

# Nieuwsbrief Pensioenrecht

Jaar 2020 | Uitgave 46  
Datum: 10 maart 2021

*In deze aflevering:*

*Recente rechtspraak*



VRIJE  
UNIVERSITEIT  
AMSTERDAM

Expertisecentrum  
Pensioenrecht



*Samengesteld door Prof. dr. Erik Lutjens*



*Pensioen en de toekomst: de VU kijkt verder. Met de geheel vernieuwde leergang Pensioenrecht, zie <https://rechten.vu.nl/nl/opleidingen-voor-professionals/juridisch-pao-leergangen/pensioenrecht/index.aspx>*

**Prof. dr. Erik Lutjens**  
Hoogleraar Pensioenrecht  
Faculteit der Rechtsgelcerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam*  
Expertisecentrum Pensioenrecht  
De Boelelaan 1077 - Initium  
1081 HV Amsterdam  
T (020) 59 86268 | M 06 52 418408 |  
E [e.lutjens@vu.nl](mailto:e.lutjens@vu.nl) |  
I: [www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/](http://www.rechten.vu.nl/expertisecentrumpensioenrecht/)

Advocaat bij ]  
DLA Piper Nederland N.V.  
Amstelveenseweg 638  
1081 JJ Amsterdam  
P.O. Box 75258  
1070 AG Amsterdam –  
M 06 52 418408  
E [erik.lutjens@dlapiper.com](mailto:erik.lutjens@dlapiper.com)

## Rechtspraak

Een selectie van de belangrijkste in het tweede halfjaar 2020 en januari 2021 gepubliceerde rechtspraak. Zie voor volledige overzichten met aantekeningen het tijdschrift PensioenJurisprudentie ("PJ").

### Verplichtstelling

#### **Hof Den Haag 22 december 2020 – verplichtstelling zelfstandigen**

*De verplichtstelling van deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Schilders geldt mede voor zelfstandige schilders. De overeenkomst die aan de verplichtstelling ten grondslag ligt heeft geen de mededinging beperkende strekking en er is onvoldoende onderbouwd dat deze merkbare gevolgen voor de schilders ten aanzien van de mededinging heeft. Ook is geen misbruik door het bedrijfstakpensioenfonds gebleken. Er is dus niet vast komen te staan dat de verplichtstelling voor zelfstandigen in strijd is met het mededingingsrecht.*

#### **Rechtbank Amsterdam 2 december 2020 – verplicht is verplicht**

*Een aantal werkgevers meent dat de minister de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds niet had mogen uitspreken (evenals de algemeen verbindend verklaring van de cao voor de sector). Zij vragen buiten toepassing verklaring. De rechtbank oordeelt dat de minister daartoe niet bevoegd is. De reactie van de minister op het verzoek is geen besluit (waar bezwaar of beroep tegen mogelijk is) maar een informatieve mededeling. De rechtbank overweegt dat er een specifieke procedure is voor verplichtstelling met mogelijkheid van bedenkingen.. Indien dat is doorlopen en een besluit tot verplichtstelling is genomen, kan dat niet door een besluit op verzoek van werkgevers buiten toepassing blijven, mede omdat er voor intrekking van de verplichtstelling in de Wet een specifieke regeling is vastgesteld.*

#### **Rechtbank Rotterdam 11 februari 2021 – handelsrente en incassokosten**

*Het geschil betreft premiebetaling, incassokosten en rente aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds resp. cao-fondsen. Omdat de premie is voldaan, gaat het alleen nog om de incassokosten en de rente. Incassokosten wijst de rechtbank af omdat geen relevante werkzaamheden zijn verricht. Voor het pensioenfonds wijst de rechtbank overeenkomstig het uitvoeringsreglement handelsrente toe en voor de cao fondsen conform hun reglementen wettelijke rente ter grootte van euro 20,12 voor het pensioenfondsen en de cao fondsen gezamenlijk 55 eurocent.*

#### **Rechtbank Midden-Nederland 20 januari 2021 – betekenis woorden zelfstandige beroepsbeoefenaar**

*Verplichtstelling PFZW. Uitgezonderd was 'de natuurlijke of rechtspersoon die als zelfstandige eerste- of tweedelijns vrije beroepsbeoefenaar zorg verleent.' Het gaat om de uitleg en wel van het begrip 'zelfstandige vrije beroepsbeoefenaar en niet om het opvullen van een hiaat. Uitgangspunt bij de uitleg van het begrip 'zelfstandige vrije beroepsbeoefenaar' is de betekenis die daaraan in het maatschappelijk verkeer toekomt. Het begrip ziet naar dagelijks taalgebruik op hen die een - veelal specialistisch - beroep uitoefenen en daarbij zelfstandig, onafhankelijk en voor eigen rekening en risico werken. Dat PFZW hierbij de omvang van de onderneming als medebepalende factor heeft aangemerkt, is in zoverre begrijpelijk dat de vrije beroepen van oudsher in een kleine setting plegen te worden beoefend. De kennelijke strekking van de uitzondering, mede gezien de beperkte omvang van deze groep, om uitsluitend de vrije beroepsbeoefenaars die alleen werken uit te zonderen van verplichte deelneming. Het gaat daarbij om natuurlijke personen die zelf het ondernemersrisico van hun beroepsverrichtingen dragen en om rechtspersonen, de zogeheten praktijkvennootschappen, waarin deze natuurlijke personen hun beroepsbeoefening hebben ondergebracht en waarin zijzelf de enige vrije beroepsbeoefenaar zijn.*

**Rechtbank Midden-Nederland 27 januari 2021 – uitlenen van werknemers: wie verleent de zorg?**

*De onderneming die zorg verleent valt onder de verplichtstelling van PFZW. De werkgever Lemeey is van mening dat zij niet onder de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit valt, omdat zij geen werkgever is die zelf (verslavings)zorg of hulp verleent. Zij stelt daartoe dat de activiteiten van de vennootschap gericht op het uitlenen van personeel en het verlenen van administratieve en ondersteunende diensten binnen een groep van ondernemingen en stichtingen. In dat kader worden onder meer werknemers uitgeleend aan zorgverleners binnen de groep. De rechtbank is van oordeel dat uit de bepalingen uit de uitbestedingsovereenkomst tussen Lemeey en de andere groepsonderneming blijkt dat Lemeey zelf zorg verleent. De andere onderneming heeft de feitelijke levering van GGZ-zorg namelijk aan Lemeey uitbesteed. Lemeey verleent die zorg met haar eigen werknemers en zij ontvangt hiervoor een vergoeding. Het argument dat er sprake is van uitzending van personeel wordt verworpen omdat de juridische en feitelijke situatie daar niet op duidt.*

**Verjaring****Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020 – vordering niet bekend, geen verjaring**

*Dit is het vervolg op de uitspraak van het hof van 15 oktober 2019, PJ 2020/8 waar het hof oordeelde dat in verband met de verjaring niet al sprake is van opeisbare premies indien het fonds niet met de onder de verplichtstelling vallende werkgever bekend is. Tevens had het hof geoordeeld dat aangenomen wordt dat de verplichtstelling vanaf 1991 van toepassing was. De werkgever werd tot tegenbewijs toegelaten. In het onderhavige arrest oordeelt het Hof dat de werkgever niet in dat bewijs is geslaagd. Derhalve is de premievorderingen vanaf 1991 toewijsbaar plus rente vanaf dat jaar.*

**Onjuiste informatie****Hof Den Bosch 8 december 2020 – informatie is geen rechtshandeling**

*Het pensioenfonds communiceert aanvankelijk een te hoog bedrag aan ouderdomspensioen. Het Hof benadrukt dat pensioenafspraken zijn vastgelegd in de pensioenovereenkomst, dat het fonds slechts uitvoerder is dat de werknemer geen ruimere afspraken kan maken dan vastgelegd in het pensioenreglement. De verstrekte informatie is geen rechtshandeling. Van het gestelde nadeel is geen feitelijke onderbouwing gegeven, zodat hier geen rekening mee gehouden wordt.*

**Opzegging uitvoeringsovereenkomst****Hof Den Haag 9 februari 2021 – werkgever schadeplichtig**

*Anders dan rechtbank oordeelt het hof in hoger beroep dat de omstandigheid dat er sprake is van een duurovereenkomst in dit geval noopt tot schadevergoeding. Dat de overeenkomst de gevolgen van opzegging regelt en geen leemte bevat acht het hof, anders dan de rechtbank, er niet aan in de weg te staan dat er een vergoeding verschuldigd. De bedoeling gelet op de ontstaansgeschiedenis laat het hof meewegen.*

**Wijziging****Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020 – wijziging karakter, goed werknemer**

*Wijziging in 2004 van streefregeling in vorm van kapitaalverzekering gericht op eindloonpensioen naar een premieovereenkomst met instemming van de ondernemingsraad maar zonder (het vragen van) instemming van de werknemers. De werkgever was niet gerechtigd deze wijziging aan te brengen, maar toch geen recht op voortzetting van de oude regeling. Deze kon door gewijzigde eisen van de toezichthouder wat betreft de prudente rekenrente niet meer ongewijzigd worden voortgezet en continuering van de streefregeling zou aanzienlijke lasten voor de werkgever meebrengen. Het kan niet verlangd worden dat de werkgever deze lastenverzwaring zonder enige vorm van compensatie alleen draagt. Maar aan de andere kant kan van de werknemer niet verwacht worden dat hij volledig met het beleggingsrisico in de nieuwe premieovereenkomst wordt belast zonder enige compensatie. Daarom was dit niet een regeling die in redelijkheid niet door de*

*werknemers geweigerd mocht worden. Dat de werknemers schade hebben geleden is echter niet voor alle betrokkenen inzichtelijk onderbouwd, zodat die vordering in zoverre toch wordt afgewezen.*

### **Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2012 – geen handelen in strijd met goed werknemerschap**

*Met werknemers is overeengekomen dat geen pensioenpremie verschuldigd is. Dat is onderdeel van hun pensioenovereenkomst, welke op zijn beurt een van de arbeidsvoorwaarden is. De arbeidsovereenkomst bevat geen eenzijdig wijzigingsbeding. Statuten en reglementen van het pensioenfonds zijn onderdeel (schriftelijk!) van de arbeidsovereenkomst. Ook deze bevatten, volgens de uitleg van het hof, geen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. Nieuw pensioenreglement bevat een premieplicht. Werknemers weigeren daarmee in te stemmen. Dat is niet onaanvaardbaar na toetsing aan criteria van Stoof/Mammoet ([ECLI:NL:HR:2008:BD1847](#)). Positief advies van de ondernemingsraad is een bij de door de rechter te maken afweging te betrekken, maar geen doorslaggevende omstandigheid.*

## **Indexatie**

### **Hof Den Bosch 19 januari 2021 – dezelfde regeling toegezegd**

*Zie voor het tussenarrest van 7 januari 2020, PJ 2020/37. In dat arrest oordeelde het hof dat de werkgever een inspanningsverplichting had om de voorwaardelijke – dat wel – indexatie in financiële zin mogelijk te maken. Tot 2013 had de werkgever indexatie mogelijk gemaakt door stortingen bij de verzekeraar. Vanaf 2013 niet meer. In mijn aantekening in PJ 2020/37 merkte ik op dat het arrest vragen oproept omtrent de grondslag van de inspanningsverplichting en het bepalen van de inhoud daarvan. In dit eindarrest heeft het Hof het niet meer over een inspanningsverplichting. Thans baseert het hof zich op de pensioenovereenkomst die inhoudt dat de werknemer recht heeft op een pensioenregeling die “comparable in all material respects” is met de voorwaarden van de reglementen van het Philips Pensioenfonds. Op grond daarvan oordeelt het Hof dat er een verplichting is dezelfde indexering te betalen als het Philips Pensioenfonds aan haar gerechtigden toekent. Anders dan het tussenarrest, acht ik dit een plausibele benadering gebaseerd op een aannemelijk uitleg van de pensioenovereenkomst. Dit lijkt op hetgeen aan de orde was in het arrest van de Hoge Raas van 20 april 2001 PJ 2001/54 inzake Pensioenfonds Kemira. Daar was sprake van een voorwaardelijke toeslag waarbij in het reglement van het pensioenfonds was bepaald dat voor toeslagverlening “het beleid wordt gevolgd, hetwelk voorheen ten aanzien van de ingegane pensioenen bij de Stichting Pensioenfonds ‘Protector’ gebruikelijk was’. De gebruikelijke feitelijke invulling van dat beleid in de “voorheen” situatie gaf hiermee volgens de rechtbank inhoud aan de verplichting van het Pensioenfonds tot toekenning van indexatie. Dit acht ik de juiste benadering. Indien de overeenkomst of het reglement zodanig expliciet en onvoorwaardelijk naar het beleid of regeling van een ander pensioenfonds verwijst als geldende norm voor toekenning van indexatie, is dat bindend.*

### **Hof Amsterdam 23 februari 2021 – de nuance van de woorden**

*Werknemers vorderen nakoming van de indexeringsbepaling. Ook in dit geding gaat het om de vraag of de indexatie voorwaardelijk of onvoorwaardelijk is. Het reglement bepaalt dat pensioenen “worden verhoogd” en dat dit wordt gefinancierd met beschikbaar komende overrente. Het hof oordeelt dat uit de verzekeringsovereenkomst of reglement niet volgt dat een surplus aan overrente gereserveerd moet worden voor toekenning van indexatie in volgende jaren maar dat naar de overrente per jaar gekeken moet worden. Die uitleg is gebaseerd op de regel in art. 17 lid 3 reglement dat de “onder 1 bedoelde verhoging” met beschikbare overrente wordt gefinancierd, terwijl de onder 1 bedoelde verhoging is het “Jaarlijks” verhogen. Deze combinatie van teksten geeft grond om aan te nemen dat de jaarlijks beschikbare overrente alleen voor de verhoging in dat jaar bedoeld is. De woorden zijn zo blijkt weer van het allergrootste belang. Was iets anders bedoeld, dan hadden afspraken vastgelegd moeten zijn over reservering, in een depot of anders, van overrente in enig jaar voor indexering in volgende jaren. Wel wordt de vordering tot schadevergoeding wegens toegekende te lage indexatie over het verleden toegewezen. Die te lage indexatie was veroorzaakt doordat de beschikbare overrente in strijd met het reglement over een te grote groep gerechtigden was verdeeld.*

## Richtlijn 2016/2341 en MVEV

### **CBB 23 februari 2021 – geen volledige ontheffing voor beginnend kring in Apf**

*Dit is het beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg van de Rechtbank Rotterdam 27 augustus 2019, PJ 2020/14. Het College ziet zich geplaatst voor de beantwoording van de vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat DNB in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de door appellante op grond van artikel 141 van de Pensioenwet gevraagde volledige ontheffing van de MVEV-component voor overlijdensrisico als bedoeld in artikel 11, vijfde lid, van het Besluit FTK niet te verlenen. Het gegeven dat de wettelijke berekeningssystematiek van het MVEV ingevolge artikel 11 van het Besluit FTK bij de startende DC-kring van [naam I] tot een relatief hoog MVEV leidt (ten opzichte van een gevorderde, stabiele situatie van de kring), maakt dat de DC-kring van [naam I] zich in een specifieke situatie bevindt. Het onverkort toepassen van de wettelijke berekeningssystematiek resulteert in het aanhouden van een te hoge buffer (23,4% van de technische voorzieningen) door [naam I] ten aanzien van de DC-kring gelet op de risico's in de DC-kring. Het College is van oordeel dat DNB gelet op het voorgaande bevoegd was om op grond van artikel 141, eerste lid, van de Pw aan appellante geheel of gedeeltelijk ontheffing van de MVEV-component voor het overlijdensrisico te verlenen. Mar de wet geeft geen ruimte voor het verlenen van een volledige ontheffing. Het College oordeelt dat DNB in redelijkheid tot het genomen besluit had kunnen komen, zulks mede op grond van de grondige analyse van de herverzekeringsvoorwaarden die onder meer geen 'waterdichte aansluiting' inhouden ('een garantie dat elke vorm van overlijdensrisico altijd wordt gedragen door de derde').*

### **Rechtbank Den Haag 10 februari 2021 – buffereisen**

*Dit is de procedure van de KBO tegen de staat waarbij wordt aangevoerd dat de Pensioenwet in strijd is met art. 15 richtlijn 2016/2341 (IBPV/IORP-richtlijn). Volgens de vordering wordt ten onrechte een surplus geëist voor premieovereenkomsten waarbij de fondsen geen biometrisch risico lopen. De zaak gaat uit als een nachtkaaars, omdat dergelijke fondsen niet bestaan (want er is altijd een risico dat het fonds loopt ter zake van levensverwachting en sterfte). Dan wordt er geprocedeerd over een fictieve niet bestaande situatie en dan kan ook niet worden geoordeeld dat de Pensioenwet niet klopt voor een zodanig niet bestaande situatie. Art. 15 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat IBPV's een permanent een buffer moeten aanhouden indien zij zelf biometrische risico's verzekeren (hetgeen het geval is in Nederland), dan wel beleggingsrendement of de hoogte van een uitkering garanderen (hetgeen niet het geval is in Nederland). Deze regel differentieert niet naar karakter van een pensioenovereenkomst. Dit geldt dus ook voor premieovereenkomsten. De vordering was gericht op een CDC-regeling, maar aan die duiding kent de rechtbank terecht geen betekenis toe, omdat dit op zichzelf nog niets zegt over het karakter in termen van art. 10 Pensioenwet. Een pensioenfonds mag/moet onder omstandigheden tot korten van aanspraken of rechten overgaan. Daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat het fonds de biometrische risico's niet meer verzekert. Hier komt nog bij dat art. 15 lid 3 van de richtlijn inhoudt dat de regel van lid 1 onverlet laat dat lidstaten IBPV's verplichten "tot instandhouding van het voorgeschreven eigen vermogen" mits dit vanuit prudentieel oogpunt gerechtvaardigd is. Indien een pensioenfonds geen enkel risico verzekert (zelf draagt) zou zich de situatie kunnen voordoen dat het aanhouden van een surplus geen enkel doel dient. Dan zou art. 15 voor een daartoe verplichtende bepaling geen grond geven. Dat is echter niet het geval en lijkt ook bij de toekomstige premieovereenkomsten niet het geval te zijn, tenzij de vormgeving zo zou worden dat het fonds (ook) geen enkel risico draagt voor onder meer de ontwikkeling van de levensduur.*

## Arbeidsongeschiktheid

### **Hof Amsterdam 10 november 2002 – uitlooprisko**

*Pensioentoezegging uitgevoerd via C-polis. Bepalend voor rechten tegen over verzekeraar is daarom de verzekeringsovereenkomst niet de pensioenovereenkomst met de werkgever. Dienstverband is geëindigd per 1 mei 2003. Per 1 maart 2003 was werknemer arbeidsongeschikt. Per 2 maart 2004 ontvangt werknemer een WAO uitkering. Volgens de verzekeringsvoorwaarden vervalt de verzekering bij arbeidsongeschiktheid bij einde dienstverband. Daarom geen recht op WAO hiaat. Geen strijd met de Wet op de medische keuringen, want de verzekering is zonder keuring tot stand gekomen.*

## Beroep Verantwoordingsorgaan

### Ondernemingskamer 5 november en 23 december 2020 – negatief advies over collectieve waardeoverdracht

*Betreft beroep Verantwoordingsorgaan AVH. In de eerste procedure oordeelt de OK dat het fonds in redelijkheid niet tot het bestreden CWO-besluit kon komen. Criterium: pensioenfonds moet voor zorgvuldige medezeggenschap zorgen en daartoe onder meer het advies aan het VO op zodanig tijdstip vragen dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn. Dat is hier niet gebeurd: voor dat de gestelde adviestertermijn is verstreken besluit het fonds al tot CWO op basis van een overeenkomst die afwijkt van de ter advies voorgelegde overeenkomst.*

*In de tweede procedure heeft het fonds het huiswerk overgedaan (na overigens tussentijds nog bij besluit het VO het recht ontzegd had met de zelf gekozen adviseur/advocaat verder te gaan, dat natuurlijk volstrekt indruist tegen alle regels van zorgvuldig respecteren rechten VO welk besluit in Kort Geding dan ook volkomen terecht door de rechtbank Den Haag 9 december 2020 niet rechtsgeldig is bevonden). Het VO blijft bezwaren houden, maar toch kan het besluit doorgaan omdat het bestuur alle aspecten zorgvuldig heeft afgewogen en uit alternatieven een besluit moest nemen en dat is nu eenmaal de taak van het bestuur.*

## Instemmingsrecht OR

### Rechtbank Noord Holland 19 oktober 2010 – uitvoering conform instemming

*Ondernemingsraad geeft instemming aan besluit tot wijziging van de pensioenregeling inclusief het onderbrengen bij een andere uitvoerder. De OR stelt dat de toezeggingen over indexering niet worden nagekomen. De rechtbank oordeelt dat gelet op de tekst van de instemmingsaanvraag duidelijk sprake is van slechts verwachtingen. Een ander punt betreft het doorschuiven van tekorten. Dat staat niet in de instemmingsaanvraag. Wel het doorschuiven van overschotten. De rechtbank oordeelt dat dit ook geldt voor tekorten dat immers een negatief overschot is. Er is niet gehandeld in strijd met het besluit waarop instemming is verleend.*

*Het verzoek om een nieuw besluit ter instemming voor te leggen wordt afgewezen. Art. 27 WOR geeft geen basis om de werkgever hiertoe verplicht te achten.*

## Binding aan reglementen

### Rechtbank Limburg 20 november 2019 (in 2021 gepubliceerd) – contractuele binding, onderzoekplicht en informatieplicht werkgever

*Werknemers met een WW uitkering bouwen pensioen op bij ABP. Werkgever heeft aan ABP niet doorgegeven dat er ex-werknemers met een WW-uitkering zijn. De achteraf over het verleden alsnog door ABP opgelegde premies zijn terecht opgelegd en door de werkgever verschuldigd. Argumenten over onbekendheid dat een werknemer WW had gaan niet op want op grond van het uitvoeringsreglement was de werkgever gehouden de betreffende gegevens te verstrekken. Dat ABP ook zelf de informatie had kunnen verkrijgen is om dezelfde reden niet relevant. Niet onrechtmatig, nu het aan de werkgever zelf is te wijten dat over een lange periode over verleden nog premies worden opgelegd.*

## Administratief bezwaar

### Rechtbank Rotterdam 26 februari 2021 – te laat

*FNV maakt bezwaar tegen de door DNB verleende instemming aan de overdracht van de rechten uit de verzekering van Optas naar Aegon. Het bezwaar heeft DNB terecht niet ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. Immers FNV was door mededeling van DNB in april al bekend met dit instemmingsbesluit. Dan gaat de bezwaartermijn van in dit geval 2 weken lopen. Dat de precieze inhoud en tekst van het besluit pas later bekend is geworden doet er niet toe.*