

Pensioenwet ingehaald door praktijk

Knelpunten wijziging arbeidsvoorwaarde pensioen bij ondernemingspensioenfondsen

Frédérique Hoppers en Henk Hoving, datum 08-04-2011

Datum

08-04-2011

Auteur

Frédérique Hoppers en Henk Hoving^[1]

JCDI

JCDI:ADS1854:2

Vakgebied(en)

Onbekend (V)

Recht algemeen (V)

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Wetgeving

art. 1 PW; art. 19 PW; art. 7:613 BW; art. 2:24b BW

Wijziging van pensioen is actueel. Op 1 januari 2011 is het pensioen bij zeven pensioenfondsen gekort en ook in 2012 moet een aantal pensioenfondsen waarschijnlijk korten. Korting geeft aanleiding om wijziging van pensioen kritisch te bezien, bijvoorbeeld om te beoordelen of de werkgever moet bijstorten ter voorkoming van korting. Daarnaast kan de huidige kortingsproblematiek aanleiding zijn voor het op grote schaal doorvoeren van (nieuwe) wijzigingen van pensioenregelingen. Deze aanpassingen roepen de vraag op wat er kan en mag bij het wijzigen van pensioenregelingen, vooral bij ondernemingspensioenfondsen. Een juridische analyse van knelpunten die aan de orde kunnen komen.

Eén van de uitgangspunten van het tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioen is de driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder. In de sinds 2007 geldende Pensioenwet zijn de verantwoordelijkheden van en de verhoudingen tussen de drie spelers in deze driehoek beter en strikter vastgelegd in vergelijking tot de voorheen geldende Pensioen- en spaarfondsenwet. De scherp neergezette verhouding tussen de drie spelers in de Pensioenwet levert in de praktijk knelpunten op. Alvorens hierop in te gaan, wordt ter verduidelijking eerst het wettelijk kader van de Pensioenwet geschetst.

De driehoeksverhouding is uitgewerkt in:

- de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer, als onderdeel van de arbeidsovereenkomst;^[2]
- het pensioenreglement tussen werknemer en pensioenuitvoerder;^[3]
- de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder.^[4]

In de pensioenovereenkomst moet worden aangegeven wat het karakter is van de pensioenovereenkomst. Dit karakter wordt bepaald door de uitkering, het kapitaal of de premie.^[5] Bij een uitkeringsovereenkomst zegt de werkgever aan de werknemer een vastgestelde pensioenuitkering toe. Bij een kapitaalovereenkomst staat alleen de opbouw van pensioenkapitaal vast dat uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering. Bij een premieovereenkomst wordt tussen werkgever en werknemer alleen een afspraak gemaakt over de hoogte van de periodiek ten behoeve van pensioen beschikbaar te stellen premie die op de pensioendatum moet worden omgezet in een pensioenuitkering.

Pensioen is een belangrijke en kostbare (gemiddeld circa 20% van de loonkosten) arbeidsvoorwaarde. Wijziging van de afspraken over pensioen kan in beginsel alleen in goed overleg tussen werkgever en werknemer plaatsvinden. Wijziging van de pensioenafpraak door de werkgever zonder instemming van de werknemer is mogelijk, indien dit schriftelijk is overeengekomen in de pensioenovereenkomst en indien de werkgever 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. Deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever in art. 19 PW sluit aan bij de algemene eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de werkgever in art. 7:613 BW.

Een ander belangrijk uitgangspunt van pensioen is de verplichting van de werkgever om het pensioenvermogen buiten het eigen ondernemingsrisico te plaatsen. Door deze onderbrengingsplicht ontstaat de rechtsverhouding tussen werkgever en pensioenfonds, die uitgewerkt moet worden in een uitvoeringsovereenkomst. In de uitvoeringsovereenkomst is o.a. de financiering van het bij het pensioenfonds ondergebrachte pensioen geregeld. De afspraken over de financiering moeten zodanig zijn dat de werkgever zijn pensioenovereenkomst ten opzichte van haar werknemers kan nakomen. De

pensioenuitvoerder is vervolgens verplicht een pensioenreglement voor haar deelnemers vast te stellen, dat in overeenstemming moet zijn met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst.^[9]

De werkgever kan ervoor kiezen om ten behoeve van de eigen onderneming of een groep van ondernemingen als bedoeld in art. 2:24b BW een pensioenfonds op te richten: een ondernemings pensioenfonds. Het toegezegde pensioen wordt dan niet bij een (pensioen)verzekeraar ondergebracht, maar bij het eigen ondernemingspensioenfonds. Dit is alleen mogelijk indien geen sprake is van een verplichte onderbrenging in een bedrijfstakpensioenfonds^[7] of beroepspensioenfonds.^[8] Ons betoog richt zich op de pensioenregeling die is ondergebracht bij een ondernemings pensioenfonds. Hier signaleren wij verschillende knelpunten.

Knelpunten bij ondernemingspensioenfondsen

Wij signaleren een eerste knelpunt bij korting van de pensioenafpraak tussen werkgever en werknemer door een ondernemingspensioenfonds. De werknemer kan de werkgever rechtstreeks aanspreken om het gekorte pensioen te repareren, tenzij in de pensioenovereenkomst sprake is van verwijzing naar het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst (incorporatie).

Er is een tweede knelpunt bij de uitoefening van de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van pensioen, indien deze bevoegdheid van de werkgever in de pensioenovereenkomst is overgedragen aan het ondernemingspensioenfonds. Onduidelijk is of en, zo ja, aan welk wijzigingscriterium getoetst moet worden: de maatstaf van redelijkheid en billijkheid of die van een zwaarwichtig belang.

Ten slotte constateren wij een knelpunt op het terrein van de medezeggenschap, indien in de situatie van het vorige (tweede) knelpunt de pensioenregeling gewijzigd wordt door een ondernemings pensioenfonds. Hier is sprake van een lacune in art. 27 lid 1 onderdeel a WOR. Bij wijziging van de pensioenregeling heeft de ondernemingsraad alleen instemmingsrecht, indien het pensioen is ondergebracht bij een (pensioen)verzekeraar. De ondernemingsraad ontbeert deze instemmingsbevoegdheid indien het pensioen is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds.

Hierna werken wij deze knelpunten uit.

Eerste knelpunt: korten en bijstorten

Ondernemingspensioenfondsen kunnen onder voorwaarden verworven pensioenaanspraken en -rechten korten.^[9] Dit doet zich alleen voor bij uitkerings- en kapitaalovereenkomsten. Korting door het ondernemingspensioenfonds tornt aan de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. De werkgever komt zijn toezegging inzake een op te bouwen pensioenuitkering of -kapitaal niet na. De werknemer kan zich op goede gronden afvragen of zijn werkgever door korting door het ondernemingspensioenfonds ontslagen is van de verplichting tot nakoming van de toegezegde pensioenuitkering of -kapitaal. In het onderstaande lichten wij toe dat de werkgever zich hiertegen onder omstandigheden kan verweren. Het komt veelvuldig voor dat in de pensioenovereenkomst voor de inhoud van het toegezegde pensioen louter verwezen wordt naar het geldende pensioenreglement. Er is dan sprake van incorporatie, het pensioenreglement maakt deel uit van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Dit betekent dat de bevoegdheid tot korting, die in het pensioenreglement moet worden opgenomen,^[10] ook behoort tot de inhoud van de pensioenovereenkomst. Als het ondernemingspensioenfonds besluit te gaan korten, wordt bij incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst niet getornd aan de pensioenovereenkomst, omdat die met de korting gelijk meewijzigt. Hierdoor kan de werkgever betogen dat met het kortingsbesluit door het ondernemingspensioenfonds gelijk de pensioenovereenkomst in het nadeel van de werknemer is gewijzigd. In die situatie kan de werknemer geen aanspraak meer maken op nakoming van de oorspronkelijke pensioentoezegging door de werkgever.

Korting houdt daarnaast verband met de verhouding tussen werkgever en pensioenfonds. De werkgever komt bij korting in beeld, omdat deze maatregel door het fondsbestuur alleen kan plaatsvinden als laatste middel.^[11] Een mogelijke bijstortingsverplichting door de werkgever speelt een rol bij het antwoord op de vraag of alle andere beschikbare sturingsmiddelen reeds of in voldoende mate zijn ingezet ter voorkoming van korting. Bijstorting door de werkgever op verzoek van het pensioenfonds is alleen mogelijk indien de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds hierin voorziet.^[12] Is hiervan geen sprake, dan kan de werkgever weliswaar niet door het pensioenfonds worden aangesproken om bij te storten, maar de werknemer staat niet zonder meer met lege handen. De werknemer is immers geen partij bij de uitvoeringsovereenkomst en kan de werkgever rechtstreeks aanspreken om de toegezegde pensioenuitkering (bij een uitkeringsovereenkomst) of het toegezegde pensioenkapitaal (bij een kapitaalovereenkomst) gestand te doen. Ook in deze situatie biedt incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst wellicht soelaas voor de werkgever.

De geschetste problematiek is aanleiding voor veel werkgevers en ondernemingspensioenfondsen over te gaan tot (eenzijdige) wijziging van de pensioenregeling. Hiermee zijn we aangekomen bij het volgende knelpunt.

Tweede knelpunt (a): gevolgen incorporatie voor verantwoordelijkheidsverdeling bij wijziging

Op basis van de Pensioenwet is de werkgever de partij die bevoegd is tot wijziging van een pensioenregeling en moet het

pensioenfonds de werkgever hierin volgen. Is dit in overeenstemming met de praktijk?

Zoals gezegd, in de praktijk komt het veel voor dat in de pensioenovereenkomst ter concretisering van het pensioen verwezen wordt naar het geldende pensioenreglement. Deze incorporatie is met inbegrip van een eventueel in dat reglement opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding van art. 19 PW. Volgens Lutjens betekent incorporatie van het pensioenreglement, dat de werkgever de pensioenregeling en alle daarin opgenomen werkgeversbevoegdheden – dus ook die tot eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst – aan het pensioenfonds heeft overgedragen.^[13] Breuker gaat nog een stap verder en betoogt dat de enkele onderbrenging van het pensioen bij een pensioenfonds een overdracht van werkgeversbevoegdheden bewerkstelligt.^[14]

Wij vragen ons af of overdracht van werkgeversbevoegdheden aan een ondernemingspensioenfonds te verenigen is met het uitgangspunt van de Pensioenwet betreffende de verdeling van de verantwoordelijkheden. De wetgever beoogt in de Pensioenwet een afbakening te creëren tussen enerzijds de verantwoordelijkheid van de werkgever en anderzijds die van het (ondernemings)pensioenfonds. Deze afbakening wordt bereikt door de bepaling dat het door de pensioenuitvoerder vast te stellen pensioenreglement in overeenstemming moet zijn met de tussen werkgever en werknemer gesloten pensioenovereenkomst.^[15] De wetgever heeft nadrukkelijk het standpunt ingenomen dat het bestuur van het ondernemingspensioenfonds niet het gremium is waar sociale partners tot bindende afspraken over arbeidsvoorwaarden komen. Het fondsbestuur is dan ook niet verantwoordelijk voor de inhoud en reikwijdte van de pensioenovereenkomst.^[16] Bij een ondernemingspensioenfonds bestaat het bestuur niet uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties, maar uit vertegenwoordigers van werkgever en werknemers. De benoeming van de werknemersvertegenwoordigers vindt plaats door en uit de deelnemers en eventueel ook uit de pensioengerechtigden. Er moet sprake zijn van ten minste evenveel vertegenwoordigers van werknemers en pensioengerechtigden als werkgevers.^[17] Bij een bedrijfstakpensioenfonds ligt dit anders, er is sprake van een paritaire samenstelling van vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties.^[18]

Een voor de praktijk relevante vraag is of de werkgever door incorporatie de regie voorgoed uit handen geeft voor alle toekomstige wijzigingen van het geïncorporeerde pensioenreglement. Lutjens noemt dat uit de incorporatieconstructie niet kan worden afgeleid dat werkgever en werknemer in hun onderlinge verhouding de wijzigingsbevoegdheid definitief hebben prijsgegeven.^[19] De wetgever heeft nadrukkelijk overwogen dat de werkgever altijd zijn verantwoordelijkheid dient te kunnen nemen voor de inhoud van de pensioenovereenkomst en de uitwerking hiervan in het pensioenreglement.^[20] Juist tegen deze achtergrond is het goed verdedigbaar dat de werkgever ondanks incorporatie van het pensioenreglement de verantwoordelijkheid blijft dragen en rekenschap dient af te leggen voor eventuele wijzigingen van de pensioenregeling. Dit pakt in de praktijk lastig uit voor de werkgever. Zolang de werkgever in de arbeids-/pensioenovereenkomst voor de pensioenregeling verwijst naar het geldende pensioenreglement (dus bij incorporatie), kan de werkgever namelijk slechts indirect invloed uitoefenen, namelijk alleen via de werkgeversvertegenwoordigers in het fondsbestuur en via het vaststellen van procedureregels in de uitvoeringsovereenkomst die gelden bij wijziging van het pensioenreglement. Een instemmingsrecht van de werkgever (die geen orgaan is van het fonds) bij wijzigingen van het pensioenreglement is niet toegestaan.^[21]

Of de werkgever de verantwoordelijkheid bij incorporatie van het pensioenreglement nog kan waarmaken, valt dan ook te betwijfelen indien sprake is van incorporatie van het pensioenreglement en daarmee van overdracht van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid aan het pensioenfonds. De werkgever heeft hiermee geen rekening gehouden en in de Pensioenwet wordt voorbijgegaan aan de veelvuldig voorkomende praktijksituatie van incorporatie. In de Pensioenwet wordt strikt vastgehouden aan de driehoeksverhouding.

Tweede knelpunt (b): gevolgen incorporatie voor maatstaf eenzijdige wijziging

Een werkgever kan op grond van strategische overwegingen besluiten het pensioenreglement te incorporeren in de pensioenovereenkomst. De redenering luidt als volgt. De strenge toets aan een zwaarwichtig belang die voor de werkgever bij wijziging geldt, hoeft niet plaats te vinden door het ondernemingspensioenfonds bij wijziging van het pensioenreglement. Het valt echter te betwijfelen of een rechter hier zo gemakkelijk overheen zou mogen stappen en niet toch in geval van wijziging door het pensioenfonds aan een zwaarwichtig belang blijft toetsen.

De literatuur is verdeeld over de vraag of bij incorporatie sprake moet zijn van een zwaarwichtig belang. Lutjens heeft zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat bij uitoefening van de door de werkgever overgedragen wijzigingsbevoegdheid, de wijziging door het pensioenfonds getoetst moet worden aan de regels die gelden in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer. Dus onder meer aan art. 7:613 BW en – meer specifiek voor de pensioenovereenkomst – art. 19 PW.^[22] Nadien lijkt Lutjens op dit standpunt te zijn teruggekomen. Naar zijn mening hoeft, net zomin als bij incorporatie van een cao, bij incorporatie van een pensioenreglement rekening gehouden te worden met het zwaarwichtig belang van art. 7:613 BW en art. 19 PW.^[23] Ook Breuker gaat ervan uit dat deze artikelen niet gelden.^[24] Volgens Lutjens wil dit niet zeggen dat de pensioenuitvoerder niet met de redelijke belangen van (onder andere) de werknemers rekening moet houden. Voor pensioenfondsen vloeit de verplichting daartoe voort uit de norm van evenwichtige belangenbehartiging.^[25] Pásztor stelt daarentegen dat art. 7:613 BW rechtstreeks van toepassing is op de besluitvorming door het pensioenfonds.^[26] Wij bepleiten dat het ondernemingspensioenfonds steeds moet toetsen of sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang

van de werkgever bij wijziging, ook al legt de Pensioenwet deze verplichting alleen aan de werkgever op. Doordat het pensioenreglement samenvalt met de pensioenovereenkomst, kan de pensioenovereenkomst alleen worden aangepast indien en voor zover het pensioenreglement wordt aangepast. De pensioenovereenkomst behelst de afspraken tussen werkgever en werknemer en daarom zou een eenzijdige wijziging beoordeeld moeten worden binnen het toetsingskader van het zwaarwichtig belang. Indien uitgangspunt bij incorporatieconstructies is dat alle bevoegdheden door de werkgever aan het pensioenfonds worden overgedragen, ligt het in de rede dat dit ook moet gelden voor het aan de bevoegdheid tot wijziging verbonden toetsingskader. Een andere uitleg zou de beoogde werknemersbescherming van art. 7:613 BW en art. 19 PW uithollen. De norm voor beleidsbepalers van pensioenfonds van een evenwichtige belangenbehartiging is immers een andere en minder strenge dan de norm van een zwaarwichtig belang. Het vereiste van een evenwichtige belangenbehartiging is bovendien voorgeschreven voor de eigen taakvervulling van de beleidsbepalers van het pensioenfonds. Hieronder valt niet de wijziging van de pensioenregeling.

Deels ten onrechte wordt in de literatuur een parallel getrokken met cao-incorporatieconstructies. Met een cao-incorporatieconstructie wordt bedoeld dat in de arbeidsovereenkomst voor de arbeidsvoorwaarden verwezen wordt naar een bepaalde cao. Als een nieuwe cao afgesloten wordt, wijzigt automatisch de arbeidsovereenkomst. In de literatuur^[27] en jurisprudentie^[28] is uitgemaakt dat deze situatie buiten het toepassingsbereik van het zwaarwichtig belang valt. Dit geldt ook als de cao in de pensioenregeling voorziet. In de memorie van toelichting van de Pensioenwet staat namelijk dat individuele medewerkers niet met een wijziging van de pensioenovereenkomst hoeven in te stemmen, indien in het kader van een cao afspraken gemaakt worden over de inhoud van de pensioenregeling.^[29] Het leerstuk van de eenzijdige wijziging – met daarin vevat het vereiste van een zwaarwichtig belang – komt dan niet aan de orde. Het is echter van belang na te gaan wat de rechtvaardiging van dit standpunt bij cao-incorporaties is. De beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan het dwingendrechtelijk karakter van art. 7:613 BW en art. 19 PW wordt bij cao-incorporatieconstructies afgedekt door de betrokkenheid van de vakorganisaties bij de totstandkoming van de cao. De vakorganisaties zijn echter niet betrokken bij wijzigingen van het geïncorporeerde pensioenreglement door het bestuur van het ondernemingspensioenfonds. De vergelijking tussen beide incorporatieconstructies is daarmee niet zuiver, omdat de gedachte bij cao-incorporaties niet kan opgaan voor pensioenreglementincorporaties. Alleen bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds zou deze vergelijking kunnen opgaan, omdat in het bestuur van deze pensioenfonds werkegevers- en werknemersorganisaties (paritair) vertegenwoordigd zijn. Bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds speelt deze discussie overigens sowieso niet, omdat de werkgever in dat geval geen (eenzijdige) wijzigingsbevoegdheid heeft.^[30] Met de pensioenovereenkomst wordt namelijk gelijkgesteld de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds,^[31] met de wettelijke verplichting voor de werknemers het (gewijzigde) pensioenreglement na te leven.^[32]

In het licht van het voorgaande zou een cao-incorporatiebeding dus anders beoordeeld moeten worden dan het pensioenincorporatiebeding dat verwijst naar het pensioenreglement. Althans, bij ondernemingspensioenfonds zou aan laatstgenoemd incorporatiebeding steeds het toetsingskader van art. 7:613 BW en art. 19 PW verbonden moeten worden. Als aangenomen wordt dat het pensioenreglement de inhoud van de pensioenovereenkomst vormt,^[33] kan het wijzigingsbeding in het pensioenreglement geacht worden te zijn opgenomen in de pensioenovereenkomst. Toetsing aan het criterium van een zwaarwichtig belang past hierbij.

Tweede knelpunt (c): reikwijdte pensioen overeenkomst bij incorporatie

De incorporatiemogelijkheid van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst werkt in de hand dat de pensioenovereenkomst een ruimer bereik krijgt. De werkgever kan juist slechter af zijn als gevolg van incorporatie. Iedere wijziging van het pensioenreglement impliceert bij incorporatie namelijk een wijziging van de pensioenovereenkomst. Als ons standpunt over de maatstaf bij wijziging van een geïncorporeerd pensioenreglement gevolgd wordt (toets aan het zwaarwichtig belang), hebben ondernemingspensioenfonds een zware kluit aan wijzigingen van het pensioenreglement. Als van incorporatie geen sprake is en het pensioenfonds wijzigt het pensioenreglement zonder dat deze wijziging consequenties heeft voor de pensioenovereenkomst, hoeft geen toets aan het zwaarwichtig belang plaats te vinden. In dit verband is het van belang na te gaan wat onder incorporatie verstaan wordt. Probleem is dat incorporatie anders geïnterpreteerd kan worden.

Het arrest van het gerechtshof Arnhem van 27 mei 2008 (Akzo) is in dit verband illustratief.^[34] In deze zaak stond onder meer ter discussie of de pensioengerechtigden gebonden waren aan de gewijzigde indexatiebepaling in het pensioenreglement. Het gerechtshof overwoog dat de indexatiebepaling in het pensioenreglement geen onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst en beoordeelde de wijziging van het pensioenreglement slechts op basis van de procedureregels van het reglement.^[35]

‘Het hof stelt voorop dat VGAN geen, althans onvoldoende feiten en/of omstandigheden heeft gesteld, die het oordeel rechtvaardigen dat de indexeringsbepaling in het pensioenreglement van het Pf Akzo onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst en de door Akzo Nobel gedane pensioentoezegging. Gelet hierop is een wijziging van de arbeidsovereenkomst of van de pensioentoezegging, voor zover het de wijziging van de indexeringsbepaling betreft, geen sprake. Omdat de indexeringsbepaling is opgenomen in het pensioenreglement dient het hof te beoordelen of het tussen partijen geldende pensioenreglement de mogelijkheid biedt om de indexeringbepaling te wijzigen.’

Omdat het pensioenreglement geen onderdeel uitmaakte van de pensioenovereenkomst, kon het gewijzigde pensioenreglement dus zonder tussenkomst van de werkgever door het pensioenfonds worden vastgesteld.^[36] Opvallend in dit arrest is dat niet geredeneerd wordt volgens de incorporatieconstructie, hoewel in de arbeidsovereenkomst voor de pensioenregeling werd verwezen naar het pensioenreglement. Desondanks oordeelde het gerechtshof dat het pensioenreglement geen onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst. Dit is niet te rijmen met het standpunt van de wetgever dat de verwijzing in de arbeidsovereenkomst en de inhoud van het pensioenreglement samen de pensioenovereenkomst vormen.^[37] Het gerechtshof Leeuwarden baseerde zijn arrest van 12 maart 2008 wél op dit uitgangspunt van de wetgever.^[38] Omdat het pensioenreglement in deze zaak door de verwijzing geïncorporeerd was in de pensioenovereenkomst, vond de uitleg van een bepaling in het pensioenreglement plaats in de contractuele relatie tussen werkgever en werknemer op basis van de Haviltex-norm.

Uit de genoemde rechtspraak van de hoven Arnhem en Leeuwarden blijkt dat incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst verschillend geïnterpreteerd wordt. Alleen als aangenomen wordt dat geen sprake is van incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst, is eenzijdige wijziging door het pensioenfonds van het pensioenreglement uitsluitend binnen de procedureregels van het fonds mogelijk, ervan uitgaande dat het pensioenreglement een wijzigingsbeding bevat.^[39] Het is jammer dat het Hof Arnhem in de Akzo-zaak niet overweegt hoe de beoordeling is als geredeneerd wordt volgens de incorporatieconstructie, bijvoorbeeld of dan (inderdaad) een toets aan het zwaarwichtig belang moet plaatsvinden.

Derde knelpunt: medezeggenschap

Hiervoor is inzichtelijk gemaakt dat er problemen ontstaan doordat de Pensioenwet onvoldoende geënt is op de praktijk. Opmerkelijk is dat de Pensioenwet op het punt van de medezeggenschap juist een praktische benadering kiest die weer niet aansluit bij de theoretische uitgangspunten van de Pensioenwet. De wetgever heeft namelijk alleen instemmingsrecht aan de ondernemingsraad toegekend voor (wijzigingen van) pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een (pensioen)verzekeringsmaatschappij.^[40] De wetgever legt hieraan de redenering ten grondslag dat niet de ondernemer besluiten neemt over de pensioenregeling, maar het pensioenfondsbestuur.^[41] Hoewel sprake is van een bewuste keuze van de wetgever, lijkt deze voor ondernemingspensioenfonds niet geheel doordacht. De keuze van de wetgever strookt namelijk niet met het eerdergenoemde aangescherpte uitgangspunt in de Pensioenwet over de driehoeksverhouding. Op grond hiervan heeft de werkgever de zeggenschap over de pensioenovereenkomst. Het fondsbestuur voert slechts uit wat in de pensioenovereenkomst is afgesproken tussen werkgever en werknemer. De invloed van werknemers door de vertegenwoordiging in het fondsbestuur op een voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenregeling, is daarmee illusoir. Alleen indien er een deelnemersraad is bij het pensioenfonds, geldt er een wettelijke adviesbevoegdheid over voorgenomen besluiten tot wijziging van het pensioenreglement en de uitvoeringsovereenkomst (art. 111 lid 2 onderdeel b en h PW). Tegen deze achtergrond bepleiten wij dat het instemmingsrecht van art. 27 WOR ook wordt toegekend wanneer het pensioen is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds.^[42]

Als de inhoud van de pensioenregeling wordt bepaald door een cao, heeft de ondernemingsraad overigens geen instemmingsrecht.^[43] Een andere situatie die in de literatuur aanleiding is voor nuancering betreft de constructie dat aan het pensioenfonds de bevoegdheid is verleend tot wijziging van de pensioenregeling, zoals in het geval van incorporatie. Breuker geeft aan dat een rol voor de ondernemingsraad dan niet voor de hand ligt, omdat anders dubbele medezeggenschap ontstaat. Hoewel ook de SER destijds in zijn advisering op deze vorm van dubbele medezeggenschap heeft gewezen,^[44] valt te betwijfelen of deze redenering correct is bij ondernemingspensioenfonds. Bij ondernemingspensioenfonds bestaat immers niet altijd een verplichting een deelnemersraad in te stellen. Het bestuur kan daar zelf voor kiezen. Het is hiertoe (slechts) verplicht als ten minste 5% van de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden daarom verzoeken.^[45] Voorts is instelling van de deelnemersraad verplicht als ten minste duizend personen of 10% van het aantal deelnemers en het aantal pensioengerechtigden binnen het ondernemingspensioenfonds pensioengerechtigd zijn.^[46]

In lang niet alle gevallen is er dus een deelnemersraad. Is er geen deelnemersraad, dan kunnen alleen de werknemersvertegenwoordigers in het fondsbestuur de besluitvorming beïnvloeden. Maar ook indien er wel een deelnemersraad is, dan nog wordt het ontbreken van instemmingsrecht van de ondernemingsraad niet ten volle gecompenseerd. De deelnemersraad heeft immers slechts een adviesrecht.^[47] De aard van de adviesbevoegdheid van de deelnemersraad wijkt fundamenteel af van de instemmingsbevoegdheid van de ondernemingsraad.

Conclusie

In het vorenstaande wordt via de maatregelen van korting en wijziging van pensioen dat ondergebracht is bij een ondernemingspensioenfonds toegelicht dat de in de Pensioenwet aangescherpte driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder niet aansluit bij de praktijk, waarin de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de verschillende spelers in de driehoek vaak troebel is. Het knelpunt dat speelt in het kader van een kortingsmaatregel kan worden opgelost door het pensioenreglement – inclusief kortingsmogelijkheid – te incorporeren in de

pensioenovereenkomst. De knelpunten die optreden bij eenzijdige wijziging van de pensioenregeling door een ondernemingspensioenfonds zien op onduidelijkheden over de zeggenschap en verantwoordelijkheid van de werkgever over en voor de arbeidsvoorwaarde pensioen bij incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst, op een te beperkte toetsingsmaatstaf en op het ontbreken van medezeggenschap van de ondernemingsraad. Wij pleiten voor een verplichte toets aan een zwaarwichtig belang bij eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen in alle situaties, dus ook in de situatie waarin het pensioenreglement is geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. De wetgever moet hierover alsnog de gewenste duidelijkheid creëren. Daarnaast pleiten wij voor het toekennen van instemmingsbevoegdheid aan de ondernemingsraad bij vaststelling, wijziging of intrekking van de pensioenregeling die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds. De overdracht van de zeggenschap over de arbeidsvoorwaarde pensioen aan het ondernemingspensioenfonds door incorporatie van het pensioenreglement in de pensioenovereenkomst, is onvoldoende reden om aan de (normale) medezeggenschap te tornen. De toets aan een zwaarwichtig belang en de medezeggenschap zijn communicerende vaten, omdat een zwaarwichtig belang bij wijziging veelal voldoende zal zijn aangetoond als de ondernemingsraad akkoord is gegaan met de wijziging.^[48] Pas als beide zaken opgelost worden, kan voldoende gerechtvaardigd worden dat, hoewel in strijd met de bedoeling van de wetgever, bij incorporatie van het pensioenreglement aan het fondsbestuur de bevoegdheid toekomt tot wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Het belang van ons betoog zal nog aanzienlijk toenemen na de uitwerking van het door de sociale partners op 4 juni 2010 bereikte pensioenakkoord in een nieuw 'pensioencontract'.^[49] Pensioen zal in de toekomst minder zeker kunnen zijn dan we gewend waren. Dit is aan de orde bij pensioen met het karakter van uitkerings- of kapitaalovereenkomst. Duidelijke wet- en regelgeving en heldere communicatie hierover zijn van zeer groot belang voor een voortdurend draagvlak voor ons op collectiviteit, solidariteit en verplichtstelling gebaseerde pensioenstelsel.

Voetnoten

[1]

Mr. F.V.I.M. Hoppers en mr. H.A. Hoving zijn beiden advocaat arbeids- en pensioenrecht te Nijmegen.

[2]

Art. 7 PW.

[3]

Art. 35 PW.

[4]

Art. 23 lid 1 PW.

[5]

Art. 10 PW.

[6]

Art. 35 lid 1 PW.

[7]

Art. 2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds 2000, Wet Bpf 2000.

[8]

Art. 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling.

[9]

Art. 134 lid 1 PW.

[10]

Art. 35 lid 2 onderdeel c PW.

[11]

Art. 134 lid 1 onderdeel c PW.

[12]

In art. 25 lid 2 PW staat onder meer vermeld dat als werkgever en pensioenfonds iets afspreken over een bijstortingsverplichting, deze afspraak moet terugkomen in de uitvoeringsovereenkomst.

[13]

Lutjens, 'Wijziging pensioenregeling via besluit pensioenfonds?', *P&P* 2001/6, p. 4.

[14]

Breuker, 'Verantwoordelijkheid, de SER over de verantwoordelijkheid van pensioenfondsen en verzekeraars voor naleving van wettelijke voorschriften', *P&P* juni 2001, nr. 6, p. 13.

[15]

Art. 35 lid 1 PW.

[16]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. Wij bepleiten dat het ondernemingspensioenfonds steeds moet toetsen of sprake is van een voldoende zwaarwichtig belang van de werkgever bij wijziging 3, p. 54.

[17]

Art. 99 lid 3 PW.

[18]

Art. 99 lid 1 PW.

[19]

Lutjens, 'Wijziging van een pensioenregeling, de problemen van een driehoeksverhouding', *Sociaal Recht* 2006-6, p. 192.

[20]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 54.

[21]

Art. 108 PW.

[22]

Lutjens, 'Wijziging van een pensioenregeling, de problemen van een driehoeksverhouding', *Sociaal Recht* 2006-6, p. 193.

[23]

Lutjens, 'Pensioenwet Analyse en Commentaar', Deventer: Kluwer 2010, p. 400.

[24]

Breuker, 'Rol pensioenfondsbestuur bij wijziging pensioenovereenkomst', *P&P* 2008/3, p. 7-9.

[25]

Art. 105 lid 2 PW.

[26]

Pásztor, 'Wijziging van een pensioenregeling; deel 1: de formele aspecten', *Arbeidsrecht* 2006/2.

[27]

Duk, 'Het incorporatiebeding en artikel 7:613 BW', *SMA* 2006, p. 312-314. In dezelfde zin als Duk Zondag, 'Wikken en wegen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *ArA* 2006-3, p. 4-54, op p. 19-20, en Bungener & Koot-van der Putte, 'Het incorporatiebeding en art. 7:613 BW: een reactie', *SMA* 2006, p. 512-515

[28]

HR 20 december 2002, NJ 2003/153 (*TPG/Bollemeijer*) en HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*StooffMammoet Transport BV*).

[29]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 188.

[30]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 34.

[31]

Art. 2 lid 2 PW.

[32]

Art. 4 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.

[33]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12.

[34]

PJ 2008/67.

[35]

R.o. 4.19.

[36]

Dit vloeit voort uit art. 35 PW. Wel moet rekening gehouden worden met het adviesrecht van de deelnemersraad op grond van art. 111 lid 2 onderdeel b PW.

[37]

Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 12.

[38]

PJ 2008/66.

[39]

Ktr. Amsterdam 28 augustus 1996, PJ 1996/73.

[40]

Art. 27 lid 1 onderdeel a WOR. Het instemmingsrecht is beperkt met betrekking tot de regeling van een pensioenverzekering

[41]

Kamerstukken II 1975/76, 13 954, nr. 3, p. 43 en Kamerstukken I 1975/76, 13 954, nr. 6, p. 38.

[42]

Wille, 'Instemmingsrecht OR bij nietverzekerde pensioenregelingen', P&P 2008- 6; Lutjens, 'Wijziging van een pensioenregeling; de problemen van een driehoeksverhouding', SR 2006/36; Lutjens, 'Instemmingsrecht ondernemingsraad', P&P 2008-5; Breuker, 'Reactie: instemmingsrecht OR', P&P 2009-3

[43]

Art. 27 lid 3 WOR.

[44]

SER-advies 17 oktober 1975, 1975/14.

[45]

Art. 110 PW.

[46]

Art. 100 lid 1 PW.

[47]

Art. 111 PW.

[48]

HR 7 oktober 1988, NJ 1989/335 en Ktr. Zutphen 12 maart 2008, PJ 2009/65. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2011, LJN BP3996, waarin werd geoordeeld dat het zwaarwichtig belang voor de eenzijdige wijziging ontbrak, onder meer vanwege het ontbreken van instemming van de ondernemingsraad.

[49]

Sociale partners in de Stichting van de Arbeid hebben op 4 juni 2010 afspraken gemaakt over pensioen in de tweede pijler en voorstellen gedaan over aanpassing van de AOW-leeftijd aan de stijging van de gemiddelde levensverwachting vanaf 65 jaar. In dit akkoord is tevens onderkend dat het huidige pensioenstelsel (ook het aanvullend pensioen) onvoldoende toekomst- en schokbestendig is.