

– Kroniek

Pensioenrecht 2023

— door **Mark van Benthem, Bastian Bodewes, Annemiek Cramer,**
Jan Aart van de Hoef en Wim Thijssen
 beeld **Floris Tilanus**

De pensioenwereld is in de ban van de grote pensioenhervorming op grond van de Wet toekomst pensioenen die op 1 juli 2023 in werking is getreden. De belangrijkste aspecten van de Wtp komen in deze Kroniek Pensioenrecht aan de orde, naast de vele voor de ontwikkeling van het pensioenrecht relevante rechtspraken uit het afgelopen jaar. De Wtp is nog te recent ingevoerd om al tot principiële uitspraken te hebben geleid.

WETGEVING EN BELEID

De Wet toekomst pensioenen¹ (Wtp) houdt in een notendop samengevat² in dat:

- pensioenregelingen uiterlijk vanaf 2028³ de vorm van een van de drie wettelijk voorgeschreven typen premieovereenkomsten⁴ met leeftijdsafhankelijke premie⁵ moeten hebben;
- bij pensioenfondsen de hoofdregel is dat alle bestaande pensioenen worden omgezet in pensioenen volgens de nieuwe premieovereenkomst die bij het pensioenfonds gaat gelden ('invaren');⁶
- leeftijdsafhankelijke premie voor bestaande werknemers onder specifieke omstandigheden kan worden gehandhaafd vanaf de overgang naar het nieuwe type premie-

overeenkomst voor nieuwe werknemers (hiermee ontlopen werkgevers de complexe compensatieproblematiek⁷ voor overgang van leeftijdsafhankelijke naar leeftijds-onafhankelijke premie);⁸

- werkgevers en werknemers een transitieplan moeten opstellen voor de overgang naar het nieuwe pensioenstelsel.⁹

Pensioenovereenkomsten onder de Wet toekomst pensioenen

De drie typen van onder de Wtp toegestane pensioenovereenkomsten zijn de solidaire premieovereenkomst, de flexibele premieovereenkomst en de premie-uitkeringsovereenkomst.¹⁰ Uit de tabel hierna blijken de hoofdlijnen en meest markante verschillen:¹¹

Solidaire premieovereenkomst	Flexibele premieovereenkomst	Premie-uitkeringsovereenkomst
Collectief beleggingsbeleid in de opbouwfase en de uitkeringsfase	In de opbouwfase individueel beleggingsbeleid op basis van life cycles met bevoegdheid om individuele beleggingskeuzes aan te bieden; in de uitkeringsfase bij variabel pensioen individueel of collectief doorbeleggen	In de opbouwfase individueel beleggingsbeleid op basis van life cycles met bevoegdheid om individuele beleggingskeuzes aan te bieden
Variabel pensioen	Variabel of vastgesteld pensioen	Variabel of vastgesteld pensioen
Solidariteitsreserve ter waarborging van de stabiliteit van pensioenuitkeringen met toedelingsregels voor uitdelingen	Optionele risicodelingsreserve ter waarborging van de stabiliteit van pensioenuitkeringen met toedelingsregels voor uitdelingen (bij verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds verplicht)	Vijftien jaar voor de AOW-datum keuze om voor de toekomst jaarlijks vastgesteld pensioen onder te brengen
Op pensioendatum geen shoprecht	Bij verzekeraar shoprecht Bij pensioenfonds beperkt shoprecht als het pensioenfonds de gewenste uitkeringsvorm (variabel pensioen of vastgesteld pensioen) niet aanbiedt	Vijftien jaar voor de pensioendatum keuze voor omzetting opgebouwd kapitaal in vastgesteld pensioen in combinatie met jaarlijkse aanwending premie voor vastgesteld pensioen

Invaren

Hoewel invaren bij verzekeraars niet per se onmogelijk is, zal dat in de praktijk niet voorkomen en richt de wetgeving zich bij uitstek op pensioenfonds. ¹² In de werkgever-werknemersfeer is invaren de hoofdregel, in die zin dat voor een niet-invaarbesluit strenge wettelijke motiveringseisen gelden. ¹³ Wordt bij het pensioenfonds geen invaarverzoek gedaan, dan wordt niet ingevaren. Mocht het pensioenfonds invaren juist wenselijk vinden vanuit de optiek van een beheerste en integere bedrijfsvoering, dan zou het pensioenfonds het niet-invaarverzoek kunnen aanvechten op grond van motiveringsgebreken. Binnen een pensioenfonds geldt invaren als hoofdregel, zodat voor het rechtsgeldig weigeren door een pensioenfonds om een invaarverzoek uit te voeren strenge wettelijke motiveringseisen gelden. ¹⁴ Werkgevers en werknemers die een invaarverzoek geweigerd zien, kunnen die weigering dan aanvechten op grond van motiveringsgebreken.

Binnen een pensioenfonds gelden governance waarborgen voor invaren, ¹⁵ maar betrokkenen hebben geen individueel instemmingsrecht of bezwaarrecht. Dit roept de vraag op of onder omstandigheden sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht. In de werkgever-werknemersfeer geldt wel de waarborg dat voor invaren een gebruikelijk traject voor wijziging van arbeidsvoorwaarden moet worden gevolgd. Het ontbreken van een individueel instemmingsrecht of bezwaarrecht is onderwerp geweest van vertrouwelijke adviezen van de landsadvocaat aan de regering. Een vordering tot openbaarmaking daarvan werd vanwege het vertrouwelijke karakter daarvan afgewezen door rechtbank Den Haag (13 februari 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:1687).

Eerbiedigende werking

Als een pensioenfonds vóór 1 juli 2023 een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie uitvoerde, mag de

leeftijdsafhankelijke premie voor bestaande werknemers worden gehandhaafd vanaf de overgang naar het nieuwe type premieovereenkomst voor nieuwe werknemers. Als een verzekeraar vóórdat een werkgever overgaat op een nieuw type premieovereenkomst voor de werkgever een premieovereenkomst met leeftijdsafhankelijke premie uitvoerde, mag de leeftijdsafhankelijke premie voor bestaande werknemers worden gehandhaafd vanaf de overgang naar het nieuwe type premieovereenkomst voor nieuwe werknemers. ¹⁶

Deze eerbiedigende werking is voor de praktijk van groot belang omdat daarmee de compensatieproblematiek kan worden ontweken. Die compensatieproblematiek ontstaat door de verplichte overgang naar leeftijdsonafhankelijke premie: die heeft immers tot gevolg dat relatief oudere werknemers van jaar tot jaar minder pensioen gaan opbouwen ('degressieve pensioenopbouw'). In het tot 1 juli 2023 geldende stelsel steeg de premie in de regel met de leeftijd om tijdsevenredige pensioenopbouw te kunnen realiseren.

Transitieplan

In het wettelijk verplichte transitieplan staat in hoofdlijnen welk type premieovereenkomst gaat gelden, het al dan niet invaarbesluit en de eventuele compensatieregeling. ¹⁷ Daarbij gelden strikte motiveringseisen. Momenteel worden transitieplannen opgesteld tussen de sociale partners aangesloten bij de grote pensioenfonds. ¹⁸

Procesrechtelijke aspecten van de Wet toekomst pensioenen

Ten behoeve van werkgevers(organisaties) en werknemers(organisaties) is een Transitiecommissie in het leven geroepen die kan bemiddelen of die bindend advies kan geven over een transitieplan. ¹⁹

Geheel nieuw is sinds 2024 de Geschilleninstantie Pensioenfonds (GIP) voor de behandeling van klachten over de uit-



voering van pensioenregelingen door pensioenfondsen.²⁰ De al bestaande Ombudsman Pensioenen is daarin ondergebracht. GIP is de tegenhanger van het Kifid waar klachten over de uitvoering van pensioenregelingen door verzekeraars aanhangig kunnen worden gemaakt.

RECHTSPRAAK

Wijziging van de pensioenovereenkomst

Alleen wanneer de werkgever een (ten opzichte van de belangen van de werknemer)²¹ voldoende zwaarwegend belang heeft, is eenzijdige wijziging van een pensioenovereenkomst mogelijk. In 2022 oordeelde de Hoge Raad dat werkgevers pensioenovereenkomsten *collectief* kunnen wijzigen op grond van artikel 7:611 BW, als een eenzijdig wijzigingsbeding (artikel 7:613 BW en/of artikel 19 Pensioenwet) ontbreekt.²² Zo'n wijziging is rechtsgeldig als de werkgever een redelijk voorstel doet, dat de werknemer in redelijkheid niet mag weigeren.

Maar wat als de werknemer wél weigert? Op welke grondslag kan de werkgever de nieuwe pensioenovereenkomst dan toepassen? Volgens gerechtshof Den Haag kan de werknemer vanwege 'de aard der verplichting' (artikel 3:296, lid 1 BW), die mede tot uitdrukking komt in artikel 7:611 BW, geen nakoming meer vorderen van de oude pensioenovereenkomst als de wijziging op zichzelf rechtsgeldig was.²³ Sagel noemt een andere grondslag met een gelijke uitkomst: de werknemer die niet instemt met een redelijk voorstel pleegt wanprestatie en is schadevergoeding in natura verschuldigd, bestaande uit het vervallen van de voorheen geldende arbeidsvoorwaarde.²⁴

Een struikelblok voor wijziging is het dwingendrechtelijke artikel 20 Pensioenwet, dat sinds 2007²⁵ iedere wijziging van reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten verbiedt.²⁶ De Hoge Raad oordeelde in het AFM-arrest van 21 april 2023 (ECLI:NL:HR:2023:661) dat indexering wél mag worden gewijzigd wanneer is overeengekomen dat opgebouwde pensioenaanspraken worden geïndexeerd tijdens deelnemerschap. In dat geval kent de indexatietoezegging een 'voorwaardelijk element', dat niet onder het wijzigingsverbod valt.

De praktijk blijft nog wel met vragen achter. Geldt deze AFM-uitzondering alleen voor indexatie of ook voor nominaal pensioen?²⁷ En wanneer kent een pensioenaanspraak een 'voorwaardelijk element', zodat artikel 20 Pensioenwet niet geldt? Heeft de Hoge Raad alleen deelnemerschap als voorwaardelijk element geaccepteerd of zijn ook andere voorwaardelijke elementen denkbaar? Kan een voorwaardelijk element bijvoorbeeld bestaan uit een toegezegde indexering die afhankelijk is van de CPI-index? In dat geval kan worden gesteld dat de indexatie niet vooraf kan worden afgefinancierd nu de hoogte daarvan onbekend is, terwijl de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de bescherming van artikel 20 Pensioenwet 'slechts gerechtvaardigd' is wanneer er reeds vermogen is of had moeten worden afgezonderd. Of zou overeengekomen uitstelfinanciering zo'n voorwaardelijk element kunnen zijn?

Verder niet verrassend maar wel interessant en tot 2028 actueel: anticiperen op de Wtp levert (anders dan het verplicht moeten voldoen aan de Wtp vanaf de daarvoor in de wet gestelde deadlines) geen zwaarwichtig belang op voor eenzijdige wijziging, tenzij aannemelijk is dat de huidige

regeling nergens meer, ook niet meer bij de huidige uitvoerder, kan worden ondergebracht. Zie rechtbank Rotterdam 13 januari 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:175; geen wijziging) en rechtbank Noord-Holland 11 januari 2023 (ECLI:NL:RBNHO:2023:202). In deze laatste zaak werd de vordering tot nakoming van de oude, door de werkgever eenzijdig gewijzigde eindloonregeling afgewezen, mede omdat de werkgever voldoende overtuigend voor het voetlicht bracht dat door de aanstaande Wtp geen enkele partij nog een eindloonregeling zou willen uitvoeren.

Verplichtingen uit uitvoeringsovereenkomst

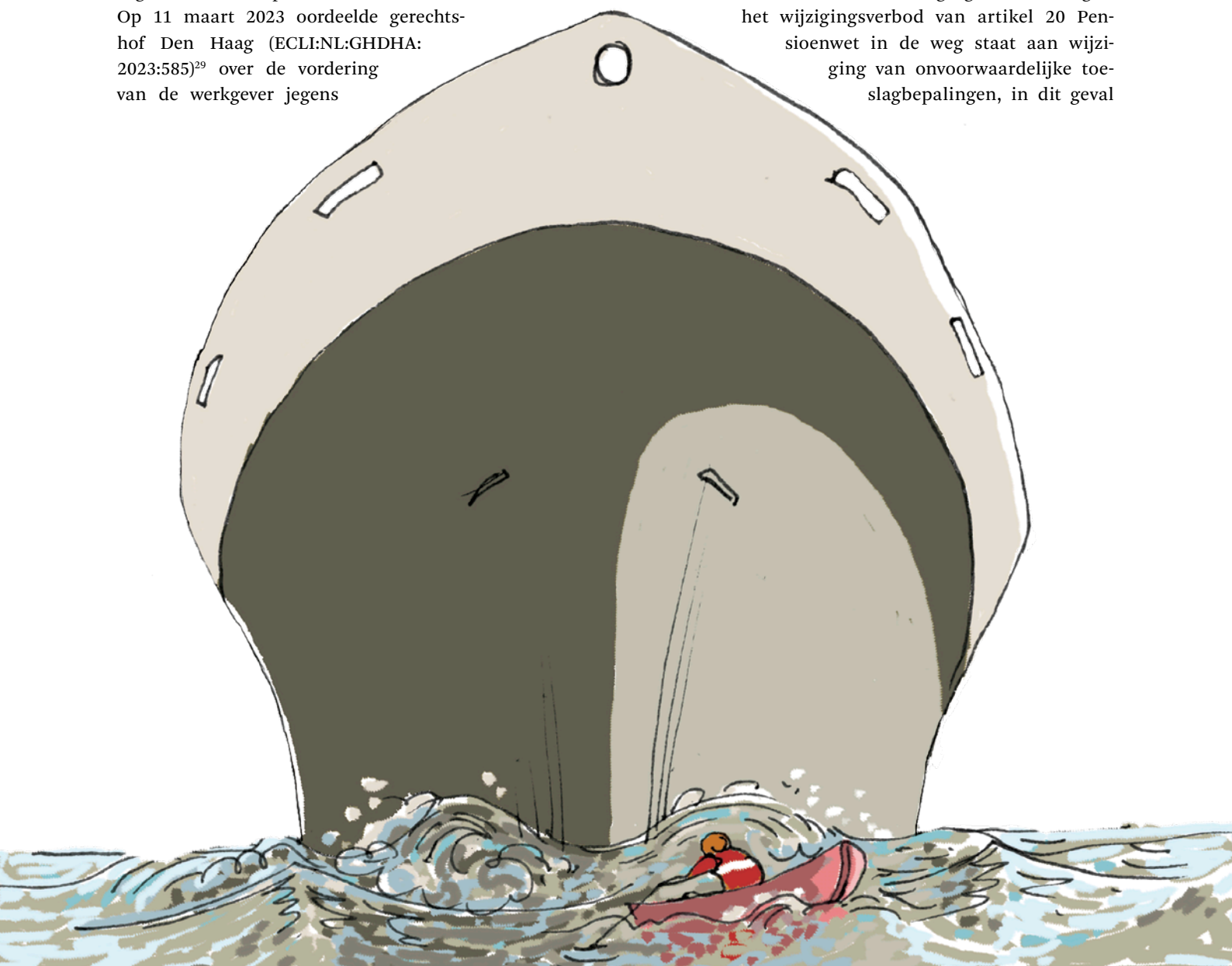
Een terugkerende kwestie betreft werknemers die ten tijde van de uitdiensttreding bij een werkgever arbeidsongeschikt zijn, dan wel dat de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder op dat tijdstip niet meer bestaat, terwijl zij nog niet voldoen aan de reglementaire voorwaarden om in aanmerking te komen voor het recht op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, bijvoorbeeld omdat nog geen recht op een WIA²⁸-uitkering bestaat. De vraag is of de pensioenuitvoerder in die situatie het zogenaamde uitloopriscico dient te verzekeren

Op 11 maart 2023 oordeelde gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2023:585)²⁹ over de vordering van de werkgever jegens

de pensioenuitvoerder, een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds waarbij de werkgever vrijwillig was aangesloten. De vordering strekte tot toekenning van het recht op premievrije pensioenopbouw van werknemers die arbeidsongeschikt zouden kunnen worden, maar waarvan de wachttijd voor de WIA eventueel pas zou verstrijken nadat de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder was geëindigd. Het hof oordeelde na uitleg naar objectieve maatstaven van het pensioenreglement in lijn met het 'Convenant'³⁰ dat voor werknemers die, op het tijdstip waarop zij recht kregen op een WIA-uitkering en die op dat moment geen deelnemer meer in de pensioenregeling waren, geen recht bestond op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw. Dit betekende dat het pensioenfonds niet verplicht was om het uitloopriscico te verzekeren, waar tegenover stond dat wel het zogenaamde inloopriscico wordt verzekerd.

Toeslagverlening

In verband met toeslagverlening op pensioenen, wees de Hoge Raad op 21 april 2023 (ECLI:NL:HR:2023:661 (AFM)) een voor de praktijk belangrijk arrest. Het arrest kwam hiervoor al aan de orde. Het ging over de vraag of het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet in de weg staat aan wijziging van onvoorwaardelijke toeslagbepalingen, in dit geval



een toeslagbepaling opgenomen in pensioenovereenkomsten die werkgever Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) met werknemers had gesloten. Niet in geschil was dat de toeslagbepaling niet voorwaardelijk was. Gerechtshof Amsterdam had eerder geoordeeld dat de toeslagbepaling, gelet op het bepaalde in artikel 20 Pensioenwet, niet kon worden gewijzigd. Dat artikel in de destijds geldende tekst bepaalde dat in geval van wijziging van een pensioenovereenkomst de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet konden worden gewijzigd, behoudens enkele uitzonderingen die niet aan de orde waren. In artikel 1 Pensioenwet is het begrip ‘pensioenaanspraak’ gedefinieerd als het recht op een niet ingegaan pensioen, uitgezonderd voorwaardelijke toeslagverlening. De Hoge Raad oordeelde echter dat artikel 20 Pensioenwet niet aan wijziging van ‘onvoorwaardelijke indexeringsbepalingen met een voorwaardelijk element dat erin bestaat dat aan de pensioenregeling wordt deelgenomen’ in de weg staat. De Hoge Raad leidt uit de wetsgeschiedenis af dat binnen de categorie van onvoorwaardelijke toeslagen onderscheid kan worden gemaakt tussen (a) absoluut onvoorwaardelijke toeslagen die zijn overeengekomen tot aan de pensionering (of zelfs tot nog later) en (b) onvoorwaardelijke toeslagen met een voorwaardelijk element dat erin bestaat dat aan de pensioenregeling wordt deelgenomen. Absoluut onvoorwaardelijke toeslagen moeten direct worden gefinancierd. Onvoorwaardelijke toeslagen met een voorwaardelijk element dat erin bestaat dat aan de pensioenregeling wordt deelgenomen, behoeven niet vooraf te worden gefinancierd, maar periodiek op het moment van toekenning van nieuwe aanspraken. Het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet is, zo leidt de Hoge Raad af uit de wetsgeschiedenis, slechts gerechtvaardigd als voor de toeslagverlening vermogen reeds verplicht is afgezonderd of had moeten worden afgezonderd. Het wijzigingsverbod geldt dus slechts in geval van absoluut onvoorwaardelijke toeslagen. Als gezegd, is dat voor de praktijk van belang.

Gerechtshof Den Haag oordeelde in twee uitspraken van 21 november 2023³¹ (ECLI:NL:GHDHA:2023:2195 en ECLI:NL:GHDHA:2023:2196)³² in de door de Hoge Raad in het AFM-arrest uitgezette lijn. Dat mag niet verbazen, ook omdat was afgesproken het arrest van de Hoge Raad in de AFM-zaak af te wachten.

De laatste jaren zijn in de rechtspraak meermaals situaties aan de orde geweest waarin toeslagverlening op pensioenen stopte nadat de werkgever de uitvoeringsovereenkomst (pensioenverzekeringsovereenkomst) met de pensioenuitvoerder had beëindigd. Dit Kroniekjaar verwierp de Hoge Raad (22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291 ‘John Crane’) het cassatieberoep tegen een arrest van gerechtshof Den Haag van 18 januari 2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:16). Het hof had in dat arrest geoordeeld dat werkgever John Crane in de gegeven omstandigheden op grond van de redelijkheid en billijkheid en het goed werkgeverschap gehouden

was, het door beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst verslechterde indexatieperspectief van de oud-werknemer te compenseren. In dezelfde lijn: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3332 (Capgemini).

Verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds

De stroom uitspraken over de vraag of een werkgever onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt en daarom op grond van de Wet Bpf 2000 verplicht is tot aansluiting bij dat fonds, houdt aan. Dat zal zo blijven zolang vele verplichtstellingen niet duidelijk zijn geformuleerd. De uitleg van die verplichtstellingen aan de hand van de toepasselijke cao-norm laat te vaak ruimte voor discussie. Hierna enkele uitspraken uit dit Kroniekjaar.

In Hoge Raad 2 juni 2023 (ECLI:NL:HR:2023:847) overweegt de Hoge Raad dat ‘de strekking van werkingssfeerbepalingen in bedrijfstakregelingen is om de ondernemingen aan te wijzen waarvan de belangrijkste activiteit bestaat in de daarin bedoelde werkzaamheden, en die daarom tot de bedrijfstak behoren’. Deze overweging doet de vraag rijzen wat dat betekent voor de uitleg van verplichtstellingen waaruit niet blijkt dat de in die verplichtstellingen bedoelde werkzaamheden de belangrijkste activiteit van de onderneming moeten zijn om onder de werkingssfeer te vallen, bijvoorbeeld omdat een zogenaamd hoofdzakelijkheids criterium ontbreekt. Is een werkgever verplicht aan te sluiten als de bedoelde werkzaamheden niet de belangrijkste activiteit van de werkgever zijn? En zo ja, hoe past dat dan binnen de toepasselijke cao-uitlegnorm? De Hoge Raad overweegt in het genoemde arrest ook dat met een verplichtstellingsbesluit onder meer wordt beoogd te vermijden dat er categorieën van werknemers zijn voor wie door werkgevers geen of slechts gedeeltelijke pensioentoezeggingen zijn gedaan (zogenaamde ‘witte vlekken’ of ‘grijze vlekken’). Indien de omstandigheid zich voordoet dat een onderneming werkzaamheden verricht die onder twee verschillende verplichtstellingen vallen, ligt het daarom niet voor de hand die verplichtstellingen aldus uit te leggen dat de onderneming onder geen van beide verplichtstellingen valt, in het bijzonder niet als in de onderneming voornamelijk werkzaamheden worden verricht die onder een van beide verplichtstellingen vallen. Die omstandigheid moet, aldus de Hoge Raad, worden betrokken bij de uitleg van de verplichtstelling. Ook bij deze overwegingen van de Hoge Raad rijst de vraag hoe dit zich verhoudt tot de toepasselijke cao-norm. In dit licht is de uitspraak van rechtbank Amsterdam van 17 november 2023 (ECLI:NL:RBAMS:2023:7314), gewezen tussen G-Star en Pensioenfonds Detailhandel, interessant.³³

De Hoge Raad (24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622) verwierp het cassatieberoep tegen het arrest van gerechtshof Amsterdam van 21 december 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:3979). Het hof had geoordeeld dat Deliveroo verplicht was aan te sluiten bij Pensioenfonds Vervoer en dat oordeel bleef dus in stand.

Tot slot noemen we het arrest van gerechtshof Den Haag van 30 januari 2024 (ECLI:NL:GHDHA:2024:73) inzake Pensioenfonds PGB/Booking.com. Dit arrest is een staartje van het bekende Booking.com-arrest dat de Hoge Raad in 2021 wees (ECLI:NL:HR:2021:527). Daarin oordeelde de Hoge Raad dat Booking.com het bedrijf van (online) reisagent in de zin van de relevante verplichtstelling uitoefent. Gerechtshof Den Haag oordeelt nu dat Booking.com dat bedrijf ‘in hoofdzaak’ uitoefent. Dat betekent dat Booking.com verplicht is tot aansluiting bij Pensioenfonds PGB.

Vrijstelling van verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds

Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft op grond van artikel 13 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 tot taak het verlenen van vrijstelling van de verplichte deelneming en het intrekken van vrijstellingen van de verplichtstelling. In het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 is onder andere bepaald onder welke voorwaarden een bedrijfstakpensioenfonds een vrijstelling *moet* dan wel *mag* verlenen en onder welke voorwaarden een verleende vrijstelling kan worden ingetrokken. Een besluit van een bedrijfstakpensioenfonds omtrent het verlenen of intrekken van een vrijstelling is een bestuursrechtelijk besluit waartegen bezwaar (bij het bedrijfstakpensioenfonds) en beroep (bij de rechtbank Rotterdam en vervolgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven) openstaat. Het (niet) verlenen van een vrijstelling en het intrekken van een vrijstelling leiden met enige regelmaat tot juridische geschillen.

In een geschil tussen een werkgever en het verplicht gestelde Bedrijfstakpensioenfonds voor het Levensmiddelenbedrijf (BPFL) heeft de rechtbank Rotterdam Afdeling bestuursrechtspraak (10 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2213) in een voorlopige voorziening in een hoger beroep tegen een bezwaar geoordeeld over een besluit van het BPFL om aan een werkgever geen onverplichte vrijstelling te verlenen. Het BPFL had de werkgever medegedeeld dat hij (met terugwerkende kracht) verplicht werd aangesloten. De werkgever heeft na deze mededeling een eigen pensioenregeling getroffen en het BPFL vervolgens verzocht om op grond van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 vrijstelling te verlenen van de verplichte deelneming tot tenminste de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel door het BPFL zou zijn afgerond. Het BPFL wees dat verzoek af met de argumentatie dat een te ruimhartig vrijstellingsbeleid zou zorgen voor uitholling van het deelnemersbestand. Dat zou niet ten goede komen aan de solidariteit en collectiviteit binnen het fonds. Het BPFL wenste zeer terughoudend om te gaan met het verlenen van een onverplichte vrijstelling op grond van artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

Het BPFL was wel bereid om de werkgever tijdelijk tot

1 januari 2023 vrij te stellen van de verplichting tot deelneming, waarna de werknemers van de werkgever alsnog moesten deelnemen aan het BPFL. Met deze korte afloopvrijstelling was de werkgever niet akkoord. Hij stelde bezwaar en vervolgens beroep in tegen de weigering van het BPFL om een vrijstelling te verlenen tot afronding van de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel. De werkgever beriep zich ook op de (voor de bestuursrechtpraktijk belangrijke) uitspraak van de Raad van State van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285) waarin een nieuw kader werd geformuleerd voor de toetsing van een op discretionaire bevoegdheid berustend besluit aan het evenredigheidsbeginsel. De kern van dit kader is dat de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het besluit door de bestuursrechter wordt getoetst aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb. Deze norm luidt: *‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.’* De bestuursrechter dient niet langer het willekeurcriterium voorop te stellen.

De rechtbank Rotterdam paste dit kader toe op het besluit van het BPFL om de gevraagde vrijstelling niet te verlenen. De rechter nam tot uitgangspunt dat het beleid van het BPFL omtrent het verlenen van vrijstellingen kwalificeert als begunstigend beleid. Om die reden is en blijft sprake van een terughoudende evenredigheidstoetsing door de rechter. Het BPFL mocht de gevraagde vrijstelling weigeren. Met deze uitspraak blijft de vaste rechtspraak gelden dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds de eigen solidariteit en collectiviteit voorop mag stellen en daarom een terughoudend beleid mag voeren inzake het onverplicht verlenen van vrijstelling.

Advies- en informatieplichten

In deze Kroniekperiode werden opnieuw enkele boeiende uitspraken gedaan over de aansprakelijkheid van pensioenadviseurs. Zo oordeelde de Hoge Raad op 17 maart 2023 (ECLI:NL:HR:2023:428) dat de pensioenadviseur van de werkgever ook jegens de werknemer wiens pensioenregeling het advies betrof aansprakelijk was voor gebrekkig advies. De reden was dat de belangen van de derde (de werknemer) zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst met de werkgever, dat de pensioenadviseur aansprakelijk kan zijn voor schade of ander nadeel van die derde. In dit geval betrof het de toezegging door de werkgever van een pensioenregeling op basis van het eindloon terwijl een zogenaamde kapitaalverzekering werd afgesloten waarbij de werknemer het rente- en beleggingsrisico liep. Gevolg was dat het overeengekomen pensioen in strijd met artikel 23 Pensioenwet onvolledig was ondergebracht. In een andere zaak ging het om een assurantieadviseur die had nagelaten bij het verstrekken van pensioenadvies aan een werkgever om een werkingsfeeronderzoek uit te

voeren. De rechtbank Rotterdam oordeelde op 10 mei 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:4113) dat de adviseur aansprakelijk was voor de schade van de werkgever, omdat achteraf bleek dat hij zich bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds had moeten aansluiten. Ter zake de hoogte van de schade oordeelde de rechtbank dat de aanvullende koopsom die de werkgever aan het bedrijfstakpensioenfonds moest bijbetalen over het verleden niet onder de schade viel omdat deze ook betaald had moeten worden in de hypothetische situatie dat het werkingssfeeronderzoek wel zou zijn uitgevoerd en de werkgever zich toen al had aangesloten. Gerechtshof Den Haag 18 juli 2023 (ECLI:NL:GHDHA:2023:1244) betrof een zaak waarbij een werkgever in het kader van overgang onderneming had nagelaten de werknemer te informeren over het vervallen van zijn voorwaardelijke pensioenrechten bij de wisseling van werkgever acht maanden voor de pensioendatum. Op de werkgever rustte een onderzoeks- en informatieplicht over dit gevolg van de wisseling van werkgever. De werkgever mocht er niet op vertrouwen dat de werknemer de gevolgen daarvan zou doorgronden. Daarmee handelde de werkgever in strijd met gemaakte afspraken en zijn verplichtingen als goed werkgever.

Ten slotte oordeelde gerechtshof Den Haag op 18 oktober 2023 (ECLI:NL:GHDHA:2023:1854) over een collectieve actie tegen Nationale-Nederlanden ter zake woekerpolissen. Het ging om een verwijzing naar antwoorden op prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de vraag of Nationale-Nederlanden volledig aan haar informatieverplichtingen had voldaan volgens de Derde Levensrichtlijn en de daarop gebaseerde RIAV³⁴ 1994 en 1998. De Hoge Raad beantwoordde deze prejudiciële vraag ontkennend. Hij overwoog (verkort weergegeven) dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in het arrest-NN/Van Leeuwen,³⁵ onder verwijzing naar het arrest-Axa Royale Belge,³⁶ oordeelde dat artikel 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat 'het niet eraan in de weg staat dat een verzekeraar op grond van algemene beginselen van intern recht, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde "open en/of ongeschreven regels", gehouden is de verzekeringnemer bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op die vermeld in bijlage II bij die richtlijn, mits - het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren - de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen

van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt'. Op basis van dit criterium en de door Nationale-Nederlanden in de offertes en de polisvoorwaarden verstrekte informatie ging het hof punt voor punt na of over de kosten wilsovereenstemming was bereikt. Het hof oordeelde dat Nationale-Nederlanden er niet op had mogen vertrouwen dat zij met de verzekeringnemer wilsovereenstemming had bereikt over de eerste kosten (waaronder de afsluitprovisie). De vordering van de claimvereniging tot vernietiging van die eerste kosten werd toegewezen. Ditzelfde lot trof ook de incassoprovisie, de doorlopende provisie en het hefboom- en inteereffect.³⁷

Uitgangspunt van het hof is dat niet steeds noodzakelijk is dat de daadwerkelijke omvang van de kosten wordt vermeld. Voldoende is volgens het hof dat de kosten ook qua omvang zozeer te verwachten waren dat Nationale-Nederlanden mocht aannemen dat de akkoordverklaring van de verzekeringnemer ook op de (omvang van de) kosten was gericht. Hoe hoger en hoe onverwacht de hoogte is, des te minder mocht Nationale-Nederlanden erop vertrouwen dat de toestemming van de verzekeringnemer zich ook tot de omvang van de kosten uitstrekte.

Pensioen en scheiding

De Hoge Raad (17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1596) oordeelde, weinig verrassend, dat bij verevening van pensioen in eigen beheer het pensioen moet worden verevend dat volgens de toepasselijke pensioenregeling is opgebouwd en niet slechts het pensioen voor zover dat is gefinancierd. In hetzelfde arrest oordeelde de Hoge Raad dat indien een bv jaarlijks een pensioenuitkering doet aan de ex-partner van de directeur-grootaandeelhouder, dat niet afdoet aan de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichting om het pensioenkapitaal voor de ex-partner extern af te storten.





In een ander arrest over pensioen in eigen beheer verwierp de Hoge Raad (22 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1802)³⁸ het cassatieberoep tegen een arrest van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 oktober 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:9116). Het hof had geoordeeld dat een directeur-grotoaandeelhouder onrechtmatig jegens zijn ex-echtgenote had gehandeld door zijn verplichting om vanuit zijn bv een bepaald bedrag voor pensioen voor zijn ex-echtgenote extern af te storten niet na te komen. Die afstortingsverplichting lag vast in een onherroepelijke beschikking van het gerechtshof Amsterdam. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de directeur-grotoaandeelhouder op grond van de beschikking gehouden was datgene te doen wat in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs van hem kon worden gevraagd om aan zijn afstortingsverplichting te voldoen. Dat hield naar het oordeel van het hof ook in dat hij middelen die hij (al dan niet via onttrekking aan zijn bv) privé ter beschikking kreeg, moest aanwenden om aan de afstortingsverplichting te voldoen. Zijn stelling dat het hof er rekening mee moest houden dat ook hij pensioenaanspraken in de bv had en dat sprake was van onderdekking ging niet op omdat de omvang van de afstortingsverplichting in de onherroepelijke beschikking vastlag. De directeur-grotoaandeelhouder was schadelijktig en kwam niet onder zijn afstortingsverplichting uit. Aardig om te noemen is nog het arrest van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 januari 2023, ECLI:NL:GHARL:

2023:172. Het hof oordeelde dat de afspraak tussen ex-partners om het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen te delen een duurovereenkomst is. En wel een duurovereenkomst voor bepaalde tijd, namelijk tot aan het overlijden van een van de ex-partners, ook al staat dat moment niet vast. Omdat in de betreffende overeenkomst niet was voorzien in een opzeggingsmogelijkheid en de wet daar ook niet in voorziet, kon de overeenkomst niet worden opgezegd.

EU-recht

Op 9 februari 2024 wees de Hoge Raad (zie ECLI:NL:HR:2024:194) arrest in een collectieve actie van Stichting Pensioenbehoud tegen de Staat der Nederlanden. De zaak draaide om de vraag of het minimaal aan te houden eigen vermogen en de buffereisen volgens artikel 131 en 132 van de Pensioenwet³⁹ en artikel 11 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen⁴⁰ strijdig zijn met artikel 11 van de IORP II-richtlijn.⁴¹ De Stichting Pensioenbehoud betoogde dat het aanhouden van buffers door pensioenfondsen zoals vereist onder het Nederlandse financiële wetgeving verder ging dan op grond van de IORP II-richtlijn zou zijn toegestaan, waardoor toeslagverlening achterbleef bij de prijsontwikkeling.

De IORP II-richtlijn heeft betrekking op instellingen voor bedrijfsvoorzieningen zoals Nederlandse pensioenfondsen. De Hoge Raad oordeelde dat volgens artikel 15 Pensioenwet een ouderdomspensioen strekt tot het levenslang uitkeren van pensioen aan de gepensioneerde. Een pensioenfonds biedt daarmee een dekking tegen een 'biometrisch risico', te weten het risico in verband met de levensverwachting. De Hoge Raad vervolgde dat een nabestaandenpensioen een dekking biedt tegen het biometrische risico in verband met overlijden van de deelnemer en dat een arbeidsongeschiktheidspensioen een dekking biedt tegen het biometrische risico in verband met arbeidsongeschiktheid. Pensioenfondsen

‘verzekeren’ dus in de zin van de IORP II-richtlijn. Dat betekent dat IORP II de Nederlandse Staat de vrijheid laat om, zelfs indien de Nederlandse pensioenfondsen niet een dekking tegen biometrische risico’s zouden verzekeren in de zin van artikel 15 lid 1 IORP II, ruimte laat om aanvullende voorschriften vast te stellen over het aan te houden eigen vermogen. De bewoordingen van artikel 15 lid 1 IORP II bieden, aldus de Hoge Raad, geen aanknopingspunt voor de door Stichting Pensioen Behoud verdedigde uitleg dat van ‘verzekeren’ pas sprake is als een gegarandeerde aanspraak op een bepaalde pensioenvoorziening bestaat die niet door de pensioenuitvoerder mag worden gekort,⁴² waardoor de Pensioenwet aan pensioenfondsen niet de eis van het aanhouden van een bepaald eigen vermogen zou mogen opleggen. Op 30 mei 2023 deed de Centrale Raad van Beroep (ECLI:NL:CRVB:2023:1079) uitspraak in een zaak over een arbeidsongeschikte ondernemer met een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering waarvan de uitkering eindigde op 65-jarige leeftijd, terwijl de AOW-leeftijd door wetswijziging voor hem werd verhoogd naar 66 jaar en 4 maanden, waardoor een AOW-gat ontstond van zestien maanden. Hierdoor was volgens eiser sprake van een onevenredig zware last als bedoeld in de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), onder meer de uitspraak van 14 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:692 en daarmee een schending van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (het eigendomsprotocol). Eerder oordeelde de rechtbank in deze zaak dat weliswaar sprake was van een last, maar dat deze last niet onevenredig zwaar was omdat aan eiser weliswaar zestien maanden AOW-pensioen werd onthouden, waarop hij in de tijd dat hij de arbeidsongeschiktheidsverzekering vastlegde aanspraak dacht te kunnen maken, maar dat niet kon worden gezegd dat zijn recht op AOW-pensioen in de kern was aangetast. Daarbij overwoog de rechtbank dat de belanghebbende op deze periode van zestien maanden al had kunnen inspelen vanaf de wijziging van de AOW met ingang van 1 januari 2013 door het flexibiliseren van zijn pensioen, wat hij vanaf januari 2019 inderdaad had gedaan. Daarmee was geen sprake van een individuele, onevenredig zware last en was artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM niet geschonden.

In een zaak over militaire pensioenen oordeelde rechtbank Den Haag op 7 februari 2024 (zie ECLI:NL:RBDHA:2024:1395) over de wijziging door het ministerie van Defensie van de toeslagregeling van de tot en met 2001 onder de Algemene militaire pensioenwet opgebouwde pensioenaanspraken van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk. Vanaf 1 juni 2001 werd het ABP-pensioenreglement van toepassing op militaire pensioenen. Het ABP-pensioenreglement kende een recht op voorwaardelijke indexatie en daardoor verviel het voorheen geldende onvoorwaardelijk recht. Zij-

dens gepensioneerd werd onder meer een beroep gedaan op schending van het Europees eigendomsrecht. Artikel 17 Handvest EU bepaalt, kort gezegd, dat eenieder het recht heeft de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken, alsmede dat aan niemand zijn eigendom mag worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. De rechtbank oordeelde⁴³ dat het Handvest EU in dit geval toepassing miste omdat niet was voldaan aan het vereiste van connexiteit, dat inhoudt dat het Handvest alleen kan worden ingeroepen wanneer er voldoende verband bestaat tussen een regel van het Unierecht en de nationale handeling, bepaling of praktijk die in strijd zou zijn met het Handvest. Het niet-indexeren is volgens de rechtbank onder verwijzing naar het Albany-arrest⁴⁴ geen inbreuk op het eigendomsrecht, omdat geen recht bestaat op toeslagen.

Bastian Bodewes is advocaat bij Van Heest Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Assen, Mark van Benthem is advocaat bij Ekelmans & Meijer Advocaten te Den Haag en Annemiek Cramer, Jan Aart van de Hoef en Wim Thijssen zijn advocaat bij Pensioenadvocaten.nl te Amsterdam, Woerden respectievelijk Amstelveen. Wim Thijssen is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam. Wim Thijssen en Annemiek Cramer zijn tevens geschillenbeslechter bij de Geschilleninstantie Pensioenfondsen.

Noten

- 1 Wet van 3 juni 2023, *Stb.* 2023, 216, inwerkingtreding 1 juli 2023. De Wtp heeft geleid tot wijziging van de Pensioenwet (Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 705, inwerkingtreding 1 januari 2007) en diverse andere wetten.
- 2 Zie voor een meer uitvoerige beschrijving E. Lutjens, ‘Wet toekomst pensioenen’, *NJB* 2023/2544 en W.P.M. Thijssen, ‘Hoofddlijnen van de Wet toekomst pensioenen’, *JBN* 2023 nummer 12 (Pensioenspecial).
- 3 In artikel 220i Pensioenwet is nog ‘2027’ opgenomen. De uiterste transitiedatum zal echter worden gewijzigd naar ‘2028’. De verantwoordelijke minister zal een wijzigingswetsvoorstel indienen op grond waarvan de uiterste transitiedatum bij algemene maatregel van bestuur zal kunnen worden vastgesteld. Zie de brief van de minister van SZW aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 28 maart 2024, *Kamerstukken I* 2023/24, 36067, BN.
- 4 Artikel 10, 10a, 10b en 10c Pensioenwet.
- 5 Artikel 17 Pensioenwet.
- 6 Artikel 150i, lid 1 Pensioenwet.
- 7 Zie voor de wettelijke randvoorwaarden voor compensatie in de vorm van pensioen artikel 150f Pensioenwet.
- 8 Artikel 220e Pensioenwet.

- 9 Zie artikel 150d Pensioenwet waarin de minimuminhoud van het transitieplan is geregeld.
- 10 Zie artikelen 10, 10a, 10b en 10c Pensioenwet.
- 11 Zie voor een uitgebreider verschillenoverzicht: https://www.werkenaanonspensioen.nl/binaries/werkenaanonspensioen/documenten/rapporten/2023/05/03/de-verschillen-tussen-de-premieregelingen-in-overzicht/7.1_WG_verz-kant_Contractkeuze_Afbeelding_17_V1.pdf.
- 12 Het systeem van de wet is blijkens artikel 150l, lid 1 Pensioenwet dat invaren bij pensioenfondsen als *default* geldt. Voor verzekeraars geldt geen overeenkomstige regeling, zodat 'invaren' op de voet van een collectieve waardeoverdracht op basis van artikel 83 Pensioenwet zou moeten worden gerealiseerd. Voor betrokkenen geldt dan het wettelijk bezwaarrecht van artikel 83, lid 2 Pensioenwet.
- 13 Zie artikel 150b, lid 2, aanhef en onder b en artikel 150l, lid 2 Pensioenwet.
- 14 Artikel 150l, lid 4 Pensioenwet.
- 15 Artikel 150m Pensioenwet.
- 16 Artikel 220e Pensioenwet.
- 17 Zie artikel 150d Pensioenwet.
- 18 Zie bijvoorbeeld voor de bouw: [https://www.bpfbouw.nl/content/dam/bpfbouw/documents/pdf/Concept-transitieplan-bpf-BOUW-versie-16-11-2023-\(def\).pdf](https://www.bpfbouw.nl/content/dam/bpfbouw/documents/pdf/Concept-transitieplan-bpf-BOUW-versie-16-11-2023-(def).pdf) en voor de metaal en techniek: https://www.pmt.nl/media/ctjazwri/concept_transitieplan_pmt.pdf.
- 19 Artikel 150h Pensioenwet.
- 20 Geënt op artikel 48c Pensioenwet.
- 21 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864 (*Fair Play Centers*).
- 22 HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 (*IFF*), onder verwijzing naar HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).
- 23 Hof Den Haag 14 november 2023 (ECLI:NL:GHDHA:2023:2196). Eén van de schrijvers van deze Kroniek was bij deze hofprocedure betrokken. Door de betrokken werknemers is geen cassatieberoep ingesteld.
- 24 S.F. Sagel, 'Van Stoof/Mammoet naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW? (III)', *Arbeidsrecht* 2023/22.
- 25 De Pensioenwet is op 1 januari 2007 ingevoerd en de voorganger (PSW) kende geen verbod zoals artikel 20 Pensioenwet.
- 26 Artikel 20 Pensioenwet noemt sinds invoering van de Wtp met ingang van 1 juli 2023 (naast pensioenaanspraken) ook 'pensioenrechten'. Met de Wtp is gecodificeerd dat het einde van de arbeidsovereenkomst niet betekent dat de algehele rechtsverhouding tussen partijen is uitgewerkt. Met de wijzigingen van de artikelen 19 en 20 Pensioenwet is verduidelijkt dat ook gewezen werknemers door eenzijdige wijziging van hun pensioenovereenkomst kunnen worden geraakt en het wijzigingsverbod van reeds opgebouwde aanspraken ook jegens de gewezen werknemers kan gelden.
- 27 De formulering van de Hoge Raad ziet expliciet op toeslagen (rov. 3.3.5). In de literatuur wordt deze formulering echter niet als harde beperking ervaren: T. Huijg, *PJ* 2023/40.
- 28 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.
- 29 Een de auteurs van deze Kroniek trad in deze zaak op als advocaat.
- 30 Voluit: Het Convenant over dekking van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling in pensioenregelingen van het Verbond van Verzekeraars en de Pensioenfederatie van 23 januari 2013.
- 31 Een auteur van deze Kroniek was als advocaat bij deze zaak betrokken.
- 32 Bij deze zaken was een van de auteurs van deze Kroniek betrokken.
- 33 Geannoteerd in *PJ* 2024/10.
- 34 Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers, *Staatscourant* 1998, nr.134.
- 35 HvJ EU 29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286.
- 36 HvJ EU 5 maart 2002, ECLI:EU:C:2002:136.
- 37 Het hefboom- en inteereffect kan tot gevolg hebben dat in geval van het meeverzekeren van een vast overlijdensrisicokapitaal onder omstandigheden belangrijk minder vermogen wordt opgebouwd en zelfs dat de verzekering voortijdig eindigt.
- 38 Geannoteerd in *PJ* 2024/29.
- 39 Wet van 7 december 2006, *Staatblad* 2006, 706.
- 40 Besluit van 18 december 2006, *Staatblad* 2006, 710.
- 41 Richtlijn (EU) 2016-2341.
- 42 Zie artikel 134 Pensioenwet.
- 43 De rechtbank verwijst daarbij naar Hof Den Haag van 28 november 2023 (ECLI:NL:GHDHA:2023:2301).
- 44 HvJ EU 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430 inzake Albany.