

# Nieuwsbrief Pensioenrecht

Jaar 2022 | Uitgave 55

**Datum:**

**22 december 2022**

*In deze aflevering:*

*Recente rechtspraak*



*Samengesteld door Prof. dr. Erik Lutjens*



**Wet toekomst pensioenen: hoofdpijn?**

**In 2023 zal in de VU actualiteitenlezingen hier weer op ingegaan worden en het juiste medicijn besproken. [Check hier de info, data en inschrijving.](#)**

**Prof. dr. Erik Lutjens**  
Hoogleraar Pensioenrecht  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid 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 recent gepubliceerde rechtspraak. Volledige uitspraken veelal met annotatie verschijnen in het tijdschrift PensioenJurisprudentie.

## Thema wijziging

- **Hoge Raad 25 november 2022 – Verplicht in te stemmen als goed werknemer met invoering eigen werknemersbijdrage?**

Aanvankelijk geldt een voor de werknemers premievrije pensioenregeling. De werkgever voert op enige moment een eigen bijdrage voor de werknemers in. Zij gaan daar niet mee akkoord. Het Gerechtshof oordeelt dat de weigering om in te stemmen niet onaanvaardbaar is..

De cassatieklacht luidt dat de normstelling van artikel 7:611 BW en daaruit mogelijk volgende regel dat een goed werknemer niet kan weigeren in te stemmen met een redelijk voorstel alleen voor individuele weigering van de arbeidsvoorwaarden geldt. De Hoge Raad oordeelt dat dit ook geldt voor een collectieve wijziging met de volgende motivering:

Voor gevallen waarin de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen als bedoeld in art. 7:613 BW, is in de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende aanvaard. De werknemer is in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in welk verband de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. Op grond van de daarin opgenomen verplichting om zich als goed werknemer te gedragen kan van de werknemer onder omstandigheden toch worden gevergd met een dergelijk voorstel in te stemmen. Anders dan het onderdeel aanvoert, geldt deze beoordelingsmaatstaf voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn.

De andere cassatieklacht houdt in dat het Gerechtshof een te strenge toets heeft toegepast met de ‘onaanvaardbaar’ maatstaf. Die klacht acht de Hoge Raad gegrond:

In zijn arrest [...] /*Mammoet*<sup>4</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Waar het hof, zoals blijkt uit de hiervoor in 2.3 aangehaalde overwegingen, heeft beoordeeld of de verwerping door [verweerders 1 t/m 43] van de nieuwe pensioenregeling onaanvaardbaar is, heeft het dus niet de juiste maatstaf aangelegd.

- **Hof Den Bosch 1 november 2022: wijziging pensioenregeling want geen uitvoerder meer voor eindloonregeling**

In het arrest van 12 juli 2022 heeft het Gerechtshof geoordeeld dat de omstandigheid dat er geen uitvoerder meer is die een eindloonregeling uitvoert een voldoende zwaarwegend belang is om de regeling te mogen wijzigen. Allen de gekozen wijziging, naar een premieregeling, achtte het Gerechtshof aanvechtbaar. Werknemers werden echter toegelaten tot bewijs dat er nog wel een uitvoerder was voor een eindloonregeling. Bij dit arrest van 1 november 2022 overweegt het Gerechtshof dat werknemers van bewijislevering hebben afgezien. Het Gerechtshof gelast nu een deskundigenbewijsopdracht om uit te zoeken welke middelloonregeling zoveel mogelijk aansluitend bij de eindloonregeling mogelijk is.

- **Rechtbank Rotterdam 9 december 2022: wijziging eindloon naar premieovereenkomst; geen overdracht instemmingsbevoegdheid aan ondernemingsraad. Wijzigingsbeding**

De rechtbank oordeelt over de volgende punten:

- Dat in de pensioenovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd acht de rechtbank niet aannemelijk enkel door de zin luidende dat “huidige afspraken aflopen” op een bepaalde datum.

- Uit de regel dat de werkgever met de ondernemingsraad nieuwe afspraken zal maken, volgt niet dat werknemers hun instemmingsbevoegdheid aan de ondernemingsraad hebben overgedragen.
- Wel oordeelt de rechtbank dat de onderneming (Aon) een voldoende zwaarwegend belang had om de eindloonregeling te wijzigen naar een premieovereenkomst mede omdat compensatie afspraken zijn gemaakt voor het geval van benadeling van werknemers.

### Thema: pensioenverevening

- **Rechtbank Midden-Nederland 26 oktober 2022: vroegpensioen is te verevenen pensioen.**

de vraag is of het vroegpensioen moet worden verevend houdt nog partijen verdeeld. De vrouw heeft betoogd dat het vroegpensioen gewoon een vorm van ouderdomspensioen is. De man vindt van niet en beroept zich daartoe allereerst op de definitiebepaling van pensioen in artikel 1 van de Wvps. Volgens dat artikel wordt onder pensioen alleen verstaan: ouderdomspensioen. Het vroegpensioen zou er daarom niet onder vallen. Op zichzelf kan aan de man worden toegegeven dat alleen het ouderdomspensioen moet worden verevend, maar dat zegt nog niet dat het onderhavige vroegpensioen geen ouderdomspensioen is. Dat slechts onder ouderdomspensioen wordt verstaan pensioen dat ingaat nadat de pensionaris de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt volgt, anders dan de man stelt, niet uit artikel 1 lid 1 onder d van de Wvps. Deze bepaling heeft het over specifieke vormen van pensioen bij arbeidsongeschiktheid of ziekte. Daarvan is hier geen sprake. Niet valt in te zien dat pensioen dat eerder ingaat dan de AOW-gerechtigde leeftijd geen ouderdomspensioen zou kunnen zijn.

*NB* : ook was aangevoerd dat er sprake was van VPL pensioen. De rechtbank oordeelt dat daarvan niet blijkt. Het nog niet toegekende VPL-pensioen zou nog niet – in de verevening te betrekken – pensioen zijn, zie Hof Den Haag 28 juli 2017.

### Thema: verplichtstelling bpf

- **Rechtbank Den Haag 1 september 2022: is een vegetarische gehakbal een gehaktbal voor sector gemaksvvoedingindustrie binnen Bpf VLEP**

De kantonrechter vindt dat niet, want een gehaktbal bevat historisch vlees en als dat verandert moet dit in de tekst van het verplichtstellingsbesluit opgenomen worden.

dat een definitie van een bepaalde term niet automatisch mee-evolveert met de evolutie van het spraakgebruik. Indien een definitie van een bepaalde term dateert van voor de evolutie van het spraakgebruik en de definitie niet aan de verandering wordt aangepast, dan moet de conclusie zijn dat de term moet worden uitgelegd aan de hand van hetgeen ten tijde van het opstellen onder de definitie werd verstaan. In dat licht overweegt de kantonrechter dat met de termen frikandel, gehaktbal en hamburger in het (huidige) Besluit, waarvan VLEP zelf heeft gesteld, dat deze reeds langere tijd ongewijzigd deel uitmaken van het Besluit en voorgangers daarvan, in ieder geval sinds dat deze producten stevast vlees bevatten, producten worden bedoeld, die vlees moeten bevatten. En omdat de frikandellen, gehaktballen en hamburgers van LM geen vlees bevatten, vallen deze producten dus niet onder de definitie van 'gemaksvvoeding' in de zin van het Besluit.

*Opmerking EL*: het is de vraag of het juist is dat een begrip niet "meebeweegt" met het spraakgebruik. In het booking.com arrest oordeelde de Hoge Raad dat he begrip bemiddeling automatisch mee-evolveert met nieuwe bemiddelings-technieken, zodat niet telkens de tekst van het verplichtstellingsbesluit aangepast hoeft te worden. Er is van deze uitspraak hoger beroep ingesteld [NB: E. Lijtsma was in deze kwestie advocaat van het Pensioenfonds VLEP]

- **Hoge Raad 25 november 2022: Domino's Pizza valt onder Bpf Detailhandel**

De Hoge Raad verwierpt zonder motivering het cassatieberoep tegen de uitspraak van het Gerechtshof dat Domino's Pizza valt onder de verplichtstelling van Bpf Detailhandel.

### Thema: pensioenverzekering tot stand gekomen?

- **Rechtbank Midden-Nederland 22 september 2021 en 31 augustus 2022: geen 'opt-out'**

Volgens de pensioenregeling is een Anw-hiaatverzekering standaard meeverzekerd. De werknemer mocht er van uitgaan op grond van de verklaringen van de werkgever dat hij voor de verzekering door

zijn werkgever was aangemeld. Werkgevers slaagt niet in tegenbewijs dat werknemer bewust heeft bericht niet te kiezen voor den Anw hiaatverzekering

- **Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2022: verplichtstelling zonder hoofdzaak-eis van toepassing maar dwangbevel kent te veel gebreken. Verjaring**

Het Gerechtshof oordeelt dat de onderneming onder de verplichtstelling van Bpf Houtverwerkende industrie valt. Het hof komt niet toe aan beoordeling van de mate waarin de onderneming onder de verplichtstelling vallende activiteiten verricht, omdat de verplichtstelling geen hoofdzaak-eis kent. De premie is deels verjaard vijf jaar nadat het Bpf met de premieplicht voor de onderneming bekend is geraakt:

In het onderhavige geval komt het hof echter op grond van wat hierboven is overwogen, tot de conclusie dat bij BHJ naar objectieve maatstaven gemeten, geen sprake was van onbekendheid van Meilink als onderneming die mogelijk verplicht moet deelnemen. Dit heeft tot gevolg dat BHJ geen verdere aanspraak kan maken op niet betaalde premies en bijdragen dan tot vijf jaren vóór 29 september 2016, dus tot 29 september 2011. De verschuldigdheid van premies en bijdragen, liggend vóór die laatstgenoemde datum is verjaard.

Het dwangbevel kent volgens het Gerechtshof te veel gebreken om verder als grondslag voor de premiebetaling te kunnen dienen (er is uitgegaan van onjuist premiepercentage, onjuist rentebedragen en ten onrechte van verschuldigde incassokosten).

#### Thema: bestuursdersaansprakelijkheid premie aan verplicht Bpf

- **Hof Amsterdam 13 december 2022: geen wetenschap niet betalen pensioenpremie**

Onbekendheid met onjuiste loonadministratie na overname van bedrijf valt bestuurders niet te verwijten dus zij konden niet melden wat zij verschoonbaar niet wisten. Het Hof overweegt onder meer:

Het hof is, met de kantonrechter, van oordeel dat op [geïntimeerde sub 1] c.s. in de gegeven omstandigheden niet een dermate verstreckende onderzoeksplicht rustte als BPRB voorstaat. Die onderzoeksplicht komt erop neer dat [geïntimeerde sub 1] c.s. zich er voorafgaand aan de dividenduitkering persoonlijk van hadden moeten vergewissen dat de vóór hun bestuursperiode aan BPRB verstrekte loongegevens juist en volledig waren verstrekt, ook al was dit uitbesteed aan een extern, professioneel bureau en waren er geen indicaties dat er onjuiste opgaven waren gedaan en herziene premienota's te verwachten waren. In het kader van de uitkeringstest van artikel 2:216 lid 2 BW dienden de bestuurders te beoordelen of de vennootschap na de uitkering zou kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. [geïntimeerde sub 1] c.s. hebben toegelicht dat reeds bij aanvang van hun bestuurderschap was besloten dat Argos Logistics zou worden geliquideerd, dat zij voorafgaand aan de overname van de aandelen kennis hebben genomen van de bevindingen van KPMG waarin van dat scenario werd uitgegaan en dat zij met het oog op de dividenduitkering een financiële analyse en planning hebben gemaakt gebaseerd op alle financiële stukken van de onderneming. Dit is op zichzelf niet door BPRB betwist. Dat [geïntimeerde sub 1] c.s. in de gegeven omstandigheden niet ook nog zelf zijn nagegaan of de loonadministratie klopte, is niet onredelijk of onbegrijpelijk.

#### Thema: toepassing hardheidsclausule en toetsing uitspraak Commissie van Beroep

- **Rechtbank Midden-Nederland 2 november 2022: te strenge toepassing hardheidsclausule**

Een ongehuwd samenwonende krijgt geen partnerpensioen omdat niet voldaan is aan de eis van notarieel samenlevingscontract. Een beroep op de hardheidsclausule verwerpt het pensioenfonds en de Commissie van Beroep oordeelt dat de "niet onaanvaardbaar". De rechtbank oordeelt dat de Commissie hier een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, want het reglement maakt een beroep op de hardheidsclausule mogelijk bij "onbillijkheid van overwegende aard". Op de tweede plaats acht de rechtbank het oordeel van de Commissie van Beroep rechtens onjuist, omdat de Commissie de beleidsvrijheid van het fonds voorop heeft gesteld. Dat is op zich een juiste benadering, maar het fonds zelf heeft een beleid om in bepaalde gevallen af te wijken. Dan moet volgens de rechtbank getoetst worden of het onderhavige geval onder dat afwijkende beleid gebracht moet worden. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat dit niet het geval is, omdat het beleid inhoudt dat afgeweken worden in gevallen dat door

plotseling en onverwacht overlijden niet meer aan de eisen voor huwelijk of partnerschap kon worden voldaan, hetgeen hier niet de situatie is.

### Thema: onverschuldigd betaald pensioen en onverschuldigd betaalde premie

- **Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022: te veel betaald arbeidsongeschiktheidspensioen niet volledig terug te vorderen**

Vanaf 2007 te hoog arbeidsongeschiktheidspensioen betaald, want gebaseerd op een te hoog arbeidsongeschiktheidspercentage. In 2018 wil verzekeraar verlagen en terugvorderen wat te veel is betaald met vijf jaar terugwerking (in verband met verjaringstermijn van vijf jaar bij vordering uit onverschuldigde betaling). Herziening voor de toekomst acht het Gerechtshof toegestaan, maar terugvordering maar zeer beperkt onder de volgende overwegingen:

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het hier gaat om een uitkering ingevolge een arbeidsongeschiktheidspensioen. Die is naar haar aard bedoeld om in het levensonderhoud van [appellante] te voorzien. [appellante] heeft door de verlaging van haar uitkering per 1 september 2018 te maken met een forse inkomensachteruitgang. Zij is al meer dan 20 jaar ernstig ziek. Haar ziekte is ook van dien aard dat zij geen mogelijkheden heeft om andere inkomensbronnen aan te boren en zij is dus voor haar levensonderhoud afhankelijk van haar WAO-uitkering en de pensioenuitkering. Zij is vanaf 2010 weer volledig arbeidsongeschikt en daarin zal geen verandering meer komen. Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat [appellante] in 2006/2007 beter had moeten onderzoeken hoe het precies zat met de hoogte van haar uitkering. Dat betekent nog niet dat zij, zoals ASR suggereert, expres haar lagere arbeidsongeschiktheidspercentage heeft verzwegen. [appellante] stelt dat de uitkering die zij heeft ontvangen is opgesoupeerd en dat zij, zeker gezien de verlaagde uitkering, geen enkele financiële armslag meer heeft. Dit alles heeft ASR onvoldoende betwist. In deze omstandigheden oordeelt het hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat ASR nog meer terugvordert dan hetgeen zij tot dusver op basis van het vonnis van de kantonrechter heeft gedaan.

- **Rechtbank Midden-Nederland 23 november 2022: te veel betaalde pensioenpremie**

In dit geding gaat het om te veel betaalde pensioenpremie. Het was de werkgever (een uitzendbureau) niet duidelijk dat zij geen premie over onregelmatigheidstoeslag hoefde te betalen. Dat heeft zij wel gedaan en dat vordert zij terug. De rechtbank oordeelt dat door onduidelijke communicatie door het pensioenfonds onduidelijkheid kon bestaan en dat de werkgever ongewild de premie heeft betaald. De argumenten van het pensioenfonds verwerpt de rechtbank, waaronder het argument dat de werkgever zelf de opgave van te betalen premie heeft gedaan en het fonds niet kan weten of dat op basis van een te hoge grondslag is en het argument dat de premie inmiddels voor pensioentoekenning is gebruikt. De rechtbank overweegt dat het fonds betaling uit het vermogen kan verrichten.

### Thema: aansprakelijkheid voor onvolledige voorlichting over beleggings- en renterisico

- **Hoge Raad 16 december 2022: onvoldoende informatie over combinatie van beleggings- en renterisico**

Werknemer draagt opgebouwd op advies van Aon gegarandeerd pensioen over naar een C-polis op beleggingen. De waarde van het pensioen dat aangekocht kan worden is substantieel lager dan het gegarandeerde pensioen, dus Aon wordt aansprakelijk gehouden. Het Gerechtshof heeft Aon niet aansprakelijk gehouden. Het Gerechtshof heeft geoordeeld dat het beleggingsrisico voldoende medegedeeld is, dat onvoldoende is gewaarschuwd voor het renterisico, maar dat er geen causaal verband is tussen schending van de zorgplicht op dit punt en de schade. De Hoge Raad oordeelt de motivering van het hof tekortschiet wat betreft de zorgplicht ten aanzien van het combinatierisico wat betreft beleggingen en rente:

De onderdelen klagen met recht dat dit oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. [de cliënt] moest bij zijn beslissing over het aangaan van de beleggingsverzekering de kans op een hoger pensioen dan het gegarandeerde pensioen afwegen tegen het risico van een slechtere uitkomst. Voor deze afweging is niet alleen van belang tot welk bedrag [de cliënt] het risico van een slechtere uitkomst dan het gegarandeerde pensioen wilde accepteren, maar ook hoe groot hij de kans inschatte dat het pensioen op dat bedrag zou kunnen uitkomen, of – meer algemeen – zou kunnen uitkomen op een lager bedrag dan het gegarandeerde pensioen. Voor die inschatting is relevant dat het pensioen dat uit de beleggingsverzekering zou resulteren, niet uitsluitend afhangt van het beleggingsrisico, maar mede van het rekenrenterisico. De

uitkomst werd door de combinatie van deze risico's immers onzekerder. Daarbij komt dat het rekenrenterisico, anders dan het beleggingsrisico, niet door een garantie was beperkt. Een en ander heeft het hof niet kenbaar betrokken in zijn oordeel.

0000000000000000