Actuele pensioenrechtspraak 2022/3

Wim P.M. Thijssen | Woensdag 12 oktober 2022

WThijssen@akd.nl

Telefoon: +31 88 253 55 12 |+31 6 14 22 98 00

Mededelingen vooraf

- De spreker ziet en hoort u niet
- U kunt vragen anoniem stellen via de chat
- De moderator selecteert de vragen
- Overige vragen worden eventueel achteraf per e-mail aan alle deelnemers beantwoord (vraagsteller anoniem)
- Tijdschema: presentatie van 15.00 – 16.00 uur, pauze, presentatie van 16.15 – 17.15 uur
- Na afloop van het Webinar kunt u deze presentatie en het achterliggende studiemateriaal downloaden
- Advocaten kunnen PO-punten aanvragen via events@akd.nl
- U kunt een deelnemingsbevestiging aanvragen via events@akd.nl
- AKD wenst u een nuttig Webinar toe!

Alcatel-Lucent

HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134:

- Alcatel-Lucent was aangesloten bij een ondernemingspensioenfonds (PF Alcatel-Lucent)
- Alcatel-Lucent zegt uitvoeringsovereenkomst op
- … maar voldoet aan alle contractuele verplichtingen (zelfs méér dan dat)
- Desondanks kan sprake zijn van een verplichting tot schadevergoeding
  - ✓ In geval van een leemte in de uitvoeringsovereenkomst

  OF
  - ✓ Gezien de omstandigheid dat een uitvoeringsovereenkomst een duurovereenkomst is en de opzegging daarvan noopt tot betaling van schadevergoeding
- In beide gevallen is sprake van toepassing van het onaanvaardbaarheidsleerstuk (aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid; art. 6:248, lid 1 BW)
- Vordering PF Alcatel-Lucent toegewezen (arrest Hof Den Haag vernietigd); zaak verwezen naar Hof Amsterdam; uiteindelijk geschikt

Pollvraag

Vindt u dat:

A: De uitvoeringsovereenkomst strikt moet worden aangehouden, ook indien dat tot teloorgang van indexatieperspectief en eventueel tot rechtenkortingen leidt (voordeel: duidelijkheid vooraf)

B: De rechter “maatwerk” moet leveren en de verplichtingen van de werkgever uit de uitvoeringsovereenkomst mag aanvullen (voordeel: werknemersbescherming; nadeel: financiële risico’s voor de werkgever uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst niet in te schatten)

Campina (1)

akd benelux lawyers

Achtergrond en verloop van de procedure:

- Campina zegt de uitvoeringsovereenkomst met het eigen ondernemingspensioenfonds (Stichting Pensioenfonds Campina; hierna SPC) ultimo 2014 op
- Campina sluit vanaf 2015 aan bij Bedrijfstakpensioenfonds voor de Zuivel (op grond van CAO; geen verplichtstelling; premieovereenkomst)
- Pensioen van werknemers van de fusiepartner Friesland Foods bleef ondergebracht bij Achmea
- SPC vordert (schade)vergoeding in verband met eindigen uitvoeringsovereenkomst
- Rechtbank Rotterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3875 (vorderingen afgewezen)
- Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (vordering tot schadevergoeding “nader op te maken bij staat” toegewezen)
- PHR 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:259 (AG concludeert tot verwerping van het cassatieberoep)
- HR 16 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1234 (bekrachtiging van het arrest van het Hof)

Campina (2)

Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (**feiten**):

- Gedurende periode 1994-2001 premiekortingen/premierestituties
- Vanaf 2006 overgang van eindloonregeling naar middelloonregeling met voorwaardelijke toeslagverlening
- UVO-2007: tijdelijk aanvullende premie 4% loonsom; tijdelijke herstelpremie 1% VVP
- Toeslagverlening: deelnemers ambitie loonindex; gewezen deelnemers ambitie prijsindex
- Dekkingsgraad < 115% geen toeslagverlening
- Dekkingsgraad > 125% volledig toeslagverlening
- Vanaf 2008 reservetekort (vermogen < VEV) en dekkingstekort (vermogen < MVEV)
- Lange en korte termijn herstelplan; premie tekort voor opvangen stijgende levensverwachting en uitvoeringskosten
- Noot: FTK verplicht niet dat de uitvoeringskosten voor opgebouwde pensioenrechten zijn voorzien; Solvency verplicht dat deze uitvoeringskosten zijn voorzien

Campina (3)

Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (**feiten; vervolg**):

- Vanaf 2009 SPC uitsluitend voor de opbouw van werknemers in dienst ultimo 2008
- Tussenoplossing voor blijvende tekorten:
- opslag premie ter grootte 1% overeengekomen kostendekkende premie en 1% op VVP
- Verschil tussen overeengekomen uitvoeringskosten en werkelijke uitvoeringskosten vergoed
- UVO-2010: bij het eindigen van de UVO zou een vergoeding voor toekomstige uitvoeringskosten worden betaald vastgesteld op basis van bindend advies
- Onderzoek buy out (art. 84 Pensioenwet; onbetaalbaar); carve out (met bijbetaling)
- Opzegging UVO in 2013 per 2015; reservetekort (dekkingsgraad 104.8%; VEV 113,7%)
- VSO: betaling EUR 24,5 miljoen; Campina zag af van vordering op SPC inzake Flexuz-regeling (begroot op EUR 17,5 miljoen)

Campina (4)

Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (**feiten; vervolg**):

- Extra stortingen en depot voor voorwaardelijke toeslagverlening voor de toeslagverlening van actieven verzekerd bij Achmea
- nFTK 2015: dekkingstekort (nominale dekkingsgraad 102,9%; vermogen < VEV) en reservetekort (vermogen < MVEV)
- Geen overeenstemming over vergoeding toekomstige uitvoeringskosten in verband met opzegging
- Bindend advies: geen extra vergoeding voor toekomstige uitvoeringskosten omdat het sluiten van SPC ook een besparing op uitvoeringskosten geeft
- Vordering SPC op Campina tot betaling schadevergoeding in verband met vrees voor achterblijven toeslagverlening op geambieerde toeslagverlening en rechtenkortingen
- Gestelde schade: gemiste bufferopslagen door missen toekomstige premie; defensiever beleggingsbeleid noodzakelijk; verschil in toeslagverlening bij SPC en Achmea
- Vordering tot schadevergoeding gebaseerd op onrechtmatige daad door te handelen in strijd met redelijkheid en billijkheid (opmerking: beter primair onrechtmatige daad; subsidiair redelijkheid en billijkheid als grondslag)

Campina (5)

Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (**uitspraak**):

Kernvraag: is Campina verplicht tot betaling aanvullende vergoeding?

- Hof loopt het Alcatel-Lucent criterium na
- Leemte: Haviltex-uitleg UVO; overeengekomen vergoeding zag uitsluitend op uitvoeringskosten; geen allesomvattende regeling ➔ leemte; uit het feit dat na het sluiten van UVO-2010 een VSO werd gesloten terzake het langlevenrisico en de vroegpensioenregeling blijkt eveneens dat UVO-2010 geen allesomvattende beëindigingsregeling inhield
- Vordering tot betaling extra vergoeding ligt voor toewijzing gereed (aan 2e toetscriterium Alcatel-Lucent niet toegekomen)

Vervolgvraag: is sprake van schade als gevolg van de opzegging?

- Schade: gemiste herstelmogelijkheid uit bufferopslagen in toekomstige premie; bufferopslagen mogen ook worden toegerekend aan inactieven (geen “ringfencing” bufferopslag aan opbouw in het jaar van betaling of iets dergelijks)
- Omstandigheid dat Campina méér premie heeft betaald dan wettelijk verplicht zet de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid niet opzij

Campina (5)

Gerechtshof Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:136 (**uitspraak; vervolg**):

Nopen de omstandigheden van het geval tot een verplichting een aanvullende (schade)vergoeding te betalen?

- Toetsing aan alle omstandigheden van het geval:
  - ✓ De aard van de te wegen belangen
  - ✓ De omstandigheid dat art. 25, lid 1, aanhef en onder h Pensioenwet voor andere pensioenuitvoerders dan een ondernemingspensioenfonds een “evenwichtigheids-exit-bepaling” voorschrijft
  - ✓ Opgelegde maatregelen (herstelplan of een verplichting tot waardeoverdracht is het kader van bestuursdwang)
  - ✓ De verantwoordelijkheid van de werkgever jegens de (gewezen) werknemers
- Hof oordeelt tot (schade)vergoedingsplicht:
  - ✓ Campina als goed werkgever verplicht zich te bekommeren om de geambieerde toeslagverlening (ook jegens inactieven omdat geen sprake is van een uitgewerkte rechtsverhouding; verwijzing naar HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 inzake ECN)
  - ✓ Dit mede omdat voor de actieven verzekerd bij Achmea wel extra stortingen werden gedaan voor continuatie van de geambieerde toeslagverlening
  - ✓ Geen “eigen schuld” SPC omdat SPC de door Campina voorgestelde carve out afwees (marginale toetsing)

Euronext (1)

De HR deed uitspraak, feiten voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad:

- Procedure tussen de Vereniging pensioengerechtigden Euronext Amsterdam (de VPE) en Euronext
- Euronext had haar pensioenovereenkomsten met 4 andere werkgevers ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds (PMA = Pensioenfonds Mercurius Amsterdam)
- PMA kampt met dekkingstekort, Euronext betaalt in het kader van herstel eenmalig EUR 1.360.000 extra en verplicht zich tot betaling van 10% extra premie gedurende de looptijd van het herstelplan
- Euronext betaalt onverplicht EUR 11.759.437
- Desondanks rechtenkorting 3%
- Euronext zegt de uitvoeringsovereenkomst met PMA op en betaalt contractueel verplicht EUR 665.000 aan beëindigingskosten

Euronext (2)

akd benelux lawyers

Gevolgen voor de inactieven ultimo 2013 en de actieven vanaf 2014 voor de opbouw tot 2014 :

- Collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 84 Pensioenwet naar verzekeraar Delta Lloyd
- Korting van 3% met terugwerkende kracht beperkt tot 1,55%
- Nominale rechten

Gevolgen voor de actieven vanaf 2014:

- Opbouw tot 2014 bleef achter bij Delta Lloyd binnen het PMA-contract
- Voor de toekomstige opbouw pensioenovereenkomsten ondergebracht bij Delta Lloyd
- Voorwaardelijke toeslagverlening uit toeslagendepot bij Delta Lloyd (voor actieven ambitie loonindex, voor inactieven de prijsindex)
- Initiële storting in dat depot EUR 1.200.000; jaarlijkse storting EUR 700.000
- Voorwaardelijke toeslagverlening geldt tevens voor opbouw tot 2013 van de vanaf 2014 actieven, ondergebracht op basis van de vanaf 2014 geldende uitvoeringsovereenkomst

Euronext (3)

Even ter herinnering Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:5389 gevolgd door Gerechtshof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:550:

- In het kader van de rechtenkorting bij PMA werden de aangesloten werkgevers in staat gesteld de korting te beperken door onverplichte bijbetaling
- Geen strijd met het verbod op ringfencing:
  - ✓ Omdat de werkgevers verschillende pensioenregelingen lieten uitvoeren door PMA
  - ✓ Afwijkende contractuele of onverplichte bijstortingen niet worden belet door het verbod op ringfencing
- Geen strijd met het evenwichtigheidsbeginsel:
  - ✓ Alle aangesloten werkgevers kregen op gelijke wijze de mogelijkheid onverplicht bij te storten
  - ✓ Geen verplichting voor PMA om bijstortingen af te wijzen als niet alle werkgevers de noodzakelijke korting in gelijke mate willen/kunnen repareren door bijstorting

Opmerking: het gaat niet om gedifferentieerd korten, maar om gedifferentieerd bijstorten

Euronext (4)

Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (tussenarrest) en Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2080 (eindarrest) (**de rechtenkorting**):

- Veroordeling van Euronext de resterende korting voor de inactieven van 1,55% ongedaan te maken
- Rechtsgrond voor die veroordeling: aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van de verplichtingen voor Euronext uit hoofde van de geëindigde uitvoeringsovereenkomst
- Ratio: de benodigde koopsom voor het ongedaan maken van de korting bedraagt minder dan de besparing die Euronext heeft door de toekomstige beheer- en uitvoeringskosten niet meer aan PMA te hoeven betalen
- Achtergrond: die toekomstige beheer- en uitvoeringskosten zijn door Delta Lloyd op grond van Solvency II “voorgefinancierd” ten laste van de overdrachtswaarde, terwijl deze bij een pensioenfonds op grond van het FTK niet hoeven te zijn voorgefinancierd
- Beperking van de uitspraak tot de leden van de VPE; het Hof laat aan Euronext over de korting ook voor de andere inactieven ongedaan te maken
- Ligt in lijn van HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134 (Alcatel/Lucent)

Euronext (5)

Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452 (tussenarrest) en Gerechtshof Amsterdam 28 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2080 (eindarrest) (**toeslagverlening vanaf 2014**):

- Artikel 58 Pensioenwet verplicht tot gelijke behandeling van pensioen verzekerd uit hoofde van het PMA-contract als uit hoofde van de vanaf 2014 geldende uitvoeringsovereenkomst, omdat sprake is van dezelfde pensioenregeling
- Consequentie: over pensioen uit hoofde van het PMA-contract dienen dezelfde toeslagen te worden toegekend als worden toegekend aan deelnemers die vanaf 2014 gewezen deelnemer worden uit hoofde van de vanaf 2014 voor actieven geldende pensioenovereenkomst (toeslagen volgens de prijsindex)
- Normadressaat voor artikel 58 Pensioenwet zijn de werkgever en de pensioenuitvoerder
- Euronext dient op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een nadere uitvoeringsovereenkomst te sluiten voor het onderbrengen van deze toeslagverlening
- Het Hof veroordeelt Euronext niet tot het onbeperkt financieren van deze toeslagen, maar tot beperkte aanvullende betalingen op grond van een rekenformule gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

Euronext (6)

PHR 5 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (**aanvullende werking redelijkheid en billijkheid**):

- Geen schending van art. 7:611 BW doordat het indexatieperspectief niet zonder meer in stand werd gehouden
- Uit het goed werkgeverschap KAN een verplichting voortvloeien dat bij het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst en bij overdracht van de verplichtingen naar een andere pensioenuitvoerder een bestaand indexatieperspectief (gedeeltelijk) moet worden gehandhaafd
- De invulling van die inspanningsverplichting hangt af van alle feitelijke omstandigheden die spelen (zoals de omstandigheid dat Euronext al aanzienlijk had bijgestort in het kader van een herstelplan dat gold voor het geliquideerde ondernemingspensioenfonds PMA)
- Niet zonder meer schending goed werkgeverschap doordat ongelijke gevallen (inactieven/actieven vanaf 2014) niet gelijk zijn behandeld

Euronext (7)

akd benelux lawyers

PHR 5 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (**artikel 58 Pensioenwet**):

- Normadressaat is de pensioenuitvoerder
- “dezelfde pensioenregeling” is beperkt tot dezelfde pensioenovereenkomst
- De elkaar opvolgende pensioenregelingen van tot respectievelijk vanaf 2014 vloeien niet voort uit dezelfde pensioenovereenkomsten)
- uitsluitend van toepassing indien daadwerkelijk toeslagen worden verleend, geen grond voor de afgeleide groep om toeslagverlening te vorderen als die aan de hoofdgroep feitelijk niet wordt verleend (bijvoorbeeld omdat er nog geen gepensioneerden zijn)
- Startpunt zijn de gepensioneerden, sinds 1 augustus 1987 moeten slaper gepensioneerden gelijk worden behandeld, sinds 1 januari 1992 ook slapers (werkt niet andersom)
- Ziet niet op verschillende behandeling van inactieven/actieven na een knip in de regeling (“carve out”)
- De pensioenuitvoerder moet de middelen voor toeslagverlening verdelen met inachtneming van artikel 58 Pensioenwet

Euronext (8)

PHR 5 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (**derdenbeding**):

- De uitvoeringsovereenkomst bevat een derdenbeding voor de werknemer in de vorm van de begunstiging voor de pensioenuitkeringen
- Dat wordt door de werknemer aanvaard bij het aangaan van de pensioenovereenkomst
- Daardoor wordt de werknemer partij bij de uitvoeringsovereenkomst
- Reikwijdte derdenbeding beperkt tot vorderingen ter zake de toekenning van de pensioenuitkering omdat de begunstiging uitsluitend de pensioenuitkering betreft, niet de overige bepalingen van de uitvoeringsovereenkomst
- Dat is slechts anders als de uitvoeringsovereenkomst verdergaande rechten aan de werknemer zou toekennen
- Uit hoofde van de begunstiging kunnen (gewezen) deelnemers geen bijstorting vorderen door de werkgever voor toeslagverlening

Euronext (9)

HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267 (**goed werkgeverschap en onderbrengingsverplichting**):

- Norm van “goed werkgeverschap” van toepassing op de pensioenovereenkomst omdat die onderdeel is van de arbeidsovereenkomst en leeft voort nadat de arbeidsovereenkomst eindigt
- Wetsgeschiedenis: indien pensioenaanspraken of pensioenrechten uitsluitend aangroeien door toeslagverlening is geen sprake meer van pensioenverwerving
- Gevolg: geen verplichting tot instandhouding uitvoeringsovereenkomst op grond van de onderbrengingsverplichting van artikel 23 Pensioenwet
- Artikel 23 Pensioenwet verplicht niet tot het aangaan en/of de instandhouding van een uitvoeringsovereenkomst voor voortzetting van toeslagverlening aan de verzekerden uit hoofde van het PMA-contract (het oordeel van het Hof strandt)
- Geen vorderingsrecht voor PMA en de verzekerden onder het PMA-contract (de leden van de VPE) op Euronext tot aanvullende financiering voor toeslagverlening op grond van de opgezegde uitvoeringsovereenkomst
- Het Hof had het oordeel dat Euronext het goed werkgeverschap schond door geen alternatief aan te reiken voor voortzetting van de toeslagverlening over de rechten uit het PMA-contract onjuist gemotiveerd door dit oordeel te baseren op de onderbrengingsverplichting

Euronext (10)

HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267 (**artikel 58 Pensioenwet**):

- Artikel 58 Pensioenwet richt zich uitsluitend op de pensioenuitvoerder (oordeel Hof onjuist)
- Artikel 58 Pensioenwet houdt gelijke behandeling van slapers en slaper-gepensioneerden met gepensioneerden uit dezelfde pensioenregeling in
- Artikel 58 Pensioenwet betekent niet dat gewezen deelnemers (slapers en gepensioneerden) gelijk moeten worden behandeld met actieven

Euronext (11)

HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267 (**derdenbeding**):

- Werknemer heeft jegens de pensioenuitvoerder recht op de uitkeringen uit hoofde van de pensioenovereenkomst die de werkgever bij de pensioenuitvoerder heeft ondergebracht uit hoofde van de begunstiging
- Begunstiging geldt als derdenbeding
- Het derdenbeding ziet uitsluitend op de pensioenuitkeringen
- Werknemer geen recht op werkgever tot nakoming van diens verplichtingen uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst jegens de pensioenuitvoerder
- Dit recht vloeit ook niet voort uit de Pensioenwet
- En evenmin uit het feit dat de aanvaarding van de begunstiging/het derdenbeding impliceert dat de werknemers partij worden bij de uitvoeringsovereenkomst

Euronext (12)

Belang voor de rechtsontwikkeling:

- Bevestiging Alcatel/Lucent rechtspraak dat de pensioenuitvoerder uit hoofde van een opgezegde uitvoeringsovereenkomst vorderingen tot niet overeengekomen bijstortingen op de werkgever kan hebben op grond van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid
- Bevestiging dat goed werkgeverschap doorwerkt in de pensioenovereenkomst na einde arbeidsovereenkomst en tot bijstortingsvordering van de gewezen werknemer op de werkgever KAN leiden
- Duidelijkheid over de reikwijdte van artikel 58 Pensioenwet: werkt van gepensioneerden naar slaper-gepensioneerden en naar slapers (niet andersom), is beperkt tot (gewezen) deelnemers aan dezelfde pensioenregeling, werkt uitsluitend indien gepensioneerden daadwerkelijk een toeslag ontvangen, pensioenuitvoerder is de normadressaat
- Duidelijkheid over de status van partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst van (gewezen) deelnemers door aanvaarding van de begunstiging door het aangaan van de pensioenovereenkomst (beperkt tot het vorderen van de pensioenuitkeringen jegens de pensioenuitvoerder, geeft geen vorderingen op de werkgever tot nakoming van de uitvoeringsovereenkomst c.q. vorderingen tot aanvullende verplichtingen voor de werkgever gebaseerd op aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid)
- Onderbrengingsplicht eindigt bij einde pensioenverwerving, voorwaardelijke toeslagverlening is geen pensioenverwerving, uit geëindigde uitvoeringsovereenkomst vloeit geen verplichting voort tot financiering toekomstige voorwaardelijke toeslagverlening
- Eventueel beroep op niet objectief te rechtvaardigen leeftijdsonderscheid gemiste kans?

Van Zutphense waterjuffer naar de Titanic…

akd benelux lawyers

De historie, van legisme (rechter als spreekbuis van de wetgever; machtenscheiding) naar “open” rechtsvinding:

- HR 10 juni 1910, W 9038 (**Zutphense waterjuffer**): strikt legistische wetsuitleg
- HR 31-01-1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (**Lindenbaum/Cohen**): strikte legisme verlaten in het kader van de onrechtmatige daad
- HR 12 maart 1926, ECLI: ECLI:NL:HR:1926:AG1802 (**Goudse bouwmeester**): natuurlijke verbintenis geaccepteerd
- Gerechtshof Den Haag 6 mei 1926, W 11507 (**Reuchlin**): natuurlijke pensioenverbintenis (onverplicht uitgekeerd weduwenpensioen naar aanleiding zinken Titanic en verdrinken Reuchlin; directeur HAL, als gast meevarend)
- Hoge Raad 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271 (**Boon/Van Loon**; Hoge Raad ging voor het eerst expliciet om, fungeert (bijna?) als “wetgever” en formuleert overgangsrecht)

Pollvraag

Waarvoor kiest u:

- A: de rechter dient uit oogpunt van rechtszekerheid terughoudend te zijn met toepassing van de redelijkheid en billijkheid

- B: de rechter dient vanuit het oogpunt dat de uitkomst van rechtspraak altijd “redelijk en billijk” moet zijn maatwerk te kunnen leveren, zo nodig door toepassing van de redelijkheid en billijkheid

Let op: deze vraagstelling raakt veel actuele onderwerpen waar de overheid door de rechter wordt “teruggefloten”; wie is de baas: de wetgever of de rechter?

PAUZE

Ecoreno/BPF Bouw (1)

Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2666; vgl. Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2681 (**werkingssfeer**):

- Werkgever stelde dat zijn werknemers zich niet bezighielden met bouwwerkzaamheden maar met isolatiewerkzaamheden
- Oordeel Hof: werkgever hield zich bezig met asbestverwijdering
- Vervallen uitzondering voor isolatiewerkzaamheden zou niet van toepassing zijn geweest
- De uitzondering zou niet van toepassing zijn geweest omdat geen zodanige samenhang tussen asbestverwijdering en isolatiewerkzaamheden bestond, dat zou kunnen worden geoordeeld dat feitelijk sprake was van isolatiewerkzaamheden

Ecoreno/BPF Bouw (2)

Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1708; vgl. de parallelle zaken Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1705, 1706, 1707 en 1709 (**representativiteit**):

- WOO (destijds nog WOB) verzoek: representativiteitstoets zou door Minister SZW onjuist zijn uitgevoerd, althans op onjuiste gegevens zijn gebaseerd
- Verplichtstellingsbesluit en besluit AVV cao's bouw hadden daarom niet mogen worden genomen
- Bedrog door sociale partners bij het doen van de verplichtstellingsaanvraag en de aanvraag tot AVV van de cao's
- Ongebonden werkgevers en werknemers bij beoordeling representativiteit ten onrechte buiten beschouwing gebleven
- Herroeping arrest 2019 over werkingssfeer gevorderd op grond van bedrog

Ecoreno/BPF Bouw (3)

Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1708; vgl. de parallelle zaken Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1705, 1706, 1707 en 1709 (**representativiteit**):

- Vordering afgewezen omdat:
- Ecoreno niet heeft gesteld dat de aanvragers onjuiste gegevens hebben aangeleverd of de Minister van SZW verkeerd hebben voorgelicht
- Ecoreno slechts stelt dat de Minister van SZW ten onrechte de gegevens die Ecoreno had ingebracht niet heeft meegewogen bij de beoordeling van de representativiteit
- De zienswijze die Ecoreno inbracht in de aanvraagprocedure werd door de Minister van SZW niet gevolgd
- Geen bedrog in het kader van de aanvraagprocedure, slechts ontevredenheid met weging argumenten door Minister SZW
- Verplichtstellingsbesluit en AVV-verklaringen niet ten onrechte afgegeven
- Geen sprake van misbruik van recht of “onaanvaardbaarheid” door het verplichtstellingbesluit en de AVV van de cao’s te handhaven

Ecoreno/BPF Bouw (4)

Welke les valt te leren:

- Tegen een verplichtstellingsbesluit en een besluit tot AVV van een cao staat geen bestuursrechtelijk bezwaar open, omdat het besluiten van algemene strekking zijn
- Enige rechtsmiddel is het indienen van een zienswijze
- Beroep op onaanvaardbaarheid/misbruik van bevoegdheid bij handhaving bestuursrechtelijk besluit met bestuursrechtelijk gezag van gewijsde in individueel geval niet goed denkbaar
- Denkbare “route” indien Minister SZW ten onrechte tot verplichtstelling/AVV besluit is beroep doen op onrechtmatige overheidsdaad; lat ligt extreem hoog
- Dat leidt hooguit tot een schadevergoedingsplicht
- Vraag is dan of sprake is van schade en zo ja, welke
- Leidt niet tot buiten werking stelling van het bestuursrechtelijk besluit met gezag van gewijsde

Achtergrondinformatie: TPV 2021/36 en TPV 2021/44

Nescio Nomen/BPF Bouw (1)

Gerechtshof Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754 (**werkingssfeer**):

- Vervallen isolatie-uitzondering niet van toepassing zodra na asbestverwijdering isolatie wordt aangebracht, of bij renovatieprojecten
- Werkgever concretiseerde niet dat de asbestverwijdering ten behoeve van de isolatie werkzaamheden werden uitgevoerd
- Geen connexiteit tussen asbestverwijdering en aanbrengen isolatie
- Asbestverwijdering gebeurt vanwege de gezondheidsrisico’s van asbest, niet omdat zonder asbest een betere isolatie zou kunnen worden bereikt dan wanneer asbest niet wordt verwijderd

Nescio Nomen/BPF Bouw (2)

Gerechtshof Amsterdam 14 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1754 (**representativiteit**):

- Vordering hield in dat de Minister en de partijen betrokken bij de aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van de cao’s in de bouw en de verplichtstelling van BPF Bouw in het kader van de representativiteitstoets onrechtmatig jegens de werkgever hebben gehandeld die onder de werkingssfeer van de cao’s viel en verplicht werd aangesloten bij BPF
- Beroep op informatie omtrent de representativiteit die niet of niet correct is meegewogen in het kader van het nemen van een besluit op een aanvraag tot algemeen verbindend verklaring van een CAO en een aanvraag tot verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds dat bestuursrechtelijk gezag van gewijsde heeft verkregen niet meer mogelijk om de algemeen verbindend verklaring en de verplichtstelling aan te tasten

Achtergrondinformatie: TPV 2021/36 en TPV 2021/44

Pollvraag

Vindt u de rechtsbescherming van werkgevers tegen de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen en de algemeen verbindend verklaring van cao’s:

- A: voldoende
- B: onvoldoende

Rechtspraak op verzoek (1)

HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449

- Onderwerp: WWZ (2015)/Premievrijstelling en arbeidsongeschiktheidspensioen aan transitievergoeding gelijkwaardige voorziening?
- Overgangsrecht: voorziening die al vóór 2015 in een cao was opgenomen kan vanaf 2015 als aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening gelden in de zin van art. 7:673b BW
- Transitievergoeding op grond van art. 7:673, lid 1, aanhef en onder a BW verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst 2 jaar heeft geduurd en de werkgever het initiatief neemt tot beëindiging
- Regeling geldt ook wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt nadat de loondoorbetalingsverplichting wegens ziekte eindigt
- Ratio transitievergoeding: compensatie gevolgen ontslag + werknemer financieel in staat stellen tot transitie naar andere baan (abstract en gestandaardiseerd stelsel)
- Niet van toepassing indien bij cao een gelijkwaardige voorziening is getroffen; dat is volgens de MvT “een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding”

Rechtspraak op verzoek (2)

HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449 (vervolg):

- De ‘voorziening’ waarnaar moet worden gekeken, betreft het geheel aan afspraken tussen de cao-partijen, waarbij de regering ervan is uitgegaan dat deze afspraken op geld worden gewaardeerd
- Het antwoord op de vraag of een in een cao opgenomen voorziening gelijkwaardig is in de zin van art. 7:673b lid 1 BW, is uiteindelijk aan de rechter overgelaten
- Bij de beantwoording van die vraag kan weliswaar betekenis toekomen aan de omstandigheid dat cao-partijen een voorziening als gelijkwaardig hebben aangemerkt, maar slechts als één van de gezichtspunten (kortom: de rechter toetst vol; vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628; cassatie in het belang der wet in het kader van rechtspraak over de korting partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil; oordeel sociale partners weegt niet mee)
- 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 daarbij een grote mate van vrijheid en zijn oordeel kan in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid worden onderzocht

Rechtspraak op verzoek (3)

HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449 (vervolg):

- Gezichtspunten:
  - ✓ Gekapitaliseerde waarde voorziening vergelijken met de transitievergoeding; rechtszekerheid verzet zich er tegen de vergelijking pas te maken nadat de gelijkwaardig veronderstelde voorziening is uitgewerkt (toets vooraf op basis van schatting; niet achter op basis van werkelijke situatie)
  - ✓ Dit is een uitvloeisel van de abstracte benadering (abstract en gestandaardiseerd stelsel) waarvan uitgangspunten zijn dat:
    - ❑ Het niet van belang is of de werknemer na het ontslag werkloos is, of een (eventueel beter betaalde) baan heeft gevonden
    - ❑ Het niet van belang is of bij ontslag kort voor de pensioendatum de transitievergoeding/waarde van de gelijkwaardige voorziening meer waard is dan het tot de pensioendatum resterende loon
    - ❑ Individuele toetsing (de regeling in de cao kan voor de ene werknemer gelijkwaardig zijn, voor de andere niet)

Rechtspraak op verzoek (4)

Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 6 februari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:371

- Verwijzingsarrest na het arrest van de Hoge Raad
- Zoals de Hoge Raad heeft overwogen, is bij de beoordeling of een in een cao opgenomen voorziening gelijkwaardig is aan de wettelijke transitievergoeding 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
- Feitelijk oordeel dat ook indien het partnerpensioen niet mede in aanmerking wordt genomen, de gekapitaliseerde waarde van de premievrije pensioenopbouw de transitievergoeding overtrof
- Annotatie WT: in het midden blijft of partnerpensioen “meetelt”. Partnerpensioen behoort tot de arbeidsbeloning, maar wordt uit de aard daarvan nimmer door de werknemer zelf genoten. Mij lijkt gezien het oordeel van de Hoge Raad dat de doelstelling van de gelijkwaardige voorziening niet hoeft overeen te komen met de doelstelling van de transitievergoeding verdedigbaar dat partnerpensioen meetelt. Op dit punt moet vervolgrechtspraak worden afgewacht.

Extra: slapende dienstverbanden

HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734

- **Juridisch kader**. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat werkgevers het in veel gevallen onrechtvaardig vinden dat zij een transitievergoeding moeten betalen na een opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Zij hebben immers voorafgaand aan die opzegging veelal gedurende twee jaar het loon doorbetaald en kosten gemaakt gericht op de re-integratie van de werknemer
- **Stoof/Mammoet-maatstaf**. Art. 7:611 BW bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Op de grondslag van art. 7:611 BW heeft de Hoge Raad in het arrest Stoof/Mammoet een maatstaf gegeven voor de beoordeling of een werknemer gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Kort gezegd houdt die maatstaf in dat onderzocht moet worden (i) of de werkgever in gewijzigde omstandigheden op het werk als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, (ii) of het door hem gedane voorstel redelijk is en (iii) of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.

Extra: slapende dienstverbanden

HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (vervolg):

- **Geen omgekeerde toepassing van de Stoof/Mammoetmaatstaf**. De maatstaf van het arrest Stoof/Mammoet leent zich niet voor de hiervoor bedoelde ‘omgekeerde toepassing’. Die maatstaf is immers gegeven voor wijziging van een arbeidsovereenkomst en niet voor gehele beëindiging daarvan
- **Slapend dienstverband moet worden beëindigd**. Als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) eindigen.

Extra: slapende dienstverbanden

HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:173 (vervolg):

- **Uitzondering**. Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als (op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden) de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo’n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo’n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.
- **Financiële onmacht**. De Wet compensatie transitievergoeding treedt in werking op 1 april 2020. Een aanspraak op compensatie is mogelijk voor arbeidsovereenkomsten die op of na 1 juli 2015 zijn geëindigd. De werkgever moet de vergoeding voor de werknemer voorfinancieren totdat de Wet compensatie transitievergoeding in werking is getreden. Als de werkgever aannemelijk maakt dat die voorfinanciering leidt tot ernstige financiële problemen, kan de rechter beslissen dat betaling aan de werknemer in termijnen plaatsvindt of wordt opgeschort tot na 1 april 2020. Vanaf 1 april 2020 geldt echter ingevolge art. 2 Regeling compensatie transitievergoeding dat voor een aanvraag op grond van de Wet compensatie transitievergoeding vereist is dat de volledige vergoeding aan de werknemer is voldaan, hetgeen de werkgever verplicht tot voorfinanciering.

Rechtspraak op verzoek (5)

akd benelux lawyers

Hoge Raad 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328

- Werkgever in de horeca/BPF Horeca
- Prejudiciële vraag van rechtbank of vorderingen tot betaling van achterstallige premie verschuldigd aan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de reikwijdte van Wet homologatie onderhands akkoord vallen en op de voet van art. 370, lid 1 Fw. bij een onderhands akkoord kunnen worden betrokken
- Uit de MvT bij art. 369, lid 4 Fw. volgt dat de verplichtingen van een schuldenaar jegens werknemers moeten worden gelijkgesteld met de rechten van werknemers
- De werknemers hebben recht op premieafdracht aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds, zodat de premieplicht van de schuldenaar/werkgever geldt als een recht van de werknemers
- Daarom kan de premievordering van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds geen onderdeel zijn van een door de rechtbank te homologeren akkoord
- In dat verband speelde een rol dat een wetsontwerp aanhangig is om art. 369, lid 4 Fw. in die zin te verduidelijken, dat de verplichting van een werkgever om pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder af te dragen niet in het kader van een onderhands akkoord kan worden gewijzigd zonder medewerking van de werknemers en de pensioenuitvoerder (kamerstukken 36 040)
- Voorstel van Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie:
  - ✓ Pensioenfederatie verzoekt in kamerstukken vast te leggen dat vorderingen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen buiten een dwangakkoord blijven
  - ✓ Kamerleden vragen zich af of er dan nog wel iets van de beoogde wetgeving terechtkomt

Rechtspraak op verzoek

KiFiD (bindend advies) 8 mei 2020, 2022-0580 (consument/AEGON):

- Variabel pensioen uit hoofde van verbeterde premieregeling
- Uitkering afhankelijk van beleggingsresultaat voorgaande jaar, marktrentestand en toe- of afname levensverwachting
- Offensief risicoprofiel
- Te beoordelen: uitkering juist vastgesteld; zorgplicht (informatieplicht) geschonden
- Beleggingsresultaat niet één op één toegedeeld aan het pensioen, maar op basis van een projectierente (risicovrije rente vastgesteld door DNB)
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2035: verzekeraar zwaarwegende zorgplicht
- **Zorgplicht kan vanwege maatschappelijke functie pensioenuitvoerder verder gaan dan wat wettelijk is vereist**
- Execution only-product; toelichting in offerte niet volledig; zorgplicht geschonden
- Consument stelde het product toch te hebben gekozen indien hij wel was geïnformeerd; geen schade; vordering afgewezen