

## Kroniek Pensioenrecht 2014

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, datum 13-02-2015

Datum	13-02-2015
Auteur	Prof. mr. drs. M. Heemskerk <sup>[1]</sup>
Folio weergave	<a href="#">Download gedrukte versie (PDF)</a>
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

In deze eerste kroniek pensioenrecht bespreek ik ontwikkelingen uit het pensioenrecht in de periode 1 januari 2014 tot en met 1 januari 2015. Pensioen wordt minder zeker, en het wordt zeker minder. De nadruk in deze kroniek ligt op de ingrijpend gewijzigde pensioenwetgeving (paragraaf 1). In paragraaf 2 bespreek ik thematisch de in 2014 verschenen rechtspraak. Aan bod komen de volgende onderwerpen:

- verplichte deelname pensioenregeling;
- pensioenwijziging en medezeggenschap;
- opzegging van de uitvoeringsovereenkomst;
- aansprakelijkheid voor pensioen.

Ik sluit deze kroniek af met een vooruitblik naar 2015.

## 1. Pensioenwetgeving

Menig arbeidsrechtjurist denkt bij pensioenwetgeving aan de WWZ-wijziging per 1 juli 2015 van regels over pensioenontslag c.q. pensioenopzegging (art. 7:669 lid 4 BW nieuw) of de niet toepasselijkheid van de Ragetlie-regel na pensioenontslag die de WWZ meebrengt (art. 7:667 lid 4 BW nieuw). Maar 2014 was in het pensioenrecht vooral het jaar van de (fiscale) paradigmashift. Het oude vertrekpunt van een pensioen na 40 opbouwjaren gebaseerd op 70% eindloon is ingewisseld naar een pensioen gebaseerd op 75% van het gemiddeld salaris.<sup>[2]</sup> Dat gebeurt door verlaging van de fiscaal toegestane jaarlijkse pensioenopbouw. Daarbovenop is het inkomen waarover pensioenopbouw kan plaatsvinden fiscaal gemaximeerd tot € 100.000. Deze fiscale pensioenoperatie die 1 januari 2015 in werking trad was de grootste besparing van het kabinet Rutte-Asscher. De pensioengevolgen voor werknemers zijn ingrijpend maar teruggebracht naar de kern overzichtelijk: minder pensioenopbouw en langer doorwerken. Een andere ingrijpende pensioenwijziging was de wijziging van financiële spelregels voor pensioenfondsen door invoering van het zogenaamde nFTK (nieuw Financieel Toetsingskader) in de Pensioenwet.<sup>[3]</sup> Die spelregels bepalen onder meer wanneer pensioen gekort wordt en wanneer indexatie<sup>[4]</sup> mogelijk is. De min of meer gedwongen vertaalslag van fiscale en financiële pensioenwetgeving naar pensioenreglementen en uitvoeringsovereenkomsten laat zien dat de overheid indirect ingrijpt in de arbeidsvoorwaarde pensioen.

## 1.1 Fiscale pensioenwetgeving als aanjager voor wijziging pensioenregeling

De gewijzigde fiscale pensioenwetgeving is een aanjager voor civielrechtelijke wijziging van de pensioenregelingen. Pensioenafspraken die niet passen binnen het fiscale raamwerk zijn fiscaal bovenmatig. De draconische financiële gevolgen van fiscale bovenmatigheid – waaronder verval van de omkeerregel, óók voor opgebouwd pensioen en een revisierente van 20%<sup>[5]</sup> – zorgen voor een disciplinerende werking. Vrijwel alle pensioenregelingen worden vormgegeven binnen de fiscale kaders en omgevormd tot de pensioenregeling 2015.

## 1.2 Verhoging pensioenleeftijd

Op 1 januari 2014 werd de fiscale pensioenrichtleeftijd verhoogd van 65 naar 67 jaar (art. 18a lid 6 Wet op de loonbelasting 1964). De fiscale pensioenleeftijd wijkt daarmee af van de AOW-leeftijd. De AOW-leeftijd is in 2015 65 jaar en drie maanden (art. 7a AOW). Zowel de fiscale pensioenleeftijd als de AOW-leeftijd worden uiteindelijk aangepast aan de levensverwachting. De AOW-leeftijd stijgt eerst met stapjes naar 67 jaar. De fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar moet worden gevolgd om fiscaalvriendelijke pensioenopbouw te kunnen realiseren, al zijn er naast verhoging van de pensioenleeftijd alternatieve oplossingen mogelijk om de pensioenregeling fiscaal aanvaardbaar te maken. Bij het pensioenontslagbeding in cao of arbeidsovereenkomst ligt aansluiting bij de (verhoogde) AOW-leeftijd voor de hand omdat de wet die leeftijdsdiscriminatie verbiedt beëindiging wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd acht (art. 7 lid 1 onder b WGBL).<sup>[6]</sup>

## 1.3 Verlaging pensioenopbouw

De fiscaal maximale pensioenopbouw voor middelloonregelingen is in één jaar tijd verlaagd van 2,25% van de pensioengrondslag (tot 1 januari 2014) naar 1,875% per jaar (2015). Bij eindloonregelingen is het opbouwpercentage verlaagd van 2% naar 1,657% (art. 18a lid 1 en 2 Wet LB 1964). Ook bij premieovereenkomsten is de fiscaal maximale leeftijdsafhankelijke premiestaffel neerwaarts gecorrigeerd. Ook zonder wiskunde is duidelijk dat de pensioenopbouw fors is verlaagd. Een loonsverlaging van die orde zou ondenkbaar zijn. Wie hetzelfde pensioen wil ontvangen moet aanzienlijk langer doorwerken. De maatschappelijke vraag is of werknemers bij een stijgende levensverwachting in de toekomst fysiek en geestelijk in staat zijn in goede gezondheid werkelijk langer door te werken, nog los van de aanwezigheid van werk.

Naast de vereiste arbeidsrechtelijke wijziging van pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst is interessant welke afspraken worden gemaakt over de pensioenpremies. Voor lagere pensioenopbouw is minder pensioenpremie nodig. Aan de onderhandelingstafel komt dan aan de orde of het 'pensioenbudget' anders wordt besteed in de pensioenregeling (meer indexatie of nabestaandenpensioen) of op andere wijze terugkeert in het loongebouw.

## 1.4 Maximum pensioengevend salaris (aftopping)

Het maximaal pensioengevend loon is vanaf 1 januari 2015 fiscaal afgetopt op € 100.000 (art. 18ga Wet LB 1964). Volgens de regering zijn personen met een pensioengevend salaris boven de ton zelfredzaam en is eerder sprake van vermogensopbouw dan van een oudedagsvoorziening.<sup>[7]</sup> De in 2014 met zijn boek *Kapitaal in de 21e eeuw* doorgebroken Franse econoom Thomas Piketty – te kort samengevat: rendement op vermogen is groter dan rendement op economische groei, hetgeen leidt

tot groeiende ongelijkheid –<sup>[8]</sup> wordt met de aftopping op zijn wenken bediend. Of zouden er andere motieven spelen? Alleen al in 2015 is de fiscale opbrengst van de aftopping € 0,8 miljard.<sup>[9]</sup> Is de regeling niet aangepast vóór 2015, dan wordt hij fiscaal bovenmatig, tenzij hij van tevoren wordt voorgelegd aan de Belastingdienst.<sup>[10]</sup>

Aftopping leidt tot een lagere ouderdomspensioen- en nabestaandenpensioenopbouw. De hoogte van het nabestaandenpensioen is meestal gekoppeld aan de hoogte van het ouderdomspensioen en bedraagt vaak 70% daarvan. De partner van de ton-plusser ontvangt zonder aanpassingen vanaf 1 januari 2015 een (enorm) nabestaandenpensioengat. Niet verplicht maar eveneens gangbaar is dat tijdens arbeidsongeschiktheid de opbouw van het ouderdomspensioen wordt voortgezet (premiervrijstelling bij invaliditeit, PVI). De aftopping leidt ook tot een lagere premievrij voortgezette pensioenopbouw tijdens arbeidsongeschiktheid. Bij ingetreden ziekte vóór 2015, maar zonder arbeidsongeschiktheid, is de premievrijstelling nog niet ingegaan en wordt de pensioenopbouw dus fiscaal afgetopt.<sup>[11]</sup>

## 1.5 Gevolgen voor pensioenregeling 2015

Er is geen wettelijke verplichting om de pensioenregeling aan te passen aan de fiscale wetgeving. Niets doen is echter geen serieuze optie. De fiscale gevolgen voor werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder zijn onwenselijk. Het enkele feit dat de fiscale pensioenwetgeving wijzigt, betekent niet dat daarmee de arbeidsovereenkomst is gewijzigd. Dat is vaste jurisprudentie.<sup>[12]</sup> Uitgaande van de geïndexeerde middelloonregeling zal de pensioenregeling niet uitstijgen boven een opbouwpercentage van 1,875% van het jaarlijks pensioengevend salaris. Bovendien zal het maximum pensioengevend salaris worden gecapt tot € 100.000.

### 1.5.1 Nettopensioen of looncompensatie als alternatief voor aftopping

Als alternatief voor het ‘verdwijnen’ van de pensioenopbouw boven de ton is, mede op aandringen van de Tweede Kamer, het fiscaal gefaciliteerde nettopensioen ontwikkeld. Het is een nieuwe pensioenvorm waarvoor het adagium van de Belastingdienst in aangepaste vorm geldt. Leuker kon de fiscale wetgever het niet maken, wel ingewikkelder. Bij nettopensioen wordt belasting geheven over de premie en is de uitkering onbelast. De waarde van een aanspraak op een nettopensioen vormt vrijgesteld vermogen in box 3.

Nettopensioen is pensioen in de zin van de Pensioenwet, maar alleen mogelijk als zuivere DC-regeling (premieovereenkomst) zonder rendementsgarantie met een leeftijdsafhankelijke nettopremiestaffel.<sup>[13]</sup> Om fiscaal te kwalificeren als nettopensioen moet deelname door de werknemer vrijwillig zijn.<sup>[14]</sup> Verplicht nettopensioen mag fiscaal niet. Een werknemer moet kunnen kiezen (opting-out) voor een loongerelateerde bijdrage. Let wel: de werkgever (of pensioenuitvoerder) is wettelijk niet verplicht nettopensioen of compensatie voor de lagere pensioenopbouw aan te bieden. Doet hij dat niet, dan is dat een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst waarvan het onwaarschijnlijk lijkt dat de werknemer daarmee instemt. Van de compensatievraagstukken die de aftopping meebrengt, stip ik er hier slechts drie aan: het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de premiestaffel, de medezeggenschap van OR bij besluiten van de ondernemer over compensatie en medezeggenschap van het verantwoordings- c.q. belanghebbenden-orgaan bij besluiten van het pensioenfonds.<sup>[15]</sup>

## 1.6 Wijziging financiële spelregels pensioenfondsen

Vanaf 1 januari 2015 gelden er nieuwe financiële spelregels voor pensioenfondsen. Die spelregels zijn van invloed op zowel de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer als op de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder. Dat bepaalt de hoogte van het aanvullend pensioen en de indexatie. Kort samengevat leidt het nieuwe Financieel ToetsingsKader (nFTK) uit de Pensioenwet tot herijking van de afspraken over de hoogte van de pensioenpremie, de dekkingsgraad van pensioenfondsen, herstelplannen/korten en de indexatie.<sup>[16]</sup> Tijdens de introductie van de Pensioenwet in 2007 werd korten nog als theoretische mogelijkheid beschouwd. Inmiddels weten we wel beter. In april 2013 werd het pensioen van 5,5 miljoen mensen gekort, in 2014 werd opnieuw het pensioen van 2 miljoen mensen gekort.<sup>[17]</sup> Met name de uitvoeringsovereenkomsten, waarin de financiële afspraken tussen werkgever en pensioenuitvoerder worden vastgelegd, vergen de nodige aanpassingen. Op 17 december 2014 is de wet goedgekeurd in de Senaat, waardoor die aanpassingen in 2015 moeten worden verwerkt. Mijn indruk is dat dit niet begin 2015 is verwerkt.<sup>[18]</sup> Het beloven pittige onderhandelingen te worden tussen werkgever en pensioenfondsen – of binnen pensioenfondsbesturen – over (1) de inhoudelijk vereiste wijzigingen; (2) de wijzigings- of zelfs opzegbevoegdheid voor de uitvoeringsovereenkomst; en (3) financiële en juridische verantwoordelijkheid van partijen.

Doelstelling van het nFTK is waarborgen dat ook op lange termijn voldoende geld voor pensioenen beschikbaar blijft. Voor een gemiddeld pensioenfonds is de vereiste (beleids)dekkingsgraad 127%. De dekkingsgraad is de verhouding tussen bezittingen en verplichtingen en wordt gemiddeld over twaalf maanden berekend. Indexatie is pas mogelijk vanaf een dekkingsgraad van 110% (nu vaak vanaf 105%) en indexatieregels zorgen voor spreiding van de beschikbare indexatie over 10 jaar. Ter vergelijking: volledige prijsindexatie is normaal gesproken mogelijk bij een dekkingsgraad van 130% en bij loonindexatie 135%. De komende jaren is er waarschijnlijk geen of beperkte ruimte voor indexatie.<sup>[19]</sup>

## 2. Rechtspraak

### 2.1 Verplichte deelname pensioenregeling

#### 2.1.1 Hoge Raad nuanceert uitleg werkingsfeerbepaling

Valt een werkgever (of zijn werknemers) onder de werkingsfeerbepaling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds dan is deelname aan de pensioenregeling uit de bedrijfstak verplicht. Werkgevers en werknemers zijn gebonden aan de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds (art. 4 Wet Bpf 2000). Het grote belang voor pensioenuitvoerders, werkgevers en (ex-)werknemers leidt tot een niet aflatende stroom van uitlegjurisprudentie – in beginsel aan de hand van de cao-uitlegnorm<sup>[20]</sup> – van soms pagina's tellende werkingsfeerbepalingen. Op 31 januari 2014 nuanceerde de Hoge Raad in het *Adimec*-arrest de toerekeningsleer die het in 2012 in het *Vector*-arrest had gecreëerd over de uitleg van het hoofdzakelijkheids criterium. Ondernemingen waar in hoofdzaak metaal wordt bewerkt en/of verwerkt nemen verplicht deel aan de Metalektro cao en het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Consensus lijkt te bestaan dat in hoofdzaak betekent meer dan 50%.<sup>[21]</sup> In het *Vector*-arrest waren er meerdere bedrijfsactiviteiten. Daardoor was onduidelijk wat de hoofdactiviteit van het bedrijf was en of voldaan was aan het

hoofdzakelijkheids criterium. De uren van personeel dat niet metaal bewerkte maar ondergeschikte diensten leverde ten behoeve van de bedrijfsactiviteiten (metaalbewerking) moest aan die activiteit worden toegerekend. Anders gezegd: de uren van de receptioniste, in- en verkopers tellen mee voor zover die uren ten dienste staan aan de bedrijfsactiviteit. Adimec is een bedrijf dat hightech camera's ontwikkelt, maakt en verkoopt voor medische toepassingen. Is R&D bij Adimec dienstbaar aan metaalbewerking of is de eindassemblage van de ontwikkelde camera's leidend? Het oordeel van het hof dat R&D de hoofdactiviteit was, laat de Hoge Raad als gezegd in stand. Adimec hoefde daardoor niet deel te nemen aan de pensioenregeling in de metaalsector.<sup>[22]</sup> Het verschil tussen wel verplicht deelnemen (Vector) en niet verplicht deelnemen (Adimec) is volgens mij dat niet metaalbewerking maar R&D bij Adimec de hoofdactiviteit was. Het uitgangspunt is immers de kernactiviteit van het bedrijf en dat is niet per se de activiteit waarmee omzet wordt gegenereerd. Aan toerekening werd bij Adimec derhalve niet toegekomen.

### 2.1.2 Bewijslast werkingsfeer

Een vaak voorkomend probleem is dat de werkgever claimt niet onder de werkingsfeer te vallen, terwijl het bedrijfstakpensioenfonds premies wil vorderen. Op wie rust dan de bewijslast? In de Wet Bpf 2000 staan geen bijzondere regels van bewijslastverdeling, zodat de hoofdregel ex art. 150 Rv geldt. Twee uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch suggereren dat het bedrijfstakpensioenfonds de bewijslast draagt nu het zich op de rechtsgevolgen van de verplichtstelling beroept.<sup>[23]</sup> Stelt het bedrijfstakpensioenfonds voldoende feiten dat de werkgever onder de werkingsfeer valt en weigert de werkgever daarop te reageren dan kan die bewijsverdeling anders komen te liggen.<sup>[24]</sup> De mogelijkheden voor vrijstelling van de verplichte deelname – het pensioenrechtelijk equivalent van dispensatie voor algemeenverbindendverklaarde cao's – laat ik hier onbesproken.<sup>[25]</sup>

### 2.1.3 Premieschatting bedrijfstakpensioenfonds

Het bedrijfstakpensioenfonds bepaalt de hoogte van de premies op basis van gegevens van de werkgever. Dreigt een impasse dan doet de werkgever er verstandig aan verzochte deelnemersgegevens te verstrekken. Het Hof Arnhem bepaalde kort en goed dat het bedrijfstakpensioenfonds bij een uitblijvende reactie van de werkgever de premies ambtshalve mag schatten op basis van voor de werkgever ongunstige premies.<sup>[26]</sup> Bij achterstallige pensioenpremies is de werkgever in beginsel niet de wettelijke handelsrente verschuldigd al kan dat voortvloeien uit het uitvoeringsreglement van het bedrijfstakpensioenfonds.<sup>[27]</sup>

## 2.2 Wijziging pensioenregeling

### 2.2.1 Wijzigen jegens ex-werknemers

Eind 2013 waren er twee baanbrekende arresten van de Hoge Raad over pensioenwijzigingen. In het *ECN*-arrest<sup>[28]</sup> nam de Hoge Raad afscheid van de gedachte dat pensioenwijziging na einde arbeidsovereenkomst onmogelijk was wegens de zogenaamde 'uitgewerkte rechtsverhouding'. De pensioenovereenkomst loopt immers door nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. In het *Delta Lloyd* arrest liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof Amsterdam in stand dat een wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie door het pensioenfonds niet getoetst hoefde te worden aan het zwaarwichtig belang criterium. Art. 7:613 BW (en art. 19 Pensioenwet) is immers beperkt tot eenzijdige wijziging *door de werkgever*. De SER liet zich dit jaar overigens kritisch uit over het ontbreken van die

toets bij een pensioenwijziging door een pensioenuitvoerder.<sup>[29]</sup> Deze arresten lieten de vraag onbeantwoord welke toetsingsmaatstaf geldt voor eenzijdige wijziging jegens ex-werknemers. Het Hof Amsterdam oordeelde dit jaar dat bij een wijziging van de bijdrage in een ziektekostenregeling jegens ex-werknemers een zwaarwichtig belang toets gold, ondanks de tekstuele beperking tot de verhouding werkgever-werknemer. Redengevend is voor het hof het onaannemelijke en onbillijke rechtsgevolg dat gepensioneerden anders minder rechtsbescherming zouden hebben na hun arbeidsovereenkomst dan tijdens hun dienstverband.<sup>[30]</sup> In een andere zaak oordeelde de kantonrechter dat een nieuwe cao met een prepensioenregeling ook gold voor ex-werknemers. De cao-wijziging werd niet gezien als een eenzijdige wijziging.<sup>[31]</sup>

### 2.2.2 Wijziging pensioenpremies

Eerder signaleerde ik al dat door de fiscale verlaging van de pensioenopbouw en de aftopping er minder pensioenpremie nodig lijkt voor de pensioenpremie in 2015. In 2014 waren er op 10 juni 2014 twee ogenschijnlijk tegenstrijdige uitspraken over een door de werkgever gewenste wijziging van de pensioenpremie. Bot Bouw wilde zonder eenzijdig wijzigingsbeding een werknemersbijdrage invoeren en voerde als reden daarvoor onder meer de crisis aan. Het Hof Amsterdam oordeelde op grond van het *Mammoet Stoof*-arrest van de Hoge Raad dat de werknemers niet aan die verhoging van hun pensioenopbouw waren gebonden.<sup>[32]</sup> Het Hof Arnhem oordeelde dat de werkgever de werknemersbijdrage mocht verhogen nadat de werkgever viel onder de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalektro.<sup>[33]</sup> De werkgever had volgens het hof in beginsel een zwaarwegend belang doordat de wijziging het gevolg is van de wettelijk verplichte deelname en de voorgestelde pensioenpremie is gebaseerd op een (minimum) cao-bepaling. Relevant achtte het hof dat de hogere premie gepaard ging met een betere pensioenregeling. Het werknemersstandpunt dat de pensioenpremie niet mocht stijgen vanwege het minimumkarakter van de cao sneuvelde mede op die grond. Dat het hof een zwaarwegend belang in beginsel relateert aan wetgeving kan een indicatie zijn dat een wijziging wegens fiscale wetgeving eveneens een eenzijdige wijziging legitimeert. De wijziging van de fiscale pensioenwetgeving werkt niet automatisch door in de pensioenovereenkomst. Een fiscale wetswijziging is evenmin automatisch een zwaarwegend belang. Dat blijkt uit het *Arkema*-arrest.<sup>[34]</sup> Laat een werkgever na een alternatieve voorziening te bieden voor de pensioenversobering, dan lijkt een zwaarwegend belang ver weg.<sup>[35]</sup> Er is zelfs een uitspraak waar de fiscale wetswijziging niet was toegestaan omdat er geen kostenneutrale compensatie was.<sup>[36]</sup>

### 2.2.3 Instemmingsrecht OR bij pensioenwijzigingen

Bij pensioenwijzigingen hoort een medezeggenschapstraject. De or heeft op grond van art. 27 lid 1 WOR instemmingsrecht bij voorgenomen besluiten van de ondernemer tot vaststelling, wijziging van een 'regeling met betrekking tot een pensioenverzekering.' De Hoge Raad bevestigde begin 2014 dat een wijziging van de pensioengrondslag in een verzekerde regeling instemmingsplichtig was.<sup>[37]</sup> Bij pensioenfondsen had de or tot juli 2013 geen instemmingsrecht. Toen Shell naast de eindloonregeling in haar pensioenfonds voor bestaande werknemers een tweede pensioenfonds oprichtte met een premieovereenkomst zonder de COR om instemming te verzoeken, stapte de COR naar de kantonrechter. Die kwam niet toe aan een inhoudelijk oordeel omdat de COR volgens hem zich meer dan een maand nadat het besluit was uitgevoerd pas had beroepen op de nietigheid (art. 27 lid 5 WOR).<sup>[38]</sup> Het instemmingsrecht van de or bij pensioenfondsen is vanaf juli 2013 beperkt tot vaststelling en intrekking van een pensioenovereenkomst (art. 27 lid 7 WOR) en geldt niet bij

verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen.<sup>[39]</sup> Wijziging van de pensioenovereenkomst bij pensioenfondsen zijn dus niet instemmingsplichtig. Nog niet uitgekristalliseerd is of de or instemmingsrecht heeft bij een entree of exit bij een pensioenfonds of ook bij intrekking van de excedentregeling bij het pensioenfonds. Staatssecretaris Klijnsma kondigde al aan dat in 2015 de wijziging van de pensioenovereenkomst ook bij pensioenfondsen instemmingsplichtig wordt. De SER heeft in 2014 dienovereenkomstig geadviseerd. Een prangend punt is of de or instemmingsrecht heeft over de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder. De SER stelt vast dat een aantal onderdelen uit de uitvoeringsovereenkomst wel en een aantal onderdelen niet instemmingsplichtig zijn. Hij stelt voor om sociale partners dat te laten bepalen. Mijn bedenking bij dat praktische maar niet dogmatische voorstel is een mogelijke revival en wildgroei van de ondernemingsovereenkomst met ongelijke pensioenmedezeggenschap.

De or heeft geen adviesrecht bij pensioen. Dat pensioenaspecten een adviesplichtig besluit kunnen doorkruisen blijkt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam.<sup>[40]</sup> Het stond IBM niet vrij om op het punt van de pensioenvoorziening af te wijken van het voorgenomen besluit (met pensioenvoorziening) dat aan de or ter advisering was voorgelegd.

## 2.4 Opzegging uitvoeringsovereenkomsten

Een relatief nieuw fenomeen is dat werkgevers de uitvoeringsovereenkomst met hun pensioenfonds opzeggen. Rond de eeuwwisseling waren er ongeveer 1000 pensioenfondsen. DNB verwacht dat er op 1 juli 2015 nog 300 zijn met een verdere consolidatieslag.<sup>[41]</sup> De opzegging zorgt voor een gesloten pensioenfonds die vaak gepaard gaat met liquidatie van het pensioenfonds en collectieve waardeoverdracht van de pensioenaanspraken en -rechten naar andere pensioenuitvoerders zoals premiepensioeninstellingen, verzekeraars of pensioenfondsen. De geplande overstap van Aon naar een Belgisch pensioenfonds – en een aantal andere werkgevers met dezelfde plannen – leidde tot Kamervragen over de België-route.<sup>[42]</sup> De opzegging roept allerlei vragen op over de resterende financiële verplichtingen van de werkgever na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. In twee uitspraken – *Alcatel* en *Smit* – ging het om de uitleg van een opzegbepaling (*Alcatel*) en vaststellingsovereenkomst in combinatie met uitvoeringsovereenkomst na overgang van onderneming (*Smit*) om de resterende verplichtingen aan de pensioenuitvoerder te bepalen.<sup>[43]</sup> Uit deze uitspraken lijkt te volgen dat er na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst in beginsel geen verplichting meer op de werkgever rust om kostenopslagen te betalen vóór de periode na de opzegging. In 2014 was er ook een uitspraak over de financiële omvang van de beëindiging door een werkgever bij een niet verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds, in casu de inhoud van het verzekeringstechnisch nadeel.<sup>[44]</sup>

## 2.5 Aansprakelijkheid voor pensioenadvies

Wie adviseert over pensioen, moet op zijn tellingen passen. Twee uitspraken van hoven uit de zomer van 2014 onderstrepen dat. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de advocaat die een (ernstig) zieke werknemer bijstond bij zijn vaststellingsovereenkomst een beroepsfout maakte door niet te waarschuwen voor de risico's die de VUT-garantie van de werkgever in zijn vaststellingsovereenkomst opleverde voor zijn pensioen.<sup>[45]</sup> Toen de werkgever failliet ging bleek de garantie van de werkgever dat bestaande aanspraken op de VUT-regeling en de overgangsregeling van kracht bleven een lege huls. De advocaat had moeten onderzoeken of het faillissementsrisico had kunnen worden 'wegonderhandeld'. Tijdens de procedure bleek dat een faillissementsbestendige

pensioenstorting bij het pensioenfonds mogelijk was. Het hof oordeelde dat de advocaat niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De advocaat in kwestie, althans zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, moet opdraaien voor de schade. In het *Seacon*-arrest van het Hof 's-Hertogenbosch draaide het met weglating van alle details om een pensioenadvies aan een werkgever waarin in plaats van de doorgegeven kostenstijging van 24% na ondertekening door de klant van een nieuw verzekeringscontract bleek dat het een kostenstijging van 54% betrof (volgens *Seacon* € 475.000 verschil). Daarvoor had de pensioenadviseur de klant moeten waarschuwen, aldus het hof. Dat dit verschil kon worden afgeleid uit de offerte maakte dat niet anders.<sup>[46]</sup> Goed pensioenadvies is misschien duur, slecht pensioenadvies is nog veel duurder.

### 3. Pensioenontwikkelingen 2015

Ook 2015 wordt een jaar vol pensioenwijzigingen. In 2014 werd op instigatie van SZW de nationale pensioendialoog gevoerd over het toekomstige pensioenstelsel ([www.denationalepensioendialoog.nl](http://www.denationalepensioendialoog.nl)). In negen volgens de website 'levendige dialoogbijeenkomsten' met bijna duizend persoonlijke opvattingen en een aantal visies passeerden thema's als collectiviteit, solidariteit, verplichtstelling en keuzevrijheid zonder taboe de revue. De uitkomst van de pensioendialoog moet input vormen voor een hoofdlijnennotitie in mei 2015 met bouwstenen voor een mogelijk toekomstig pensioenstelsel. Tegelijkertijd is de SER om advies gevraagd over de toekomst van het pensioenstelsel. Het ministerie – en de pensioenpraktijk – krijgt het in 2015 daarnaast druk met wetsvoorstellen onder meer over pensioencommunicatie en de introductie van een nieuwe pensioenuitvoerder – het algemeen pensioenfonds (APF). Arbeidsrechtelijk in het oog springen het wetsvoorstel doorwerken na AOW en de aangekondigde uitbreiding van de bevoegdheden van de OR bij pensioen.

### 4. Conclusie

De pensioenafspraken zien er in 2015 ingrijpend anders uit dan in 2014. De stortvloed aan wetgeving moet zijn vertaald naar (1) gewijzigde pensioenovereenkomsten tussen werkgever en werknemer; en (2) gewijzigde uitvoeringsovereenkomsten tussen werkgevers en pensioenuitvoerders. Die wijzigingen kennen arbeids- en pensioenrechtelijke voorwaarden, inclusief medezeggenschap. 2015 belooft een intrigerend pensioenjaar te worden, waarvan verslag volgt in de volgende kroniek pensioenrecht.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk (m) is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. Advocaten te Nieuwegein.

[2]

*Kamerstukken II* 2013/14, 33847, 3, p. 8.

[3]

*Kamerstukken II* 2013/14, 33972, 3.



[4]

De Pensioenwet hanteert het begrip toeslagverlening (art. 1 Pensioenwet).

[5]

Art. 30i onder a AWR.

[6]

M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd, oppassen en aanpassen', *AR* 2013/1, 4, p. 16-20.

[7]

*Kamerstukken II* 2013/14, 33847, 7, p. 9; [Kamerstukken II 2013/14, 33847, 11](#), p. 4.

[8]

T. Piketty, *Kapitaal in de 21<sup>e</sup> eeuw*, Amsterdam: De Bezige Bij 2014.

[9]

'Aftopping pensioen levert fiscus € 0,8 mrd op in 2015', *FD*, 3 november 2014.

[10]

*Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 806 met verwijzing naar de glijclausule ex art. 19c Wet op de Loonbelasting 1964.

[11]

[Kamerstukken II 2013/14, 33847, 23](#), p. 1-2; [Kamerstukken I 2013/14, 33847, D](#).

[12]

Zie bijv. Rb. Den Haag 28 november 2012, *PJ* 2013/12, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY4671; Ktr. Den Haag 11 november 2004, *PJ* 2005/5; Ktr. Amsterdam 3 november 2008, *PJ* 2009/14, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG5055.

[13]

Vraag & Antwoord 14-009, 22 oktober 2014.

[14]

*Kamerstukken II* 2013/14, 33847, 7, p. 9.

[15]

M. Heemskerk, 'Hoe demonteer je de fiscale pensioenbom onder de aftopping', *PM* 2014/12, 165, p. 6-10.

[16]

Wet aanpassing financieel toetsingskader, *Stb.* 2014, 567.

[17]

'Kortingen pensioenfondsen vallen lager uit' (persbericht DNB), 22 januari 2013; [Kamerstukken II 2014/15, 33972, D](#), p. 25.

[18]

In gelijke zin T. Huijg, 'Uitvoeringsovereenkomst 2015', *PM* 2014/12. 170, p. 27-31.

[19]

[Kamerstukken I 2014/15, 33972, D](#), p. 11, 16, 36.

[20]

Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JAR* 2014/228, *PJ* 2014/142, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9412, r.o. 7.4 (*Project Sourcing*); vgl. HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010/546, ECLI:NL:HR:2010:BM9621.

[21]

Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JAR* 2014/228, *PJ* 2014/142, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9412, r.o. 7.5.6 (*Project Sourcing*).

[22]

HR 31 januari 2014, *PJ* 2014/69, ECLI:NL:HR:2014:215 (*Adimec*).

[23]

Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JAR* 2014/228, *PJ* 2014/142, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9412, r.o. 7.5.6 (*Project Sourcing*); Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, [ECLI:NL:GHSHE:2011:BW1268](#), r.o. 4.11-12 (*Detachering B.V.*).

[24]

R. Derksen en A. ter Horst, 'Bewijslastverdeling rond de verplichte aansluiting', *PM* 2014/5, 147, p. 25-27.

[25]

Art. 13 Wet Bpf, zie het Vrijstellings- en boetebesluit.

[26]

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, *PJ* 2014/85, ECLI:NL:GHARL:2014:2869 (*Bpf Vervoer*).

[27]

Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, *PJ* 2014/115, ECLI:NL:GHARL:2014:977 (*Bpf Vervoer*); vgl. Hof Amsterdam 20 mei 2014, *PJ* 2014/177, ECLI:NL:GHAMS:2014:1887 (*Bpf Vervoer*).

[28]

HR 6 september 2013, *PJ* 2013/161, ECLI:NL:HR:2013:CA0566.

[29]

SER 2014, Instemmingsrecht OR over arbeidsvoorwaarde pensioen, Den Haag, SER 2014/5, p. 53.

[30]

Hof Amsterdam 23 september 2014, *PJ* 2014/164, ECLI:NL:GHAMS:2014:4007 (*ASR*).

[31]

Ktr. Amsterdam 4 augustus 2014, *PJ* 2014/165, ECLI:NL:RBAMS:2014:5345 (*Delta Lloyd*).

[32]

Hof Amsterdam 10 juni 2014, *PJ* 2014/126, ECLI:NL:GHAMS:2014:2216 (*Bot Bouw*).

[33]

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, *PJ* 2014/117, ECLI:NL:GHARL:2014:4686 (*Feenstra*).

[34]

Hof Den Haag 29 juni 2010, *PJ* 2011/19, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM9719.

[35]

Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, *PJ* 2009/187, ECLI:NL:GHSHE:2009:BM3571 (*Gardisette*).

[36]

Hof Amsterdam 27 juli 2010, *PJ* 2010/192, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9262 (*NLR*).

[37]

HR 24 januari 2014, *PJ* 2014/49, ECLI:NL:HR:2014:159 (*Stena Line*).

[38]

Rb. 's-Gravenhage 27 maart 2014, *PJ* 2014/95, ECLI:NL:RBDHA:2014:4198 (*COR Shell*).

[39]

Wet versterking bestuur pensioenfondsen van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 302.

[40]

Hof Amsterdam 5 december 2013, *PJ* 2014/42, ECLI:NL:GHAMS:2013:4948 (*IBM*).

[41]

*Kamerstukken II* 2014/15, 33174, 3, p. 2.

[42]

*Aanhangsel Handelingen* 2013/14, 2204.

[43]

Hof 's-Gravenhage 9 september 2014, *PJ* 2014/163, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873 (*Alcatel*). Volledigheidshalve meld ik dat ik als advocaat van Alcatel optrad in die zaak. Rb. Rotterdam 26 februari 2014, *PJ* 2014/67, ECLI:NL:RBROT:2014:1451 (*Smit*).

[44]

Hof Amsterdam 4 maart 2014, *PJ* 2014/116. ECLI:NL:GHAMS:2014:792 (*KPN*).

[45]

Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, *PJ* 2014/147, ECLI:NL:GHARL:2014:5033.

[46]

Hof 's-Hertogenbosch 14 juli 2014, *PJ* 2014/51 (*Seacon*); zie ook Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2014, *PJ* 2014/194, ECLI:NL:RBOBR:2014:6025.