

# Pensioenbalie

Stuudiemiddag



**DROMEN  
DENKEN  
DOEN**



**HERMANS & PARTNERS**  
ACCOUNTANTS EN ADVISEURS

# Actuele rechtspraak

Vandaag komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- Streefregelingen
- Verhouding informatie werkgever en pensioenfonds
- Aftoppingsregeling in afvloeiingsregeling
- Corona-uitspraak (betaling pensioenpremie)
- Uitleg verplichtstellingsbesluit PME
- Uitleg pensioenontslagbeding
- Medezeggenschap
- Verplichte pensioenfondsen; reikwijdte van verplichtstelling

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9674

Bij de werkgever die in deze zaak in rechte was betrokken gold een pensioenovereenkomst van het type streefregeling die op grond van toepassing van de PSW-2000 en de Circulaire van de Pensioen- en Verzekeringskamer van december 2000 fiscaal bovenmatig dreigde te worden. De werkgever had de streefregeling eenzijdig, op basis van een voorstel van de pensioenuitvoerder, omgezet in een premieovereenkomst. Omdat de pensioenovereenkomst van de werknemer geen eenzijdig wijzigingsbeding inhield, was eenzijdige omzetting van de streefregeling in een premieovereenkomst niet mogelijk maar diende in beginsel overeenstemming over wijziging van de pensioenregeling te worden bereikt. Toepassing van de Stoof-Mammoet leer uit HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, ondanks het feit dat de pensioenovereenkomst gesloten was voor de datum van dat arrest. Indien het wijzigingsvoorstel van de werkgever op zichzelf redelijk zou zijn geweest, maar de werknemer het desondanks zou hebben afgewezen, komt een nakomingsvordering in beginsel voor toewijzing in aanmerking, tenzij dat tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg zou leiden. In deze zaak werd echter geoordeeld dat het voorstel van de werkgever tot omzetting van de streefregeling in een premieovereenkomst zonder toekenning van compensatie voor het verschuiven van de risico's van de werkgever naar de werknemer geen redelijk voorstel was. Werkgever verplicht tot betaling van schadevergoeding.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9674

**Annotatie:** in de praktijk zijn veel streefregelingen waarvoor sedert 2000 de jaarlijkse affinancieringsplicht ging gelden (op grond van de PSW-2000; met de verplichting tot inhaalfinanciering in 10 jaar voor de backservice, althans bij financiering op basis van stortingskoopsommen) geruisloos omgezet in premieovereenkomsten. Dergelijke omzettingen kunnen tot compensatieclaims leiden. De bedoelde circulaire van de Verzekeringskamer is de circulaire inzake Toezicht op rechtstreeks verzekerde regelingen van 20 december 2000, nr. 1.10/2000-1250. Zie ook de brief van de Pensioen- en Verzekeringskamer van 8 september 2004 aan het Verbond van Verzekeraars met kenmerk Tp/GvdD/2004/02750 over de toepassing van het gebod tot evenredige opbouw en financiering van (destijds) art. 7a PSW (momenteel art. 17 Pensioenwet). Interessant en ook juist is voorts het oordeel dat rechterlijke uitspraken uit hun aard ook voor het verleden gelden voor zover wetgeving wordt uitgelegd. Een bekende uitzondering op die regel vormt HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271 inzake Boon/Van Loon (het pensioenverrekeningsarrest), waarin de Hoge Raad overgangsrecht formuleerde.

# Rechtbank Midden-Nederland 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4695

Saldo op pensioenbeleggingsrekening bij ondernemingspensioenfonds (Rabobank) na uitdiensttreding conform pensioenreglement omgezet in pensioenaanspraken; eiser wenste het saldo aan te houden tot zijn pensioendatum om eventueel van zijn verondersteld shoprecht gebruik te kunnen maken; pensioenreglement gaat voor onjuiste informatie die bovendien niet van het pensioenfonds zelf afkomstig was; daarom geen sprake van onrechtmatige daad omdat geen sprake was van onrechtmatig handelen door het pensioenfonds; ook omdat een toekomstige mogelijke schade niet als schade geldt in het kader van de onrechtmatige daad was de vordering gegrond op onrechtmatige daad niet toewijsbaar. Eiser wegens dynamisch incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst gebonden aan het pensioenreglement van het pensioenfonds. Hoewel in het algemeen de informatieplicht van het pensioenfonds zwaarder moet wegen dan de onderzoeksplicht van de werknemer, werd de toets niet uitgevoerd omdat geen sprake was van schade.

# Rechtbank Midden-Nederland 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4695

**Annotatie:** in deze zaak wordt een duidelijk en praktisch toetskader gehanteerd voor beantwoording van de vraag of het pensioenfonds een informatieplicht schendt: het pensioenreglement gaat vóór onjuiste informatie, in elk geval wanneer, zoals in deze zaak, die informatie niet van het pensioenfonds zelf afkomstig was. Ik neem aan dat deze overweging moet worden geplaatst in het kader van toetsing aan art. 6:2, lid 1 BW (crediteur en debiteur behoren zich jegens elkaar conform de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen). Vgl. de bijzondere regeling in deze lijn van art. 7:611 BW, inhoudend dat werkgever en werknemer zich jegens elkaar als goed werkgever respectievelijk als goed werknemer dienen te gedragen. Dat het pensioenreglement vóór onjuiste informatie gaat is de vaste lijn in de rechtspraak (zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:76 waarin aldus werd geoordeeld, op grond van het argument dat met het verstrekken van informatie niet wordt beoogd een rechtshandeling te verrichten, zoals het doen van een aanbod dat door aanvaarding tot een van het pensioenreglement van het pensioenfonds afwijkende rechtsverhouding zou leiden indien de verstrekte informatie onjuist is). Onomstreden is deze strikte leer inmiddels niet meer gezien de aangenomen motie van het Tweede Kamerlid Omtzigt waarin werd opgeroepen dat wettelijk zou moeten worden vastgelegd dat verzekerden afdwingbare rechten aan uniforme pensioenoverzichten kunnen ontlenen (motie van 6 maart 2019, Kamerstukken II 2018-2019, 32 043, nr. 450). Overigens zou een dergelijke wettelijke regeling geen impact hebben voor foutieve informatie van derden, zoals in deze zaak aan de orde was.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- **Toetsingskader/objectieve uitleg:** voor de uitleg van de afvloeiingsregeling geldt de zogenoemde cao-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie onder meer HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR 2018:678).

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- **Aftoppingsregeling:** *de hoogte van de beëindigingsvergoeding wordt afgetopt op het inkomen dat de werknemer verdiend zou hebben als hij tot 65 jaar was blijven werken.*
- **Uitleg aftoppingsregeling:** duidelijk blijkt uit de tekst dat deze is gemaximeerd op het inkomen dat bij voortduring van het dienstverband had kunnen verworven tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. De tekst geeft geen aanknopingspunt voor uitleg inhoudend dat de AOW-leeftijd van betrokkenen doorslaggevend zou zijn.



# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

**Leeftijdsonderscheid:** de aftoppingsregeling maakt onmiskenbaar onderscheid naar leeftijd in de zin van artikel 3 onder c en e WGBLA. Oudere werknemers worden zwaarder getroffen dan jongere door de aftopping van de beëindigingsvergoeding.

### Objectieve rechtvaardiging:

- *criterium voor aanwezigheid daarvan:* Hoge Raad van 24 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:114). Daaruit blijkt, samengevat, dat de WGBLA moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de Richtlijn 2000/78/EG, die beoogt een algemeen kader te scheppen om voor eenieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te waarborgen door eenieder effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van (in dit geval) leeftijd. In de artikelen 3 en 7 WGBLA is het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het aangaan van arbeidsvoorwaarden verboden tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.
- Geen individuele toetsing: De Hoge Raad heeft op de prejudiciële vraag of individuele toetsing moest plaatsvinden bij de beantwoording van de vraag of een regeling strijdig is met artikel 6 lid 1 van de Richtlijn 2000/78/EG inmiddels ontkennend geantwoord (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651).

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- *Legitiem doel*: het doel van de aftoppingsregeling (redelijke verdeling van de beperkte financiële middelen voor de collectieve afvloeiingsregeling, voorkomen dat werknemers die afvloeien in een betere positie komen dan werknemers die doorwerken en voorkomen dat de regeling leidt tot vermogensvorming) werd legitiem beoordeeld, mede in verband met het feit dat tegen het standpunt van de werkgever dat sprake was van een legitiem doel onvoldoende verweer was gevoerd.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- *Passend middel*: de aftopping werd passend geoordeeld om het gestelde doel te bereiken, ondanks het feit dat voor een significant deel van de werknemers een lagere pensioenleeftijd gold dan 65, waardoor cumulatie van pensioen met de uitkering uit hoofde van de afvloeiingsregeling zou kunnen voorkomen.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- *Noodzakelijk middel*: ondanks het feit dat het pensioen eerder kan ingaan dan vanaf leeftijd 65, zodat cumulatie van pensioen met de uitkering uit hoofde van de afvloeiingsregeling kan voorkomen, gold de aftoppingsregeling als noodzakelijk middel om het gestelde doel te bereiken omdat de pensioendatum binnen in de pensioenregeling aangegeven grenzen zelfstandig kan worden bepaald, het pensioen lager is als het vroeger ingaat en de regeling voor pensioenvervroeging berustte op extra middelen die de werkgever in het verleden beschikbaar had gesteld om vervroegde uittreding te stimuleren.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9672

## Leeftijdsonderscheid bij aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd?

- **Annotatie:** deze zaak betrof de Rabobank. De uitspraak ligt in lijn van eerdere uitspraken in zaken tegen ABN-AMRO. Zie HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114. Kennelijk strandde in deze zaak de aftoppingsregeling niet op de mogelijkheid van cumulatie van vroegpensioen en de uitkering uit hoofde van de afvloeiingsregeling, omdat het vroegpensioen berustte op een eerdere regeling voor het stimuleren van vrijwillige vervroegde uittreding door het ouderdomspensioen vervroegd te laten ingaan tegen compensatie door middel van pensioenverhoging.

# Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 21 oktober 2020, ECLI:NL:OGEEAA:2020:485

Nadat het loon van werknemer aanvankelijk was verlaagd in verband met de bedrijfseconomische gevolgen voor de werkgever van de Corona-pandemie, wijzigt de werkgever later eenzijdig de arbeidsovereenkomst van de werknemer in een nul-urencontract. Beoordeling volgens de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf in zijn arrest van 11 juli 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BD1847; Mammoet/Stoof). Kort gezegd komt die maatstaf erop neer dat gewijzigde omstandigheden aanleiding kunnen zijn voor een aanpassing van de individuele arbeidsrelatie, indien: (i) de werkgever als goed werkgever in die gewijzigde omstandigheden aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de overeenkomst; (ii) het door de werkgever gedane voorstel redelijk is en (iii) aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Daarvan was in deze zaak geen sprake omdat de werkgever loonkostensubsidie ontving, niet alleen voor het loon maar ook voor de werkgeverslasten zoals af te dragen pensioenpremie. Het betrof een werkgever in de luchtvaart. Zie ook Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 21 oktober 2020, ECLI:NL:OGEEAA:2020:486 en 487.

# Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 21 oktober 2020, ECLI:NL:OGEEAA:2020:485

**Annotatie:** een Arubaanse Corona-uitspraak. Opvallend is dat de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden aan de hand van het Stoof/Mammoet-criterium werd beoordeeld. Kennelijk ontbrak in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding, zodat de beoordelingsmaatstaf van HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869 niet kon worden toegepast. Uit bijvoorbeeld Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 8 september 2015, ECLI:NL:OGEEAA:2015:290 blijkt dat het leerstuk van het eenzijdig wijzigingsbeding wel onderdeel uitmaakt van het Arubaanse arbeidsrecht.

# Rechtbank Oost-Brabant 6 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:703

Toepassing Vector-arrest en Adimec-arrest. Partijen houdt verdeeld hoe de restrictie volgens uit het “*ten dienste van*”-criterium uit deze arresten moet worden uitgelegd. Naar het oordeel van de Kantonrechter brengt een redelijke uitleg van deze restrictie mee, mede gelet op en in samenhang gelezen met het gebruik van de woorden “indien en voor zover”, dat wanneer de R&D-activiteit van een onderneming leidt tot de productie door die onderneming van het door haar ontwikkelde ontwerp, de aan het R&D-traject bestede arbeidsuren volledig kwalificeren (en meetellen) als specifieke Metalektro-activiteit. De Kantonrechter volgt de werkgever (Prodrive) dus niet in haar stelling dat “ten dienste van” betekent dat sprake moet zijn van ondergeschiktheid. Gelet op de gebruikte bewoordingen in de punten 4 en 5 van het verplichtstellingsbesluit, moet ervan uitgegaan worden dat wanneer bedoeld was dat sprake moet zijn van “ondergeschiktheid” gekozen was voor het gebruik van het woord “ondersteunend”. Het gebruik van “ten dienste van” lijkt hier eerder synoniem te zijn aan het in die leden gebruikte “ten behoeve van”. Deze uitleg heeft ook niet tot gevolg, zoals Prodrive nog tegenwerpt, dat op die manier R&D feitelijk altijd meetelt bij de toepassing van het hoofdzakelijkheidscriterium. Wanneer binnen een onderneming sprake is van een zelfstandige bedrijfsactiviteit R&D en een zelfstandige bedrijfsactiviteit productie, in de zin van Metalektro, gelden de aan R&D bestede arbeidsuren immers alleen als specifieke Metalektro-activiteit wanneer de R&D-activiteiten ook daadwerkelijk leiden tot de productie van het in het R&D-traject ontwikkelde ontwerp door die onderneming. Wanneer dat niet het geval is, moet worden aangenomen dat R&D als “andere ondernemingsactiviteit” kwalificeert, met als gevolg dat de hieraan bestede arbeidsuren niet meetellen, ook niet naar evenredigheid, bij de toepassing van het hoofdzakelijkheidscriterium.



# Rechtbank Oost-Brabant 6 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:703

**Annotatie:** mij lijkt dat als “ezelsbruggetje” voor het toerekeningscriterium de vraag kan worden beantwoord of de R&D-activiteiten in beginsel ook als zelfstandige economisch en organisatorische eenheid, los van de onderneming waarbinnen deze activiteiten plaatsvinden, zouden kunnen bestaan. Anders gezegd: indien de R&D-activiteiten na outsourcing als economisch en organisatorisch zelfstandige bedrijfsactiviteit zouden kunnen bestaan, behoeven deze niet te worden toegerekend aan de onder PME vallende productieactiviteiten. Zie de arresten van de Hoge Raad inzake *Vector* (HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889; toerekening) en *Adimec* (HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215; geen toerekening). Uit het *Adimec*-arrest volgde dat de aan R&D bestede uren niet dienstbaar zijn aan het be- en/of verwerken van metalen wanneer wordt vastgesteld dat R&D juist tot de kern en het zwaartepunt van de bedrijfsactiviteiten hoort, zelfs in het geval dat met die “kernactiviteit” geen omzet wordt gegenereerd en de kosten daarvan worden verdisconteerd in het eindproduct (dat in die casus wel viel onder het be- en verwerken van metalen).

# Gerechtshof Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3239

Uitleg van het in het kader van een pensioenontslagbeding in een arbeidsovereenkomst gehanteerde begrip “pensioengerechtigde leeftijd” op basis van Haviltex-uitleg (met dien verstande dat partijen over deze uitlegmethoediek geen geschil hadden) moet leiden tot een uitleg die er toe leidt dat de pensioendatum niet eenzijdig door één van de partijen zou kunnen worden beïnvloed; daarom werd geoordeeld dat de AOW-gerechtigde leeftijd moest zijn bedoeld. Geen aansluiting bij de mogelijkheid van pensioenvervroeging en pensioenuitstel volgens de fiscale mogelijkheden daartoe volgens het actuele pensioenreglement, omdat keuzemogelijkheden voor de werknemer ten aanzien van pensioeningang niet (mede) bepalend zijn voor de datum van het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Geen aansluiting bij oud pensioenreglement met pensioenrichtleeftijd 62, omdat in het algemeen geldt dat een pensioenreglement niet bepalend is voor de uitleg van een arbeidsovereenkomst.

# Gerechtshof Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3239

**Annotatie:** het oordeel van het Hof vond zijn basis in de overweging dat de werkgever had gesteld dat partijen zouden hebben beoogd de pensioengerechtigde leeftijd op zodanige wijze te regelen, dat deze niet door één van partijen zou kunnen worden beïnvloed en daarmee objectiveerbaar was. Die stelling werd niet door de werknemer bestreden en daarmee stond dit feitelijk vast. Of deze juridisch geconstrueerde werkelijkheid ook daadwerkelijk de werkelijkheid was, kan niet worden vastgesteld. Juist in die onmogelijkheid ligt de ratio van de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van de feiten (art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Het is maar de vraag of het Hof tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen, indien de werknemer het door de werkgever gestelde had betwist (zonder die betwisting nader feitelijk te onderbouwen met verificatoire bescheiden; een zogenaamde blote betwisting). Het oordeel van het Hof leert voorts ook maar weer eens dat het van belang is arbeidsovereenkomst, pensioenovereenkomst en pensioenreglement naadloos op elkaar te laten aansluiten, wat betekent dat bij wijziging van een pensioenreglement ook de pensioenovereenkomst en/of de arbeidsovereenkomst moeten worden herzien, althans opnieuw moeten worden beoordeeld.

# Rechtbank Noord-Holland 19 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9718

Beroep op nietigheid besluit door OR waarmee OR had ingestemd op grond dat de OR indien de werkgever in het kader van de instemmingsaanvraag juiste en volledige informatie had verstrekt mogelijk instemming met het voorgenomen besluit zou hebben onthouden afgewezen. Het betrof informatie omtrent de indexatieverwachting in een situatie waarin op aandringen van de OR aan de deelnemers aan een pensioenregeling de keuze was geboden tussen overgang naar Pensioenfonds Horeca & Catering of een verzekerde premieregeling. De werkgever had echter geen garantie gegeven (uit de zinssnede “*niemand gaat er op achteruit*” kon geen indexatiegarantie worden gelezen). Het betrof een **advies**plichtig besluit. Het beroep van de OR om reflexwerking toe te kennen aan art. 26, lid 1 WOR voor **instemmings**plichtige besluiten werd afgewezen.

# Rechtbank Noord-Holland 19 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9718

**Annotatie:** art. 26, lid 1 WOR luidt als volgt: *“De ondernemingsraad kan bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer als bedoeld in [artikel 25, vijfde lid](#), hetzij wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad, hetzij wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.”*. Art. 25, lid 5 van de WOR ziet op besluiten waaromtrent een ondernemer advies dient te vragen aan de OR alvorens een voorgenomen besluit in een definitief besluit wordt omgezet. Art. 26, lid 1 van de WOR kan grofweg beschouwd worden beschouwd als een bijzondere regeling voor dwaling door de OR (vgl. art. 6:228v. BW). Art. 27 WOR geeft de ondernemer de mogelijkheid een verzoekschriftprocedure bij de Kantonrechter te voeren voor het verkrijgen van vervangende instemming, indien de OR instemming weigert. De OR kan schriftelijk een beroep op nietigheid doen van een besluit van een ondernemer die een besluit zonder de vereiste instemming van de OR neemt en kan een verzoekschriftprocedure bij de Kantonrechter voeren die er toe strekt dat de Kantonrechter verbiedt dat de ondernemer het nietige besluit niet uitvoert. Art. 27 WOR kent echter geen “dwalingsregeling”. De uitspraak van de rechtbank is voor de rechtsontwikkeling relevant omdat de vraag of via reflexwerking in het kader van instemmingsplichtige besluiten een beroep op de dwalingsregeling van art. 26, lid 1 WOR kan worden gedaan negatief is beantwoord.

# Gerechtshof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384

- Naar Nederlands recht (de Wet Bpf 2000) kan verplichtstelling ook zelfstandigen omvatten;
- Artikel 101, eerste lid VWEU en artikel 6, eerste lid Mw betreffen het mededingingsrechtelijke verbod op kartelvorming. In de zaken *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430; zaak C-219/97, *Drijvende Bokken*, ECLI:EU:C:1999:437; en zaak C-115/97, *Brentjens*, ECLI:EU:C:1999:434) oordeelde het HvJ EU dat verplichte deelneming aan bedrijfstakpensioenfondsen voor werknemers geen kartelvorming en daarmee geen inbreuk op het Europese mededingingsrecht inhoudt;
- De artikelen 102 en 106 VWEU staan er niet aan in de weg dat de overheid een bedrijfstakpensioenfonds een exclusief recht verleent om in een bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren omdat daarmee een dienst van algemeen economisch belang wordt geboden;
- Een verplichtstellingsbesluit dat zich richt op zelfstandigen valt buiten het bereik van art. 16 Mw omdat de “pensioenuitzondering” van dat artikel zich slechts richt op verplicht gestelde pensioenregelingen voor werknemers;
- In *Pavlov*, ECLI:EU:C:2000:428 oordeelde het HvJ dat verplichtstelling van een beroepspensioenregeling voor werknemers behorend tot een bepaalde beroepsgroep niet mogelijk is op grond van een overeenkomst die niet tot stand komt op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties;
- In *FNV Kiem*, ECLI:EU:C:2014:2411 oordeelde het HvJ EU dat indien een werknemersorganisatie mede namens zelfstandigen onderhandelt, de werknemersorganisatie in dat kader als ondernemersvereniging handelt, zodat een overeenkomst strekkend tot verplichte deelneming aan een pensioenregeling niet op basis van onderhandelingen tussen werknemers- en werkgeversorganisaties tot stand komt, maar omdat de werknemersorganisatie als ondernemersvereniging handelt juist wel door het Europeesrechtelijke mededingingsrecht wordt bestreken (art. 101, lid 1 VWEU);
- Indien sprake is van schijnzelfstandigen wordt wel namens werknemers onderhandeld;
- De overeenkomst die ten grondslag ligt aan het Verplichtstellingsbesluit, valt voor zover het zzp-schilders betreft, binnen de werkingssfeer van artikel 101, eerste lid VWEU en artikel 6, eerste lid Mw omdat de werknemersorganisatie die over de overeenkomst onderhandelde als ondernemersorganisatie fungeerde, maar heeft niet de strekking om de mededinging te beperken en heeft ook geen merkbare gevolgen voor de vrije mededinging (te toetsen aan de hand van de uitvoerings- en beleggingskosten, niet aan de hand van de totale premie omdat tegenover de premie na aftrek kosten pensioenaanspraken staan) zodat deze overeenkomst niet in strijd komt met het VWEU;
- Het feit dat zelfstandige schilders die hun diensten vanuit een rechtspersoon aanbieden niet onder de verplichtstelling vallen, maakt niet dat sprake is van verboden discriminatie (de betreffende stelling was niet onderbouwd).

# Gerechtshof Den Haag 22 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2384

- **Annotatie:** de stand van de rechtspraak is na deze uitspraak dat verplichte bedrijfstakpensioenfondsen voor werknemers in loondienst (waaronder begrepen schijnzelfstandigen) weliswaar als “onderneming” gelden voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht, maar geen inbreuk maken op het kartelverbod en de vrije mededinging niet onwettig beperken, omdat met de verplichtstelling een algemeen economisch belang wordt gediend. Zowel de pensioenregeling als de pensioenuitvoerder mogen verplicht worden voorgeschreven. Verplichte pensioenregelingen kunnen ook voor werknemers in dienst van vrije beroepsbeoefenaren worden opgezet, mits de verplichtstelling berust op een overeenkomst tussen werkgevers- en werknemersorganisaties binnen de beroepsgroep (niet op het besluit van een beroepspensioenvereniging). Onduidelijk blijft of ook de pensioenuitvoerder verplicht zou kunnen worden gesteld, omdat deze vraag niet speelt en daarom nimmer aan de rechter is voorgelegd (bij verplichte beroepspensioenregelingen is immers uitsluitend de pensioenregeling verplicht gesteld maar kan de uitvoerder in vrijheid worden gekozen, zij het dat de beroepspensioenregeling voor alle gebonden vrije beroepsbeoefenaren en werknemers bij dezelfde pensioenuitvoerder moet worden ondergebracht). Voor zelfstandigen geldt blijkens deze uitspraak dat ook zij tot aansluiting bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kunnen worden gedwongen, waarbij geldt dat de werknemersorganisatie die hen vertegenwoordigde in dit kader handelde als werkgeversorganisatie (dat geldt kennelijk ook in verband met zelfstandigen zonder personeel). Indien DGA's zijn uitgezonderd leidt dat niet tot verboden onderscheid (vgl. overigens wel HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 inzake Thuiszorg Rotterdam/PGGM, waarin een directeur werkzaam via een management-BV als “gewone” werknemer werd aangemerkt en bij PGGM diende aan te sluiten). Kortom, zowel voor werknemers in loondienst als zelfstandigen die niet als DGA werkzaam zijn kunnen verplichte pensioenregelingen worden opgezet, of binnen het vrije beroep ook de pensioenuitvoerder dwingend kan worden voorgeschreven is niet beslist in de rechtspraak (maar er lijkt geen reden te zijn waarom ook dat niet zou kunnen, als de wetgever dat zou wensen). In het kader van het nieuwe pensioencontract dat voortvloeit uit de Pensioenakkoorden van 2019 en 2020 wordt de kwestie mogelijk weer in de volle breedte opnieuw aan de rechter voorgelegd, omdat de toets of met verplichtstelling van dat nieuwe pensioencontract een algemeen economisch belang wordt gediend dat inbreuk op de vrije mededinging rechtvaardigt opnieuw zal moeten worden uitgevoerd. Getoetst moet worden of de overeenkomst die aan een aanvraag tot verplichtstelling ten grondslag ligt naar de strekking de vrije mededinging beperkt en of die beperking merkbaar effect heeft, en zo ja of daarmee een sociaal belang wordt gediend.

**VRAGEN?**