

KRONIEK PENSIOENRECHT

DOOR / BASTIAN BODEWES, ANNEMIEK CRAMER, JAN AART VAN DE HOEF, NAIME TALI EN WIM THIJSSSEN

'*Pensioenrecht in beweging*', zo luidde de titel van de jubileumbundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Vereniging voor Pensioenrecht (Sdu, 2015). Uit deze Kroniek Pensioenrecht, die de periode 2014-2016 beslaat, zal blijken dat het pensioenrecht ook recent in beweging is gebleven.

WETGEVING

De belangrijkste ontwikkeling op wetgevingsgebied de afgelopen periode was de inwerkingtreding van de Wet algemeen pensioenfonds (*Kamerstukken* 34 117, *Stb.* 2015, 549) per 1 januari 2016. Tegelijkertijd trad de Wet van 23 december 2015 tot wijziging van de Wet algemeen pensioenfonds (*Kamerstukken* 34 320; *Stb.* 2015, 550) in werking. Wat houdt de nieuwe wetgeving in? Vóór 2016 konden bedrijfstakpensioenfonds slechts de pensioenregeling voor een (deel van een) bedrijfstak uitvoeren, beroepspensioenfonds de pensioenregeling voor een beroepsgroep en ondernemingspensioenfonds de pensioenregeling voor een onderneming (waaronder begrepen een groep van ondernemingen die een economisch en organisatorisch geheel vormen). Andersoortige pensioenregelingen dienden door verzekeraars of een premiepensioeninstelling te worden uitgevoerd. De domeinafbakening tussen pensioenfonds is vooral ingegeven door verschillen ten aanzien van de *governance*. De taakafbakening tussen pensioenfonds

en verzekeraars voorkomt oneerlijke concurrentie als gevolg van het feit dat voor verzekeraars zwaardere solvabiliteitseisen gelden dan voor pensioenfonds (voor verzekeraars geldt een zekerheidsmaatstaf van 99,5 procent, voor pensioenfonds is dat 97,5 procent). De Wet algemeen pensioenfonds maakt het mogelijk om een pensioenfonds op te richten voor diverse ondernemingen die geen economische of organisatorische eenheid vormen en/of diverse beroepsgroepen. Met de invoering van het algemeen pensioenfonds is de domeinafbakening tussen pensioenfonds daarom voor een groot deel komen te vervallen. Daarmee is de gewenste mogelijkheid voor schaalvergroting door het samengaan van pensioenfonds bereikt. Aanvankelijk was het ook de bedoeling dat verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds zich zouden kunnen omvormen tot algemeen pensioenfonds of zouden kunnen fuseren (amendement Ladders/Vermeij; *Kamerstukken* TK 34 117, nr. 17). Deze mogelijkheid is op het laatste moment door de Wijzigingswet geschrapt op grond van een advies van

de Raad van State (*Kamerstukken* TK 34 117, nr. 38) waarin de vrees werd geuit dat dergelijke concentratie van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds strijdig zou kunnen zijn met het Europese mededingingsrecht. Ook de voor pensioenfonds kenmerkende solidariteit is door het scheppen van de mogelijkheid om een algemeen pensioenfonds op te richten doorbroken omdat een algemeen pensioenfonds afgescheiden vermogens ('collectiviteitskringen') dient aan te houden per aangesloten onderneming. Vóór 2016 was dergelijke *ringfencing*, behoudens sinds 11 juni 2010 de uitzondering voor het multi-ondernemingspensioenfonds, verboden. Dat verbod was ingegeven door de gedachte dat de bij een pensioenfonds aangesloten ondernemingen deelden in elkaars insolventierisico. Gezien deze gang van zaken rond het algemeen pensioenfonds had 2015 pensioenrechtelijk gezien een heel spannend einde. In 2015 werd ook de Wet pensioencommunicatie (*Kamerstukken* 34 008; *Stb.* 2015, 193) ingevoerd, met gedeeltelijke inwerkingtreding per 1 januari 2015, per 1 juli 2015,

Bastian Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries, **Annemiek Cramer** CPL bij Cramer Pensioen Advocatuur te Amsterdam, **Jan Aart van de Hoef** CPL bij Van de Hoef Pensioen Advocatuur te Woerden, **Naime Tali** bij Talegal te Amsterdam en **Wim Thijssen** bij Thijssen Pensioen Advocatuur te Heemstede. **Cramer, Van de Hoef** en **Thijssen** zijn werkzaam in een kantoorcombinatie. Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

per 1 januari 2016 en 1 januari 2017. Een belangrijke wijziging: de hoofdregel is geworden dat elektronische informatieverstrekking mogelijk is tenzij degene tot wie de informatie is gericht, bezwaar maakt tegen elektronische informatieverstrekking. Voorheen gold dat elektronische informatieverstrekking mogelijk was met instemming van degene aan wie de informatie was gericht. Een andere belangrijke wijziging houdt in dat als toetsnorm voor informatie geldt dat deze correct, duidelijk en evenwichtig moet zijn. Van groot belang is de wijziging dat de pensioen-uitvoerders verplicht worden om een pensioenregister op te zetten waarin pensioendeelnemers in verband met de verwerving van ouderdomspensioen een pessimistisch, een verwacht en een optimistisch scenario krijgen gepresenteerd.

Per 1 juli 2015 trad de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking, de lang verwachte en bevochten wijziging van het ontslagrecht (*Kamerstukken* 33 818; *Stb.* 2014, 216). Verder in deze kroniek wordt ingegaan op de gevolgen van de Wwz voor het pensioenontslagbeding en voortzetting van de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Belangrijke wetsvoorstellen die momenteel aanhangig zijn, betreffen de mogelijkheid tot doorbeleggen van pensioenvermogen vanaf pensioeningang om te voorkomen dat een pensioengerechtigde vóór zijn pensioendatum beleggingen in zakelijke waarden moet omzetten in beleggingen in vastrentende waarden en op zijn pensioendatum het voor hem gevormde pensioenvermogen moet omzetten in gegarandeerd pensioen (voorstel van Wet variabele pensioenuitkering; *Kamerstukken* 34 344 en voorstel van Wet uitbetalen pensioen in beleggingseenheden; *Kamerstukken* 34 255). Vastrentende waarden renderen immers structureel minder dan zakelijke waarden en in te kopen pensioenen vallen als gevolg van de lage rentestand laag uit. Kan worden

doorbelegd, dan kunnen deze nadelen worden verzacht of mogelijk zelfs worden opgevangen als de rente weer zou stijgen.

Een belangrijk aanhangig wetsvoorstel van geheel andere orde is het voorstel van wet tot Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en de Pensioenwet (Pw) in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad rond de arbeidsvoorwaarde pensioen (*Kamerstukken* 34 378). Met het wetsvoorstel wordt beoogd de ondernemingsraad instemmingsrecht toe te kennen ter zake vaststelling en wijziging van de pensioenovereenkomst, van de uitvoeringsovereenkomst, voor zover de werkgever de inhoud daarvan bij ondernemersbesluit kan beïnvloeden en de uitvoeringsovereenkomst bepalend is voor de inhoud van de pensioenovereenkomst en ter zake de keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder. In de nota naar aanleiding van het verslag van 20 april 2016 (*Kamerstuk* nummer 6) is een nota van wijziging op het ingediende wetsontwerp aangekondigd. Die aangekondigde wijziging houdt in dat de ondernemingsraad instemmingsrecht krijgt ter zake van alle elementen uit de uitvoeringsovereenkomst die het pensioenresultaat kunnen beïnvloeden en de keuze voor een bepaalde soort pensioenuitvoerder. Achtergrond van de verruiming is dat een instemmingsrecht ter zake van bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst die de pensioenovereenkomst beïnvloeden te beperkt werd geacht, de zekerheidsmaatstaf van pensioenen kan afhangen van de soort pensioenuitvoerder waar de pensioenregeling wordt ondergebracht en een instemmingsrecht uitsluitend bij de keuze voor een buitenlandse pensioenuitvoerder mogelijk strijdig is met de vrijheid van dienstverrichting die het EU-recht voorschrijft.

WIJZIGING PENSIOEN- OVEREENKOMST

In het kader van wijziging van de pensioenovereenkomst blijft het

onderscheid tussen wijziging voor werknemers die deelnemen aan een pensioenregeling en werknemers die uit dienst zijn (gewezen deelnemers aan de pensioenregeling) relevant. Daarom wordt dat onderscheid ook in deze Kroniek weer gemaakt. Verder wordt in dit kader ingegaan op het pensioenontslagbeding.

Gewezen deelnemers

In de Kroniek van 2015 stelden wij vast dat de vraag of, en zo ja, op welke grondslag (artikel 3:13 Burgerlijk Wetboek, 'BW', artikel 6:2 BW, artikel 6:248, lid 2 BW, artikel 7:611 BW, artikel 7:613 BW of artikel 19 Pw?) een met een werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarde die na pensionering doorloopt door de ex-werkgever gewijzigd kan worden. Uit het arrest-ECN/OMEN (Hoge Raad 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, *Pf* 2013/161) volgt dat ten aanzien van gewezen deelnemers van de 'niet-uitgewerkte rechtsverhouding' met de voormalige werkgever wordt uitgegaan, waardoor wijziging ten opzichte van gewezen deelnemers niet per se onmogelijk is. Uit jurisprudentie volgt dat de toetsing van de wijzigingsbevoegdheid ten opzichte van gewezen deelnemers (overigens net zoals ten opzichte van werknemers) plaatsvindt aan de hand van verschillende wetsbepalingen, te weten: de hiervoor opgesomde, en dat hierbij wetsbepalingen die betrekking hebben op de arbeidsovereenkomst of de werknemer-/werkgeververhouding als onderwerp hebben extensief worden geïnterpreteerd.

In cassatie op Gerechtshof Amsterdam, 13 augustus 2013, (ECLI:NL:GHAMS:2013:2513, *Pf* 2014/6), oordeelde de Hoge Raad op 30 januari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:163, *Pf* 2015/79) dat het oordeel van het hof dat de oud-werkgever (ABN AMRO), gerechtigd was de werkgeversbijdrage premie ziektekostenverzekering aan gewezen werknemers te beëindigen niet onbegrijpelijk is. Het gerechtshof had geoordeeld dat

het verstrekken van die bijdrage aan gewezen werknemers gekoppeld was aan de aanspraak op een bijdrage van actieve werknemers overeenkomstig de toepasselijke cao en dat dit voor de gewezen werknemers voldoende duidelijk was. De gewezen werknemers mochten er volgens het hof om die reden niet op vertrouwen dat de bank haar bijdrage aan de kosten van een ziektekostenverzekering zou voortzetten in het nieuwe stelsel. De cao bepaalde per 2006 dat actieve werknemers geen aanspraak meer hadden op een werkgeversbijdrage in de kosten van een collectieve ziektekostenverzekering. De gewezen werknemers hadden door de cao-koppeling ook geen recht meer op die bijdragen.

Deelnemers

Het Gerechtshof Amsterdam, 28 juli 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:3058) oordeelde in hoger beroep op Rechtbank Amsterdam, 22 oktober 2012 (ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0769, *PJ* 2012/212) in de zaak van de belangenvereniging van oud-directeuren van de ING dat de toeslagregeling voor ING-directeuren een voorwaardelijk karakter had. De tekst van de regeling luidde: 'De ingegane pensioenen zullen worden aangepast met de prijsindex (afgeleide Consumentenprijsindex-werknemers Laag van het CBS), maar maximaal met 3 procent per jaar, tenzij door de Raad van Bestuur ING Groep anderszins wordt besloten'. Het hof verwierp de stelling dat het zinsdeel vanaf 'tenzij' alleen op de maximering van 3 procent betrekking zou hebben en niet zou zien op de mogelijkheid tot aanpassing als zodanig. Volgens het hof slaat het laatste onderdeel van de zin 'tenzij anders wordt besloten' grammaticaal in elk geval ook terug op het eerste deel van de zin, omdat de zinsnede 'doch ten hoogste 3% per jaar' tussen twee komma's is geplaatst. Volgens het hof hadden de oud-directeuren in het geheel niet duidelijk kunnen maken waarom dat (op grammaticale gronden)

anders zou zijn. Ook de logica leidde niet in de richting van de door de oud-directeuren voor juist gehouden interpretatie van de indexeringsclausule. Eerder het tegendeel was het geval, aangezien als de toevoeging 'tenzij anders wordt besloten' alleen bedoeld zou zijn om de maximale hoogte van de indexering te doorbreken, die toevoeging ook achterwege zou hebben kunnen worden gelaten, omdat het een werkgever uiteraard altijd vrijstaat meer toe te kennen dan waartoe hij verplicht is.

Pensioenontslagbeding

De juridische grondslag van het pensioenontslagbeding is artikel 7:667, lid 1 BW. De rechtsgeldigheid van het eindigen van de arbeidsovereenkomst op grond van een pensioenontslagbeding is door de Hoge Raad aanvaard in zijn arrest van 13 juli 2012, (ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *PJ* 2012/163, KLM/VNV). Werkgever en werknemer of cao-partijen zijn vrij om te bepalen welke pensioenleeftijd wordt gehanteerd voor het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst. In de praktijk wordt vaak aangesloten bij de AOW-leeftijd, maar ook een andere leeftijd is mogelijk, mits die andere leeftijd niet strijdig is met Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbla).

Sinds de inwerkingtreding van de Wwz kan de werkgever op grond van artikel 7:669, lid 4 BW de arbeidsovereenkomst ook, zonder preventieve toets of instemming van de werknemer, opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd. Voorwaarde voor die opzegging is dat de arbeidsovereenkomst moet zijn ingegaan voor het bereiken van de bij de werkgever gebruikelijke pensioenleeftijd, of, indien bij de werkgever geen pensioenleeftijd geldt, de in artikel 7,

onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.

Rechtbank Oost-Brabant, 4 september 2015 (ECLI:NL:RBOBR:2015:5550, *PJ* 2015/168) oordeelde over de vraag welke pensioenleeftijd was overeengekomen in het pensioenontslagbeding dat in de arbeidsovereenkomst was opgenomen. Het pensioenontslagbeding verwees naar 'de op dat moment geldende pensioengerechtigde leeftijd'. Volgens de werkgever werd met 'de pensioengerechtigde leeftijd' de voor werknemster geldende AOW-leeftijd bedoeld, die 65 jaar en drie maanden bedroeg. De werkgever stelde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd omdat de werknemster haar AOW-leeftijd had bereikt. Volgens de werknemster werd met 'de pensioengerechtigde leeftijd' daarentegen de pensioenrichtleeftijd in het pensioenreglement bedoeld. Vanwege de gewijzigde fiscale pensioenwetgeving was die reglementaire pensioenrichtleeftijd recent verhoogd van 65 jaar naar 67 jaar. Een andere uitleg zou volgens werknemster aan de voorgeschreven cao-uitleg ervan afbreuk doen. De rechtbank overwoog dat het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd' in de AOW is omschreven als de leeftijd waarop het recht op AOW-pensioen ontstaat, terwijl de term niet voorkwam in het toepasselijke pensioenreglement van de werkgever. Bovendien stond in het tot 1 januari 2014 geldende arbeidsreglement van de werkgever dat de pensioengerechtigde leeftijd 65 jaar was, wat een bevestiging was van de uitleg dat de ontslagleeftijd in het pensioenontslagbeding was gekoppeld aan de AOW-leeftijd die voor de werknemster gold.

Overigens had de werkgever de arbeidsovereenkomst ook voorwaardelijk opgezegd tegen de AOW-leeftijd van 65 jaar en drie maanden, omdat op basis van de op dat moment geldende tekst van artikel 7:669, lid 4 BW het niet onwaarschijnlijk leek dat de arbeidsovereenkomst door die opzegging dan alsnog op de AOW-leef-



tijd van 65 jaar en drie maanden zou zijn geëindigd. Op grond van de huidige tekst van dat artikellid kan niet worden opgezegd in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd, indien er op grond van een pensioenontslagbeding een hogere ontslagleeftijd dan de AOW-leeftijd geldt.

GELIJKE BEHANDELING

Na jarenlange wisselende jurisprudentie rond gelijke behandeling heeft cassatie in belang der wet plaatsgevonden inzake de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar partner. De Hoge Raad heeft eind 2015 een arrest gewezen (Hoge Raad 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, *PJ* 2016/22) en tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 31 augustus 2006

(ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535, *PJ* 2006/119).

Indirect onderscheid is verboden tenzij een objectieve rechtvaardiging aanwezig is, waarvoor een drietal criteria gelden: een legitiem doel, een passend middel en een noodzakelijk (proportioneel) middel. De lijn in de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens is dat sprake is van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen (ten nadele van vrouwen) bij een korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil, omdat structureel meer mannen dan vrouwen een (veel) jongere vrouwelijke partner hebben. Een objectieve rechtvaardiging werd niet of niet snel aanwezig geacht. Als meest gebruikte argumenten voor rechtvaardiging van een korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil werden in de diverse

zaken aangevoerd: het voorkomen van sterfbeduwelijken en begrenzing van de solidariteit.

In de vorige Kroniek was reeds aangegeven dat de civiele rechtspraak geen eenduidig beeld liet zien op de vraag of bij korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil sprake is van verboden indirect onderscheid naar geslacht. In bijvoorbeeld Gerechtshof Den Bosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564, *PJ* 2005/135, was het hof van oordeel dat wel sprake was van verboden onderscheid bij een korting van het partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil bij het ABP. Gerechtshof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1285, *PJ* 2015/119 oordeelde daarentegen dat de korting geen verboden onderscheid inhield. Ook het Gerechtshof Amsterdam 31 augustus 2006,

ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535, *PJ* 2006/119, oordeelde dat bij een korting bij het pensioenfonds ING geen sprake was van verboden onderscheid in het kader van korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat beperking van de solidariteit objectief gerechtvaardigd was. De Hoge Raad heeft het arrest van het Gerechtshof Amsterdam vernietigd. Overigens niet omdat de korting van het partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil per definitie discriminerend voor vrouwen zou zijn, maar omdat het hof de toets van de objectieve rechtvaardiging onjuist had doorlopen. Uit het arrest van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat een rechter goed alle stappen van een objectieve rechtvaardiging moet toetsen, te weten: is met het onderscheid een legitiem doel gediend dat passend en noodzakelijk is? Een rechter zal in toekomstige rechtspraak, zoals bij het College voor de Rechten van de Mens al min of meer standaard was, gezien dit arrest van de Hoge Raad waarschijnlijk meer cijfermatig bewijs verlangen ter onderbouwing van een gestelde objectieve rechtvaardiging.

UITVOERINGS- OVEREENKOMST

Rechtbank Amsterdam oordeelde op 14 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9415, *PJ* 2016/35, over een geschil inzake de vraag welke verbintenissen nog tussen een werkgever en een ondernemingspensioenfonds bestaan nadat de uitvoeringsovereenkomst is geëindigd. Kort gezegd vorderde het pensioenfonds van de werkgever nog een storting van een additionele koopsom en vorderde de werkgever van het pensioenfonds dat het uitlooprisico gedekt zou zijn. De kantonrechter oordeelde dat de destijds gesloten uitvoeringsovereenkomst conform het Haviltex-criterium uitgelegd diende te worden en het pensioenreglement van het pensioenfonds conform de geobjectiverde cao uitlegmethodede.

De werkgever hoefde volgens de kantonrechter geen additionele koopsom te betalen en het pensioenfonds diende het uitlooprisico te dragen.

MEDEZEGGENSCHAP

Op 23 december 2015 deed Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2015:9803) uitspraak in een procedure waarin een werkgever met instemming van de ondernemingsraad de pensioenovereenkomst met zijn werknemers wijzigde van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst. Toekomstige pensioenverwerving op grond van de premieovereenkomst werd op basis van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst ondergebracht bij een verzekeraar. De ondernemingsraad had ook met de nieuwe uitvoeringsovereenkomst ingestemd.

De premievrije pensioenaanspraken, opgebouwd krachtens de beëindigde uitvoeringsovereenkomst met een ondernemingspensioenfonds, reesterden bij het ondernemingspensioenfonds. De uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en ondernemingspensioenfonds kende een bijstortverplichting voor de werkgever op grond waarvan de werkgever

bij een dekkingstekort gehouden was tot aanvullende financiering. De werkgever kwam vervolgens met het ondernemingspensioenfonds een gewijzigde uitvoeringsovereenkomst overeen waarin de bijstortverplichting verviel. Voor deze wijziging van de uitvoeringsovereenkomst vroeg de werkgever geen instemming van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad riep op zijn beurt de nietigheid in van het ondernemersbesluit strekkend tot de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst die het vervallen van de bijstortverplichting in de nieuwe uitvoeringsovereenkomst inhield.

In de procedure vorderde de werkgever kort gezegd een verklaring voor recht dat de ondernemingsraad ten onrechte een beroep deed op de nietigheid omdat het besluit tot wijziging van de uitvoeringsovereenkomst niet instemmingsplichtig zou zijn in de zin van artikel 27 van de WOR en/of artikel 23, lid 4 Pw. De ondernemingsraad stelde hiertegenover dat het instemmingsrecht volgde uit artikel 27, lid 7 WOR inhoudende dat vaststelling van een pensioenovereenkomst, uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds, instem-



mingsplichtig is. De wijziging van de uitvoeringsovereenkomst zou wijziging van de pensioenovereenkomst (het risico op rechtenkorting als gevolg van dekkingstekort) impliceren omdat, aldus de ondernemingsraad, de uitvoeringsovereenkomst en pensioenovereenkomst in deze kwestie onlosmakelijk met elkaar verbonden zouden zijn. Daarom zou wijziging van de uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht vallen en zou de nietigheid terecht zijn ingeroepen.

De rechtbank oordeelde dat artikel 27, lid 7 WOR geen instemmingsrecht bood ter zake van de uitvoeringsovereenkomst maar slechts over de pensioenovereenkomst. Dit zijn juridisch gezien twee verschillende documenten en de rechtbank stelde vast dat de pensioenovereenkomst ongewijzigd bleef. De vordering van de werkgever werd toegewezen. Onder de nu voorliggende wijziging van de WOR (zie ook de inleiding van deze Kroniek) zou de beoordeling waarschijnlijk anders uitvallen omdat het nieuwe lid 7 van artikel 27 WOR zal inhouden dat onder een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst mede zal worden verstaan: 'regelingen opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst [...] die van invloed zijn op de pensioenovereenkomst waaronder in ieder geval begrepen: regelingen over de wijze waarop de premie wordt vastgesteld [...]'. Het is goed verdedigbaar dat de bijstortverplichting of het vervallen daarvan onder deze bepaling valt zodat het instemmingsrecht na invoering van de wetwijziging wel zou gelden.

VERPLICHT GESTELDE BEDRIJFS- TAKPENSIOENFONDSEN

In een interessant arrest rond de overgang van onderneming oordeelde de Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 1 september 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:6384) over de vraag of de premieachterstand van een vervreemder bij een bedrijfstakpen-

sioenfonds in geval van overgang van onderneming meeverhuist naar de verkrijger en of het bedrijfstakpensioenfonds een zelfstandig vorderingsrecht heeft ter zake die premieachterstand jegens de verkrijgende partij. Het hof stelde onder meer vast dat de achterstallige (vóór de overgang onbetaalde) pensioenpremies behoren tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:663 BW zodat deze van rechtswege overgaan op de verkrijger. Tevens oordeelde het hof dat doordat de verplichting tot premiebetaling van de vervreemder op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 krachtens artikel 7:663 BW is overgegaan naar de verkrijger, het daaraan gekoppelde vorderingsrecht van het bedrijfstakpensioenfonds om betaling af te dwingen tegen de verkrijger kon worden uitgeoefend. Het hof maakte er nauwelijks woorden aan vuil, maar vanuit theoretisch perspectief valt af te dingen op de constructie dat door de overgang van het recht van de werknemers op premiebetaling, jegens de werkgever dat voortvloeit uit hun arbeidsovereenkomst, het wettelijk vorderingsrecht van het bedrijfstakpensioenfonds op de vervreemder overgaat op de verkrijger.

In een tweetal arresten (ECLI:NL:GHAMS:2014:4547 en 4616) van 9 september 2015, respectievelijk 28 oktober 2015 oordeelde de Gerechtshof Amsterdam over de vraag of een detachingsbureau onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor uitzendkrachten (StiPP) viel. Voor de beantwoording kwam het er op aan of leiding en toezicht berusten bij de inlener en of de allocatiefunctie (het bij elkaar brengen van tijdelijke vraag en aanbod van arbeid) geldt als vereiste voor uitzending als bedoeld in de artikelen 7:690 e.v. BW. In beide zaken voerde het detachingsbureau aan dat de inlener als leek, gezien het specialistische werk van de gedetacheerden, geen leiding en toezicht kon houden op de gedetacheerden

en dat niet zou zijn voldaan aan de allocatiefunctie. Het hof oordeelde in beide zaken dat de opdrachtgever/inlener leiding en toezicht hield op de gedetacheerden ondanks het feit dat hij geen specifieke kennis had van de verrichte werkzaamheden. Het hof kwam tot dit oordeel (mede) omdat leiding en toezicht contractueel waren overgedragen aan de inlener. Tevens oordeelde het hof dat de allocatiefunctie geen onderdeel uitmaakte van de uitzendovereenkomst en ook geen voorwaarde in de werkingssfeeromschrijving van StiPP vormt. De conclusie in beide zaken was dat de detachering onder de werkingssfeer viel. Een van de detachingsbureaus (C4C) heeft cassatie ingesteld tegen hiervoor vermeld arrest (ECLI:NL:GHAMS:2014:4547) van 28 oktober 2014 en inmiddels concludeerde de A-G dat de allocatiefunctie geen onderdeel vormt van de uitzendovereenkomst. Het eindoordeel is aan de Hoge Raad.

In een andere procedure over de premieschuld van een commanditaire vennootschap aan een bedrijfstakpensioenfonds oordeelde de Hoge Raad op 13 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:588) dat een toegetreden vennoot hoofdelijk verbonden was voor deze schuld ook al was die ontstaan vóór zijn toetreding. Tevens oordeelde de Hoge Raad dat de premieschuld van rechtswege ontstaat op het moment waarop de onderneming onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds ging vallen.

In lijn met eerdere rechtspraak oordeelde de Rechtbank Rotterdam op 19 maart 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:1814) dat een verzoek om vrijstelling op grond van artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 niet tijdig werd gedaan omdat dit plaatsvond vier jaar nadat duidelijk was geworden dat de werkgever onder de verplichtstelling viel en hij ambtshalve werd aangesloten. Het feit dat de kantonrechter pas vier jaar later de aansluitingsverplichting bevestigde maakte dit niet anders.

Een andere interessante zaak betrof de vraag of in Nederland werkzame buitenlandse werknemers vielen onder de algemeen verbindend verklaarde cao Bouwnijverheid. In een voorlopig oordeel beantwoordde Rechtbank Midden-Nederland op 18 maart 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:1752) deze vraag positief. Geoordeeld werd aan de hand van artikel 8 Verordening 593/2008 dat de rechtskeuze voor Portugees of Engels recht niet kon leiden tot verlies van werknemersbescherming die geldt krachtens Nederlands recht. Dit betekent dat de werkgever gehouden was om de betreffende cao toe te passen. Op 6 november 2015 wees de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:3242) een eveneens bijzonder interessant arrest over het verzekeringstechnisch nadeel (VTN) dat KPN verschuldigd was aan het vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds PNO. Het draaide daarbij kort gezegd om de vraag of te missen herstelpremie bij onderdekking na uittreden van een onderdeel van KPN mede ziet op het reservetekort van PNO zodat deze in het kader van VTN zou dienen te worden vergoed en of het VTN een vergoeding kan inhouden voor het risico op toekomstige kosten voor toeslagverlening. De Hoge Raad volgde het hof dat aansluiting zocht bij de Rekenregels voor VTN die als bijlage 2 zijn opgenomen bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000. Omdat het begrip 'onderdekking' niet in de Rekenregels wordt gedefinieerd, legde de Hoge Raad in de overwegingen 3.5.3 tot en met 3.5.6 dit begrip uit aan de hand van aanverwante regelgeving en beleidsdocumenten en oordeelde dat sprake is van onderdekking indien niet voldaan is aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105 procent.

PENSIOENADVISING

In de afgelopen kroniekperiode werden enkele interessante uitspraken gedaan over pensioenadvising. Zo oordeelde het CBB op 16 april 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:122) in hoger beroep van een tuchtrechtelijk oor-

deel van de Accountantskamer over de reikwijdte van een opdracht aan de accountant. Het CBB oordeelde dat de opdracht tot het opstellen van jaarrekeningen en in het kader daarvan het maken van pensioenberekeningen niet de verplichting inhield om (ongevraagd) advies te verstrekken over de pensioenverplichtingen en de risico's zoals die blijken uit de pensioenberekeningen, ook al omdat advisering over de pensioenvoorzieningen (in eigen beheer) geen deel uitmaakte van de opdracht.

Een andere zaak betrof een dispuut tussen een deelnemer in een pensioenregeling, de verzekeraar en de tussenpersoon. De werkgever van de betreffende deelnemer schortte zijn premiebetalingen op met een beroep op de achterstand in verwerking van mutaties. Na het faillissement van de werkgever bleek een negatief rekening-courantsaldo te resteren zodat de pensioenaanspraken van de werknemer premievrij werden gemaakt met korting in verband met de premieachterstand. De deelnemer verweet de tussenpersoon dat zijn vrijwillige excedentpensioenregeling onderdeel bleek te zijn van de collectieve regeling met gevolg dat een premiebetaling niet ten gunste van zijn polis kwam maar aan de collectiviteit van deelnemers. Tevens zou de tussenpersoon zich onvoldoende hebben ingespannen jegens de verzekeraar om tijdig mutaties te verwerken. Het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening oordeelde op 1 oktober 2014 (*Pf* 2015/27) dat er geen grond was om premiebetaling door de werkgever toe te wijzen aan een individuele verzekerde en dat de tussenpersoon zich voldoende had ingespannen door de verzekeraar meerdere keren te wijzen op de administratieve achterstand. De verzekeraar had echter niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en handelend verzekeraar mag worden verwacht en was schadeplichtig jegens de deelnemer.

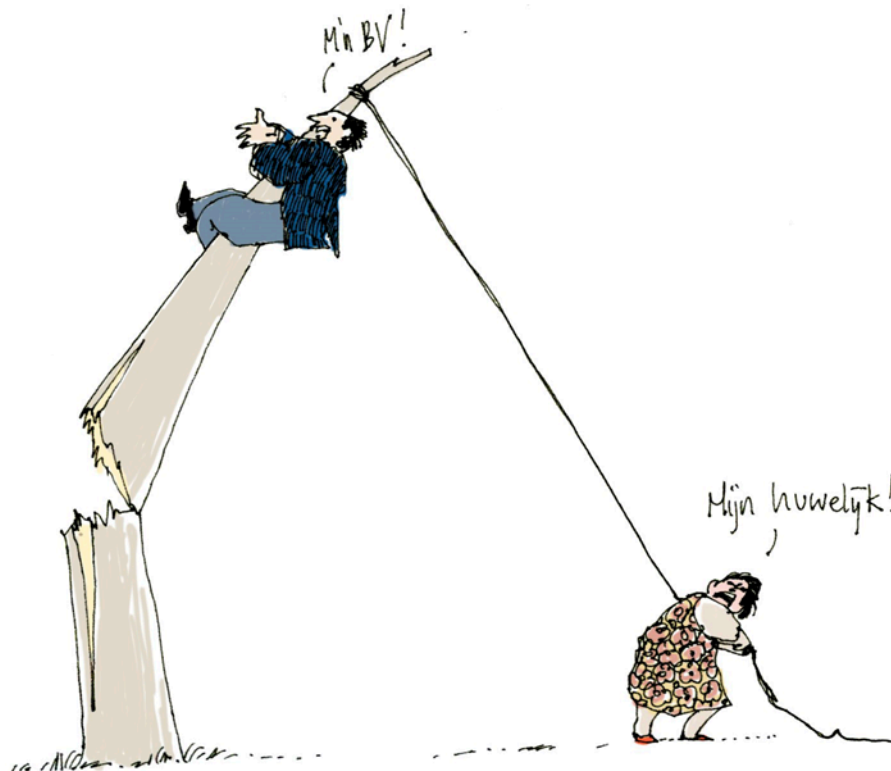
Bij de omzetting van een pensioenregeling werd tussen werkgever en zijn

adviseur afgesproken dat dit budgetneutraal zou plaatsvinden. Het budget was in de adviesopdracht echter niet vastgelegd. Rechtbank Midden-Nederland oordeelde op 4 juni 2014 (ECLI:NL:RBMNE:2014:7402) dat het moest gaan om het 'oude' budget, verhoogd met de premie voor nieuwe werknemers en de premie die zou moeten worden voldaan voor werknemers die een afstandsverklaring tekenden. De advieskosten voor de omzetting vielen volgens de rechtbank niet onder het budget.

In de staart van deze kroniekperiode oordeelde Gerechtshof Den Haag over een omzetting van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst. Daarbij was sprake van collectieve waardeoverdracht van de premievrijgemaakte uitkeringsovereenkomst naar de premieovereenkomst. Werknemers spraken later de werkgever aan op de tegenvallende pensioenresultaten, zowel wat betreft de verwerving vanaf de omzetting als van het pensioenresultaat uit de waardeoverdracht. De werkgever riep zijn adviseur op in vrijwaring. Het hof oordeelde op 16 februari 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:231) dat ten aanzien van de wijziging naar een premieovereenkomst, mede gezien het opleidingsniveau van de werknemers, voldoende informatie was verstrekt door de werkgever. Ten aanzien van de waardeoverdracht van de opgebouwde (gegarandeerde) pensioenaanspraken uit de uitkeringsovereenkomst naar de premieovereenkomst (waardoor het beleggingsrisico naar de werknemers verschoof) oordeelde het hof dat goed werkgeverschap vergde dat werd gewaarschuwd voor een (te) groot risico. De tussenpersoon die niet op dit risico wees, werd in vrijwaring aansprakelijk gehouden voor de schade van de werkgever.

PENSIOENKORTINGEN

Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat een ondernemingspensioenfonds bij korten onderscheid mag maken tussen werkgevers die bijstorten en



werkgevers die niet bijstorten. Het pensioenfonds handelt daarmee niet in strijd met het verbod op *ringfencing* (art. 123 Pw) en ook niet met de norm van evenwichtige belangenbehartiging (art. 105, lid 2 Pw). Zie het tussen- en eindvonnis van 17 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:9710, respectievelijk 10 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5389.

Met het oog op pensioenkortingen is nog aardig te wijzen op een uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 26 november 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:8665). Daarin werd onder meer geoordeeld dat van schending van de norm van evenwichtige belangenbehartiging (art. 105, lid 2 Pw) pas sprake kan zijn indien de belangenafweging evident onredelijk is.

PENSIOEN EN SCHEIDING

In de afgelopen periode kwam belangrijke rechtspraak beschikbaar over de berekening van door een dga te betalen alimentatie. Bij het vaststellen van alimentatie heeft de rechter gezien de wettelijke regeling

van artikel 1:157 BW grote vrijheid, zowel wat betreft het vaststellen van de duur als de hoogte van alimentatie. Voor het bevorderen van de rechtseenheid pleegt alimentatie te worden vastgesteld aan de hand van het Rapport alimentatienormen, vastgesteld door een expertgroep gevormd binnen de rechterlijke macht (versie 2016; te vinden via www.rechtspraak.nl). Het rapport behelst dat bij een dga voor het vaststellen van zijn draagkracht voor betaling van alimentatie niet uitsluitend het dga-salaris in aanmerking wordt genomen, maar wat in totaal aan de vennootschap kan worden onttrokken in de vorm van salaris of dividend. De dga raakt daardoor de macht over zijn vennootschap kwijt. Dat kan desastreus zijn als de dga voor betaling van alimentatie wordt gedwongen tot dividendopnames die in het licht van de solvabiliteitstoets en de liquiditeitstoets van artikel 2:216 BW niet zijn toegestaan. De solvabiliteitstoets van artikel 2:216 BW houdt in dat dividendopnames

zijn toegestaan voor zover het eigen vermogen van de vennootschap de wettelijke reserves overtreft (artikel 2:216, lid 1 BW). De liquiditeitstoets houdt in dat dividendopnames slechts mogelijk zijn indien de vennootschap na de dividenduitkering opeisbare schulden kan blijven voldoen. Als de dga aan een pensioenovereenkomst pensioen in eigen beheer ontleent, dient dat pensioen in eigen beheer op marktwaarde te worden gewaardeerd. Omdat pensioen in eigen beheer op de fiscale balans niet op een lagere rente dan 4 procent mag worden gewaardeerd (art. 3:29 Wet op de inkomstenbelasting 2001), valt de wettelijke reserve met het oog op pensioen in eigen beheer gezien de huidige lage marktrente zeer veel hoger uit dan de fiscale reserve op de fiscale balans. Daar waar voor de draagkrachtberekening van de fiscale jaarrekening wordt uitgegaan, dient in elk geval van de fiscale pensioenvoorziening te worden geabstraheerd door deze te vervangen door de pensioenreserve

op marktwaarde. In de praktijk blijkt dan dat dividendopnames veelal niet zijn toegestaan. Als de alimentatierechter voor de draagkrachtberekening uitgaat van de fiscale balans zonder omrekening van de pensioenvoorziening kan de dga op door rechterlijke toepassing van artikel 1:157 BW worden gedwongen tot dividendopnames die met toepassing van artikel 2:216 BW niet zijn toegestaan. Hoe wordt met dit dilemma omgegaan in de recente rechtspraak? Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9811, ging uit van waardering van de pensioenverplichting in eigen beheer op marktwaarde (overweging 4.4). Desondanks oordeelde het hof dat de dga tot aanzienlijke dividendopnames in staat zou moeten zijn omdat de vennootschap een vordering op de dga zou kunnen innen als de dga privévermogen liquide zou maken en zou aanwenden voor aflossing van de schuld (overweging 4.5). Tegenover de pensioenvoorziening gewaardeerd op marktwaarde zou dan nog voldoende liquiditeit staan. Rechtbank Den Haag 6 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2486, stelde voorop dat de pensioenvoorziening in eigen beheer niet op fiscale waarde kon worden gewaardeerd omdat het pensioen op basis van die waarde niet zou kunnen worden gerea-

liseerd. Daarnaast diende al een onttrekking aan de vennootschap te worden gedaan voor externe uitvoering van de rechten van de ex-partner op het eigen beheer pensioen van de dga. Mede daarom oordeelde de rechtbank dat dividendopnames voor betaling van alimentatie niet mogelijk waren.

De twee uitspraken laten zien dat bij het vaststellen van de draagkracht voor berekening van alimentatie met de beperkingen van artikel 2:216 BW rekening wordt gehouden.

PROCESRECHT

Een pensioenfonds dat op verzoek van een werkgever weigert vrijstelling te verlenen van verplichte deelneming in dat fonds neemt een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen bezwaar en vervolgens beroep bij de bestuursrechter openstaan, in eerste instantie bij de Rechtbank Rotterdam (art. 7 lid 3 Awb jo. art. 7 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak) en in hoger beroep bij het CBB (art. 8:105 Awb jo. art. 11 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak). De aanvraag of een verplichting tot deelneming bestaat, is een kwestie die volgens de wet tot de bevoegdheid van de civiele rechter behoort, in eerste instantie tot die van de kantonrechter (art. 25 Wet Bpf 2000). In het verleden heeft

de bestuursrechter zich desondanks wel uitgelaten over de aanvraag of sprake is van verplichte deelneming. In een uitspraak van 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:106, heeft het CBB aangegeven thans, in het voetspoor van zijn uitspraak van 13 maart 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:113) en in afwijking van eerdere uitspraken, van oordeel te zijn dat de civiele rechter de meest gereede partij is om te oordelen over de vraag of een verplichting tot deelneming bestaat. Indien er in een civiele procedure nog geen onherroepelijke uitspraak van de civiele rechter over de deelnemingsverplichting is, zal het CBB het verzoek om vrijstelling in beginsel voorwaardelijk kunnen beoordelen, namelijk onder de voorwaarde dat er een deelnemingsverplichting is. Uit de uitspraak van het CBB blijkt dat het CBB daarmee op dezelfde lijn zou zitten als de Rechtbank Rotterdam in die zaak.

De Rechtbank Rotterdam keerde zich in een tweetal uitspraken van latere datum echter uitdrukkelijk tegen de lijn van voorwaardelijke beoordeling (Rechtbank Rotterdam 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7274 en ECLI:NL:RBROT:2015:7275). In de door de rechtbank als bestuursrechter te beoordelen vrijstellingskwesties, had de kantonrechter reeds geoordeeld dat geen deelnemingsverplichting bestond. Op basis daarvan oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de werkgever geen belang had bij vrijstelling en dat het pensioenfonds niet bevoegd was vrijstelling te verlenen. De rechtbank overwoog dat zij diende uit te gaan van het oordeel van de kantonrechter, ook als tegen dat oordeel nog hoger beroep openstaat. Voorts overwoog de rechtbank dat indien uiteindelijk mocht blijken dat toch een deelnemingsverplichting bestaat, de werkgever een nieuw verzoek om vrijstelling kan indienen en dat het algemene rechtsbeginsel dat eenzelfde geschil niet twee keer aan de rechter kan worden voorgelegd, niet aan toetsing van het daarop te nemen besluit in de weg staat.

.....
advertentie

ADVOCAAT  CENTRAAL

SOFTWARE VOOR DE ADVOCATUUR

“ Het systeem kan met enkele klikken allerlei standaard brieven en processtukken genereren, ik gebruik mijn dicteerapparaat niet meer ”

mr. Arthur Scholtmeijer

Verdonk Advocaten



Tel. (035) 543 55 66
www.advocaatcentraal.nl