

# KRONIEK PENSIOENRECHT

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

In deze Kroniek Pensioenrecht staan belangrijke ontwikkelingen in 2016 centraal zoals de mogelijke invoering van een nieuw type pensioenovereenkomst en het eventuele afschaffen van de wettelijk verplichte doorsneepremie bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen. Daarbij passeren de nodige boeiende rechterlijke uitspraken de revue.

## PENSIOENOVEREENKOMST EN DOORSNEEPREMIE

De discussie over de pensioenovereenkomst en de doorsneepremie stonden in 2016 centraal in verband met het pensioenbeleid. Het pensioenrecht kent een gesloten stelsel van pensioenovereenkomsten: de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst.<sup>1</sup> Omdat als gevolg van de structureel lage rentestand en de toegenomen en naar verwachting toenemende levensverwachting gegarandeerde uitkeringen steeds meer onder druk komen te staan, zijn onder meer voorstellen gedaan om naast de bestaande typen pensioenovereenkomsten een nieuw type pensioenovereenkomst in te voeren dat anticipeert op deze ontwikkelingen.<sup>2</sup> De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ziet in haar Perspectiefnota van 11 juli 2016<sup>3</sup> naast de huidige uitkeringsovereenkomst (met gegarandeerde uitkeringen) de volgende varianten: een pensioenovereenkomst waarin persoonlijk pensioenvermogen geheel voor rekening en risico van de deelnemer wordt belegd met de mogelijkheid van doorbeleggen na de

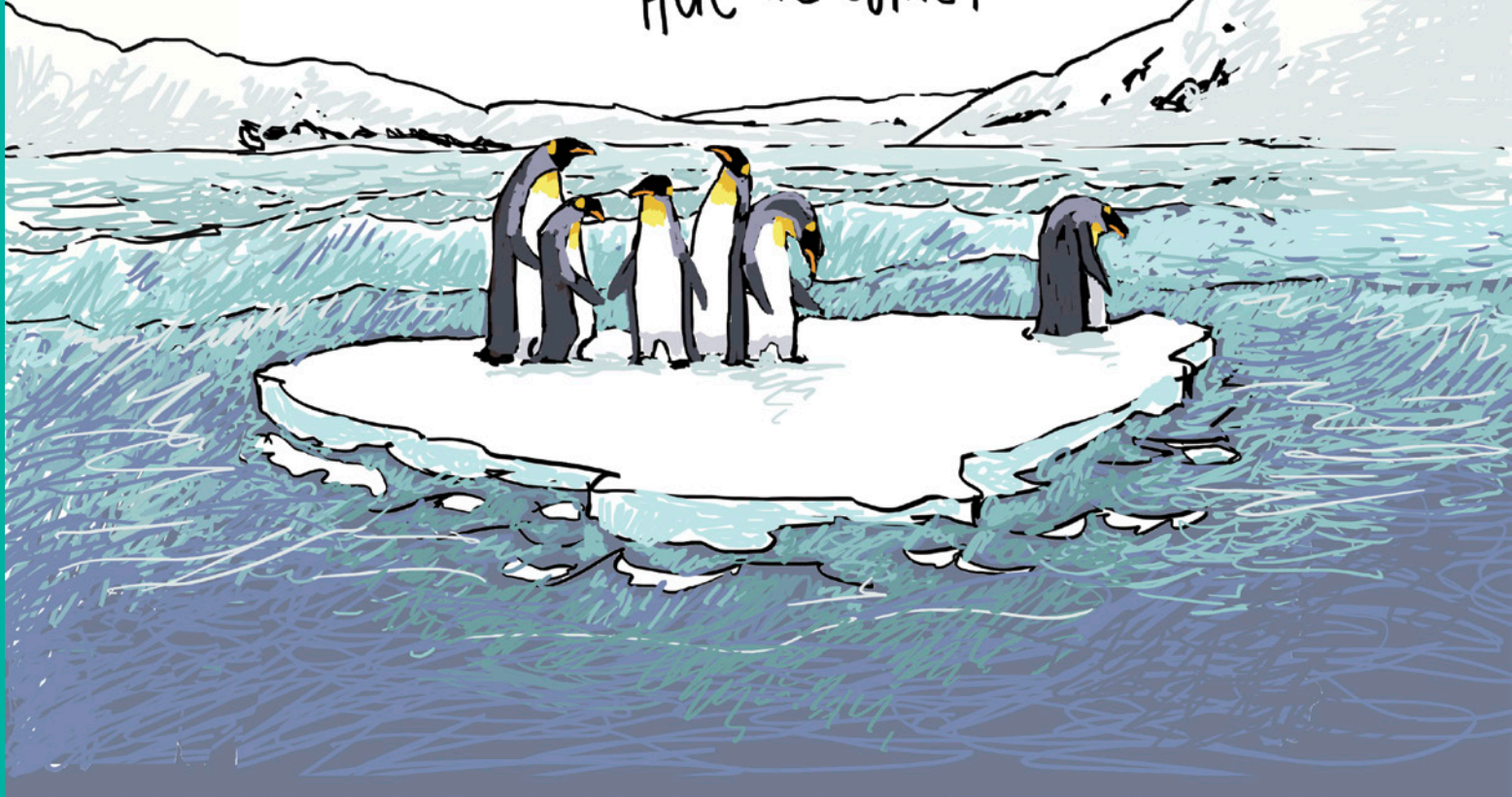
pensioendatum, een pensioenovereenkomst gebaseerd op persoonlijke pensioenvermogens waarin risico's binnen bestaande generaties worden gedeeld, eenzelfde soort pensioenovereenkomst waarin risico's binnen de collectiviteit als geheel worden gedeeld, en de ambitieovereenkomst. De keuze ligt uiteindelijk bij de sociale partners. Een en ander hangt samen met het afschaffen van de wettelijk verplichte doorsneepremie bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen. Doorsneepremie zou tot ongewenste intergenerationele solidariteit leiden. Vanuit economische optiek is dit een begrijpelijke gedachte, vanuit juridische optiek echter niet.<sup>4</sup> Een nieuw kabinet zal dit verder moeten oppakken. Belangrijke nieuwe pensioenwetgeving in 2016 bestaat uit de Wet verbeterde premieregeling<sup>5</sup> en de Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen.<sup>6</sup> De Wet verbeterde premieregeling maakt het mogelijk om in een pensioenovereenkomst te

bepalen dat het kapitaal dat op de pensioendatum beschikbaar komt uit hoofde van een pensioenovereenkomst van het type premieovereenkomst of kapitaalovereenkomst, niet ineens hoeft te worden aangewend voor gegarandeerde pensioenen. In plaats daarvan kan zo'n kapitaal gedeeltelijk voor het verzekeren van pensioenen worden aangewend en gedeeltelijk worden doorbelegd. Het voordeel van de regeling is dat het nadeel van de lage rentestand bij het verzekeren van gegarandeerde pensioenen niet ineens op de pensioendatum hoeft te worden genomen. De wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad komt, kort weergegeven, op het volgende neer: voor wijziging van de pensioenovereenkomst geldt als hoofdregel dat de ondernemer de instemming van de ondernemingsraad nodig heeft, ook wanneer de pensioenovereenkomst door een pensioenfonds wordt uitgevoerd. Verder heeft de ondernemer voor wijziging van de uitvoeringsovereenkomst of een uitvoeringsreglement eveneens de instemming van de ondernemingsraad nodig,

---

**Bastian Bodewes** is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries, **Annemiek Cramer CPL**, **Jan Aart van de Hoef CPL** en **Wim Thijssen** zijn advocaat bij Pensioenadvocaten.nl respectievelijk te Amsterdam, Woerden en Heemstede en **Naime Tali** is advocaat bij Talegal te Amsterdam. **Wim Thijssen** is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam.

pensioen!  
Florida,  
Here we come!



als de wijziging invloed heeft op de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers. Dat wordt verondersteld het geval te zijn bij wijziging van de premie, de toeslagverlening of de keuze voor een pensioenuitvoerder.<sup>7</sup> Vermeldenswaard is verder het verschijnen van een tweetal pensioenrechtelijke boeken in 2016, 'Pensioen' en 'Pensioen en scheiding'.<sup>8,9</sup>

### WIJZIGING PENSIOENREGELING

Ook in de jurisprudentie zijn in 2016 enkele uitspraken terug te vinden over wijziging van pensioenregelingen die vermeldenswaard zijn.

#### Informatieverstrekking bij waardeoverdracht

Het aspect informatievoorziening bij een wijziging van een pensioenregeling kwam aan de orde in een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 16 februari 2016 (ECLI:NL:GHDHA:

2016:231). Per 1 januari 1999 was een eindloonregeling gewijzigd naar een premieovereenkomst, waarbij eveneens een waardeoverdracht van de opgebouwde pensioenaanspraken naar de nieuwe regeling (premieovereenkomst) had plaatsgevonden. De tussenpersoon/adviseur van de werkgever had destijds de betrokken werknemers geïnformeerd. De werkgever had instemming verzocht en de betrokken werknemers zijn destijds ook akkoord gegaan met de wijziging. De betrokken werknemers vorderden in de procedure pensioenschade als gevolg van de waardeoverdracht van opgebouwde pensioenaanspraken in de eindloonregeling naar de premieovereenkomst. Daarbij werd als grondslag van de vordering aangevoerd het toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit hoofde van goed werkgeverschap, onrechtmatig handelen en onjuiste en onvolledige

informatieverstrekking. De werkgever had de tussenpersoon die destijds adviseerde in vrijwaring opgeroepen. Het hof benadrukte in zijn arrest dat een werkgever zorgvuldig moet omgaan met de belangen van werknemers bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden zoals een pensioenregeling. Ook oordeelde het hof dat een werkgever, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, moet waarschuwen voor risico's van de wijziging. De werkgever had (via de tussenpersoon/adviseur) wel voldoende informatie gegeven over de wijziging naar de premieovereenkomst, maar niet over de risico's van de waardeoverdracht naar de premieovereenkomst, oordeelde het hof. Door de waardeoverdracht waren de gegarandeerde rechten volgens de eindloonregeling immers omgezet in niet-gegarandeerde rechten. De tussenpersoon/adviseur werd door het hof aansprakelijk geacht voor de als gevolg van het verloren gaan van de garanties geleden pensioenschade, omdat

moet 4 eens opletten  
Wat ik met dat verhaal van  
die risico's doe!



hij onvoldoende op risico's van de waardeoverdracht had gewezen.

### Eenzijdige pensioenverbetering

Over een eenzijdige wijziging van een pensioenregeling die zonder instemming van de werkgever door de werknemer zelf, voor zichzelf, was doorgevoerd tijdens zijn dienstverband heeft het Gerechtshof Den Haag op 14 juni 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:1580) een arrest gewezen. In eerste aanleg was de inmiddels gepensioneerde werknemer veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. De ex-werknemer is in hoger beroep gegaan, waarbij onder andere is aangevoerd dat de wijzigingen slechts ter voorkoming van 'het mogelijk fiscaal bovenmatig worden' van de pensioenregeling werden doorgevoerd. Dit verweer slaagde echter niet. Ook het hof kwam tot het oordeel dat de doorgevoerde wijzigingen niet zonder instemming van de werkgever doorgevoerd hadden mogen worden en kwam tot een veroordeling van een schadevergoeding.

### PENSIOENPREMIE

Is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds bevoegd om voor

de werkgevers (en werknemers) die onder de werkingssfeer van het fonds vallen, een bindend besluit te nemen over de hoogte van de verschuldigde pensioenpremie en daarbij tevens de maximale hoogte van het werknemersdeel vast te stellen? Het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 17 mei 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:3725) houdt in dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds die bevoegdheid heeft. Het hof overwoog dat deelnemers in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en hun werkgevers, op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 verplicht zijn de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het fonds na te leven. Dat betekent naar het oordeel van het hof, dat op het gebied van pensioenen bij deelneming in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds geen onderhandelingsruimte en contracteenvrijheid meer bestaan tussen (individuele) werkgevers en (individuele) werknemers. De statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds zijn leidend en bindend.

### PENSIOENONTSLAG

#### Pensioenontslag per AOW-datum of de hogere overeengekomen leeftijd?

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde op 24 maart 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:1093, PJ 2016/74) in een tussenuitspraak in hoger beroep op een uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant op 4 september 2015 (ECLI:NL:RBOBR:2015:5550, PJ 2015/168). In eerste aanleg ging het geschil tussen werkgever en werknemer over de vraag op welke leeftijd de arbeidsovereenkomst ingevolge het overeengekomen pensioenontslagbeding van *rechtswege* was geëindigd. Werkgever ging uit van de voor werknemer geldende

AOW-leeftijd van 65 jaar en drie maanden, terwijl werknemer uitging van de leeftijd van 67 jaar (de leeftijd waarop het aanvullende ouderdomspensioen inging). De werkgever informeerde werknemer dat de arbeidsovereenkomst op haar geboortedatum eindigde in verband met het bereiken van de voor haar geldende pensioengerechtigde leeftijd in 2015: 65 jaar en drie maanden. Omdat werknemer dit niet accepteerde, zegde de werkgever de arbeidsovereenkomst met een beroep op artikel 7:669 lid 4 BW zekerheidshalve ook *voorwaardelijk* op tegen de AOW-leeftijd van 65 jaar en drie maanden. Dit voor het geval de arbeidsovereenkomst op grond van het pensioenontslagbeding niet van rechtswege op de leeftijd van 65 jaar en drie maanden zou zijn geëindigd. Volgens het gerechtshof was de uitleg van het pensioenontslagbeding geen onderwerp meer van de procedure, omdat de verzoeken van werknemer zijn gedaan voor het geval bij onherroepelijke uitspraak van de bevoegde rechter komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever op de leeftijd van 65 jaar en drie maanden *nog bestond*. Volgens het gerechtshof moest in de procedure bij het gerechtshof derhalve worden uitgegaan van de veronderstelling dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet van *rechtswege* was geëindigd op de leeftijd van 65 jaar en drie maanden. Het gerechtshof overwoog dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wijzigingen van artikel 7:669, lid 4 BW per 1 januari 2016 alleen zijn bedoeld om onduidelijkheden in de tekst van het artikel weg te nemen, en dat een inhoudelijke wijziging niet is beoogd. Of de opzegging werd beoordeeld op grond van artikel 7:669, lid 4 BW zoals dat luidde vóór 1 januari 2016 of zoals dat luidde na 1 januari 2016, maakte volgens het gerechtshof daarom geen verschil. Het gerechtshof concludeerde vervolgens dat uit de tekst van artikel 7:669, lid 4 BW, zoals die met ingang van 1 januari 2016 luidt en voor 1 januari 2016 is beoogd, volgt dat een werkgever op grond van artikel 7:669, lid 4 BW, tenzij partijen schriftelijk zijn afgeweken van dit artikel, alleen tegen de AOW-leeftijd kan opzeggen als partijen geen



andere leeftijd zijn overeengekomen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Wanneer partijen een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd zijn overeengekomen, kan de arbeidsovereenkomst volgens het gerechtshof alleen tegen deze hogere leeftijd worden opgezegd. Het gerechtshof overwoog vervolgens dat, uitgaande van de veronderstelling dat wanneer de arbeidsovereenkomst tussen partijen op grond van het pensioenontslagbeding van rechtswege eindigde wanneer werkneemster 67 jaar oud werd, dit betekende dat tussen partijen vaststond dat zij een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd waren overeengekomen, waarop de arbeidsovereenkomst zou eindigen. Dit betekende volgens het gerechtshof dat de werkgever op grond van artikel 7:669, lid 4 BW alleen kon opzeggen tegen de (veronderstellen-derwijs) overeengekomen hogere leeftijd van 67 jaar en niet tegen de AOW-leeftijd van 65 jaar en drie maanden. Vermeldenswaard is dat de werkgever in een voorafgaande kortgedingprocedure in hoger beroep over de uitleg van het pensioenontslagbeding in het gelijk was gesteld.

### **Pensioenopzegging na een pensioenontslagbeding?**

Een werkgever die, nadat de arbeidsovereenkomst van *rechtswege* was geëindigd op grond van een overeengekomen pensioenontslagbeding, stilzwijgend de arbeidsovereenkomst had voortgezet, mocht alsnog gebruik maken van de pensioenopzegging om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. Dat oordeelde Rechtbank Amsterdam op 24 maart 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:1678, *PJ* 2016/111).

### **(OPZEGGING) UITVOERINGSOVEREENKOMST**

In verband met opzegging van uitvoeringsovereenkomsten wordt een baanbrekend arrest van de Hoge Raad behandeld, naast een andere ook relevante rechtspraak.

### **Baanbrekend: de rol van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij opzegging van een uitvoeringsovereenkomst**

De Hoge Raad vernietigde (vanwege motiveringsgebreken) op 10 juni 2016, (ECLI:NL:HR:2016:1134) inzake Alcatel-Lucent het arrest van het gerechtshof Den Haag (9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873). Het betrof de procedure tussen Pensioenfonds Alcatel-Lucent en werkgever Alcatel-Lucent over welke verplichtingen bleven gelden voor de werkgever jegens het pensioenfonds na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever. Van belang zijn de overwegingen van de Hoge Raad over de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. De Hoge Raad overwoog dat voor de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst als de onderhavige geen andere regels gelden dan in het algemeen gelden voor de opzegging van duurovereenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan. Opzegging is dus in beginsel mogelijk, ongeacht of wet en overeenkomst voorzien in een regeling van de opzegging. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat, dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen, of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. Of de opzegging bij een uitvoeringsovereenkomst als de onderhavige gepaard moet gaan met een (schade)vergoeding, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal onder meer gewicht kunnen toekomen aan de aard van de betrokken belangen, aan de omstandigheid dat in artikel 25 lid 1, aanhef en onder h PW, voor bepaalde pensioenuitvoerders, het belang is onderkend dat is voorzien in voorwaarden die gelden bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst, aan eventuele

maatregelen die aan het betrokken pensioenfonds zijn opgelegd (zoals de verplichting in verband met een herstelplan of de verplichting tot overdracht van de pensioenverplichtingen die na opzegging resterend) en aan de omstandigheid dat de uitvoeringsovereenkomst betrekking heeft op (opgebouwde) pensioenaanspraken van (gewezen) werknemers, tegenover wie de (voormalige) werkgever op grond van de (voormalige) arbeidsverhouding een zekere verantwoordelijkheid heeft (behouden).

In het kort geding tussen de KLM en de Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers (VNV), over de opzegging door de KLM van een protocol met pensioenafspraken tussen de KLM en de VNV, toetste de Rechtbank Amsterdam (27 september 2016, (ECLI:NL:RBAMS:2016:6084) aan de overwegingen van de Hoge Raad over de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst uit het zojuist genoemde Alcatel-Lucent-arrest. Tussen partijen was niet in geschil dat een zwaarwegende grond nodig was voor opzegging. Het bestaan van die zwaarwegende grond voor opzegging was naar het voorlopig oordeel van de rechtbank voldoende aannemelijk, vanwege de mogelijk grote financiële gevolgen en het niet kunnen voorzien daarvan ten tijde van het aangaan van het protocol.

### **Toeslagverlening na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst**

Moet een werkgever (onder het regime van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), die in 2007 is vervangen door de Pensioenwet (PW)) nog koopsommen voor toeslagen blijven betalen, nadat de uitvoeringsovereenkomst op basis van een wijzigingsovereenkomst is geëindigd en premievrij is gemaakt? Die vraag moest het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden beoordelen op 24 mei 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:3984). Het hof overwoog dat de wijzigingsovereenkomst geen wijziging had gebracht in het recht op toeslagen van de betrokken

pensioendeelnemers en dat ook niet was gebleken dat de toeslagen na de inwerkingtreding van de wijzigingsovereenkomst alleen nog uit de overrente zouden worden bekostigd, laat staan dat bij gebreke van toereikende overrente de financiering van de toeslagen voor rekening van de verzekeraar zou komen. Het hof overwoog voorts dat de financieringstoezegging die de werkgever in het pensioenreglement had gedaan, om de toeslagen zo nodig door koopsommen te financieren, niet door de wijzigingsovereenkomst werd geraakt. De werkgever bleef naar het oordeel van het hof jegens de betrokken pensioendeelnemers gehouden tot betaling van de benodigde koopsommen.

De vervolgvraag was of de verzekeraar een zelfstandig vorderingsrecht jegens de werkgever had ter zake de koopsommen. Ten aanzien van de periode vóór de inwerkingtreding van artikel 29 PW was dat volgens het hof het geval. Ten aanzien van de periode daarna was dat, om procesuele redenen (er was onvoldoende gesteld), niet het geval.

Interessant is de uitleg die het hof in deze zaak gaf aan het woord 'premienvrij' in de wijzigingsovereenkomst. De wijzigingsovereenkomst sprak over 'premienvrij maken van de overeenkomsten van de slapers'; over eventueel na premievrijmaking nog verschuldigde koopsommen zweeg de wijzigingsovereenkomst. Volgens het hof diende bij de uitleg, nu het ging om de uitleg van een overeenkomst tussen zakelijke partijen over een zuiver commerciële transactie waarbij partijen werden bijgestaan door deskundige adviseurs, als uitgangspunt te worden genomen dat beslissend gewicht toekomt aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis, gelezen in het licht van de overige bepalingen van de overeenkomst. In dat kader oordeelde het hof dat 'premienvrij' zowel grammaticaal als pensioentechnisch niet betekent dat na premievrijmaking geen koopsommen voor toeslagen meer verschuldigd zouden

zijn. Uit de wijzigingsovereenkomst volgt daarom volgens het hof niet, dat partijen zouden hebben beoogd de betaling van de betreffende koopsommen stop te zetten.<sup>10</sup>

### **Belangen (oud-)werknemers**

Uit een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 24 juni 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:6742) kan worden afgeleid dat een werkgever bij het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst rekening moet houden de belangen van (oud-)werknemers.

### **BEDRIJFSTAKPEN-SIOENFONDSEN**

In dit onderdeel van deze Kroniek wordt nader ingegaan op een aantal verschillende aspecten die te maken hebben met de verplichte aansluiting van werkgevers bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Deze rechtspraak valt grofweg uiteen in procedures ter zake de werkingssfeer van verplichtstellingsbesluiten en ter zake het verlenen van vrijstellingen. In deze kroniekperiode is over dit onderwerp een aantal belangwekkende uitspraken geweest.

### **Vrijstelling van verplichte deelneming wegens tijdige eigen pensioenregeling**

Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven op 6 september 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:281, *PJ* 2016/147) in een procedure tussen een werkgever en Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten. Het ging om de vraag of de werkgever voldeed aan de voorwaarde van een 'tijdige eigen pensioenregeling' als bedoeld in artikel 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (hierna: 'VBB'). De werkgever had het pensioenfonds verzocht om het verlenen van een vrijstelling van verplichte deelneming. Hij meende tijdig een eigen pensioenregeling te hebben getroffen omdat er tijdig wilsovereenstemming ter zake het aangaan van een pensioenverzekering zou zijn geweest door het inzenden van een afsluitformulier aan de verzekeraar. Het college oordeelde anders omdat

voor de totstandkoming van de pensioenverzekering aanmelding was vereist van ten minste vijf deelnemers. Omdat aan die voorwaarde niet was voldaan, was geen sprake van een tijdige eigen pensioenregeling en mocht het pensioenfonds naar het oordeel van het college de vrijstellingsaanvraag afwijzen.

### **Vrijstelling van verplichte deelneming voor bepaalde duur**

In een andere zaak ging het om de vraag of een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds bevoegd was om een vrijstelling van verplichte deelneming als bedoeld in artikel 6 van het VBB te verlenen voor een bepaalde duur. Rechtbank Rotterdam oordeelde hierover op 12 maart 2015 (ECLI:NL:RBROT:2016:1615, *PG* 2016/71) dat het pensioenfonds door de vrijstelling te verlenen voor de resterende looptijd van de bestaande pensioenverzekering van de werkgever voldoende rekening hield met diens belangen, zodat een tijdelijke vrijstelling mocht worden verleend.

### **Onverwijld melding van betalingsonmacht pensioenpremies**

Een werkgever die met betalingsonmacht ter zake pensioenpremies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kampt, dient krachtens artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (hierna: 'Wet Bpf 2000') daarvan onverwijld melding te doen. Daarbij dient de melding aan voorwaarden te voldoen en is iedere bestuurder bevoegd tot het doen van deze melding. Vindt de melding niet tijdig of niet op de juiste wijze plaats, dan is de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde premies omdat het nalaten van de melding geacht wordt het gevolg te zijn van onbehoorlijk bestuur. Rechtbank Rotterdam oordeelde op 8 juni 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:4364, *PJ* 2016/105) in een procedure tegen een werkgever die naliet om de melding van betalingsonmacht te verrichten, dat het feit dat hij de aandelen en administratie aan een derde had overgedragen, voor zijn risico kwam en ondanks de overdracht aansprakelijk was. De bestuurder was zich volgens de recht-

bank bewust van de verplichting tot premieafdracht en van het feit dat het pensioenfonds premienota's zou gaan opleggen. Voor zover premiebetaling niet mogelijk was, had het op zijn weg gelegen om daarvan onverwijld melding te doen.

### **Melding betalingsonmacht van pensioenpremies tijdig en volledig**

In een andere procedure ging het om de vraag of de melding van de bestuurder toereikend was. De bestuurder deed een tijdige melding betalingsonmacht, waarbij hij verwees naar eerdere correspondentie ter zake een verzoek om een betalingsregeling en hij verzocht het pensioenfonds te laten weten als er aanvullende informatie vereist was. Het Gerechtshof Amsterdam was hierover op 26 april 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, *PJ* 2016/119) van oordeel dat de melding ontoereikend was omdat deze geen informatie bevatte over de oorzaken van betalingsonmacht. Omdat de bestuurder vervolgens niet aannemelijk maakte dat de onjuiste melding niet aan hem te wijten was, stond vast dat de betalingsachterstand te wijten was aan onbehoorlijk bestuur zodat hij hoofdelijk aansprakelijk was.

### **Geen allocatiefunctie vereist voor uitzendovereenkomst**

In een voor de rechtspraak belangrijke zaak wees de Hoge Raad op 4 november 2016 arrest. Het betrof een procedure over de uitleg van de uitzendovereenkomst als bedoeld in de artikelen 7:690 e.v. BW en de vraag of de allocatiefunctie van de werkgever daarvoor een vereiste is. Deze uitlegvraag kwam aan de orde bij de uitleg van het verplichtstellingsbesluit van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten. Met de allocatiefunctie wordt bedoeld op de zogenaamde ziek-en-piekinzet. Het gaat dan om het aanbod van tijdelijke arbeid bij de plotseling opkomende vraag van een opdrachtgever. Dit was relevant voor het antwoord op de vraag of bij

detachingsbureaus die langdurig personeel inzetten bij opdrachtgevers sprake is van uitzending, met als gevolg dat detachingsbureaus onder de werkingssfeer van het pensioenfonds vallen en zich dienen aan te sluiten. De Hoge Raad oordeelde op basis van de tekst van artikel 7:690 BW en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel over de wettelijke regeling voor de uitzendovereenkomst dat de allocatiefunctie geen onderdeel is van uitzending. Het gevolg is dat verschillende vormen van detachering en payrolling volgens dit arrest onder de definitie van de uitzendovereenkomst en onder de werkingssfeer van het pensioenfonds vallen.

### **Uitleg 'in hoofdzaak'- criterium in verplichtstellingsbesluit**

Over de uitleg van het 'in hoofdzaak'-criterium in de werkingssfeerbepaling in een verplichtstellingsbesluit oordeelden de Hoge Raad op 10 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1172, *PJ* 2016/104) en het Gerechtshof Den Bosch op 6 september 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:4026, *PJ* 2016/134). Het ging om de vraag of het in hoofdzaak-criterium inhield dat de hoofdactiviteit dient te worden vergeleken met alle afzonderlijke activiteiten en dan de belangrijkste activiteit vormde, of dat die moest worden vergeleken met het totaal van de andere activiteiten. Het gerechtshof en de Hoge Raad oordeelden dat uit het spraakgebruik volgt dat het gaat om de meerderheid van de activiteiten, ofwel de absolute meerderheid, zodat vergeleken moet worden met het totaal van de andere activiteiten.

### **Geen dubbele afdracht pensioenpremies over zelfde werk en periode**

Op 23 september 2016 verwierp de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2016:2170, *PJ* 2016/155) het beroep in cassatie van het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (hierna: 'Bpf Bouw') tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag (van 2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3989,

*PJ* 2015/10). Het betrof een zaak van een werkgever die gedurende een periode van elf jaar aangesloten was geweest bij Bpf Bouw. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde echter dat de werkgever over die periode onder de werkingssfeer viel van Bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek (hierna: 'BPMT'). De werkgever had over deze periode al pensioenpremies en cao-premies afgedragen aan Bpf Bouw en sectorfondsen. Toewijzing van een premievordering van BPMT zou leiden tot dubbele aansluiting en dubbele premieafdracht.

Het gerechtshof wees de premievordering van BPMT af omdat de tegenprestaties door BPMT en sectorfondsen niet meer (geheel) met terugwerkende kracht konden worden nagekomen. Dit zou leiden tot een ongerechtvaardigd voordeel voor BPMT en een nadeel voor de werkgever. Bovendien zou dit leiden tot dubbele aansluiting en pensioenopbouw. Het hof achtte de vordering van BPMT tot nakoming van de premiebetaling met terugwerkende kracht naar de aard van de verplichting niet toewijsbaar (art. 3:296 BW), althans achtte de gevorderde toepassing van de bepaling in het uitvoeringsreglement waarop BPMT zich beriep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248, lid 2 BW). De Hoge Raad liet het arrest van het Gerechtshof Den Haag in stand.

### **Vordering achterstallige pensioenpremies en overgang onderneming**

In een belangrijk arrest over de vraag of een achterstallige betaling van pensioenpremies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds volgens de artikelen 7:663 en 7:664 BW overgaat van de overdragende onderneming naar de verkrijgende onderneming oordeelde de Hoge Raad op 14 oktober 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156). Het betrof een situatie waarin de oude werkgever een betaling van ruim EUR 1.9 mio onbetaald liet en het bedrijfstakpensioenfonds betaling vorderde door de verkrijgende onderneming, nadat de overdragende onderneming faillieerde. De Hoge Raad oordeelde ten eerste, onder meer op grond van de wetsgeschiedenis, dat de premievordering van een verplicht

gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt onder de reikwijdte van artikel 7:663 BW. Ten tweede oordeelde de Hoge Raad dat de vordering van de premieachterstand van vóór de overgang onder artikel 7:663 BW valt. Ten derde oordeelde de Hoge Raad dat het bedrijfstakpensioenfonds een eigen vorderingsrecht heeft jegens de verkrijgende werkgever omdat de werknemer zelf geen belang heeft bij die vordering jegens de werkgever en het onbetaald blijven van die vordering voor de werknemers een nadelig gevolg heeft voor de dekkingsgraad van het pensioenfonds. Opmerking verdient dat de aanspraken zelf geen discussiepunt waren gezien de in 2012 door de Hoge Raad geformuleerde regel 'geen premie, toch pensioen'. Het pensioenfonds had gezien deze regel groot belang bij de zaak.

### MEDEZEGGENSCHAP

De Wet op de ondernemingsraden (WOR) is per 1 oktober 2014 zodanig gewijzigd dat de ondernemer op grond van artikel 27, lid 7 WOR ook de instemming van de ondernemingsraad nodig heeft voor *wijziging* van de *uitvoeringsovereenkomst* of een *uitvoeringsreglement*, indien de wijziging invloed heeft op de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers (zie ook pagina 69 van deze Kroniek onder 'Pensioenovereenkomst en doorsneepremie'). Het Gerechtshof Den Haag, 25 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3175, *PJ* 2016/160) oordeelde in hoger beroep op Rechtbank Rotterdam, 23 december 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:9803, *PJ* 2016/37) in een zaak tussen Aon en de ondernemingsraad (or) van Aon over het bereik van het instemmingsrecht van de or. In verband met een wijziging van de pensioenregeling en onderbrenging daarvan bij een nieuwe pensioenuitvoerder had Aon de uitvoeringsovereenkomst met de oude pensioenuitvoerder, het ondernemingspensioenfonds van Aon, opgezegd en was vervolgens met hetzelfde pensioenfonds opnieuw een uitvoeringsovereenkomst

aangegaan. Deze laatste uitvoeringsovereenkomst werd overigens overeengekomen in verband met de premievrije pensioenaanspraken die na wijziging van de pensioenregeling waren achterbleven bij het pensioenfonds van Aon. De or kwam er achter dat de bijstortingsverplichting, die was opgenomen in de door Aon opgezegde uitvoeringsovereenkomst in de latere uitvoeringsovereenkomst was vervallen. De bijstortingsverplichting hield in dat Aon in geval van dekkingstekort verplicht was tot aanvullende financiering. De or riep daarop de nietigheid van het ondernemersbesluit in.

Volgens de or was door de feitelijke opzegging van de uitvoeringsovereenkomst, de pensioenovereenkomst (inhoudend een eind- dan wel middelloonregeling met garantie) ingetrokken. De pensioenovereenkomst met garantie werd (door de beëindiging van de oude uitvoeringsregeling) feitelijk vervangen door een pensioenovereenkomst zonder garantie. Daaraan deed volgens de or niet af dat het pensioenreglement niet was veranderd. Volgens de or was er in wezen dus sprake van een besluit tot *intrekking* van een *pensioenovereenkomst* als bedoeld in artikel 27, lid 7 WOR, zodat de or instemmingsrecht toekwam. In tegenstelling tot de rechtbank oordeelde het gerechtshof dat sprake was van een *beëindigde*, en niet van een *gewijzigde uitvoeringsovereenkomst* en dat de opzegging door Aon plaatsvond na inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen<sup>11</sup> in plaats van daarvoor, zodat getoetst moest worden aan de vraag of sprake was van een voorgenomen besluit tot *vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst* die wordt ondergebracht bij een *ondernemingspensioenfonds*. Het gerechtshof volgde echter de or ook niet door te oordelen dat het zo mag zijn dat sprake is van een rechtstreeks verband tussen de opgezegde *uitvoeringsovereenkomst* en de *pensioenovereenkomst*, omdat met het vervallen van de bijstortingsverplichting de pensioenuitkering

(mogelijk) niet langer kan worden gegarandeerd, maar dat dit niet kwalificeert als een *vaststelling of intrekking* van de *pensioenovereenkomst* maar hooguit als een (stilzwijgende) *wijziging* van de pensioenovereenkomst. Het gerechtshof oordeelde verder dat nu de reeds opgebouwde rechten na 1 januari 2014 onveranderd bleven ondergebracht bij Pensioenfonds Aon, ook geen sprake was van *intrekking* van een *pensioenovereenkomst* die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds als bedoeld in artikel 27, lid 7 WOR. Volgens het gerechtshof viel een *wijziging* van een pensioenovereenkomst die is ondergebracht bij een *ondernemingspensioenfonds* niet onder het instemmingsrecht van artikel 27, lid 7 WOR, zoals dat toen de zaak speelde, luidde. Het gerechtshof vond ook geen aanleiding te anticiperen op het huidige artikel 27 lid 7 WOR, waaruit volgt dat de ondernemer de instemming van de ondernemingsraad nodig heeft voor *wijziging* van de *uitvoeringsovereenkomst* of een *uitvoeringsreglement*, indien de wijziging invloed heeft op de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers.

### PENSIOEN EN SCHEIDING

Vermeldenswaard op het vlak van pensioen en scheiding is een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 3 mei 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:1707) waarin het gevoerde pensioenverweer slaagde. Het betrof een buitenlandse pensioenregeling. Van bijzonder partnerpensioen zou slechts dan sprake zijn indien op de datum waarop dat pensioen zou moeten ingaan nog recht op alimentatie zou bestaan. Omdat partijen nog relatief jong waren zodat het statistisch gezien onwaarschijnlijk zou zijn dat de alimentatieplichtige binnen de 12-jaarstermijn zoals die geldt voor alimentatie zou komen te overlijden, bleek het bijzonder partnerpensioen feitelijk illusoir. Een overeengekomen regeling in verband met pensioenverevening gold niet als compensatie voor het illusoir worden van het partnerpensioen als gevolg van de verzochte scheiding. Het gevoerde verweer dat de echtscheiding hoofdzakelijk zijn oorzaak zou vinden in het gedrag van de partner die het pensioen-



Ja zeg, het hele idee van die andere werkring was nou juist om dat overlijdensrisico binnen 12 jaar aanzienlijk te verminderen!



verweer voerde, omdat deze eenzijdig had besloten om met de kinderen van partijen vanuit Syrië naar Nederland terug te keren, ging niet op, omdat de andere partner eenzijdig een werkring in een ander land had aanvaard. Deze uitspraak is de eerste en enige waarin de 'schuldkwestie'

in verband met het pensioenverweer door de rechter is beoordeeld.

In het kader van de verplichting voor een dga om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het recht op bijzonder partnerpensioen van zijn (ex-)partner extern uit te voeren op grond van de stan-

daardrechtspraak van de Hoge Raad (HR 12 maart 2004, ECLI: NL:HR:2004:AO1289 en HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658) is het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (18 oktober 2016, ECLI: NL:GHSHE:2016:4690) relevant. In deze uitspraak oordeelde het hof dat de bv van de dga is gebonden aan een overeenkomst tussen de dga en zijn ex-partner waarin de dga bepaalde verplichtingen voor zijn bv op zich neemt, indien de dga niet uitdrukkelijk het voorbehoud maakt dat hij bij het aangaan van de overeenkomst niet tevens de bv verbindt. Het hof nam aan dat de dga in deze situatie niet alleen zichzelf maar ook de bv verbindt omdat de overeenkomst geen praktische betekenis zou hebben indien de bv zich er niet aan zou hoeven te houden. Het hof kwam tot zijn oordeel op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het oordeel is belangwekkend omdat een grondbeginsel van het Nederlandse vermogensrecht is dat partijen bij een overeenkomst geen verplichtingen aan derden kunnen opleggen. In deze situatie werd aangenomen dat de bv rechtsgeldig door de dga werd vertegenwoordigd.

## NOTEN

- 1 Art. 10 Pensioenwet, voor een uitwerking zie *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 32-33.
- 2 SER-Verkenning 'Persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling', 20 mei 2016, [www.ser.nl](http://www.ser.nl).
- 3 Perspectiefnota van 11 juli 2016, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2015-2016, 32 043, nr. 337.
- 4 Zie het blog 'Doorsneepremie' op [pensioenadvocaten.nl](http://pensioenadvocaten.nl).
- 5 Wet verbeterde premieregeling, wet van 23 juni 2016, *Stb.* 2016, 248, *Kamerstuk* nummer 34 255, in werking getreden op 1 september 2016 (2016, 279).
- 6 Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en de Pensioenwet in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de arbeidsvoorwaarde pensioen, *Stb.* 2016, 249, in werking getreden met ingang van 1 oktober 2016, *Stb.* 2016, 331.
- 7 Zie voor meer informatie het blog 'De regels in een notendop: instemmingsrecht van de ondernemingsraad bij pensioenkwesties' op [pensioenadvocaten.nl](http://pensioenadvocaten.nl).
- 8 Bij Kluwer verscheen in de Asser-serie het deel 'Pensioen', Asser 7-XI, 2016, E. Lutjens.
- 9 In de reeks Monografieën (echts)scheidingsrecht van de Sdu verscheen een nieuwe, geheel herschreven, druk van deel 3 'Pensioen en scheiding', W.P.M. Thijssen.
- 10 Zie voor de problematiek rond verschuldigde premie na premievrijmaking W.P.M. Thijssen, Uitvoering door een verzekeraar – capita selecta, in *Pensioenrecht in beweging*, Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht (jubileumbundel) nr. 22, Sdu, 2015, p. 159-181.
- 11 Wet versterking bestuur pensioenfondsen, *Stb.* 2013, 302, in werking getreden op 7 augustus 2013, zie *Stb.* 2013, 330, daarom na 7 augustus 2013.