Zo kunnen bij een wijziging van de pensioenovereenkomst van belang zijn:

- de rol van gewekte verwachtingen (een bestendige gedragslijn, afgegeven garanties of toezeggingen);^[24]
- het invoeren van een overgangs- of afbouwregeling;
- de houding van de overige werknemers die door de wijzigingen worden getroffen;^[25]
- het proces met en de houding van de ondernemingsraad (zie hierna).

Instemming OR

Indien een OR met een wijziging heeft ingestemd wordt de werkgever vermoed een zwaarwichtig belang te hebben.^[26] Maar dit niet per definitie heeft. Zie voor dit laatste bijvoorbeeld Kantonrechter Utrecht^[27] (toets van art. 7:613 BW – geen aangetoond zwaarwichtig belang, ondanks instemming OR) en het Hof Den Haag^[28] (omdat van een ingrijpende wijziging van omstandigheden niet is gebleken, mocht de werkgever niet eenzijdig de pensioentoezegging wijzigen, ondanks instemming van alle andere werknemers). De omstandigheden van het specifieke geval spelen daarbij een belangrijke rol. Zo zal er eerder sprake zijn van een zwaarwichtig belang indien er een werkelijke betrokkenheid (belangenvertegenwoordiging) heeft plaats gevonden: er is sprake van een volledige en tijdige voorlichting, er zijn diverse overleggen geweest, de achterban is bij de besluitvorming betrokken, er is een extern adviseur bij betrokken (geweest), er zijn rapportages opgesteld, de individuele werknemers zijn goed geïnformeerd en hebben eventueel met de wijziging ingestemd. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 4 maart 2008: de OR ging onder hoge tijdsdruk en zonder betrekken van de achterban akkoord, zonder zich in de complexiteit van de pensioenregeling te verdiepen. Wijziging van de VUT-regeling was daarom niet toegestaan ondanks overeenstemming met OR, mede omdat het belang van verschillende leeftijdsgroepen onvoldoende in acht was genomen.^[29]

Fiscale wetgeving

Wijzigingen in fiscale wetgeving werken niet automatisch door in de pensioenovereenkomst. Fiscale wetgeving bepaalt de grenzen van pensioenaanspraken en pensioenpremies. Binnen deze grenzen bestaat er onderhandelingsvrijheid van de werkgever en de werknemer.^[30] Dit is duidelijk geworden met de vele rechtspraak in verband met de invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT- en prepensioenregelingen en introductie levensloopregeling (Wet VPL).^[31] De lijn in rechtspraak is dat ook al legt de gewijzigde fiscale wetgeving dwingend een wijziging van de pensioenovereenkomst op, dan vloeit veelal uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voort dat werkgever de daarvoor in het kader van de pensioenovereenkomst een voor de werknemer passende alternatieve oplossing zoekt.^[32] In het merendeel van deze procedures wordt de intrekking van de VUT- of prepensioenregeling door de rechter weliswaar aanvaardbaar geacht, maar ook bij deze beslissingen speelt altijd een belangrijke rol in hoeverre de werknemers al dan niet (gedeeltelijk) voor het geleden verlies zijn gecompenseerd (tot maximaal het door de werkgever genoten voordeel als gevolg van de afschaffing).^[33]

Wijziging via onaanvaardbaarheidstoets (art. 6:248, lid 2 BW)

Is er geen eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen dan zal de wijziging de toets van art. 6:248 lid 2 BW moeten doorstaan. De toets die hier plaatsvindt is de zogenaamde onaanvaardbaarheidsnorm: de werkgever kan de pensioenovereenkomst alleen wijzigen als ongewijzigde instandhouding ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in de zin van onbetamelijkheid of onfatsoenlijk.^[34] In de belangenafweging van art. 7:613 BW speelt – zoals hiervoor aangegeven – ook de houding van collega's, de procedurevoorschriften en een eventuele overgangsregeling een rol. Deze omstandigheden worden dan volledig meegewogen. Bij toepassing van een belangenafweging op grond van art. 6:248 lid 2 BW geldt een meer terughoudende (marginale) toets, waarbij de genoemde omstandigheden geen een geringere rol spelen.^[35] Dat is een zware/zwaardere toets dus. Alleen bij zeer bijzondere omstandigheden zal de onaanvaardbaarheid van de voortzetting van de

oude regeling kunnen worden aangetoond.^[36]

Werkgever wijzigt overeenkomst met ex-werknemer

Lange tijd is door verschillende juristen betoogd dat na het verstrijken van de duur van de arbeidsovereenkomst sprake zou zijn van een bevroren of zogenaamde uitgewerkte rechtsverhouding. De Hoge Raad oordeelde in zijn ECN/OMEN-arrest dat:

“het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. Indien sprake is van pensioenaanspraken wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.”^[37]

In gelijk zin oordeelde Hof Amsterdam op 12 juni 2012 (Delta Lloyd).

Arbeidsvoorwaarden kunnen dus ook na het verstrijken van de duur van de arbeidsovereenkomst worden gewijzigd. Maar daarmee is nog niet gezegd op welke wijze getoetst moet worden of een wijziging in een voortgezette rechtsverhouding toelaatbaar is. Over die situatie oordeelde de Hoge Raad in zijn ECN/OMEN-arrest, kort gezegd, dat de werkgever in beginsel gebruik kan maken van het overeengekomen eenzijdig wijzigingsbeding jegens ex-werknemers, tenzij

- (a) dit leidt tot misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) of
- (b) uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

De vraag is waarom voor ex-werknemers niet de zwaarwichtig belang toets van art. 7:613 BW wordt gehanteerd. Deze toets is voor de werkgever namelijk zwaarder biedt werknemers dus meer bescherming dan ex-werknemers. In de literatuur is daarom gepleit voor toepassing van deze toets ook op ex-werknemers.^[38]

Pensioenfondsbestuur wijzigt overeenkomst

Wordt de pensioenovereenkomst uitgevoerd door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dan is een door het fondsbestuur doorgevoerde wijziging van rechtswege van toepassing op de deelnemer (art. 4 Wet Bpf 2000).^[39] De OR speelt in deze situatie geen rol van betekenis.^[40] Is een ondernemingspensioenfonds of een algemeen pensioenfonds met een onafhankelijk bestuur de uitvoerder, dan is het uitgangspunt dat de werkgever al dat niet in overleg met de werknemers (vertegenwoordiging) de inhoud van de pensioenovereenkomst wijzigt en vervolgens de gewijzigde overeenkomst ter uitvoering aanbiedt aan het fondsbestuur. In dat geval is hetgeen is genoemd onder *Werkgever wijzigt overeenkomst met werknemer* en *Werkgever wijzigt overeenkomst met ex-werknemer* op gelijke wijze van toepassing. Vindt het bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel doorgang dan krijgt de OR ook instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit van de werkgever tot wijziging van de pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door een ondernemings- en algemeen pensioenfonds.^[41]

Daarentegen komt het ook voor dat de pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds en de bevoegdheid tot wijziging van het pensioenreglement door de

werkgever is overgedragen aan het fondsbestuur. Deze bevoegdheid is dan (verplicht) opgenomen in de statuten, en veelal ook opgenomen in de reglementen, zowel ten aanzien van actieve deelnemers als slapers en gepensioneerden. Ook in dat geval is er geen sprake van een zogenaamde 'uitgewerkte rechtsverhouding' (Hof Amsterdam 12 juni 2012 (*Delta Lloyd*)). Tevens oordeelde het hof dat in een dergelijke situatie ook voor werknemers de toets van art. 7:613 BW niet van toepassing is, maar de lichtere toets van art. 3:13 BW en 105 lid 2 PW (evenwichtige belangenafweging door het bestuur). Het uitgangspunt is dat het besluit tot wijziging niet wordt genomen door de werkgever (art. 7:613 BW ziet – zo is de uitleg – alleen op een besluit van de werkgever), maar door het fondsbestuur. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.^[42] In dat opzicht lijkt het erop dat het voor een fondsbestuur eenvoudiger is om de regeling te wijzigen dan een werkgever. Daarbij geldt tevens dat er ook is er geen rol weggelegd voor een eventuele OR (art. 27 WOR ziet – zo is de uitleg – alleen op een besluit van de ondernemer).^[43] Maar ik ga er van uit dat de paritaire samenstelling van het fondsbestuur hiertegen voldoende waarborgen biedt.

Informatie: eschop@flexisgroep.nl

Voetnoten

[1]

Mr. drs. Edwin Schop CPL is partner bij Flexis Groep, adviseurs collectieve verzekerde arbeidsvoorwaarden.

[2]

Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en commentaar 2013*, par. 9.6.27, onder verwijzing naar [Kamerstukken II 2005/06, 24](#), p. 17; Heemskerk e.a., 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', *TPV 2012/42*, par. 5.1; Van Riemsdijk, in: Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en commentaar 2013*, par. 13.2.3.2.

[3]

Lutjens (red), *Pensioenwet: Analyse & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013; Vestering, 'Voorwaardelijke indexering van pensioen: blijvend onzeker', *P&P 2010/5*, p. 18; Van den Bos, 'Beperking van pensioenindexatie: een stroomschema', *ArbeidsRecht 2009*, p. 47; Lutjens lijkt zich daarbij aan te sluiten in zijn noot bij HR 6 september 2013, *NJ 2014/67* (ECN/OMEN). Zie ook Van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV 2012/16*, par. 4.

[4]

Schop, *Wijziging van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen*. Kluwer: Deventer 2007, p. 139.

[5]

Van der Ham, Reactie op: 'Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 PW', *TPV 2014/53*; Henrichs & Maatman, 'Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 PW', *TPV 2014/30*.

[6]

Kamerstukken I 2006-07, 30413, nr. C, p. 31.

[7]

Van den Ham en Henrichs en Maatman, als weergegeven (a.w.).

[8]

Uitgebreider: Schop, a.w., p. 97.

[9]

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

[10]

Betreffende slapers Hof A'dam 26 mei 2009, *PJ 2009/130* (Vakcentrum), betreffende gepensioneerden Rb. A'dam 24 juli 2009, *PJ 2009/145* (IBM).

[11]

Hierover: Hof Arnhem 27 april 2010 (*LJN* BO6310).

[12]

HR 9 november 2007, *JAR* 2007/36 (Den ouden/Yilmaz).

[13]

HR 12 februari 2010, *PJ* 2010/69 (CZ); HR 13 april 2010, *PJ* 2010/157 (Halliburton).

[14]

HR 12 februari 2010, *PJ* 2010/69 (CZ), met noot Van Marwijk Kooy; HR 13 april 2010, *PJ* 2010/157 (Halliburton) met noot van Lutjens.

[15]

Hof A'dam 25 februari 2014, *PJ* 2014/81 (COT).

[16]

Schop, 'Binding van werknemers aan instemming van de OR via een incorporatiebeding', *P&P* 2012, nr. 6.

[17]

HR 10 juli 2008, *PJ* 2009/116 (Mammoet/Stoof).

[18]

Uitgebreid: Van der Vegt, 'Eenzijdig wijzigingsbeding in de rechtsverhouding met werknemers', par. 9.2.2, in: *Wijziging van de pensioenregeling*, Vereniging van Pensioenjuristen, Amsterdam 2013.

[19]

[Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 17](#), p. 109.

[20]

Zie ook: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013.

[21]

[Kamerstukken II 1995-96, 24 615, nr. 3](#), p. 22-24.

[22]

Zie bijvoorbeeld: Hof A'dam 10 juni 2014 (Bpf Bouw); Hof Arnhem 15 maart 2011 (Fundeon); Ktr. Alkmaar 8 september 2010, *PJ* 2010/197 (ECN).

[23]

Rb. Amsterdam 23 maart 2016, *JAR* 2016/99.

[24]

Zie bijvoorbeeld: Ktr. Alpen aan den Rijn 5 juni 2007, *PJ* 2007/118 (Zwembad Bodegraven): de overeenkomst die bepaalt dat de werkgever de gehele premie betaalt. Een wijziging hiervan werd door de kantonrechter (met toetsing aan 7:613 en 6:248 lid 2 BW) niet toelaatbaar geacht omdat hier sprake was van een jarenlange consistente gedragslijn en de financiële argumenten voor de wijziging niet voldoende waren onderbouwd.

[25]

Zie bijvoorbeeld: Ktr. Nijmegen 30 juni 2006, *JAR* 2006/181.

[26]

Heemskerk, Ondernemingsraad en pensioen, Amsterdam 2010, p. 181. Zie ook: Ktr. A'dam 3 november 2008, *PJ* 2009/13 (AWV); Ktr. Zutphen 12 maart 2008, *PJ* 2009/65 (Fundeon).

[27]

Vzngr. Utrecht, 26 juli 2005, *JAR* 2005/201.

[28]

Hof Den Haag 6 januari 2006, *Prg.* 2006, nr. 64.

[29]

Zie ook Ktr. Amsterdam 4 maart 2008, *JAR* 2008/299 (Ruimtevaartlab).

[30]

Zie ook: [Kamerstukken I 2004/05, 27 760, nr. D](#), p. 22.

[31]

Everts & Schop, 'Wijziging pensioenregeling door gewijzigde wetgeving', in: *Wijziging van de pensioenregeling*, Vereniging van Pensioenjuristen, Amsterdam: 2013, par. 11.3.

[32]

Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 29 juni 2010, *PJ* 2011/19 (Arkema).

[33]

Vergelijk onder andere: Ktr. Dordrecht 13 december 2007, *PJ* 2008/38 (r.o. 9); Hof Arnhem 26 augustus 2008, *PJ* 2009/47 (r.o. 4.15); Ktr. Amsterdam 30 september 2008, *JAR* 2008/299 (r.o. Ad. D tot en met G).

[34]

J.M.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007, p. 55, p. 64.

[35]

Zie bijv. Hof Arnhem, 26 juni 2007, *PJ* 2008/36 (Kema); De Laat, a.w., p. 55.

[36]

Zie ook: Ktr. Amsterdam 4 maart 2008, *JAR* 2008/299 (Ruimtevaartlab). Met instemming OR maar zonder wijzigingsbeding had de werkgever de VUT-regeling als gevolg van VPL-wetgeving onrechtmatig gewijzigd; Ktr. Almelo 26 oktober 2010, *PJ* 2010/199 (Boekelo Decor). Het in stand laten van de gevolgen [...] is naar het oordeel van de kantonrechter niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Instemming van de OR met wijziging van voornoemde regeling kan gedaagde niet baten; De Laat, a.w., p. 113.

[37]

HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161 (ECN/OMEN) met noot Lutjens (eerste noot) en Breuker (tweede noot).

[38]

Zie onder meer de noot van Lutjens in *PJ* 2015/82 bij Hof Den Haag 31 maart 2015 (ECN/OMEN).

[39]

Hoewel strikt genomen de pensioengerechtigden niet vallen onder de reikwijdte van dit artikel. Artikel 4 Wet Bpf 2000 verwijst voor het begrip deelnemer naar artikel 1 PW, zijnde de ook slapers maar weer geen pensioengerechtigden.

[40]

Artikel 27 lid 3 WOR.

[41]

[Kamerstukken 34 378](#), 'Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen'.

[42]

HR 8 november 2013, *JAR* 2013/300.

[43]

Artikel 27 lid 3 WOR.