

Reactie op: De visies van Lutjens en Maatman op het wijzigingsverbod onvoorwaardelijke toeslagregelingen (art. 20 PW), TPV 2021/29, TPV 2021/30 en TPV 2021/40

Mr. R.F. van der Ham, datum 08-02-2022

Datum

08-02-2022

Auteur

Mr. R.F. van der Ham^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS633998:1

Vakgebied(en)

Pensioenen (V)

1. Inleiding

Terecht hebben de verstrekkende arresten van het Hof Den Haag en het Hof Amsterdam tot nietigverklaring van de wijziging van onvoorwaardelijke toeslagrechten, geleid tot beschouwingen in de rechtsliteratuur. Met name die van Lutjens en Maatman voeren de boventoon. De gerechtshoven hebben vastgesteld dat toeslagaanspraken of toeslagrechten die afhankelijk zijn van toekomstige prijs- of loonindex voor gewezen deelnemers, gepensioneerden en deelnemers niet meer mogen worden gewijzigd.^[2] Dat is dus een *volledige* beperking van de contractsvrijheid. Dit onderdeel van het arbeidsvoorwaardenpakket zou niet meer kunnen worden aangepast.

Verrassend genoeg lijken deze arresten *niet* geleid te hebben tot stevige kritische beschouwingen. Integendeel, het is opmerkelijk dat Maatman lijkt te berusten in een wijzigingsverbod jegens uit dienst getreden werknemers, zoals het Hof Den Haag heeft geoordeeld. Wel stelt Maatman dat de regeling voor werknemers gewijzigd kan worden. Die regeling kent door afhankelijkheid van het toekomstige deelnemerschap (door het dienstverband) in die zin een voorwaardelijk element.^[3] Hij vindt het arrest van Hof Amsterdam daarom onjuist. Lutjens lijkt de juistheid van beide arresten zelfs te bevestigen. Zijn beschouwing draait primair om de rechtsvraag of nog niet verstrekte onvoorwaardelijke toeslagen die afhankelijk zijn van de loon- of prijsindex, onderdeel zijn van reeds opgebouwde pensioenaanspraken.^[4] Hij leest in het arrest van Hof Amsterdam dat zijn visie wordt gedeeld.^[5]

Het debat in de rechtsliteratuur is daarmee beperkt. Overigens leek Huijg in eerste instantie wel stevig te bepleiten dat geen enkel wijzigingsverbod bestaat voor zover de toeslagen nog geen kapitaaldekking hebben.^[6] Dat is voor mij een reden om een aanvullende reactie te schrijven.

Ingeval de contractsvrijheid volledig wordt beperkt, moeten mijns inziens hogere eisen gesteld worden aan rechtvaardiging van een dergelijk rechtsoordeel die verder gaan dan de meest overtuigende uitkomst van het bekende gevoerde 'taal- of woordspelletje' betreffende de pensioenaanspraak, zoals in art. 1 PW gedefinieerd. Alsdan kan niet onbesproken en niet onbeoordeeld blijven welke inzichten moeten en kunnen worden ontleend aan de gangbare interpretatiemethoden bij de uitleg van wettelijke regels, zoals de systematische en wethistorische interpretatie. Wat is het doel en de strekking van de Pensioenwet? Wat is de plaats en de functie van art. 20 PW binnen die wet? Welke betekenis sluit aan bij het (verfiijnde) rechtssysteem in Nederland en de genuanceerd gedefinieerde geldende rechtsbeginselen zoals het recht op contractsvrijheid?^[7] Ik zal onderstaand aangeven dat een wijzigingsverbod niet goed te rechtvaardigen valt. Tot slot maak ik nog een aantal relevante opmerkingen ten aanzien van de betogen van Maatman en Lutjens.

2. Systematische interpretatie: past een wijzigingsverbod in de Pensioenwet?

Niet valt in te zien dat en waarom niet eerst is stilgestaan bij de (algemene) doelstelling van de Pensioenwet. Dat is (mede) bepalend voor de betekenis van art. 20 PW, welke regel immers een plaats inneemt binnen het samenstel van regels in de Pensioenwet die het algemene doel (moeten) dienen.

Het stellen van regels die zien op het niveau van de pensioenregeling (en daarmee ook op aanpassing van dat niveau), druist juist in tegen de uitgangspunten en de bedoeling van de Pensioenwet. In de wetsgeschiedenis is namelijk vastgesteld dat werkgevers en werknemers bepalen of en zo ja welke regeling tot stand komt. De doelstelling is als volgt verwoord (onderstreping auteur):^[8]

“Dit wetsvoorstel voor de Pensioenwet heeft als doel om – binnen de kaders van de wetsartikelen – de waarborgen voor financiële zekerheid, individuele zekerheid en uitvoeringszekerheid op een duidelijke wijze wettelijk te verankeren. Dit gebeurt vanuit het perspectief dat gewaarborgd dient te zijn dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten van deelnemers, aanspraak- en pensioengerechtigden daadwerkelijk geëffectueerd worden en dat dit op een effectieve en efficiënte wijze plaatsvindt. Met dit wetsvoorstel verandert er ten principale niets aan de verdeling tussen de drie pijlers en niets aan de rol van de overheid. Voor de pensioenen blijven werkgevers en werknemers eerstverantwoordelijk. Zij bepalen of er een pensioenovereenkomst tot stand komt en wat het karakter en niveau van de regeling is die men afspreekt. Dit wetsvoorstel geeft de kaders waaraan de werkgevers en werknemers moeten voldoen bij de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Ook geeft dit wetsvoorstel de kaders voor uitvoering van deze arbeidsvoorwaarde pensioen door pensioenfondsen en verzekeraars. Deze beide partijen samen worden in dit wetsvoorstel ‘pensioenuitvoerders’ genoemd.”

Dat de inhoud van de pensioenafpraak aan overheidsbemoedien is onttrokken, blijkt ook uit de in deze wetsgeschiedenis aan de overheid toebedachte rol die (uitsluitend) “*ligt in het waarborgen van de afspraken die sociale partners maken*”.^[9] De rol ligt dus niet in het waarborgen van (het niveau van) afspraken onafhankelijk van de sociale partners. Illustratief zijn de in die wetsgeschiedenis opgenomen onderbrengingsplicht van art. 23 PW en de premievereisten van art. 128 PW. Niet totstandkoming maar nakoming van eenmaal gemaakte afspraken is beschermd tegen faillissementsrisico bij werkgever of tegen ontoereikende financiering. Regels die zien op waarborging van financiële zekerheid.^[10]

Gelet op de doelstelling is een wijzigingsverbod dat ziet op toekomstige onvoorwaardelijke toeslagen, verdergaand. Immers, de regel grijpt dan in op het niveau van de pensioenregeling. Dat past niet bij de vaststelling dat sociale partners gaan over de inhoud van de regeling.

Wel past het verbod om eenmaal gemaakte afspraken met terugwerkende kracht te wijzigen (verlagen). Dat is namelijk waarborging van nakoming van reeds of eenmaal gemaakte afspraken tot heden. Dat laat onverlet dat toekomstige verhogingen wel kunnen worden aangepast.

3. Wetshistorische interpretatie: Wat is doel en strekking van artikel 20 PW?

Daarnaast is het doel en de strekking van art. 20 PW niet kenbaar afgeleid uit de plaatsing in het specifieke hoofdstuk 2 van de Pensioenwet. De regel moet echter wel passen bij de bedoeling van dat hoofdstuk 2.

Uit de wetsgeschiedenis bij dit hoofdstuk 2 blijkt eens te meer dat de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers vooropstaat (onderstreping auteur):^[11]

“In beginsel zijn werkgever en werknemer vrij al dan niet afspraken over pensioen te maken: er bestaat immers geen pensioenplicht. Ook zijn ze in beginsel vrij te bepalen wat de inhoud van de pensioenovereenkomst is (zie paragraaf 2.2). Wel zijn partijen bij het maken van afspraken over pensioen gebonden aan het arbeidsrecht, en aan de in dit wetsvoorstel opgenomen voorschriften.”

Dit hoofdstuk waarborgt niet meer dan dat de werkgever gebonden is aan het arbeidsrecht. Beoogd is te voorkomen dat die regels conflicteren met de Pensioenwet. Dit betekent dat de vrijheid tot het wijzigen van arbeidsvoorwaarden overeenkomstig het arbeidsrecht, uitgangspunt is. Daarbij past dus geen wijzigingsverbod.^[12]

“Werkgever en werknemer kunnen op collectief niveau, maar ook op individueel niveau een wijziging van de pensioenovereenkomst afspreken. Voorts kan een werkgever een beding in de pensioenovereenkomst opnemen dat hij eenzijdig de pensioenovereenkomst mag wijzigen. Een dergelijk beding is evenwel alleen rechtsgeldig indien het schriftelijk is gemaakt en in de pensioenovereenkomst is opgenomen en de wijzigingsbevoegdheid beperkt is tot situaties waarin de werkgever een zodanig zwaarwegend belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hiertoe is in dit wetsvoorstel een artikel opgenomen dat geënt is op artikel 7:613 BW. Door dit in dit wetsvoorstel op te nemen wordt expliciet gemaakt dat de uitgangspunten van dat artikel ook van toepassing zijn ten aanzien van ambtenaren. De wijzigingsbevoegdheid van de werkgever strekt zich niet uit tot reeds opgebouwde aanspraken, maar ziet alleen op nog op te bouwen aanspraken.”

Bovendien is letterlijk bevestigd dat de wijzigingsbevoegdheid ziet op nog op te bouwen aanspraken. Dat zijn verhogingen door toeslagen conform prijs- of loonindex of door pensioenopbouw. De aansluitende passage in de wetgeschiedenis verduidelijkt dat slechts is bedoeld om aantasting van reeds opgebouwde waarden te voorkomen (onderstreping auteur):^[13]

“Ook in het geval de pensioenovereenkomst niet wordt gewijzigd, maar sprake is van een verlaging van het inkomen, bijvoorbeeld als gevolg van demotie (in dezelfde of een andere functie tegen een lager salaris gaan werken op het einde van de loopbaan), of als gevolg van een verlaging van het aantal uren dat wordt gewerkt, kan dit niet leiden tot aantasting van al opgebouwde aanspraken (artikel 17). Met name bij eindloonregelingen is dit relevant. Onverkorte toepassing van de eindloonsystematiek zou er bij het inleveren van salaris en het minder gaan werken, toe leiden dat aanspraken uit het verleden verlaagd worden. Immers, het eindloon daalt door deze wijzigingen. Het hier geïntroduceerde gebod wordt ook wel een knipbepaling genoemd.”

Bescherming tegen aantasting van aanspraken uit het verleden is hier expliciet het doel. De woordkeuze ‘uit het verleden’ maakt duidelijk dat niet is bedoeld toekomstige pensioenverhogingen zeker te stellen met een wijzigingsverbod.^[14] Toegestaan is immers dat door wijziging van salaris in de toekomst minder pensioen wordt opgebouwd. Verboden is dat de reeds opgebouwde pensioenaanspraken worden verlaagd (met terugwerkende kracht dus) aan de salarisverlaging.

Een wijzigingsverbod dat ook ziet op toekomstige verhogingen sluit daarom niet aan bij de arbeidsrechtelijke regels en de doelstellingen van hoofdstuk 2.

4. Dogmatiek: Interpretatie artikel 20 PW moet passen binnen (grondwettelijke) rechtsbeginselen

Niet goed valt te begrijpen dat nauwelijks aandacht is besteed aan de plek van het pensioenrecht binnen het algemene verbintenissenrecht en de daarin opgenomen rechtsbeginselen. Meer in het bijzonder geldt dat geen inzicht is geboden in de betekenis van de contractsvrijheid als fundamenteel ongeschreven (grond)recht. Niet valt in te zien dat en waarom de pensioenwet niet is uitgelegd conform dat rechtsbeginsel, juist omdat in de wetsgeschiedenis telkens die contractsvrijheid is benadrukt. Overigens geldt dat de partijautonomie en de contractsvrijheid in het Nederlandse verbintenissenrecht zo essentieel zijn, dat zij beschouwd (moeten) worden als een grondrecht. Positiefrechtelijk kan voor die visie aansluiting worden gezocht bij de bepalingen in art. 8 Gw en art. 19 lid 3 Gw, art. 1 Protocol EVRM en art. 15, art. 16 en art. 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie omdat de daarin opgenomen grondrechten niet kunnen bestaan zonder vrijheid van contracteren (het recht op vrije keuze van arbeid, het eigendomsrecht, de vrijheid van ondernemerschap).^[15]

Een dergelijke ‘rechtsbeginselconforme uitleg’ betekent dat geen absoluut wijzigingsverbod in art. 20 PW gelezen kan worden. Het volledig beperken van de vrije wil van werkgevers en werknemers om naar eigen inzicht de arbeidsvoorwaarden voor de toekomst aan te passen, is in strijd met dit rechtsbeginsel.

Bovendien lijkt het solidariteitsbeginsel ook geheel onbesproken te zijn gebleven. Pensioenafspraken zijn gebaseerd op risicodeling en evenwichtige belangenafwegingen. Daarmee past geen geïsoleerd wijzigingsverbod. Dat verbod kan immers verstreckende nadelige gevolgen hebben voor de andere groepen van deelnemers of gepensioneerden of kan zelfs leiden tot ernstige financiële problemen bij werkgevers (waardoor werknemers hun baan kwijtraken).

5. Grammaticale interpretatie: Wat staat er nu precies in artikel 20 PW?

Zelfstandig en in samenhang met het vorenstaande, zijn ernstige bedenkingen te plaatsen bij de toegepaste grammaticale interpretatie van art. 20 PW in de genoemde arresten.

De nadruk in dit artikel wordt gelegd op de zinssnede “*tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken*”. Dat betekent toch niet meer dan dat wat reeds is opgebouwd, niet meer mag worden aangetast (behoudens de uitzonderingen). Art. 20 PW luidt (onderstreping auteur):

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

Doordat de gerechtshoven in dit artikel een wijzigingsverbod lezen voor *toekomstige verhogingen van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken tijdens of na deelnemerschap*, wordt de kwalificatie van “tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken”, betekenisloos. Het onderscheid tussen reeds voor de wijziging verleende toeslagen en na de wijziging te verlenen toekomstige toeslagen, wordt niet meer gemaakt.

Het oordeel van de gerechtshoven dat toekomstige toeslagen onderdeel zijn van de pensioenaanspraak omdat die is gedefinieerd als een recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening (art. 1 PW), is niet goed te begrijpen.^[16] Toekomstige toeslagen die afhankelijk zijn van de prijs- of loonindex zijn juist nog geen onderdeel van de pensioenaanspraak. Niet alleen zijn die toeslagen nog niet verstrekt, ook is de hoogte daarvan nog niet bekend.

Bovendien geldt dat die rechtsoordelen niet passen bij de definitie van toeslag in art. 1 PW, als een verhoging van pensioenaanspraken en pensioenrechten (reeds ingegane pensioenen). Indien die toeslagen eenmaal zijn verstrekt en tot verhoging van de pensioenaanspraak hebben geresulteerd, is sprake van een pensioenaanspraak in de zin van art. 1 PW. Pas dan wordt de toeslag onvoorwaardelijk en onderdeel van de pensioenaanspraak.

6. Visie Maatman

De visie van Maatman biedt geen inzicht in de uitkomst van bovenstaande gangbare interpretatiemethoden betreffende uitleg van de wettelijke regels. Onvoldoende is behandeld welke regel past binnen de rechtsbeginselen van het algemeen verbintenissenrecht en de doelstelling van de Pensioenwet.

Het betoog van Maatman dat de onvoorwaardelijke toeslagrechten tijdens deelnemerschap wel gewijzigd kunnen worden, zet de deur (in mijn ogen terecht) open voor tal van andere onvoorwaardelijke toeslagregelingen met andere voorwaardelijke elementen. Maatman laat die vervolgens onbesproken.^[17] Niet valt in te zien waarom deelnemerschap wel kwalificeert als een voorwaardelijk element en afhankelijkheid van de toekomstige loon- of prijsindex, niet. Immers, alsdan staat ook niet vast dat 'altijd' toeslagen moeten worden verleend omdat loon- of prijsindex nihil kunnen zijn (zoals het deelnemerschap kan eindigen). In die zin zou de visie van Maatman dan ook moeten onderschrijven dat die onvoorwaardelijke regelingen ook gewijzigd kunnen worden, los van het bestaan van afhankelijkheid van deelnemerschap. Dit geldt temeer omdat Maatman steun lijkt te vinden in het rechtsfeit dat de *toeslagen wegens de voorwaarde van deelnemerschap voor de toekomst nog niet zijn opgebouwd omdat nog geen financiering heeft plaatsgevonden*.^[18] Dat geldt dus ook voor de toeslagen op basis van loon- of prijsindex.

Niet voorstelbaar is dat regelingen die afhankelijk zijn van loon- of prijsindex na deelnemerschap, vooraf moeten worden gefinancierd. In de Pensioenwet is geen wettelijke regel te vinden die jaarlijkse premiebetaling verbiedt, c.q. een daarop gebaseerde afspraak nietig verklaard.

7. Visie Lutjens

Lutjens benadrukt mijns inziens terecht dat de inhoud van de pensioentoezegging of de afspraak leidend is, eens temeer omdat gebrek aan financiering geen invloed heeft op pensioenaanspraken (behoudens het bepaalde in art. 29 PW).^[19] In die zin is de jaarlijkse premiebetaling eerder een aanknopingspunt dat geen sprake is van een absoluut onvoorwaardelijke toeslagregeling.

Lutjens verwacht echter dat de Hoge Raad de arresten van de gerechtshoven zal bevestigen op basis van de uitleg van het begrip pensioenaanspraak. De nog niet toegekende maar wel onvoorwaardelijke toeslagen zouden al tot de opgebouwde pensioenaanspraken behoren. Ik zie daar bijzonder weinig aanknopingspunten voor zoals al in voorgaande paragrafen uiteen is gezet. Een dergelijke verstrekkende inbreuk op de contractsvrijheid past zowel niet in het algemene verbintenissenrecht als in de Pensioenwet. Daarbij geldt dat de nadruk in art. 20 PW op tot de wijziging opgebouwde pensioenaanspraken, betekenisloos wordt.

8. Conclusie

Een wijzigingsverbod voor nog niet verstrekte onvoorwaardelijke toeslagen sluit niet aan bij de bedoeling van de Pensioenwet en het arbeidsrecht. Voor een juiste uitleg is een grondige beschouwing met behulp van de gangbare interpretatiemethoden vereist. Dan zal blijken dat een verstrekkende inbreuk op de contractsvrijheid niet past en niet te rechtvaardigen is.

Ik verwacht dat de arresten in cassatie, mede tegen de verbintenisrechtelijke achtergrond, worden vernietigd. Daarmee is toch ook wel een substantieel maatschappelijk belang gediend omdat onvoorwaardelijke toeslagregelingen sinds 2007 wel (meer) voorkomen. Beter nog is dat de wetgever komt met een eventuele verduidelijking. Tot enige jaren terug was het goed gebruik de wet soms te verbeteren middels herstelwetgeving.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mr. R.F. van der Ham is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

[\[2\]](#)

Hof Den Haag 21 januari 2021, *PJ* 2020/20; Hof Amsterdam 3 november 2020, *PJ* 2021/9.

[3]

Zie ook prof. mr. R.M. Maatman, 'Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 PW', *TPV* 2021/29.

[4]

Prof. dr. E. Lutjens, 'De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet', *TPV* 2021/30.

[5]

Prof. dr. E. Lutjens, 'De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet', *TPV* 2021/30.

[6]

T. Huijg, 'Nogmaals de kwestie van de onvoorwaardelijke toeslag', *PensioenMagazine* 2020/92 en T. Huijg, 'Onvoorwaardelijke toeslag wel degelijk te wijzigen', *PensioenMagazine* 2020/45.

[7]

Zie bijvoorbeeld prof. mr. H. Franken die stilstaat bij rechtsvorming en rechtvaardiging van rechtsoordelen: *Inleiden tot de rechtswetenschap, hoofdstuk 5 rechtsvorming door de rechter*, blz. 145 (uiteindelijk rechtvaardiging van een rechterlijke beslissing).

[8]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 3.

[9]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 2.

[10]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 2.

[11]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 27.

[12]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 38.

[13]

MvT, [Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), blz. 38.

[14]

Het betoog van mr. T. Huijg in 'Onvoorwaardelijke toeslag wel degelijk te wijzigen', *PensioenMagazine* 2020/45 sluit hierbij aan. Niet te rechtvaardigen valt dat eindloonregelingen wel gewijzigd kunnen worden omdat die wijziging ook ziet op een onvoorwaardelijke aanpassing van reeds opgebouwde pensioenaanspraken.

[15]

Asser/Sieburgh 6-III 2018/45, nr. 58.

[16]

Hof Den Haag 21 januari 2020, *PJ* 2020/20, r.o. 17.

[17]

Prof. mr. R.M. Maatman, 'Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 PW', *TPV* 2014/30.

[18]

Zie ook prof. mr. R.M. Maatman, 'Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 PW', *TPV* 2021/29.

[19]

Prof. mr. E. Lutjens, 'Reactie op: Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 PW', *TPV* 2021/30, par. 3.