

Memo

Aan : SZW
Van : Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. T. Huijg
Kopie : De heer mr. Q. Roozen
Datum : 20 april 2021
Referentie : MH/2021/20170095-615125853-20
Betreft : Advies binding slapers en pensioengerechtigden

DEEL 1: ALGEMEEN

1. SAMENVATTING

- 1.1. U heeft ons verzocht om in dit advies de volgende vragen te beantwoorden:
- a. Geeft het huidige recht en de in het consultatiedocument voorgenomen maatregelen partijen qua juridisch kader voldoende rechtszekerheid hoe postactieven kunnen worden gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst?
 - b. Wilt u deze vraag beantwoorden voor de eenzijdige wijziging, een cao-wijziging en wijziging van de pensioenovereenkomst via pensioenfondsen, inclusief via de Wet Bpf 2000?
 - c. Welke invloed heeft de meest recente jurisprudentie op dit vraagstuk?
 - d. Geeft de voorgenomen wijziging van [artikel 19 Pensioenwet \(PW\)](#) partijen voldoende duidelijkheid (rechtszekerheid) om bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ook postactieven aan de wijziging te kunnen binden?

Conclusie eenzijdig wijzigingsbeding

- 1.2. De uitbreiding van de reikwijdte van [artikel 19 PW](#) tot gewezen deelnemers en pensioengerechtigden verduidelijkt dat de al uit wetgeving en rechtspraak bekende zwaarwichtig belang toets van toepassing is bij eenzijdige wijzigingen van de werkgever jegens gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Dat verduidelijkte juridisch kader geeft werkgevers voldoende duidelijkheid (rechtszekerheid) om postactieven te kunnen binden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst.
- 1.3. Dat juridisch kader (de zwaarwichtig belang toets) is bekend en wordt in de rechtspraak nu ook gehanteerd. De invulling van de zwaarwichtig belangtoetsing vergt een beoordeling door de rechter, die nu ook al plaatsvindt bij eenzijdige wijzigingstrajecten. Voor de haalbaarheid van het voldoende zwaarwichtig belang van een werkgever kan de conceptwetgeving wellicht verduidelijken waarom werkgevers de pensioenovereenkomst met postactieven moeten wijzigen.

Conclusie cao-wijziging

- 1.4. Bij de cao-wijziging dient onderscheid te worden gemaakt naar wettelijke en contractuele cao-binding. In literatuur en rechtspraak is er geen eensgezindheid of een cao dwingend (ex [artikel 9 Wet CAO](#)) de rechtspositie van postactieven (vakbondsleden) kan wijzigen. Daarom vinden wij dat het huidige recht op dit punt onvoldoende rechtszekerheid biedt voor die binding en doen wij enkele suggesties.
- 1.5. Wij menen dat het juridisch kader partijen voldoende juridische zekerheid biedt om voor postactieven met een incorporatiebeding de pensioenovereenkomst te wijzigen. Uit rechtspraak blijkt dat de uitleg van dat incorporatiebeding beslissend is voor de binding van postactieven.

Conclusie wijziging pensioenfondsroute

- 1.6. Op basis van wetsuitleg, rechtspraak en literatuur menen wij dat pensioenfondsen die daartoe bevoegd zijn de pensioenovereenkomst met postactieven rechtsgeldig kunnen wijzigen. Tegelijkertijd merken wij op dat rechtspraak, literatuur en wetsgeschiedenis nog niet is uitgekristalliseerd. Dat maakt dat er naar onze mening nog onvoldoende rechtszekerheid is op dit moment.

Conclusie wijziging bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds

- 1.7. Wij menen dat de combinatie van het huidige recht en de in het consultatiedocument voorgestelde aanpassing van [artikel 4 Wet Bpf 2000](#) qua juridisch kader voldoende rechtszekerheid biedt om een rechtsgeldige wijziging met postactieven tot stand te brengen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor verplichte onderdelen.

Motivering en aanbevelingen

- 1.8. Bovenstaande conclusies hebben wij in het advies gemotiveerd en nader uitgewerkt aan de hand van wetgeving, literatuur en rechtspraak. Op onderdelen hebben wij enkele aanbevelingen gedaan die de rechtszekerheid van de binding met postactieven kan bevorderen.

2. INHOUDSOPGAVE

- 2.1. Dit advies bevat de volgende indeling:
 - a. Hoofdstuk 1: samenvatting.
 - b. Hoofdstuk 2: deze inhoudsopgave.
 - c. Hoofdstuk 3: inleiding en vraagstelling.
 - d. Hoofdstuk 4: geen absoluut wijzigingsverbod pensioen voor postactieven.
 - e. Hoofdstuk 5: wel invaren faciliteren, maar wijziging niet?
 - f. Hoofdstuk 6: eenzijdig wijzigingsbeding.
 - g. Hoofdstuk 7: wijziging via cao.
 - h. Hoofdstuk 8: wijziging door pensioenfondsen.
 - i. Hoofdstuk 9: wijziging via [artikel 4 Wet Bpf 2000](#).

3. INLEIDING

3.1. In dit hoofdstuk staan wij stil bij:

- a. De vraagstelling en de achtergrond daarvan.
- b. De afbakening van dit advies.
- c. De aannahme dat de pensioenovereenkomst met postactieven wordt gewijzigd.

Vraagstelling & achtergrond

3.2. Het ministerie van SZW (**SZW**) heeft verzocht om advies over samengevat de binding van slapers¹ en pensioengerechtigden (tezamen hierna: **postactieven**) aan de wijziging van de pensioenovereenkomst.

3.3. Meer specifiek heeft SZW verzocht om in dit advies de volgende vragen te beantwoorden:

- a. Geeft het huidige recht en de in het consultatiedocument voorgenomen maatregelen partijen qua juridisch kader voldoende rechtszekerheid hoe postactieven kunnen worden gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst?
- b. Wilt u deze vraag beantwoorden voor de eenzijdige wijziging, een cao-wijziging en wijziging van de pensioenovereenkomst via pensioenfondsen, inclusief via de Wet Bpf 2000?
- c. Welke invloed heeft de meest recente jurisprudentie op dit vraagstuk?
- d. Geeft de voorgenomen wijziging van [artikel 19 Pensioenwet \(PW\)](#) partijen voldoende duidelijkheid (rechtszekerheid) om bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ook postactieven aan de wijziging te kunnen binden?

3.4. SZW heeft dit advies verzocht tegen de achtergrond van het huidig recht, de maatregelen in het kader van de stelselherziening en de voorgenomen wijziging van [artikel 19 PW](#) in het [conceptwetsvoorstel toekomst pensioenen \(WTP\)](#).²

De afbakening van dit advies

3.5. Centraal in dit advies staat de vraag of het juridisch kader partijen voldoende duidelijkheid biedt om de pensioenovereenkomst van postactieven te wijzigen. De vraagstelling maakt onderscheid naar de verschillende wijzen waarop de pensioenovereenkomst met postactieven kan worden gewijzigd.

3.6. Na een schets van het algemeen kader analyseren wij successievelijk de binding van postactieven aan een wijziging van de pensioenovereenkomst via:

- a. eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever,
- b. wijziging bij cao,
- c. wijziging van de pensioenovereenkomst door pensioenfondsen, en

¹ Gewezen deelnemers zoals bedoeld in [artikel 1 PW](#).

² Om redenen van overzicht verwijzen wij in dit memo naar de WTP voor artikelen uit het conceptwetsvoorstel.

- d. wijziging van de pensioenovereenkomst bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.
- 3.7. Andere eventuele wijzigingsmethoden – zoals die via [artikel 7:611 BW](#), [6:248 BW](#) of de overeenkomst met de ondernemingsraad – vallen buiten het bestek van dit advies. Ook aspecten als eigendomsrechten, mogelijk leeftijdsonderscheid, medezeggenschap en de (interne) collectieve waardeoverdracht van opgebouwd pensioen vallen ('invaren') buiten de reikwijdte van dit advies.
- 3.8. In de WTP worden enkele bepalingen over wijziging van de pensioenovereenkomst aangepast, die relevant zijn voor de wijziging van de pensioenovereenkomst met postactieven. Die voorgenomen aanpassingen (specifiek: [artikel 19 PW](#), [artikel 20 PW](#) en [artikel 4 Wet Bpf 2000](#)) worden ook bij dit advies betrokken.

Onze aanname is de wijziging van de pensioenovereenkomst met postactieven

- 3.9. Wij hanteren in dit advies de aanname dát de pensioenovereenkomst met de postactieven wordt gewijzigd als gevolg van de WTP.
- 3.10. Dit is geen zekerheid, gezien de volgende punten:
 - a. De WTP verplicht werkgevers niet opgebouwd pensioen te wijzigen. Werkgevers kunnen er dus voor kiezen de pensioenovereenkomst met hun postactieven ongewijzigd te laten.
 - b. Betoogd kan worden dat de werkgever met het onderbrengen en het betalen van de pensioenpremies geen pensioenverplichtingen meer heeft richting haar postactieven. Als er geen pensioenverplichting meer is, dan is er ook niets te wijzigen – bezien vanuit het perspectief van de werkgever (voor de uitvoerder kan dat anders liggen). De huidige stand van de rechtspraak en literatuur is zo ongewis op dit punt, dat wij vinden dat SZW ervan uit moet gaan dat dit betoog onjuist is.
- 3.11. Een bespreking van de inhoud van de (mogelijke) wijzigingen valt buiten de reikwijdte van dit advies. Op deze plaats volstaan wij met de observatie dat een wijziging van de pensioenovereenkomst met postactieven aan de orde kan zijn door introductie van een solidariteitsreserve (artikel 10c WTP), toepassing van toedelingsregels, variabele uitkering en/of het verdwijnen van de huidige kortingsregel ([artikel 134 PW](#)) en indexatie.

4. GEEN ABSOLUUT WIJZIGINGSVERBOD PENSIOEN POSTACTIEVEN

- 4.1. Dit hoofdstuk gaat over de vraag of het recht een algemeen – absoluut geldend – wijzigingsverbod kent. Meer specifiek gaan wij in dit hoofdstuk in op de – inmiddels verworpen – notie van de uitgewerkte rechtsverhouding en het wijzigingsverbod ex [artikel 20 PW](#).

Geen uitgewerkte rechtsverhouding

- 4.2. De pensioenovereenkomst is op grond van [artikel 1 PW](#) als volgt gedefinieerd: “*hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen*”.
- 4.3. De definitie van pensioenovereenkomst heeft de gedachte gevoed dat wijziging van de pensioenovereenkomst na het eindigen van de arbeidsovereenkomst niet langer mogelijk is. Dit is in de literatuur wel aangeduid als de uitgewerkte rechtsverhouding.³ Postactieven verzetten zich daarmee tegen een wijziging van de pensioenovereenkomst.
- 4.4. De Hoge Raad heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst niet betekent dat de pensioenovereenkomst niet kan worden gewijzigd. Zo overwoog hij in het ECN-arrest als volgt (HR 6 september 2013, [ECLI:NL:HR:2013:CA0566](#) (rov. 5.1):

“Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als “uitgewerkt” moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de 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.”

Volledigheidshalve wijzen wij erop dat deze wijziging – waarover de Hoge Raad zich moest uitlaten – was doorgevoerd vóór de invoering van het wettelijk wijzigingsverbod ex [artikel 20 PW](#).

- 4.5. In de literatuur wordt na het ECN-arrest tot uitgangspunt genomen dat de pensioenovereenkomst met postactieven kan worden gewijzigd. Er is geen uitgewerkte rechtsverhouding.⁴ De rechtsverhouding wordt met gewijzigde hoedanigheid van partijen voortgezet in de pensioenovereenkomst. De werknemer (deelnemer) is na beëindiging van zijn deelnemerschap gewezen deelnemer of pensioengerechtigde geworden. De verbintenissen uit de pensioenovereenkomst eindigen niet met het eindigen van de arbeidsovereenkomst.
- 4.6. De [memorie van toelichting](#) bij de WTP verwoordt het voorgaande (terecht) als volgt (p. 163):

“Een tijd heeft ter discussie gestaan of een wijziging van de pensioenovereenkomst ook gevolgen kan hebben voor pensioengerechtigden en gewezen deelnemers, omdat de arbeidsovereenkomst met deze pensioengerechtigden en gewezen deelnemers is beëindigd.

³ H. Breuker, ‘Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken’, *TPV* 2013, 6; J.M. van Slooten, ‘Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk’, [TPV 2012/16](#).

⁴ Asser-Lutjens 2019/597; Heemsker, *Pensioenrecht*, BJU 2020, p. 238.

Inmiddels is duidelijk dat bij pensioen het einde van de arbeidsovereenkomst niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen partijen is uitgewerkt. Die rechtsverhouding wordt, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst.”

Wijzigingsverbod ex [artikel 20 PW](#)

- 4.7. [Artikel 20 PW](#) bevat reeds nu al een wijzigingsverbod. Wijziging van opgebouwd pensioen is daaronder slechts onder stringente voorwaarden mogelijk. De WTP amendeert dit artikel, en wel als volgt (waarbij doorhalingen beoogde verwijderingen zijn en onderstrepingen het omgekeerde):

“In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de ~~voor de aanspraakgerechtigden~~ tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken en de pensioenrechten niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de [artikelen 76, 78, 83](#) en [134](#).”

- 4.8. Met deze amendering wordt verduidelijkt dat niet alleen pensioenaanspraken daaronder vallen maar ook pensioenrechten.

- 4.9. Op p. 163 van de [memorie van toelichting](#) bij de WTP staat dit als volgt verwoord:

“In artikel 20 van de Pensioenwet is bepaald dat bij wijziging van een pensioenovereenkomst de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd tenzij sprake is van een aantal opgesomde artikelen. Nu door de wijziging van artikel 19 van de Pensioenwet (onderdeel K) expliciet is gemaakt dat een wijziging van de pensioenovereenkomst ook gewezen deelnemers en pensioengerechtigden kan betreffen wordt dit ook in artikel 20 van de Pensioenwet verduidelijkt door ook de pensioenrechten toe te voegen.”

- 4.10. Terecht wordt dit als een verduidelijking gepresenteerd, omdat reeds uit rechtspraak, wetsgeschiedenis en literatuur volgt dat ook postactieven onder de beschermende werking van [artikel 20 PW](#) vallen.

- 4.11. Zo is in de literatuur al vaker aannemelijk geacht dat het wijzigingsverbod van opgebouwd pensioen niet alleen zag op pensioenaanspraken, maar ook op pensioenrechten. Het niet noemen van pensioenrechten werd gezien als een ommissie.⁵ In een eerder niet aangenomen (concept)wetsvoorstel is al voorgesteld om dat te herstellen.⁶

- 4.12. Voor de uitleg dat [artikel 20 PW](#) wijziging van opgebouwde pensioenrechten verbiedt, kan ook steun worden gevonden in de overwegingen in de wetsgeschiedenis over onvoorwaardelijke indexatie van pensioengerechtigden. Daarin is overwogen dat onvoorwaardelijke indexatie niet kan worden gewijzigd. Dat zou een ongeoorloofde beperking zijn van in het verleden opgebouwde pensioenaanspraken (*Kamerstukken I* 2006/07, [30413, C](#), p. 11). In meerdere uitspraken is inmiddels

⁵ M. Heemskerk, De onhoudbaarheid van het pensioenakkoord, VU 2011, p. 122; Asser-Lutjens 7-XI, 2019/587; M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 254; M. Heemskerk, Van pensioen crisis naar pensioen(r)evolutie, [BJU 2013](#) oratie Nijmegen, p. 36.

⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, [32043, 169](#).

bevestigd dat een wijziging van onvoorwaardelijke indexatie van pensioengerechtigden in strijd is met [artikel 20 PW](#).⁷

- 4.13. De tekstuele uitbreiding van het wijzigingsverbod van opgebouwd pensioen is dus te zien als een verduidelijking van literatuur en rechtspraak.
- 4.14. Volledigheidshalve merken wij op dat de collectieve waardeoverdracht ex [artikel 83 PW](#) een uitzondering vormt op het wijzigingsverbod van opgebouwd pensioen. Het daaraan gekoppeld individueel bezwaarrecht van pensioenbegunstigden ([artikel 83 lid 2 onder a PW](#)) wordt tijdens de transitie buiten toepassing gelaten (artikel 150I lid 5 jo. 150m WTP).

Slotsom

- 4.15. Het voorgaande betekent dat er een algemeen wijzigingsverbod geldt voor opgebouwd pensioen – in de zin van [artikel 20 PW](#). Dat betekent dat werkgevers dus (al dan niet) naast de wijziging van de pensioenovereenkomst een rechtsgeldige waardeoverdracht zullen moeten (laten) realiseren om het opgebouwd pensioen van postactieven (ook) via collectieve waardeoverdracht te wijzigen. Die waardeoverdracht (ook wel invaren genoemd) valt verder buiten het bestek van dit advies.

5. WEL INVAREN FACILITEREN, MAAR WIJZIGEN NIET?

- 5.1. Het valt op dat de wetgever met haar voorgenomen transitiekader in de WTP ver gaat, in de zin dat de werkgever en uitvoerders op verschillende wijzen worden ‘geholpen’ om succesvol in te varen. Invaren is de default van het conceptwetsvoorstel, terwijl het individuele bezwaarrecht tegen collectieve waardeoverdracht tijdens de transitie buiten werking wordt gesteld. Individuele gerechtigden zullen daardoor minder makkelijk het invaren succesvol tegen kunnen gaan.
- 5.2. Tegelijkertijd is ons opgevallen dat aan het invaren eerst een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst vooraf moet gaan. Dit geldt zowel voor actieven, als voor postactieven. Die wijziging faciliteert de wetgever wel voor werknemers (immers: een fiscaal noodzakelijke wijziging van de nieuwe opbouw naar het nieuwe contract *triggert* het standaard invaren ex artikel 150I lid 1 WTP).
- 5.3. Strikt genomen geldt dit echter niet voor de pensioenovereenkomst met de postactieven. Zo is er geen fiscaal argument voor de werkgever om haar pensioenovereenkomsten met postactieven te moeten wijzigen (het gaat dan louter om al opgebouwd pensioen). Daardoor kan een werkgever bijvoorbeeld niet – met verwijzing naar artikel 150I lid 1 WTP – stellen dat het wel moest wijzigen. Ook de mijlpalen uit artikel 150c WTP gelden strikt genomen niet noodzakelijkerwijs (daar waar die voor werknemers - waarvoor de eerbiedigende werking van artikel 220e WTP niet geldt – wel gelden).

⁷ Ktr. Alkmaar 31 juli 2019, [ECLI:NL:RBNHO:2019:6929](#) (*Schneider*); Ktr. Den Haag 11 februari 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:1061](#) (*CDA*). In gelijke zin E. Lutjens, ‘Een onvoorwaardelijke toeslag kan niet worden gewijzigd’, *PM* 2020/74; kritisch T. Huijg, ‘Onvoorwaardelijke toeslag wel degelijk te wijzigen’, *PM* 2020/45; T. Huijg, ‘Nogmaals de kwestie van de onvoorwaardelijke indexatie’, *PM* 2020/92. Voor deelnemers, zie Hof Den Haag 21 januari 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:25](#) (*Allianz*); Hof Amsterdam 3 november 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:2929](#) (*AFM*); Ktr. Den Haag 13 augustus 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:7813](#) (*SRK*).

- 5.4. Wij overzien niet of dit is beoogd door SZW. Vanuit een voornemen om naast het invaren via collectieve waardeoverdracht de wijziging van de pensioenovereenkomst te faciliteren, is voorstelbaar dat de wetgever (juist) ook het wijzigen van de pensioenovereenkomst heeft willen faciliteren. Veel van de faciliteiten die nu in het transitiekader staan (wanneer wel/niet invaren, hoe in te varen, externe commissie, mijlpalen, etc.) kunnen gelden voor het wijzigen van de pensioenovereenkomst. Doet de wetgever dit, dan ontstaat er – ongeacht de specifiek gehanteerde wijzigingsmethodiek – veel rechtszekerheid voor werkgevers (maar ook voor uitvoerders) dat de pensioenovereenkomst *met postactieven* kan worden gewijzigd. Daar staat tegenover dat de collectieve vrijheid van onderhandelen zoals vastgelegd in ILO-verdragen 87 en 98 en de vrijheid van ondernemerschap uit artikel 16 Handvest Grondrechten EU pleiten tegen het ‘ingrijpen’ in de arbeidsvoorwaarden. In dit advies volstaan wij met deze constatering.

DEEL 2: WIJZIGINGSMETHODEN

De pensioenovereenkomst van postactieven kan op verschillende manieren worden gewijzigd. Hieronder volgt een uitsplitsing naar de diverse wijzigingsmethoden:

1. eenzijdige wijziging door de werkgever op basis van een eenzijdig wijzigingsbeding,
2. wijziging bij cao,
3. wijziging door pensioenfonds, en
4. wijziging bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

6. EENZIJDIG WIJZIGINGSBEDING

Inleiding

- 6.1. In dit hoofdstuk gaan wij in op de vraag of het huidige recht en de voorgenomen maatregelen in het consultatiedocument qua juridisch kader de werkgever voldoende rechtszekerheid bieden om postactieven te binden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst.

Juridisch kader – algemeen bij het eenzijdig wijzigen

- 6.2. In deze paragraaf schetsen wij eerst het juridisch kader dat geldt bij een eenzijdige wijziging door de werkgever op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding. Daarna analyseren wij meer specifiek of het juridische kader de werkgever rechtszekerheid biedt om postactieven te binden via een eenzijdig wijzigingsbeding.

De arbeidsrechtelijke en de pensioenrechtelijke wijzigingsbedingen

- 6.3. De werkgever kan de pensioenovereenkomst van werknemers onder voorwaarden eenzijdig wijzigen zonder instemming van de werknemer. Vereist is een schriftelijk beding en een voldoende zwaarwichtig belang. De wettelijke grondslag voor eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst is [artikel 7:613 BW](#):

Artikel 613 389 ◀ 🔗 📄 ↻ 🔄 ⬇

De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

- 6.4. Voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst is een vergelijkbare bepaling opgenomen in [artikel 19 PW](#):

Artikel 19. Wijziging pensioenovereenkomst 31 ◀ 🔗 📄 ↻ 🔄 ⬇

Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

- 6.5. Dit is het pensioenrechtelijk equivalent van het eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst: een eenzijdig pensioenwijzigingsbeding.
- 6.6. Uit de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet blijkt dat [artikel 19 PW](#) is geënt op [artikel 7:613 BW](#). Het bereik van [artikel 19 PW](#) is breder, omdat het ook van toepassing is op ambtenaren. De bevoegdheid van de werkgever strekt zich volgens de wetsgeschiedenis niet uit tot reeds opgebouwde aanspraken, maar ziet alleen op nog op te bouwen aanspraken.⁸
- 6.7. De rechtspraak over eenzijdige wijzigingsbedingen ex [artikel 7:613 BW](#) heeft volgens de wetsgeschiedenis betekenis voor de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst.⁹

Schriftelijkheidseis: vormvereiste

- 6.8. Bij de arbeidsovereenkomst oordeelde de Hoge Raad dat een eenzijdig wijzigingsbeding dat niet in de arbeidsovereenkomst zelf hoeft te staan maar dat het in een collectieve regeling kan staan (HR 18 maart 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO9570](#) (*Wegener*)).
- 6.9. Vrij vertaald is de ratio voor de schriftelijkheidseis dat het eenzijdig wijzigingsbeding vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kenbaar moet zijn.¹⁰ Dat is ook het geval wanneer het wijzigingsbeding niet in de individuele arbeidsovereenkomst staat maar in een collectieve regeling, zoals een arbeidsvoorwaardenreglement of winstdelingsregeling.¹¹
- 6.10. Een eenzijdig pensioenwijzigingsbeding is rechtsgeldig wanneer dat schriftelijk is opgenomen in de pensioenovereenkomst.¹² Een pensioenovereenkomst is volgens de Pensioenwet: *“hetgeen is overeengekomen tussen werkgever en werknemer over pensioen”*.
- 6.11. Die formulering suggereert ten onrechte dat er geen afspraken gemaakt kunnen worden met postactieven. Overwogen kan worden om de definitie van pensioenovereenkomst aan te passen zodat ook postactieven onder de reikwijdte vallen.¹³ Dat zou aansluiten bij de in het conceptwetsvoorstel gekozen systematiek van [artikel 19 PW](#) en [artikel 4 Wet BPF 2000](#).
- 6.12. Veel pensioenovereenkomsten bevatten een verwijzing naar een toepasselijk pensioenreglement: pensioenreglementincorporatie. Aannemelijk is dat een eenzijdig wijzigingsbeding in het pensioenreglement voldoet aan de schriftelijkheidseis. Het pensioenreglement is door de incorporatie onderdeel van de pensioenovereenkomst. De pensioenovereenkomst is een ruim begrip en is dus niet beperkt tot een beding in de arbeidsovereenkomst.

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, [30413, 3](#), p. 38.

⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, [30413, 17](#), p. 109.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, [24615, 15](#); ECLI:NL:PHR:2011:BO9750, rov. 4.5.

¹¹ Asser-Heerma van Voss, 7-V 2020/67

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, [30413, 3](#), p. 38.

¹³ M. Heemskerk, Van pensioen crisis tot pensioen(r)evolutie, [BJU 2013](#), oratie Nijmegen, p. 33.

- 6.13. Dat strookt met de ratio van de schriftelijkheidseis: het kenbaarheidsvereiste en de rechtszekerheid. In de literatuur is daarom aangenomen dat dezelfde ruime uitleg als bij een beding in de arbeidsovereenkomst ook geldt voor een beding in de pensioenovereenkomst.¹⁴
- 6.14. Bij eenzijdige pensioenwijzigingen wordt soms teruggevallen op het eenzijdige wijzigingsbeding uit de arbeidsovereenkomst ex [artikel 7:613 BW](#). Rechtspraak bevestigt dat een eenzijdig wijzigingsbeding vastgelegd in een arbeidsvoorwaardenreglement, cao of een bijlage bij de arbeidsovereenkomst kan worden voor gebruikt voor een pensioenwijziging.¹⁵
- 6.15. Er is ook rechtspraak waarin expliciet is verwezen naar [artikel 19 PW](#) voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst. Zo overwoog Hof Amsterdam dat voldaan was aan de schriftelijkheidseis door verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement dat onderdeel uitmaakt van de personeelsgids.¹⁶
- 6.16. Ook kantonrechter Den Haag oordeelde dat een werkgever zich kan beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding dat onderdeel is van het pensioenreglement.¹⁷ Ook kantonrechter Nijmegen merkte een eenzijdig wijzigingsbeding in het pensioenreglement aan als eenzijdig pensioenwijzigingsbeding ex [artikel 19 PW](#).¹⁸
- 6.17. Soms is niet duidelijk of een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. In dat geval moet worden uitgelegd of dat het geval is, zo blijkt uit rechtspraak.¹⁹ Zonder eenzijdig wijzigingsbeding kan een werkgever een grond voor wijziging proberen te baseren op goed werkgeverschap ex [artikel 7:611 BW](#). Bespreking daarvan valt buiten de reikwijdte van dit advies.

Volgende zwaarwichtig belang: inhoudelijke toets met belangenafweging

- 6.18. Naast de formele schriftelijkheidseis geldt de zwaarwichtig belang toets. Eenzijdige wijziging is slechts toegestaan wanneer de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
- 6.19. De Hoge Raad heeft overwogen dat het doel van deze bepaling is om aan werknemers een adequaat niveau van bescherming te bieden tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden maar gelijktijdig rekening te houden met het belang van werkgevers om arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen.²⁰ Het ging in die zaak om eenzijdige wijziging van de hoogte van de werknemersbijdrage voor pensioen.

¹⁴ Asser-Lutjens 7-XI, 2019/555; Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2020, p. 231-232.

¹⁵ Zie HR 29 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1869](#) (*Fair Play*); Hof Arnhem 15 maart 2011, [ECLI:NL:GHARN:2011:BQ1305](#); Ktr. Nijmegen 30 juni 2006, [ECLI:NL:RBARN:2006:AY3823](#) (*Van Heugten*)

¹⁶ Hof Amsterdam 3 november 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:2929](#) (*AFM*) rov. 3.4.

¹⁷ Ktr. Den Haag 13 augustus 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:7813](#) (*SRK*)

¹⁸ Ktr. Nijmegen 13 maart 2020, [ECLI:NL:RBGEL:2020:1608](#).

¹⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:1510](#) (*IFF*).

²⁰ HR 29 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1869](#) (*Fair Play*), rov. 3.1.2.

- 6.20. De Hoge Raad overwoog verder dat het gaat om een belangenafweging tussen het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde en het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsovereenkomst:

“Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.”

- 6.21. Met die uitspraak is verduidelijkt dat de rechter een belangenafweging moet maken. Samengevat moet de rechter beoordelen of de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging t.o.v. de belangen van de werknemer.

Onze bevindingen specifiek ten opzichte van postactieven

- 6.22. In deze paragraaf staan wij stil bij de specifieke situatie van eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever met postactieven.

Geldt artikel 19 PW ook ten opzichte van postactieven?

- 6.23. De wet bepaalt dat een werkgever de pensioenovereenkomst onder voorwaarden (schriftelijk beding en voldoende zwaarwichtig belang) kan wijzigen met een werknemer. Er staat niet dat de werkgever de pensioenovereenkomst kan wijzigen met een gewezen werknemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden (postactieven dus).
- 6.24. Bij letterlijke lezing is de bepaling over eenzijdige wijziging niet van toepassing op een wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever met postactieven. Zij staan immers niet genoemd.
- 6.25. Toch zijn er aanwijzingen en argumenten dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat deze bepaling ook wordt toegepast op hen.²¹
- 6.26. Het eerder aangehaalde ECN-arrest maakt duidelijk dat de pensioenovereenkomst niet eindigt bij het bereiken van de arbeidsovereenkomst. De pensioenovereenkomst wordt voortgezet met andere hoedanigheid van partijen. De verbintenissen uit de pensioenovereenkomst zijn niet geëindigd.
- 6.27. De gewijzigde hoedanigheid van partijen kan zo worden uitgelegd dat de pensioenafspraken tussen werkgever en werknemer pensioenafspraken tussen werkgever en postactieve zijn geworden. Anders gezegd: de status van werknemer is ingewisseld voor postactieve. Dat betekent niet dat de pensioenovereenkomst is geëindigd.
- 6.28. Een wijziging van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en postactieve vraagt om een dynamische uitleg of postcontractuele werking van het eenzijdig wijzigingsbeding. Er was een

²¹ Asser-Lutjens 7-XI 2019/558 acht die uitleg eveneens verdedigbaar.

eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen. Het enkele feit dat een werknemer postactieve is geworden, betekent in die opvatting dat het eenzijdige wijzigingsbeding dan toch kan c.q. moet worden toegepast.

- 6.29. Die dynamische uitleg met postcontractuele werking is verdedigbaar maar niet waterdicht.²² Postactieven kunnen zich verzetten tegen de bevoegdheid de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen door die dynamische uitleg tegen te gaan. Zij kunnen dan stellen dat de arbeidsovereenkomst en/of pensioenovereenkomst moeten worden uitgelegd op grond van de Haviltex-norm. Daarbij is leidend de bedoeling die partijen over en weer hadden. Postactieven kunnen bepleiten dat het niet de bedoeling was om na het eindigen van de arbeidsovereenkomst gebruik te kunnen maken van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid].
- 6.30. Het Hof Arnhem-Leeuwarden paste de zwaarwichtig belang toets toe op een gepensioneerde in een arrest over eenzijdige wijziging van de indexatie. Het overwoog als volgt:²³

“Naar het oordeel van het hof is de in artikel 19 PW neergelegde mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van een pensioenovereenkomst evenzeer van toepassing op actieve werknemers, als op gepensioneerden en gewezen deelnemers met een premievrije pensioenaanspraak. De rechtsverhouding tussen [appellant] en OLMA is immers, met gewijzigde hoedanigheid van partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Bovendien strookt het niet met de beschermingsgedachte van artikel 19 PW om die bepaling uitsluitend van toepassing te achten op deelnemers die op het moment van de door de werkgever gewenste wijziging nog steeds werkzaam zijn bij de werkgever.”

- 6.31. In die zaak oordeelde het Hof juist dat toepassing van de zwaarwichtig belang toets de gepensioneerde beschermde tegen een indexatiewijziging. Geoordeeld werd dat de werkgever een onvoldoende zwaarwichtig belang had voor de wijziging jegens de pensioengerechtigde.
- 6.32. Het arrest lijkt een teleologische wetsuitleg voor te staan waarbij de regels over eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst voor deelnemers eveneens gelden voor postactieven. Er zijn meer voorbeelden van postcontractuele werking van bepalingen in een arbeidsovereenkomst. Zo strekt een non-concurrentiebeding ([artikel 7:653 BW](#)) of een geheimhoudingsbeding zich vaak uit tot na de periode waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.²⁴
- 6.33. Het arrest verwijst impliciet naar de overweging uit het ECN-arrest over de gewijzigde hoedanigheid van partijen. Die lijn lijkt te zijn een dynamische uitleg van het begrip werknemer met postcontractuele werking. Na het eindigen van de arbeidsovereenkomst is de pensioenovereenkomst niet geëindigd. Dat de status van werknemer van kleur verschieft naar postactieve staat toepassing van het eenzijdig wijzigingsbeding niet in de weg.

²² M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M van der Poel, E. Schop, I. Witte, ‘Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek’, [TPV 2012/42](#).

²³ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:6545](#), rov. 5.19.

²⁴ Vgl. J.M. van Slooten, ‘De uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk’, [TPV 2012/16](#).

- 6.34. Het conceptwetsvoorstel volgt die lijn door in lid 2 toe te voegen dat een werkgever de pensioenovereenkomst ook kan wijzigen met gewezen deelnemers en pensioengerechtigden met toepassing van dezelfde zwaarwichtig belang toetsing:

“Een werkgever kan de pensioenovereenkomst ook wijzigen voor gewezen werknemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing.”

- 6.35. De [memorie van toelichting](#) bij de WTP meldt dat dit een verduidelijking is dat dezelfde wijzigingsbevoegdheid voor pensioengerechtigden en slapers van toepassing is als bij werknemers:

“In een nieuw tweede lid van artikel 19 wordt dit uitgangspunt neergelegd en daarbij tevens verduidelijkt dat de wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van pensioengerechtigden en gewezen deelnemers aan dezelfde voorwaarden is gebonden als de eenzijdige wijziging voor werknemers. Dat betekent dat ook bij de wijziging ten aanzien van pensioengerechtigden en gewezen deelnemers er sprake moet zijn van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de pensioengerechtigde of gewezen deelnemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

- 6.36. Deze verduidelijking kan gezien worden als een codificatie van de dynamische uitleg van het eenzijdig wijzigingsbeding. De conceptwetgever kan daarbij aansluiting zoeken bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en een nadere uitwerking van het ECN-arrest voor wat betreft de eenzijdige wijziging. Wij geven in overweging om – indien onze interpretatie juist is - dit nader te verduidelijken in het conceptwetsvoorstel. Dat neemt rechtsonzekerheid weg.

Kanttekeningen bij de inhoudelijke eenzijdige wijziging

- 6.37. Eenzijdige wijziging door de werkgever is toegestaan wanneer hij een voldoende zwaarwichtig belang heeft om de arbeidsvoorwaarde pensioen te wijzigen waarvoor het belang van de postactieve moet wijken.
- 6.38. In de wetsgeschiedenis is over [artikel 19 PW](#) opgemerkt dat de bevoegdheid van de werkgever zich niet uitstrekt tot reeds opgebouwde aanspraken, maar alleen ziet op nog op te bouwen aanspraken.²⁵ Die passage kan de indruk wekken dat eenzijdige wijziging zich niet uitstrekt tot andere onderdelen van de pensioenovereenkomst dan de op te bouwen aanspraken, zoals korting/indexatie of informatiebepalingen. Wij kunnen ons voorstellen dat dit tijdens de parlementaire behandeling wordt verduidelijkt.
- 6.39. De zwaarwichtig belang toets is per definitie een belangenafweging tussen het belang van de werkgever en het belang van de postactieve. Het is daarom niet goed mogelijk om algemene conclusies te verbinden die in alle relevante omstandigheden leiden tot een oordeel over de rechtsgeldigheid van de wijziging.

²⁵ Kamerstukken II 2005/06, [30413, 3](#), p. 38.

- 6.40. Toch zijn er enkele gezichtspunten. Een werkgever moet een voldoende zwaarwichtig belang hebben. Een zwaarwichtig belang is sneller aanwezig wanneer de werkgever de noodzaak voor wijziging kan onderbouwen met een wijziging van de wetgeving.
- 6.41. Dat is geen automatisme. Een praktisch voorbeeld daarvan uit de rechtspraak is de fiscale wetwijziging bij VUT, prepensioen en levensloop. Wijziging van de fiscale pensioenwetgeving werkt niet automatisch door in de pensioenovereenkomst. Het is niet automatisch een voldoende zwaarwichtig belang. Dat blijkt uit verschillende uitspraken.²⁶ Het Fair Play arrest van de Hoge Raad maakt eveneens dat een werkgever behoefte heeft aan een onderbouwing om het voldoende zwaarwichtig belang te hebben om de pensioenovereenkomst met postactieven te wijzigen. Wij geven in overweging om te beoordelen of het op zichzelf juridisch duidelijke kader partijen voldoende zwaarwichtig belang oplevert voor werkgevers, juist ten aanzien van postactieven (zie hoofdstuk 5).

Kanttekeningen bij de belangenafweging

- 6.42. Deelnemers en postactieven verkeren niet in dezelfde rechtspositie. Dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd en of de pensioenuitkering is ingegaan (pensioengerechtigden) betekent dat de belangenafweging bij de zwaarwichtig belang toetsing anders is. De toetsingsnorm is gelijk, de rechtspositie niet.
- 6.43. Dit is een gezichtspunt dat gewogen zal worden door rechters bij wijziging van de pensioenovereenkomst. Het gaat niet om gelijke gevallen. Pensioengerechtigden hebben in de uitkeringsfase weinig mogelijkheden om pensioenversoberingen op te vangen. Een ander element is dat bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst de OR een wettelijk instemmingsrecht kan hebben. De OR is samengesteld uit actieven.
- 6.44. Instemming van de OR weegt bij de rechterlijke beoordeling mee of sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang.²⁷ Voor pensioengerechtigden kan het nadelig zijn dat bij de eenzijdige wijziging hun belangen niet worden vertegenwoordigd. Het hoorrecht van een vereniging van pensioengerechtigden bij verzekerde regelingen ([artikel 22 PW](#))²⁸ is veel minder sterk dan het instemmingsrecht van de OR.
- 6.45. De rechter zal naar wij verwachten met deze gezichtspunten rekening houden bij de individuele belangenafweging bij de eenzijdige wijziging jegens postactieven. Wij geven in overweging om bovenstaande gezichtspunten mee te nemen in de toelichting bij de wijziging van [artikel 19 PW](#). Zo kan worden verduidelijkt dat de toetsingsnorm (zwaarwichtig belang toets) hetzelfde is, maar dat de belangenafweging jegens postactieven anders kan zijn dan jegens werknemers omdat het geen gelijke gevallen betreft, zoals hierboven toegelicht.

²⁶ Hof Den Haag 29 juni 2010, [PJ 2011/19](#), [ECLI:NL:GHSGR:2010:BM9719](#); Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, [PJ 2009/187](#), [ECLI:NL:GHSHE:2009:BM3571](#) (*Gardisette*); Hof Amsterdam 27 juli 2010, [PJ 2010/192](#), [ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9262](#) (*NLR*).

²⁷ Zie M.Heemskerck, *Pensioenrecht*, BJU 2020, p. 236-237; Asser-Lutjens 7-XI 2019/557.

²⁸ Vgl. artikel 150g conceptwetsvoorstel voor het daar voorgestelde hoorrecht.

Slotson

- 6.46. SZW heeft verzocht om onder meer de volgende vraag te beantwoorden: geeft de voorgenomen wijziging van [artikel 19 PW](#) partijen voldoende duidelijkheid (rechtszekerheid) om bij een wijziging van de pensioenovereenkomst ook postactieven aan de wijziging te kunnen binden?
- 6.47. De voorgenomen wijziging geeft qua juridisch kader volgens ons in de basis voldoende duidelijkheid (rechtszekerheid) aan werkgevers om ook postactieven aan een wijziging van de pensioenovereenkomst te kunnen binden.
- 6.48. Het juridisch kader is bekend en wordt in de rechtspraak gehanteerd. De invulling van de zwaarwichtig belangtoetsing vergt een beoordeling door de rechter, die nu ook al plaatsvindt bij eenzijdige wijzigingstrajecten. De uitbreiding van de reikwijdte van [artikel 19 PW](#) tot gewezen deelnemers en pensioengerechtigden²⁹ verduidelijkt dat de al uit wetgeving en rechtspraak bekende zwaarwichtig belang toets van toepassing is bij eenzijdige wijzigingen van de werkgever jegens gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Voor de haalbaarheid van het voldoende zwaarwichtig belang van een werkgever kan de conceptwetgeving wellicht verduidelijken waarom werkgevers de pensioenovereenkomst met postactieven moeten wijzigen. Tevens zou kunnen worden overwogen om deze wijziging ook meer te faciliteren, net zoals dat wel gebeurt ten aanzien van werknemers (zie hierover hoofdstuk 5).

²⁹ Overwogen kan worden om ook overige aanspraakgerechtigden onder de reikwijdte te laten vallen. Dat valt buiten het bestek van dit advies.

7. WIJZIGING VIA CAO







- 7.1. In dit hoofdstuk bespreken wij of het huidige recht voldoende rechtszekerheid biedt dat wijzigingen van de pensioenovereenkomst voor postactieven kunnen plaatsvinden door middel van een cao.
- 7.2. Cao's kunnen de inhoud van een arbeidsrelatie (mede) bepalen. Van oudsher wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen gebondenheid middels een incorporatie(beding) en de binding als gevolg van de Wet CAO.³⁰ In deze paragraaf maken wij dat onderscheid ook en beoordelen wij of een voormalige werknemer ook na zijn uitdiensttreding gebonden kan zijn aan een cao-wijziging.
- 7.3. Dwingende doorwerking voortvloeiende uit de Wet CAO

Inleiding

- 7.4. In deze paragraaf beantwoorden wij de vraag naar de dwingende doorwerking ex de Wet CAO aan de hand van achtereenvolgens de wet, de wetsgeschiedenis, rechtspraak en juridische literatuur. We sluiten af met onze bevindingen.

Wet











- 7.5. [Artikel 9 Wet CAO](#) bepaalt dat bepaalde personen door wetsduiding gebonden zijn aan de inhoud van een cao. Daarvoor gelden twee eisen. Ten eerste: de persoon moet lid zijn van een vakbond die contractspartij is bij die cao. Ten tweede: de persoon moet bij die cao "betrokken" zijn, d.w.z. dat hij – kort gezegd – onder de werkingssfeer van die cao valt. Dit noemen wij de dwingende doorwerking van de Wet CAO. [Artikel 9 Wet CAO](#) luidt als volgt:

Artikel 9		119						
1	Allen, die tijdens den duur der collectieve arbeidsovereenkomst, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, lid zijn of worden eener vereniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan, en bij de overeenkomst zijn betrokken, zijn door die overeenkomst gebonden.							

- 7.6. De vraag is of dwingende doorwerking ook geldt voor postactieven. Te meer daar [artikelen 1, 12 en 13 Wet CAO](#) – in ieder geval tekstueel gezien – erop wijzen dat sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst:

Artikel 1		80						
1	Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.							

³⁰ Binding via het ledencontract ex [artikel 2:46 BW](#) laten wij buiten beschouwing.

Artikel 12		142					
1	Elk beding tusschen een werkgever en een werknemer, strijdig met eene collectieve arbeidsovereenkomst door welke zij beiden gebonden zijn, is nietig; in plaats van zoodanig beding gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst.						
2	De nietigheid kan steeds worden ingeroepen door elk der partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst.						
Artikel 13		20					
Bij gebreke van bepalingen in eene arbeidsovereenkomst omtrent aangelegenheden, geregeld in eene collectieve arbeidsovereenkomst door welke zowel de werkgever als de werknemer gebonden zijn, gelden de bepalingen der collectieve arbeidsovereenkomst.							

Wetsgeschiedenis

- 7.7. De wetsgeschiedenis van de Wet CAO richt zich vooral op de positie van de werknemer en daaraan gelijkgestelde arbeidsrelaties. Over de positie van postactieven wordt niet gesproken.³¹ Dat kan worden gezien als dé bevestiging dat de Wet CAO geen dwingende doorwerking kent jegens hen. Tegelijkertijd sluiten wij niet uit dat de wetgever destijds simpelweg niet heeft gedacht aan postactieven.

Rechtspraak

- 7.8. Vooropgesteld: de Hoge Raad heeft, voor zover wij dat weten, zich (nog) niet uitgelaten over de principiële vraag of de Wet CAO ook dwingende doorwerking heeft ten opzichte van postactieven. Lagere rechtspraak is er echter wel.
- 7.9. Hoven Arnhem, Leeuwarden, Amsterdam en Den Bosch³² – en ook de lagere rechters in Middelburg, Arnhem en Meppel –³³ oordeelden in indexatie- en ziektekostenzaken dat de Wet CAO zo'n dwingende doorwerking niet bevat ten opzichte van postactieven. Deze hoven vielen over het feit dat de Wet CAO louter spreekt van "werknemer" en "bij arbeidsovereenkomst in acht te nemen". Zie ter illustratie Hof Arnhem 25 oktober 2011, JAR 2011/312, rov. 5.22 e.v. (de andere hofuitspraken volgende een soortgelijke redenering):

"5.23. Van belang is dat aan het slot van artikel 1 lid 1 WCAO is bepaald dat deze bij een CAO te regelen onderwerpen op het gebied van arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen (cursivering 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, zoals hiervoor weergegeven, duiden erop dat voor de gebondenheid aan een CAO sprake moet zijn van een werkgever-werknemer relatie.

³¹ Zie met name *Kamerstukken II 1926/27*, 166, 3, p. 3 t/m 7.

³² Hof Arnhem 25 oktober 2011, JAR 2011/312, rov. 5.22 e.v. (*Elementis*), Hof Leeuwarden 25 september 2012, [ECLI:NL:GHLEE:2012:BX8630](#), rov. 4.9 (*Friesland Foods*), Hof Amsterdam 26 maart 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:5246](#), rov. 4.25 en 4.26 e.v. (*asr*) en Hof Den Bosch 15 december 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:5229](#), rov. 3.6 (*MSD*).

³³ Zie: (i) Rb. Middelburg 5 november 2003, JAR 2003/291, rov. 3.7; (ii) Rb. Arnhem (pres.) 16 april 2004, [ECLI:NL:RBARN:2004:AO7711](#), rov. 6; en (iii) Ktr. Meppel 27 januari 2005, JAR 2005/260 (*Friesland Coberco*), rov. 4.2.

5.24. Gesteld noch gebleken is dat de tussen appellanten en Elementis gesloten arbeidsovereenkomst na de pensionering van appellanten heeft voortgeduurd. Dit betekent dat de (nieuwe) CAO die op 27 oktober 2005 – dus na de pensionering van appellanten – is gesloten niet meer dwingend kon doorwerken en evenmin de – geëindigde – arbeidsovereenkomst kon aanvullen.

- 7.10. Deze uitspraken staan op gespannen voet met een Hoge Raad uitspraak uit 1963, waarin juist is geoordeeld dat een bredere toepassing mogelijk is (ook buiten een arbeidsrelatie om).³⁴ De Hoge Raad oordeelde destijds als volgt:

“dat daarbij de omstandigheid dat de wetgever die rechtstreekse binding in de artt. 12 en 13 van de wet alleen heeft uitgewerkt voor het geval de leden met elkander een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, geenszins uitsluit dat zodanige binding ook buiten dat geval zou kunnen bestaan; dat voorts art. 1 der wet, hetwelk de werkingssfeer van collectieve arbeidsovereenkomst aldus omschrijft, dat zij regelen “voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen”, ruimte laat voor een regeling als de onderhavige”

- 7.11. De hovenuitspraken staan overigens ook op gespannen voet met het volgende:

- a. Een (op dit punt overigens niet uitgebreid gemotiveerde) uitspraak van Hof Amsterdam ([ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1970](#), rov. 4.5 (ING)):³⁵

“De oud-medewerkers konden op 2 november 2005 derhalve niet als “bij de cao betrokken” worden aangemerkt, zodat voor het aannemen van gebondenheid op grond van artikel 9 Wet op de cao aan het op die datum overeengekomen nieuwe artikel 11.2.2 onvoldoende grond bestaat.”

- b. Een meer recent advies van de A-G Hammerstein uit 2013:³⁶

“Vervolgens rijst de vraag of deze overeenkomst bij CAO kan worden gewijzigd. Daarbij is van belang dat ingevolge art. 1 lid 1 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst arbeidsvoorwaarden worden geregeld. Ik meen met de steller van het middel dat de pensioenen onder de materiële reikwijdte van art. 1 lid 1 vallen. Tegen deze opvatting pleit volgens sommige schrijvers, en kennelijk ook volgens het hof, dat moet zijn voldaan aan het vereiste dat het moet gaan om arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten. Aan dat vereiste is voldaan als aangenomen wordt dat de pensioenovereenkomst deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst die dan vervolgens in zoverre nog doorloopt. Ingevolge art. 9 lid 1 Wet CAO is daartoe betrokkenheid van de ex-werknemer vereist. Daarvan kan worden gesproken als de CAO beoogt de rechtsverhouding met hen te bepalen. De grondslag van deze ‘doorwerking’ is te vinden in art. 9 Wet CAO al dan niet in verbinding met in de contractuele

³⁴ HR 6 maart 1962, *NJKort* 1963/222. Steun voor dwingende doorwerking zou ook gevonden kunnen worden in HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/936.

³⁵ Hof Amsterdam 28 december 2010, [ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1970](#), rov. 4.5 (ING).

³⁶ De conclusie van 18 januari 2013 van A-G Hammerstein in de cassatieprocedure die volgde op Hof Arnhem 25 oktober 2011, *JAR* 2011/312 (Elementis) (niet gepubliceerd). Een Hoge Raad uitspraak is er niet gekomen.

incorporatie van de CAO in de arbeidsovereenkomst. De onderdelen 2a en 2b treffen dus in zoverre doel.”

- c. Enkele uitspraken van rechtbanken.³⁷

Juridische literatuur

- 7.12. In de literatuur wordt ook verschillend gedacht over de vraag of de dwingende doorwerking van [artikel 9 Wet CAO](#) ook geldt voor postactieven.³⁸ Eensgezindheid is verre te vinden. Baltussen, Lutjens, Verhulp, Jacobs, Van den Heuvel, Van Slooten en Vestering pleiten voor dwingende doorwerking.³⁹
- 7.13. Stege, Tali, Grapperhaus en Beltzer zijn tegen.⁴⁰ Zij stellen dat de Wet CAO geen dwingende doorwerking kent voor postactieven. Zij baseren dat onder meer op internationaal recht,⁴¹ het systeem van de Wet CAO en enkele parlementaire citaten. Daarbij gaan zij ervan uit dat tussen de werkgever en postactieven geen arbeidsovereenkomst bestaat, terwijl dat voor de aanvullende en beperkende werking van [artikelen 12 en 13 Wet CAO](#) tekstueel bezien wel vereist zou zijn. Ook vallen zij over het feit dat mede in die artikelen louter wordt gesproken over de “*werknemer*”, en niet ook over postactieven.
- 7.14. Wij merken op dat deze literatuur geschreven is vóór de ECN-uitspraak. Weliswaar ging die uitspraak niet over toepassing van de CAO-wijziging. Voorstelbaar is dat de gewijzigde hoedanigheid van partijen analoog kan worden toegepast. In dat geval is aanpassing of verduidelijking van de Wet CAO op dat punt opportuun. Verduidelijking tijdens de parlementaire behandeling van de wet toekomst pensioenen is gewenst om meer rechtszekerheid te verkrijgen.
- 7.15. Naast [artikelen 12 en 13 Wet CAO](#) wordt – als obstakel voor het aannemen van dwingende doorwerking – ook verwezen naar de definitie van “*collectieve arbeidsovereenkomst*” in [artikel 1 Wet CAO](#). Ook daarin wordt alleen “*werknemer*” en “*arbeidsvoorwaarden*” genoemd, wat niet zou duiden op (de verhouding met) postactieven.

³⁷ Zie: (i) Ktr. Terneuzen 22 augustus 2001, *JAR* 2001/193, rov. 5.3 (ACZC), (ii) Ktr. Terneuzen 12 december 2001, [JAR 2002/29](#), rov. 5.3, (iii) Ktr. Utrecht 21 november 2007, [ECLI:NL:RBUTR:2007:BC2292](#), rov. 4.1 en (iv) Ktr. Amsterdam 18 december 2007, *PJ* 2007/17.

³⁸ Lezenswaardig is de bijdrage van M.F. Baltussen in *De toekomst van het cao-recht*, [Deventer: Kluwer 2011](#), p. 79 t/m 105.

³⁹ Zie (i) M.F. Baltussen, 'Gepensioneerden aller bedrijven verenigt u', *SMA* 2008, p. 82 e.v., (ii) E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij CAO', *SR* 2004, 53, (iii) E. Verhulp, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9 WCAO, aant. 1, (iv) A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 124, (v) de annotatie van L.H. van den Heuvel bij *PJ* 2002/28, (vi) J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk', *TPV* 2012/16 en (vii) P.G. Vestering, 'Voorwaardelijke indexering van pensioenen: blijvend onzeker', *P&P* 2010/5.

⁴⁰ Zie (i) A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de cao-partijen*, [Deventer: Kluwer 2004](#), p. 145-148, (ii) N. Tali, 'De cao en de rechtspositie van gepensioneerden', *ArbeidsRecht* 2009/33, (iii) F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht*, art. 14 WCAO, aant. 12 en 13 (9^e druk) en (iv) de annotaties van R.M. Beltzer bij *JAR* 2005/260 en *JAR* 2006/53.

⁴¹ Zoals het ILO-Verdrag nr. 87 en nr. 98.

Slotson

- 7.16. Alles overziend: er is in literatuur en rechtspraak geen eensgezindheid of een cao dwingend (ex [artikel 9 Wet CAO](#)) de rechtspositie van een postactieven (vakbondslid) kan wijzigen. Ervan uitgaande dat de wetgever zo'n wijzigingsmogelijkheid wél wil faciliteren, vinden wij dat het huidige recht op dit punt onvoldoende rechtszekerheid biedt. In dat geval, stellen wij voor artikelen 1, 9, 12 en 13 Wet CAO te herzien, en wel zodanig dat die tekstueel bezien zich niet meer louter beperken tot werknemers.
- 7.17. Hoewel dit buiten het bestek van dit advies valt, geven wij SZW ook mee te onderzoeken of eventuele wijzigingen van genoemde artikelen 1, 9, 12 en 13 Wet CAO gepaard moet gaan met aanvullende waarborgen. Waarborgen zou wenselijk kunnen zijn, bijvoorbeeld:
- Omdat het denkbaar is dat vakbonden niet genegen zouden kunnen zijn de belangen van postactieven net zo (goed) te behandelen als actieven.
 - Om zeker te stellen dat de representativiteit van vakbonden ten opzichte van postactieven net zo is als ten opzichte van actieven.
- 7.18. Incorporatiebeding – de ongebonden voormalige werknemer
- 7.19. Nu beantwoorden wij de vraag of wijzigingen rechtsgeldig kunnen worden doorgevoerd middels een cao-incorporatiebeding.
- 7.20. Vooropgesteld: er bestaat geen regel die het werkgever en voormalige werknemer verbiedt met elkaar afspreken dat hun rechtsverhouding wordt beheerst door opeenvolgende cao's van die werkgever. Op dat punt bestaat dus contractsvrijheid.
- 7.21. Zo'n afspraak wordt doorgaans een incorporatiebeding genoemd. Of zo'n beding is overeengekomen, is een kwestie van uitleg. Uitleg gebeurt aan de hand van de normen die daarvoor zijn ontwikkeld in rechtspraak. Meestal is dat de objectieve uitlegnorm; soms de Haviltex-norm. De praktijk heeft al jaren te maken met die normen en, mede gezien de daarin opgenomen flexibiliteit, lijken die normen een goed handvat te bieden voor partijen en rechtspraak. In het kort komt het bij beide uitlegmethodes erop neer de gemeenschappelijke partijbedoeling boven tafel te krijgen. Het betreft een reconstructie aan de hand van – in beginsel – alle omstandigheden van het geval. Gezien het onderhavige onderwerp, zal het veelal gaan om een uitleg aan de hand van de objectieve uitlegnorm en kan niet naar alle omstandigheden worden gekeken. Die norm beperkt zich tot die omstandigheden die voor eenieder objectief te kennen zijn. Dus niet mails waarover een werknemer niet kan beschikken.
- 7.22. De volgende vragen kunnen de uitlegkwestie bemoeilijken:
- Verwijst het beding louter naar één specifieke op dat moment van toepassing zijnde cao (statisch incorporatiebeding) of ook naar de daaropvolgende cao's (dynamisch)?
 - Verwijst het beding louter naar één specifiek soort cao (bijv. alleen de cao voor het bankbedrijf, en dus wel naar latere cao's voor het bankbedrijf maar niet naar de latere ondernemingscao van bijvoorbeeld Fortis Bank)?
 - Naar welke opvolgende cao is bedoeld te verwijzen als het oorspronkelijke concern als zodanig niet meer bestaat (bijv. als gevolg van een overname of splitsing)?

- 7.23. Er bestaat over dit onderwerp een groot aantal uitspraken. Het zijn vooral uitspraken die te maken hebben met het *en masse* beëindigen van de werkgeversbijdrage aan postactieven in hun ziektekosten rond 2005/2006, maar ook het wijzigen door oud werkgevers van hun indexatieverplichtingen. Hieruit maken wij op dat als de pensioenregeling ook gedurende het actieve dienstverband was opgenomen in de cao, opvolgende cao's de pensioenregeling van postactieven rechtsgeldig kunnen wijzigen zonder dat die wijziging nog onderworpen is aan een nadere inhoudelijke toets als evenwichtigheid, zwaarwichtigheid, onaanvaardbaarheid, etc.⁴²

Slotson

- 7.24. Wij menen dat het juridisch kader partijen voldoende juridische zekerheid biedt om voor postactieven met een incorporatiebeding de pensioenovereenkomst te wijzigen. Uit rechtspraak blijkt dat de uitleg van dat incorporatiebeding beslissend is voor de binding aan postactieven.

⁴² T. Huijg, '(Eenzijdig) beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven', *TRA* 2010/57 en *PJ* 2015/79.

8. WIJZIGING DOOR PENSIOENFONDSEN

Inleiding

- 8.1. Deze paragraaf gaat over de vraag of de pensioenovereenkomst ook kan worden gewijzigd door – specifiek – een besluit daartoe van het ondernemingspensioenfonds, zonder dat dat besluit of die wijziging nog een inhoudelijke toets moet doorstaan alvorens sprake kan zijn van een rechtsgeldige wijziging.
- 8.2. Dit wordt ook wel de pensioenfonds(en)route genoemd.⁴³ De idee daarbij is dat werkgever en werknemer (dan wel hun vertegenwoordigers) vooraf afspreken dat toekomstige wijzigingen waartoe het bestuur van het ondernemingspensioenfonds besluit automatisch doorwerken in hun onderlinge rechtsverhouding. Het is dan niet de werkgever of de werknemer die wijzigt, maar het fonds(bestuur).
- 8.3. Zo'n automatische wijzigingsafpraak is vaak middels een incorporatiebeding vastgelegd in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst (dan wel personeelsgids). Of zo'n incorporatiebeding vooraf is overeengekomen, is een kwestie van uitleg. Het is onze indruk dat de aanwezigheid van een (dynamisch) incorporatiebeding al vrij snel wordt aangenomen door rechters.
- 8.4. In het vervolg van deze paragraaf bespreken wij of de pensioenfondsroute juridisch werkt, aannemende dat zo'n incorporatiebeding bindend vooraf is overeengekomen. Wij doen dit achtereenvolgens aan de hand van de wet, de wetsgeschiedenis, rechtspraak en juridische literatuur.

Wet

- 8.5. Vooropgesteld: de wet verbiedt zo'n wijzigingsafpraak niet. Op dit punt bestaat dus contractsvrijheid. Anders dan bij het eenzijdig wijzigen, bevat de wet ook geen specifieke arbeidsrechtelijke norm waaraan een daadwerkelijke wijziging door het fondsbestuur moet voldoen alvorens die automatisch kan doorwerken in de pensioenovereenkomst.
- 8.6. De meer algemene civielrechtelijke normen gelden wel, namelijk dat gebruikmaking van die bevoegdheid niet mag worden misbruikt ([art. 3:13 BW](#))⁴⁴ en dat onder omstandigheden de gebruikmaking daarvan onaanvaardbaar is ([art. 6:248 lid 2](#) of [art. 2:8 lid 2 BW](#)). Van misbruik en onaanvaardbaarheid is niet snel sprake. In het algemeen vormen deze normen geen beletsel voor een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst. Overigens, ook geldt de pensioenrechtelijke norm uit [artikel 105 lid 2 PW](#) dat het bestuur, kort gezegd, bij haar besluit evenwichtig moet handelen. Maar ook die norm zal doorgaans geen beletsel vormen, omdat rechters op dat punt marginaal/terughoudend toetsen.

⁴³ Wij merken op dat de pensioenfondsroute wordt toegepast bij een ondernemingspensioenfonds. Voorstelbaar is dat dit ook gebeurt bij een algemeen pensioenfonds en/of bij vrijwillige bedrijfstakpensioenfonds of verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor zover het gaat om niet verplichtgestelde onderdelen van de pensioenovereenkomst.

⁴⁴ Zie hierover ook Hof Amsterdam 12 juni 2012, [ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050](#) (Delta Lloyd), rov. 3.22. Deze uitspraak is door de Hoge Raad niet gecasseerd, maar afgedaan met een beroep op art. 81 RO. Zie [ECLI:NL:HR:2013:1134](#).

Wetsgeschiedenis

- 8.7. De wetsgeschiedenis – bestaande uit o.a. een SER-advies en Kamerstukken – lijkt (inmiddels) ook de mogelijkheid van de pensioenfondsroute te bevestigen.⁴⁵ Wij vinden dat de wetsgeschiedenis op zichzelf bezien nog onvoldoende rechtszekerheid biedt. De wetsgeschiedenis is op dit punt daarvoor te weinig principieel en onderbouwd.⁴⁶ Bovendien wordt daarin niets gezegd over de vraag of het bestuursbesluit nog aan een inhoudelijke norm moet voldoen alvorens die automatisch *kan* doorwerken. Het meest uitgebreid is een citaat uit het SER-advies van juni 2014 ('Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen', [2014/15](#), p. 39):

“Bij een pensioenregeling die is ondergebracht bij een pensioenfonds wordt de wijzigingsbevoegdheid echter vaak vooraf contractueel overgedragen aan het pensioenfondsbestuur. De wijzigingsbevoegdheid is doorgaans direct in de statuten opgenomen dan wel indirect in de arbeidsovereenkomst opgenomen door een zogenaamde pensioenreglementincorporatie.⁴ De arbeidsovereenkomst verwijst dan naar het pensioenreglement door een beding dat bepaalt dat op de werknemer het pensioenreglement van het pensioenfonds van toepassing is. In het pensioenreglement staat vervolgens dat het pensioenfondsbestuur bevoegd is het reglement te wijzigen. In de gevallen waarbij het bestuur van een pensioenfonds de bevoegdheid heeft de inhoud van de pensioenregeling vast te stellen, hoeft geen sprake te zijn van zwaarwegende omstandigheden. Als (de meerderheid van) het uit werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers bestaande pensioenfondsbestuur akkoord is met de wijziging van de regeling, is de regeling gewijzigd, zonder dat de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft en zonder dat sprake hoeft te zijn van zwaarwegende omstandigheden voor het doorvoeren van de wijziging. De deelnemer is daarmee contractueel gebonden aan besluiten van het pensioenfondsbestuur.”

Rechtspraak

- 8.8. In de rechtspraak is een begin van een rode draad te ontwaren dat de pensioenfondsroute rechtsgeldig is. Veelal wordt verwezen naar de zgn. Delta Lloyd-uitspraak van de Hoge Raad uit november 2013 ([ECLI:NL:HR:2013:1134](#)). In de literatuur is betwijfeld of de Hoge Raad daarin iets zegt over (de rechtsgeldigheid van) de pensioenfondsroute.⁴⁷ Wel kan worden verwezen naar andere uitspraken waarin de pensioenfondsroute wordt geaccepteerd.⁴⁸ Zie – ter illustratie – Hof Den Bosch in de MSD-zaak ([ECLI:NL:GHSHE:2015:5229](#)):

“3.9 De inhoud van de pensioenovereenkomsten tussen [...] [oud-werknemers] en MSD wordt bepaald door hetgeen daarover in artikel 14 van de cao is bepaald, hetgeen zeer summier is.

⁴⁵ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, [32043, 113](#) (p. 34 van bijlage II), *Kamerstukken II* 2015/16, [34378, 3](#), p. 2, 5 en 6 en *Kamerstukken II* 2015/16, [34378, 6](#), p.8. Zie ook het SER advies, 'Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen', [2014/15](#), p. 39.

⁴⁶ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, [32043, 113](#) (p. 34 van bijlage II) en *Kamerstukken II* 2015/16, [34378, 6](#), p.8 voor een voorbeeld van wetsgeschiedenis waarin zelf ook nog een voorbehoud wordt gemaakt.

⁴⁷ Aldus ook: Asser/Lutjens 7-XI 2019/569, H.P. Breuker, 'Wijzigen van de Pensioenfondsroute: mythe of mogelijk?', *TPV* 2020/52, A.G. van Marwijk Kooy, 'Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd', *TPV* 2020/40.

⁴⁸ Zie Ktr. Tiel 25 januari 2006, [ECLI:NL:RBARN:2006:AV0494](#), Hof Den Bosch 15 december 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:5229](#) (MSD), rov. 3.9 en Ktr. Den Bosch 13 september 2018, [ECLI:NL:RBOBR:2018:4438](#) (Mebin), rov. 4.

[...] *De statuten en reglementen van [...] [pensioenfonds] zijn via de cao geïncorporeerd in de pensioenovereenkomsten tussen [...] [oud-werknemers] en MSD. Dat volgt immers uit de artikelen 14.1.1. en 14.1.2. van de cao. Dat betekent dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door hetgeen in de statuten, de pensioenreglementen en het huishoudelijk reglement van [...] [pensioenfonds] is vastgelegd. Dat betekent ook dat wanneer die reglementen wijzigen de inhoud van de pensioenovereenkomsten wijzigt.*"

Juridische literatuur

- 8.9. In lijn met het voorgaande wordt in juridische literatuur voornamelijk bevestigd dat de pensioenfondsroute mogelijk is.⁴⁹ Er is (dus) ook een tegengeluid aanwezig.⁵⁰

Slotsom

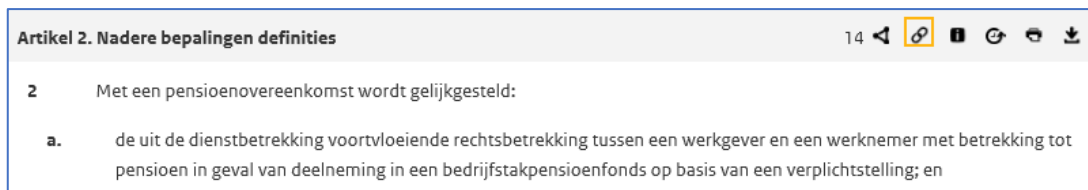
- 8.10. Wij menen dat deze wijzigingsmethode rechtsgeldig is. Dit baseren wij vooral op het feit dat de wet het simpelweg niet verbiedt. Natuurlijk helpt het daarbij dat de wetsgeschiedenis (waaronder SZW en SER) en enkele rechters zich inmiddels hierachter lijken te hebben geschaard.
- 8.11. Tegelijkertijd zien wij ook dat rechtspraak en wetsgeschiedenis op dit punt nog in een prille fase verkeren. Oftewel: dat de daarin ingezette lijn zeker nog niet is uitontwikkeld en wellicht ook nog niet volledig is doordracht. Dat maakt dat wij voorzichtig zijn in onze mening of deze wijzigingsmethode partijen juridisch voldoende rechtszekerheid biedt: wij vinden dat deze zekerheid er nog onvoldoende is.
- 8.12. Maar wij vragen ons ook af of het de taak is van de wetgever om hierin middels een wetswijziging in te grijpen. Dit doet de wetgever immers ook niet bij andersoortige incorporatiebedingen (zoals ten aanzien van een cao). Wel zou de wetgever kunnen overwegen in haar wetsgeschiedenis bij de WTP meer expliciet te benadrukken dat zij vindt (als dat zo is) dat de pensioenfondsroute mogelijk is, daar die is gebaseerd op contractsvrijheid.

⁴⁹ Zie: Asser/Lutjens 7-XI 2019/569, M. Heemskerk, 'Sociale partners kunnen wijzigingsbevoegdheid pensioen hebben overgedragen aan fondsbestuur', *TPV* 2020/42, H.P. Breuker, 'Wijzigen van de Pensioenfondsroute: mythe of mogelijk?', *TPV* 2020/52, *PJ* 2018/173, m.nt. T. Huijg en K.A. van Haaren, 'Navigeren door de pensioenfondsroute', *TPV* 2019/46.

⁵⁰ Zie A.G. van Marwijk Kooy, 'Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd', *TPV* 2020/40, E. Schop, 'Wijziging medezeggenschap OR over pensioen: niet alle knelpunten zijn opgelost', *TRA* 2017/2, J. Roder, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2007/12, R. Veugelers, 'Instemmingsrecht voor de OR: nog enkele aandachtspunten', *PM* 2016/37, Wetsvoorstel OR en pensioen — Analyse & Commentaar, Amsterdam: Vereniging van Pensioenjuristen 2016, p. 15, F. Hoppers en H. Hoving, 'Pensioenwet ingehaald door praktijk, Knelpunten wijziging arbeidsvoorwaarde pensioen bij ondernemingspensioenfondsen', *NJB* 2011/728.

9. WIJZIGING BIJ VERPLICHTGESTELD BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS

- 9.1. Deze vraag staat in dit hoofdstuk centraal: geeft het huidige recht en de in het consultatiedocument voorgenomen maatregelen partijen qua juridisch kader voldoende rechtszekerheid hoe postactieven kunnen worden gebonden aan een wijziging van de pensioenovereenkomst *bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds*?
- 9.2. Verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds gebeurt op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven. Dat moet naar het oordeel van de minister van SZW een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen.⁵¹ Is dat het geval, dan wordt een verplichtstellingsbesluit gepubliceerd in de Staatscourant. De procedure hiervoor is vastgelegd in de Wet Bpf 2000 en in de Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000.⁵²
- 9.3. Relevant is dat er bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen geen individuele pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer hoeft te zijn. De Pensioenwet heeft in [artikel 2 lid 2 onder a](#) de pensioenovereenkomst gelijkgesteld:



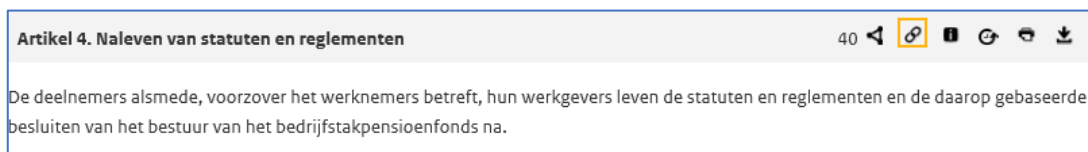
Artikel 2. Nadere bepalingen definities

14

2 Met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld:

a. de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling; en

- 9.4. Uit de arbeidsovereenkomst kunnen door de verplichtstelling verbintenissen voortvloeien. Na het verplichtstellingsbesluit is de Wet Bpf 2000 van toepassing. Een kernbepaling is de zogenoemde nalevingsplicht, zoals vastgelegd in [artikel 4 Wet Bpf 2000](#):



Artikel 4. Naleven van statuten en reglementen

40

De deelnemers alsmede, voorzover het werknemers betreft, hun werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.

- 9.5. Dat deelnemers en werknemers gebonden zijn aan vastgestelde reglementen heeft de Hoge Raad bevestigd in het BOVAG-arrest van 2 maart 2018 ([ECLI:NL:HR:2018:300](#), rov. 3.3.8):

“De deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers, zijn verplicht om de aldus vastgestelde reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds, na te leven.”

- 9.6. Het pensioenreglement en daarmee de inhoud van de pensioenregeling, wordt na de verplichtstelling vastgesteld en gewijzigd op de wijze die voortvloeit uit de afspraken tussen sociale partners in de bedrijfstak en zoals voorzien in de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds, zo

⁵¹ [Artikel 2 Wet Bpf 2000](#).

⁵² Asser-Lutjens 7-XI, 2019 hoofdstuk 5; M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2020, hoofdstuk 7.

overwoog de Hoge Raad. [Artikel 25 PW](#) bepaalt dat afspraken daarover in het uitvoeringsreglement moeten staan.

9.7. Deze zaak ging om de vraag of BOVAG als werkgever gebonden was aan een in het uitvoeringsreglement vastgelegde verdeling van de pensioenpremie tussen werkgever en werknemer. Er was dus geen geschil tussen een gewezen deelnemer of pensioengerechtigde en het bedrijfstakpensioenfonds.

9.8. Net als bij het eenzijdig wijzigingsbeding ([artikel 19 PW](#)) verwijst de wet niet expliciet naar postactieven. In het conceptwetsvoorstel wordt de reikwijdte van die bepaling uitgebreid zodat zij daaronder vallen. Dat staat verwoord in het voorgestelde artikel 4 Wet Bpf 2000:

“De deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de bij het bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.”

9.9. Als toelichting daarbij staat in de concept-[memorie van toelichting](#) bij de WTP:

“In artikel 4 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf2000) is bepaald dat deelnemers en, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers, de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds naleven. Deze binding aan de statuten en reglementen van het fonds geldt natuurlijk ook na de actieve opbouwfase voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden en geldt ook voor andere aanspraakgerechtigden. Door de toevoeging van deze groepen aan artikel 4 wordt dit geëxpliciteerd. Dit komt overeen met de wijziging van de definitie van het begrip pensioenreglement in de Pensioenwet. Ook daar wordt de binding van de andere groepen rechthebbenden aan het reglement toegevoegd (artikel I, onderdeel A en artikel VII, onderdeel A). Een vergelijkbare regeling in artikel 7, derde lid, Wvb wordt eveneens aangepast. In artikel 1 van de Wet Bpf2000 wordt voor de begrippen gewezen deelnemer, pensioengerechtigde of aanspraakgerechtigde verwezen naar de definities in de Pensioenwet.”

9.10. In deze passage wordt tot uitdrukking gebracht dat de nalevingsplicht ‘natuurlijk’ ook geldt voor postactieven. Dat was in ieder geval tekstueel onduidelijk.⁵³ In het voorontwerp wetsvoorstel invoering reële ambitieovereenkomst was op soortgelijke wijze voorzien in de binding van postactieven.⁵⁴ Dat voorontwerp is geen wet geworden.

9.11. Deze aanpassing in het conceptwetsvoorstel wet toekomst pensioenen van [artikel 4 Wet Bpf 2000](#) betekent een verduidelijking van het juridisch kader voor de binding van postactieven. Na de wetswijziging volgt uit de Wet Bpf 2000 dat zij zijn gebonden aan rechtsgeldige wijzigingen van de statuten en reglementen.

⁵³ Zie M. Heemskerk, Van pensioen crisis tot pensioen(r)evolutie, [BJU 2013](#), oratie, p. 34.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2012/13*, [32043](#), [169](#), [bijlage](#) p. 10.

- 9.12. Doorgaans worden de statuten en reglementen gewijzigd door het pensioenfondsbestuur, met inachtneming van de regels die daarvoor gelden. Door het bestuur rechtsgeldig genomen besluiten leiden ertoe dat postactieven worden gebonden.
- 9.13. Wij geven in overweging om de ratio voor deze wijziging te verduidelijken in het wetgevingstraject. Denkbaar is een analoge toepassing van de door de Hoge Raad in het ECN-arrest uitgezette lijn over de voortgezette rechtsverhouding. Bij pensioenfondsen kan wellicht aangesloten worden bij de voor die instellingen wezenlijke solidariteit. De vertegenwoordiging van pensioengerechtigden in het bestuur en/of verantwoording- of belanghebbendenorgaan kan ook bijdragen aan de ratio.
- 9.14. Volledigheidshalve merken wij op dat gewezen werknemers en pensioengerechtigden de rechtsgeldigheid kunnen aanvechten, bijvoorbeeld wegens een veronderstelde schending van eigendomsrechten (art. 1 EP EVRM/art. 17 Handvest EU) of leeftijdsdiscriminatie (WGBL). Dat doet niets af de duidelijkheid van het juridisch kader.
- 9.15. Wellicht ten overvloede wijzen wij op een ander aspect dat relevant kan zijn voor de praktijk voor de wijziging van de pensioenovereenkomst bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat gaat over de bevoegdheidsverdeling tussen sociale partners en bedrijfstakpensioenfondsen. Wij stippen dat op deze plaats slechts aan omdat het buiten de reikwijdte van ons advies valt.⁵⁵
- 9.16. Noemenswaardig is dat de binding van postactieven via [artikel 4 Wet Bpf 2000](#) beperkt is tot verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de verplichte onderdelen.⁵⁶ Er kunnen werkgevers vrijwillig zijn aangesloten bij bedrijfstakpensioenfondsen (vgl. [artikel 121 PW](#)). Eveneens kunnen er bij verplicht aangesloten werkgevers vrijwillige pensioenregelingen zijn. In dat geval dient de binding met postactieven op andere wijze plaats te vinden.

Deelconclusie wijziging verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfondsen

- 9.17. Wij menen dat de combinatie van het huidige recht en de in het consultatiedocument voorgestelde aanpassing van [artikel 4 Wet Bpf 2000](#) qua juridisch kader voldoende rechtszekerheid biedt om een rechtsgeldige wijziging met postactieven tot stand te brengen bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor verplichte onderdelen.

⁵⁵ Zie daarover o.a. A.G. van Marwijk Kooy, 'Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd', *TPV* 2020/40; J. Tangelder, 'Bevoegdheid van sociale partners versus pensioenuitvoerder', *TPV* 2020/41; M. Heemskerk, 'Sociale partners kunnen wijzigingsbevoegdheid pensioen hebben overgedragen', *TPV* 2020/42; E. Lutjens, 'reactie Bevoegdheid wijziging pensioenregeling: mythen ontmaskerd', *TPV* 2020/43; A.G. van Marwijk Kooy, 'Overstappen naar nieuw pensioencontract bij verplicht BPF', *TPV* 2020/53.

⁵⁶ Tot de invoering van de Wet Bpf 2000 bleek uit het woordgebruik van (toen) artikel 3 (voorlopige van het huidige artikel 4) dat de dwingende doorwerking van de Wet Bpf louter gold voor die werknemers die onder de verplichte werkingssfeer vielen. Nadien blijkt dat niet zo expliciet uit [artikel 4 Wet Bpf 2000](#), maar blijkt uit de bijbehorende parlementaire geschiedenis dat die dwingende doorwerking nog steeds louter is bedoeld voor die werknemers die materieel onder de werkingssfeer vallen. Zie *Kamerstukken II* 1999/00, [27073, 3](#), p. 16 (MvT): "Het gevolg van het verplichtstellen van deelneming is dat alle personen behorende tot de groepen die tot deelneming verplicht worden ... gehouden zijn tot naleving van de statuten en reglementen."