

– Kroniek

Pensioenrecht

— door **Bastian Bodewes, Annemiek Cramer, Jan Aart van de Hoef, Mark Putting & Wim Thijssen**
beeld **Floris Tilanus**

De pensioenwereld wacht in spanning af of de grootste pensioenhervorming uit de Nederlandse geschiedenis, na de Tweede Kamer¹ ook de Eerste Kamer zal halen. Deze pensioenhervorming is vervat in het voorstel van Wet toekomst pensioenen (de Wtp)². In dit Kroniekjaar werd bovendien uitspraak gedaan in voor de ontwikkeling van het pensioenrecht belangrijke zaken.

WETGEVING EN BELEID

De belangrijkste ontwikkelingen in het afgelopen jaar waren die rond de Wtp en de zogenaamde Wet ‘bedrag ineens’³. De Wtp houdt, beperkt tot hoofdlijnen en op basis van de stand van de wetgeving op het moment van schrijven van deze Kroniek⁴, in dat vanaf de implementatie van de Wtp bij een werkgever uitsluitend nog premieovereenkomsten ondergebracht op basis van leeftijdsonafhankelijke premie zullen zijn toegestaan. Deze premieovereenkomsten zullen anders moeten zijn ingericht dan de huidige premieovereenkomsten.

Typen pensioenovereenkomsten

Vanaf uiterlijk 2027 (het jaar waarin de Wtp moet zijn uitgevoerd) dient een pensioenovereenkomst van het type solidaire premieovereenkomst, flexibele premieovereenkomst of premie-uitkeringsovereenkomst te zijn.

– Een solidaire pensioenovereenkomst⁵ is een premieovereenkomst waarbij het pensioenvermogen collectief wordt belegd, deels individueel wordt toegerekend en deels wordt aangehouden in een solidariteitsreserve⁶. De pensioenuitvoerder is bevoegd om de solidariteitsreserve volgens complexe regels aan te wenden voor pensioenverbetering en compensatie voor pensioennadeel in verband met de overgang naar de Wtp (de zogenaamde transitie). Voor ouderdomspensioen wordt een kapitaal opgebouwd dat op de pensioendatum binnen de solidaire pensioenovereenkomst wordt aangewend voor variabel ouderdomspensioen⁷ (ouderdomspensioen dat meebeweegt met onder meer de rentestand, de gerealiseerde beleggingsopbrengsten en de levensverwachting).

– Bij een flexibele premieovereenkomst⁸ bestaat de mogelijkheid het pensioenvermogen in de periode tot de pensioendatum individueel te beleggen (met keuzevrijheid voor de deelnemer). In de uitkeringsfase wordt het pensioenvermogen wel collectief belegd, maar bestaat de mogelijkheid tegenvallers en meevallers individueel te verwerken. Verder bestaat de mogelijkheid een risicodelingsreserve⁹ aan te houden die min of meer een vergelijkbare functie kan vervullen als de solidariteitsreserve bij de solidaire premieovereenkomst. Voor de risicodelingsreserve gelden wel andere spelregels dan voor de solidariteitsreserve. Voor ouderdomspensioen wordt een kapitaal opgebouwd dat op de pensioendatum binnen de flexibele premieovereenkomst mag worden aangewend voor variabel of vastgesteld ouderdomspensioen¹⁰.

– Het bijzondere van de premie-uitkeringsovereenkomst¹¹ is dat de deelnemer de bevoegdheid heeft om vijftien jaar voor de pensioendatum het tot dan toe opgebouwde kapitaal voor het onderbrengen van ouderdomspensioen geheel of gedeeltelijk aan te wenden voor vastgesteld ouderdomspensioen. De toekomstige premie wordt dan ook jaarlijks aangewend voor vastgesteld ouderdomspensioen. De deelnemer kan er ook voor kiezen het tot vijftien jaar vóór de pensioendatum opgebouwde kapitaal voor ouderdomspensioen te laten doorbeleggen, maar toekomstige premie jaarlijks aan te wenden voor vastgesteld ouderdomspensioen. De premie-uitkeringsovereenkomst kan uitsluitend door verzekeraars en premiepensioeninstellingen worden uitgevoerd¹².

Partnerpensioen

Partnerpensioen gaat onder de Wtp volledig op de schop. Tot de kern beperkt houden de wijzigingen het volgende in:

- er komt een uniform partnerbegrip¹³ dat in pensioenovereenkomsten moet worden gevolgd (onder de huidige wetgeving kunnen sociale partners bij het opzetten van een pensioenregeling het partnerbegrip geldend buiten huwelijk en geregistreerd partnerschap zelf vormgeven);
- partnerpensioen wordt tot de pensioendatum uitsluitend op risicobasis ondergebracht en wordt dienstjaren-onafhankelijk, zodat na wisseling van werkgever volledige dekking blijft bestaan¹⁴;
- vanaf de pensioendatum wordt partnerpensioen, als dat wordt toegekend, op opbouwbasis (kapitaalgedekt) ondergebracht (ten laste van het opgebouwde kapitaal);
- voorzien wordt in regelingen in verband met het wegvalen van risicopartnerpensioen na beëindiging van een dienstverband vóór de pensioendatum¹⁵.

Leeftijdsonafhankelijke premie

De leeftijdsafhankelijke premie¹⁶ heeft tot gevolg dat de pensioenopbouw voor relatief oudere werknemers zal afnemen vanwege de voor hen kortere duur tot de pensioendatum. Onder de huidige wetgeving is de pensioenopbouw in de meeste pensioenregelingen juist leeftijdsonafhankelijk, zodat de premie met het toenemen van de leeftijd van de deelnemer stijgt. De wetgever voorziet dat werkgevers daarvoor compensatoire maatregelen zullen moeten nemen. De Wtp stelt daaraan complex uitvoerbare randvoorwaarden¹⁷. Aan compensatie kan worden ontkomen door gebruik te maken van het overgangsrecht.

Overgangsrecht

Er zal beperkt overgangsrecht gelden voor premieovereenkomsten met leeftijdsafhankelijke premie. Dat overgangsrecht is voor de praktijk wel van groot belang. Daarom in het kort de belangrijkste regels:

- een werkgever die vóór 1 juli 2023 een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie bij een pensioenfonds heeft ondergebracht, kan de leeftijdsafhankelijke premie vanaf de implementatie van de Wtp in zijn arbeidsvoorwaarden continueren voor werknemers die de dag vóór de implementatie aan de regeling deelnamen;
- een werkgever die zijn pensioenregeling bij een verzekeraar heeft ondergebracht (dat mag een uitkeringsovereenkomst, een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst zijn), heeft uiterlijk tot de dag vóór de implementatie van de Wtp de tijd om in zijn arbeidsvoorwaarden een uitkeringsovereenkomst of kapitaalovereenkomst om te zetten in een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie. De leeftijdsafhankelijke premie voor bestaande deelnemers mag dan vanaf de implementatie van de Wtp in de arbeidsvoorwaarden voor die bestaande deelnemers worden gehandhaafd.

Invaren

Beoogd wordt bij pensioenfondsen alle bestaande opgebouwde rechten om te rekenen in rechten volgens de premieovereenkomst die uiterlijk vanaf 2027 zal moeten gelden, zonder individueel instemmings- of bezwaarrecht van de betrokkenen¹⁸. Deze complexe en omstreden operatie leidt tot herverdeling van het tot de overgang op de Wtp gevormde vermogen, waarbij het is toegestaan een deel van het ingevaren vermogen aan te wenden voor het financieren van compensatie voor de overgang naar leeftijdsonafhankelijke premie. Dat is saillant omdat vermogen dat vóór de overgang op de Wtp fungeerde ter dekking van opgebouwde rechten, wordt aangewend voor de financiering van toekomstige pensioenopbouw (compensatie in de vorm van extra pensioen)¹⁹.

Moties

De Tweede Kamer heeft een groot aantal moties ingediend waarvan er 21 zijn aangenomen. De vanuit arbeidsrechtelijke optiek belangrijkste zijn:

- het nader gewijzigde amendement-Nijboer/Maatoug²⁰ dat regelt dat de startleeftijd voor pensioenopbouw per 1 januari 2024 wordt verlaagd naar achttien jaar;
- het gewijzigde amendement-Maatoug/Nijboer²¹ dat de mogelijkheid van het hanteren van een wachttijd bij pensioenopbouw voor uitzendkrachten per 1 juli 2023 (aannemend dat de Wtp per die datum wordt ingevoerd) afschaft;
- het amendement-Stoffer²² dat regelt dat gewezen deelnemers die na het eindigen van hun dienstverband hebben gekozen voor vrijwillige voortzetting van de dekking van partnerpensioen op risicobasis, dat ten minste voor vijftien jaar mogen doen (de sociale partners kunnen een langere maximale duur laten aanbieden);
- het amendement-Omtzigt²³ dat regelt dat ook als een gewezen deelnemer volgend op het einde van de deelneming aan een pensioenregeling een Ziektewetuitkering ontvangt, of een Werkloosheidswetuitkering volgend op die Ziektewetuitkering, het risico nabestaandenpensioen (partner- en wezenpensioen) in stand blijft.

Behandeling in de Eerste Kamer

Het wetsvoorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer. Daar zijn op 16 maart 2023 honderden vragen gesteld aan de verantwoordelijke minister C.J. Schouten voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen²⁴. In een volgende Kroniek Pensioenrecht kan meer duidelijkheid worden gegeven.

ARBEIDSRECHT

Op het snijvlak van het arbeids- en het pensioenrecht is het (zeker met het oog op de Wtp) goed om in te gaan op de rechtspraak die betrekking heeft op het eenzijdig wijzigen

van de pensioenregeling, de informatieverplichtingen van werkgevers en het goed werkgeverschap.

Eenzijdige wijziging van de pensioenregeling

In de literatuur werd wel betoogd dat de maatstaf uit het Stoof/Mammoet-arrest²⁵ (artikel 7:611 BW) uitsluitend gebruikt zou kunnen worden bij individuele wijzigingen van arbeidsvoorwaarden en dat voor collectieve wijzigingen in principe een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding nodig is. De Hoge Raad heeft nu duidelijk gemaakt dat de maatstaf uit het Stoof/Mammoet-arrest óók toegepast kan worden bij een collectieve wijziging van de arbeidsovereenkomst (HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759).

In deze zaak was met een groep van 43 werknemers (die in dienst waren vóór 1 januari 2003) overeengekomen dat zij in het geheel geen pensioenpremie zouden betalen. Na raadpleging van de ondernemingsraad en vakbonden is per 1 juli 2015 een nieuwe pensioenregeling vastgesteld door de werkgever. Onderdeel hiervan is de introductie van een werknemerspremie met een geleidelijke ingroei van 0% naar 3,5% in zeven jaar tijd voor de groep van 43 werknemers die tot dat moment nog geheel geen pensioenpremie betaalden. De ondernemingsraad had ingestemd met de nieuwe pensioenregeling, maar de 43 werknemers gingen niet akkoord.

De kantonrechter verklaarde voor recht dat de eenzijdige invoering van het werknemersdeel in de pensioenpremies per 1 juli 2015 in strijd was met artikel 19 Pensioenwet en artikel 7:613 BW. Het hof bekrachtigde dit vonnis, maar overwoog dat geen sprake was van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 Pensioenwet of

artikel 7:613 BW. Het hof paste daarom via Stoof/Mammoet artikel 7:611 BW toe, maar deed dit op een te strikte wijze, door te overwegen dat een

werknemer slechts dan in strijd handelt met het goed werknemerschap indien afwijzing van het (redelijke) voorstel van de werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (wat volgens het hof niet het geval was).

De werkgever stelde in cassatie onder meer aan de orde dat Stoof/Mammoet niet gebruikt kon worden bij een collectieve wijziging. De Hoge Raad stelde echter vast dat (indien de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk eenzijdig wijzigingsbeding bevat) de beoordelingsmaatstaf van Stoof/Mammoet geldt voor *alle* voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn. Daarmee maakte de Hoge Raad een einde aan de discussie hierover in de literatuur. De Hoge Raad oordeelde vervolgens wel dat het hof de beoordelingsmaatstaf uit Stoof/Mammoet te streng had toegepast door te beoordelen of de verwerping van de nieuwe pensioenregeling door de werknemers 'onaanvaardbaar' was. De Hoge Raad casseerde en verwees de zaak naar een ander hof.

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat het (eenzijdig) wijzigen van pensioenregelingen nauw luistert, is gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6832. In deze zaak was wel sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding. Het betrof een zaak over de pensioenregeling van bedrijfstakpensioenfonds SPNG, waar de werkgever vrijwillig aan deelnam. Het pensioenreglement van SPNG bevatte een eenzijdig wijzigingsbeding, waarin stond dat SPNG enkel tot wijziging kon overgaan indien de werkgever daar (kort gezegd) een zwaarwegend belang bij had. De regeling werd door SPNG gewijzigd en deze wijziging werkte door in de rechtsverhouding

tussen werkgever en werknemer via een tussen hen gesloten dynamisch incorporatiebeding waarmee werd verwezen naar het pensioenreglement van SPNG.

De pensioenregeling was daarmee vol-



gens het hof rechtsgeldig gewijzigd, maar de werkgever had ook de eigen bijdrage van 6% naar 8% verhoogd. Het hof oordeelde dat deze aanpassing dan weer niet rechtstreeks voortvloeide uit het pensioenreglement, maar (klaarblijkelijk) uit een uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en SPNG, waar de werknemer niet aan gebonden was. Deze eenzijdige verhoging van de eigen bijdrage moest daarom wel worden teruggedraaid. De werkgever werd veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen sinds 2013 te veel als eigen bijdrage was ingehouden op het salaris.

Informatieverplichtingen/goed werkgeverschap

Hoewel de informatieverplichting op grond van het goed werkgeverschap over het algemeen ver reikt, is een grens gesteld in de zaak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6966 en ECLI:NL:GHARL:2022:6967. In deze zaak tegen de NAM vroeg een werknemer na ongeveer 35 jaar in dienst te zijn geweest zijn pensioen aan. Volgens de werknemer deed hij dit nadat hij eerst bij de NAM zou hebben geverifieerd of er op korte termijn nog een vrijwillige vertrekregeling zou worden opengesteld, wat niet het geval zou zijn. Ongeveer twee maanden nadat de werknemer zijn vroegpensioen had aangevraagd, bleek er wel een gunstige vrijwillige vertrekregeling te worden geïntroduceerd, waar de werknemer geen beroep meer op kon doen omdat hij zijn pensioen reeds had aangevraagd. De werknemer stelde dat de werkgever niet handelde als goed werkgever en dat hij geïnformeerd had moeten worden. De werknemer deed voorts een beroep op dwaling. De zaak werd gelijktijdig behandeld met vergelijkbare zaken van andere oud-werknemers. Centraal stond de vraag of de NAM had moeten mededelen dat een mogelijk gunstiger vrijwillige vertrekregeling zou worden ingevoerd. Zowel kantonrechter als hof oordeelde dat deze verplichting (nog) niet bestond, omdat de nieuwe regeling ten tijde van de vroegpensioenaanvraag nog vorm moest krijgen en er toentertijd nog geen beslissing over was genomen.

Een vergelijkbare situatie, met een precies omgekeerde uitkomst, deed zich voor bij rechtbank Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 12 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2347. Het betrof hier een werknemer die 47 jaar in dienst was en bij Philips informeerde naar de mogelijkheid om gebruik te maken van een eventuele Regeling Vervroegde Uittreding (RVU). De (gunstige) RVU-regeling was er op dat moment nog niet, maar was wel aanstaande, gelet op de cao-onderhandelingen hierover. De werknemer vroeg naar de status, maar de werkgever gaf onvoldoende duidelijkheid, waarna de werknemer er volgens eigen zeggen op vertrouwde dat het goed zou komen en stelde (te vroeg) zijn pensioendatum vast. De rechter oordeelde dat het in dit geval op de weg van Philips had gelegen om met de werknemer in gesprek te gaan, om op zorgvuldige wijze te bezien of het raadzaam was om op vervroegde pensionering aan te sturen of daarmee te wachten. Het bleef namens Philips bij korte reacties op vragen van de werknemer en het verwijzen naar de pensi-

oencoach, maar van een verdergaande, serieuze verdieping in de situatie van de werknemer was niet gebleken. Dat was in dit geval te weinig en Philips werd aansprakelijk gehouden wegens schending van de zorgplicht.

Vermeldingswaardig is in dit kader nog gerechtshof Amsterdam 15 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:378 en ECLI:NL:GHAMS:2022:379, waarbij een KLM-piloot klaagde over de zorgplicht en informatievoorziening van (in dit geval) het pensioenfonds. In het algemeen wordt aangenomen dat het uitstellen van pensioen leidt tot een hogere pensioenuitkering dan het vervroegen van pensioen, door actuariële omrekening en eventueel voortzetting van de pensioenopbouw. Dit hoeft echter niet per se het geval te zijn, omdat een aanpassing van de omrekenfactoren alsnog kan leiden tot een lager pensioen, zoals hier het geval was. De door het pensioenfonds verstrekte informatie was ondanks toereikend en daarmee was geen zorg- of informatieplicht geschonden, zo oordeelde het hof.

VERPLICHTE AANSLUITING BIJ EEN BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS

De stroom van uitspraken over de vraag of een werkgever onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, hield ook dit jaar aan. Die stroom zal aanhouden zolang werkingssferen, vastgelegd in door sociale partners opgestelde ministeriële verplichtstellingsbesluiten, onduidelijk zijn. De rechter zal zich, aan de hand van de cao-norm, moeten blijven buigen over de vraag of feitelijke bedrijfsactiviteiten van een werkgever vallen onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.

Vijf jaar geleden legde gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het hoofdzakelijkheidscriterium ('uitsluitend of in hoofdzaak' bepaalde werkzaamheden uitoefenen) in de verplichtstelling voor Pensioenfonds Vervoer in die zin uit, dat de loonsom bepalend is²⁶. Gerechtshof 's-Hertogenbosch (31 januari 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:365), oordeelde begin dit jaar over hetzelfde hoofdzakelijkheidscriterium, dat niet zo zeer de loonsom bepalend is, maar dat 'duidelijk' is dat bepalend is wat de werkgever 'doet'. Het hof bedoelt daar kennelijk mee, dat bepalend is of vervoerwerkzaamheden 'de boventoon' voeren, waarbij de loonsom 'wellicht een indicatie' kan vormen. De uitspraak is in strijd met de eerdere uitspraak van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, wat de duidelijkheid in de sector vervoer niet ten goede komt. Het is wenselijk dat de Hoge Raad hier helderheid verschaft.

Een andere opmerkelijke uitspraak in een werkingssfeer geschil, is die van rechtbank Den Haag (10 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3046) over de werkingssfeer van Bpf Mitt, het verplichte bedrijfstakpensioenfonds voor de mode-, interieur, tapijt- en textielindustrie. In die werkingssfeer is geen hoofdzakelijkheidscriterium opgenomen en ook geen ander criterium waaruit blijkt dat sprake moet zijn van een bepaalde mate van werkzaamheden om onder de werkingssfeer te vallen. Ondanks het ontbreken van een

dergelijk criterium oordeelde de rechtbank dat er wel degelijk een zekere ondergrens van toepassing is en dat de betreffende werkgever niet bij Bpf Mitt hoefde aan te sluiten omdat de werkzaamheden van die werkgever onder de ondergrens bleven. De kans is groot dat Bpf Mitt tegen deze uitspraak in hoger beroep gaat.

Ten aanzien van de werkingssfeer van Bpf Koopvaardij, liet de Hoge Raad (24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:298) het oordeel van gerechtshof Amsterdam (14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2836²⁷) in stand, dat de bemanning van de schepen van Greenpeace verplicht is om deel te nemen in het fonds. Tevens liet de Hoge Raad (25 november 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1732) het oordeel van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (9 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2263) in stand, dat Domino's Pizza verplicht is tot aansluiting bij Bpf Detailhandel omdat de activiteiten van Domino's Pizza tot de detailhandel behoren.

Een belangrijke reden dat zoveel geprocedeerd wordt over de reikwijdte van werkingssferen van fondsen, is dat het voor een werkgever vaak zeer grote gevolgen heeft als achteraf blijkt dat de werkgever ten onrechte niet is aangesloten bij een fonds. Het zou zomaar kunnen dat die werkgever een pensioenpremieordering met minimaal vijf jaar terugwerkende kracht tegemoet kan zien. Verjaring speelt, vanwege die terugwerkende kracht, regelmatig een rol bij werkingssfeergeschillen. Gerechtshof 's-Hertogenbosch

(14 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1849²⁸)

kondigt aan, in een werkingssfeergeschil tussen het bedrijfstakpensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen (Bpf HiBin) en een werkgever, prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over het moment waarop een premievordering van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op een werkgever opeisbaar is. Dat moment is uiteraard van belang voor de verjaring van de, vaak torenhoge, premievorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen. Gerechtshof Den Haag (6 september 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2177) oordeelde in een geschil tussen Bpf Bouw en een werkgever dat de werkgever zich ten aanzien van een premievordering van Bpf Bouw niet op verjaring kon beroepen. Het hof oordeelde dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Een van de omstandigheden die het hof meewoog en die zeker niet in

iedere situatie aan de orde zal zijn, was dat de rechtszekerheid van de werkgever volgens het hof niet in het gedrang leek te zijn gekomen, nu de werkgever toen hij zich meldde bij het fonds kennelijk tevens gegevens van zijn werknemers over de 'verjaarde periode' heeft verstrekt, waar het hof uit afleidt dat de werkgever ervan uitgegaan zal zijn dat hij premie verschuldigd was en waarschijnlijk niet zal hebben gemeend dat een deel van de vordering reeds was verjaard.

REPRESENTATIVITEITSKWESTIES

Uitsluitend op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven kan de minister van SZW besluiten tot verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Dit is bepaald in artikel 2 Wet Bpf 2000.²⁹ Het georganiseerde bedrijfsleven moet naar oordeel van de minister een 'belangrijke meerderheid' van de in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen. Dit wordt het representativiteitsvereiste genoemd. Door de minister wordt de representativiteit aan zowel de werkgeverszijde als aan de werknemerszijde getoetst. De minister beoordeelt de representativiteit aan de hand van twee toetsen. De werkgeversorganisaties dienen allereerst statutair bevoegd te zijn om voor de desbetreffende bedrijfstak arbeidsvoorwaarden overeen te komen. Vervolgens moet de minister nagaan welk gedeelte van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst is van werkgevers die lid zijn van de werkgeversorganisaties die verplichtstelling aanvragen.

Van een belangrijke meerderheid is kort gezegd sprake wanneer 60% van de in de bedrijfstak werkzame personen in dienst is bij werkgevers die lid zijn van de werkgeversorganisaties die de verplichtstelling aanvragen. Bij 55-60% wordt de representativiteit verondersteld, tenzij blijkt dat het draagvlak voor verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds beperkt is of een zeer scheve verdeling zou ontstaan binnen de werkingssfeer (bijvoorbeeld omdat de totale organisatiegraad in de bedrijfstak laag is). Bij minder dan 55% is geen sprake van een 'belangrijke meerderheid' en wordt de verplichtstellingsaanvraag afgevoerd.

In 2022 is in de rechtspraak een aantal keren over representativiteitskwesties geoordeeld. Hier wordt een tweetal uitspraken van het gerechtshof Amsterdam behandeld en de lijn in de jurisprudentie uiteengezet. In beide uitspraken was hetzelfde pensioenfonds betrokken. In gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022,



ECLI:NL:GHAMS:2022:1708 werd geoordeeld over de vraag welke rechtsmiddelen openstaan tegen besluiten tot algemeen verbindend verklaring van cao's en verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds op grond van gebreken in de representativiteit van partijen die een aanvraag tot algemeen verbindend verklaring en verplichtstelling hebben gedaan. Tevens kwam aan de orde welke criteria gelden voor het representativiteitsvereiste. Uit deze uitspraak van het gerechtshof Amsterdam kan worden opgemaakt dat een partij geen regulier rechtsmiddel meer heeft om tegen het verplichtstellingsbesluit op te komen nadat het verplichtstellingsbesluit is afgegeven. Een verplichtstellingsbesluit is immers een besluit van algemene strekking (materiële wetgeving). De enige mogelijkheid die openstaat, is het indienen van een zienswijze in het kader van de aanvraagprocedure. Ook in gerechtshof Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754 waren door een werkgever bezwaren opgeworpen in het kader van de aanvragen tot algemeen verbindend verklaring van de cao's binnen de bedrijfstak en verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds. Aangevoerd werd onder andere dat de organisatiegraad van de werknemers in de bedrijfstak onvoldoende zou zijn geweest om tot algemeenverbindendverklaring van de cao's en verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds te kunnen komen. De bezwaren van de werkgever waren echter niet formeel als zienswijze ingebracht, waardoor de bezwaren van de werkgever niet slaagden.

De conclusie die uit de hiervoor genoemde uitspraken en uit aanverwante jurisprudentie valt te trekken, is dat de partij die bezwaren heeft tegen algemeenverbindendverklaring van een verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds (of algemeenverbindendverklaring van een cao), deze bezwaren dient te uiten door middel van een formele bestuursrechtelijke zienswijze in het kader van de procedure strekkend tot algemeenverbindendverklaring van de cao of de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds. Gebeurt dat niet tijdig, dan blijkt dat het recht nauwelijks nog openingen biedt om besluiten tot algemeenverbindendverklaring van cao's of verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen aan te tasten.

VRIJSTELLING VAN VERPLICHTTE DEELNEMING

In een geschil tussen een werkgever en een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB 26 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:458) in hoger beroep van een vonnis van de rechtbank Rotterdam 23 december 2020 ECLI:NL:RBROT:2020:12098, geoordeeld over een kwestie inzake intrekking van een verleende vrijstelling. De werkgever behoorde tot een concern dat de eigen pensioenregeling had ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds. De werkgever had om die reden vrijstelling van verplichte deelneming bij het bedrijfstakpensioenfonds verkregen. De werkgever maakte op een gegeven moment geen onderdeel meer uit van het concern, maar de pensioenregeling bleef wel ondergebracht bij het

ondernemingspensioenfonds. Het bedrijfstakpensioenfonds trok daarop na enige tijd de vrijstelling om twee redenen in. Enerzijds omdat niet meer aan het groeps criterium werd voldaan en anderzijds omdat de feitelijke dekkingsgraad bij het ondernemingspensioenfonds lager was dan die bij het bedrijfstakpensioenfonds. De eerste grond (het groeps criterium) acht het CBB in strijd met het vertrouwensbeginsel, onder meer omdat het bedrijfstakpensioenfonds al wist dat niet meer aan het groeps criterium werd voldaan, maar desondanks de vrijstelling aanvankelijk wel werd gecontinueerd. Ten aanzien van de tweede grond overweegt het CBB dat intrekking van de vrijstelling moet berusten op een weging van belangen, waarbij die van de werknemers voorop moeten staan. Het bedrijfstakpensioenfonds wist niet aan te tonen waarom zijn belang zwaarder zou moeten wegen dan die van de werknemers.

TOESLAGVERLENING

Op 23 september 2022 (zie ECLI:NL:HR:2022:1267) wees de Hoge Raad arrest in de Euronext-zaak. Het arrest betreft een voorwaardelijke toeslagregeling die werd vastgelegd in een personeelshandboek en een die werd vastgelegd in een cao. De Hoge Raad biedt een aantal belangrijke gezichtspunten. Eerst oordeelt de Hoge Raad onder verwijzing naar de plaatsing in de Pensioenwet, dat artikel 58 zich richt tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever. Deze wetbepaling schrijft (onder meer) voor dat slaper-gepensioneerden bij toeslagverlening op overeenkomstige wijze moeten worden behandeld als actief-gepensioneerden. Met actief-gepensioneerden bedoelt men werknemers die vanuit actieve dienst zijn gepensioneerd, met slaper-gepensioneerden bedoelt men gepensioneerden die gewezen deelnemer waren voor pensioering. Ook moeten slapers (gewezen deelnemers aan een pensioenregeling die nog niet zijn gepensioneerd)³⁰ bij toeslagverlening op overeenkomstige wijze worden behandeld als gepensioneerden. Voorts oordeelt de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis volgt, dat artikel 58 Pensioenwet onderscheid toestaat naar het moment waarop de dienstbetrekking is geëindigd. Verder oordeelt de Hoge Raad dat artikel 58 Pensioenwet geen verplichting inhoudt om indexatieperspectief te creëren voor gewezen werknemers als dit voor nog in dienst zijnde werknemers is gecreëerd, omdat de bepaling geen gelijke behandeling met actieven voorschrijft. Tenslotte oordeelt de Hoge Raad dat artikel 58 Pensioenwet vereist dat gelijke behandeling alleen geldt als betrokkenen in dezelfde pensioenregeling hebben deelgenomen.

Ten aanzien van de verplichting van de werkgever tot onderbrenging van een pensioenregeling bij een toegelaten pensioenuitvoerder als bedoeld in artikel 23 Pensioenwet zodra pensioenvererving aanvangt, oordeelt de Hoge Raad dat deze verplichting niet geldt voor uitvoering van een voorwaardelijke toeslagregeling ten behoeve van gewezen deelnemers, omdat daarbij ingevolge artikel 1 Pensioenwet geen sprake meer is van pensioenvererving.



In rechtsoverweging 3.4.24 bevestigt de Hoge Raad haar oordeel in *Alcatel-Lucent*³¹, dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een werkgever door de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen zonder daarbij nadere maatregelen te treffen, zich niet als goed werkgever gedraagt.

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat de werknemer door het aangaan van de pensioenovereenkomst met de werkgever de begunstiging, ofwel het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst, aanvaardt. Daarmee wordt de werknemer partij bij de uitvoeringsovereenkomst³². De begunstiging heeft betrekking op de pensioenuitkeringen en brengt niet mee dat de werknemer jegens de werkgever recht heeft op nakoming van de in de uitvoeringsovereenkomst opgenomen verplichtingen van de werkgever jegens de pensioenuitvoerder.

In een zaak over een leeggelopen toeslagdepot wees gerechtshof Den Haag op 18 januari 2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:16) de vordering tot voortzetting van een voorwaardelijke toeslagverlening toe, omdat de geëindigde uitvoeringsovereenkomst inhield dat de werkgever tekorten van het toeslagdepot diende aan te vullen. Hiermee nam het hof de facto een onvoorwaardelijke toeslagregeling aan.

Rechtbank Midden-Nederland oordeelde op 2 maart 2022 (zie ECLI:NL:RBMNE:2022:835) over een zaak waarbij eveneens een toeslagdepot na het einde van de uitvoeringsovereenkomst was leeggelopen, waardoor de voorwaardelijke toeslagverlening was geëindigd. De rechtbank oordeelde dat goed werkgeverschap en de consistentie-eis van artikel 95 Pensioenwet niet tot aanvullende stortingen door de werkgever tot nakoming van de toeslagregeling verplichtten. Daarbij speelde een rol dat de werknemers deelnamen in een eindloonregeling en daarmee al in een betere positie verkeerden dan andere werknemers van de werkgever die

als ambtenaar deelnamen in het ABP met een middelloonregeling.

Een andere interessante zaak betrof het arrest van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 oktober 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:8467). Het hof oordeelde in die zaak dat een redelijk handelend en bekwaam pensioenuitvoerder zich ervan dient te vergewissen dat wijziging van het pensioenreglement strookt met de inhoud van de pensioenovereenkomst. Deze verplichting volgt uit artikel 35 Pensioenwet. Bij de invoering van een toeslagregeling diende de pensioenuitvoerder de werkgever te informeren, dat de nieuwe toeslagbepaling in het pensioenreglement kon leiden tot een bijstortplicht van de werkgever indien de middelen in het toeslagdepot ontoereikend zouden blijken. Omdat de rechtsverhouding tussen de deelnemers en de pensioenuitvoerder in het pensioenreglement is vastgelegd en de pensioenuitvoerder had nagelaten om in het pensioenreglement op te nemen dat toeslagverlening zou zijn beperkt tot toeslagverlening op basis van de beschikbare middelen in het depot konden werknemers een tekort jegens de pensioenuitvoerder vorderen.

PENSIOEN EN SCHEIDING

Op 29 maart 2022 oordeelde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2022:2382) over een advocaat die had verzuimd te wijzen op de vervaltermijn van zes maanden voor een verzoek om conversie van verevend ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen tot een eigen pensioenrecht. Omdat de partner zes jaar jonger was, bestond een behoefte aan conversie tot een eigen recht op ouderdomspensioen. Door dit verzuim leed de partner schade. De advocaat was schadelijkt.

In een zaak over externe uitvoering van verevend pensioen dat werd opgebouwd in eigen beheer, oordeelde de Hoge Raad op 15 juli 2022 (zie ECLI:NL:HR:2022:1080) dat de dga schadeplichtig was jegens de vereveningsgerechtigde nadat de verkoopopbrengst van de tandarts-bv tegenviel. Voor die tegenvallende opbrengst was geen voorbehoud in de echtscheidingsbeschikking gemaakt, zodat deze voor rekening en risico van de dga kwam. Tevens was de rekening-courantverhouding door onttrekkingen door de dga opgelopen. De dga werd veroordeeld tot vergoeding van de schade ter grootte van het dekkingstekort voor externe uitvoering bij een verzekeraar van de nominale pensioenaanspraak.

FTK, BUFFERVEREISTE EN KORTINGSMOGELIJKHEID

In een procedure tegen de Staat der Nederlanden vorderde Stichting Pensioenbehoud c.s. een verklaring voor recht dat het wettelijke buffervereiste voor pensioenfondsen³³ in strijd is met de IORP II richtlijn, omdat pensioenfondsen geen biometrische risico's³⁴ zouden dragen aangezien door de wettelijke kortingsplicht bij onderdekking de risico's uiteindelijk bij de verzekerden liggen. De achtergrond van de zaak was dat buffers dan voor toeslagverlening zouden (kunnen) worden aangewend. Het gerechtshof Den Haag oordeelde op 21 juni 2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:1002) dat

artikel 15, lid 1 IORP II geen eisen stelt aan het begrip 'verzekeren', zodat de Nederlandse wetgever 'verzekeren' met kortingsmogelijkheid als verzekering met biometrische risico's mag kwalificeren. Tevens overweegt het hof dat artikel 15 IORP II 'verzekeren' en 'garanderen' onderscheidt, zodat sprake kan zijn van verzekeren zonder garantie. IORP II beoogt voorts een minimumharmonisatie, zodat de Nederlandse wetgever aanvullende eisen mag stellen bij implementatie van de richtlijn. Ten overvloede vermeldt het hof dat zelfs als de buffervereisten buiten toepassing zouden moeten blijven, dit nog niet hoeft te betekenen dat pensioenfondsen de vrijval zouden moeten aanwenden voor toeslagen omdat beleidsvrijheid bestaat over de besteding van het eigen vermogen.

Bastian Bodewes is advocaat bij Van Heest Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Assen, Mark Putting is advocaat bij AKD Benelux Lawyers te Rotterdam en Annemiek Cramer, Jan Aart van de Hoef en Wim Thijssen zijn advocaat bij Pensioenadvocaten.nl te Amsterdam, Woerden respectievelijk te Amstelveen. Wim Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam.

Noten

- De wetgeving werd aangenomen op 22 december 2022, zie Handelingen TK 22 december 2022, nr. 39, item 53.
- Kamerstukken 36067.
- Zie daarover de Kroniek Pensioenrecht 2022, *Adv.bl.* 2022, p. 77. De invoering van de wet is uitgesteld tot 1 januari 2024. Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken I* 36154).
- De sluitingsdatum was 21 maart 2023. De tekst van de Wtp volgt uit het bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel (*Kamerstukken I* 2022/23, 36067, B).
- Geregeld in artikel 10a volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Geregeld in artikel 10d volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Artikel 10a, lid 2 volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Geregeld in artikel 10b volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Geregeld in artikel 10e volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Artt. 10b en 10c volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Geregeld in artikel 10c volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Met dien verstande dat wanneer bij een premiepensioeninstelling wordt gekozen voor vastgesteld pensioen, dat vastgesteld pensioen bij een verzekeraar moet worden ondergebracht.
- Zie de gewijzigde definitie van het begrip 'partner' in artikel 1 en de uitwerking van het begrip 'gezamenlijke huishouding' in artikel 2a volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Zie voor de laatste twee bulletpoints het gewijzigde artikel 16 Pensioenwet volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Zie artikel 55, lid 4 volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Die wordt verplicht op grond van artikel 17 volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.

- Zie met name artikel 150f volgens het wijzigingsvoorstel voor de Pensioenwet.
- Zie de Kroniek Pensioenrecht 2021, *Adv.bl.* 2021, p. 64 e.v. en de Kroniek Pensioenrecht 2022, *Adv.bl.* 2022, p. 75 e.v.
- Van meet af aan is tijdens de parlementaire behandeling en in de literatuur de discussie gevoerd of in dit verband sprake is van een verboden eigendomsontneming in het licht van het bepaalde in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.
- Kamerstukken II* 2022/23, 36067, stuk nrs. 173 I tot en met VIII.
- Kamerstukken II* 2022/23, 36067, stuk nrs. 174 I tot en met IV.
- Kamerstukken II* 2022/23, 36067, stuk nrs. 82, I en II.
- Kamerstukken II* 2022/23, 36067, stuk nrs. 171 I en II.
- Voorlopig Verslag van de vergadering van de vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid van 15 maart 2023, *Kamerstukken I* 2022/23, 36067, ten tijde van het sluiten van de kopij voor deze Kroniek op 21 maart 2023 nog niet opgemaakt.
- HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.
- 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11397
- Auteurs van deze Kroniek waren als advocaat bij deze zaak betrokken.
- Auteurs van deze Kroniek waren als advocaat bij deze zaak betrokken.
- Het representativiteitsvereiste is nader uitgewerkt in de beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, in het bijzonder onder 3.1. Tevens is het Besluit beleidsregels representativiteit van de SER van belang.
- De genoemde verplichting geldt uitsluitend in de richting van actief- naar slaper-gepensioneerden en van gepensioneerden naar slapers; niet andersom.
- Zie Hoge Raad 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, r.o. 4.4.2.
- Zie artikel 6:254, lid 1 BW.
- Zie artikel 131 en 132 Pensioenwet.
- Dit zijn risico's ter zake van overlijden, arbeidsongeschiktheid en langlevens.