

# KRONIEKEN

---

## PENSIOENRECHT

---

*Ik lever maatwerk!  
Tijd voor de ultieme  
pensioenknip!*



# INHOUD

## Kroniek Pensioenrecht

- 65** Wetgeving
- 67** Transitievergoeding
  - 67** Pensioenontslag
  - 68** Arbeidsongeschikte werknemers
- 69** Pensioenovereenkomst
  - 69** Wijziging
  - 70** Streefregelingen
- 71** Uitvoeringsovereenkomst
- 72** Bedrijfstakpensioenfondsen
  - 72** Aansluiting
  - 73** Fouterstel en informatieplichten
  - 74** Vrijstelling van verplichte deelneming
- 75** Pensioen en scheiding

Kan ik ook een verzekering krijgen tegen jullie faillissement?



Deze en eerdere Kronieken zijn ook te lezen op de website van het *Advocatenblad*. U dient zich daarvoor aan te melden met uw gebruikersnaam en wachtwoord. Als u nog geen account heeft, kunt u dat maken. Gebruik daarvoor eenmalig het wachtwoord **Advocatenblad**, om dat vervolgens te veranderen in een wachtwoord naar keuze.

## COLOFON

**Publicatiedatum** 4 juni 2019

### 99e jaargang

Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

### Hoofdredacteur

Kees Pijnappels

### Samenstelling

Nathalie Gloudemans-Voogd

### Advocaat-redactieleden

Jan Wouter Alt, Aldert van der Bent, Yola Geradts, Karol Hillebrandt, Jack Linssen, Robert Malewicz, Coline Norde, Christiane Verfuurden, Paulien Willemsen, Rogier Wolf

### Beeldredactie

Charlotte Helmer

### Illustraties

Floris Tilanus

### Vormgeving

Textcetera, Den Haag

### Correctie

Sandra Braakmann

### Druk

Wilco, Amersfoort

### Citeerwijze

*Adv.bl.* 2019-5, Kroniek Pensioenrecht, p.

### Aan dit nummer werkten mee

Bastian Bodewes, Annemiek Cramer, Jan Aart van de Hoef, Naime Tali, Wim Thijssen

### Redactionele bijdragen

Bijdragen kunnen naar [redactie@advocatenorde.nl](mailto:redactie@advocatenorde.nl). Per 500 woorden leveren deze 1 opleidingspunt op.

De redactie heeft het recht bijdragen in te korten.

De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer 070 - 335 35 70.

### Boom juridisch

Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

### Bureau van de orde

Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag, postbus 30851, 2500 GW Den Haag, [info@advocatenorde.nl](mailto:info@advocatenorde.nl), 070-335 35 35, helpdesk: [helpdesk@advocatenorde.nl](mailto:helpdesk@advocatenorde.nl), 070-335 35 54.

### Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers tevens het online-archief vanaf 2001 én een e-mailtendering. Kijk op [www.advocatenblad.nl](http://www.advocatenblad.nl) voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en worden stilziggend verlengd, tenzij het abonnement schriftelijk wordt opgezegd. Na afloop van het eerste abonnementsjaar dient u rekening te houden met een

opzegtermijn van één maand. Kijk op [www.tijdschriften.boomjuridisch.nl](http://www.tijdschriften.boomjuridisch.nl) voor meer informatie.

Wilt u een abonnement afsluiten of heeft u vragen? Neem dan contact op via [klantenservice@boomdenhaag.nl](mailto:klantenservice@boomdenhaag.nl) of via telefoonnummer 070-330 70 33.

### Adreswijzigingen

Boom juridisch via [klantenservice@boomdenhaag.nl](mailto:klantenservice@boomdenhaag.nl) of via telefoonnummer 070-330 70 33.

Adreswijzigingen van advocaten: [adres@advocatenorde.nl](mailto:adres@advocatenorde.nl).

### Media-advies

Maarten Schüttel

### Advertentiedeelname

Capital Media Services B.V., Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen  
Tel. 024 - 360 77 10, [mail@capitalmediaservices.nl](mailto:mail@capitalmediaservices.nl)

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en veelevoudiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

# KRONIEK PENSIOENRECHT

Gedurende de afgelopen periode is complexe nieuwe pensioenwetgeving ingevoerd met betrekking tot arbeidsmobiliteit binnen de EU, insolvente verzekeraars, verzamelproblematiek en de implementatie van de IORP II-richtlijn voor pensioenfondsen. Aanhangig zijn twee initiatiefwetsontwerpen ter voorkoming van pensioenkortingen en een initiatiefwetsontwerp in verband met de governance van pensioenfondsen. Een wetsvoorstel voor een nieuwe wet voor pensioenverdeling bij scheiding is door de consultatiefase. Bovenal is de uitwerking van het regeerakkoord dat ten grondslag ligt aan het huidige kabinet en dat moet leiden tot een nieuw pensioenstelsel actueel: Nederland kende onlangs zelfs pensioenstakingen, geïnitieerd door vakbonden die wegliepen van het overleg tussen de sociale partners en de verantwoordelijke minister over dat nieuwe pensioenstelsel. En ook de rechterlijke macht liet zich niet onbetuigd door weer de nodige boeiende pensioenrechtspraak te wijzen. In deze Kroniek zijn uitspraken tussen april 2018 en april 2019 meegenomen.

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

## WETGEVING<sup>1</sup>

De Wet van 11 juli 2018 tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling,<sup>2</sup> *Staatsblad* 2018, 229 (*Kamerstukken* 34 933) trad in werking op 21 juli 2018 met terugwerkende kracht naar 21 mei 2018. De wet hield in dat aan artikel 14, tweede lid, van de Pensioenwet en aan artikel 22, derde lid, van de Wet verplichte beroepspensioenregeling een zin werd toegevoegd met de volgende inhoud: 'Indien een werknemer bij de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling nog niet in de pensioenregeling is opgenomen, maar er door of namens hem een bijdrage is betaald, dan wordt de som van de bijdragen aan hem terugbetaald of wordt, in geval de werknemer het beleggingsrisico draagt, de som van de gestorte bijdragen of de met deze bijdragen gerealiseerde beleggingswaarde aan hem terugbetaald.' De toevoeging was noodzakelijk op grond van de

gewijzigde zogenaamde portability-richtlijn,<sup>3</sup> maar heeft waarschijnlijk voor Nederland geen praktische betekenis. Afdrachten voor pensioenregelingen waar geen pensioenverwerving tegenover staat, komen in de praktijk niet of nauwelijks voor, in elk geval niet door inhouding op het loon. Dergelijke inhoudingen zouden nietig zijn op grond van het verbod op loonbestedingsbedingen van artikel 7:631 Burgerlijk Wetboek (BW). Vernieuwend is de Wet van 28 november 2018 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars (Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars), *Staatsblad* 2018, 489 (*Kamerstukken* 34 842), in werking getreden op 1 januari 2019.<sup>4</sup> Deze wet houdt, sterk verkort weergegeven, in dat als over een verzekeraar de noodregeling wordt uitgesproken, niet langer uitsluitend portefeuilleoverdracht (na eventuele rechtenkorting, indien noodzakelijk) kan

worden gerealiseerd. Het gevolg van portefeuilleoverdracht is dat de aandelen in de achterblijvende verzekeraar waardeeloos worden, waardoor de aandeelhouderswaarde volledig verloren gaat terwijl de verzekerden geen schade ondervinden (indien portefeuilleoverdracht mogelijk blijkt zonder rechtenkorting). De nieuwe wetgeving voegt als mogelijkheid toe dat de verzekeraar waarover de noodregeling is uitgesproken, blijft bestaan en wordt gesaneerd, eventueel mede door middel van een rechtenkorting. De aandeelhouderswaarde hoeft dan niet volledig te verdampen. De polishouders waarvan de rechten worden gekort, worden gecompenseerd doordat zij aandelen verkrijgen in de noodlijdende verzekeraar. Doordat meer aandelen worden uitgegeven, verdampt de aandeelhouderswaarde wel gedeeltelijk. De regeling betekent dat de pijn wordt verdeeld tussen de polishouders en de aandeelhouders.<sup>5</sup> Voor pensioenen onder vigeur van de Pensioenwet ondergebracht

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

bij een verzekeraar roept de nieuwe wetgeving talloze vragen op van civielrechtelijke, fiscaalrechtelijke en sociaalverzekeringsrechtelijke aard. Die vragen kunnen in het kader van deze Kroniek niet worden gesteld, laat staan beantwoord.

De Wet van 12 december 2018 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten vanwege enkele wijzigingen met betrekking tot pensioen (Verzamelwet pensioenen 2019), *Staatsblad* 2018, 476 (*Kamerstukken* 35 015), in werking getreden op 1 januari 2019 (met dien verstande dat art. V met terugwerkende kracht naar 1 januari 2018 in werking trad) hield kort samengevat op hoofdlijnen het volgende in:

- een administratieve aanpassing van de regeling omtrent de termijnen voor premiebetaling door werkgevers aan pensioenuitvoerders (betreft art. 26 Pensioenwet);

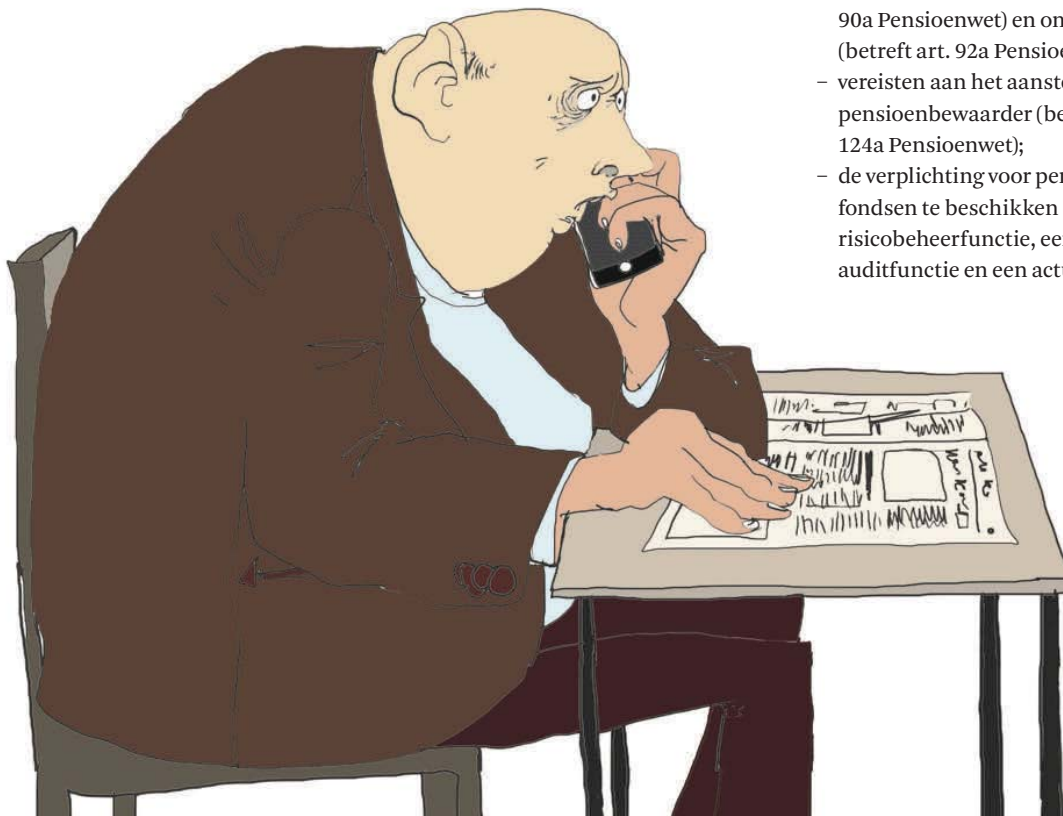
- een verfijning van de regeling voor beperking van de mogelijkheden voor uitbesteding door pensioenfondsen met als doel te voorkomen dat het bestuur grip over het pensioenfonds verliest en het toezicht wordt belemmerd (betreft art. 34 Pensioenwet);
- de bepaling dat bij verhoging van de AOW-leeftijd na ingang van aanvullend pensioen uiterlijk op de oorspronkelijke pensioendatum voor variatie van de hoogte van het aanvullend pensioen kan worden gekozen (betreft art. 63 Pensioenwet);
- overgangsrecht in verband met de Wet waardeoverdracht klein pensioen<sup>6</sup> (betreft art. 66 Pensioenwet);
- de tijdelijke bevoegdheid kruimelpensioen (pensioen niet hoger dan 2 euro per jaar) te laten vervallen met als oogmerk vermindering

van administratiekosten (betreft art. 220b Pensioenwet).

De Wet van 19 december 2018 tot wijziging van de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het financieel toezicht,<sup>7</sup> *Staatsblad* 2018, 515 (*Kamerstukken* 34 934), in werking getreden op 13 januari 2019 (gedeeltelijke inwerkingtreding vanaf 1 januari 2020) behelsde een significante wijziging van met name de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. In het kader van deze Kroniek moet worden volstaan met het duiden van de hoofdlijnen. De nieuwe wetgeving omvat:

- nieuwe informatieverplichtingen voor pensioenuitvoerders, onder meer over de hoogte van pensioen waarbij de werknemer beleggingsrisico loopt (betreft art. 38 Pensioenwet) en jaarlijkse beschikbaarstelling van een pensioenoverzicht aan gewezen deelnemers (betreft art. 40 Pensioenwet);
- een regeling voor collectieve waardeoverdracht van een premiepensioeninstelling of een pensioenfonds naar een pensioeninstelling uit een andere EU-lidstaat (betreft art. 90a Pensioenwet) en omgekeerd (betreft art. 92a Pensioenwet);
- vereisten aan het aanstellen van een pensioenbewaarder (betreft art. 124a Pensioenwet);
- de verplichting voor pensioenfondsen te beschikken over een risicobeheerfunctie, een interne auditfunctie en een actuariële

Kan ik ook een verzekering krijgen tegen jullie faillissement?



- functie, gezamenlijk de sleutel-functies genoemd (betreft art. 143a Pensioenwet)<sup>8</sup>;
- de bevoegdheid voor De Nederlandsche Bank om aan pensioenfondsen een stresstest op te leggen (betreft art. 143b Pensioenwet);
  - de openbaarmaking van bestuurlijke sancties die DNB aan pensioenuitvoerders oplegt (betreft art. 185 Pensioenwet);
  - de regeling dat een buitenlandse pensioeninstelling die een Nederlandse pensioenovereenkomst uitvoert Nederlands sociaal recht en arbeidsrecht moet eerbiedigen (betreft art. 199a Pensioenwet);
  - informatieverplichting voor DNB en de AFM aan Europese toezichthouders, tijdelijke enquêtecommissies van het Europees Parlement, de Algemene Rekenkamer en ten behoeve van Nederlandse parlementaire enquêtes (betreft de artt. 205a, 205c, 208a en 208b Pensioenwet).<sup>9</sup>

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de eis dat een tweederde-meerderheid van de bij een collectieve internationale waardeoverdracht betrokken personen die hebben gereageerd op een schriftelijk verzoek om akkoord met de waardeoverdracht te geven daadwerkelijk akkoord moeten zijn, standhoudt onder de IORP II-richtlijn. Die richtlijn stelt de eis van een meerderheid. De vraag is of de richtlijn de ruimte laat aan de lidstaten om onder 'meerderheid' een tweederde-meerderheid te verstaan.<sup>10</sup> Aanhangig is een Voorstel van wet van het lid Van Weyenberg tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met het toekennen van een adviesrecht aan het verantwoordingsorgaan en belanghebbendenorgaan voor het maatschappelijk verantwoord beleggingsbeleid en een goedkeuringsrecht voor het uitsluitingenbeleid (*Kamerstukken 35 101*). Het betreft het maatschappelijk verantwoord beleggen door pensioenfondsen (art. 135 lid 4 Pensioenwet). Op dit punt wordt voorgesteld

adviesrecht toe te kennen aan het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds (zie de artt. 115a respectievelijk 115c Pensioenwet).<sup>11</sup>

Het Voorstel van wet van het lid Smeulders tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met het voorkomen van pensioenkortingen op de korte termijn (*Kamerstukken 35 096*) beoogt met een eenvoudige ingreep dergelijke kortingen te voorkomen. Pas nadat de dekkingsgraad van een pensioenfonds achtmaal beneden een bepaald niveau duikt in plaats van volgens de huidige regeling zesmaal, zou een pensioenfonds hoeven ingrijpen.<sup>12</sup> Het Voorstel van wet van het lid Krol tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met het invoeren van een maatregel tot onder meer aanpassing van de disconteringsvoet waartegen pensioenfondsen hun pensioenverplichtingen moeten berekenen (Wet aanpassing disconteringsvoet; *Kamerstukken 34 606*) lijkt principiëler. Het wetsvoorstel beoogt van marktrentewaardering van de pensioenverplichtingen te kunnen afwijken om pensioenkortingen te voorkomen.<sup>13</sup>

## TRANSITIEVERGOEDING Pensioenontslag

Artikel 7:673 lid 7, aanhef en onder b BW bepaalt kort weergegeven dat bij pensioenontslag geen transitievergoeding aan de werknemer is verschuldigd. Na prejudiciële vragen gesteld door de Rechtbank Midden-Nederland (19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3712), deed de Hoge Raad op 20 april 2018 (ECLI:NL:HR:2018:651) uitspraak over de vraag of dit artikel in strijd is met Richtlijn 2000/78<sup>14</sup> wegens leeftijdsdiscriminatie. Bij de beantwoording van de vragen beperkte de Hoge Raad zich tot werknemers met de AOW-leeftijd of een hogere leeftijd, aangezien de werknemer in de aanhangige zaak de AOW-leeftijd had bereikt. De Hoge

Raad oordeelde dat artikel 7:673, lid 7, aanhef en onder b BW tot een direct op leeftijd gebaseerd verschil in behandeling leidde, waardoor sprake was van directe discriminatie zoals bedoeld in (art. 1 j° art. 2, lid 2, onder a van) de Richtlijn.

De Hoge Raad overwoog dat op grond van artikel 6, lid 1 van de Richtlijn verschillen in behandeling op grond van leeftijd echter geen (verboden) discriminatie vormen, als die in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Bij de beantwoording van de vraag of het uitsluiten van de transitievergoeding voor AOW'ers wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel zijn volgens de Hoge Raad de achtergronden en doelstellingen van zowel de regeling van de transitievergoeding als van de uitsluiting daarvan voor AOW'ers van belang. Bij de totstandkoming van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is opgemerkt dat de transitievergoeding enerzijds bedoeld is 'als compensatie voor ontslag' en anderzijds om voor de werknemer 'de transitie naar een andere baan' te vergemakkelijken. Volgens de Hoge Raad moet uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat de transitievergoeding bedoeld is voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Het doel van artikel 7:673 lid 7, aanhef en onder b, BW is volgens de Hoge Raad te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding. Mede tegen de achtergrond van het algemene doel van de Wwz ontslag in het algemeen voor werkgevers minder kostbaar te maken, achtte de Hoge Raad dit doel legitiem in de zin van de richtlijn. De Hoge Raad oordeelde verder dat de uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt passend

en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel. De regel is namelijk niet ongeschikt voor het bereiken van het beoogde doel, aangezien hij daadwerkelijk voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan een categorie van personen die in de regel niet langer is aangewezen op het verrichten van arbeid om in het levensonderhoud te voorzien. Volgens de Hoge Raad gaat de uitsluiting van de transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt niet verder dan noodzakelijk is. De wetgever heeft bij de totstandkoming van het stelsel de belangen van de diverse te onderscheiden groepen tegen elkaar afgewogen. De uitkomst van die afweging was dat de arbeidsovereenkomst zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever moet kunnen eindigen op het moment dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. Daarbij is van belang dat dat deze werknemer, ter compensatie voor het wegvallen van zijn inkomen uit arbeid, in het algemeen aanspraak kan maken op een AOW-uitkering, die in voorkomend geval wordt aangevuld met een in dienstverband opgebouwde pensioenuitkering. De Hoge Raad concludeert dat de wettelijke regeling niet in strijd is met Richtlijn 2000/78 EG wegens leeftijdsdiscriminatie. Vanwege de doelstelling van de Wwz om ontslag eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken en vanwege het abstracte en gestandaardiseerde karakter van de regeling van de transitievergoeding, bestaat geen ruimte voor een individuele toets. In reactie op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad verzocht een verzoeker de Rechtbank Midden-Nederland (4 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3064) prejudiciële vragen te stellen aan het Europees Hof van Justitie of aanvullende prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De verzoeker stelde dat de Hoge Raad en de regering in het kader van de wetsgeschiedenis als doelstelling van het uitsluiten van

AOW-gerechtigden van de transitievergoeding alleen noemen dat 'voorkomen' dient te worden dat de transitievergoeding toekomt aan personen die voor hun levensonderhoud niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid. Volgens de verzoeker is dit in strijd met het eerstgenoemde doel van de transitievergoeding, namelijk 'compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag'. Volgens de verzoeker houdt de compensatiedoelstelling geen verband met de vraag of iemand nog is aangewezen op het verrichten van arbeid, aangezien bijvoorbeeld IVA-gerechtigden ook niet op arbeid aangewezen zijn voor hun levensonderhoud, terwijl zij bij ontslag wel recht hebben op een transitievergoeding. Hetzelfde geldt voor werknemers die direct een nieuwe baan hebben. Bovendien zijn er AOW-gerechtigden zonder aanvullende uitkering die wel op arbeid zijn aangewezen voor hun levensonderhoud, maar geen transitievergoeding ontvangen. Het verzoek werd door de kantonrechter afgewezen. Ten overvloede merkte de kantonrechter op dat de bezwaren van de verzoeker reeds door de Hoge Raad in de beoordeling waren betrokken.

#### Arbeidsongeschikte werknemers

Artikel 7:673b BW houdt kort weergegeven in dat de transitievergoeding niet hoeft te worden betaald als in een cao een 'gelijkwaardige voorziening' is opgenomen die in plaats komt van de transitievergoeding. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de in de cao van ING opgenomen regeling voor premievrije opbouw van pensioen bij arbeidsongeschiktheid *niet* als een *gelijkwaardige voorziening* gold als bedoeld in artikel 7:673b, lid 1 BW (30 oktober 2017 en 18 december 2017, gevoegde zaken ECLI:NL:GHARL:2017:10458 en ECLI:NL:GHARL:2017:11133). In een baanbrekend arrest van 29 maart 2019 (ECLI:NL:HR:2019:449) sprak de Hoge Raad zich over deze kwestie

uit door de voorwaarden en gezichtspunten uiteen te zetten voor kwalificatie van een voorziening die de transitievergoeding zou moeten vervangen als aan de transitievergoeding 'gelijkwaardige voorziening'. Volgens de Hoge Raad sluit het feit dat een voorziening al vóór 1 juli 2015 in een op dat moment geldende cao was opgenomen en na 1 juli 2015 (in een nieuwe cao) is gehandhaafd, niet zonder meer uit dat die voorziening na 1 juli 2015 wordt aangemerkt als een aan de transitievergoeding 'gelijkwaardige voorziening'. Die kwalificatie hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval. Met verwijzing naar de doelstelling van de transitievergoeding overwoog de Hoge Raad dat de wetgever met de regeling van de transitievergoeding heeft gekozen voor een abstract en gestandaardiseerd stelsel, waarin de voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en de regels voor de berekening van de hoogte daarvan nauwkeurig in de wet zijn omschreven. Of sprake is van een gelijkwaardige voorziening is voor het overige vooral een kwestie van feitelijke waardering aan de hand van de omstandigheden van het geval. De rechter heeft volgens de Hoge Raad daarbij een grote mate van vrijheid en zijn oordeel kan in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid worden onderzocht. Bij de beoordeling of sprake is van een 'gelijkwaardige voorziening', is het uitgangspunt dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst 'gekapitaliseerde potentiële waarde' van de voorziening waarop de desbetreffende werknemer volgens de cao wegens die beëindiging recht heeft en de transitievergoeding waarop die werknemer volgens de wettelijke regeling recht zou hebben. Op basis van deze waarderingsmethode kunnen volgens de Hoge Raad ook voorzieningen die in fasen worden gerealiseerd en waarvan het eindtijdstip onzeker is, ten tijde

van het beoogde ontslag worden onderzocht op gelijkwaardigheid aan de wettelijke transitievergoeding. Volgens de Hoge Raad verzet de rechtszekerheid zich ertegen dat pas geruime tijd na het einde van het dienstverband (wanneer een voorziening blijkt te zijn 'uitgewerkt') kan worden bepaald of die voorziening gelijkwaardig was aan de transitievergoeding. Dit strookt met het abstracte en gestandaardiseerde stelsel van de wettelijke transitievergoeding. Hiermee verdraagt zich niet dat de 'gelijkwaardigheid' van een in een cao opgenomen voorziening achteraf zou worden bepaald aan de hand van de uiteindelijke feitelijke uitwerking van die voorziening in het concrete geval, die immers vaak pas achteraf kan worden vastgesteld. Wel kan de omvang van de wettelijke transitievergoeding per werknemer verschillen (omdat deze afhankelijk is van het salaris en arbeidsverleden van de werknemer) en kan ook de waarde van een in een cao neergelegde gestandaardiseerde voorziening per werknemer verschillen, zij het mogelijk op een andere wijze dan bij de wettelijke transitievergoeding (bijvoorbeeld als de voorziening afhankelijk is gemaakt van de leeftijd van de werknemer).

Dit kan betekenen dat een in een cao opgenomen voorziening voor de ene werknemer gelijkwaardig wordt geacht aan de wettelijke transitievergoeding, maar voor de andere werknemer tekortschiet. Niet is vereist dat de in de cao opgenomen voorziening is gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Dit neemt echter niet weg dat bij de beoordeling van de 'gelijkwaardigheid' van een cao-voorziening wel kan meewegen (niet als voorwaarde, maar als factor) in hoeverre die voorziening kan beantwoorden aan de functies van de transitievergoeding die de wetgever bij zijn introductie op het oog heeft gehad. Kortom: abstracte toetsing van gelijkwaardigheid van de bij cao getroffen voorzie-

ning is mogelijk, maar de abstracte toets dient individueel voor elke werknemer te worden uitgevoerd.

## PENSIOENOVEREENKOMST

### Wijziging

In het kader van het eenzijdig wijzigingen van pensioenregelingen zijn de artikelen 19 Pensioenwet en 7:613 BW van toepassing. Naast een schriftelijk vastgelegde bevoegdheid tot eenzijdige wijziging is een zwaarwichtig belang vereist. Zwaarwichtige belangen kunnen bestaan uit bedrijfseconomische, bedrijfstechnische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden. Daarbij kan worden gedacht aan de omstandigheid dat de werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert of een financieel belang heeft bij de wijziging om ook op langere termijn een bedrijfseconomisch verantwoorde situatie in stand te houden. Of de redenen (op zichzelf of samengenomen) kwalificeren als zwaarwichtig zal moeten worden beoordeeld op grond van 'alle omstandigheden van het geval'. Dat aan het vereiste van een zwaarwichtig belang zware eisen worden gesteld, werd nogmaals duidelijk in diverse uitspraken.

In de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland op 10 januari 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:62) oordeelde de rechtbank dat instemming van de or en een akkoord met de vakbonden in combinatie met een overgangsregeling van zeven jaar voor een (bepaalde) verhoging van de werknemerspensioenpremie voor werknemers niet voldoende was om door de toets van het zwaarwichtig belang te komen.

Ook in Rechtbank Oost-Brabant 1 maart 2018 (ECLI:NL:RBOBR:2018:1001) slaagde de werkgever er niet in een zwaarwegend belang aan te tonen.

In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, (ECLI:NL:GHSHE:2018:685) werd eveneens negatief geoordeeld over de aanwezigheid van een voldoende zwaarwichtig belang bij een eenzijdige wijziging. Hierbij wilde de werkgever een werknemerspensioenpremie invoeren op grond van (met name) financiële redenen op lange termijn. Hoewel bedrijfscontinuïteit op lange termijn in beginsel een zwaarwichtig belang zou kunnen zijn om tot het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst over te gaan, werd door het gerechtshof onvoldoende zwaarwichtig belang aanwezig geacht. De lijn in de jurisprudentie is (wederom) duidelijk: de lat ligt hoog voor een werkgever bij een eenzijdige wijziging als het gaat om het bewijzen van een zwaarwichtig belang. Uit voornoemde uitspraken blijkt ook maar weer eens dat niet uitgegaan mag worden van de gedachte dat instemming van de or en een rechtvaardiging is voor een eenzijdige wijziging. Een besluit van de or kan de werknemer niet binden, maar kan slechts meewegen in het belang dat een werkgever bij wijziging van de pensioenovereenkomst heeft.

Kunnen we niet een kruimel-witruil-collectief in het leven roepen?



Eenzijdige wijziging kwam eveneens aan de orde in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:6545). Hier was sprake van een (pensioen) portefeuilleoverdracht van een verzekeraar naar een andere verzekeraar. DNB verleende toestemming voor de overdracht (art. 3:118 Wft). Na de overdracht ging, ook voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, een andere toeslagregeling gelden dan voor de overdracht. Het hof oordeelde over de toepasselijkheid van artikel 19 Pensioenwet (de norm van een zwaarwichtig belang) en over de vraag of dat artikel ook dient te gelden voor gewezen deelnemers en gepensioneerden. Ten aanzien van het laatste oordeelde het hof dat dit inderdaad het geval is. Het hof oordeelde daarnaast dat de toets die DNB op grond van de Wft dient toe te passen, niet één op één kon worden toegepast in de rechtsverhouding werkgever/werknemer. Goedkeuring door DNB betekende niet dat de werkgever de pensioenaanspraak van een individuele deelnemer zonder instemming van de werknemer kon wijzigen. De wijziging die de werkgever wenste diende in zijn rechtsverhouding tot de individuele werknemer te worden getoetst aan art. 19 Pensioenwet. De wijziging van de pensioenovereenkomst als gevolg van de instemming van DNB zou een onaanvaardbare doorkruising betekenen van de beschermingsgedachte die is opgenomen in artikel 19 Pensioenwet. Volgens het hof was geen sprake van een zodanig zwaarwegend belang dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken.

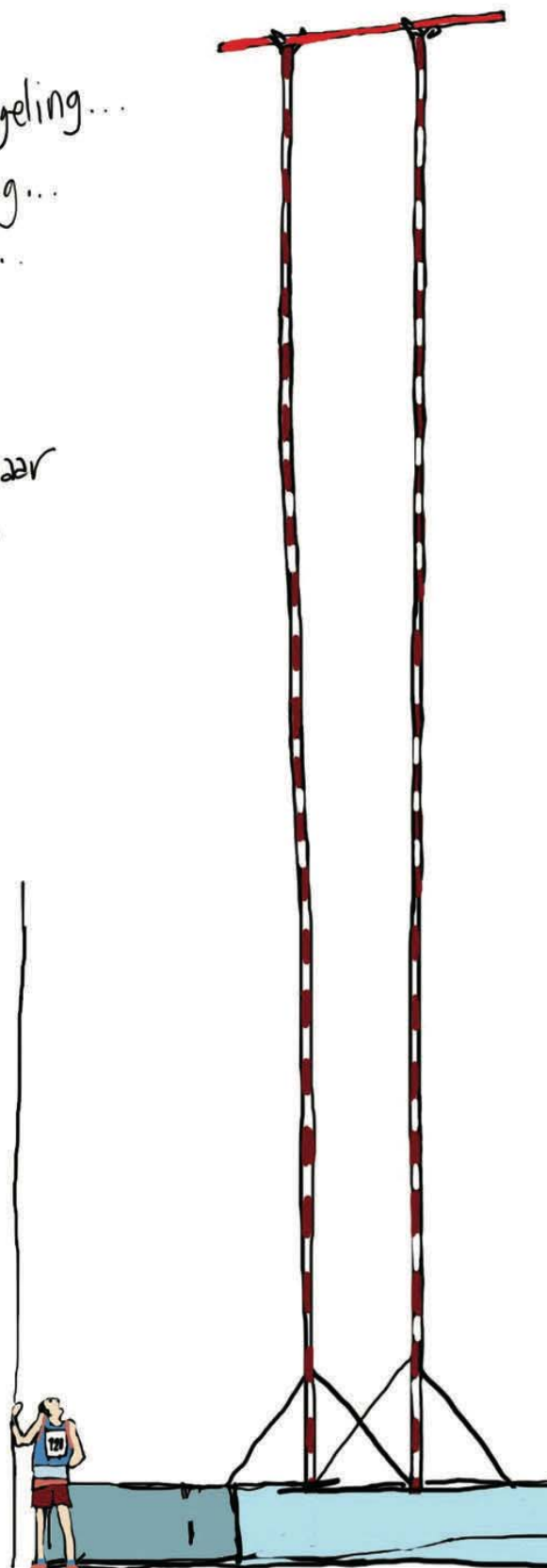
### Streefregelingen

Hierna worden enkele interessante uitspraken behandeld over de vraag of een bepaalde pensioenovereenkomst, tussen werkgever en werknemer gesloten onder de tot 2007 geldende Pensioen- en spaar-

ik heb een streefregeling...  
en een hoopregeling...  
en een droomregeling...

maar een  
toezegging  
krijg ik maar  
niet...

fondsenwet, diende te worden gekwalificeerd als een zogenaamde streefregeling.<sup>15</sup> Bij een streefregeling gaat het om een beoogd pensioen ter uitvoering waarvan een kapitaal wordt verzekerd. De relevante uitlegvraag is of het beoogde pensioen ook is toegezegd. Als dat zo is, wordt het toegezegde pensioen niet alleen bepaald door de betaalde premies als bedoeld in artikel 9, lid 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: 'Regelen PSW') en werkt de pensioenovereenkomst feitelijk uit als een eindloonregeling. Ingevolge artikel 9, lid 2 Regelen PSW dient bij een streefregeling met toegezegd pensioen bij uitdiensttreding ten minste aanspraak te bestaan op een tijdsevenredige pensioenaanspraak. De Pensioen- en Verzekeringskamer nam het standpunt in dat bij de streefregeling met toegezegd pensioen het pensioenkapitaal jaarlijks diende te worden herrekend op basis het actuele salaris en grondslagen<sup>16</sup> zoals de rentestand en de levensverwachting. Op 9 januari 2019 wees Rechtbank Midden-Nederland vonnis in een zaak (ECLI:NL:RBMNE:2018:100)





waarbij een beoogd ouderdomspensioen was toegezegd op basis van het salaris en de diensttijd waarbij een kapitaal werd verzekerd. De hoogte van dit kapitaal werd gebaseerd op een prognose van de op pensioendatum geldende koopsomtarieven. De rechtbank oordeelde dat sprake was van een streefregeling en dat een wijziging van een variabele naar een vaste rekenrente van 5,5 procent niet rechtsgeldig was overeengekomen omdat die wijziging niet was toegelicht en door de werknemer niet welbewust en ondubbelzinnig met genoemde wijziging was ingestemd. Er was geen sprake van toegezegd pensioen, maar van pensioen dat op de pensioendatum afhing van de hoogte van het verzekerd kapitaal waarvoor de premie werd bepaald door de op de pensioendatum geldende tarieven van de verzekeraar (waaronder begrepen de door de verzekeraar gehanteerde rentestand). De rentestand was aanzienlijk lager dan 5,5 procent, zodat de door de werkgever beoogde besparing niet werd gerealiseerd.

Gerechtshof Den Haag oordeelde op 4 december 2018 (ECLI:GHDHA:2018:3332) over een zaak waarbij eveneens sprake was van een pensioentoezegging gebaseerd op het salaris en de diensttijd en waarbij een kapitaal werd verzekerd. Ook hier werd bij een wijziging eenzijdig een vaste rekenrente van 5,5 procent opgenomen in de pensioenbrief. Het gerechtshof oordeelde dat sprake was van een streefregeling en dat met de vaste rekenrente niet stilzwijgend was ingestemd omdat de werkgever niet op de gevolgen van de vaste rekenrente had gewezen. In de twee behandelde uitspraken werd de CZ-leer rond welbewuste instemming met een wijziging consequent toegepast. In een andere procedure oordeelde Gerechtshof Amsterdam op 11 september 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:3365). Hier was sprake van toegezegd beoogd pensioen dat werd verzekerd middels een kapitaal dat kon leiden tot hogere of lagere

pensioenen dan was beoogd. De werknemer vorderde kort weergegeven een verklaring voor recht dat hij recht had op een gegarandeerd eindlooppensioen. Het gerechtshof kwam door uitleg van de pensioenbrief echter tot het oordeel dat sprake was van een streefregeling wegens het ontbreken van garanties over de pensioenhoogte. Van toegezegd pensioen was geen sprake. Omdat in de pensioenbrief van meet af aan een vaste rekenrente van 5,5 procent was opgenomen en deze rente op lange termijn wel degelijk prudent zou kunnen zijn,<sup>17</sup> was volgens het gerechtshof echter geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van de streefregeling.

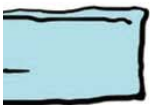
Op 7 februari 2018 (PJ 2019/3) wees Rechtbank Gelderland een interessant vonnis waarin werd geoordeeld dat op een streefregeling vanaf 1 januari 2000 ingevolge artikel 9, lid 2 Regelen PSW de verplichting van toepassing was tot jaarlijkse herrekening van het pensioenkapitaal aan de hand van actuele rente en sterftekansen. Interessant was dat de rechtbank (hiermee) oordeelde dat de pensioenuitvoerder de normadresaat was van deze verplichting.

### UITVOERINGSOVEREENKOMST

Rechtbank Midden-Nederland oordeelde op 1 augustus 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:4070) over een geschil tussen een werkgever en verzekeraar ASR. Daarbij het ging om de vraag of de verzekeraar ná premievrijmaking van een uitvoeringsovereenkomst met gesepareerd beleggingsdepot met winstdeling, in het licht van artikel 25, lid 1 onder h Pensioenwet nog kosten in rekening kon blijven brengen voor vermogensbeslag, administratie en toekomstige renteontwikkeling. Artikel 25, lid 1 onder h Pensioenwet bepaalt, kort weergegeven, dat bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst op evenwichtige wijze met de belangen van werkgever en verzekeraar rekening moet worden gehouden. De be-

treffende uitvoeringsovereenkomst bood bij einde contractperiode de mogelijkheid tot het aangaan van een nieuwe overeenkomst, collectieve waardeoverdracht, of premievrijmaking onder doorbetaling van de gespecificeerde kosten. In het kader van opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot en winstdeling verlangde ASR betaling van de contante waarde van de kosten na premievrijmaking. Tevens verlangde zij bewijs van instemming van belanghebbenden met de wijziging van de toeslagbepaling door het wegvallen van winstdeling. De rechtbank oordeelde dat de bepaling voldeed aan het voorschrift van artikel 25, lid 1 onder h Pensioenwet omdat de kosten ná premievrijmaking waren overeengekomen en het niet onaanvaardbaar was om de (substantiële) contante waarde van deze kosten in rekening te brengen. Bovendien mocht ASR bewijs verlangen van instemming van de (gewezen) deelnemers in de pensioenregeling, omdat een verzekeraar ingevolge artikel 35 Pensioenwet dient te bewaken dat het pensioenreglement na wijziging van de toeslagbepaling in overeenstemming blijft met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement konden door ASR daarom pas worden gewijzigd nadat was gebleken van wijziging van de pensioenovereenkomst.

In een procedure voor Rechtbank Oost-Brabant (ECLI:NL:RBOBR:2018:4438) vorderden gewezen deelnemers nakoming van een bijstortverplichting door de werkgever als onderdeel van Pensioenreglement B geldig tot 2006 en Uitvoeringsovereenkomst 1995. Vanaf 2006 golden Pensioenreglement 2006 en Uitvoeringsovereenkomst 2006 zonder bijstortverplichting, die een andere pensioenregeling behelsden. Pensioenreglement B en Uitvoeringsovereenkomst 1995, met bijstortverplichting, waren door incorporatie onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Eisers



beriepen zich op de bewoording 'de gesloten pensioenovereenkomst' in hun arbeidsovereenkomst (waarmee de uitvoeringsovereenkomst wordt bedoeld) en stelden zich op het standpunt dat daarmee de Uitvoeringsovereenkomst 1995, inclusief bijstortverplichting, moest zijn bedoeld omdat deze ter uitvoering van Pensioenreglement B was 'gesloten'. De rechtbank volgde die redenering niet, omdat die ertoe zou leiden dat beide pensioenreglementen (althans één onderdeel van Pensioenreglement B en geheel Pensioenreglement 2006) onderdeel van de pensioenovereenkomsten met de werknemers zou uitmaken. De pensioenaanspraken opgebouwd onder Pensioenreglement B waren omgezet in aanspraken onder Pensioenreglement 2006, zodat dit pensioenreglement op alle aanspraken van toepassing was geworden. Op grond van de Uitvoeringsovereenkomst 2006 was de werkgever hogere kostendeekkende premies verschuldigd en de werknemers verlangden daarom daarnaast ook nog de bijstortplicht. De rechtbank achtte het onaanvaardbaar dat de werknemers naast de voordelen uit de Uitvoeringsovereenkomst 2006 ook de bijstortverplichting ten deel zou vallen. Ten slotte oordeelde de rechtbank dat de bijstortverplichting niet kwalificeert als een derdenbeding omdat de pensioenuitvoerder deze bedingt jegens de werkgever ten behoeve van het eigen vermogen en ten gunste van het collectief, en niet ten behoeve van individuele werknemers.

## BEDRIJFSTAK- PENSIOENFONDSEN

### Aansluiting

Hierna worden enkele interessante uitspraken over de aansluiting bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen behandeld. De op 28 februari 2018 gepubliceerde uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:4451) betrof een geschil

tussen Mecra, een internationaal uitzendbureau, en het verplicht gestelde Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid ('Bpf Bouw') en cao-partijen. Mecra stelde Poolse, Portugese en Engelse werknemers ter beschikking voor bouwwerkzaamheden aan de A2-tunnel bij Maastricht. In de arbeidsovereenkomsten was sprake van een rechtskeuze voor toepassing van het recht van het land van herkomst van de werknemers. In geschil was of de werkzaamheden onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde bouw-cao en van Bpf Bouw vielen. Het gerechtshof oordeelde dat het toepasselijk recht dient te worden vastgesteld aan de hand van de regels van Rome I.<sup>18</sup> Volgens artikel 8 van Rome I wordt de individuele arbeidsovereenkomst beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 Rome I hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3, en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze. Leden 2, 3 en 4 bieden, kort weergegeven, richtlijnen om het toepasselijk recht zonder rechtskeuze te bepalen, waarbij het aankomt op het werkland vanwaaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht. Zonder gewoonlijk werkland geldt het recht van het land van de vestigingsplaats van de werkgever, en ten slotte geldt het recht van een ander land waarmee de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden. Voor de vaststelling van het toepasselijk recht dient het hof te beschikken over de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers waarbij tevens het arbeidsverleden direct voorafgaand en aansluitend aan de werkzaamheden aan de A2-tunnel van belang zijn. De werkgever krijgt gelegenheid deze stukken in het geding te brengen. Het is daarom

nog geen uitgemaakte zaak en deze zaak komt ongetwijfeld in de volgende Kroniek Pensioenrecht weer aan de orde.

Een andere zaak in cassatie (ECLI:NL:HR:2018:2165) betrof Hongaarse werknemers die werkzaam waren voor een in Hongarije gevestigde transportonderneming. De werknemers woonden in Hongarije, waren daar sociaal verzekerd, belastingplichtig en verrichtten internationale transporten. De werknemers keerden na transporten regelmatig terug naar Hongarije en werden van daaruit weer tewerkgesteld. De meeste afstand in transporten werd niet in Nederland afgelegd. De Hoge Raad oordeelde voor de vaststelling van het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomsten en of de uitzondering van nauwer verbonden recht als bedoeld in artikel 8, lid 4 Rome I gold, dat de criteria van het HvJ EU in zijn arrest van 15 maart 2011, zaak C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151 (inzake Koelzsch) door het hof onvoldoende waren onderzocht. Daarbij gaat het ook om de plaats waar ritten begonnen, plaatsvonden, eindigden en waar instructies werden verstrekt. In de volgende zaak ging het om de uitleg van het hoofdzakelijkheids criterium in de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao Metaal & Techniek ('cao-MT') en van het werkingssfeerbesluit van het verplicht gestelde Bedrijfstakpensioenfonds voor Metaal & Techniek ('PMT'). De werkgever verrichtte analyse- en testwerkzaamheden op elektronische apparatuur waarna reparatie en onderhoud konden plaatsvinden. De vraag waar het in de procedure om draaide, was of analyse en testen los, dan wel als onderdeel van reparatie en onderhoud moesten worden beschouwd in de zin van de werkingssfeer van de cao-MT en PMT. De Hoge Raad oordeelde (ECLI:NL:HR:2018:2363) dat bepalend was of is voldaan aan de voorwaarde dat 'het aantal overeengekomen arbeidsuren van de in dienst zijnde werknemers die betrok-

ken zijn bij de werkzaamheden in de [in die regeling] omschreven takken van bedrijf, groter is dan het aantal overeengekomen arbeidsuren van de in dienst zijnde werknemers die betrokken zijn bij werkzaamheden uitgeoefend in enige andere tak van bedrijf'. Daarbij oordeelde de Hoge Raad in het kader van objectieve uitleg aan de hand van de tekst van de cao en het verplichtstellingsbesluit dat het gaat om het aantal overeengekomen uren en derhalve niet om de werkelijk bestede uren van werknemers. Geoordeeld werd dat de term 'betrokken bij' ruim is gesteld en dat daaronder dient te worden verstaan 'de werkzaamheden die daaraan dienstbaar zijn'. Hieruit volgt naar het oordeel van de Hoge Raad dat analyse en testen onder de werkingssfeerbepalingen die hier aan de orde zijn vallen omdat die dienstbaar aan en onmisbaar zijn voor reparatie en onderhoud.

Rechtbank Noord-Nederland oordeelde op 4 september 2018 (ECLI:NL:RBNNE:2018:4354) over een geschil tussen een takel- en bergingsbedrijf en het Bedrijfstakingpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg (hierna: 'Bpf Vervoer'). Waar het om draaide, was de vraag of takelen en bergen vallen onder de verplichtstelling van Bpf Vervoer en SOOB<sup>19</sup> of onder PMT en cao-MT. Takelen en bergen behelzen zowel enig vervoer als reparatiewerkzaamheden van voertuigen zodat beide werkingssferen in beginsel een rol kunnen spelen. Daarbij was van belang dat sociale partners deze onduidelijkheid al onderkennen en al eerder in een convenant een regeling troffen om ongecoördineerde aansluitingen (bijvoorbeeld aansluiting bij Bpf Vervoer en bij cao-MT) te voorkomen. Ze maakten de afspraak om de verplichtstelling van PMT uit te breiden met takelen en bergen. De kantonrechter oordeelde eerder in een tussenvonnis<sup>20</sup> dat het convenant hier gold en dat sprake was van een onvoorziene situatie waarover volgens het convenant een overleg-

commissie diende te oordelen. Deze overlegcommissie werd aangesteld als deskundige in de procedure. Naar het oordeel van de overlegcommissie was evident sprake van een aansluitplicht bij Bpf Vervoer omdat het ging om vervoer bij takelen en bergen. De kantonrechter oordeelde uiteindelijk dat volgens de bedoeling van het convenant takelen en bergen onder PMT vallen en achtte de beoordeling in het deskundigenbericht daarom onaanvaard en schoof die terzijde. De kantonrechter verklaarde uiteindelijk voor recht dat het takel- en bergingsbedrijf niet verplicht was tot aansluiting bij Bpf Vervoer en SOOB. Tevens oordeelde de kantonrechter dat Bpf Vervoer en SOOB aansprakelijk waren voor de schade van de werkgever door hun opstelling.<sup>21</sup> Een andere interessante uitspraak van Rechtbank Amsterdam op 26 november 2018 (ECLI:NL:RBAMS:2018:8399) betrefte de vraag of een onderneming gespecialiseerd in brandbeveiliging en preventie onder de werkingssfeer van Bpf Bouw en cao-regelingen valt. APG (de administrateur van Bpf Bouw) oordeelde in een werkingssfeeronderzoek dat door de onderneming meer dan 50 procent van de omzet in de bouwnijverheid werd behaald. Op grond hiervan oordeelde de Commissie Werkingssfeer<sup>22</sup> tot verplichte aansluiting van de werkgever. De werkgever stelde zich op het standpunt dat hij niet tot de bouwnijverheid behoorde, omdat de bedrijfsactiviteit bestond uit bescherming van bestaande bouwwerken tegen (de gevolgen van) brand en slechts een ondergeschikt deel van de werkzaamheden betrekking had op de uitvoering van bouwkundige verbeteringen. De kantonrechter veroorloofde zich eerst de vrijheid op te merken dat de werkingssfeer als opgenomen in de cao's en het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw bijna onleesbaar is door de vele wijzigingen, uitzonderingen, en uitzonderingen op uitzonderingen. Hij overwoog dat de fondsen die zich op de rechts-

gevolgen van hun stellingen beroepen ook de bewijslast daarvan dragen. De fondsen beriepen zich op het werkingssfeeronderzoek van APG en het standpunt dat een uitzondering van de verplichtingen alleen van toepassing is als aansluiting geldt bij een andere cao of pensioenfonds. De kantonrechter oordeelde dat deze stelling niet volgde bij uitleg van de documenten volgens de cao-norm, dat het werkingssfeeronderzoek van APG niet onafhankelijk was en uitging van naar een deel van de loonsom afgeleide omzet, terwijl het aankomt op de door de werknemers bestede uren aan activiteiten die vallen onder de werkingssfeer. Geoordeeld werd dat de activiteiten per saldo niet onder de werkingssferen van de fondsen vielen, ook al viel de werkgever (mogelijk) niet onder een ander fonds.

### Foutherstel en informatieplichten

Een pensioenfonds heeft de verplichting om de deelnemer van juiste en volledige informatie te voorzien. Een pensioenfonds komt deze verplichting niet na als een onjuiste pensioenberekening of pensioenopgave wordt verstrekt aan een deelnemer. Een deelnemer zou dan recht kunnen hebben op een vergoeding van de schade. De lijn in de jurisprudentie rond de mogelijkheid tot het herstellen van fouten door een pensioenfonds met betrekking tot pensioenaanspraken c.q. pensioenuitkeringen is echter dat het pensioenreglement in beginsel leidend is en niet eventuele andere (onjuiste) uitingen. Het verstrekken van onjuiste informatie door een pensioenfonds over die pensioenaanspraken leidt in beginsel dan ook niet tot bovenreglementaire rechten. Dat betekent echter niet dat een pensioenfonds zonder meer 'ongestraft' onjuiste informatie kan verstrekken, want dat kan onrechtmatig zijn zodat het pensioenfonds een schadevergoedingsplicht heeft. Zeer geregeld worden over deze kwesties dan ook procedures gevoerd.

In Gerechtshof Den Haag 9 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1, kwam de gebondenheid van een pensioenfonds aan een VUT-pensioenberekening aan de orde. Het hof oordeelde dat een pensioenberekening niet geldt als een toekenning van pensioenaanspraken, maar slechts als een administratieve handeling, zodat geen beroep op het vertrouwensbeginsel (art. 3:35 BW) mogelijk is. Weliswaar vond het hof dat de pensioenuitvoerder was tekortgeschoten omdat geen juiste en volledige informatie werd verstrekt, maar omdat wel juiste pensioenaanspraken werden toegekend, leed betrokkene geen schade. Dit werd overigens niet anders door het feit dat zijn ex-partner daardoor op grond van pensioenverevening een groter deel van zijn pensioen toekwam en betrokkene bij een hypotheekaanvraag van onjuiste informatie was uitgegaan. Hier volgde het hof de leer dat het pensioenreglement doorslaggevend is, niet flankerende informatie.

In HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:301, *PJ 2018/62*, was in geschil de vraag of sprake was van een juiste toepassing van het pensioenreglement met betrekking tot het hantieren van omrekenfactoren bij uitstel van de pensioendatum. Bij uitstel van de pensioendatum hanteerde het bestuur (na advies van de actuaris) vastgestelde omrekenfactoren op grond waarvan op de uitgestelde pensioeningangsdatum de pensioenhoogte wordt bepaald. Het bestuur bepaalde elk jaar de omrekenfactoren voor dat jaar. Volgens het Gerechtshof Amsterdam (Gerechtshof Amsterdam 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3246) was dit een werkwijze in overeenstemming met het pensioenreglement en was er geen sprake van een onaanvaardbaar rechtsgevolg dat dan pas op de pensioeningangsdatum de werkelijke hoogte van het pensioen vaststaat. Een pensioenfonds heeft, ook achteraf, beleidsvrijheid bij het interpreteren van het pensioenreglement.<sup>23</sup>

De Hoge Raad verklaarde zonder nadere motivering op grond van artikel 81 RO de cassatieklachten ongegrond.

Ook in Gerechtshof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1254, werd geoordeeld dat een pensioengerechtigde geen rechtens te beschermen vertrouwen kon ontlenen aan uitingen van een pensioenfonds. De pensioengerechtigde kon geen aanspraak maken op een hoger invaliditeitspensioen op grond van een uiting op de website van het pensioenfonds en een mededeling van een medewerker van het pensioenfonds dat zijn pensioen zou afwijken van het pensioen waarop hij reglementair recht zou hebben. De bedoelde uitingen waren onvoldoende concreet en de vorderingen onvoldoende gesubstantieerd. Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde op 19 juni 2018 (ECLI:NL:GHSHE:2018:2680) dat het ABP bevoegd was om, ondanks onjuiste, althans onduidelijke, informatie de pensioenknp toe te passen in het kader van overgang naar een gewijzigde pensioenregeling. Volgens het hof konden aan onjuiste, althans onduidelijke, informatie geen van het pensioenreglement afwijkende pensioenrechten worden ontleend. De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 augustus 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:7348) is een goed voorbeeld dat in sommige gevallen een deelnemer juist wél gerechtvaardigd mocht vertrouwen op uitingen van een pensioenfonds. Een deelnemer had het pensioenfonds verzocht om berekeningen te maken om te kunnen onderzoeken of vroegpensioen voor hem, gelet op zijn leeftijd en arbeidsongeschiktheid, een goede optie kon zijn. Het pensioenfonds verstreekte de deelnemer tot tweemaal toe foutieve berekeningen die aan het licht kwamen doordat de adviseur van de deelnemer grote twijfel uitte bij de juistheid van de berekeningen van het pensioenfonds. Het pensioenfonds bevestigde echter zonder voorbehoud

dat de berekende aanspraak juist was en onderbouwde dat antwoord ook inhoudelijk. De deelnemer had vervolgens zijn vroegpensioen aangevraagd op basis van deze opgave van het pensioenfonds en dit ook uitdrukkelijk aangegeven op het aanvraagformulier. Het hof overwoog dat hoewel het pensioenreglement leidend is en herstel van fouten door de pensioenuitvoerder om die reden mogelijk is, dit onverlet laat dat de gemaakte fout tot schade bij de deelnemer kon leiden en dat de uitvoerder voor het ontstaan en het vergoeden daarvan onder omstandigheden aansprakelijk kan zijn. In de onderhavige kwestie overwoog het hof ook dat als een pensioenfonds volhardt in een gemaakte fout en deze ook nog eens onderbouwt met een motivering waarom de opgave ondanks de gerezen (en geuite) twijfels toch correct zou zijn, de deelnemer op die ondubbelzinnige mededeling mag vertrouwen. Het pensioenfonds had door het (herhaald) verstrekken van onjuiste informatie en het volharden daarin, onrechtmatig gehandeld jegens de deelnemer en diende daardoor geleden schade te vergoeden. Door de fout was de deelnemer de keuze ontnomen om dat af te wegen tegen de (wel juiste) financiële consequenties van uitdiensttreding en het ontvangen van vroegpensioen.

### Vrijstelling van verplichte deelneming

Op basis van het Vrijstellings- en boetesluit Wet Bpf 2000 kan een werkgever op verschillende gronden een vrijstelling van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds aanvragen. Dat kan de werkgever volgens genoemd besluit doen 'voor alle werknemers of een deel van de werknemers'. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde op 15 januari 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:22) over een vrijstellingsverzoek dat een werkgever had ingediend voor slechts één van zijn werknemers. De werkgever betoogde dat de aanvraag was voor

vrijstelling voor een (uit één persoon bestaand) deel van zijn werknemers. Dat betoog ging niet op, omdat naar het oordeel van het College uit het vrijstellingsverzoek bleek dat het om een op een bepaalde persoon toegespitst verzoek ging. Nu het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 niet de mogelijkheid van een individuele vrijstelling biedt, had het betreffende bedrijfstakpensioenfonds het vrijstellingsverzoek naar het oordeel van het College terecht afgewezen. Interessant aan deze uitspraak is dat het College de mogelijkheid openlaat dat op grond van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, vrijstelling voor één enkele werknemer wordt verleend. Dan gaat het om de situatie waarin die ene werknemer, anders dan in de situatie die bij het College voorlag, kan worden aangemerkt als een (uit één persoon bestaand) deel van de werknemers.

### PENSIOEN EN SCHEIDING

In verband met een internationale echtscheiding waarop het Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing was, kreeg de Hoge Raad te oordelen over de vraag of de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet WVPS) van toepassing is op (onder andere) zogeheten 401(k)-plannen uit hoofde van dienstverbanden in de Verenigde Staten (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1219). Het oordeel van de Hoge Raad hield in dat een buitenlandse pensioenregeling onder het toepassingsbereik van de WVPS valt als die buitenlandse pensioenregeling gelijkwaardig is aan een Nederlandse pensioenregeling. Gelet op het doel van de WVPS en de daarmee strokende, ruime omschrijving van het begrip 'pensioen', oordeelt de Hoge Raad dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van die gelijkwaardigheid dat beslissend is of de buitenlandse pensioenregeling in de context van het maatschappelijke leven in het desbetreffende land een functie

vervult die in voldoende mate overeenstemt met de functie van Nederlandse pensioenregelingen waarop de WVPS van toepassing is, te weten: de functie van oudedagsvoorziening. Het oordeel van de Hoge Raad houdt in dat een buitenlandse pensioenregeling in de praktijk in veel gevallen onder het toepassingsbereik van de WVPS valt. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat de 401(k)-plannen onder het toepassingsbereik van de WVPS vallen in stand. Zij dienen dus conform de WVPS te worden verevend.<sup>24</sup>

In een arrest van 13 juli 2018 (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1180) oordeelde de Hoge Raad over de kwestie of een man een vergoedingsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap heeft, nu de afkoopsom voor door hem opgebouwde pensioenen is geïnvesteerd in een huis dat in de huwelijksgoederengemeenschap valt. De ex-partners waren, met een tussenpoos van een kleine zes jaar, twee keer met elkaar gehuwd geweest in algehele gemeenschap van goederen. De man had het pensioen dat hij in die kleine zes jaar had opgebouwd aan hem doen afkopen. De afkoopsom was gebruikt voor de aankoop van een huis in Frankrijk, dat gemeenschappelijk eigendom was van de man en de vrouw. De Hoge Raad oordeelde dat de man een vergoedingsrecht op de huwelijksgoederengemeenschap had. De Hoge Raad overwoog dat het strookt met (de ratio van) de WVPS om afgekochte en niet afgekochte pensioenen bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap op zo veel mogelijk gelijke wijze in aanmerking te nemen. Als de man de pensioenen niet zou hebben afgekocht, zouden zij *niet* in de huwelijksgoederengemeenschap zijn gevallen omdat het pensioenrechten betreft waarop de WVPS van toepassing is (artikel 1:94 lid 2, aanhef en onder b, BW). En volgens de WVPS zouden die pensioenen *niet* zijn

verevend omdat zij niet tijdens het huwelijk waren opgebouwd (art. 2 lid 1 WVPS). De afkoopsom diende, gelet op herkomst en bestemming van de afkoopsom, volgens de Hoge Raad te worden aangemerkt als privévermogen. De man had daarom voor dat bedrag een vergoedingsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap. Rechtbank Amsterdam (31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1755) kreeg te oordelen over een situatie waarin de ex-partner van een directeur-groootaandeelhouder weigerde in te stemmen met afwaardering van het in eigen beheer opgebouwde pensioen en omzetting van dat pensioen in een oudedagsvoorziening (ODV). De ex-partner blokkeerde daarmee de door de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer<sup>25</sup> geboden keuzemogelijkheden

Ik lever maatwerk!  
Tyd voor de ultieme  
pensioenknip!



voor de directeur-groootaandeelhouder. De rechtbank oordeelde dat de ex-partner in de betreffende situatie verplicht was zijn medewerking te verlenen, gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, waaronder de postsolidariteitsgedachte (postrelationele solidariteit). De overwegingen van de rechtbank houden onder meer in dat als geen gebruik zou worden gemaakt van de mogelijkheden van

de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer, waardoor het fiscale regime zoals dat voor 1 januari 2017 gold van toepassing zou blijven, de aan de ex-partner te betalen alimentatie om verschillende redenen lager zou moeten uitpakken.<sup>26</sup> Net zoals Rechtbank Amsterdam in deze uitspraak, legde ook Hof Den Haag een verband tussen een dekkingstekort bij pensioen in eigen beheer en de hoogte van de alimentatie (Gerechtshof Den Haag 10 oktober

2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2664). Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat een latente belastingclaim op de directeur-groootaandeelhouder in verband met een dekkingstekort voor rekening en risico van de directeur-groootaandeelhouder diende te blijven en dat de ex-partner niet in die eventuele fiscale last behoeft te delen in het kader van verdeling van de huwelijks-goederengemeenschap (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3371).

## NOTEN

- 1 Voor de gevolgen voor pensioenuitvoerders van de invoering van de AVG sinds 25 mei 2018 zij gewezen op I. de Somviele, R. Veugelers en P. Nabben, 'De AVG: one size fits all, ook voor België en Nederland?', *Pensioen Magazine* juni/juli 2018, p. 6-11.
- 2 Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/50/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers tussen de lidstaten door het verbeteren van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten (Pb EU 2014, L 128), *Staatsblad* 2018, 229 (*Kamerstukken* 34 933).
- 3 Die overigens wat pensioen betreft geen 'portability' kent omdat de richtlijn internationale waardeoverdracht tussen EU-lidstaten niet regelt. De richtlijn voorziet slechts in regelgeving rond behoud van aanspraken.
- 4 Zie voor achtergrondinformatie W.P.M. Thijssen, 'Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen', *Nederlands Juristenblad* 2014, afl. 39, p. 2764-2773 en de uitvoerige annotatie van W.P.M. Thijssen in 'PensioenJurisprudentie bij Gerecht in eerste aanleg van Curaçao', 4 juli 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:160; *Pf* 2018/128.
- 5 Zie nader A.J.A.D. van den Hurk, 'Nieuw wettelijk raamwerk voor herstel en afwikkeling van verzekeraars', *Pensioen Magazine* 2018, nr. 5, p. 16-20.
- 6 Behandeld in de Kroniek Pensioenrecht opgenomen in *Advocatenblad* 2018/4, p. 79 e.v.
- 7 De Wet op het financieel toezicht in verband met de implementatie van Richtlijn 2016/2341/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV's) (Pb EU 2016, L 354).
- 8 Zie voor achtergrondinformatie S. Swaak, 'Sleutelfuncties IORP II: lust of last?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2018/21.
- 9 Vergelijkbare regelingen zijn voorzien in de Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- 10 Zie voor achtergrondinformatie R.M.J.M. de Greef en M. Grashoff, 'Collectieve waardeoverdracht: over de grens?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2019/4.
- 11 Een soortgelijke regeling wordt voorgesteld voor beroepspensioenfondsen.
- 12 Zie artikel 140, lid 1 Pensioenwet en artikel 135 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- 13 Het betreft een voorstel tot wijziging van artikel 126 Pensioenwet en artikel 121 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- 14 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. Nr. L 303 van 2 december 2000, p. 16-22.
- 15 Vgl. voor het huidige recht artikel 10 Pensioenwet waarin de drie mogelijke karakters voor pensioenovereenkomsten zijn weergegeven.
- 16 Circulaire van 20 december 2000 van de toenmalige Pensioen- en Verzekeringskamer.
- 17 Appellant beriep zich op een brief van de toenmalige Pensioen- en Verzekeringskamer van 8 september 2004 waarin ten aanzien van streefregelingen het standpunt werd ingenomen dat het doelvermogen gebaseerd mag worden op een hogere rente dan de actuele marktrente.
- 18 Vo (EG) Nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst.
- 19 SOOB is een opleidingsfonds in de bedrijfstak vervoer.
- 20 Rechtbank Noord-Nederland 27 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5887.
- 21 Opgemerkt zij dat de auteur van dit onderdeel van deze Kroniek en een van de andere auteurs als advocaten bij deze zaak waren betrokken en dat hoger beroep lopend is.
- 22 De Commissie Werkingssfeer is volgens de cao voor de bouwnijverheid belast met het toezicht op werkingssfeeronderzoeken.
- 23 Opgemerkt zij dat een andere auteur dan de auteur van dit gedeelte van deze Kroniek als advocaat bij deze zaak was betrokken.
- 24 Voor de goede orde zij opgemerkt dat een van de bij deze Kroniek betrokken auteurs (niet de auteur van deze tekst) als advocaat bij de procedure was betrokken.
- 25 Voluit: de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige pensioenmaatregelen van 8 maart 2017, *Stbl.* 2017, 115.
- 26 Voor achtergrondinformatie wordt verwezen naar W.P.M. Thijssen, 'DGA, pensioen in eigen beheer, "verboden" alimentatie en de rekening-courant', deel 1 (*EB* 2018/5) en deel 2 (*EB* 2018/14).