

Kroniek Pensioenrecht 2015-2016

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, datum 12-04-2017

In deze tweede kroniek pensioenrecht bespreek ik ontwikkelingen uit het pensioenrecht in de periode 1 januari 2015 tot en met 31 december 2016. Daarbij concentreer ik mij op pensioenwetgeving en rechtspraak die van invloed is op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Waar mogelijk bespreek ik thematisch de wet- en regelgeving in combinatie met de belangrijkste rechtspraak in 2015 en 2016.

1. Ontwikkelingen in pensioenwetgeving en jurisprudentie

In deze bijdrage volgt een selectie^[2] van de onafgebroken stroom aan pensioenwetgeving en rechtspraak in 2015 en 2016 die van invloed is op de arbeidsvoorwaarde pensioen.^[3] De voor arbeidsrechtjuristen in het oog springende introductie in de Wwz van de pensioenopzegging en de wijziging van de regels over pensioenontslag heeft inmiddels geleid tot rechtspraak (paragraaf 2). Steeds meer jurisprudentie ontstaat ook over de pensioengevolgen van werkgevers die kiezen voor een andere pensioenuitvoerder (paragraaf 3). Vanaf 1 januari 2016 is het arsenaal aan mogelijke pensioenuitvoerders uitgebreid met het algemeen pensioenfonds (paragraaf 4). Vanaf 1 september 2016 is een variabele pensioenuitkering mogelijk bij kapitaal- en premieovereenkomsten door in de uitkeringsfase (gedeeltelijk) door te beleggen (paragraaf 5). Arbeidsrechtelijk dichterbij huis is het met ingang van 1 oktober 2016 gewijzigde instemmingsrecht van de OR bij pensioen en rechtspraak over dat instemmingsrecht (paragraaf 6). Een vast onderdeel in de pensioenrechtspraak is de vraag wanneer een onderneming al dan niet is aangesloten bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en wat de gevolgen daarvan zijn, bijvoorbeeld over aansluiting met terugwerkende kracht en verjaring (paragraaf 7). In deze kroniek is ook aandacht voor rechtspraak over wijziging van pensioen (premiebevoegdheid en zorgplicht, zie paragraaf 8) en de gevolgen van het *GOM*-arrest van de Hoge Raad, over achterstallige pensioenpremies na een overgang van onderneming (paragraaf 9).

2.1 Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging

In de Wwz is verduidelijkt dat pensioenontslag mogelijk is door (1) een schriftelijk pensioenontslagbeding en (2) pensioenopzegging. Bij het pensioenontslagbeding eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege, zonder dat opzegging is vereist. Uiteraard mag het pensioenontslagbeding geen leeftijdsdiscriminatie vormen. Aansluiting bij de AOW-gerechtigde leeftijd voorkomt dat.^[4] Nieuw is de expliciete bepaling dat de arbeidsovereenkomst zonder instemming van de werknemer in verband met *of na* de 'pensioenleeftijd' kan eindigen door pensioenopzegging. De wetgever ziet de pensioenleeftijd als een redelijke opzeggrond. De pensioenopzegging biedt werkgevers meer flexibiliteit. Opzegging is ook na de pensioenleeftijd mogelijk.^[5] Pensioenontslag en pensioenopzegging zijn vastgelegd in art. 7:669 lid 4 BW:

“Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst, die is

ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd, eveneens opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.”

Daarnaast is in de Wwz geregeld dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na pensioenontslag (art. 7:667 lid 4 BW). Een transitievergoeding is niet verschuldigd wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt in verband met of na de pensioengerechtigde leeftijd (art. 7:673 lid 7 BW). Hoewel de regering meent dat deze bepalingen geen leeftijdsdiscriminatie opleveren, gaat daarover ongetwijfeld geprocedeerd worden. Datzelfde geldt voor de vraag of er een objectieve rechtvaardiging is voor een pensioenopzegging *na* de AOW-gerechtigde leeftijd. De WGBL bepaalt dat er geen verboden leeftijdsonderscheid is bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst *in verband met* de AOW-gerechtigde (of overeengekomen hogere) leeftijd (lid 1 onder b).^[8] Sinds 1 januari 2016 geldt er een arbeidsrechtelijk lichter regime voor AOW-gerechtigden, met onder meer een kortere loondoorbetalingsperiode bij ziekte, minder re-integratieverplichtingen en ruimere mogelijkheden om af te wijken van de ketenregeling.^[7]

2.2 Rechtspraak over pensioenontslag en pensioenopzegging

Gelet op de onheldere bepaling over pensioenopzegging en pensioenontslag is het geen wonder dat er de afgelopen periode is geprocedeerd over de verhouding tussen pensioenopzegging en pensioenontslag. Een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam suggereert dat een werkgever die een werknemer liet doorwerken ondanks een pensioenontslagbeding nadien een beroep kan doen op de pensioenopzegging om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen.^[8] Dat lijkt mij in strijd met de bedoeling van de wetgever om eenmalig gebruik te maken van pensioenontslag^[9] én de parlementaire opmerking dat pensioenopzegging is bedoeld voor situaties waarin er geen pensioenontslagbeding is.^[10] Het ontbreken van een uniforme pensioen(ontslag)leeftijd leidt tot uitleggeschillen over de bedoelde pensioenontslagleeftijd.^[11] Wat is immers de pensioenontslagleeftijd anno 2017 bij een AOW-leeftijd (2017: 65 jaar en negen maanden)^[12] die afwijkt van de fiscale pensioenrichtleeftijd (2017: 67 jaar)^[13], terwijl de pensioenleeftijd in het pensioenreglement ook anders kan zijn.^[14] Zo moest het Hof 's-Hertogenbosch zich buigen over de voorwaardelijke pensioenopzegging van de werkgever nadat de werknemer meende dat de pensioenontslagleeftijd 67 jaar was in plaats van de AOW-gerechtigde leeftijd. De pensioengerechtigde leeftijd was niet langer gedefinieerd. De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement was 67 jaar. De werkgever ging ervan uit dat de pensioengerechtigde leeftijd de AOW-leeftijd van (toen nog) 65 jaar en 3 maanden was. Het Hof 'Haviltex' de pensioenontslagleeftijd in het voordeel van de werkgever, zodat de arbeidsovereenkomst van de werkgever van rechtswege was geëindigd bij de AOW-gerechtigde leeftijd.^[15]

3. Overstappen naar een andere pensioenuitvoerder

De Pensioenwet verplicht werkgevers om hun pensioenovereenkomst extern onder te brengen bij een toegelaten pensioenuitvoerder.^[16] Die keuzevrijheid is in werkelijkheid beperkt. Voor veel

werkgevers is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (zoals ABP, Zorg en Welzijn of Bouw) van toepassing. Zo'n 80% van de werknemers met aanvullend pensioen neemt verplicht deel. Zonder verplichtstelling heeft de werkgever de vrijheid om een eigen pensioenuitvoerder te kiezen, zoals een ondernemingspensioenfonds, een verzekeraar of – bij premieovereenkomsten – een premiepensioeninstelling. De afgelopen 10 jaar is er een enorme consolidatieslag gaande in de pensioenmarkt. Veel werkgevers met een ondernemingspensioenfonds hebben hun pensioenregeling ge-derisked. Het aantal ondernemingspensioenfondsen is van meer dan 1000 teruggebracht naar zo'n 200. Werkgevers zeggen dan de uitvoeringsovereenkomst met hun 'eigen' pensioenfonds op. Zij brengen hun pensioenovereenkomst onder bij een andere pensioenuitvoerder (een bedrijfstakpensioenfonds, verzekeraar of bijvoorbeeld een Belgisch pensioenfonds).

3.1 Opzeggen uitvoeringsovereenkomst pensioenfonds (wissel van pensioenuitvoerder)

Bij (opzegging van) de uitvoeringsovereenkomst gaat het vaak om miljoenen voor de pensioenen. De gevolgen van de opzegging zijn geregeld in een zogenaamde exitbepaling. Zo'n exitbepaling kan gigantische financiële gevolgen hebben voor zowel werkgever, pensioenuitvoerder als het pensioen van de (ex-)werknemers. Ik vind het dan ook bedroevend dat zo'n exitbepaling bij ondernemingspensioenfondsen niet wettelijk verplicht is. Die verplichting is er wel bij andere pensioenuitvoerders.^[17] De (beperkte) vormgeving van die exitbepaling leidde al tot twee arresten van de Hoge Raad en diverse uitspraken.^[18]

3.1.1 Uitleg verzekeringstechnisch nadeel bij vertrek uit pensioenfonds

In het *Nozema*-arrest ging het over de gevolgen van de opzegging door Nozema bij het vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds PNO Media. De exitbepaling vermeldde dat bij opzegging verzekeringstechnisch nadeel verschuldigd was. Een actuaire zou dat vaststellen en een kopie toesturen. Wat verzekeringstechnisch nadeel was, stond niet in de uitvoeringsovereenkomst. Nadat de rekening van € 840 000 voor verzekeringstechnisch nadeel door KPN was betaald (KPN fuseerde met Nozema) werd dat teruggevorderd. Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat inderdaad geen sprake was geweest van verzekeringstechnisch nadeel.^[19] Daarbij werd aangesloten bij het begrip verzekeringstechnisch nadeel zoals dat in een bijlage bij het Vrijstellings- en boetebesluit is gedefinieerd.^[20]

3.1.2 Redelijkheid en billijkheid na opzegging uitvoeringsovereenkomst

In het *Alcatel*-arrest gaat de Hoge Raad in op de verplichtingen die een werkgever die de uitvoeringsovereenkomst met zijn (ondernemings)pensioenfonds opzegt.^[21] Alcatel had opgezegd met inachtneming van de contractuele opzegtermijn en de herstelpremies uit het herstelplan werden nog steeds door haar betaald. De procedure ging over de vraag of er daarnaast nog andere verplichtingen resteerden op grond van de exitbepaling in de uitvoeringsovereenkomst. Het pensioenfonds claimde miljoenen, benodigd voor de financiering van de pensioenen (en indexatie). De Hoge Raad geeft in het arrest een college over duurovereenkomsten. Hij merkt op dat (1) de uitvoeringsovereenkomst een duurovereenkomst is; en (2) dat de redelijkheid en billijkheid de verplichtingen uit de uitvoeringsovereenkomst kunnen aanvullen. De Hoge Raad noemt als voorbeelden daarvan dat opzegging soms slechts mag bij een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond, inachtneming van een bepaalde opzegtermijn of een aanbod om schadevergoeding te betalen. Dat lijken mij algemene gezichtspunten. De conclusie dat een

werkgever moet aanbieden om schadevergoeding te betalen aan zijn pensioenfonds bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst, lijkt mij onjuist en een miskennis van de algemene opmerkingen die de Raad presenteert.^[22] Dat geldt temeer wanneer de werkgever heeft opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn. Meer specifiek lijken mij de opmerkingen van de Hoge Raad over samengevat de verantwoordelijkheid die een werkgever heeft voor de pensioenaanspraken van zijn (ex-)werknemers. Ik lees dat als een rechterlijke toetsing van de redelijkheid en billijkheid indien de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst onvoldoende recht doet aan de belangen van de pensioenaanspraken- en rechten. Wellicht dat na de terugverwijzing door de Hoge Raad naar het Hof Amsterdam meer duidelijkheid ontstaat.^[23]

4. Het algemeen pensioenfonds: financieel afgescheiden pensioen

Vanaf 1 januari 2016 kan een werkgever ook kiezen voor een algemeen pensioenfonds als uitvoerder.^[24] Het bijzondere aan dat algemeen pensioenfonds is dat het meerdere juridisch afgescheiden vermogens aanhoudt voor verschillende pensioenregelingen (eigen kringen). Verschillende werkgevers kunnen hun pensioenovereenkomst dus onderbrengen bij één pensioenfonds en hun eigen financieel hek om die pensioenregeling zetten.^[25] Dat is een kleine (r)evolutie omdat art. 123 Pensioenwet voor pensioenfondsen bepaalt dat zij financieel een geheel vormen (het zogenaamde verbod van *ringfencing*). De traditionele collectiviteit en solidariteit betekenen voor pensioenfondsen dat in voor en tegenspoed de pensioenlasten- en lusten worden gedeeld. Het algemeen pensioenfonds maakt het mogelijk voor verschillende werkgevers (en hun (ex-)werknemers) om te profiteren van schaalvoordelen.^[26] Aansluiting bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen is slechts in beperkte gevallen mogelijk.^[27] Veel verzekeraars hebben zich teruggetrokken van de pensioenmarkt, zeker voor uitkeringsovereenkomsten. De lage marktrente zorgt ervoor dat de kiloprijs van pensioen hoog is. Met de stijgende levensverwachting is het goede nieuws dat we langer leven en het slechte nieuws voor het pensioen dat dit duurder is en langer betaald moet worden. Opvallend is dat veel verzekeraars een algemeen pensioenfonds (mede) hebben opgericht.^[28] Een switch van pensioenuitvoerder betekent vaak meerdere wijzigingstrajecten. Het vereist (1) opzegging van de huidige uitvoeringsovereenkomst; (2) aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst; (3) hoogstwaarschijnlijk wijziging van de pensioenovereenkomst; en (4) een medezeggenschapstraject, waarbij mogelijk de OR moet instemmen (zie paragraaf 6). De governance en (mede)zeggenschap bij kringen in het algemeen pensioenfonds is eveneens aandachtspunt.^[29] Bij een wijziging van een verzekerde regeling naar een algemeen pensioenfonds komt de pensioenregeling er onherroepelijk anders uit te zien. Zo is er geen indexatie mogelijk bij een dekkingsgraad <110%^[30] en is korten (afstempelen) van pensioen bij een lage dekkingsgraad mogelijk.^[31]

5. Nieuw: een variabele pensioenuitkering

Ouderdomspensioen wordt levenslang uitgekeerd.^[32] De hoogte van de pensioenuitkering is vanaf de ingangsdatum bekend. Vanaf 1 september 2016^[33] is het *bij premie- en kapitaalovereenkomsten* mogelijk dat een deelnemer kiest voor een variabele pensioenuitkering in plaats van omzetting van

het pensioenkapitaal in een levenslang vaste pensioenuitkering. Bij de premieovereenkomst is de hoogte van de premie bekend maar de hoogte van de pensioenuitkering niet. Die moet uiterlijk op de pensioendatum worden ingekocht tegen inkooptarieven. Bij een lage marktrente is de pensioenuitkering lager. Het pensioenkapitaal kan onder de nieuwe wetgeving in de uitkeringsfase worden doorbelegd. De economische gedachte is dat doorbeleggen leidt tot een hogere pensioenuitkering.^[34] Deelnemers moeten vóór de pensioendatum de keuze worden geboden voor een variabele pensioenuitkering.^[35] Kiest de deelnemer niet, dan ontvangt hij een vaste pensioenuitkering.^[36] De variabele pensioenuitkering is niet mogelijk bij uitkeringsovereenkomsten.^[37] Daar is de hoogte van de pensioenuitkering overeengekomen.^[38]

6. Instemmingsrecht OR bij pensioen

6.1 Wettelijk instemmingsrecht gewijzigd

Vanaf 1 oktober 2016 is het instemmingsrecht van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen gewijzigd. Dat instemmingsrecht is van groot belang bij pensioenwijzigingen. Niet alleen is er de nietigheidssanctie uit de WOR. Instemming van de OR is vaak een indicatie voor de rechtsgeldigheid van een eenzijdige wijziging door de werkgever.

6.1.1 De verduidelijkte reikwijdte van het instemmingsrecht

De OR heeft instemmingsrecht bij een voorgenomen besluit van de ondernemer tot vaststelling, wijziging of intrekking van 'een *regeling op grond van een pensioenovereenkomst*' (art. 27 lid 1 onder a WOR). Evident is dat de OR instemmingsrecht heeft ten aanzien van de pensioenovereenkomst. Daarmee heeft de OR normaliter instemmingsrecht over het *pensioenreglement* omdat die meestal in de arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd.

Verduidelijkt in art. 27 lid 3 is dat de OR bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds geen instemmingsrecht heeft. De cao-exceptie is dus uitgebreid met het pensioenequivalent van de verplichtstelling.^[39]

Het instemmingsrecht is verder hetzelfde bij elke pensioenuitvoerder. Vóór 1 oktober 2016 had de OR bij besluiten van de werkgever tot *wijziging* van de pensioenovereenkomst bij *pensioenfonds* géén instemmingsrecht.^[40] Bij het algemeen pensioenfonds was er zelfs géén wettelijk instemmingsrecht geregeld.^[41] Bij verzekerde regelingen was er volstrekte verwarring of de OR instemmingsrecht had over de uitvoeringsovereenkomst, waarin de financiële afspraken tussen werkgever en pensioenuitvoerder staan. In de wetsgeschiedenis is drie keer aangegeven door de minister dat de OR instemmingsrecht had bij de uitvoeringsovereenkomst.^[42] Toen de nieuwe staatssecretaris dat vervolgens meerdere keren ontkende, was de verwarring compleet.^[43] Het leidde in de literatuur en in de (advies)praktijk tot wisselende standpunten en strategieën.

6.1.2 Instemmingsrecht over de uitvoeringsovereenkomst?

De wet bepaalt nu dat de OR wél instemmingsrecht heeft voor onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst die *van invloed zijn* op de pensioenovereenkomst.^[44] Samengevat zijn dat in ieder geval de wijze waarop de premie wordt vastgesteld, de indexatie-ambitie en -voorwaarden en de keuze voor de pensioenuitvoerder. In de wet staat dat de werkgever de OR moet informeren over

vaststelling, wijziging of intrekking van de uitvoeringsovereenkomst (art. 31 f WOR). De OR moet verder maar alert zijn op andere onderdelen die 'van invloed zijn' op de pensioenovereenkomst. De kleine lettertjes in de wetsgeschiedenis maken duidelijk dat bij twijfel de OR de bewijslast draagt. Deze wet is geframed als een uitbreiding van het instemmingsrecht van de OR. Dat is maar de vraag, gelet op de uittalingen van minister Donner dat de gehele uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht viel. Hoe dan ook is er na deze wetwijziging nog voldoende onduidelijkheid over welke onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst de OR om instemming moet worden verzocht en hoe uitgebreid. Het opstellen en beantwoorden van instemmingsverzoeken over pensioenwijzigingen blijft voer voor (pensioen)specialisten.

6.2 Rechtspraak over instemmingsrecht OR bij pensioen

Veel aandacht was er in de vakpers en Tweede Kamer voor het voorgenomen besluit van Aon om de pensioenregeling bij een Belgische pensioenuitvoerder onder te brengen. In dat kader speelde ook de kwestie waarin de OR van Aon een beroep had gedaan op de nietigheid. Wie goed leest, ziet echter dat de nietigheid zag op het wegvallen van de bijstortverplichting in de uitvoeringsovereenkomst met het Aon pensioenfonds. Aon vorderde een verklaring voor recht dat de OR geen instemmingsrecht had. Zowel de rechtbank als het Hof gaven Aon daarin gelijk. Cruciaal was dat het instemmingsrecht van de OR ging over besluiten van de ondernemer met het pensioenfonds. Dat instemmingsrecht was naar de letter beperkt tot vaststelling of intrekking (dus niet: wijziging) van de pensioenovereenkomst. Volgens het Hof was geen sprake van vaststelling of intrekking van een pensioenovereenkomst.^[45]

Noemenswaardig is dat KLM na de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds vliegend personeel de OR verzocht in te stemmen met de onderbrenging bij een nieuw pensioenfonds. Nadat de OR weigerde, verzocht KLM de kantonrechter om vervangende toestemming ex art. 27 lid 4 WOR. Die vlieger ging niet op, omdat in de cao stond dat de pensioenregeling werd uitgevoerd door het pensioenfonds vliegend personeel. De rechter overwoog dat het KLM gelet op de cao-exceptie van art. 27 lid 3 WOR niet was toegestaan om buiten de vakbond om instemming te verkrijgen van de OR.^[46] De rechtbank komt daarom niet meer toe aan de vraag of de hoge drempel voor vervangende toestemming – onthouden instemming door OR is onredelijk of zwaarwegende bedrijfsredenen rechtvaardigen invoering zonder instemming OR – wordt gehaald. Dat die drempel hoog is illustreert een vonnis van de Rechtbank Rotterdam. Daar verzocht een ondernemer vergeefs vervangende toestemming nadat de OR weigerde in te stemmen met een wijziging van de pensioenregeling en een daarmee samenhangende compensatieregeling.^[47]

7. Werkings sfeer en verplichte deelname

De uitleg van de werkingssfeer in verplichtstellingsbeschikkingen is een trouwe leverancier van jurisprudentie. Zoals Scholten al wist in 1909: woorden zijn op zichzelf nooit duidelijk.^[48] Dat geldt zeker voor werkingssfeerbepalingen, die soms pagina's lang zijn. Naast het arrest *Care4Care/StiPP* over de (niet) vereiste allocatiefunctie voor uitzendondernemingen besliste de Hoge Raad verschillende keren over de vraag of een onderneming in hoofdzaak activiteiten verrichtte die onder metaal en techniek (PMT) vielen. In hoofdzaak betekent meer dan 50% van de activiteiten.^[49] Ook belangwekkende jurisprudentie was er over de rechtsgevolgen van twee verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor één onderneming (bouw of PMT) en verjaring van premievorderingen van die fondsen.

7.1 Uitzendsector: verplichte deelname aan StiPP

Veel aandacht in de arbeidsrechtelijke literatuur was er voor de apotheose over verplichte deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds in de uitzendsector StiPP. Geldt die verplichte deelname ook in gevallen van detachering, payrolling en andere vormen van flexibele arbeid? Illustratief voor de onduidelijkheid daarover was de opmerking van de A-G in zijn conclusie dat sprake was van een festival van verdeeldheid en spraakverwarring in wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur.^[50] Care 4 Care leverde medisch specialistisch personeel aan zorginstellingen (detachering) en betoogde dat zij geen uitzendonderneming was omdat het geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde. De Hoge Raad besliste uiteindelijk dat de allocatiefunctie geen vereiste was om te spreken van uitzendovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:690 BW.^[51] Dat betekent dat veel ondernemingen met flexibele arbeid verplicht deelnemen aan StiPP en premieplichtig zijn. Die premieplicht geldt vanaf het moment dat de ondernemingen onder de verplichtstelling vallen.

7.2 Twee verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen tegelijkertijd?

Uitgangspunt van de wetgeving is dat het niet mogelijk zou moeten zijn dat één onderneming onder de werkingssfeer van twee verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen valt. In de beleidsregels staat dat de verplichtstelling dan niet wordt uitgesproken.^[52] In het *BAM*-arrest van 23 september 2016 stond de vraag centraal of het maken van vangrails onder het verplicht gestelde bedrijfstak bouw (werken ter bevordering van verkeersveiligheid) of onder metaal en techniek (PMT) valt. *BAM* had jarenlang premies betaald aan het bedrijfstakpensioenfonds Bouw. De Hoge Raad liet het na eerdere terugverwijzing gewezen arrest van het Hof Den Haag in stand dat *BAM* onder metaal en techniek (PMT) valt.^[53] Vermeldenswaardig is dat de Hoge Raad tevens in stand liet dat *BAM* niet verplicht was om met terugwerkende kracht premies te betalen aan PMT. Dat zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.^[54] De conclusie dat bedrijfstakpensioenfondsen in geen geval premies met terugwerkende kracht kunnen vorderen, lijkt mij onjuist. Hier ging het om een nogal specifieke situatie waarin het standpunt van *BAM* 'alleszins pleitbaar was' dat bij twee elkaar schijnbaar overlappende werkingssfeerbepalingen niet dubbele werkgeverslasten hoefden te worden afgedragen over dezelfde periode (aan zowel Bouw als PMT). Relevant lijkt mij eveneens dat er voor de werknemers pensioen is ondergebracht en het niveau daarvan.

7.3 Verjaring van premievorderingen over het verleden?

Het belang voor bedrijfstakpensioenfondsen om premies te kunnen vorderen over de periode waarin werknemers onder de werkingssfeer vallen – dus ook over het verleden – is groot. Werknemers die onder de werkingssfeer vallen, kunnen namelijk pensioen bij hen vorderen, zelfs al zijn er geen premies afgedragen.^[55] Pensioenuitvoerders kunnen zich niet met succes op verjaring beroepen jegens hen (art. 59 Pensioenwet). Werkgevers die worden geconfronteerd met premienota's over het verleden, doen vaak (althans hun advocaten) een beroep op verjaring van die pensioenpremie. Vaak is er een andere pensioenvoorziening.

Zoals bekend is de grondslag van de vordering bepalend voor de toepasselijke verjaringstermijn. Voor bedrijfstakpensioenfondsen die betaling van pensioenpremie vorderen, geldt de verjaringstermijn van art. 3:308 BW.^[56] Die premievordering verjaart kort gezegd vijf jaar nadat de vordering opeisbaar is geworden. Dat moment van opeisbaarheid is het moment waarop de onderneming onder de verplichtstelling valt, zo oordeelde de Hoge Raad in 2015.^[57] Is de verjaring

niet tijdig gestuit of was het bedrijfstakpensioenfonds niet op de hoogte van het bestaan van de werkgever, dan is de premievordering verjaard, zo oordeelden zowel het Hof 's-Hertogenbosch als de Rechtbank Noord-Nederland.^[58] Onjuist acht ik de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin werd geoordeeld dat de aanvang van de verjaring ex art. 3:308 BW start op het moment dat het bedrijfstakpensioenfonds bekend raakt met de onderneming.^[59] De volgende verjaringsprocedure zou wel eens kunnen gaan over de vraag of het bedrijfstakpensioenfonds met een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad beter af is. De aanvang van de vijfjaarstermijn bij de verjaring ex art. 3:310 BW start daar immers bij bekendheid met schade en aansprakelijke persoon.

8. Wijziging van de pensioenregeling

8.1 Bevoegdheid tot vaststelling van de pensioenpremies

In 2016 was er een principiële arrest over de bevoegdheid om pensioenpremies vast te stellen door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. De vaststelling van de hoogte van de pensioenpremies wordt soms bij cao geregeld en soms (ook) in het uitvoeringsreglement van een bedrijfstakpensioenfonds. Bovag meende na het verlaten van de Vakraad (vergelijkbaar met cao-overlegorgaan) niet langer gebonden te zijn aan de door PMT opgelegde pensioenpremies. Bovag kreeg in hoger beroep in kort geding gelijk.^[60] In de bodemprocedure oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden echter dat er bij een verplichtstelling geen onderhandelingsvrijheid meer is. De bevoegdheid tot premievaststelling moet dan wel in de statuten en reglementen staan.^[61] Is dat het geval dan zijn werkgevers en hun deelnemers op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 verplicht om de statuten, reglementen en daarop gebaseerde besluiten van het pensioenfondsbestuur na te komen.

8.2 Zorgplicht bij wijziging door werkgever

Werkgevers hebben bij een wijziging van de pensioenregeling een zorgplicht jegens hun werknemers, zo blijkt uit een arrest van het Hof Den Haag van 16 februari 2016.^[62] Een accountantskantoor had niet alleen de pensioenregeling van werknemers gewijzigd van eindloon naar premieovereenkomst maar tevens het opgebouwde eindlooppensioen via waardeoverdracht omgezet naar de premieovereenkomst. Toen de resultaten in die premieovereenkomst zwaar tegenvielen, claimden de werknemers dat hun werkgever zijn zorgplicht had geschonden. Het Hof oordeelt uiteindelijk dat de werkgever de werknemers voldoende had geïnformeerd over de wijziging naar de premieovereenkomst (toekomstige pensioenopbouw), maar onvoldoende over de waardeoverdracht (het verlies van het eindloonkarakter van het opgebouwd pensioen). De werkgever had de plicht om de werknemers te beschermen tegen eventuele lichtvaardigheid en ondoordachtheid door er op te wijzen dat elke beperking van risico werd verlaten. Het Hof achtte de in vrijwaring opgeroepen tussenpersoon aansprakelijk omdat hij onvoldoende op die risico's had gewezen. Hem werd aangerekend dat hij bij voorbeeldberekeningen geen zuivere voorstelling had gegeven door niet mee te nemen dat zonder waardeoverdracht het opgebouwde gegarandeerde pensioen behouden bleef.

9. Pensioen bij overgang onderneming

Kern van het *GOM*-arrest is dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds een koper kan

aanspreken op achterstallige pensioenpremies van de verkoper na een overgang van onderneming.^[63] De uitspraak is belangrijk voor de overnamepraktijk en het due diligence onderzoek. Bij de overname van VBG door GOM was bekend dat er een betalingsachterstand was bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de schoonmaaksector. In de koopovereenkomst was een vrijwaring opgenomen en de betalingsachterstand werd in mindering gebracht op de koopprijs. Toen de verkoper failliet ging, was de vrijwaring waardeloos. Het bedrijfstakpensioenfonds mocht dus aankloppen bij koper GOM. Ondanks dat het bedrijfstakpensioenfonds niet in de wet overgang van onderneming staat genoemd (de wet noemt slechts werknemers), achtte de Hoge Raad haar bevoegd om de achterstallige pensioenpremies van € 1,9 miljoen te verhalen op de koper. De werknemers worden als het ware beschermd via het vorderingsrecht van het bedrijfstakpensioenfonds.

10. Conclusie

Deze kroniek laat zien dat er een gestage stroom is aan pensioenwet- en regelgeving. De Hoge Raad heeft in de verslagperiode veel arresten moeten wijzen over het pensioenrecht. Ongetwijfeld is er nog meer wetgeving en jurisprudentie op komst in 2017. Daarover bericht ik graag in de volgende kroniek pensioenrecht.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. Mark Heemskerk is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat-partner bij held advocaten te Amsterdam.

[2]

Zo laat ik de Wet pensioencommunicatie, *Stb.* 2015, 193 buiten beschouwing.

[3]

De in de vorige kroniek besproken fiscale verhoging van de pensioenleeftijd en verlaging van de pensioenopbouw per 1 januari 2015 laat ik buiten beschouwing. Zie daarover M. Heemskerk, 'Kroniek Pensioenrecht 2014', *TRA* 2015/26.

[4]

Art. 7 lid 1 onder b WGBL.

[5]

Een geslaagd beroep op de pensioenopzegging vereist dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan vóór het bereiken van de pensioenleeftijd.

[6]

B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de Wwz, nuttig of inflexibel?', *ArbeidsRecht* 2015/47; W.C.M. Broersma, 'Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de Wwz?', *TAP* 2015/8.

[7]

Wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 376.

[8]

Ktr. Amsterdam 24 april 2016, *JAR* 2016/98 (*Marie Heinekenplein*).

[9]

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 100 en [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7](#), p. 61.

[10]

G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T Keulaerds, *Parl. Gesch. Wwz*, p. 505. Uitgebreid: M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging', *TAP* 2016/7; vergelijk F.M. Dekker, 'Pensioenontslag(beding)', *TRA* 2016/62.

[11]

Hof Amsterdam 9 juni 2015, *PJ* 2015, 181 (*ABN*); Rb. Midden-Nederland 27 januari 2016, *JAR* 2016/102 (*Achmea*).

[12]

Art. 7a AOW.

[13]

Art. 18a lid 6 Wet op de loonbelasting 1964.

[14]

J.W. Boelhouwer, 'De pensioengerechtigde leeftijd in de Wwz', *ArbeidsRecht* 2015/25.

[15]

Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, *JAR* 2016/112, *PJ* 2016/73, r.o. 3.7; Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, *PJ* 2016/74.

[16]

Art. 23 Pensioenwet.

[17]

Art. 25 lid 1 onder h Pensioenwet.

[18]

Zie Rb. Amsterdam 27 september 2016, *PJ* 2016/161 (*Opzegging pensioenprotocol door KLM*); Rb. Amsterdam 24 juni 2016, *PJ* 2016/138 (*Euronext*).

[19]

HR 6 november 2015, *NJ* 2016/169 (*Nozema*).

[20]

Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, bijlage 2.

[21]

HR 10 juni 2016, *PJ* 2016/101.

[22]

In dezelfde zin Lutjens in zijn noot.

[23]

Volledigheidshalve merk ik op dat ik als advocaat van Alcatel-Lucent optrad in de zaak bij het Hof Den Haag.

[24]

Wet van 23 december 2015, *Stb.* 2015, 549 (Wet algemeen pensioenfonds).

[25]

Zie over APF ook *Asser/Lutjens 7-XI*, 2016/700; A.G. van Marwijk Kooy & J.W. de Bruin, 'Het algemeen pensioenfonds vanuit werkgever en werknemer beschouwd', *ArbeidsRecht* 2016/10 en M.E.C. Boumans & R.M.J.M. de Greef, 'Enkele hoofdlijnen en aandachtspunten van het wetsvoorstel algemeen pensioenfonds', *TPV* 2015/3.

[26]

Kamerstukken II 2014/15, 34117, 3.

[27]

Art. 121 en 121a Pensioenwet.

[28]

'Verzekeraars storten zich massaal op APF', *FD* 4 januari 2016.

[29]

Uitgangspunt is een belanghebbendenorgaan per kring, al kunnen de verschillende belanghebbendenorganen instemmen met één belanghebbendenorgaan (art. 115b lid 3 Pensioenwet).

[30]

Art. 15 lid 2 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen.

[31]

Art. 134 Pensioenwet.

[32]

Art. 15 Pensioenwet.

[33]

Wet verbeterde premieregeling, *Stb.* 2016, 248. Voor een aantal verplichtingen voor pensioenuitvoerders is er uitstel, zie art. 55 Besluit uitvoering pensioenwet.

[34]

[Kamerstukken II 2015/16, 34344, 3](#), p. 1. Rapport LCP, *Optimalisering overgang van opbouw- naar uitkeringsfase premieovereenkomsten*, 2014 en Rapport ORTEC Finance, *Onderzoek naar mogelijkheden van collectieve risicodeling binnen beschikbare premieregelingen*, 2014. Een variabele uitkering en doorbeleggen is niet mogelijk bij een risicoverzekering, zodat het slechts geldt voor ouderdomspensioen en opgebouwd partnerpensioen.

[35]

Art. 63b lid 1 Pensioenwet. Vergelijk E. Lutjens & E. Schop, 'De wet verbeterde premieregeling: analyse en commentaar', *TPV* 2016/38.

[36]

Art. 63b lid 4 Pensioenwet en [Kamerstukken I 2015/16, 34255, D](#), p. 9.

[37]

Art. 10 Pensioenwet jo. art. 1 Pensioenwet.

[38]

Wel mogelijk is een zogenaamde hoog-laag constructie, waarbij de deelnemer kiest om eerst een iets hogere (of lagere) pensioenuitkering te genieten. De laagste uitkering moet minimaal 75% zijn ten opzichte van de hogere uitkering (art. 63 Pensioenwet).

[39]

Terzijde merk ik op dat het bij de verplichtstelling niet de ondernemer is die een besluit neemt maar het pensioenfondsbestuur of sociale partners bij de aanvraag van een verplichtstelling (zie art. 2 Wet Bpf 2000).

[40]

Art. 27 lid 7 (oud) WOR.

[41]

Daarover M. Heemskerck & J. Los, 'Overstappen naar een algemeen pensioenfonds zonder instemming OR?', *TPV* 2016/6.

[42]

[Kamerstukken I 2007/08, 31226, D](#), p. 15; [Kamerstukken I 2007/08, 31226, G](#), p. 5; [Kamerstukken II 2007/08, 31226, 14](#), p. 22.

[43]

[Kamerstukken II 2013/14, 33182, 54](#), p. 4; [Kamerstukken II 2012/13, 33182, 46](#), p. 11.

[44]

Art. 27 lid 7 WOR.

[45]

Hof Den Haag 25 oktober 2016, *PJ* 2016/160 (*OR Aon*).

[46]

Rb. Amsterdam 30 november 2016, *PJ* 2017/4.

[47]

Rb. Rotterdam 15 april 2015, *PJ* 2015/112 (*Biomet*).

[48]

Paul Scholten, *WPNR* 2058, 1909.

[49]

HR 10 juni 2016, *JAR* 2016/172 (*Projectsourcing*).

[50]

Conclusie A-G Van Peurse 3.25.

[51]

HR 4 november 2016, *JAR* 2016/286 (*Care4Care/StiPP*).

[52]

Beleidsregels toetsingskader Wet Bpf 2000.

[53]

HR 23 september 2016, *JAR* 2016/248 (*BAM*); zie HR 27 mei 2011, *NJ* 2011/258 en Hof Den Haag 2 december 2014, *PJ* 2015/10.

[54]

Hof Den Haag 2 december 2014, *PJ* 2015/10, r.o. 2.25.

[55]

Populair vertaald als geen premie, wel recht.

[56]

Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2294 (*Rioolservice*); Rb. Noord-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2906 (*Pointer*).

[57]

HR 13 maart 2015, *PJ* 2015/74 (*Bpf Vervoer*), r.o. 3.3.2.

[58]

Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2294 (*Rioolservice*); Rb. Noord-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2906 (*Pointer*).

[59]

Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, *PJ* 2015/174 (*Bpf Schoonmaak*).

[60]

Hof Den Haag 31 maart 2015, *PJ* 2015/87 (*PMT/Bovag I*).

[61]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, *PJ* 2016/87 (*PMT/Bovag II*). Die bevoegdheid was opgenomen, met uitzondering van de zogenaamde VPL-premie.

[62]

Hof Den Haag 16 februari 2016, *PJ* 2016/43 (*Grindacc*).

[63]

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 (*GOM*).