

VU Expertisecentrum Pensioenrecht

**Serie Pensioenactualiteiten Nr. 103**

Pensioenrechtspraak

Onder redactie van prof. dr. E. Luttjens

---

De uitgave van dit boek is mede mogelijk gemaakt door:

**VU Law Academy**

**Faculteit der Rechtsgeleerdheid Vrije Universiteit Amsterdam**

Dit boek bevat de bewerkte tekst van de inleiding die de auteur over het onderwerp van dit boek heeft gehouden tijdens de VU Law Academy-lezing Pensioenactualiteiten op 18 maart 2020 aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De lezing vond plaats in de serie pensioenactualiteiten, een initiatief van de Vrije Universiteit en VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

Voor nadere informatie over de werkzaamheden van de VU Expertisecentrum Pensioenrecht neemt u contact op met Prof. Dr. E. Lutjens, Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Boelelaan 1105, 1081 HV Amsterdam, tel. 020-598 62 68 (donderdag), fax 020-598 62 80, e-mail: [e.lutjens@rechten.vu.nl](mailto:e.lutjens@rechten.vu.nl) of [eriklutjens@hetnet.nl](mailto:eriklutjens@hetnet.nl).

© 2021, VU Expertisecentrum Pensioenrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enigerlei vorm of wijze, zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbende.

*In deze serie Pensioenactualiteiten verschenen eerder:*

- Nr. 1 Flexibilisering bij pensioen
  - Nr. 2 Informatieverplichtingen, verslaglegging en aansprakelijkheid
  - Nr. 3 Internationale aspecten van pensioenen
  - Nr. 4 Fusies en overnames
  - Nr. 5 Flexibele arbeidsrelaties en pensioen
  - Nr. 6 Uitvoeringsorganisaties
  - Nr. 7 Toezicht
  - Nr. 8 De beschikbare premiereregeling
  - Nr. 9 Fiscale behandeling van pensioenen
  - Nr. 10 Aansprakelijkheid van pensioenuitvoerders
  - Nr. 11 De nieuwe PSW
  - Nr. 12 Wijziging pensioenregeling
  - Nr. 13 De beschikbare premiereregeling: nog interessant als pensioenvorm
  - Nr. 14 Keuzerecht en flexibilisering
  - Nr. 15 Belastingplan 21<sup>e</sup> eeuw: Wet IB 2001 in relatie tot lijfrente en pensioen
  - Nr. 16 Employee Benefits en Pensioen
  - Nr. 17 Beschikbare premiereregeling, Voorlichting en aansprakelijkheid
  - Nr. 18 Beschikbare premiestaffels en VUT Pre-pensioen
  - Nr. 19 Keuze pensioensoorten en gelijke behandeling
  - Nr. 20 Verplichte Bedrijfstakpensioenfondsen
  - Nr. 21 Beschikbare premiereregelingen: wat fiscaal moet, maar volgens de PSW niet mag
  - Nr. 22 Wel of niet voortzetten pensioenregeling, behoud van vrijstelling, recht op overschot
  - Nr. 23 Beschikbare premiereregeling
  - Nr. 24 Gelijke behandeling: man-vrouw
  - Nr. 25 Grensoverschrijdend pensioenverkeer
  - Nr. 26 Indexering
  - Nr. 27 Fiscale pensioenactualiteiten
  - Nr. 28 Beschikbare premie en streefregelingen, gelijke behandeling en keuzemogelijkheden
  - Nr. 29 Einde deelneming en waardeoverdracht
  - Nr. 30 Bedreiging voor pensioensystemen
  - Nr. 31 Voorlichting en aansprakelijkheid
  - Nr. 32 Hoe wijzig ik de pensioenregeling of verzekeringsovereenkomst
  - Nr. 33 VUT, prepensioen en levensloop: hoe ziet de ideale vroegpensioenregeling er uit?
  - Nr. 34 Gelijke behandeling bij pensioenregelingen: welke onderscheidingen zijn nog toegestaan?
  - Nr. 35 Individuele tegenover collectieve pensioenarrangementen
  - Nr. 36 De Pensioenwet
  - Nr. 37 Fiscale actualiteiten
  - Nr. 38 Pensioen en (chtscheiding)
  - Nr. 39 Zorgplichten, mede in relatie tot het wijzigen van een Pensioenregeling
  - Nr. 40 Pensioenwet
  - Nr. 41 Pensioenwet: vereiste documentatie
  - Nr. 42 Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en vrijstellingen
  - Nr. 43 Een Pensioenactualiteit
  - Nr. 44 Pensioen voor DGA en zelfstandigen
  - Nr. 45 Toegang tot de pensioenregeling
  - Nr. 46 De Uitvoeringsovereenkomst
  - Nr. 47 Aansprakelijkheid
  - Nr. 48 Premiekorting en indexatie(ambitie)
  - Nr. 49 De gevolgen van de kredietcrisis
  - Nr. 50 Werken met het toeslagenlabel
  - Nr. 51 Vrijstelling van Bpf: mogelijkheden en voorwaarden
  - Nr. 52 Nationale en internationale waardeoverdracht
  - Nr. 53 De pensioenuitvoeringsorganisatie
  - Nr. 54 Toezicht door AFM en DNB
  - Nr. 55 Medezeggenschap en de rol van de Ondernemingsraad
  - Nr. 56 Uittredingsregelingen
  - Nr. 57 Bedrijfstakpensioenfondsen
  - Nr. 58 Inzicht in toezicht en aansprakelijkheid
-

Nr. 59 Einde deelneming in de pensioenregeling, mede bij faillissement van de werkgever  
Nr. 60 Het nieuwe pensioencontract en de organisatie van medezeggenschap  
Nr. 61 Bestuur en governance bij pensioenfondsen  
Nr. 62 Verantwoordelijkheidsverdeling en aansprakelijkheid  
Nr. 63 Het pensioenakkoord en het pensioencontract  
Nr. 64 Pensioenprocessen  
Nr. 65 Toezicht uitoefening  
Nr. 66 Besturen van pensioenfondsen  
Nr. 67 Scheidingsperikelen  
Nr. 68 Pensioenuitvoerders  
Nr. 69 Financieel-economische invloed op het pensioenrecht  
Nr. 70 Doorsneepremie: Collectieve of individuele pensioenregeling  
Nr. 71 Het Pensioencontract 2015  
Nr. 72 Waardeoverdracht  
Nr. 73 Verder kijken naar toezicht  
Nr. 74 Verder kijken naar verplichtstelling  
Nr. 75 Verder kijken naar grensoverschrijdend pensioenverkeer  
Nr. 76 Verder kijken naar overgang van onderneming  
Nr. 77 Het algemeen pensioenfonds: de eerste ervaringen, vormgeving en knelpunten  
Nr. 78 Arbeidsvormen en pensioendeelname: hoe kan de pensioenregeling inspelen op wisselende arbeidspatronen en toename aantal zelfstandigen?  
Nr. 79 PJ-annotatoren becommentariëren actuele rechtspraak en de gevolgen voor het pensioenrecht en pensioenpraktijk  
Nr. 80 De toekomst van het pensioen  
Nr. 81 Wijziging pensioenregelingen  
Nr. 82 Annotaties op rechtspraak  
Nr. 83 Toekomst pensioenstelsel, solidariteit, gelijke behandeling en eigendomsrechten  
Nr. 84 Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen: over werkingssferen, premiebetaling en vrijstelling  
Nr. 85 De Privacy Verordening  
Nr. 86 Fiscale pensioenvraagstukken  
Nr. 87 Pensioenrechtspraak  
Nr. 88 IORP II - de implementatie in Nederland  
Nr. 89 Arbeidsmarkt en pensioen  
Nr. 90 Verplichte bp'en en vrijstellingen  
Nr. 91 Akkoord nieuw pensioenstelsel: de juridische aspecten  
Nr. 92 Pensioenrechtspraak  
Nr. 93 Pensioen en scheiding  
Nr. 94 Pensioenakkoord – juridische vragen  
Nr. 95 Zorgplichten  
Nr. 96 Pensioen bij scheiding en partnerpensioen  
Nr. 97 PEPP  
Nr. 98 Pensioen en flexibele arbeidsrelaties  
Nr. 99 Partnerpensioenen  
Nr. 100 Wet toekomst pensioenen 2020/21  
Nr. 101 25 jaar pensioenlezingen + omgaan met open normen in pensioenwetten  
Nr. 102 De Wet toekomst Pensioenen

---

Pensioenrechtspraak

# Inhoudsopgave

## Bas Degelink

- Hof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1707 (bpfBOUW c.s. / Asbestverwijdering Ede BV).
- Rb. Oost-Brabant 23 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2584, PJ 2022/83 (Bpf Reisbranche / Hader Development BV).
- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628, PJ 2021/143 (PFZW / Joyce-House).
- Rb. Noord-Holland 8 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11361, PJ 2022/11 (Bpf MITT / Woltex BV).
- Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, PJ 2022/12 (Bpf Vervoer / Deliveroo).

## Frédérique Hoppers-Rademaker

- Hoge Raad 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754.
- Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.
- Hoge Raad 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:136.

## Jim Kaldenberg

- A-G 24 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:617 (AFM).
- Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2342 (DSV c.s./Werknemers).
- Rb. Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7027 (Eiser/Tappan B.V.).
- Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6832 (Appellant/Telder Bouw & Industrie).
- Rb. Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948 (X/Onderlinge 's-Gravenhage).
- Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3722 (X/Air Liquide Welding).

## Erik Lutjens

- Hof 's-Hertogenbosch 15 februari, ECLI:NL:GHSHE:2022:469.
- Hoge Raad 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:985.
- Hoge Raad 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162.
- Rb. Noord-Nederland 12 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2347.
- Hof Den Haag 26 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1317.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus, ECLI:NL:GHARL:2022:7295.
- College van Beroep voor het bedrijfsleven 26 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:458.

**Serie Pensioenactualiteiten Nr. 103**

**Bas Degelink**

- Hof Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1707 (bpfBOUW c.s. / Asbestverwijdering Ede BV).
- Rb. Oost-Brabant 23 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2584, PJ 2022/83 (Bpf Reisbranche / Hader Development BV).
- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9628, PJ 2021/143 (PFZW / Joyce-House).
- Rb. Noord-Holland 8 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11361, PJ 2022/11 (Bpf MITT / Woltex BV).
- Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, PJ 2022/12 (Bpf Vervoer / Deliveroo).



# ECLI:NL:GHAMS:2022:1707

Instantie                      Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak            07-06-2022

Datum publicatie            25-08-2022

Zaaknummer                200.275.244/01

Rechtsgebieden            Civiel recht

Bijzondere kenmerken    Hoger beroep  
Herroeping

Inhoudsindicatie

Betreft herroepingsverzoeken op grond van artikel 382 Rv, waarbij herroeping wordt verzocht van arresten van het hof uit 2019 waarbij – samengevat – is geoordeeld dat de betreffende bedrijven vallen onder de werkingssfeer van verplichtstelling van Bpf Bouw, de algemeen verbindend verklaarde cao BTER, en (voor de periode dat deze algemeen verbindend verklaard was/wordt) van de cao Bouw. Werkgevers moeten alsnog premies afdragen over een periode in het verleden. Herroeping was verzocht op de grond dat bij het aanleveren van gegevens in verband met het aanvragen van de verplichtstelling en de algemeenverbindendverklaring forse aantallen ongebonden werkgevers en werknemers die wel onder de werkingssfeer vallen, maar die niet bij Bpf bouw zijn aangesloten, buiten beschouwing zijn gebleven bij het bepalen van de representativiteit. Werkgevers beroepen zich hiertoe onder meer op onderzoek door het bureau voor arbeidsmarktonderzoek Panteia.

Herroepingsverzoeken worden afgewezen, geen sprake van bedrog, terwijl voorts de arresten waarvan herroeping wordt verzocht niet berusten op het gestelde bedrog.

Vindplaatsen                Rechtspraak.nl  
AR-Updates.nl 2022-0952

## Uitspraak

### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.275.244/01

**arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 7 juni 2022**

inzake

**ASBESTVERWIJDERING EDE B.V.,**

gevestigd te Amsterdam-Zuidoost,

eiseres tot herroeping,

advocaat: mr. P.W.M. Huisman te Amsterdam,

tegen

**1 STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR DE BOUWNIJVERHEID,**

gevestigd te Amsterdam,

**2. STICHTING OPLEIDINGS- EN ONTWIKKELINGSFONDS BOUW & INFRA,**

gevestigd te Harderwijk,

**3. STICHTING AANVULLINGSFONDS BOUW & INFRA,**

gevestigd te Harderwijk,

gedaagden tot herroeping,

advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam.

**1 Het geding**

Partijen worden hierna wederom AVE, Bpf Bouw, O&O-fonds en Aanvullingsfonds (gedaagden tot herroeping gezamenlijk: de Fondsen) genoemd.

Het hof heeft in deze zaak op 2 februari 2021 een tussenarrest gewezen. Voor het procesverloop tot die datum wordt naar dat tussenarrest verwezen.

In dat tussenarrest is beslist dat de zaak meebrengt dat niet afzonderlijk wordt beslist op de provisionele vordering, maar dat de provisionele vordering en de vordering tot herroeping gezamenlijk worden behandeld. Het hof overweegt in dit tussenarrest dat er aanleiding is om een mondelinge behandeling te houden, tenzij alle partijen daarvan willen afzien. Bij de mondelinge behandeling zullen tegelijk met de onderhavige zaak vier met deze zaak samenhangende zaken tussen deels dezelfde partijen, met zaaknummers 200.275.235/01, 200.275.237/01, 200.275.246/01 en 200.275.250/01, worden behandeld. Het hof heeft de zaak verwezen naar de rol voor beraad partijen.

De zaak is ter zitting van 10 november 2021 mondeling behandeld, tegelijk met de hiervoor al genoemde zaken. Partijen hebben de zaak doen bepleiten door hun hiervoor genoemde advocaten, beiden aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht

Daarna is arrest gevraagd.

## **2 Beoordeling**

### **2.1 Het gaat in dit geding om het volgende.**

2.1.1 AVE is opgericht in 2005 en houdt zich bezig met asbestverwijdering.

2.1.2 Bpf Bouw is een door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000). O&O-fonds en Aanvullingsfonds zijn belast met de uitvoering en naleving van de cao bouwnijverheid, thans de cao bouw & infra (hierna: de cao bouw) en de cao BTER. Bpf Bouw is belast met de uitvoering van het besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (hierna: het verplichtstellingsbesluit). De uitvoering van de hieruit voortvloeiende verplichtingen tot premieheffing is uitbesteed aan Algemene Pensioen Groep N.V. (hierna: APG), voorheen Cordares Diensten B.V. (hierna: Cordares). De cao BTER bevat regelingen met betrekking tot het O&O-fonds, het Scholingsfonds en het Aanvullingsfonds op grond waarvan werkgevers die onder deze regelingen vallen, gehouden zijn tot premiebetaling aan deze fondsen.

2.1.3 Stichting Technisch Bureau voor de Bouwnijverheid (hierna: TBB), opgericht door werknemers- en werkgeversorganisaties in de bouwnijverheid, bevordert en ziet in opdracht van cao-partijen en Bpf Bouw toe op de naleving van het verplichtstellingsbesluit, de cao bouw en de cao BTER. In opdracht van TBB heeft Cordares onderzocht welke bedrijfsactiviteiten AVE verricht en hoe deze zich verhouden tot de verplichtstelling van Bpf Bouw en de werkingssfeer van de cao BTER. Cordares heeft daartoe op 25 oktober 2012 een bezoek gebracht aan AVE en op 12 november 2012 een rapport opgesteld. In dit rapport is geconcludeerd dat AVE een onderneming is die zich hoofdzakelijk richt op asbestverwijdering, welke bedrijfsactiviteit valt onder de verplichtstelling van Bpf Bouw en de werkingssfeer van de cao BTER. Op basis van dit rapport heeft de commissie werkingssfeer, die is ingesteld door de betrokken cao-partijen, op 12 februari 2013 geoordeeld dat AVE met ingang van 17 mei 2007 verplicht is tot premiebetaling aan de Fondsen. Het bezwaar dat AVE hiertegen heeft gemaakt, is op 19 mei 2015 ongegrond verklaard.

2.1.4 AVE heeft vervolgens de Fondsen gedagvaard voor de kantonrechter te Amsterdam en gevorderd te verklaren voor recht dat zij niet onder de werkingssfeer van de cao bouw, de cao BTER en het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw valt, althans dat zij niet met terugwerkende kracht tot 17 mei 2007 gehouden is (pensioen)premies te voldoen, maar pas vanaf 15 februari 2013. De Fondsen hebben daartegen verweer gevoerd en in reconventie gevorderd te verklaren voor recht dat AVE in ieder geval vanaf 17 mei 2007 onder de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid valt, in het bijzonder van het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw, de cao BTER en de cao bouw; AVE te veroordelen om binnen twee weken na betekening van het te wijzen vonnis loon- en premiegegevens aan te leveren van haar werknemers over de loonperioden vanaf 17 mei 2007 op straffe van verbeurte van een dwangsom, en de hieruit volgende (vervangende) premienota's en kosten te voldoen, en AVE te veroordelen tot betaling van nader gespecificeerde bedragen aan premies.

2.1.5 De kantonrechter heeft in het dictum in zijn vonnis van 2 mei 2017 voor recht verklaard dat

AVE in ieder geval vanaf 17 mei 2007 valt onder de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid, in het bijzonder van de verplichtstelling van Bpf Bouw, en derhalve ingevolge artikel 4 Wet Bpf 2000 vanaf die datum gebonden is aan de statuten, reglementen en de besluiten van het bestuur van Bpf Bouw, alsmede van de algemeen verbindend verklaarde cao BTER, en (voor de periode dat deze algemeen verbindend verklaard was/wordt), van de cao bouw, en heeft AVE veroordeeld om binnen twee weken na betekening van het vonnis loon- en premiegegevens van haar werknemers aan te leveren over de loonperioden vanaf 1 januari 2016, op straffe van verbeurte van een dwangsom, en de hieruit voortvloeiende premienota(s) tijdig te voldoen, en het overigens door AVE gevorderde afgewezen. De kantonrechter heeft de Fondsen in de gelegenheid gesteld om hun vorderingen tot betaling van de premies en nota's opnieuw te berekenen over de periode vanaf 15 februari 2008 en dienovereenkomstig te verminderen, en heeft iedere verdere beslissing aangehouden. In het vonnis van 27 november 2017 heeft de kantonrechter overwogen dat hij zich gebonden acht aan de in het vonnis van 2 mei 2017 genomen bindende eindbeslissingen over de werkingssfeer van de sector bouwnijverheid, en dat wat AVE heeft aangevoerd niet kan leiden tot het heropenen van de discussie hierover. De kantonrechter heeft AVE veroordeeld tot betaling van premies over de periode van 15 februari 2008 tot en met 31 december 2015.

2.1.6 AVE is in hoger beroep gekomen tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering. Dit hof heeft in zijn arrest van 23 juli 2019 (zaaknummer 200.235.763/01), waarvan thans herroeping wordt verzocht, (verder: het arrest) onder meer overwogen dat de kantonrechter in het dictum van zijn vonnis van 2 mei 2017 beslissingen heeft gegeven omtrent de vraag of, en zo ja vanaf welke datum AVE onder de werkingssfeer van de hiervoor bedoelde besluiten en regelingen valt. Aldus heeft de kantonrechter in dit vonnis door een uitdrukkelijk dictum omtrent dit deel van het gevorderde reeds een einde gemaakt aan de eerste instantie en is in zoverre sprake van een einduitspraak waartegen direct een appeltermijn is gaan lopen. Het hof heeft AVE niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep voor zover gericht tegen het eindvonnisgedeelte van het vonnis van 2 mei 2017 en de vonnissen voor het overige - voor zover van belang - bekrachtigd. Het arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

2.1.7 AVE en anderen hebben bij brief van 20 november 2017 de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verzocht gegevens openbaar te maken betreffende het representativiteitsvereiste bij het nemen van voornoemde besluiten tot verplichtstelling en van de besluiten tot algemeenverbindendverklaring van de cao bouw en de cao BTER. De Minister heeft bij brief van 31 juli 2018 de gevraagde stukken ter beschikking gesteld.

#### *Grondslag vordering*

2.2 AVE heeft haar vordering het arrest te herroepen gegrond op het volgende. Uit de gegevens die zij naar aanleiding van haar WOB-verzoek heeft ontvangen is gebleken dat de sociale partners bij het aanleveren van gegevens in verband met het aanvragen van de verplichtstelling en de algemeenverbindendverklaring zijn uitgegaan van aantallen werkgevers en werknemers die reeds zijn aangesloten bij Bpf Bouw. Volgens AVE zijn daarmee forse aantallen ongebonden werkgevers en werknemers die wel onder de werkingssfeer vallen, maar die niet bij Bpf bouw zijn aangesloten, buiten beschouwing gebleven bij het bepalen van de representativiteit. Na correspondentie daarover met de Minister hebben AVE en anderen onderzoek doen verrichten door het bureau voor arbeidsmarktonderzoek Panteia. Uit het rapport van dit bureau van 18 november 2019 (verder: het rapport Panteia) blijkt volgens AVE dat de representativiteitscijfers vanaf 2007 aanzienlijk naar beneden behoren te worden bijgesteld zodat vrijwel steeds sprake is van een onvoldoende representativiteit om verplichtstelling en algemeenverbindendverklaring te rechtvaardigen.

2.3 AVE betoogt dat de Fondsen bekend waren, althans na eenvoudig onderzoek van de

representativiteitsgegevens bekend hadden kunnen zijn, met de onjuistheid althans onvolledigheid van de feitelijke gegevens die zij, althans de aan hen gelieerde sociale partners, aan de Minister hebben verstrekt, en met de juridische gevolgen daarvan, namelijk het ten onrechte verplichtstellen van de pensioenregeling en het ten onrechte algemeen verbindend verklaren van de cao's. De Fondsen hebben in de procedure die tot het arrest heeft geleid onverkort volgehouden dat AVE gebonden was aan de bedrijfspensioenregeling en de cao's. Indien zij de feiten met betrekking tot de onjuistheid en onvolledigheid van de verstrekte representativiteitsgegevens niet hadden verzwegen, dan had het hof kunnen constateren dat het verplichtstellingsbesluit en de algemeenverbindendverklaringen ten onrechte waren gegeven, althans dat de Fondsen misbruik van recht maakten dan wel dat een beroep op deze besluiten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Ook had het hof kunnen vaststellen dat de Fondsen (met de Minister) onrechtmatig hadden gehandeld jegens AVE. Het arrest berust daarom op bedrog door de Fondsen in het geding gepleegd, althans de uitkomst van het geding had anders kunnen zijn indien de Fondsen openheid van zaken hadden gegeven, aldus nog steeds AVE.

#### *Ontvankelijkheid*

- 2.4 Eerst dient te worden gezien of AVE haar vordering tot herroeping tijdig heeft ingesteld. AVE heeft op 31 juli 2018 de stukken ontvangen naar aanleiding van haar WOB-verzoek. AVE had dus in elk geval vanaf dat moment wetenschap van de bronnen die de sociale partners hadden gebruikt voor de aanlevering van de representativiteitsgegevens op grond waarvan de verplichtstelling en de algemeenverbindendverklaringen tot stand zijn gekomen. Zij was echter pas door het rapport van Panteia van 18 november 2019 ervan op de hoogte, zo stelt zij, dat de representativiteit onvoldoende was om de besluiten te rechtvaardigen. Het hof gaat dan ook ervan uit dat AVE op het moment van het uitbrengen van dat rapport volledig bekend is geworden met de door haar gestelde grond voor herroeping. Dat betekent dat zij met haar dagvaarding van 22 januari 2020 is gebleven binnen in artikel 383 Rv bepaalde termijn van drie maanden voor het instellen van het rechtsmiddel van herroeping. Zij is dan ook ontvankelijk in haar vordering tot herroeping.

#### *Het gestelde bedrog*

- 2.5 Van bedrog in de zin van artikel 382 onder a Rv is sprake wanneer een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. Dit zal zich onder meer voordoen wanneer een partij feiten verzwijgt, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn (vgl. ECLI:NL:HR:1996:ZC2162, ECLI:NL:HR:2003:AN7890). Het hof is van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de Fondsen in deze zin bedrog hebben gepleegd. Daartoe dient het volgende.
- 2.6 De Fondsen hebben in het geding dat tot het arrest heeft geleid het standpunt ingenomen dat de bedrijfspensioenfonds verplicht is gesteld en de cao's algemeen verbindend zijn verklaard. Die feitelijke uitgangspunten zijn juist. De Minister heeft immers daartoe strekkende besluiten genomen. De Minister is tot deze besluiten gekomen mede op grond van representativiteitsgegevens die de sociale partners hebben aangedragen. AVE heeft niet aangevoerd dat de sociale partners onjuiste gegevens - in de zin van onjuiste aantallen van reeds bij Bpf bouw aangesloten werkgevers en werknemers - hebben aangedragen. AVE heeft evenmin aangevoerd dat de sociale partners de Minister verkeerd hebben voorgelicht over de bron of herkomst van die door hen verstrekte aantallen. AVE betwist slechts dat deze gegevens als grondslag kunnen dienen voor het aannemen van voldoende representativiteit door de Minister. Dat de Fondsen - die volgens AVE op één lijn zijn te stellen met de sociale partners - *onjuiste* gegevens hebben gebruikt jegens de Minister dan wel in het geding dat tot het arrest heeft geleid is op grond van het voorgaande niet vast te stellen.

- 2.7 De handelwijze van de sociale partners bij de totstandkoming van de besluiten was bij AVE

overigens al bekend ruim voordat het arrest is gewezen. AVE had een en ander desgewenst in het geding dat tot het arrest heeft geleid voor het voetlicht kunnen brengen, in elk geval tijdens de zitting van 10 mei 2019 toen zij al over de relevante stukken beschikte. Dat zij dat niet heeft gedaan, dient voor haar rekening te blijven. Ook daarom kan de enkele gang van zaken rond de besluitvorming door de Minister niet tot herroeping van het arrest leiden.

2.8 AVE heeft echter ook het standpunt ingenomen dat de Fondsen in het geding dat tot het arrest heeft geleid de feiten *onvolledig* hebben gebracht. Zij doelt hiermee kennelijk erop dat de Fondsen de feiten uit en/of de conclusies van het rapport Panteia in het geding ter sprake had moeten brengen.

2.9 Uit de door AVE verkregen en in de dagvaarding van dit geding aangehaalde correspondentie is op te maken dat de Minister genoeg heeft genomen met de door de sociale fondsen aangeleverde representativiteitsgegevens. Deze gegevens waren afgeleid uit de ledenbestanden van de verzoekende werkgeversorganisaties en de bestanden van Cordares. De Minister heeft de sociale partners vervolgens niet gevraagd om andere gegevens aan te leveren. Dit strookt ook, anders dan AVE voorstaat, met de tekst van de namens de Minister gepubliceerde 'Praktische handreiking voor het opstellen van een representativiteitsopgave'. Daarin is te lezen dat databestanden van een algemeen verbindend verklaard cao-fonds worden aangemerkt als valide bron voor het vaststellen van het aantal werknemers dat onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds valt. Die bestanden zijn nu juist gebruikt bij de verzoeken door de sociale partners. Dat in de handreiking daarnaast ook gegevens uit een extern branche- of sectoronderzoek als valide bron wordt aangemerkt, maakt dit niet anders. AVE heeft in haar processtukken niet uitgelegd waarom de Minister en/of de sociale partners een dergelijk onderzoek in dit geval als een meer geschikte bron hadden moeten aanmerken. Het rapport Panteia kan overigens niet worden gezien als een regelmatig verschijnende publicatie afkomstig van bijvoorbeeld CBS of onderzoeksinstituten, wat door de handreiking nog als voorbeeld van een alternatieve bron wordt genoemd.

2.10 AVE heeft in het licht van het voorgaande niet uitgelegd waarom de Fondsen er in het geschil dat tot het te herroepen arrest heeft geleid desondanks rekening mee hadden moeten houden dat er betere bronnen waren voor het vaststellen van de representativiteit dan de genoemde door de Minister geaccepteerde databestanden. AVE heeft niet duidelijk gemaakt waarom van de Fondsen kon worden verwacht dat zij de rechter in die zin hadden moeten voorlichten of uit eigen beweging nader onderzoek naar de representativiteitsgegevens hadden moeten (doen) verrichten. Van een oneerlijke proceshouding van de Fondsen is niet gebleken.

2.11 AVE heeft thans wel door Panteia onderzoek naar de representativiteit laten verrichten. Zij heeft geen valide redenen aangevoerd waarom zij dat onderzoek nu pas heeft laten verrichten en niet voorafgaand aan of gedurende het geding, bijvoorbeeld vanaf oktober 2012, toen TBB een onderzoek instelde, of in de jaren daarna bij de periodieke vernieuwingen van de verplichtstelling, respectievelijk algemeen verbindend verklaring van de beide cao's. Uit het arrest blijkt dat zij reeds het standpunt innam dat niet aan het representativiteitsvereiste is voldaan zodat daartoe alle aanleiding bestond. Zij hoefde daarvoor niet de correspondentie af te wachten die zij met de Minister heeft gevoerd naar aanleiding van het verkrijgen van de WOB-stukken. Daarbij komt dat het rapport van Panteia bestaat uit een analyse van verschillende bestaande en openbare bronnen. AVE heeft altijd toegang gehad tot die bronnen. Daarom kan niet worden gezegd dat AVE onbekend was met deze gegevens. Dat zij deze gegevens niet eerder heeft gebruikt om haar standpunt te onderbouwen, zoals zij thans aan de hand van het rapport Panteia doet, dient voor haar rekening te blijven. Al met al kan niet worden volgehouden dat AVE voorafgaand aan het wijzen van het arrest niet met de thans in het rapport Panteia verwerkte feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn.

*Het arrest berust niet op bedrog*

- 2.12 Bovendien kan niet worden vastgesteld dat, zo er al sprake zou zijn (geweest) van bedrog, het arrest berust op dit gestelde bedrog. Het hof komt tot deze slotsom op grond van het volgende.
- 2.13 Het rapport Panteia is op 18 november 2018, mede namens AVE, naar de Minister verzonden met daarbij het verzoek de verplichtstellingsbeslissing en de cao's buiten toepassing te laten. De Minister heeft bij brief van 23 december 2019 geantwoord dat de conclusie van het onderzoek in de procedure leidend tot de gewraakte besluiten niet is ingebracht als bedenking of zienswijze en dus voor de reeds rechtmatig genomen besluiten niet meer relevant is. Dit laat onverlet, aldus de Minister, dat AVE bedenkingen of zienswijzen kan indienen bij toekomstige verzoeken tot algemeenverbindendverklaring of verplichtstellingsaanvragen. Dat de Minister zich in zijn antwoord niet inhoudelijk uitlaat, kan overigens niet, zoals AVE voorstaat, worden uitgelegd als erkenning dat er gebreken kleven aan de representativiteitsgegevens die de sociale partners hebben aangeleverd.
- 2.14 Uit door BPF c.s. overgelegde, en overigens in de Staatcourant gepubliceerde besluiten van de Minister van 16 november 2020, 18 december 2020 en 2 september 2021 blijkt dat namens onder meer AVE schriftelijke bedenkingen zijn ingebracht tegen nieuwe verzoeken tot verbindendverklaring van de cao bouw en de cao BTER. Bij deze bedenkingen is een beroep gedaan op het rapport Panteia en zijn op grond daarvan bedenkingen geuit tegen de brongegevens die de sociale partners in verband met de representativiteit hebben aangeleverd. De minister heeft in de vervolgens genomen besluiten tot verbindendverklaring van de cao bouw en de cao BTER zoals hierboven vermeld, overwogen dat de door de sociale partners gebruikte bronnen en systematiek gebruikelijk zijn en doorgaans als voldoende zorgvuldig zijn aan te merken. De alternatieve representativiteitscijfers van Panteia zijn gebaseerd op SBI-codes die niet volledig gerelateerd zijn aan de werkingssfeer van de cao Bouw en Infra en volgens de Minister daardoor minder betrouwbaar en valide. De bedenkingen zijn voldoende weerlegd en doen geen afbreuk aan de door cao-partijen overgelegde representativiteitsgegevens, zo concludeert de Minister in zijn overwegingen, waarna hij positief heeft beslist op de verzoeken.
- 2.15 AVE heeft in het licht van deze feiten geen stellingen ingenomen die de conclusie rechtvaardigen dat de inhoud van het rapport Panteia tot een voor haar gunstige afloop van de procedure zouden hebben kunnen leiden in die zin dat het hof op grond daarvan zou hebben beslist de algemeenverbindendverklaringen de verplichtstelling jegens AVE buiten toepassing te laten dan wel anderszins haar verweren te honoreren.

### *Afsluiting*

- 2.16 AVE heeft ter zitting nog een beroep gedaan op artikel 382 aanhef en onder c Rv. Voor zover zij bedoelt dat zij na het arrest het rapport Panteia in handen heeft gekregen als stuk van beslissende aard, valt niet in te zien dat de Fondsen dit stuk zouden hebben achtergehouden. Evenmin valt in te zien dat de Fondsen enige inhoud van dit rapport hebben achtergehouden. Zij kenden het rapport immers niet en hadden er ook niet op bedacht hoeven zijn die inhoud ter sprake te brengen. Ook is het rapport of die inhoud niet van beslissende aard. Het hof verwijst voor een en ander naar het hiervoor overwogene. De Fondsen hebben ter zitting overigens terecht aangevoerd dat AVE te laat een beroep hebben gedaan op herroepingsgrond c. Ook dat staat in de weg aan een toewijzing op deze grond.
- 2.17 Het hof wijst ten slotte op het volgende. Het te herroepen arrest houdt onder meer in dat AVE niet binnen de appeltermijn tegen het vonnis van 2 mei 2017 in appel is gekomen, zodat zij in zoverre niet-ontvankelijk is in haar hoger beroep. Daarom komt het hof, zo overweegt hij in dat arrest, niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de stelling van AVE dat de einduitspraak in strijd is met de openbare orde omdat de cao bouw niet algemeen verbindend verklaard had mogen

worden omdat niet aan het representativiteitsvereiste is voldaan. Ook dit staat in de weg aan herroeping van dat arrest. Het gestelde bedrog heeft immers betrekking op een onderwerp dat - volgens dat te herroepen arrest - geen onderdeel uitmaakte van het hoger beroep.

2.18 Een en ander maakt dat er geen grond is voor toewijzing van de vordering tot herroeping. Dat betekent dat deze zal worden afgewezen.

2.19 AVE heeft nog een provisionele vordering op de voet van artikel 223 lid 1 Rv ingesteld, strekkende tot schorsing van de (verdere) tenuitvoerlegging van genoemd arrest voor de duur van het geding tot herroeping. De provisionele vordering volgt naar zijn aard het lot van de vordering in de hoofdzaak en zal dus eveneens worden afgewezen.

2.20 AVE wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. Er is onvoldoende aanleiding haar in de werkelijke proceskosten te veroordelen, zoals de Fondsen hebben verzocht.

### **3 Beslissing**

Het hof:

wijst af de vorderingen van AVE tot herroeping van het arrest van 23 juli 2019 van dit hof met zaaknummer 200.235.763/01;

wijst af de provisionele vordering van AVE tot schorsing van de (verdere) tenuitvoerlegging van genoemd arrest;

veroordeelt AVE in de kosten van deze procedure en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van de stichtingen gevallen, op € 760,- aan verschotten en € 3.342,- aan salaris advocaat en op € 163,00 voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,00 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na betekening van dit arrest aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T.S. Pieters, D. Kingma en A.C.M. Kuypers en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 7 juni 2022.



# ECLI:NL:RBOBR:2022:2584

Instantie Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak 23-06-2022

Datum publicatie 29-06-2022

Zaaknummer 8835400 CV EXPL 20-5486

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Bodemzaak  
Eerste aanleg - enkelvoudig

Inhoudsindicatie

Eindvonnis, hoort bij tussenvonnis 18/11/2021. Pensioenzaak. Hader is geen (online) reisagent in de zin dat zij in hoofdzaak (meer dan 50% van de loonsom) het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uitoefent of in (een van) de jaren 2014 tot en met 2020 heeft uitgeoefend. Hader is dus niet verplicht deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche en hoeft geen pensioenpremies af te dragen aan Bpf Reisbranche. Het uitgevaardigde dwangbevel kan geen stand houden.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl  
AR-Updates.nl 2022-0736  
PJ 2022/83  
PR-Updates.nl PR-2022-0130

## Uitspraak

### RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Zaaknummer : 8835400

Rolnummer : 20-5486

Uitspraak : 23 juni 2022

in de zaak van:

**Hader Development B.V.,**

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

opposant,

gemachtigden: mr. P.G. Vestering en mr. D.L. Kok,

t e g e n

de **Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche**,  
gevestigd te IJsselstein,  
geopposeerde,  
gemachtigden: mr. G.R. Derksen en mr. C. Beltman.

Partijen zullen hierna worden genoemd "Hader" en "(het) Bpf Reisbranche".

## **1 Het verdere verloop van de procedure**

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt allereerst uit het tussenvonnis van 18 november 2021 en de daarin genoemde processtukken. In dit vonnis heeft de kantonrechter in rechtsoverweging 6.1. Hader in de gelegenheid gesteld om op de rolzitting van 13 januari 2022 bij akte de informatie (inclusief toelichting) in het geding te brengen die is weergegeven in rechtsoverweging 5.12 en 5.13. Ook heeft zij Hader bevolen de onderliggende overeenkomst(en) met Vakantieaanbiedingen Holding in het geding te brengen.  
In rechtsoverweging 6.2. heeft de kantonrechter bepaald dat Bpf Reisbranche hierna in de gelegenheid zal worden gesteld een antwoordakte te nemen.  
In rechtsoverweging 6.3. tenslotte, heeft de kantonrechter aangegeven iedere verdere beslissing aan te houden.
- 1.2. Op 9 februari 2022 heeft Hader ten behoeve van de rolzitting van 10 februari 2022 een akte overlegging producties ingebracht (genummerd 29 tot en met 34).
- 1.3. Op 29 maart 2022 heeft Bpf Reisbranche een antwoordakte ingebracht ten behoeve van de rolzitting van 7 april 2022.
- 1.4. Ten slotte is vonnis bepaald op 23 juni 2022.

## **2 De verdere beoordeling**

- 2.1. De kantonrechter blijft bij wat is overwogen en beslist in het tussenvonnis van 18 november 2021.
- 2.2. In het tussenvonnis van 18 november 2021 heeft de kantonrechter onder meer geoordeeld dat de werkzaamheden van Hader, waar het gaat om Prijsvrij, aan te merken zijn als die van een reisagent in de zin van het verplichtstellingsbesluit, maar dat nog wel getoetst moet worden aan het in dat besluit genoemde hoofdzaakcriterium (rov 5.11).  
Volgens dat verplichtstellingsbesluit wordt een onderneming of deel van een onderneming geacht in hoofdzaak het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uit te oefenen als meer dan 50% van de loonsom in de desbetreffende onderneming (of een onderdeel daarvan) daaraan moet worden toegeschreven.

Niet in geschil is dat Hader meer klanten bedient en in de jaren 2014 tot en met 2020 heeft bediend dan alleen Prijsvrij.

De kantonrechter vindt dat ook voldoende vaststaat dat Hader software/it-producten ontwikkelt en vermarkt.

2.3. Nog niet is komen vast te staan dat de werkzaamheden die Hader voor Prijsvrij verricht, op zichzelf van voldoende omvang zijn om te concluderen dat Hader in hoofdzaak het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uitoefent of in (een van) de jaren 2014 tot 2020 heeft uitgeoefend. Daarbij stelt de kantonrechter zich op het standpunt dat het enkele ontwikkelen, op de markt brengen en onderhouden van softwareproducten waarmee bemiddelingsactiviteiten worden uitgevoerd (zoals dat gebeurt bij het platform dat door Prijsvrij wordt gebruikt) er op zichzelf nog niet toe leidt dat de aanbieder al onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit komt te vallen. Daarvoor is meer nodig.

2.4. De kantonrechter heeft in het tussenvonnis van 18 november 2021 geoordeeld dat in onderhavige zaak op Hader een verzwaarde motiveringsplicht rust, ook waar het gaat om haar stelling dat niet aan het hoofdzakelijkheids criterium is voldaan.

2.5. De kantonrechter heeft Hader in de gelegenheid gesteld nadere informatie over de aard en omvang van haar dienstverlening in de periode gelegen tussen juli 2014 en 2017 in het geding te brengen. Daarbij is van belang dat (1) Hader onderbouwt voor welke partijen zij in de periode juli 2014 tot en met 2016 werkzaamheden heeft verricht, (2) wat de aard en inhoud van die werkzaamheden en de daarmee samenhangende diensten zijn (3) alsook welke loonsommen en uren daarmee waren gemoeid. (4) Verder zal de informatie inzicht moeten geven in de vraag in hoeverre de werkzaamheden voor deze klanten overeenkomen of juist verschillen met de werkzaamheden van Hader voor Prijsvrij.

(5) Daarnaast wil de kantonrechter door Hader nader worden geïnformeerd over de toerekening aan specifieke activiteiten van door medewerkers gewerkte uren in de periode 2014 tot en met 2020 waar het gaat om eigen projecten / eigen kosten, zoals gepresenteerd onder de noemer: "Hader D", "GOT" en "Corona" in het door Hader onder productie 24 in het geding gebrachte rapport van feitelijke bevindingen van haar huisaccountant Sabo, die overigens in het tussenvonnis abusievelijk is aangeduid als Stabo. Dit onder productie 24 ingebrachte rapport zal hierna worden genoemd: "het Sabo I rapport". Het gaat concreet om de toerekening van uren die worden toegeschreven aan die eigen projecten / eigen kosten onder de verschillende rubrieken die voorkomen in het Sabo I rapport (van Data Analyse tot Webdesign).

Van belang is bijvoorbeeld dat een toelichting wordt gegeven op uren die zijn opgenomen onder de noemer "Customer Care".

Het aantal door medewerkers van Hader gewerkte uren dat aan de verschillende klanten van Hader wordt toegeschreven, is relevant bij het bepalen of aan het 50%-criterium is voldaan en dat geldt evenzeer voor de feitelijke invulling van die uren.

(6) Verder wil de kantonrechter dat Hader ook de onderliggende overeenkomst(en) met Vakantieaanbiedingen Holding in het geding brengt, waarbij Hader zal moeten aangeven of dit platform/deze website al operationeel is geworden en, zo nee, hoe de in totaal toegerekende 16.325 Customer Care-uren (1.988 + 7.480 + 2.080) dan moeten worden begrepen.

#### *Akte overlegging producties Hader en antwoordakte Bpf Reisbranche*

2.6. Hader heeft in haar akte overlegging producties nadere stukken in het geding gebracht waaruit volgens haar blijkt dat zij (ook) in de periode van 2014 tot 2017 een zelfstandige dienstverlener was op het gebied van ICT- en online-marketing voor verschillende klanten in de reissector. Verder laten deze stukken volgens Hader zien dat haar werk (in de gehele periode 2014 tot en met 2020) voor (in elk geval) haar andere klanten dan Prijsvrij in essentie bestaat uit softwareontwikkeling, technische dienstverlening en technische ondersteuning aan die klanten. Duidelijk is volgens

Hader dat zij hoe dan ook minder dan 50% van haar loonsom besteedt aan eventuele reisbemiddelingsactiviteiten.

- 2.7. Bpf Reisbranche stelt in haar antwoordakte dat Hader nu al een paar keer in de gelegenheid is gesteld om nader bewijs te leveren, maar niet verder komt dan het geven van onvolledige informatie en het creëren van mist.

Bpf Reisbranche voert aan dat Hader met de gegeven invulling van de op haar rustende verzwaarde motiveringsplicht in het geheel niet heeft aangetoond dat zij op basis van het hoofdzakelijkheids criterium niet onder de verplichtstelling valt. Bpf Reisbranche stelt dat meer dan 50% van de loonsom bij Hader moet worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent.

Hader valt dus onder de verplichtstelling van Bpf Reisbranche en de vorderingen die Hader als opposant heeft ingesteld moeten worden afgewezen, aldus Bpf Reisbranche.

- 2.8. De kantonrechter zal hierna de producties met toelichting bespreken die door Hader zijn overgelegd, in het licht van de reactie van Bpf Reisbranche hierop. Bij haar beoordeling gaat de kantonrechter uit van de 6 punten, die hiervoor benoemd zijn in rechtsoverweging 2.5.

#### *Het Sabo II rapport*

- 2.9. Hader legt in de eerste plaats over als productie 29 het Rapport feitelijke bevindingen van 8 februari 2022 van Sabo accountants (het Sabo II Rapport). In dit rapport geeft de accountant van Hader over de periode 1 juli 2014 tot 2017 de activiteiten van Hader weer aan de hand van de omzetcijfers en de inzet van personeel (in FTE en loonkosten), gebaseerd op de onderliggende overeenkomsten tussen Hader en haar klanten en de Hader boekhouding. Het Sabo II rapport sluit aan op het eerdere Sabo I rapport van 12 augustus 2021 dat zag op de periode 2017 tot en met 2020 (productie 24).

- 2.9.1. Volgens Hader blijkt uit het Sabo II rapport dat zij ook in de periode juli 2014-2017 werk verrichte voor Prijsvrij.nl (hierna weer aangeduid als Prijsvrij) en daarnaast in deze periode diensten aan derden leverde en software ontwikkelde voor de reisbranche. Het gaat om verschillende klanten van Hader binnen en buiten de REWE-groep, die eigen activiteiten en werknemers hebben maar voor (de opstart van) hun online-activiteiten Hader inschakelen.

Naast Prijsvrij heeft Hader in de periode 2014-2020 gewerkt voor:

- *Preistour s.r.o.*

Preistour is volgens Hader een zelfstandige onderneming (net als Hader) die ook onderdeel is van de REWE-groep. Hader hield zich bezig met de ontwikkeling van een software platform voor Preistour, waarvoor Preistour Hader heeft betaald. Aan dit platform heeft Hader vooral in de jaren 2015, 2016 en 2017 gewerkt. De ontwikkeling van de website bleek technisch meer knelpunten op te leveren dan vooraf was ingeschat. Om die reden is er door Hader in 2016 en 2017 nog veel tijd aan de ontwikkeling, de-bugging en het testen van de techniek besteed. Preistour is vervolgens commercieel niet van de grond gekomen. Er zijn uiteindelijk maar 147 boekingen gedaan via Preistour. Als toeleverancier heeft Hader van Preistour de gemaakte uren wel volledig betaald gekregen. Hader exploiteerde immers de online reiswinkel niet, zij was (enkel) de technische toeleverancier (zie ook productie 30, het toenmalig projectplan voor Preistour de dato 21 mei 2015 en productie 31, de Software & IP License Agreement (SLA) tussen haar en Preistour de dato 4 juni 2016).

- *Sunmix International GmbH*

Sunmix International GmbH, niet te verwarren met het label Sunmix van Prijsvrij, is een touroperator en geen reisbemiddelaar. Hader heeft een IT-systeem voor deze klant gebouwd en onderhoudt dat.

- *Vakantieaanbiedingen.nl B.V.*

Ook voor Vakantieaanbiedingen.nl B.V. (hierna: Vakantieaanbiedingen) heeft Hader het IT-

systeem ontwikkeld. Hader heeft onder andere het technisch ontwerp van de website verzorgd, de broncodes geprogrammeerd, koppelingen gemaakt met de website etc. Vakantieaanbiedingen, dat gelieerd was aan [A] , verrichtte zelf alle operationele taken (alles wat niet technisch is), zoals de inkoop, contracting van reisgerelateerde producten en de offline marketing. Ook hier is Hader niet meer dan de toeleverancier geweest voor een klant in de reiswereld die een online activiteit wil starten, aldus Hader (zie productie 33, de SLA tussen Hader en Vakantieaanbiedingen.nl).

- *TravelHaves International B.V.*

De werkzaamheden voor TravelHaves International B.V. zijn reeds beschreven in het Sabo I rapport (productie 24). Het ging om de verkoop van reisgerelateerde producten zoals koffers en strandlakens en niet om reizen zelf.

- *FarmCamps B.V. / Prijsbieden.nl*

Voor de website HooiHooi van FarmCamps leverde Hader Applicatie-, Hosting- en Operating Systembeheer, wederom ICT-diensten (zie productie 32, de SLA met FarmCamps)

- *Projecten VTO en later GOT (algemene softwareontwikkeling door Hader):*

Tenslotte ontwikkelt Hader zelf software voor de reisbranche, waarvoor nog niet direct een klant gevonden is. Dat deed zij ook al in de periode 2014-2017. Het ging om werk aan de projecten VTO (Virtual Tour Operating) en wat later GOT (Greatest of Travel).

VTO is een vorm van dynamic packaging waarbij volautomatisch losse, door verschillende leveranciers uitgevoerde reisdiensten (zoals vlucht, hotelkamer, huurauto, transfer etc.) worden samengesteld tot een pakketreis. Dit samenstellen geschiedt realtime, dat wil zeggen op het moment dat een klant zijn vakantievoorkeuren heeft ingevoerd op een website van een reisbemiddelaar. GOT is het vervolgproject van VTO. Dit betreft de verdere ontwikkeling van 'virtual touroperating'.

2.9.2. Volgens Hader blijkt uit het Sabo I rapport dat in het jaar 2014 40% van de loonkosten is besteed aan werk door werknemers die zich bezighouden met prijsvrij, in het jaar 2015 34 % en in 2016 20%. Omdat de loonkostentoedeling bepalend is bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium in de werkingssfeerbepaling BPF Reisbranche en in geen enkel jaar in de periode juli 2014 tot en met 2020 meer dan 50% van de loonsom van Hader aan Prijsvrij is besteed, blijkt dat Hader geen reisbemiddelaar is, aldus Hader. Dit volgt volgens Hader ook uit het activiteitenoverzicht van de Hader-werknemers. De werknemers houden zich vooral bezig met IT-werk, zoals ICT, marketing en webdesign. Ook bestaan de activiteiten voor een aanzienlijk deel uit Customer Care activiteiten, die naast het te woord staan van klanten voor een aanzienlijk deel bestaan uit het bijdragen aan de softwareontwikkeling, zoals het initiëren van nieuwe functionaliteiten, het testen van (tussentijdse) opleveringen en het ontwerp en meedenken in de ontwikkeling van de gebruikersomgeving. De uren die Customer Care medewerkers besteden aan softwareontwikkeling worden intern geboekt op 'Hader' of op de desbetreffende projecten, zoals VTO, GOT, Vakantieaanbiedingen en TravelHaves.

Dat Hader geen reisbemiddelaar is, volgt volgens Hader eveneens uit de vaststelling in het Sabo II rapport dat Hader ook in de periode 2014-2017 geen commissie inkomsten van accommodatie aanbieders of reisaanbieders heeft ontvangen.

Dat Hader zich bezighoudt met IT-dienstverlening en software ontwikkeling blijkt verder uit het feit dat zij sinds 2014 jaarlijks WBSO-subsidie (Wet Bevordering Speur- en Ontwikkelingswerk) ontvangt. De ontvangst van deze subsidie wordt bevestigd in het Sabo II rapport, aldus Hader.

2.10. Volgens Bpf Reisbranche trekt Hader op basis van het Sabo II rapport een aantal onjuiste conclusies. Het klopt niet dat alleen de werkzaamheden die Hader voor Prijsvrij verricht in het kader van het hoofdzakelijkheids criterium moeten worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent. De kantonrechter heeft dit vooralsnog in het midden gelaten. Om tot een oordeel te

komen, heeft zij aan Hader gevraagd om informatie te geven over de overeenkomsten/verschillen tussen de werkzaamheden die Hader voor Prijsvrij verricht en de werkzaamheden die zij (heeft) verricht voor Preistour, Sunmix, Vakantieaanbiedingen, TravelHaves en Farmcamps. Juist op dit laatste punt geeft Hader weinig, dan wel onvolledige informatie, aldus Bpf Reisbranche.

Hader miskent volgens Bpf Reisbranche ook waar het bij toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium om gaat: indien meer dan 50% van de loonsom van een onderneming kan worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent, is aan het hoofdzakelijkheids criterium voldaan. Het is heel goed mogelijk dat een bedrijf via IT- en softwareontwikkeling ten behoeve van een platform (waarop reizen en verblijven worden geboekt) bemiddelingsactiviteiten verricht. Bij het bepalen van de voor het hoofdzakelijkheids criterium in aanmerking te nemen loonsom moet worden uitgegaan van de werknemers van Hader die zich daadwerkelijk bezighouden met de ontwikkeling en het onderhoud van het platform (inclusief die van Finance, ICT, Marketing en Customer Care). Al deze medewerkers ondersteunen c.q. faciliteren namelijk het bedrijf van reisagent, aldus Bpf Reisbranche. Zij verwijst in dit verband naar het Booking.com arrest en het PME/Vector arrest. Bpf Reisbranche heeft tenslotte haar twijfels geuit over de betrouwbaarheid van de door Sabo gepresenteerde rapporten. In haar antwoordakte van 8 september 2021 heeft zij in dit verband al opgemerkt dat zij niet de mogelijkheid heeft om de feitelijke bevindingen van Sabo te verifiëren. Uit de antwoordakte van 7 april 2022 volgt dat de gestelde ongerijmdheid van met name stellingen over Sunmix, Bpf Reisbranche doen twijfelen aan de betrouwbaarheid van de gerapporteerde cijfers dan wel de stellingen van Hader.

2.11. De kantonrechter heeft in hetgeen Bpf Reisbranche in haar antwoordaktes naar voren heeft gebracht over de betrouwbaarheid van de Sabo rapporten geen aanleiding gezien om deze rapporten als onvoldoende betrouwbaar terzijde te schuiven. Waar Bpf Reisbranche ongerijmdheden ziet in de op de rapporten gebaseerde stellingen van Hader, zullen die hieronder waar nodig aan de orde komen. Het enkele feit dat Bpf Reisbranche de bevindingen niet heeft kunnen verifiëren, maakt de rapporten nog niet onbetrouwbaar. De kantonrechter tekent hierbij aan dat Sabo weliswaar de huisaccountant is van Hader, maar dat betekent niet dat Sabo niet de beroepsregels in acht heeft te nemen (en naar haar zeggen heeft genomen) die voor elke accountant gelden. In haar verantwoording heeft Sabo verklaard dat zij de opdracht heeft uitgevoerd in overeenstemming met onder meer de Nederlandse Standaard 4400N "opdrachten tot het verrichten van overeengekomen specifieke werkzaamheden". Hierbij heeft zij aangetekend dat dit vereist dat zij voldoet aan de geldende ethische voorschriften. Ook heeft zij de onafhankelijkheidsregels van de Verordening inzake de onafhankelijkheid van accountants bij assurance-opdrachten in acht genomen.

2.12. De kantonrechter overweegt over het Sabo II rapport en wat partijen hierover hebben aangevoerd in het kader van het hoofdzakelijkheids criterium het volgende.

In het tussenvonnis van 18 november 2021 heeft de kantonrechter vermeld dat voorshands niet is komen vast te staan dat de werkzaamheden die Hader voor Prijsvrij verricht op zichzelf van voldoende omvang zijn om te concluderen dat Hader in hoofdzaak het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uitoefent of in (een van) de jaren 2014 tot en met 2020 heeft uitgeoefend. Daarnaast heeft de kantonrechter geoordeeld dat het enkele ontwikkelen, op de markt brengen en onderhouden van softwareproducten waarmee bemiddelingsactiviteiten worden uitgevoerd (zoals dat gebeurt bij het platform dat door Prijsvrij wordt gebruikt) er op zichzelf nog niet toe leidt dat de aanbieder onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit komt te vallen. Daarvoor is meer nodig. Dit oordeel is ook leidend voor de verdere beoordeling.

Uit dit oordeel volgt dat de kantonrechter Bpf Reisbranche niet zonder meer volgt in haar standpunt dat bij het bepalen van de voor het hoofdzakelijkheids criterium in aanmerking te nemen loonsom, moet worden uitgegaan van de werknemers van Hader die zich daadwerkelijk bezighouden met de ontwikkeling en het onderhoud van een software platform (zoals dat van Preistour), IT-systemen (zoals die van de overige hiervoor genoemde klanten) of interne software ontwikkelingsprojecten. Van belang hierbij is dat uit het Sabo II rapport kan worden afgeleid dat - anders dan bij Prijsvrij - bij andere klanten van Hader geen sprake is van het 'meerdere' dat nodig is om een aanbieder/toeleverancier van online tools waarmee reisbemiddelingsactiviteiten worden

uitgevoerd aan te kunnen merken als reisorganisator en/of reisagent in de zin van de verplichtstelling.

- 2.13. Tussen partijen is niet in geschil dat de maatstaf om te bepalen of is voldaan aan het hoofdzakelijkheids criterium de loonsom is.

Aan de hand van de Sabo I en II rapporten heeft Hader toegelicht voor welke partijen zij in de periode juli 2014 tot en met 2020 werkzaamheden heeft verricht, wat de aard en inhoud van die werkzaamheden en diensten was alsook welke loonsommen en uren daarmee waren gemoeid. Hader heeft verder toegelicht in hoeverre de werkzaamheden voor deze klanten verschillen met de werkzaamheden van Hader voor Prijsvrij.

Hader stelt dat bij geen van haar in de akte genoemde klanten sprake is van een relatie die hechter is dan die tussen een (louter) toeleverancier van IT-diensten en een afnemer van die diensten.

De kantonrechter overweegt hierover - gezien in het licht van de loonsommen en de uren die daarmee gemoeid zijn – het volgende.

#### *Preistour*

- 2.14. Voor Preistour, een initiatief van DER Touristik GmbH die een dochteronderneming/reisbureau in Tsjechië heeft genaamd EXIM Tours en tevens onderdeel is van de REWE-groep waartoe Hader ook behoort, ontwikkelde Hader een software platform. Hieraan heeft Hader in de jaren 2014 t/m 2020 veel uren en loonsommen besteed. Het doel van de samenwerking tussen Hader en Preistour was de oprichting van een online reisbureau voor de Tsjechische markt. Het aandeel in loonkosten die medewerkers van Hader hebben besteed aan werkzaamheden voor Preistour, uitgedrukt in een percentage, bedraagt volgens het Sabo I en II rapport over de jaren 2014 t/m 2020 (afgerond) als volgt:

2014 10%

2015 29%

2016 46%

2017 36%

2018 4%

2019 2%

2020 1%

Hader heeft toegelicht dat de drie genoemde partijen (DER Touristik, EXIM Tours en Hader) gezamenlijk actief waren bij de opzet van Preistour, elk vanuit hun eigen rol. Hader hield zich bezig met de ontwikkeling van de ICT-omgeving, zoals het online boekingssysteem, de website inclusief de functionaliteiten, de koppelingen met de bank, het boekhoudsysteem, de virtuele creditcards etc. EXIM Tours, een traditioneel reisbureau in Tsjechië met circa 75 fysieke reisbureaus en circa 123 FTE-werknemers in dienst, verzorgde voor Preistour de operationele-/reisbemiddelingsactiviteiten. DER Touristik verzorgde de juridische opzet van Preistour (opzetten vennootschap, verzorgen vergunningen, opstellen SLA's etc).

Volgens Hader is het online reisbureau uiteindelijk commercieel niet van de grond gekomen (er zijn uiteindelijk maar 147 boekingen gedaan via Preistour). Als technisch toeleverancier heeft Hader van Preistour wel de gewerkte uren volledig betaald gekregen. De verliezen zijn gedragen door de twee andere partijen. Het grote aantal uren dat Hader aan de ontwikkeling van de ICT omgeving heeft besteed in de jaren 2014, 2015, 2016 en 2017 zijn zichtbaar in het overzicht verdeling FTE's en uren over de jaren 2014, 2015 en 2016 dat is opgenomen in het Sabo II rapport. De uren die zijn gemaakt in 2017, staan in het Sabo I rapport. Hader heeft ter verklaring van de uren die zijn gemaakt in de jaren 2016 en 2017 toegelicht dat de ontwikkeling van de website van Preistour technisch meer knelpunten bleek op te leveren dan vooraf was ingeschat. Om die reden is door Hader in 2016 en 2017 nog veel tijd in de ontwikkeling, de-bugging en het testen van de techniek besteed.

- 2.15. Naast de Sabo rapporten heeft Hader ter onderbouwing van haar hierboven weergegeven toelichting het toenmalige projectplan voor Preistour van 21 mei 2015 overlegd (productie 30) en de Software & IP License Agreement tussen Hader en Preistour van 4 juni 2016 (productie 31). Deze stukken, in onderlinge samenhang bezien, geven voldoende steun aan de stelling van Hader dat er ten aanzien van Preistour geen sprake is geweest van 'meer' dan het enkele ontwikkelen, op de markt brengen en onderhouden van softwareproducten waarmee bemiddelingsactiviteiten kunnen worden uitgevoerd. Voor zover er al reden zou zijn om hier anders over te denken, welke reden de kantonrechter niet ziet, geldt dat er van bemiddelingsactiviteiten door Preistour niet of nauwelijks sprake is geweest. Ook om die reden is er geen grond om de werkzaamheden die Hader heeft uitgevoerd voor Preistour te betrekken bij berekening van de loonsom die in aanmerking moet worden genomen bij beoordeling of wordt voldaan aan het hoofdzakelijkheids criterium. Van online boekingen is immers nauwelijks sprake geweest. Significant verschil tussen de situatie Preistour en de situatie Prijsvrij is verder dat DER Toeristik/EXIM volgens Hader 123 FTE in dienst had om operationele activiteiten te (gaan) verzorgen, terwijl Prijsvrij geen enkele werknemer in dienst heeft.
- De conclusie van Bpf Reisbranche, dat de werkzaamheden die Hader voor Preistour heeft verricht kwalificeren als bemiddelingswerkzaamheden, althans daaraan moeten worden toegeschreven bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium, wordt door de kantonrechter dan ook niet onderschreven.

#### *Sunmix International GmbH*

- 2.16. Voor Sunmix International GmbH heeft Hader naar eigen zeggen in 2019 en 2020 ICT-diensten geleverd, bestaande uit het bouwen en onderhouden van een IT-systeem dat gebruikt kan worden voor het automatisch samenstellen van reizen die vervolgens door reisbemiddelaars (verschillende reisbureaus en/of websites) worden verkocht. Sunmix International is een touroperator die uitsluitend pakketreizen samenstelt, die derden aan consumenten verkopen. Deze stelling is door Bpf Reisbranche niet betwist.
- Hader heeft volgens de Sabo rapporten ten behoeve van Sunmix International in de jaren 2014 tot en met 2018 geen loonkosten gemaakt. Over de jaren 2019 en 2020 is het aandeel in de loonkosten (afgerond) respectievelijk 11% en 36%. Aangezien als onweersproken vaststaat dat Sunmix International een touroperator is die uitsluitend pakketreizen samenstelt ten behoeve van reisbemiddelaars en zelf geen reisbemiddelaar of -organisator is, kwalificeren de werkzaamheden die medewerkers van Hader hebben verricht ter realisering van vornoemd IT-systeem niet als bemiddelingsactiviteiten.

#### *Vakantieaanbiedingen.nl*

- 2.17. Ook voor Vakantieaanbiedingen heeft Hader een IT-systeem ontwikkeld. Zij verzorgt naar eigen zeggen het technisch ontwerp van de website, maar Vakantieaanbiedingen verricht zelf de operationele taken (alles wat niet technisch is), zoals de inkoop, contracting van reisgerelateerde producten en de offline marketing. Ter onderbouwing van deze stelling heeft Hader verwezen naar de met Vakantieaanbiedingen gesloten samenwerkingsovereenkomst (productie 33), waarin onder 4.2 de inbreng van Vakantieaanbiedingen is vermeld.
- Het aandeel in loonkosten voor werkzaamheden die zijn uitgevoerd ten behoeve van Vakantieaanbiedingen is volgens het Sabo I rapport (afgerond en uitgedrukt in een percentages):
- 2017 12%  
2018 26%  
2019 20%  
2020 4%

De kantonrechter is van oordeel dat er in de overgelegde stukken en de daarop gegeven toelichtingen geen aanknopingspunten te vinden zijn om te oordelen dat Hader voor Vakantieaanbiedingen meer is geweest dan de toeleverancier die een online boekingswebsite



(voor pakketreizen binnen Europa) heeft ontwikkeld. Gesteld noch gebleken is dat Vakantieaanbiedingen voor de uitvoering van haar operationele taken afhankelijk was van Hader, zoals bij Prijsvrij wel het geval is. Vakantieaanbiedingen was gelieerd aan [A] . Tot aan het moment dat zij begin 2020 failliet ging, was [A] een reisorganisator met eigen personeel in dienst.

Bpf Reisbranche wijst erop dat in het Sabo I rapport met betrekking tot Vakantieaanbiedingen over de jaren 2017-2019 zeer veel uren zijn toegerekend aan posten als 'Finance', 'Marketing' en 'Overig'. Alleen al voor Marketing gaat het om 2.037 uren in 2017, 6.237 uren in 2018 en 6.265 uren in 2019. Gelet op de inbreng van werkzaamheden in de samenwerking van enerzijds Hader en anderzijds Vakantieaanbiedingen en gelet op de omstandigheid dat Vakantieaanbiedingen destijds was gelieerd aan [A] , staat geenszins vast dat deze uren betrekking hebben op door Hader voor Vakantieaanbiedingen uitgevoerde operationele taken die kwalificeren als bemiddelen, dan wel moeten worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent.

#### *TravelHaves International B.V.*

- 2.18. De werkzaamheden voor TravelHaves International B.V. hadden betrekking op de ontwikkeling van een webshop voor de verkoop van reisgerelateerde producten. Om deze reden vallen de voor TravelHaves gemaakte uren niet binnen het bereik van het verplichtstellingsbesluit, zoals door de kantonrechter reeds in het tussenvonnis van 18 november 2021 is bepaald. De website van TravelHaves is nooit formeel opgeleverd aan TravelHaves, aldus Hader. Het opgeleverde product (IE-rechten website) is eigendom gebleven van Hader. Hader heeft naar eigen zeggen wel veel tijd aan de operationele testfase van de website besteed in de periode gelegen tussen 2017 en 2020. Hader heeft in haar toelichting uiteengezet dat ook medewerkers van haar afdeling Customer Care een rol spelen in die testfase, bijvoorbeeld bij het controleren of ontworpen formulieren naar behoren werken.

De stelling van Bpf Reisbranche, dat Hader op de vraag van de kantonrechter of het beoogde platform inmiddels operationeel is geen antwoord geeft, is dus onjuist en ook de vraag van Bpf Reisbranche hoe het kan dat bij een website die niet operationeel is zoveel uren zijn geschreven (aan de posten 'Marketing', 'Finance', 'ICT' en 'Overig') is naar het oordeel van de kantonrechter beantwoord.

#### *FarmCamps B.V. / Prijsbieden.nl*

- 2.19. Voor de website HooiHooi van FarmCamps heeft Hader Applicatie-, Hosting- en Operating Systembeheer geleverd, aldus Hader. Ook dit zijn niet meer dan ICT-diensten.

Bpf Reisbranche wijst erop dat Hader als productie 32 een overeenkomst heeft overgelegd tussen FarmCamps B.V. en CiderHouse B.V., waarbij Hader niet heeft toegelicht hoe beide vennootschappen zich tot elkaar verhouden. Bpf Reisbranche houdt het er daarom op dat de werkzaamheden die Hader heeft verricht voor CiderHouse B.V. niet relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of Hader onder de verplichtstelling valt. De kantonrechter volgt Bpf Reisbranche hierin.

- 2.20. Uit het vorenstaande concludeert de kantonrechter dat de werkzaamheden die Hader heeft verricht voor andere klanten dan Prijsvrij niet kunnen worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent en niet relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of Hader onder de verplichtstelling valt.

#### *Eigen projecten VTO en later GOT*

- 2.21. Hader heeft toegelicht dat zij ook zelf software ontwikkelt voor de reisbranche waarvoor nog niet direct een klant gevonden is. Dat deed zij ook al in de periode 2014-2017. Het ging om werk aan de projecten VTO (Virtual Tour Operating) en, wat later, GOT (Greatest of Travel). VTO is volgens Hader een vorm van dynamic packaging waarbij volautomatische losse, door verschillende leveranciers uitgevoerde reisdiensten (vlucht, hotelkamer, huurauto, transfer etc.) worden samengesteld tot een pakketreis. Dit geschiedt realtime op het moment dat een klant zijn vakantievoorkeuren heeft ingevoerd op een website van een reisbemiddelaar. GOT is het

vervolgproject van VTO, waarbij de 'virtual touroperating' verder wordt ontwikkeld en verbeterd. De kantonrechter is van oordeel dat zolang deze producten nog niet zijn verkocht en dus niet duidelijk is wie de afnemer is en of Hader aan die afnemer meer levert dan alleen een vol automatisch platform om pakketreizen samen te stellen en te verkopen, de aan dat product bestede uren niet relevant zijn bij beantwoording van de vraag of aan het hoofdzakelijkheids criterium wordt voldaan. De met softwareontwikkeling gemoeide werkzaamheden kwalificeren op zichzelf niet als bemiddelen.

2.22. Bpf Reisbranche constateert in haar antwoordakte terecht dat Hader over de posten "Hader D" en "Corona" niets heeft gezegd, terwijl de kantonrechter Hader specifiek om informatie heeft gevraagd over eigen producten waaraan uren zijn toegerekend, meer specifiek ten aanzien van de projecten die in het Sabo I rapport zijn aangeduid als "Hader D", "GOT" en "Corona". Ook stelt Bpf Reisbranche dat Hader niet duidelijk heeft gemaakt wat er in het GOT-project is gedaan aan Data Analyse, Webdesign, Marketing, Finance en ICT. Dit is volgens Bpf Reisbranche onacceptabel omdat het zo'n substantieel deel van de totaal besteedde tijd is geweest in de jaren 2014 tot met 2020. Het feit dat Hader de uren niet heeft toegelicht, moet er wat Bpf Reisbranche betreft toe leiden dat deze uren, althans de daaraan verbonden loonsom, bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium ofwel buiten beschouwing moeten blijven, ofwel moeten worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent. Dit standpunt wordt door de kantonrechter niet gevolgd. Daartoe overweegt de kantonrechter als volgt.

2.23. De kantonrechter heeft in haar tussenvonnis vragen gesteld omdat zij nader wilde worden geïnformeerd over de toerekening van uren die worden toegeschreven aan eigen projecten / eigen kosten onder de verschillende rubrieken die voorkomen in het Sabo I rapport (van Data Analyse tot Webdesign). Het ging de kantonrechter hierbij met name om informatie over de toerekening aan Customer Care uren in de periode 2014-2020.

De kantonrechter ging er in haar tussenvonnis voorshands vanuit dat uren die geschreven zijn onder 'Customer Care' betrekking zouden hebben op klantcontact met consumenten in het kader van door die consumenten gekochte reizen. In haar akte overlegging producties heeft Hader toegelicht dat de Customer Care-afdeling naast het te woord staan van consumenten, vanuit haar expertise ook bijdraagt aan de softwareontwikkeling. Bij wijze van voorbeeld worden genoemd het initiëren van nieuwe functionaliteiten, het testen van (tussentijdse) opleveringen en het ontwerp, en meedenken in de ontwikkeling van de gebruikersomgeving. De uren die de Customer Care medewerkers besteden aan softwareontwikkeling worden intern geboekt (op Hader) omdat Hader opereert in een 'business to business' relatie met derden (niet zijnde reizigers) of op de desbetreffende ICT-projecten, zoals VTO, GOT, Vakantieaanbiedingen en TravelHaves. Een uitgebreide omschrijving van de werkzaamheden van de Customer Care medewerkers bij iedere fase van de ontwikkeling van software heeft Hader overgelegd als productie 34.

Bpf Reisbranche betwist de inhoud van de door Hader ingebrachte productie 34, waarin het softwareontwikkelingsproces bij Hader wordt beschreven. Dat in elke fase van dit proces de Customer Care medewerker een rol speelt, staat volgens Bpf Reisbranche haaks op wat in de overeenkomsten die Hader in het geding heeft gebracht staat vermeld over Customer Care. In die overeenkomsten staat namelijk niets over softwareontwikkeling, aldus Bpf Reisbranche.

De kantonrechter overweegt hierover het volgende.

Customer Care-werkzaamheden waaraan Bpf Reisbranche refereert en die zijn omschreven in de samenwerkingsovereenkomst tussen Hader en derden, zijn naar het oordeel van de kantonrechter van andere aard dan Customer Care-werkzaamheden die door medewerkers van Hader worden verricht in de softwareontwikkelingsfase aan eigen projecten of aan voor een specifieke klant bestemde producten die niet operationeel zijn. Dit blijkt voldoende uit productie 34 en de toelichting hierop van Hader.

De werkzaamheden die Bpf Reisbranche op het oog heeft gehad bij haar stelling zijn bijvoorbeeld "Technische ondersteuning geven aan klanten van Vakantieaanbiedingen middels customer care afdeling" of in de overeenkomst tussen Hader en Sunmix International; "Failed bookings, Technical

*customer support en Telephone + e-mail contact*”. Uit die omschrijving van de werkzaamheden, bezien in het licht van de door Hader gegeven toelichting, volgt naar het oordeel van de kantonrechter niet dat er sprake is van werkzaamheden die kwalificeren als bemiddelen bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit.

Het kan aan Bpf Reisbranche worden toegegeven dat Hader niet gespecificeerd heeft wat er in het GOT-project is gedaan aan Data Analyse, Webdesign, Marketing, Finance en ICT, terwijl daarmee een substantieel deel van de totaal besteedde tijd gemoeid is geweest in de jaren 2014 tot met 2020. Het staat echter voldoende vast dat deze uren zijn gemaakt in het kader van softwarematige ontwikkeling van producten die nog niet worden geëxploiteerd. De kantonrechter vindt de feitelijke invulling van deze door medewerkers van Hader bestede uren om die reden niet langer relevant bij het bepalen of aan het hoofdzaakcriterium (meer dan 50% kan worden toegeschreven aan het bedrijf van reisagent) is voldaan.

- 2.24. Gelet op het vorenstaande oordeelt de kantonrechter dat Hader voldoende feitelijke gegevens heeft verstrekt ter motivering van haar betwisting dat aan het hoofdzaakcriterium is voldaan. De kantonrechter volgt Hader in die betwisting. Zij heeft hierbij mede betrokken dat de werkzaamheden die Hader voor Prijsvrij heeft verricht in de door Bpf Reisbranche in aanmerking genomen jaren steeds (ruim) onder de 50% is gebleven.

Met het voorgaande is tevens de vraag beantwoord of Hader onder de werkingssfeer van het Besluit verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche valt. Dat is dus niet het geval. Hader is geen (online) reisagent in de zin dat zij in hoofdzaak (meer dan 50% van de loonsom) het bedrijf van reisorganisator en/of reisagent uitoefent of in (een van) de jaren 2014 tot en met 2020 heeft uitgeoefend. Hader is dus niet verplicht om deel te nemen aan het bedrijfstakpensioenfonds en hoeft geen pensioenpremies af te dragen aan Bpf Reisbranche. Het uitgevaardigde dwangbevel kan geen stand houden. Alles wat verder nog in dit verband is aangevoerd, kan tot geen andere uitkomst leiden en behoeft daarom geen (nadere) bespreking (meer).

- 2.25. Slotsom is dat Hader terecht tegen het dwangbevel in verzet is gekomen en dat de primaire vorderingen van Hader toewijsbaar zijn.

- 2.26. De vordering van Hader om Bpf Reisbranche te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de daarover verschuldigde wettelijke rente van de dag van deze dagvaarding tot de dag van voldoening, is niet toewijsbaar omdat door Hader niet is gesteld dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht.

- 2.27. Bpf Reisbranche zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten, zoals hierna onder de beslissing wordt vermeld.

Als gemachtigdensalaris zal worden toegewezen een bedrag van € 2.492,50 (2,5 punten ad € 997,00). Hierbij is meegewogen dat Hader, zoals overwogen in het tussenvonnis van 18 november 2021, ten onrechte in de gelegenheid is gesteld om een conclusie van antwoord in reconventie te nemen.

- 2.28. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in deze procedure toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment kunnen worden begroot. De nakosten zullen worden toegewezen zoals in de beslissing is vermeld.

### **3 De beslissing**

De kantonrechter:

- 3.1. verklaart voor recht dat Hader niet onder de werkingssfeer valt van de verplichtstelling tot deelneming in het Bpf Reisbranche;
- 3.2. verklaart voor recht dat Hader derhalve niet gehouden is enige vordering tot achterstallige premies te voldoen aan Bpf Reisbranche;
- 3.3. verklaart voor recht dat Bpf Reisbranche geen geldige rechtsgrond heeft voor het dwangbevel dat zij op 24 september 2020 heeft laten betekenen en Hader zodoende terecht hiertegen in verzet is gekomen;
- 3.4. verklaart voor recht dat elke (verdere) tenuitvoerlegging van het dwangbevel onrechtmatig zal zijn;
- 3.5. veroordeelt Bpf Reisbranche in de kosten van deze procedure, tot op heden begroot op € 83,38 wegens explootkosten, € 124,00 wegens griffierecht en € 2.492,50 wegens salaris gemachtigden;
- 3.6. veroordeelt Bpf Reisbranche in de kosten die na dit vonnis ontstaan, begroot op € 124,00 als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast), te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten vanaf veertien dagen nadat Bpf Reisbranche schriftelijk tot betaling van deze kosten is aangemaand tot de dag der voldoening;
- 3.7. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,
- 3.8. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. B.C.W. Geurtsen-van Eeden, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 23 juni 2022.

# ECLI:NL:GHARL:2021:9628

Instantie                      Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak            12-10-2021

Datum publicatie            18-10-2021

Zaaknummer                200.271.981

Rechtsgebieden            Civiel recht

Bijzondere kenmerken    Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Uitleg verplichtstellingsbesluit sector Zorg en Welzijn. Vraag wat moet worden verstaan onder “de rechtspersoon die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen”. Moet dit eng worden uitgelegd, in de zin dat de betreffende werkgever-rechtspersoon die zorg daadwerkelijk zelf moet verlenen, of ruim, zodat daaronder ook de werkgever-rechtspersoon valt die indirect zorg verleent door het verrichten van activiteiten ondersteunend aan de (groeps)vennootschap die de zorg verleent.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

PR-Updates.nl PR-2021-0212

PJ 2021/143 met annotatie van C. Beltman

RAR 2022/2

JAR 2022/46 met annotatie van Hoppers-Rademaker, F.

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.271.981

(zaaknummer rechtbank 7293118)

### arrest van 12 oktober 2021

in de zaak van

de stichting

**Stichting Joyce-House Nederland,**

gevestigd te Smilde,

appellante,

in eerste aanleg: eisende partij,

hierna: Joyce-House Nederland,

advocaat: mr. S.J. Cammelbeeck,

tegen:

de stichting

**Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn,**

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde partij,

hierna: PFZW,

advocaat: mr. E. Lutjens.

## **1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep**

Op 12 januari 2021 is een tussenarrest gewezen. Daarbij is een meervoudige mondelinge behandeling gelast. Die mondelinge behandeling heeft op 9 juli 2021 plaatsgevonden. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft mr. Blom namens appellante nog productie 26 toegezonden, en mr. Lutjens namens geïntimeerde nog producties 18 tot en met 20. Deze producties behoren ook tot de processtukken. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal gemaakt. Daarna is bepaald dat arrest wordt gewezen.

## **2 Waar gaat deze zaak over?**

- 2.1. PFZW voert als bedrijfstakpensioenfonds de verplicht gestelde pensioenregeling voor de sector Zorg en Welzijn uit. De verplichting tot deelname volgt uit het verplichtstellingsbesluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zoals dat van tijd tot tijd luidt (hierna: het verplichtstellingsbesluit). Het verplichtstellingsbesluit omschrijft welke (categorieën) werkgevers onder de werkingssfeer vallen. Deze bij PFZW aangesloten werkgevers zijn onder andere gehouden pensioenpremies af te dragen aan PFZW. Een van de categorieën werkgevers genoemd in het verplichtstellingsbesluit betreft de werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg. Een andere categorie betreft de werkgever in de jeugdzorg.
- 2.2. Joyce-House Nederland bestuurt twee dochterstichtingen: Stichting Joyce-House Smilde (hierna: Joyce-House Smilde) en Stichting Joyce-House Haren (hierna: Joyce-House Haren). Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren exploiteren huizen en dagverblijven voor ernstig meervoudig en/of verstandelijk gehandicapten. Gezien hun werkzaamheden heeft PFZW Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren aangemerkt als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg en om die reden zijn zij aangesloten bij PFZW. Niet in geschil is dat dat terecht is.

- 2.3. Waar het in dit geschil om draait is of Joyce-House Nederland valt aan te merken als werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit, dat wil zeggen als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg of als werkgever in de jeugdzorg. Volgens Joyce-House Nederland is dat niet het geval omdat zij niet zelf intramurale en/of extramurale zorg verleent, maar (nagenoeg) uitsluitend administratieve werkzaamheden. Ook meent zij geen voorziening van jeugdzorg in stand te houden. Daarom heeft zij de kantonrechter in eerste aanleg – kort samengevat – een verklaring voor recht gevraagd dat Joyce-House Nederland niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt en daarom geen premies is verschuldigd. Daarnaast heeft zij buitengerechtelijke kosten en een proceskostenveroordeling gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen van Joyce-House Nederland afgewezen.
- 2.4. Met haar grief heeft Joyce-House Nederland het geschil in volle omvang voorgelegd aan het hof. In hoger beroep heeft Joyce-House Nederland – na wijziging van eis – voor zover mogelijk bij arrest uitvoerbaar bij voorraad gevorderd i) een verklaring voor recht dat Joyce-House Nederland vanaf 6 juni 2016 niet meer onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt, ii) PFZW te bevelen de premienota's die zij over enige periode vanaf 6 juni 2016 aan Joyce-House Nederland heeft opgelegd, op straffe van een dwangsom, in te trekken, iii) PFZW te veroordelen tot terugbetaling van de premies die Joyce-House Nederland aan PFZW heeft betaald voor werknemers die vanaf 1 september 2019 in dienst zijn c.q. zijn geweest, en iv) PFZW te veroordelen in de proceskosten in beide instanties.
- 2.5 Anders dan de kantonrechter oordeelt het hof dat Joyce-House Nederland tot 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit viel. Het hof licht hierna toe hoe het tot dit oordeel is gekomen. Daarbij gaat het hof uit van de feiten zoals vastgesteld door de kantonrechter onder rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het bestreden vonnis. Voor zover nodig zullen die feiten bij de beoordeling van het hoger beroep nog nader worden omschreven en/of herhaald. Het hof voegt daaraan toe dat met ingang van 1 januari 2021 een nieuw verplichtstellingsbesluit van kracht is geworden. Partijen zijn het erover eens dat Joyce-House Nederland vanaf 1 januari 2021 onder de werkingssfeer van dat besluit valt.

### **3 Het oordeel van het hof**

#### *Inleiding*

- 3.1. Het is in beginsel aan PFZW om de feiten te stellen en bij betwisting te bewijzen waaruit volgt dat Joyce-House Nederland onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt. PFZW heeft daartoe aangevoerd dat Joyce-House Nederland primair kwalificeert als een werkgever bedoeld onder a (werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg), dan wel subsidiair als werkgever bedoeld onder f (werkgever in de jeugdzorg) van het verplichtstellingsbesluit.
- 3.2. Het verplichtstellingsbesluit luidde op de voor dit geschil relevante onderdelen vanaf 1 juli 2016 als volgt:

*“De deelneming in de Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn is verplicht gesteld voor de hieronder gedefinieerde werkgevers en werknemers:*

*A. Werkgevers:*

*a. werkgevers in de intramurale en/of extramurale zorg*

*(...)*

*f. werkgevers in de jeugdzorg*

(...)

*Deze werkgevers worden als volgt nader omschreven:*

**a. werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg:**

*de rechtspersoon, de maatschap, de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen:*

(...)

*2. persoonlijke verzorging*

*3. verpleging*

*4. begeleiding*

*5. medisch specialistische zorg door vrij gevestigde medisch specialisten*

*6. behandeling*

*7. verblijf*

(...)

*11. jeugdgezondheidszorg*

(...)

*15. de indicatiestelling voor één of meer van de bovengenoemde vormen van zorg en voor materiële voorzieningen voor gehandicapten,*

(...)

**f. werkgever in de jeugdzorg:**

*de rechtspersoon die nagenoeg uitsluitend de navolgende voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt c.q. beheert:*

*1. alle vormen van ambulante hulpverlening en therapeutische interventies gericht op de individuele jeugdige of het gezin, waaronder:*

- opvoedcursussen*
- intensieve (ortho)pedagogische gezinsbegeleiding*
- spelbegeleiding*
- speltherapie*
- creatieve therapie*
- vaardigheidstrainingen gericht op het omgaan met specifiek probleemgedrag van jeugdigen*
- specifieke aanpak van gedragsproblemen van jeugdigen*
- individuele begeleiding en training van jeugdigen of hun ouders*
- kindertelefoons*
- jongerenadviescentra, en*
- adviesbureaus voor jeugd en gezin;*

*2. (deeltijd) verblijf in een accommodatie van een zorgaanbieder of verblijf bij een pleegouder ter vervanging van de gezinssituatie, in verband met psychosociale, psychische of gedragsproblemen waaraan het gezin het hoofd niet kan bieden of tijdens voogdij of voorlopig voogdij van een bureau jeugdzorg, waaronder:*

- voorzieningen voor crisisopvang*
- observatietehuizen*
- tehuizen voor opvoeding en verzorging*
- tehuizen voor buitengewone behandeling, en*
- gezinshuizen;*



*3. de medische kindertehuizen, waaronder worden verstaan tehuizen waarin aan jeugdigen wier lichamelijke of geestelijke gezondheid is aangetast of in ernstige mate wordt bedreigd hulp wordt geboden bestaande uit geneeskundig onderzoek en observatie en geneeskundige behandeling door artsen in samenwerking met andere deskundigen, alsmede verpleging en verzorging gedurende dag en nacht;*

*(...)*

*5. de bureaus jeugdzorg alsmede voorzieningen voor observatiediagnostiek ten behoeve van het stellen van een indicatie voor jeugdzorg*

*(...);”*

De tekst van de werkingssfeerbepaling in het verplichtstellingsbesluit die gold van 1 juni 2016 tot 1 juli 2016 wijkt minimaal en op voor dit geschil ondergeschikte punten af van de hiervoor opgenomen tekst. Het hof zal bij de beoordeling dan ook uitgaan van bovenstaande tekst.

*Werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg?*

- 3.3. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de zorg die door de Joyce-House groep wordt aangeboden, feitelijk wordt verleend vanuit Joyce House Smilde en Joyce-House Haren. Ook zijn zij het erover eens dat Joyce-House Nederland vanaf 1 juni 2016 wel zorgcontracten heeft afgesloten, maar feitelijk (nagenoeg) uitsluitend administratieve werkzaamheden heeft verricht, ondersteunend aan de zorgactiviteiten van Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren, en zelf geen directe zorg heeft verleend.
- 3.4. Wat partijen verdeeld houdt, is de vraag wat moet worden verstaan onder “*de rechtspersoon die zorg of hulp verleent in een of meer van de volgende vormen*”, zoals geformuleerd bij de nadere omschrijving onder a. van het verplichtstellingsbesluit. Meer concreet gaat het erom of dit, zoals Joyce-House Nederland betoogt, eng moet worden uitgelegd, in de zin dat de betreffende werkgever-rechtspersoon die zorg daadwerkelijk zelf moet verlenen, of dat dit, zoals PFZW bepleit, ruim moet worden uitgelegd, zodat daaronder ook de werkgever-rechtspersoon valt die indirect zorg verleent door het verrichten van activiteiten ondersteunend aan de (groeps)vennootschap die de zorg verleent.
- 3.5. Het hof stelt voorop dat voor de uitleg van een bepaling in een verplichtstellingsbesluit volgens vaste rechtspraak geldt dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de tekst van het gehele verplichtstellingsbesluit, van doorslaggevende betekenis zijn (de zogenoemde cao-norm).<sup>1</sup> Het komt dus niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit. Bij deze uitleg kan onder meer worden gekeken naar de op andere plekken in het verplichtstellingsbesluit gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Bij toepassing van de cao-norm kan geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan het verplichtstellingsbesluit zelf en de eventueel daarbij behorende toelichting, omdat anders voor degenen voor wie het verplichtstellingsbesluit geldt onvoldoende duidelijk is welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken.<sup>2</sup>
- 3.6. Gelet op dit toetsingskader geldt dat de werkingssfeer in het verplichtstellingsbesluit zo moet zijn geformuleerd dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs duidelijk moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten onder het verplichtstellingsbesluit vallen. Die duidelijkheid is nodig omdat voor de onder het verplichtstellingsbesluit vallende werkgevers van rechtswege de verplichting ontstaat tot naleving

van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, waaronder de verplichting tot afdracht van premies.

- 3.7. Het hof is van oordeel dat de tekst zoals opgenomen in het verplichtstellingsbesluit dat tot 1 januari 2021 gold, zo moet worden uitgelegd dat de feitelijke activiteiten van de werkgever moeten bestaan uit het daadwerkelijk zelf verlenen van zorg, een enge uitleg dus. Het hof motiveert dit als volgt.
- 3.8. Vaststaat dat een toelichting op het verplichtstellingsbesluit, zoals dat in de relevante periode tot 1 januari 2021 gold, ontbrak, zodat uitleg op basis van die toelichting niet mogelijk is. Het komt dus aan op de bewoordingen in het verplichtstellingsbesluit zelf, te weten *“de rechtspersoon die zorg of hulp verleent”*. De betekenis die daar in het normale spraakgebruik aan wordt gegeven, is volgens het hof dat de desbetreffende rechtspersoon de zorg of hulp zelf moet verlenen. Als het de bedoeling was geweest een bredere groep werkgevers onder deze definitie te laten vallen, had het voor de hand gelegen dat in de tekst zelf te verduidelijken. Bijvoorbeeld door toe te voegen dat ook een holdingvennootschap of een werkgever-rechtspersoon die de betreffende zorg *“doet verlenen”*, *“in stand houdt”* of *“beheert”*, daaronder valt. Het is niet ongebruikelijk om dit soort bewoordingen in verplichtstellingsbesluiten toe te voegen. Ook in het verplichtstellingsbesluit zelf is dat gedaan, bijvoorbeeld waar het de omschrijving van werkgever in de jeugdzorg betreft.
- 3.9. Het in afwezigheid van dergelijke toevoegingen toekennen van een ruimere uitleg aan de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit, leidt tot onduidelijkheid. Zo zou voor werkgevers die ondersteunende diensten verlenen onder andere niet duidelijk zijn of zij alleen onder de werkingssfeer vallen als zij deel uitmaken van dezelfde groep als de feitelijke zorgverlener, of ook als zij ondersteunende diensten verrichten voor externe zorgverleners. Daarnaast kan de vraag rijzen of voldoende is dat in hoofdzaak ondersteunende werkzaamheden worden verricht, of dat het moet gaan om (nagenoeg) uitsluitend ondersteunende werkzaamheden. Een dergelijke onduidelijkheid is onwenselijk gelet op de verstrekkende gevolgen van een kwalificatie als werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit en vormt voor het hof aanleiding de bewoordingen niet ruim uit te leggen.
- 3.10. PFZW heeft deze onduidelijkheid zelf ook onderkend en in 2020 is een verzoek gedaan om het verplichtstellingsbesluit op dit punt te wijzigen. Sinds 1 januari 2021 is aan de omschrijving van werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg de volgende tekst toegevoegd: *“inclusief de rechtspersoon die in een groepsverhouding is verbonden met en nagenoeg uitsluitend ten dienste staat aan een werkgever die zorg of hulp verleent in een van de vormen vermeld in 1 tot en met 11, vast te stellen op basis van de loonsom”*. Dat de tekst is gewijzigd, ondersteunt volgens het hof de zienswijze dat de werkgever-rechtspersoon die nu expliciet onder het bereik van de verplichtstelling is gebracht, daar voor deze wijziging nog niet onder viel. PFZW heeft deze zienswijze bestreden door te stellen dat dit slechts een redactionele verduidelijking is ter codificatie van bestaand beleid van PFZW, maar dat kan haar niet baten. Nog daargelaten dat PFZW niet heeft onderbouwd dat zij de werkingssfeer in de praktijk inderdaad heeft uitgelegd en toegepast op de wijze die zij voorstaat, geldt dat niet het beleid van PFZW maar de bewoordingen van het verplichtstellingsbesluit zelf bepalend zijn bij de uitleg. Daarbij gaat het hier niet om een onduidelijkheid die is veroorzaakt doordat in het verplichtstellingsbesluit gebruikte begrippen op enig moment in de tijd een andere, ruimere, invulling moeten krijgen, bijvoorbeeld door technologische vooruitgang, maar om een onduidelijkheid die vanaf het begin heeft bestaan en die PFZW had kunnen voorzien. Zij had eerder kunnen aandringen op aanpassing van de omschrijving.
- 3.11. PFZW heeft ter onderbouwing van de door haar voorgestane uitleg van het verplichtstellingsbesluit verder gewezen op het feit dat werknemers, in dienst bij onder de werkingssfeer vallende werkgevers, die andere werkzaamheden verrichtten dan het verlenen van zorg, zoals bijvoorbeeld HR-medewerkers of administratief personeel, ook onder het

verplichtstellingsbesluit vielen en dat dit niet anders zou moeten zijn alleen maar omdat zij in dienst waren genomen door een groepsvennootschap. Het hof onderkent dit maar is van oordeel dat het belang van duidelijkheid voorop staat. Het kan niet zo zijn dat van geval tot geval bekeken moet worden of er sprake is van (bijkomende) omstandigheden op grond waarvan een werkgever, die niet zelf zorg verleent, in dat specifieke geval toch onder het verplichtstellingsbesluit valt. Om die reden kunnen de door PFZW aangevoerde omstandigheden, waaronder dat de activiteiten van het "Joyce-House-concern" aansluiten bij de in het verplichtstellingsbesluit genoemde activiteiten, dat alle werkzaamheden van de werknemers van Joyce-House Nederland ten dienste staan aan de activiteiten van het "Joyce-House-concern", dat Joyce-House Smilde en Joyce-House Assen niet kunnen functioneren zonder Joyce House Nederland en dat de activiteiten van Joyce-House Nederland op zichzelf geen economische waarde kunnen genereren, evenals de overige door de kantonrechter in r.o. 3.11 van het bestreden vonnis genoemde omstandigheden, naar het oordeel van het hof ook niet tot een andere uitkomst leiden. Het gaat erom tot een objectieve uitleg te komen die voor alle situaties, en niet slechts die van Joyce-House Nederland, toepasbaar is. Daarbij past gelet op hetgeen hiervoor is overwogen een enge en geen ruime uitleg.

- 3.12. Anders dan PFZW stelt, leidt deze enge uitleg ook niet tot onaannemelijke rechtsgevolgen. PFZW heeft onvoldoende onderbouwd dat er veel ondernemingen vanwege het hanteren van een vergelijkbare constructie niet (langer) deelnemen aan PFZW, als gevolg waarvan de solidariteit binnen het fonds onder druk zou komen te staan. Voor zover dat wel het geval zou zijn, vloeit dat voort uit het geldende verplichtstellingsbesluit. Als dat ongewenst zou zijn, ligt het op de weg van PFZW aan te dringen op wijziging van het verplichtstellingsbesluit.
- 3.13. Samengevat is het hof van oordeel dat hij geen aanknopingspunten ziet om de definitie van werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg ruim uit te leggen op de manier zoals PFZW die voorstaat. Dit betekent dat de grief van Joyce-House Nederland slaagt.

#### *Werkgever in de jeugdzorg?*

- 3.14. De conclusie dat Joyce-House Nederland niet valt aan te merken als werkgever in de intramurale en/of extramurale zorg, maakt dat het hof op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep dient te beoordelen of Joyce-House Nederland valt aan te merken als werkgever in de jeugdzorg, zoals PFZW subsidiair heeft gesteld.
- 3.15. Om als werkgever in de jeugdzorg te kunnen worden aangemerkt, is vereist dat de onderneming "*nagenoeg uitsluitend de navolgende voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt c.q. beheert*". Nagenoeg uitsluitend betekent dat de onderneming naast deze activiteiten (nagenoeg) geen andere bedrijfsactiviteiten heeft. Dat er door Joyce-House Smilde en Joyce-House Haren activiteiten worden verricht die aangemerkt moeten worden als intramurale en/of extramurale zorg staat tussen partijen niet ter discussie. Het is ook op die basis dat zij verplicht zijn aangesloten bij PFZW. Om die reden kan het er volgens het hof voor gehouden worden dat het zwaartepunt van de activiteiten ligt bij het verlenen van intramurale en/of extramurale zorg. De activiteiten van Joyce-House Nederland zijn ondersteunend aan die van Joyce-House Smilde en Joyce-House Nederland, dus aan het verlenen van (overwegend) intramurale en/of extramurale zorg. Dat leidt ertoe dat niet kan worden aangenomen dat Joyce-House Nederland nagenoeg uitsluitend voorzieningen van jeugdzorg in stand houdt. Zij kan dan ook niet worden aangemerkt als werkgever in de jeugdzorg als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit.

## **4 De slotsom**

- 4.1. Het voorgaande brengt mee dat de grieven slagen. Het vonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd en de vorderingen van Joyce-House Nederland zullen worden toegewezen. Daarbij is

van belang dat Joyce-House Nederland ter zitting haar eis heeft verminderd in die zin dat deze waar relevant in tijd worden beperkt tot 1 januari 2021. Dit in verband met het feit dat er tussen partijen geen discussie over bestaat dat Joyce-House Nederland per 1 januari 2021 onder de verplichtstelling valt zoals die vanaf dat moment geldt. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd, in die zin dat deze zal worden vastgesteld op 1.000,- per dag dat PFZW in gebreke is aan dit bevel te voldoen, met een maximum van € 25.000,-.

- 4.2. PFZW wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties. De kosten van de procedure in eerste aanleg worden aan de zijde van Joyce-House Nederland vastgesteld op € 103,38 voor explootkosten, € 119,- voor griffierecht en € 900,- voor salaris gemachtigde. De kosten van het hoger beroep worden aan de zijde van Joyce-House Nederland vastgesteld op € 99,01 voor explootkosten, € 760,- voor griffierecht en op € 2.228,- (2 punten tarief II) voor salaris van de advocaat.

## **5 De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Joyce-House Nederland in de periode vanaf 6 juni 2016 tot 1 januari 2021 niet onder de werkingssfeer van de op die datum geldende verplichtstelling van PFZW en de daarna in werking getreden verplichtstellingen van PFZW valt en dat de werknemers die vanaf 6 juni 2016 of een latere datum in dienst van Joyce-House Nederland zijn of zijn geweest, tot 1 januari 2021 niet verplicht zijn c.q. waren deel te nemen aan de pensioenregeling van PFZW;

beveelt PFZW de premienota's die zij betreffende enige periode vanaf 6 juni 2016 tot 1 januari 2021 aan Joyce-House Nederland heeft opgelegd, binnen veertien dagen na betekening van dit arrest, in te trekken op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat PFZW in gebreke is aan dit bevel te voldoen, met een maximum van € 25.000,-;

veroordeelt PFZW tot terugbetaling van de premies die Joyce-House Nederland aan PFZW heeft betaald betreffende werknemers die vanaf 1 september 2019 in dienst zijn c.q. zijn geweest, voor zover die premies zien op deelname in de periode tot 1 januari 2021;

veroordeelt PFZW in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Joyce-House Nederland wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 222,38 voor verschotten en op € 900,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 859,01 voor verschotten en op € 2.228,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.B. Boorsma, J. van de Merwe en D.W.J.M. Kemperink, is bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door mr. D.W.J.M. Kemperink en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 12 oktober 2021.

---

<sup>1</sup> HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363, rov. 3.3.1.

<sup>2</sup> HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, rov. 3.4.2.

---

# ECLI:NL:RBNHO:2021:11361

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Noord-Holland                                                                                                                                                                                                                        |
| Datum uitspraak      | 08-12-2021                                                                                                                                                                                                                                     |
| Datum publicatie     | 15-12-2021                                                                                                                                                                                                                                     |
| Zaaknummer           | 8929881 \ CV EXPL 20-7019                                                                                                                                                                                                                      |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                    |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig                                                                                                                                                                                                                    |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenpremie, werkingssfeer Verplichtstellingsbesluit en verjaring. Werkgever valt onder Verplichtstellingsbesluit tot deelneming in Bpf MITT. Premievordering o.g.v. Uitvoeringsbesluit pas opeisbaar na nota, zodat deze niet is verjaard. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2021-1592<br>PR-Updates.nl PR-2022-0008<br>PJ 2022/11                                                                                                                                                          |

## Uitspraak

### RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Handel, Kanton en Bewind  
locatie Alkmaar

Zaaknr./rolnr.: 8929881 \ CV EXPL 20-7019 BL  
Uitspraakdatum: 8 december 2021

### Vonnis van de kantonrechter in de zaak van:

#### 1 de besloten vennootschap Woltex B.V.

gevestigd te Alkmaar

#### 2. [eiser]

wonende te [woonplaats]

eisers

verder te noemen: gezamenlijk Woltex c.s. en afzonderlijk Woltex en [eiser]

gemachtigde: mr. N. Poggenklaas

tegen

de stichting **Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie**  
gevestigd te Heerlen  
gedaagde  
verder te noemen: Bpf MITT  
gemachtigde: mr. B. Degelink

## 1 Het procesverloop

- 1.1. Woltex c.s. hebben bij dagvaarding van 8 december 2020 een vordering tegen Bpf MITT ingesteld. Bpf MITT heeft schriftelijk geantwoord en daarbij een tegenvordering ingediend.
- 1.2. Op 22 juni 2021 heeft een zitting plaatsgevonden. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Woltex c.s. hebben gebruik gemaakt van pleitaantekeningen, die zijn overgelegd.
- 1.3. Na de zitting hebben partijen een akte genomen. Bpf MITT heeft daarbij haar tegenvordering gewijzigd.

## 2 De feiten

- 2.1. Woltex, opgericht op 13 maart 2018, is een groothandel in werkkleding en persoonlijke beschermingsmiddelen. Daarbij biedt Woltex haar klanten de mogelijkheid om artikelen te laten voorzien van een bedrijfsnaam of logo, door middel van bedrukken of borduurwerk. Bedrukken doet Woltex in eigen beheer, borduurwerk besteedt zij uit.
- 2.2. Tot 13 maart 2018 dreef [eiser] een eenmanszaak onder de handelsnaam '[xxx]'. Deze onderneming is met ingang van 13 maart 2018 voortgezet door Woltex. [eiser] is (indirect) enig aandeelhouder en enig bestuurder van Woltex.
- 2.3. Bpf MITT voert, als bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000), de collectieve pensioenregeling uit voor de Mode-, Interieur-, Tapijt- en Textielindustrie (hierna: MITT).
- 2.4. De deelneming in Bpf MITT is sinds het Verplichtstellingsbesluit van 5 december 1975 verplicht voor werknemers die in dienst zijn bij een werkgever in de MITT. Het per 7 februari 2018 geldende Verplichtstellingsbesluit definieert de begrippen werkgever en mode- en interieurindustrie – net als het voordien geldende Vaststellingsbesluit en voor zover relevant – als volgt:

*De werkgever: iedere natuurlijke of rechtspersoon die in zijn in Nederland gevestigde onderneming of afdeling(en) van zijn onderneming het Mode-, Interieur-, Tapijt- of Textielbedrijf (...) uitoefent. (...)*

*Mode- en Interieurindustrie: onder Mode- en Interieurindustrie moet worden verstaan: het vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of het ver- en/of bewerken dan wel doen ver- en/of bewerken van kleding en/of kledingaccessoires en of andere textielstukgoederen of hetgeen ter vervanging daarvan dient, zoals: gerubberd doek, plastic, leder, bont en dergelijke, tot een ge- of verbruiksvoorwerp dan wel halffabricaten daarvan, met inbegrip van in Nederland gevestigde gordijnenateliers, alles met uitzondering van ondernemingen:*

*I waarin de verwerking geschiedt door detailhandelsondernemingen, die uitsluitend de in de detailhandel gebruikelijke bewerkingen verrichten;*

*II die uitsluitend of in hoofdzaak eindproducten vervaardigen, waarvan de verwerkte textielstukgoederen, of hetgeen ter vervanging daarvan dient, niet een overwegend bestanddeel uitmaken, zoals schoen-, matrassen- en meubelfabrieken;*

*III die in hoofdzaak artikelen vervaardigen, terzake waarvan de algemeen verbindend verklaarde CAO voor Schoen-, Leder- en Lederwarenindustrie (...) dan wel (...) zeilmaker; dekkledenvervaardiger; dekkledenverhuur; scheepstuiger; scheepsbenodigdheden handelaar, en/of folieverwerker (...)*  
*IV die in hoofdzaak het maatkledingbedrijf uitoefenen.*

*Van vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of ver- en/of bewerken dan wel doen ver- en/of bewerken is sprake als een onderneming één of meer van de fasen van de voortbrengingscyclus (van ontwerp tot en met verzendklaar maken) van kleding en/of kledingaccessoires en/of andere textielstukgoederen verricht en/of in zijn opdracht door derden laat verrichten.*

- 2.5. Het Uitvoeringsreglement van Bpf MITT bepaalt in artikel 3.1 met betrekking tot de betaling van premie:
1. *Het fonds maakt maandelijks aan de hand van de door de werkgevers aangeleverde salaris- en dienstverbandgegevens een afrekennota van de verschuldigde premie over de betreffende maand.*
  2. *De werkgever betaalt deze afrekennota aan het fonds. De premie is verschuldigd per de eerste dag van iedere maand en dient binnen 15 dagen na afloop daarvan te worden voldaan. De werkgever ontvangt maandelijks tijdig een nota van het fonds.*
  3. (...)
- 2.6. In een brief van 8 november 2018 heeft Bpf MITT haar besluit tot verplichte aansluiting van Woltex bij haar pensioenfonds met ingang van 1 januari 2013 meegedeeld.
- 2.7. In een brief van 7 december 2018 heeft Bpf MITT haar besluit nader aan Woltex toegelicht. Volgens Bpf MITT houdt Woltex zich bezig met werkzaamheden die vallen onder de werkingssfeer van de CAO MITT, omdat zij zich bezighoudt met het gedeeltelijk in eigen beheer produceren van bedrijfskleding en borduren/bedrukken van (bedrijfs)kleding en (persoonlijke) beschermingsmiddelen.
- 2.8. Op 4 januari 2019 heeft Bpf MITT een ambtshalve premienota aan Woltex opgelegd voor een bedrag van € 18.033,84.
- 2.9. Woltex heeft bezwaar gemaakt tegen haar aansluiting bij Bpf MITT. In een brief van 8 maart 2019 heeft Bpf MITT het bezwaar van Woltex ongegrond verklaard.
- 2.10. In een brief van 13 maart 2019 heeft Bpf MITT aan Woltex meegedeeld dat de incassoprocedure voor de hierboven genoemde ambtshalve premienota wordt hervat, met als uiterste vervaldatum 27 maart 2019.
- 2.11. Na de zitting van 22 juni 2021 hebben Woltex c.s. over de periode van 1 januari 2013 tot 1 juni 2021 geanonimiseerde werknemersgegevens aan Bpf MITT verstrekt, op basis waarvan Bpf MITT een premieberekening heeft gemaakt.

### **3 De vordering, de tegenvordering en het verweer**

- 3.1. Woltex c.s. vorderen (primair) dat de kantonrechter voor recht verklaart dat zij niet vallen onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelname aan het Bpf MITT. Zij leggen aan de vordering ten grondslag – kort weergegeven – dat Woltex een klassieke groothandel is, waarvan het bedrukken van kleding een zodanig verwaarloosbaar onderdeel uitmaakt dat zij feitelijk gelijkgesteld moet worden aan een bedrijf dat geen activiteiten verricht die onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen, en dat het desondanks verplicht aansluiten bij Bpf MITT tot een onaanvaardbare situatie zou leiden. Voor zover de primaire vordering wordt afgewezen vorderen Woltex c.s. een verklaring voor recht dat Bpf MITT geen pensioenpremies op hen kan verhalen over de periode voorafgaand aan 13 maart 2018, omdat Woltex voordien nog niet bestond en niet is bewezen dat [eiser] in zijn eenmanszaak activiteiten verrichtte die onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Bovendien zijn de vorderingen van Bpf MITT van vóór 1 januari 2014 verjaard, aldus Woltex c.s.
- 3.2. Bpf MITT betwist de vordering gemotiveerd, en vordert bij wijze van tegenvordering – na wijziging van eis en samengevat – dat de kantonrechter:



- A. voor recht verklaart dat [eiser] van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 viel onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit, zodat hij over die periode verplicht is tot betaling van pensioenpremie voor werknemers van de eenmanszaak, met uitzondering van de werknemers die als gevolg van de overgang van onderneming op 13 maart 2018 in dienst zijn getreden bij Woltex;
- B. voor recht verklaart dat Woltex vanaf 13 maart 2018 valt onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit, zodat zij vanaf die datum verplicht is tot betaling van pensioenpremie voor werknemers die vanaf die datum bij Woltex in dienst zijn (geweest);
- C. voor recht verklaart dat de pensioenpremieschuld van [eiser] op 13 maart 2018 is overgegaan op Woltex voor werknemers die toen werkzaam waren in de eenmanszaak;
- D. [eiser] veroordeelt tot betaling van € 7.227,36, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 18 augustus 2021;
- E. Woltex veroordeelt tot betaling van € 18.647,30, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 27 maart 2019;
- F. Woltex veroordeelt tot betaling van pensioenpremie over de periode vanaf 1 juni 2021;
- G. [eiser] veroordeelt tot betaling van een bedrag gelijk aan 15% van hetgeen hij op grond van de vordering onder D. verschuldigd is;
- H. Woltex veroordeelt tot betaling van een bedrag gelijk aan 15% van hetgeen zij op grond van de vorderingen onder E. en F. verschuldigd is;
- I. [eiser] veroordeelt om binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis elektronisch werknemersgegevens aan Bpf MITT te verstrekken, op straffe van een dwangsom;
- J. Woltex veroordeelt om binnen 14 dagen na de datum van dit vonnis elektronisch werknemersgegevens aan Bpf MITT te verstrekken, op straffe van een dwangsom;
- K. voor recht verklaart dat indien uit de gegevens genoemd onder I. blijkt dat de door [eiser] verschuldigde premie, rente en kosten hoger zijn dan het op grond van het onder D. en G. verschuldigde, [eiser] verplicht is tot betaling van dat hogere bedrag;
- K. voor recht verklaart dat indien uit de gegevens genoemd onder J. blijkt dat de door Woltex verschuldigde premie, rente en kosten hoger zijn dan het op grond van het onder E., F. en H. verschuldigde, Woltex verplicht is tot betaling van dat hogere bedrag.

3.3. Woltex betwist de tegenvordering gedeeltelijk.

3.4. Op de standpunten van partijen wordt hierna bij de beoordeling nader ingegaan.

## **4 De beoordeling**

### de vordering

- 4.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of Woltex c.s. vallen onder het toepassingsbereik van het Verplichtstellingsbesluit tot deelneming in Bpf MITT. De kantonrechter beantwoordt deze vraag bevestigend, en overweegt daarover het volgende.
- 4.2. Tussen partijen is niet in geschil dat het (doen) bedrukken en borduren van bedrijfskleding, activiteiten zijn die op zichzelf vallen onder de definitie die het Verplichtstellingsbesluit geeft van de Mode- en Interieurindustrie. Ook staat vast dat in het Verplichtstellingsbesluit niet de voorwaarde is gesteld dat genoemde bedrijfsactiviteiten ten minste een bepaalde omvang moeten hebben voordat sprake is van verplichte deelneming. Het zogenoemde hoofdzakelijkheids criterium ontbreekt.
- 4.3. Woltex erkent dat zij op verzoek van de klant ook bedrijfskleding bedrukt of laat borduren, en dat zij daarmee taalkundig gezien zou kunnen worden aangemerkt als werkgever in de MITT. Woltex meent echter dat de mate waarin zij deze activiteiten (doet) verricht(en) zo gering is, dat zij feitelijk gelijkgesteld moet worden aan een bedrijf dat geen activiteiten verricht die onder het Verplichtstellingsbesluit vallen. Hoewel het hoofdzakelijkheids criterium daarin ontbreekt, is volgens Woltex wel sprake van een ondergrens. Woltex vindt dat het bedrukken of laten borduren van

kleding zo incidenteel gebeurt dat het verwaarloosbaar is, en dat zij daarmee buiten de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit valt.

- 4.4. Dit standpunt volgt de kantonrechter niet. Op de zitting heeft [eiser] verklaard dat de omzet van Woltex voor 60% wordt gegenereerd door verkoop van beschermingsmiddelen, en voor 40% door verkoop van bedrijfskleding. Van die 40% kleding is ongeveer 60% voorzien van een logo of bedrijfsnaam, aldus [eiser] . Daarmee moet als vaststaand worden aangenomen dat in ieder geval 24% van de omzet van Woltex bestaat uit de verkoop van bedrijfskleding met een logo of bedrijfsnaam, die Woltex daarop heeft gedrukt of laten borduren. Het door Woltex genoemde omzetpercentage van 1,1 betreft slechts de omzet bestaande uit de meerprijs voor het bedrukken of laten borduren, en is niet maatgevend. De relevante omzet is de omzet die is behaald uit de verkoop van bedrukte en geborduurde kleding, zoals Bpf MITT terecht aanvoert. Die is een bijna een kwart, en dat is naar het oordeel van de kantonrechter niet zo marginaal dat dit als verwaarloosbaar gekwalificeerd kan worden, zoals Woltex c.s. concluderen.
- 4.5. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de optie om artikelen te laten bedrukken of borduren nadrukkelijk wordt gepromoot op de website van Woltex. Zo is er een afzonderlijke pagina 'Bedrukken Borduren', waar uitvoerig de voordelen daarvan worden benoemd, zoals de meerwaarde die dit aan de kleding geeft, belastingtechnische argumenten en het gemak van zowel verkoop als bedrukken/borduren binnen één bedrijf. Daarnaast vermeldt de homepagina: 'Uiteraard kunnen uw artikelen van een perfecte bedrukking/borduring worden voorzien', en wordt op de pagina 'Woltex Ontzorgt' uitgebreid aandacht besteed aan de optie 'Uw Eigen Borduring / Bedrukking'.
- 4.6. Woltex c.s. voeren nog aan dat in het grote bedrijfspand van Woltex slechts één apparaat van 50 bij 50 cm staat, waarmee niet het personeel maar eigenaar [eiser] zelf de kleding bedrukt, hetgeen een gering deel van zijn arbeidstijd in beslag neemt, en dat slechts incidenteel borduurwerk wordt uitbesteed. Zelfs als dit allemaal zou worden aangenomen, dan leidt dit niet tot een ander oordeel. Ook dan zijn het bedrukken en laten borduren van bedrijfskleding op winst gerichte activiteiten, die Woltex structureel (laat) verricht(en) ten behoeve van zeker een kwart van haar omzet. Daarmee kan niet worden gezegd dat Woltex in verwaarloosbare mate activiteiten verricht die onder de definities in het Verplichtstellingsbesluit vallen. Verder is voor de vraag of een werkgever onder de werkingssfeer valt niet van belang of de werknemers zich feitelijk bezighouden met het bedrukken of borduren. Het gaat erom of Woltex een werkgever is in de zin van het Verplichtstellingsbesluit. Dat is Woltex, omdat zij een onderneming uitoefent die valt onder de in het besluit opgenomen definities. Het bedrukken en laten borduren van bedrijfskleding moet immers worden aangemerkt als het bewerken van textiel in de zin van het Verplichtstellingsbesluit.
- 4.7. Gelet op het voorgaande kan Woltex ook niet worden gevolgd in het standpunt dat haar verplichte aansluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot een onaanvaardbare situatie en onaannemelijke rechtsgevolgen leidt. Daarbij komt dat Bpf MITT onbetwist heeft aangevoerd dat de sociale partners die de verplichtstelling hebben aangevraagd, er bewust voor hebben gekozen dat de werkingssfeer alle werkgevers omvat die activiteiten verrichten zoals genoemd in het Verplichtstellingsbesluit, ook als de werkgever die activiteiten niet 'uitsluitend of in hoofdzaak' verricht. De ratio hierachter is oneerlijke concurrentie zoveel mogelijk tegengaan. Verder is van belang dat Woltex geen andere pensioenvoorziening heeft getroffen voor haar werknemers.
- 4.8. Ook het beroep van Woltex c.s. op een (niet gepubliceerd) vonnis van de kantonrechter te Maastricht van 11 september 2019 kan hen niet baten. Ter zitting heeft de advocaat van Woltex c.s. nader toegelicht dat hiermee niet het standpunt wordt ingenomen dat alsnog het hoofdzakelijkheids criterium geldt, maar wel dat uit dat vonnis voortvloeit dat de omvang van de activiteiten bepalend is voor de vraag of een werkgever onder het Verplichtstellingsbesluit valt, zodat de activiteiten in ieder geval enige omvang van betekenis zouden moeten hebben. Die omvang van betekenis hebben de activiteiten, zoals de kantonrechter hiervoor al heeft geoordeeld. Bovendien kennen Woltex c.s. een te ver strekkende betekenis toe aan de tussenzin van de kantonrechter te Maastricht, die overwoog: "*Wat (...) doet (althans voor het grootste deel en*

*daarmee bepalend voor het antwoord op deze vraag) is, in de woorden van het wijzigingsbesluit, het (...) bewerken van kleding (...) tot een gebruiksvoorwerp."* Het ging in die zaak tussen een borduurbedrijf en Bpf MITT – samengevat – om de vraag of het borduren van bedrijfslogo's op door de klant aangeleverde kleding valt onder de omschrijving 'het bewerken van kleding tot een gebruiksvoorwerp'. Volgens het borduurbedrijf was dit niet zo, omdat de kleding die zij van borduurwerk voorziet voorafgaand aan de bewerking al een gebruiksvoorwerp is, maar zij kreeg hierin van de kantonrechter ongelijk. De omvang van de activiteiten was in die zaak geen onderdeel van het geschil. Borduren was de hoofdactiviteit van de eisende partij in die zaak.

- 4.9. De conclusie is dat de kantonrechter de door Woltex c.s. primair gevorderde verklaring voor recht zal afwijzen.
- 4.10. Ook de subsidiair door Woltex c.s. gevorderde verklaring voor recht dat Bpf MITT geen pensioenpremies op hen kan verhalen over de periode voorafgaand aan 13 maart 2018 wordt afgewezen. [eiser] heeft zijn stelling dat zijn eenmanszaak geen activiteiten verrichtte die onder het Verplichtstellingsbesluit vallen niet nader onderbouwd. Deze stelling wordt door Bpf MITT gemotiveerd betwist. Bpf MITT verwijst daarvoor onder meer naar het door Woltex c.s. overgelegde overzicht van hun belastingconsulent, waarin opgave is gedaan van de omzet die is gerealiseerd met het bedrukken van kleding en andere artikelen (zoals tassen) in de jaren 2014 tot en met 2018. In reactie daarop hebben Woltex c.s. geen nadere onderbouwing of toelichting gegeven van hun subsidiaire vordering. In het licht van de betwisting van Bpf MITT lag dit wel op hun weg. Bovendien erkennen Woltex c.s. in de akte na tussenvonnis dat per 13 maart 2018 sprake is geweest van een overgang van onderneming. Woltex c.s. hebben geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit de conclusie getrokken moet worden dat de werkzaamheden van de eenmanszaak anders waren dan die van Woltex, zodat ook de eenmanszaak onder het toepassingsbereik van het Verplichtstellingsbesluit valt.
- 4.11. Het beroep op verjaring hebben Woltex c.s. niet vertaald in een vordering, zodat de kantonrechter dit opvat als een verweer in de zaak van de tegenvordering.
- 4.12. De proceskosten komen voor rekening van Woltex c.s., omdat zij ongelijk krijgen. Daarbij worden Woltex c.s. ook veroordeeld tot betaling van € 124,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door Bpf MITT worden gemaakt, te vermeerderen met de exploitkosten van betekening van het vonnis indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden. De gevorderde rente over de proceskosten zal worden toegewezen vanaf de datum gelegen 14 dagen nadat Woltex c.s. zijn aangeschreven tot betaling daarvan of dit vonnis aan hen is betekend.
- de tegenvordering
- 4.13. Het gaat in de zaak van de tegenvordering om door Bpf MITT gevorderde premies, vermeerderd met wettelijke handelsrente en een kostenvergoeding van 15%, en de vraag of de premievordering gedeeltelijk verjaard is. Verder vordert Bpf MITT diverse verklaringen voor recht, en veroordeling van Woltex c.s. om nadere werknemersgegevens te verstrekken.
- 4.14. Het verweer dat Woltex c.s. überhaupt geen premie verschuldigd zijn omdat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit vallen, kan gelet op hetgeen in de zaak van de vordering is overwogen en beslist niet slagen. De gevorderde verklaringen voor recht dat Woltex c.s. onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen zullen daarom worden toegewezen, zoals hierna vermeld.
- 4.15. Met een beroep op verjaring stellen Woltex c.s. zich op het standpunt dat de premies van vóór 1 januari 2014 moeten worden afgewezen. Bpf MITT betwist dit gemotiveerd, en stelt (primair) dat de vordering pas opeisbaar is geworden toen zij (in 2018) bekend is geworden met Woltex c.s. en hun verplichting tot premiebetaling, (subsidiair) dat de premie opeisbaar wordt nadat zij de nota heeft uitgebracht, en (meer subsidiair) dat Woltex c.s. toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld door niet naleving van hun wettelijke verplichting tot het verstrekken van de werknemersgegevens die Bpf MITT nodig heeft om haar pensioenvordering vast te stellen, zodat Woltex c.s. de schade (die gelijk is aan het bedrag van de achterstallige pensioenpremie) aan Bpf MITT moeten vergoeden.
- 4.16. Het verjaringsverweer van Woltex c.s. slaagt niet, en de kantonrechter overweegt daarover het volgende.

- 4.17. Volgens vaste rechtspraak wordt een premievordering zoals in deze zaak aan de orde is, aangemerkt als een periodieke vordering in de zin van artikel 3:308 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Daarin is bepaald dat rechtsvorderingen tot betaling van periodieke geldsommen, verjaren door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Tussen partijen is ook niet in geschil dat deze verjaringstermijn van toepassing is. Partijen verschillen echter van mening over de vraag wanneer de premievorderingen van Bpf MITT opeisbaar worden, en daarmee wanneer de verjaringstermijn aanvangt.
- 4.18. Uit de Wet Bpf 2000 volgt dat de verplichting tot naleving van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds van rechtswege ontstaat op het moment waarop de werkgever voldoet aan de voorwaarden voor verplichte deelneming. Daarmee ontstaat voor de werkgever de verplichting om zijn werknemers aan te melden bij het bedrijfstakpensioenfonds, en om pensioenpremies en -bijdragen te betalen. Voor het bedrijfstakpensioenfonds ontstaat op dat moment van rechtswege een premie- en bijdragevordering op de werkgever. Maar het ontstaan van die vordering brengt niet zonder meer de opeisbaarheid daarvan op datzelfde moment mee. In het algemeen is een vordering opeisbaar op het moment waarop de schuldeiser gerechtigd is nakoming te vorderen. Als geen termijn voor nakoming is bepaald, is een verbintenis 'terstond' opeisbaar (artikel 6:38 BW). Als wel een termijn is bepaald, is de vordering in het algemeen pas opeisbaar na ommekomst van deze termijn (artikel 6:39 BW).
- 4.19. In dit verband verwijzen Woltex c.s. naar artikel 3.1 lid 2 van het Uitvoeringsreglement, waaruit volgens Woltex c.s. zonder meer volgt dat de premie opeisbaar is per de eerste dag van iedere maand waarop de betreffende premie ziet. Omdat Bpf MITT voor het eerst op 4 januari 2019 (ambtshalve) pensioenpremie in rekening heeft gebracht, moet volgens Woltex c.s. worden geconcludeerd dat het recht van Bpf MITT tot incasso van pensioenpremies over loontijdvakken vóór 1 januari 2014 is verjaard.
- 4.20. De kantonrechter oordeelt anders, en volgt Bpf MITT in haar (subsidiare) standpunt dat uit het onder de feiten geciteerde artikel 3.1 lid 1 en 2 van het Uitvoeringsreglement in onderlinge samenhang gezien volgt, dat de premievordering pas opeisbaar wordt nadat Bpf MITT de nota daarvoor heeft uitgebracht (zie ook: Hof Amsterdam 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1198). In lid 1 van artikel 3.1 staat, dat Bpf MITT een maandelijks premienota maakt aan de hand van de door de werkgever aangeleverde gegevens. Vervolgens staat in de eerste zin van lid 2 dat de werkgever deze nota aan Bpf MITT moet betalen. De tweede zin van lid 2, waarop Woltex c.s. zich beroepen, moet in de context van het voorgaande aldus worden gelezen, dat het verschuldigde premiebedrag waarvoor Bpf MITT een nota heeft gemaakt binnen 15 dagen na afloop van iedere maand moet worden betaald. Dit is een betalingstermijn zoals bedoeld in artikel 6:39 BW.
- 4.21. Op 4 januari 2019 heeft Bpf MITT een ambtshalve premienota aan Woltex opgelegd. Pas na de zitting van 22 juni 2021 hebben Woltex c.s. voor het eerst (geanonimiseerde) werknemersgegevens aan Bpf MITT verstrekt, op basis waarvan Bpf MITT de door [eiser] en Woltex verschuldigde premie's over de periode van 1 januari 2013 tot 1 juni 2021 heeft kunnen berekenen. Na wijziging van eis bij akte van 15 september 2021 worden die premie's in deze procedure gevorderd, in plaats van de ambtshalve opgelegde premienota. De recente premieberekeningen en -nota's zijn door Bpf MITT niet overgelegd, omdat Woltex c.s. hiertegen geen verweer voeren. Ook heeft Bpf MITT niet gesteld wat de notadata zijn. Daarmee kan niet worden vastgesteld wanneer de verjaringstermijn precies is aangevangen. Wel kan gezien het hiervoor omschreven tijdpad als vaststaand worden aangenomen dat de nota's dateren van na 22 juni 2021.
- 4.22. Gelet op het voorgaande en het bepaalde in het Uitvoeringsreglement oordeelt de kantonrechter dat de vordering van Bpf MITT uit hoofde van premienota's over het tijdvak vanaf 1 januari 2013 pas opeisbaar zijn geworden na 22 juni 2021, zodat de verjaringstermijn van vijf jaar niet is verstreken en de premievordering over de periode van 1 januari 2013 tot 1 januari 2014 niet is verjaard. De kantonrechter ziet geen aanleiding om Bpf MITT in de gelegenheid te stellen de nota alsnog over te leggen.
- 4.23. Hetgeen Bpf MITT verder nog heeft aangevoerd in het kader van de verjaringskwestie behoeft

hiermee geen verdere bespreking.

- 4.24. Na wijziging van eis vordert Bpf MITT veroordeling van [eiser] en Woltex tot betaling van pensioenpremies over de periode vanaf 1 januari 2013, berekend op basis van de alsnog door Woltex c.s. verstrekte geanonimiseerde werknemersgegevens. Bpf MITT heeft in haar akte een toelichting gegeven op de gewijzigde vordering. Bpf MITT stelt dat voorafgaand aan het indienen van die akte overleg tussen partijen heeft plaatsgevonden over de werknemersgegevens, over welk bedrag aan pensioenpremie op basis daarvan verschuldigd is (ervan uitgaande dat Woltex c.s. onder de reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit vallen) en welk deel daarvan voor rekening van [eiser] komt. Woltex c.s. hebben in hun akte meegedeeld dat zij geen bezwaar hebben tegen de eiswijziging. Ook inhoudelijk hebben zij tegen de premieberekening geen bezwaren aangevoerd. De kantonrechter ziet geen aanleiding om de berekening van Bpf MITT in twijfel te trekken, en zal uitgaan van de juistheid daarvan.
- 4.25. Verder erkennen Woltex c.s. in hun akte dat sprake is geweest van een overgang van onderneming. Daarom kan Bpf MITT worden gevolgd in haar stelling dat [eiser] aansprakelijk is voor het deel van de premieschuld dat ziet op werknemers die vóór 13 maart 2018 uit dienst zijn getreden, en Woltex voor de premieschuld voor de werknemers die door de overgang van onderneming of daarna bij haar in dienst zijn getreden. De daarop gebaseerde verklaringen voor recht zullen daarom worden toegewezen, zoals hierna vermeld.
- 4.26. De conclusie is dat [eiser] het gevorderde premiebedrag van € 7.227,36 over de periode van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 moet betalen, en Woltex het gevorderde premiebedrag van € 18.647,30 over de periode van 1 januari 2013 tot 1 juni 2021, zodat deze vorderingen worden toegewezen. De gevorderde pensioenpremie over de periode vanaf 1 juni 2021 wordt afgewezen, omdat niet is gebleken dat deze al opeisbaar is.
- 4.27. Bpf MITT vordert wettelijke handelsrente over de premiebedragen wegens niet tijdige betaling daarvan, op grond van artikel 3.2 van het Uitvoeringsreglement. Daarin is bepaald dat de bij niet tijdige betaling verschuldigde rente wordt berekend naar het percentage van de wettelijke rente inzake handelstransacties bedoeld in de artikelen 6:119a en 6:120 BW. Deze rente wordt tegenover [eiser] gevorderd vanaf 18 augustus 2021, en tegenover Woltex vanaf 27 maart 2019. Deze data heeft Bpf MITT niet toegelicht. Zoals hiervoor is overwogen kan niet worden vastgesteld wat de betaaltermijn is van de gevorderde premiebedragen, omdat Bpf MITT de nota's niet heeft overgelegd en de notadata niet heeft gesteld. Bovendien ziet het tegenover Woltex toegewezen premiebedrag op de periode tot 1 juni 2021, zodat de rente daarover niet zonder meer kan worden toegewezen vanaf 27 maart 2019 (kennelijk de vervaldatum van de ambtshalve premienota na deblokking op 13 maart 2019). De kantonrechter ziet in het voorgaande aanleiding de wettelijke handelsrente toe te wijzen vanaf 15 dagen na betekening van dit vonnis.
- 4.28. Verder vordert Bpf MITT – na haar wijziging van eis – een vergoeding voor buitengerechtelijke invorderingskosten van 15% over de toe te wijzen premiebedragen inclusief wettelijke handelsrente, op grond van artikel 3.2 van het Uitvoeringsreglement. Woltex c.s. voeren op dit punt gemotiveerd verweer. Anders dan Bpf MITT, is de kantonrechter van oordeel dat moet worden beoordeeld of het gevorderde bedrag in de gegeven omstandigheden redelijk is, ondanks het feit dat het gaat om een reglementaire forfaitaire vergoeding (vergelijk Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2681). In de conclusie van eis in reconventie werd deze kostenvergoeding over de aanvankelijke ambtshalve premienota door Bpf MITT niet gevorderd. Ten aanzien van de toegewezen premiebedragen, die zijn berekend na de zitting van 22 juni 2021, heeft geen buitengerechtelijke invordering plaatsgevonden. Bpf MITT heeft haar vordering op dit punt in de akte wijziging van eis niet toegelicht. Onder die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de gevorderde kosten redelijk zijn.
- 4.29. De gevorderde verklaring voor recht dat [eiser] en Woltex de relevante werknemersgegevens moeten verstrekken worden toegewezen. Bpf MITT heeft toegelicht waarom zij meer gegevens nodig heeft dan de verstrekte geanonimiseerde gegevens, en Woltex c.s. hebben hiertegen geen inhoudelijk verweer gevoerd. Ook de gevorderde dwangsom wordt toegewezen. Woltex c.s. voeren hiertegen aan dat zich gewoon aan een rechterlijke uitspraak zullen houden. In dat geval zijn zij de dwangsom niet verschuldigd, zodat dit niet aan toewijzing in de weg staat. Wel ziet de

kantonrechter aanleiding de dwangsomveroordeling te maximeren tot € 15.000,00.

- 4.30. Daarbij vordert Bpf MITT verklaring voor recht dat Woltex c.s. verplicht zijn tot betaling van hogere dan de toegewezen premiebedragen, indien uit de aanvullend door Woltex c.s. verstrekte werknemersgegevens blijkt dat de verschuldigde premies hoger zijn. In dat geval kan Bpf MITT uiteraard Woltex c.s. aanspreken voor die hogere bedragen, maar voor toewijzing van de verklaring voor recht is de vordering op dit moment te onbepaald.
- 4.31. De proceskosten komen voor rekening van Woltex c.s., omdat zij ongelijk krijgen. Daarbij worden Woltex c.s. ook veroordeeld tot betaling van € 124,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door Bpf MITT worden gemaakt, te vermeerderen met de exploitkosten van betekening van het vonnis indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden. De gevorderde rente over de proceskosten zal worden toegewezen vanaf de datum gelegen 14 dagen nadat Woltex c.s. zijn aangeschreven tot betaling daarvan of dit vonnis aan hen is betekend.

## **5 De beslissing**

De kantonrechter:

### de vordering

- 5.1. wijst de vordering af;
- 5.2. veroordeelt Woltex c.s. tot betaling van de proceskosten, die tot en met vandaag voor Bpf MITT worden vastgesteld op een bedrag van € 746,00 voor salaris van de gemachtigde van Bpf MITT, en veroordeelt Woltex c.s. tot betaling van € 124,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door Bpf MITT worden gemaakt, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de datum gelegen 14 dagen nadat Woltex c.s. zijn aangeschreven tot betaling daarvan of dit vonnis aan hen is betekend tot de dag van volledige betaling;

- 5.3. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

### de tegenvordering

- 5.4. verklaart voor recht dat [eiser] van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 viel onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in Bpf MITT, zodat [eiser] over de periode van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 verplicht is tot naleving van de statuten en reglementen van Bpf MITT alsmede verplicht is tot naleving van de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf MITT, waaronder begrepen de verplichting voor [eiser] om pensioenpremie te betalen aan Bpf MITT ten behoeve van de werknemers die in de periode van 1 januari 2013 tot 13 maart 2018 in dienst zijn (geweest) bij [eiser] , met uitzondering van de werknemers die als gevolg van de overgang van onderneming op 13 maart 2018 in dienst getreden zijn van Woltex;
- 5.5. verklaart voor recht dat Woltex vanaf 13 maart 2018 valt onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming in Bpf MITT, zodat Woltex vanaf 13 maart 2018 verplicht is tot naleving van de statuten en reglementen van Bpf MITT alsmede verplicht is tot naleving van de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf MITT, waaronder begrepen de verplichting voor Woltex om pensioenpremie te betalen aan Bpf MITT ten behoeve van de werknemers die vanaf 13 maart 2018 in dienst zijn (geweest) bij Woltex;
- 5.6. verklaart voor recht dat de pensioenpremieschuld van [eiser] op grond van artikel 7:663 BW op 13 maart 2018 is overgegaan op Woltex voor zover het betreft de pensioenpremie die verschuldigd was voor de werknemers die ten tijde van deze overgang van onderneming

werkzaam waren in de eenmanszaak van [eiser] , onder wie in ieder geval begrepen [werknemer 1] en [werknemer 2] ;

- 5.7. veroordeelt [eiser] tot betaling aan Bpf MITT van € 7.227,36, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dat bedrag vanaf 15 dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van de gehele betaling;
- 5.8. veroordeelt Woltex tot betaling aan Bpf MITT van € 18.647,30, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dat bedrag vanaf 15 dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van de gehele betaling;
- 5.9. veroordeelt [eiser] om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis, elektronisch de werknemersgegevens te verstrekken aan Bpf MITT via de website <https://www.azlonline.eu/> (op de wijze als omschreven in de Handleiding voor werkgevers welke is gepubliceerd op de website <https://www.pensioenfondsmitt.nl>) omtrent de (gewezen) werknemers die tussen 1 januari 2013 en 13 maart 2018 in dienst zijn geweest bij [eiser] , op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag of gedeelte daarvan dat [eiser] geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen met een maximum van € 15.000,00;
- 5.10. veroordeelt Woltex om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis, elektronisch de werknemersgegevens te verstrekken aan Bpf MITT via de website <https://www.azlonline.eu/> (op de wijze als omschreven in de Handleiding voor werkgevers welke is gepubliceerd op de website <https://www.pensioenfondsmitt.nl>) omtrent de (gewezen) werknemers die vanaf 13 maart 2018 in dienst zijn (geweest) bij Woltex, op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag of gedeelte daarvan dat Woltex geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen met een maximum van € 15.000,00;
- 5.11. veroordeelt Woltex c.s. tot betaling van de proceskosten, die tot en met vandaag voor Bpf MITT worden vastgesteld op een bedrag van € 559,50 voor salaris van de gemachtigde van Bpf MITT, en veroordeelt Woltex c.s. tot betaling van € 124,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door Bpf MITT worden gemaakt, te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de explootkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de datum gelegen 14 dagen nadat Woltex c.s. zijn aangeschreven tot betaling daarvan of dit vonnis aan hen is betekend tot de dag van volledige betaling;
- 5.12. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.13. wijst de vordering voor het overige af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.C. van Rijn en op bovengenoemde datum in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

De griffier De kantonrechter

# ECLI:NL:GHAMS:2021:3979

|                      |                                        |
|----------------------|----------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Amsterdam                  |
| Datum uitspraak      | 21-12-2021                             |
| Datum publicatie     | 21-12-2021                             |
| Zaaknummer           | 200.269.897/01                         |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBAMS:2019:6292 |
| Rechtsgebieden       | Civiel recht                           |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                           |

## Inhoudsindicatie

Bekrachtiging vonnis kantonrechter, met uitzondering van het achterwege laten van de uitvoerbaar bij voorraad verklaring van de veroordeling tot betaling van ruim € 600.000,-- ter zake van achterstallige pensioenpremies, welke uitvoerbaar verklaring bij voorraad het hof alsnog uitspreekt. Deliveroo valt onder het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds Beroepsvervoer over de weg. Uitleg van de werkingssfeer bepaling in het verplichtstellingsbesluit aan de hand van de bewoordingen daarvan, het systeem en de structuur van de werkingssfeerbepaling en van aanpalende wetten, en de eventuele onaannemelijkheid van de rechtsgevolgen.

Beroep op ongeldigheid van het verplichtstellingsbesluit wegens onvoldoende representativiteit verworpen. Geen beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Geen inbreuk op vrije verkeer van diensten en vrije verkeer van vestiging naar Europees recht.

Wet Bpf 2000, Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000, artikelen 49, 54 en 56 van het Verdrag over de Werking van de Europese Unie (VWEU).

Artikel 6:248 lid 2 BW

## Vindplaatsen

Rechtspraak.nl  
AR-Updates.nl 2021-1596  
Viditax (FutD), 22-12-2021  
FutD 2022-0009 met annotatie van Fiscaal up to Date  
JAR 2022/11  
PR-Updates.nl PR-2022-0002  
PJ 2022/12 met annotatie van T. Huijg  
RAR 2022/39

## Uitspraak



afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.269.897/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: 7532946 CV EXPL 19-3933

**arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 21 december 2021**

inzake

**DELIVEROO NETHERLANDS B.V.,**

gevestigd te Amsterdam,  
appellante in principaal appel,  
geïntimeerde in incidenteel appel,  
advocaat: mr. L.B. de Graaf te Den Haag,

tegen

**STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR HET BEROEPSVERVOER OVER DE WEG,**

gevestigd te Amsterdam,  
geïntimeerde in principaal appel,  
appellante in incidenteel appel,  
advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam.

**1 Het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna Deliveroo en Bpf Vervoer genoemd.

Deliveroo is bij dagvaarding van 22 november 2019 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) van 26 augustus 2019, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen Bpf Vervoer als eiseres en Deliveroo als gedaagde. Bpf Vervoer heeft op 25 november 2019 een anticipatie-exploot uitgebracht.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven met producties;
- memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel;

- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 5 november 2021 doen bepleiten, Deliveroo door mr. De Graaf voornoemd en door mr. J. Mulder, advocaat te Den Haag, en Bpf Vervoer door mr. Lutjens voornoemd, allen aan de hand van pleitaantekeningen die zijn overgelegd.

Deliveroo heeft nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Deliveroo heeft geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen en de vorderingen van Bpf Vervoer alsnog zal afwijzen, met veroordeling van Bpf Vervoer om hetgeen Deliveroo ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft betaald terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente. Subsidiair heeft Deliveroo gevorderd dat de naleving van de – hierna onder 2.4 te noemen – verplichtstelling wordt beperkt tot de afdeling binnen Deliveroo bestaande uit bezorg-werknemers ten tijde van de referte periode, meer subsidiair dat de periode tot naleving van de verplichtstelling wordt beperkt tot januari 2018 of het moment dat al het verrichten van vervoer over de weg is uitbesteed aan derden, een en ander met veroordeling van Bpf Vervoer in de proceskosten in beide instanties, te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente.

Bpf Vervoer heeft in het principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van Deliveroo in de proceskosten in – begrijpt het hof – hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad.

In incidenteel appel heeft Bpf Vervoer geconcludeerd tot vernietiging van het dictum onder X voor zover daarbij de veroordeling onder II van het dictum niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, en gevorderd dat dit onderdeel alsnog uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, met beslissing over de proceskosten met de nakosten en de wettelijke rente, uitvoerbaar bij voorraad.

Deliveroo heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel appel en de veroordeling van Bpf Vervoer in de kosten daarvan, met nakosten en rente gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad.

## **2**

### **2. Feiten**

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep, behoudens voor zover met grief I in het principale hoger beroep wordt opgekomen tegen de feiten zoals verwoord onder 1.12 en 1.13, niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende, waarbij rekening zal worden gehouden met voormelde grief.

2.1. Deliveroo is opgericht op 26 juni 2015. Zij onderhoudt een digitaal platform waarop restaurants maaltijden aanbieden die consumenten (zakelijk of privé) via dat platform kunnen bestellen. Sinds september 2015 biedt Deliveroo aan de restaurants een bezorgservice. Deliveroo zorgt er dan

voor dat de bestelde maaltijd per fiets bij de consument wordt bezorgd.

- 2.2. De bezorgers bij Deliveroo waren eerst werkzaam op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met een maximum van drie in een periode van 23 maanden. Vanaf november 2017 sloot Deliveroo met bezorgers alleen nog overeenkomsten van opdracht, zowel bij verlenging van hun werkzaamheden als bij de aanvang daarvan. Vanaf juli 2018 werkte geen enkele bezorger meer op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst.
- 2.3. Bpf Vervoer is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna verkort aangeduid als Wet Bpf 2000). Bpf Vervoer is de uitvoerder van de pensioenregeling voor de bedrijfstak beroepsvervoer over de weg.
- 2.4. De deelneming in Bpf Vervoer is ingevolge de Wet Bpf 2000 verplicht gesteld, voor zover in dit geding van belang, bij besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 april 2014 (Staatscourant 18 april 2014, nr. 11351). Bij besluit van dezelfde minister van 16 januari 2018 (Staatscourant 19 januari 2018, nr. 3268) is de verplichtstelling tot deelneming in Bpf Vervoer gewijzigd. De latere wijziging van de verplichtstelling is voor dit geding niet relevant. Hierna zal kortweg aan genoemde besluiten gerefereerd worden als 'het verplichtstellingsbesluit' of 'de verplichtstelling'.
- 2.5. Het verplichtstellingsbesluit bevat onder artikel I een werkingssfeerbepaling. Deze luidt, voor zover relevant, als volgt:  
*"De deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg is verplicht gesteld voor:*  
*- Werknemer A (...)*  
*(...) waarbij verstaan wordt onder:*
- 1. Werknemer A:**
- De persoon die krachtens arbeidsovereenkomst in dienst is van een onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg (...) met uitzondering van:*  
*(...)*
- b. de werknemer die in een onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg, waarin anders dan uitsluitend of in hoofdzaak een of meer takken van bedrijf, behorende tot (...) het wegvervoer (...) worden uitgeoefend, niet werkzaam is in een afdeling waarin uitsluitend of in hoofdzaak een of meer der bedoelde takken van bedrijf worden uitgeoefend;*  
*(...)*
- 4. Onderneming in het Beroepsvervoer over de Weg:**
- De natuurlijke persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon die – al dan niet met winstoogmerk – in een in Nederland gevestigd bedrijf of in een afdeling van een zodanig bedrijf uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent, behorende tot het wegvervoer (...)*
- 5. Wegvervoer:**
- Het bedrijf van:*
- a. (...) het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg (...)"*
- 2.6. Bpf Vervoer heeft Deliveroo per brief van 29 augustus 2017 bericht dat zij wil beoordelen of Deliveroo een onderneming in het beroepsvervoer over de weg is en daarom verplicht is tot premiebetaling aan Bpf Vervoer. Deliveroo is hiertoe gevraagd een onderzoekformulier in te vullen.
- 2.7. Op basis van openbare gegevens alsmede de aanvullende door Deliveroo aangeleverde gegevens heeft Bpf Vervoer Deliveroo aangesloten. Per brief van 13 oktober 2017 is dit medegedeeld en is door Bpf Vervoer aanspraak gemaakt op premiebetaling door Deliveroo. Daarbij heeft Bpf Vervoer bericht dat de aansluitplicht niet voor alle werknemers van Deliveroo geldt, maar alleen voor de werknemers die op de 'vervoersafdeling' werkzaam zijn, omdat uit omzetcijfers

blijkt dat Deliveroo minder dan 50% van haar omzet genereert uit het bezorgen van maaltijden.

2.8. Deliveroo heeft bezwaar gemaakt tegen de aansluiting bij Bpf Vervoer.

2.9. Deliveroo heeft onder protest de werknemersgegevens van bezorgers die tot 1 juli 2018 in dienst waren aangeleverd. Van haar kantoorpersoneel heeft Deliveroo geen werknemersgegevens aangeleverd.

2.10. Bpf Vervoer heeft op basis van de aangeleverde werknemersgegevens premienota's opgesteld die in de periode van december 2017 tot en met juli 2018 zijn toegezonden aan Deliveroo. Het totaal van deze premienota's bedraagt € 639.372,98. Deliveroo heeft hiervan € 400,00 betaald.

2.11. Bij arrest van dit hof van 16 februari 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:392) is in een procedure tussen FNV en Deliveroo geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar maaltijdbezorgers als een arbeidsovereenkomst is aan te merken. Bij arrest van dit hof van vandaag is in een procedure tussen FNV en Deliveroo geoordeeld dat Deliveroo onder de cao voor beroepsgoederenvervoer valt.

2.12. Deliveroo hanteert ten aanzien van zowel consumenten die bij haar maaltijden bestellen als de aangesloten restaurants Algemene Voorwaarden.

### 3

#### 3. Beoordeling

3.1. Bpf Vervoer heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

I.

**Primair** indien geoordeeld wordt dat Deliveroo uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent behorende tot het wegvervoer:

primair voor recht verklaart dat Deliveroo vanaf 26 juni 2015 valt onder de verplichtstelling, vanaf 26 juni 2015 gebonden is aan de statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf Vervoer en vanaf 26 juni 2015 premie moet betalen aan Bpf Vervoer ten behoeve van alle werknemers van Deliveroo conform de bepalingen van het uitvoeringsreglement van Bpf Vervoer;

subsidiair:

a. voor recht verklaart dat Deliveroo van 26 juni 2015 tot 1 juli 2018 valt onder de verplichtstelling, van 26 juni 2015 tot 1 juli 2018 gebonden is aan de statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf Vervoer en van 26 juni 2015 tot 1 juli 2018 premie moet betalen aan Bpf Vervoer ten behoeve van alle werknemers van Deliveroo conform de bepalingen van het uitvoeringsreglement van Bpf Vervoer;

b. voor recht verklaart dat, onder de voorwaarde dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers vanaf 1 juli 2018 (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW, Deliveroo vanaf 1 juli 2018 valt onder de verplichtstelling, vanaf 1 juli 2018 gebonden is aan de statuten, de reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van Bpf Vervoer en vanaf 1 juli 2018 premie moet betalen aan Bpf Vervoer ten behoeve van alle werknemers van Deliveroo conform de bepalingen van het uitvoeringsreglement van Bpf Vervoer;

**Subsidiair (...)**

II.

Deliveroo veroordeelt tot betaling van € 638.972,98 aan Bpf Vervoer (zijnde de pensioenpremie die over de periode van 26 juni 2015 tot 1 juli 2018 verschuldigd is voor de bezorgers in dienst van Deliveroo);

III.

Deliveroo veroordeelt tot betaling van wettelijke handelsrente aan Bpf Vervoer, verschuldigd ten aanzien van elke maand waarin Deliveroo premie had moeten betalen aan Bpf Vervoer, berekend over het bedrag aan premie dat Deliveroo in de betreffende maand had moeten betalen en over de periode die aanvangt twee weken na het einde van de maand waarop die premie ziet tot de dag der algehele voldoening.

IV.

Deliveroo veroordeelt om binnen veertien dagen na de datum waarop het vonnis is gewezen elektronisch de loon- en premiegegevens te verstrekken aan Bpf Vervoer via het online werkgeversportaal (...) omtrent de (gewezen) werknemers die tussen 26 juni 2015 en de datum waarop het vonnis is gewezen bij Deliveroo in dienst zijn (geweest) en waarvoor Deliveroo volgens vordering I pensioenpremie moet betalen aan Bpf Vervoer, op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat Deliveroo geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen met een maximum van € 300.000,--;

V.

Deliveroo verplicht om uiterlijk 42 dagen na de datum waarop het vonnis is gewezen aan Bpf Vervoer te verstrekken een controleverklaring van een registeraccountant waarin de registeraccountant een goedkeurend oordeel uitsprekt over de juistheid en volledigheid van de loon- en premiegegevens die Deliveroo op grond van veroordeling IV heeft verstrekt aan Bpf Vervoer, op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat Deliveroo geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft met een of meer van deze verplichtingen met een maximum van € 300.000,--;

VI.

voor recht verklaart dat, indien uit de gegevens genoemd in vorderingen IV en V blijkt dat de door Deliveroo verschuldigde premie over de periode van 26 juni 2015 tot 1 juli 2018 hoger is dan het in vordering II genoemde bedrag, Deliveroo dan verplicht is dat hogere bedrag te betalen aan Bpf Vervoer;

VII.

Deliveroo veroordeelt tot betaling van € 4.235,-- aan Bpf Vervoer, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf datum dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

VIII.

Deliveroo veroordeelt in de proceskosten van Bpf Vervoer.

- 3.2. De kantonrechter heeft bij het bestreden vonnis de hiervoor weergegeven vorderingen van Bpf Vervoer toegewezen, met uitzondering van de gevorderde uitvoerbaar bij voorraad verklaring van de veroordeling onder II.
- 3.3. Tegen deze (toewijzende) beslissingen en de gronden waarop zij berusten komt Deliveroo in het principale beroep op met de grieven I tot en met XVI, en Bpf Vervoer in het incidentele beroep met één grief. In het vervolg worden met de aanduiding van de grieven, tenzij anders vermeld, de grieven in het principale beroep bedoeld.
- 3.4. De grieven II tot en met XIV betreffen – samengevat – de vraag of het verplichtstellingsbesluit van toepassing is op Deliveroo, en lenen zich voor gezamenlijke bespreking, met dien verstande dat hierna wel zal worden vermeld welke grieven op welk onderdeel van het debat betrekking hebben.
- 3.5. Met de grievens II en III komt Deliveroo op tegen het oordeel van de kantonrechter zoals weergegeven onder 18 en 19 van het bestreden vonnis. Het hof oordeelt echter dat Deliveroo onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat er onjuist is aan de door de kantonrechter toegepaste uitlegmaatstaf, ontleend aan HR 25 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2687, FNV/Condor) en begrijpt deze grieven aldus dat Deliveroo van mening is dat de kantonrechter die maatstaf, die op

zichzelf juist is, onjuist heeft toegepast. Dat het hof dit standpunt van Deliveroo niet onderschrijft zal blijken uit het hierna volgende.

- 3.6. De vraag of het verplichtstellingsbesluit van toepassing is op Deliveroo dient uitsluitend beantwoord te worden aan de hand van uitleg van de werkingssfeerbepaling van dat besluit. Voor zover Deliveroo anders betoogt, namelijk dat los daarvan een zelfstandige toets moet worden uitgevoerd of haar onderneming wel behoort tot de sector beroepsvervoer, is dat onjuist.

*Valt Deliveroo onder de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit?*

- 3.7. Deliveroo heeft in de eerste plaats gegriefd (grief IV) tegen het oordeel van de kantonrechter in rechtsoverweging 23 van het bestreden vonnis. Volgens Deliveroo moet een ruim geformuleerde werkingssfeerbepaling restrictief worden uitgelegd omdat de verplichtstelling verstrekkende gevolgen heeft voor ondernemingen die geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de inhoud van de regeling. Deze zienswijze wordt niet gevolgd. Voor werkgevers én werknemers moet duidelijk zijn of zij onder de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit vallen.

Een verplichtstellingsbesluit raakt immers niet alleen de verplichtingen van werkgevers die mogelijk onder de werkingssfeer vallen, maar ook de pensioenaanspraken van werknemers die in dienst zijn van die werkgevers. Het vereiste van objectieve uitleg van de werkingssfeerbepaling heeft onder meer tot doel te verzekeren dat een verplichtstellingsbesluit voor alle onder de werkingssfeer daarvan vallende partijen op dezelfde wijze wordt uitgelegd, en dient daarmee de rechtszekerheid. De kantonrechter heeft terecht geoordeeld dat de werkingssfeerbepaling ruim geformuleerd is en daarmee in beginsel een groot bereik heeft, en dat ook nieuwe initiatieven zoals maaltijdbezorging, die nog niet bestonden ten tijde van het tot stand komen van de verplichtstelling en/of waarmee geen rekening is gehouden, hieronder kunnen vallen.

- 3.8. Ten aanzien van *de bewoordingen* van de werkingssfeerbepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van het verplichtstellingsbesluit, overweegt het hof als volgt. Deelname in Bpf Vervoer is - samengevat - verplicht gesteld voor de werknemer die krachtens een arbeidsovereenkomst in dienst is van 'een onderneming in het beroepsvervoer over de weg'. Deze onderneming (artikel I sub 4 werkingssfeerbepaling) is vervolgens gedefinieerd als 'een natuurlijke of rechtspersoon die in een bedrijf uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent behorend tot het wegvervoer'. Wegvervoer (artikel I sub 5 verplichtstellingsbesluit) is 'het tegen vergoeding vervoeren van goederen over de weg'. Vast staat dat een onderdeel van de bedrijfsvoering van Deliveroo is het bezorgen van maaltijden, hetgeen aangemerkt kan worden als het vervoeren van goederen over de weg.

- 3.9. Deliveroo heeft aangevoerd dat naar normaal spraakgebruik onder goederenvervoer niet (bijvoorbeeld) het bezorgen van een pizza per fiets dient te worden verstaan, en dat goederenvervoer naar normaal taalgebruik geassocieerd wordt met gemotoriseerd vervoer. Het hof oordeelt dat wellicht in het verleden het begrip 'goederenvervoer' in het spraakgebruik vooral zag op (zwaar) gemotoriseerd verkeer, maar dat in de loop van de afgelopen jaren dit begrip aan verandering onderhevig is geweest en thans ook vele andere vormen van niet gemotoriseerd goederenvervoer omvat, zoals vervoer per (bak)fiets en scooter. Het normale en/of gangbare spraakgebruik bevat dus geen overtuigende aanwijzing voor de stelling van Deliveroo dat bezorging per fiets niet onder de werkingssfeer valt.

- 3.10. Deliveroo heeft voorts betoogd dat voor het begrip goederenvervoer over de weg aansluiting gezocht dient te worden bij de aanpalende cao, te weten de cao beroepsgoederenvervoer over de weg (hierna "de cao"). De werkingssfeerbepaling in de cao moet volgens Deliveroo aldus worden uitgelegd dat hieronder uitsluitend valt het wettelijk, gemotoriseerd beroepsgoederenvervoer zoals bedoeld in de Wet wegvervoer goederen (Wwg). Het hof heeft bij vandaag uitgesproken arrest in het hoger beroep tussen Deliveroo en FNV in de zaak bekend onder zaaknummer 200.266.920/01 geoordeeld dat Deliveroo valt onder de werkingssfeer van de

cao en daarbij onder meer dit standpunt van Deliveroo verworpen.

- 3.11. Deliveroo voert ook nog aan dat de begrippen uit de Wwg leidend dienen te zijn bij uitleg van de werkingssfeerbepaling in het verplichtstellingsbesluit.

De definitie van beroepsvervoer in de Wwg sluit 'eigen vervoer' uit, terwijl in de zienswijze van Bpf Vervoer alle bedrijven die eigen vervoer verrichten ook onder het verplichtstellingsbesluit vallen. Het hof overweegt dat hetgeen objectief kenbaar is uit de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit onvoldoende aanwijzingen bevat om te concluderen dat de werkingssfeerbepaling alleen ziet op beroepsvervoer krachtens de Wwg. De vraag of en in welke vormen 'eigen vervoer' onder de werkingssfeerbepaling valt ligt in deze procedure niet voor, aangezien Deliveroo uitsluitend vervoer voor derden verricht.

- 3.12. Tevens is naar het oordeel van het hof voldaan aan de voorwaarde van de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit (onder 5) dat sprake is van 'vervoer tegen vergoeding' (grief VI en VII). Deliveroo heeft betoogd
- (i) dat de vergoeding die zij ontvangt voor het bezorgen niet kostendekkend is en dat de wijze waarop de bezorgkosten worden berekend en samengesteld afwijkt van de wijze waarop dit gebeurt bij 'gewone' vervoersovereenkomsten (waarbij de hoogte van de vergoeding mede afhankelijk is van de aard en omvang en het gewicht van de te vervoeren goederen);
  - (ii) dat de online bezorgkosten die bij de consument in rekening worden gebracht een dynamische vergoeding zijn, samengesteld uit enerzijds transactiekosten te weten creditcard-kosten/chargebacks, en anderzijds uit servicekosten;
  - (iii) dat de restaurantovereenkomsten, die Deliveroo sluit met aangesloten restaurants, en de daarbij gebruikte algemene voorwaarden zien op gebruik van het platform van Deliveroo waaronder de technologie, softwarepakketten en diensten, waarvan bezorging slechts een (gering) deel uitmaakt; er worden ook pakketten zoals Click & Collect aangeboden waarbij bezorging geen deel uitmaakt van de geleverde diensten, aldus Deliveroo.

- 3.13. Het hof overweegt (i) dat de werkingssfeerbepaling ten aanzien van 'vervoer tegen vergoeding' niet de eis stelt dat deze vergoeding kostendekkend is. Evenmin is van belang dat de wijze waarop de bezorgkosten worden berekend en samengesteld afwijkt van de wijze waarop dit gebeurt bij 'gewone' vervoersovereenkomsten (waarbij de hoogte van de vergoeding mede afhankelijk is van de aard en omvang en het gewicht van de te vervoeren goederen).

Ten aanzien van (ii) geldt het volgende. In de door Deliveroo bij grieven overgelegde, volgens haar van toepassing zijnde algemene voorwaarden op transacties met consumenten, is het volgende bepaald:

*"2. Doel*

*Ons doel is om je te koppelen aan de restaurants waarmee wij samenwerken (...) en om je de mogelijkheid te geven Items te bestellen voor bezorging (onze "Dienst") (...) Wanneer je een bestelling hebt geplaatst, zullen je Items bij jou worden bezorgd door Deliveroo (...) of door ons Partner Restaurant. (...)"*

In hoofdstuk 10 van de Algemene Voorwaarden (Prijzen, Betalingen en Aanbiedingen) wordt verwezen naar "onze Dienst" en is het volgende vermeld:

*"De totale prijs van je bestelling zal worden vermeld op de afrekenpagina van onze App, inclusief de prijzen van de Items en Bezorging en toepasselijke Servicekosten en belastingen".*

De dienst die Deliveroo levert volgens de naar haar zeggen toepasselijke Algemene Voorwaarden is derhalve het bezorgen van bestelde maaltijden, waarvoor zij blijkens zowel de oude als de nieuwe voorwaarden een vergoeding in rekening brengt bij de consument. Dat in sommige gevallen het (in bovengenoemde algemene voorwaarden bedoelde) 'Partner Restaurant' zelf bezorgt, of de consument de bestelling ophaalt, maakt dit niet anders. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis (rov 27) overwogen dat het overgrote deel van de bestelde maaltijden (meer dan 75%) wordt geleverd door bezorgers verbonden aan Deliveroo. Tegen dit onderdeel van deze overweging is niet gegriefd noch zijn gegevens overgelegd waaruit iets anders blijkt. Het

feit dat Deliveroo in de overeenkomsten die zij sluit met de restaurants (iii) een commissiebedrag in rekening brengt dat mede samenhangt met het geboden technologie- en ICT-platform en eventuele marketingadviezen, doet niet af aan het feit dat verreweg de meeste bestelde maaltijden worden bezorgd (zie verder hierna over de afname door aangesloten restaurants van de verschillende modules op het platform) en dat de vergoeding die deze restaurants betalen voor het door Deliveroo geboden technologie- en ICT platform en eventuele marketingadviezen dus in de meeste gevallen tevens een vergoeding omvat voor de bezorging van haar maaltijden (en daarmee voor het vervoer). Voor de vraag of sprake is van vervoer tegen vergoeding is niet relevant of Deliveroo in alle gevallen het vervoer zelf uitvoert. Ook wanneer de restaurants zelf bezorgen, berekent Deliveroo commissie over de bezorgkosten omdat de bezorging nu eenmaal deel uitmaakt van haar dienst. Op grond van het voorgaande staat naar het oordeel van het hof vast dat is voldaan aan het criterium in de werkingssfeerbepaling dat sprake moet zijn van “vervoer tegen vergoeding”. De vraag of de kantonrechter in het bestreden vonnis van de juiste versie van de algemene voorwaarden en restaurant overeenkomst is uit gegaan (grief I) behoeft hiermee geen bespreking meer.

- 3.14. Deliveroo heeft betwist dat zij *uitsluitend of in hoofdzaak* vervoer tegen vergoeding verricht. Met haar grievens VIII tot en met XIV komt Deliveroo op tegen rechtsoverwegingen 35 tot en met 43 van het bestreden vonnis.

De kantonrechter heeft terecht en door Deliveroo niet betwist tot uitgangspunt genomen dat beoordeeld dient te worden of Deliveroo uitsluitend of voor meer dan 50% van de werkzaamheden behorend tot het wegvervoer uitvoert. Het feit dat in het verplichtstellingsbesluit criteria ontbreken ter bepaling van de vraag hoe de meerderheid van 50% bepaald dient te worden, maakt – anders dan het hof Den Bosch oordeelde in ECLI:NL:GHSHE:2017:4788 – niet dat sprake is van een onduidelijkheid in de werkingssfeerbepaling die leidt tot strijd met het legaliteitsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel. De omvang van de bedrijfsactiviteiten kan zowel worden bepaald door het aandeel in de omzet uit wegvervoer af te zetten tegen de totale omzet, als door het aandeel van de arbeidsuren die in het bedrijf gemaakt zijn met betrekking tot wegvervoer af te zetten tegen het totale aantal gemaakte arbeidsuren. Het ligt op de weg van Bpf Vervoer om te stellen en bij voldoende betwisting te bewijzen dat Deliveroo uitsluitend of hoofdzakelijk werkzaamheden uitoefent behorend tot het wegvervoer. Bpf Vervoer heeft in dit verband gesteld dat eind 2017 circa 1500 bezorgers werkzaam waren bij Deliveroo waarvan 1200 op basis van een arbeidsovereenkomst, dat de totale loonsom van de bezorgers moet worden toegerekend aan wegvervoer en dat moet worden aangenomen dat het aantal bezorgers het aantal personen dat op kantoor werkzaam is in ruime mate overstijgt. In deze stellingen van Bpf Vervoer ligt besloten dat de activiteiten van Deliveroo zowel gemeten naar omzet als naar bestede arbeidsuren, voor meer dan 50% bestaan uit bezorging of daaraan toe te rekenen werkzaamheden, en behoren tot wegvervoer zoals bedoeld in de werkingssfeerbepaling. In het bestreden vonnis is overwogen dat in 2017 circa 1700 bezorgers werkzaam waren ten behoeve van Deliveroo, en in 2018 circa 1900 bezorgers. Tevens is in dit vonnis (rov 36) overwogen dat ten aanzien van de hoeveelheid kantoorpersoneel ter zitting door Deliveroo zelf aantallen zijn genoemd van drie personen in 2015, zestig personen in 2016, honderd personen in 2017 en 117 personen in 2019. Tegen dit onderdeel van deze overweging is geen grief gericht, zodat ook het hof van de juistheid van deze getallen uit gaat. Bij memorie van grieven heeft Deliveroo aangegeven dat in 2020 ongeveer 102 werknemers op kantoor werkzaam zijn.

- 3.15. Tegen deze achtergrond had het op de weg van Deliveroo gelegen om haar betwisting van de stelling dat zij zich uitsluitend of hoofdzakelijk met wegvervoer bezig houdt, nader te onderbouwen en te concretiseren, omdat de betreffende informatie in haar domein ligt, hetgeen zij niet althans onvoldoende heeft gedaan. Het volgende is daartoe redengevend.

- 3.16. Deliveroo heeft gesteld dat zij een technologiebedrijf is dat met aangesloten restaurants overeenkomsten sluit op basis van een modulair systeem, waarbij – kort samengevat – module 1 het bestelplatform is, module 2 de bezorgtechnologie en module 3 de Click & Collect “add in”.



Module 1 kan los worden afgenomen, en de modules en 3 alleen samen met module 1. Gelet op het grote aantal bezorgers dat – al dan niet op basis van een arbeidsovereenkomst – werkzaam is voor Deliveroo en de wijze waarop Deliveroo zich presenteert in de vorm van haar naam en de informatie op haar website (waarop onder meer als missie is vermeld: “we brengen het eten waar je van houdt aan je deur”), had het op haar weg gelegen om haar stelling dat zij overwegend een technologie bedrijf is waarbij de bezorging een ondergeschikte rol speelt, nader te onderbouwen. Dit had zij onder meer kunnen doen door inzage te geven in hetzij de omzet, hetzij het aantal arbeidsuren dat is gemoeid met de afname door restaurants van alleen module 1 of de combinatie van module 1 en 3, waarbij dus geen bezorging plaatsvindt, ten opzichte van de totale omzet/het totale aantal arbeidsuren. Deliveroo heeft hierover geen gegevens verstrekt. Evenmin heeft zij inzichtelijk gemaakt welk gedeelte van alle maaltijden die via het platform worden besteld, door haar wordt bezorgd. Het feit dat, technologisch gezien, de modules 2 en 3 niet kunnen ‘draaien’ zonder de technologie van module 1, en dat de betaalservice in module 1 zit, maakt nog niet dat het technologisch platform de hoofdactiviteit is van Deliveroo. Het verklaart hooguit waarom alle restaurants die de bezorgmodule 2 afnemen, ook module 1 afnemen.

- 3.17. Deliveroo heeft voorts gesteld dat slechts een klein gedeelte van het *kantoorpersoneel* zich bezig houdt met werkzaamheden verband houdend met bezorging en dat het overige gedeelte van het kantoorpersoneel zich bezig houdt met het bedenken van nieuwe producten, services en technologieën die de aantrekkingskracht van het platform en het aantal bestellingen vergroten.

Ter illustratie hiervan heeft Deliveroo een toelichting gegeven op een aantal van deze kantoorfuncties, zoals de functie van Sales Associate en Restaurant Accountmanager.

Ook indien deze stelling juist is moet er echter van worden uit gegaan dat het overgrote deel van de loonsom en van de arbeidsuren wordt besteed aan bezorging, gelet op de verhouding tussen het aantal personen dat werkzaam is op kantoor versus het aantal bezorgers. Daarbij komt dat het hof met de kantonrechter van oordeel is dat de activiteiten van het kantoorpersoneel gericht zijn op het vergroten van het aantal aangesloten restaurants en daarmee op het vergroten van het aantal bestellingen. Gelet op de gerechtvaardigde veronderstelling dat het merendeel van de bestelde maaltijden door of in opdracht van Deliveroo wordt bezorgd bij de klant, moeten de werkzaamheden van het kantoorpersoneel worden toegerekend (ECLI:NL:HR:2012:BU9889, PME/Vector) aan de hoofdactiviteit van Deliveroo, te weten het bezorgen en daarmee vervoeren van maaltijden over de weg.

- 3.18. Ten aanzien van de feitelijke werkzaamheden van de *bezorgers* heeft Deliveroo gesteld dat deze zich, in ieder geval tijdens de opstartfase vanaf eind 2015, het grootste deel van hun werktijd bezighielden met marketingactiviteiten, het oplossen van technische problemen en het uitvoeren van testritten. Ook indien het juist is dat de bezorgers in deze opstartfase dergelijke neventaken uitvoerden, laat dit onverlet dat het hoofdbestanddeel van hun werkzaamheden bestond en bestaat uit het vervoeren van maaltijden, en dat alles wat zij ‘daaromheen’ deden als faciliterend en ondersteunend aan deze hoofdtaak moet worden gezien. In de door Deliveroo overgelegde voorbeeld arbeidsovereenkomst staat onder 2.2:

*“de gebruikelijke werkzaamheden van Werknemer bestaan, onder andere, uit de volgende activiteiten: het bezorgen van eten van restaurants naar de klanten”.*

Daar komt nog bij dat in artikel 2.1 is bepaald dat werknemer de functie van “Bezorger” zal vervullen, hetgeen er ook op wijst dat het vervoeren van maaltijden de hoofdtaak was. Voor zover Deliveroo nog heeft betoogd – in het kader van de loonsom – dat de werknemers werkzaam waren op een min/max contract en dat ter bepaling van de loonsom derhalve van nul uren uit gegaan dient te worden, faalt dit betoog. De feitelijke situatie is namelijk doorslaggevend.

- 3.19. Deliveroo heeft aangevoerd dat de vergoeding die zij ontvangt ter zake van bezorgers die op basis van een overeenkomst van opdracht werkzaam zijn, niet mee telt in het kader van het omzetcriterium, evenmin als de door deze bezorgers bestede arbeidsuren. Dit betoog faalt. Blijkens de definitie van de werkingssfeerbepaling gaat het om “een rechtspersoon die ... uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden, behorende tot het wegvervoer uitoefent”. Voor de vraag wat de

hoofdactiviteit van Deliveroo is, maakt het daarbij dus geen verschil of de bezorgers op basis van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht werkzaam waren/zijn.

- 3.20. Met grief V komt Deliveroo op tegen het oordeel van de kantonrechter in rechtsoverweging 25 betreffende de eventuele *onaannemelijkheid van de rechtsgevolgen* die in het kader van de uitlegmaatstaf een rol speelt. Zoals hiervoor overwogen is het hof van oordeel dat de bewoordingen van de werkingssfeerbepaling duidelijk zijn, en dat de kernactiviteit van Deliveroo (uitsluitend of hoofdzakelijk) het bezorgen van maaltijden is. De vraag is vervolgens of een uitleg van de werkingssfeerbepaling die inhoudt dat het verplichtstellingsbesluit op Deliveroo van toepassing is, leidt tot een onaannemelijk rechtsgevolg.
- 3.21. Deliveroo heeft aangevoerd dat de functies binnen Deliveroo niet staan vermeld in het door het Sectorinstituut Transport en Logistiek opgestelde Voorlichtingsboek Functietyperingen dat integraal deel uitmaakt van de cao (hierna: functiehandboek), en dat dit bijdraagt aan haar stelling dat sprake is van een onaannemelijk rechtsgevolg. Ten aanzien van het functiehandboek heeft Bpf Vervoer onbetwist gesteld dat dit een voorlichtingsboek betreft dat een niet-limitatief aantal functies binnen de sector beschrijft. Bpf Vervoer heeft voorts aangevoerd dat het functiehandboek enkele functies kent zoals de functie "Koerier lokaal" die wel passen bij de bezorgfunctie van Deliveroo, hetgeen door Deliveroo is betwist. Volgens Deliveroo zijn alle functies die genoemd worden in het functiehandboek functies die alleen voorkomen bij het wettelijk (gemotoriseerd) beroepsgoederenvervoer. Daargelaten het feit dat het functiehandboek als onderdeel van de cao slechts zijdelings van belang is bij de uitleg van de werkingssfeerbepaling van het verplichtstellingsbesluit, oordeelt het hof dat het niet-limitatieve karakter van de opsomming van functies in combinatie met het feit dat de functie van maaltijdbezorger een relatief nieuwe functie betreft, verklaren dat en waarom de functie (nog) niet is beschreven. Dit leidt niet tot onaannemelijke rechtsgevolgen wanneer Deliveroo onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit valt.
- 3.22. Deliveroo heeft in randnummer 9.1 van haar memorie van grieven onder het kopje "*Representativiteit*" nog het volgende gesteld:  
*"Indien wordt geoordeeld dat Deliveroo onder de Verplichtstelling valt is zij van mening dat die verplichtstelling ongeldig is en daarom niet op haar van toepassing dient te worden verklaard omdat niet voldaan is aan het representativiteitsvereiste."*  
Bpf Vervoer is hierop in gegaan in hoofdstuk 13 van de memorie van antwoord met als conclusie - samengevat - dat het verplichtstellingsbesluit geldig is.  
In de pleitnota van Deliveroo in hoger beroep is de representativiteit (uitsluitend) geplaatst in de sleutel van uitleg van de werkingssfeerbepaling, en wordt niet ingegaan op ongeldigheid van het verplichtstellingsbesluit als zelfstandig verweer, terwijl Bpf Vervoer onder 22 van de pleitnota in hoger beroep stelt dat sprake is van een nieuwe grief en hiertegen bezwaar maakt. Het hof begrijpt dat Deliveroo met hoofdstuk 9 van haar memorie van grieven en hetgeen zij in de pleitnota heeft aangevoerd ten aanzien van de representativiteit twee verweren heeft gevoerd:  
(i) het verplichtstellingsbesluit is ongeldig, althans dient buiten toepassing te blijven, omdat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is uitgegaan van onjuiste representativiteitspercentages;  
(ii) in het kader van de uitlegmaatstaf: wanneer Deliveroo onder het verplichtstellingsbesluit valt op basis van een ruime uitleg van de werkingssfeer, strookt dit niet met de representativiteit in het kader van de verplichtstelling die is gebaseerd op een beperkte uitleg van de werkingssfeer.
- 3.23. Ten aanzien van punt (i) is niet gebleken dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van het verplichtstellingsbesluit zodanig ernstige gebreken kleven dat dit besluit jegens Deliveroo buiten toepassing dient te blijven. Aan de Minister komt een ruime mate van beleidsvrijheid toe bij de beoordeling van de representativiteit.  
Onvoldoende is toegelicht dat deze beoordeling niet in overeenstemming is geweest met de Wet Bpf 2000 en de ter uitvoering daarvan door de minister gehanteerde Beleidsregels Toetsingskader

Wet Bpf 2000. De enkele opmerking bij de grieven dat in het kader van de aanvraag tot verplichtstelling geen of te weinig toelichting is gegeven door de werkgeversorganisaties op hun opgave van het totaal aantal werkgevers dat wordt gebonden door de werkingssfeer, volstaat in dit verband niet.

- 3.24. Het betoog van Deliveroo bij punt (ii) komt in de kern erop neer dat de uitleg van de werkingssfeerbepaling die Bpf Vervoer in deze procedure bepleit, onaannemelijk is, omdat het rechtsgevolg hiervan zou zijn dat werkgevers onder de verplichtstelling vallen die niet zijn "meegerekend" bij het bepalen van de representativiteit die ten grondslag heeft gelegen aan diezelfde verplichtstelling. Dit betoog faalt. In het kader van de aanvraag tot verplichtstelling is het debat over (de grenzen van) de werkingssfeer blijkbaar niet gevoerd. In het kader van deze procedure is dat debat wel gevoerd, en oordeelt het hof hierover aan de hand van de door de Hoge Raad ontwikkelde uitlegregels. Ook wanneer het resultaat hiervan is dat de uitleg van de werkingssfeerbepaling in de onderhavige procedure niet strookt met de kennelijke uitleg van die bepaling op basis waarvan in het kader van de aanvraag van de verplichtstelling de representativiteitsgegevens zijn aangeleverd, is geen sprake van een onaannemelijk rechtsgevolg. Het debat over de grenzen van de werkingssfeerbepaling kan bij een volgende aanvraag tot verplichtstelling alsnog gevoerd worden. Daarbij komt dat de representativiteitsgegevens die in de verplichtstellingsprocedure zijn aangeleverd niet objectief kenbaar waren voor derden. Deliveroo stelt immers bij grieven dat (alleen) de partijen die het verzoek tot verplichtstelling hebben ingediend de precieze gegevens bezitten, en heeft Bpf Vervoer uitgenodigd om deze precieze gegevens over te leggen. Resumerend is van een onaannemelijk rechtsgevolg in de door Deliveroo bepleite zin geen sprake.

*Nieuw verweer: strijd met Europees recht*

- 3.25. Deliveroo heeft ten slotte aangevoerd dat het stelsel van verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds inbreuk maakt op het vrije verkeer van diensten en het vrij verkeer van vestiging zoals vastgelegd in de artikelen 49,54 en 56 van het Verdrag over de Werking van de Europese Unie (VWEU).
- 3.26. Het Europese Hof van Justitie (HvJEU) heeft geoordeeld dat het stelsel van verplichte bedrijfstakpensioenfondsen niet in strijd is met Europese mededingingsregels (arresten Albany, Drijvende Bokken en Brentjes, ECLI:EU:C:1999:430, 434 en 437). De verplichtstelling wordt door het HvJEU beschouwd als een zodanige dienst van algemeen economisch belang dat inbreuk gemaakt mag worden op het recht van vrije mededinging door het bedrijfstakpensioenfonds een uitsluitend recht te geven op uitvoering van de pensioenregeling. Deliveroo heeft gesteld dat de toets die plaatsvindt in verband met de vrijheid van dienstverlening en vrijheid tot het verrichten van diensten, een andere is dan de toets die het HvJEU heeft gehanteerd in bovengenoemde arresten ten aanzien van de vrije mededinging. Zij heeft deze stelling in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door Bpf Vervoer onvoldoende onderbouwd met feiten en argumenten die tot de gevolgtrekking nopen dat de verplichtstelling, ofschoon geen inbreuk makend op de Europese mededingingsregels, wél strijdig is met de hierboven genoemde bepalingen van het VWEU.

*Grief XV: toekenning premievorderingen in strijd met artikel 6:248 BW*

- 3.27. Met deze grief richt Deliveroo zich tegen overweging 44 van het bestreden vonnis. Deliveroo stelt dat de onduidelijkheid in de werkingssfeerbepaling (ten aanzien van, naar het hof begrijpt, de criteria ter bepaling van het hoofdzakelijkheids criterium zoals hiervoor bedoeld) in strijd is met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel. Dit zou volgens Deliveroo een correctie rechtvaardigen op grond van artikel 6:248 BW, in die zin dat de terugwerkende kracht aan de premievorderingen wordt onzegd. Afgezien van de discussie over verjaring van vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen tot betaling van premies jegens werkgevers die niet op de hoogte zijn van verplichte deelneming, wat daarvan verder ook zij, is van terugwerkende kracht geen sprake: de verplichtstelling en verschuldigdheid van de premie ontstaat vanaf het moment dat Deliveroo

onder de verplichtstelling valt. De grief faalt.

Slotsom in principaal appel

3.28. De slotsom is dat de grieven falen en dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Grief XVI mist zelfstandige betekenis.

3.29. Deliveroo zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in het principale beroep.

Incidenteel appel

3.30. Het dictum onder X zal worden vernietigd voor zover daarbij de veroordeling tot premiebetaling niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en het hof zal dat onderdeel van het dictum alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren, omdat Bpf Vervoer bij de tenuitvoerlegging van die veroordeling belang heeft en daartegenover afdoende redenen voor het achterwege laten van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, in aanmerking genomen hetgeen hierboven in het principale beroep is overwogen en beslist, ontbreken. Deliveroo zal in het incidentele beroep in de proceskosten worden veroordeeld.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

in principaal appel en incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, met uitzondering van het dictum onder X voor zover daarbij de veroordeling onder II van het bestreden vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard; en

in zoverre opnieuw rechtdoende: verklaart de veroordeling onder II van het bestreden vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

veroordeelt Deliveroo in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden in principaal appel aan de zijde van Bpf Vervoer begroot op € 5.382,00 aan verschotten en € 9.702,- voor salaris, en in incidenteel appel op nihil;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T.S. Pieters, R.J.M. Smit en W.H.F.M. Cortenraad en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 21 december 2021.



VU Expertisecentrum Pensioenrecht

**Serie Pensioenactualiteiten Nr. 103**

**Frédérique Hoppers-Rademaker**

- Hoge Raad 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754.
- Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.
- Hoge Raad 4 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:136.

# ECLI:NL:HR:2021:754

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Datum uitspraak      | 21-05-2021                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Datum publicatie     | 21-05-2021                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Zaaknummer           | 19/05444                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:2020:1127, Gevolgd<br>In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2019:3268, Bekrachtiging/bevestiging                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Rechtsgebieden       | Ondernemingsrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Inhoudsindicatie     | Ondernemingsrecht. Bestuurdersaansprakelijkheid. Pensioenrecht. Vervolg op HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019. Aansprakelijkheid (gewezen) bestuurder voor niet afdragen pensioenpremies (art. 23 Wet Bpf 2000). Mededeling van betalingsonmacht. Mogen bestuurshandelingen ook over de periode na de mededeling getoetst worden? Art. 23 lid 2-3 Wet Bpf 2000. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2021-0618<br>OR-Updates.nl 2021-0191<br>NJB 2021/1582<br>INS-Updates.nl 2021-0156<br>NJ 2021/197<br>RvdW 2021/561<br>PJ 2021/80<br>PR-Updates.nl PR-2021-0093<br>JIN 2021/102 met annotatie van Ebels, E.S., Gun, L.V. van der<br>RO 2021/43<br>JOR 2021/259 met annotatie van Tekstra, A.J.<br>JONDR 2021/476<br>RAV 2021/85          |

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 19/05444

**Datum** 21 mei 2021

ARREST

In de zaak van

[eiser],  
wonende te [woonplaats],  
EISER tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,  
hierna: [eiser],  
advocaat: G.J. Harryvan,  
  
tegen

STICHTING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS VOOR HET BEROEPSVERVOER OVER DE WEG,  
gevestigd te Amsterdam,  
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,  
hierna: het bedrijfstakpensioenfonds,  
advocaat: thans A.H.M. van den Steenhoven, voorheen P.S. Kamminga.

## **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

- a. zijn arrest in de zaak 16/04671, ECLI:NL:HR:2017:3019 van 24 november 2017;
- b. het arrest in de zaak HD 200.231.799/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 september 2019.

[eiser] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Het bedrijfstakpensioenfonds heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor het bedrijfstakpensioenfonds mede door E. Lutjens.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.F. Assink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## **2 Uitgangspunten en feiten**

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is tot 18 november 2010 (middellijk) bestuurder geweest van de besloten vennootschap [A] B.V. (hierna: [A]). [A] viel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds. PVF Achmea was belast met de incasso van de aan het bedrijfstakpensioenfonds verschuldigde premies.

(ii) In een brief van 4 december 2009 heeft [eiser] namens [A] aan PVF Achmea gemeld dat [A] wegens verslechterende marktomstandigheden niet in staat was de aan het bedrijfstakpensioenfonds per 1 december 2009 verschuldigde premies te betalen. Daarin meldde [eiser] tevens dat [A] kostenreducerende maatregelen had genomen en deed hij een voorstel voor een betalingsregeling.

(iii) In de loop van 2010 heeft [A] nog betalingen ten gunste van het bedrijfstakpensioenfonds verricht.

(iv) Op 18 november 2010 heeft [eiser] als bestuurder van [B] B.V., die op haar beurt bestuurder was van [A] en alle aandelen hield in [A], de aandelen in [A] voor een bedrag van € 400,-- verkocht en geleverd aan de Stichting [C], die op diezelfde dag was opgericht en werd vertegenwoordigd door [betrokkene 1],.



(v) [A] is op 19 juli 2011 failliet verklaard.

2.2 In dit geding vordert het bedrijfstakpensioenfonds betaling door [eiser] van onbetaald gebleven premies over de jaren 2008 tot en met 2010 ter hoogte van € 75.665,88. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat [eiser] hoofdelijk aansprakelijk is voor de door [A] verschuldigde bijdragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd bij arrest van 26 april 2016.<sup>1</sup> De Hoge Raad heeft dat arrest vernietigd bij arrest van 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019 en de zaak verwezen naar het hof.

2.3 Het hof<sup>2</sup> heeft, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

“5.7 Het gaat in dit hoger beroep naar het oordeel van het hof na cassatie nog om de vraag of [eiser] als indirect bestuurder van [A] ondanks de rechtsgeldige melding van betalingsonmacht – en ervan uitgaande dat bij verkoop en levering van de aandelen van [A] aan de Stichting [C] op 18 november 2010 ook de administratie van [A] is overgedragen – niettemin zodanig jegens het Pensioenfonds heeft gehandeld dat aannemelijk is dat het niet betalen van de pensioenpremies het gevolg is van aan [eiser] te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 23 lid 3 Bpf). Hierbij geldt dat zijn gedragingen als bestuurder niet enkel worden getoetst over de periode voorafgaand aan de melding als genoemd in artikel 23 Wet Bpf 2000 maar gezien het hiervoor weergegeven oordeel van de Hoge Raad (...) ook over de periode na de melding ('(...) zolang nog sprake is van een betalingsachterstand tenzij ...'). Gegeven het vaststaande uitgangspunt van een tijdige melding van de betalingsonmacht (...) kan aan [eiser] niet (meer) de verwijtbaarheid voor de niet betaling van deze premies als rechtsvermoeden worden tegengeworpen, een en ander als bedoeld in artikel 23 lid 4 Bpf. Dit brengt met zich dat de aannemelijkheid van het betreffende verwijt van onbehoorlijk bestuur op andere wijze door het Pensioenfonds moet worden bij gebracht, zoals ook door het hof Arnhem-Leeuwarden (...) is geoordeeld.

5.8 Zoals verder uit het tussen- en eindarrest van het hof Arnhem-Leeuwarden – door geen cassatiemiddel bestreden – kan worden afgeleid komen de betreffende stellingen van het Pensioenfonds erop neer dat [eiser] wordt verweten dat hij (uiteindelijk) het niet betalen van de pensioenpremies heeft veroorzaakt doordat hij de activa van [A] (waaronder de facturering) eind 2010 naar [E] en [F] heeft overgeheveld zonder dat daar iets tegenover stond en [A] vervolgens zonder activa heeft verkocht aan een katvanger die de onderneming naar het buitenland heeft verplaatst waarbij [eiser] wist of moest begrijpen dat de premieschulden nimmer meer zouden worden voldaan.

5.9 Het hof stelt bij de beoordeling allereerst vast dat [eiser] sedert 25 mei 2005 optreedt als bestuurder van [A] en [B] BV, terwijl [B] vanaf 3 november 2008 optreedt als bestuurder van [A], zodat [eiser] vanaf dat moment heeft te gelden als indirect bestuurder van [A]. [B] BV was tot 18 november 2010 ook enig aandeelhouder van [A]. [eiser] is in zijn hoedanigheid van indirect bestuurder van [A] betrokken bij en heeft bewilligd in de verkoop van alle aandelen in [A] aan de Stichting [C] op diezelfde datum voor een bedrag van € 400,-. Verder heeft hij naar eigen zeggen de nog aanwezige administratie van [A] aan [C] overgedragen.

De eerst op diezelfde dag opgerichte Stichting [C] werd vertegenwoordigd door [betrokkene 1].

Over deze verkoop heeft de curator van [A] uit het gesprek met [eiser] in zijn brief van 10 april 2012 aan [eiser] onder meer opgetekend dat [eiser] aan [betrokkene 1] heeft verteld dat er een aanzienlijke belastingschuld was en waarschijnlijk ook een pensioenschuld en dat [eiser] niet het faillissement van [A] heeft aangevraagd, omdat dat slecht zou zijn voor de naam [A]. Het was aldus de bewoordingen van [eiser] beter dat [betrokkene 1] de vennootschap overnam en naar het buitenland zou verplaatsen. In het buitenland was immers veel zwart geld en dan zou de belastingschuld kunnen worden geregeld.

Verder staat door erkenning van [eiser] vast dat de vervoersactiviteiten van [A] reeds ruim voor

die tijd waren overgenomen door - het eveneens door [eiser] beheerste - [D], zij het dat [D] nog wél via [B] BV [A] inschakelde om de vervoersopdrachten uit te voeren. Een noodzaak om deze activiteiten over te hevelen naar de ook door [eiser] direct of indirect beheerste [D] onderneming(en) is niet duidelijk geworden.

De chauffeurs die bij [A] in dienst waren - twaalf tot vijftien - zijn per 1 november of 1 december 2010 overgenomen door [F].

[A] was derhalve op het moment van verkoop van de aandelen een lege vennootschap met in ieder geval een belastingschuld en een pensioenschuld. [eiser] heeft verder onvoldoende weersproken gelaten dat [betrokkene 1] is te beschouwen als een katvanger, dat wil zeggen geen serieuze ondernemer, zodat de conclusie gerechtvaardigd is dat voormelde aandelentransactie erop gericht was een verder lege schuldenvennootschap buiten het bereik van schuldeisers naar het buitenland te verplaatsen, wat met de verhuizing naar kennelijk Boedapest, Hongarije daadwerkelijk is gebeurd. Dat daarmee ook de eventueel nog aanwezige administratie van [A] naar het buitenland zou verdwijnen heeft [eiser] kennelijk op de koop toe genomen evenals de omstandigheid dat betaling van de verschuldigde pensioenpremies aldus illusoir werd. Dat de administratie als gevolg van de door [eiser] boven een faillissement verkozen katvanger-route niet of niet meer volledig beschikbaar is dient voor rekening en risico van [eiser] te komen. Niet alleen ontnemt [eiser] zich met zijn keuze de mogelijkheid om zijn verweren tegen (ook andere vormen van) bestuurdersaansprakelijkheid te onderbouwen maar - in de onderhavige zaak - wordt daardoor ook het Bedrijfspensioenfonds de mogelijkheid ontnomen aanknopingspunten voor bewijslevering te vinden en wordt het de rechter bemoeilijkt, zo niet onmogelijk gemaakt, te beslissen in overeenstemming met wat tussen partijen als waarheid heeft te gelden. Dat de administratie toebehoort aan de rechtspersoon en [eiser] als gevolg van de bestuurswisseling en aandelenoverdracht daar niet meer over kan beschikken, zoals de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest heeft overwogen, maakt dit niet anders. Niets belet overigens een bestuurder/aandeelhouder bij de opvolging respectievelijk overdracht te bedingen inzage in of afschrift van de administratie te hebben bijvoorbeeld voor het geval hij wordt aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in de voor hem relevante bestuursperiode.

Verder is nog het volgende opvallend en van belang te noemen. Door [eiser] zijn bij memorie na verwijzing facturen overgelegd over het jaar 2010 afkomstig van [A] en gericht aan [B] BV voor kosten gebaseerd op de omzet ("eigen kosten, kosten inhuur"). [eiser] stelt dat het hierbij gaat om facturen voor door [A] verrichte chauffeursdiensten. [eiser], die bestuurder was van [B] BV heeft verder niet toegelicht of [B] BV deze facturen ook heeft betaald (of niet) en evenmin waarom [A] ingeval van betaling deze betalingen niet in voldoende relevant te achten mate in verhouding tot de totale premievordering van het Pensioenfonds heeft aangewend voor de betaling van pensioenpremies. Daartoe zijn door het Pensioenfonds door het jaar 2010 heen maandelijks facturen gestuurd, die immers grotendeels onbetaald zijn gebleven, terwijl er wél personeel (chauffeurs) in dienst was/bleef van [A]. Dit alles overigens in weerwil van de strekking van de mededeling van de betalingsonmacht van 4 december 2009 dat [A] de reeds bestaande achterstand vanaf het 2e kwartaal zou inlopen. Het enkel melden van betalingsonmacht is immers geen vrijbrief voor het verder nagenoeg onbetaald laten van pensioenpremies in algemene zin.

5.10 Al deze omstandigheden maken dat voldoende aannemelijk is dat de niet betaling van in dit geding aan de orde zijnde pensioenpremies over de periode kort voorafgaand aan de melding als bedoeld in artikel 23 lid 2 Bpf en nadien over de relevante periode in 2010 het gevolg is van aan [eiser] te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het bewijsaanbod van [eiser] (...) is daartoe gezien hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen en bij gebrek aan voldoende concrete feiten en omstandigheden, die tot een andere opvatting nopen verder niet meer relevant te achten en zal daarom worden gepasseerd.

5.11 Het beroepen vonnis moet dus worden bekrachtigd zij het onder verbetering van gronden. De (gewijzigde) vordering in reconventie gaat er in alle onderdelen van uit dat de grondslag ontbreekt van aansprakelijkheid van [eiser] tegenover het Bedrijfspensioenfonds. Nu uit de

conventie volgt dat dit anders is dient de vordering in reconventie te worden afgewezen. (...)”

### **3 Beoordeling van het middel**

- 3.1 Onderdeel I.1 van het middel klaagt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door (in rov. 5.7) te overwegen dat de gedragingen van [eiser] als bestuurder niet slechts worden getoetst over de periode voorafgaand aan de mededeling van betalingsonmacht als genoemd in art. 23 lid 3 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000), maar – gelet op het eerdere oordeel van de Hoge Raad in deze zaak, inhoudende “(...) zolang nog sprake is van een betalingsachterstand tenzij (...)” – ook over de periode na de mededeling, en door (in rov. 5.9) omstandigheden van na de mededeling van betalingsonmacht te noemen en op basis van deze omstandigheden (in rov. 5.10) te oordelen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het onderdeel betoogt dat het hof aldus heeft miskend dat zowel de tekst als de wetsgeschiedenis van art. 23 Wet Bpf 2000 duidelijk maakt dat de aansprakelijkheid uit dien hoofde slechts kan worden gebaseerd op kennelijk onbehoorlijk bestuur in de referteperiode van drie jaar voorafgaande aan de mededeling van betalingsonmacht.
- 3.2 Art. 23 Wet Bpf 2000 regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon voor de deelnemingsbijdragen die de rechtspersoon verschuldigd is aan een bedrijfstakpensioenfonds. De regeling houdt kort gezegd het volgende in. De rechtspersoon doet onverwijld nadat is gebleken dat hij niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling aan het bedrijfstakpensioenfonds en verstrekt desverlangd nadere inlichtingen en stukken (lid 2). Indien de rechtspersoon op juiste wijze aan deze verplichting heeft voldaan, is een bestuurder aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling (lid 3). Indien de rechtspersoon niet aan deze verplichting heeft voldaan, wordt vermoed dat het niet betalen van de bijdragen te wijten is aan de bestuurder en dient hij aannemelijk te maken dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan haar in het tweede lid bedoelde verplichting heeft voldaan (lid 4). In dit geding zijn de leden 2 en 3 van belang.
- 3.3 De Hoge Raad heeft in rov. 5.3 van zijn hiervoor in 2.2 vermelde uitspraak geoordeeld dat indien een mededeling van betalingsonmacht op de voet van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 is gedaan, een zodanige mededeling niet opnieuw hoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Dit oordeel berust – blijkens de verwijzing in die uitspraak naar HR 16 maart 2007<sup>3</sup> – op het ervaringsfeit dat betalingsonmacht veelal niet beperkt blijft tot een enkel tijdvak en dat nieuwe mededelingen weinig toevoegen aan de kennis die het bedrijfstakpensioenfonds ontleent aan de eerdere mededeling, alsmede op de ernstige bewijsrechtelijke en financiële gevolgen die voor een bestuurder zijn verbonden aan het feit dat een tijdige en correcte mededeling haar werking verliest.
- 3.4 Met het voorgaande strookt het te aanvaarden dat in een geval waarin een mededeling van betalingsonmacht is gedaan en de betalingsachterstand voortduurt – zodat de rechtspersoon aan zijn mededelingsplicht ingevolge art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 heeft voldaan zonder dat daartoe voor ieder volgend tijdvak wederom mededeling van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan – de in art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000 bedoelde aansprakelijkheid van een bestuurder ook kan berusten op aan die bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden na het

tijdstip van de mededeling.

In zodanig geval wordt de in art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000 genoemde periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling berekend naar het moment waarop een mededeling van betalingsonmacht voor een specifieke bijdrage uiterlijk zou hebben moeten plaatsvinden als de eerdere mededeling van betalingsonmacht niet was gedaan.

3.5 Op het hiervoor in 3.4 overwogene stuit de klacht van onderdeel I.1 af.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.7 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van het bedrijfstakpensioenfonds begroot op € 2.763,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de president G. de Groot als voorzitter, de vicepresident C.A. Streefkerk en de raadsheren M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.J. Kroeze op 21 mei 2021.

---

<sup>1</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3398.

<sup>2</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3268.

<sup>3</sup> HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635.

---

# ECLI:NL:HR:2021:1976

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Datum uitspraak      | 24-12-2021                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Datum publicatie     | 24-12-2021                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Zaaknummer           | 20/01781                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:523, Gevolgd<br>In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2020:2146, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenrecht. Bestuurdersaansprakelijkheid. Art. 23 Wet Bpf 2000. Moet mededeling van betalingsonmacht worden gedaan als bedrijfstakpensioenfonds al op andere wijze op de hoogte is van betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid?                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2021-1630 met annotatie van M.H. Visscher<br>NJB 2022/99<br>INS-Updates.nl 2022-0008 met annotatie van M.H. Visscher<br>PR-Updates.nl PR-2022-0001 met annotatie van M.H. Visscher<br>OR-Updates.nl 2022-0010 met annotatie van M.H. Visscher<br>JAR 2022/37 met annotatie van Huijg, T.<br>RvdW 2022/125<br>NJ 2022/28<br>PJ 2022/7<br>AA20220207 met annotatie van Bartman S.M. Steef<br>JIN 2022/17 met annotatie van Donner-Broersma, W.C.M.<br>RAV 2022/12<br>JOR 2022/110 met annotatie van Tekstra, A.J.<br>JONDR 2022/189 |

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 20/01781

**Datum** 24 december 2021

ARREST

In de zaak van

[eiseres],  
wonende te [geboorteplaats],  
EISERES tot cassatie,  
hierna: [eiseres],  
advocaat: J.W. de Jong,

tegen

STICHTING PENSIOENFONDS ZORG EN WELZIJN,  
gevestigd te Utrecht,  
VERWEERSTER in cassatie,  
hierna: PFZW,  
advocaat: S.F. Sagel.

## **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak 6038530\CV EXPL 17-1983 van de kantonrechter te Almelo van 14 augustus 2018;
- b. de arresten in de zaak 200.249.684 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019 en 10 maart 2020.

[eiseres] heeft tegen het arrest van het hof van 10 maart 2020 beroep in cassatie ingesteld.

PFZW heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor PFZW toegelicht door haar advocaat en mede door E.M.T. Huijzer.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.F. Assink strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van PFZW heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## **2 Uitgangspunten en feiten**

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) PFZW is een bedrijfstakpensioenfonds zoals bedoeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000).
- (ii) [A] B.V. (hierna: [A]), opgericht in 2008, was actief in de thuiszorg en vanaf 1 januari 2010 op grond van de Wet Bpf 2000 verplicht om deel te nemen aan PFZW en daarvoor premie te betalen.
- (iii) [eiseres] (hierna: de bestuurder) was vanaf de oprichting (indirect) bestuurder van [A].
- (iv) In 2012 heeft [A] een achterstand laten ontstaan in het verstrekken van gegevens en het betalen van premie aan PFZW.
- (v) Op 26 oktober 2012 heeft de toenmalige advocaat van [A] aan PFZW een brief gestuurd (hierna: de oktoberbrief) waarin onder andere het volgende stond vermeld:

“uw kenmerk: facturen met nummers 12067045, 12091461

(...)

Clïente heeft in het jaar 2010 haar volledige personeelsadministratie uitbesteed aan een derde, te weten [C] B.V. Zij dacht hiermee een keuze gemaakt te hebben voor kwaliteit en een en ander voor haar personeel op een verantwoorde en juiste wijze te hebben georganiseerd. Dit is helaas

anders gebleken.

Nadat [C] B.V. in december 2010 door de rechtbank in staat van faillissement is verklaard bleek echter dat de door [A] B.V. aan [C] B.V. betaalde bedragen niet aan de juiste instanties waren afgedragen, waaronder de Belastingdienst en pensioenfonds. Het faillissement van [C] B.V. heeft tot gevolg gehad dat [A] B.V. twee maal werd aangeslagen voor diverse kosten, een maal door [C] B.V. en eenmaal door de verschillende instanties waaronder de Belastingdienst en de pensioenverzekeraar. Ook vakantiegeld, vakantiedagen en eindejaarsuitkeringen zijn door [A] B.V. twee maal voldaan.

Als beginnende thuiszorgorganisatie heeft [A] B.V. deze dubbele kosten helaas niet kunnen opvangen. Per 21 oktober 2012 is [A] B.V. aan preferente crediteuren een bedrag van € 439.343,00 verschuldigd en staat er aan onbetwiste concurrente crediteuren een bedrag van € 95.573,85 open.

Uit de administratie blijkt dat u een opeisbare vordering heeft groot € 10.836,67, welke vordering bekend is onder de factuur met nummer 12067045 (maandpremie september 2012).

Een van de aandeelhouders is bereid, onder voorwaarden, een crediteurenakkoord te financieren waarmee aan de schuldeisers een bedrag van 25% van hun vordering voldaan kan worden. Voor u komt dat neer op betaling van een bedrag groot € 2.709,17. Een van de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van externe financiering is het akkoord gaan van de crediteuren met het aangeboden crediteurenakkoord. Na acceptatie van het aangeboden crediteurenakkoord door de crediteuren en de belastingdienst, is [A] B.V. in staat om het u toekomende bedrag binnen 14 dagen te betalen. Daarnaast zijn de toekomstperspectieven zodanig dat [A] B.V. vanaf 1 november 2012 haar lopende verplichtingen binnen de normale geldende betalingstermijnen kan voldoen. Dit wordt ook bevestigd door de accountant.

(...)

Rest mij u te zeggen dat [A] B.V. de gang van zaken in deze bijzonder betreurt en dat zij er het volste vertrouwen in heeft dat na acceptatie van het akkoord [A] B.V. een gezonde toekomst te wachten staat.

[A] B.V. vertrouwt er op de samenwerking met u in de toekomst te kunnen voortzetten!"

(vi) Op 6 november 2012 is PFZW akkoord gegaan met het door [A] aangeboden schuldeisersakkoord.

(vii) Tussen 24 december 2012 en 28 juli 2015 heeft PFZW aan [A] de volgende facturen toegezonden, met de betaling waarvan [A] in gebreke is gebleven:

24 december 2012 € 11.530,46

24 december 2012 € 201.543,97

25 juni 2013 € 76.622,87

28 januari 2014 € 221.816,55

25 maart 2014 € 197.571,53

28 april 2015 € 35.541,17

28 juli 2015 € 207.174,22

(viii) PFZW heeft op 24 december 2015 de bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk gesteld voor de achterstallige pensioenpremies, rente en kosten, kort gezegd op de grond dat de bestuurder niet op de juiste wijze melding heeft gedaan van de betalingsonmacht van [A].

(ix) PFZW heeft een dwangbevel uitgevaardigd voor een totaalbedrag van € 896.154,96, dat op 11 april 2016 aan de bestuurder is betekend.

(x) Op 19 juli 2016 is [A] failliet verklaard.

2.2 De bestuurder is tegen het hiervoor in 2.1 onder (ix) genoemde dwangbevel in verzet gekomen en vordert vernietiging daarvan.

De kantonrechter heeft de vordering van de bestuurder afgewezen.<sup>1</sup>

2.3 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.<sup>2</sup> Het heeft onder meer het volgende overwogen.

Op grond van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 dient de bestuurder onverwijld nadat is gebleken dat de onderneming niet tot premieafdracht in staat is, dat te melden aan het bedrijfstakpensioenfonds. In het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 zijn nadere regels opgenomen waaraan de melding van betalingsonmacht moet voldoen, juist ook om discussie over de vraag of een bepaalde handeling of gedraging al dan niet geldt als een melding van betalingsonmacht te ondervangen. (rov. 3.5)

PFZW stelt zich op het standpunt dat er geen mededeling van betalingsonmacht is gedaan en dat de bestuurder dus aansprakelijk is op grond van art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000. (rov. 3.6)

De bestuurder stelt dat de mededelingsplicht is vervallen, omdat PFZW ruimschoots voor verzending van de oudste factuur op de hoogte was van de grote en structurele liquiditeitstekorten van [A] en dat het voor [A] daarom onmogelijk was om tijdig en geheel de facturen van de pensioenpremies te betalen die PFZW op en na 24 december 2012 zond. Er was regelmatig en intensief overleg met PFZW en PFZW heeft zelfs in de periode oktober/november 2012 zelf een onderzoek verricht in de administratie van [A]. Bovendien bleek uit de oktoberbrief (zie hiervoor in 2.1 onder (v)) van de financiële problemen, aldus de bestuurder. (rov. 3.7)

Het enkele feit dat PFZW op de hoogte was van moeilijke financiële omstandigheden van de vennootschap ontslaat de bestuurder niet van de verplichting om melding te maken van betalingsonmacht. Uit de stellingen van partijen en de overgelegde correspondentie blijkt dat het overleg tussen [A] en PFZW vooral ging over het op juiste wijze aanleveren van de correcte gegevens, die de basis vormden voor de premieheffing. Overleg daarover, en ook over een slechte financiële positie van de onderneming, is iets anders dan de mededeling (en daarmee wetenschap aan de zijde van PFZW) van betalingsonmacht van de vennootschap om aan haar verplichtingen te voldoen. Ditzelfde geldt voor het feit dat (overigens in een veel later stadium) is overlegd over een betalingsregeling. (rov. 3.8)

De oktoberbrief is geen rechtsgeldige mededeling van betalingsonmacht. (rov. 3.9)

Uit die brief had PFZW niet behoeven te begrijpen dat [A] de ongebruikelijk hoge facturen die PFZW daarna zond, niet zou kunnen voldoen. Bij [A] had immers ten tijde van het versturen van die brief redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat er nog een navordering door PFZW zou volgen, gelet op het feit dat PFZW al meermaals te kennen had gegeven dat zij niet over de juiste gegevens beschikte. [A] en haar bestuurder hadden er daarom op bedacht moeten zijn dat PFZW na de betalingsregeling niet zou volstaan met het opleggen van vergelijkbare maandfacturen, terwijl PFZW er ook redelijkerwijs van uit mocht gaan dat [A] daarmee rekening zou houden. (rov. 3.10)

PFZW mocht op grond van de oktoberbrief ervan uitgaan dat [A] na de acceptatie door PFZW van het schuldeisersakkoord weer aan haar lopende verplichtingen kon voldoen. (rov. 3.11)

### **3 Beoordeling van het middel**

3.1 Onderdeel 4.2 van het middel klaagt dat onjuist is het oordeel van het hof (in rov. 3.8, in samenhang met rov. 3.9 en 3.10) over de wetenschap die een pensioenfonds moet hebben en waarbij een uitdrukkelijke melding van betalingsonmacht niet meer kan worden gevegd, althans dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de stellingen van de bestuurder.

Onderdeel 4.6 klaagt dat het oordeel van het hof (in rov. 3.9 en 3.10) dat PFZW niet hoefde te begrijpen dat [A] niet tevens in staat zou zijn om de navorderingen van PFZW te voldoen, ontoereikend is gemotiveerd. Niet is in te zien dat in de oktoberbrief met de "lopende verplichtingen" ook werd bedoeld op (bedragen in de orde van grootte van) de factuur van 24



december 2012 van € 201.543,97, aldus de klacht.

Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.2.1 Art. 23 Wet Bpf 2000 regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon voor de deelnemingsbijdragen die de rechtspersoon verschuldigd is aan een bedrijfstakpensioenfonds. De regeling houdt kort gezegd het volgende in. De rechtspersoon doet onverwijld nadat is gebleken dat hij niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling (hierna: de melding van betalingsonmacht) aan het bedrijfstakpensioenfonds en verstrekt desverlangd nadere inlichtingen en stukken (lid 2). Indien de rechtspersoon op juiste wijze aan deze verplichting heeft voldaan, is een bestuurder aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling (lid 3). Indien de rechtspersoon niet aan deze verplichting heeft voldaan, wordt vermoed dat het niet betalen van de bijdragen te wijten is aan de bestuurder en dient hij aannemelijk te maken dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan zijn in het tweede lid bedoelde verplichting heeft voldaan (lid 4).<sup>3</sup>

Art. 2 leden 1 en 2 Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (hierna: Besluit meldingsregeling) bepaalt, kort gezegd, dat de melding van betalingsonmacht schriftelijk wordt gedaan uiterlijk veertien kalenderdagen nadat de betaling aan het bedrijfstakpensioenfonds had moeten zijn gedaan. Art. 2 lid 3 Besluit meldingsregeling bepaalt dat bij de melding van betalingsonmacht inzicht wordt gegeven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de bijdrage niet kan worden betaald.

3.2.2 De melding van betalingsonmacht strekt ertoe te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds vroegtijdig op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon zich bevindt, zodat het – eventueel met gebruikmaking van de mogelijkheid om op de voet van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 nadere inlichtingen of stukken te vragen – in staat is zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen.<sup>4</sup>

De meldingsregeling voorziet in een gefaseerde melding van de betalingsonmacht. In de toelichting op art. 2 Besluit meldingsregeling is daarover onder meer het volgende opgemerkt:<sup>5</sup>

#### *"2. De inhoud van de meldingsregeling*

Bij de meldingsregeling is er sprake van een gefaseerde melding van de betalingsonmacht. In de eerste fase hoeft de rechtspersoon slechts schriftelijk mededeling te doen van de betalingsonmacht (artikel 23, tweede lid, Wet Bpf 2000 en artikel 2, eerste lid, van dit besluit). Bij die mededeling wordt inzicht gegeven in de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid (artikel 2, derde lid, van dit besluit).

Aan de hand van de in de eerste fase verstrekte informatie zal het bedrijfstakpensioenfonds moeten beoordelen of er nog meer informatie nodig is. Op grond van artikel 23, tweede lid, van de Wet Bpf 2000 kan het fonds om nadere inlichtingen en stukken vragen.

(...)

(...) Het eerste en tweede lid bevatten de uitwerking van de eerste fase van de meldingsregeling. Om het bedrijfstakpensioenfonds in staat te stellen adequaat te reageren op de mededeling van de rechtspersoon dat [deze] niet tot betalen in staat is, is het noodzakelijk dat de primaire mededeling meer omvat dan de vermelding van het enkele feit dat niet kan worden betaald. Voorkomen moet echter worden dat een overmatige hoeveelheid gegevens wordt verstrekt. Daarom is in het derde lid bepaald dat bij de mededeling inzicht wordt gegeven in de omstandigheden die er toe hebben geleid dat de

bijdrage niet kan worden betaald. Hierdoor wordt enerzijds voorkomen dat met een vrij algemene omschrijving als "liquiditeitsproblemen" zou kunnen worden volstaan. Anderzijds leidt deze formulering er toe dat in deze fase geen uiterst gedetailleerde informatie wordt geleverd. Het gaat er om het bedrijfstakpensioenfonds in staat te stellen zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht, niet alleen ter zake van de betrokken schuld, maar meer in het algemeen."

3.2.3 Uit hetgeen hiervoor in 3.2.2 is overwogen volgt dat de melding van betalingsonmacht moet inhouden dat niet kan worden betaald, en inzicht moet geven in de omstandigheden die daartoe hebben geleid. De verstrekte informatie moet zodanig zijn dat het bedrijfstakpensioenfonds in staat is om zich op basis daarvan een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Vervolgens is het aan het bedrijfstakpensioenfonds om te beoordelen of nog meer informatie nodig is.

3.2.4 Het strookt met de hiervoor in 3.2.2-3.2.3 genoemde strekking van de melding van betalingsonmacht om aan te nemen dat een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven indien het bedrijfstakpensioenfonds tijdig op andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid, en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen.

3.2.5 Indien tijdig een melding van betalingsonmacht is gedaan dan wel bij het bedrijfstakpensioenfonds de wetenschap aanwezig is als hiervoor in 3.2.4 bedoeld, behoeft ook voor volgende tijdvakken geen melding van betalingsonmacht te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de rechtspersoon na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.<sup>6</sup>

3.3 Het oordeel van het hof in rov. 3.8 komt erop neer dat de bij PFZW aanwezige wetenschap omtrent de moeilijke financiële omstandigheden van [A], niet eraan in de weg stond dat [A] een melding van betalingsonmacht moest doen. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het berust op een miskennis van hetgeen hiervoor in 3.2.4 is overwogen. Indien het hof dat niet heeft miskend, is het bedoelde oordeel zonder nadere toelichting niet begrijpelijk in het licht van de door de bestuurder aangevoerde omstandigheden dat:

(i) [A] vanaf april 2012 met PFZW heeft gecorrespondeerd en overlegd over haar financiële situatie, haar betalingsmoeilijkheden, de aanvraag van haar faillissement in 2012 en de oorzaak van de problemen, te weten het faillissement van het bedrijf waaraan [A] haar personeelsadministratie had uitbesteed ([C] B.V.);

(ii) de advocaat van [A] in de oktoberbrief aan PFZW heeft geschreven dat het faillissement van [C] B.V. tot gevolg had dat [A] tweemaal werd aangeslagen voor diverse kosten (waaronder de pensioenpremies) en dat [A] als beginnende thuiszorgorganisatie die dubbele lasten niet kon dragen, en dat daarbij inzicht is gegeven in de schuldenlast van ruim € 530.000,-- en een regeling is voorgesteld op basis van beperkte externe financiering;

(iii) PFZW in oktober en november 2012 boekenonderzoek heeft gedaan in de administratie van [A], daarmee kennis heeft verkregen over de financiële situatie van [A] en toen ook heeft vastgesteld dat het een veel grotere vordering zou hebben dan tot dat moment was gefactureerd;

(iv) PFZW vanaf december 2012, waaronder op 24 december 2012, veel hogere nota's heeft gestuurd dan gewoonlijk;

(v) PFZW bleek dat deze facturen niet in één keer werden voldaan en dat als gevolg daarvan het

openstaande bedrag opliep;

(vi) ook in de jaren na 2012 voortdurend en regelmatig intensief overleg plaatshad tussen PFZW en [A], waarbij de vanaf december 2012 oplopende premiebetalingsachterstand een terugkerend thema was en werd gesproken over een betalingsregeling, maar PFZW een maandelijkse aflossing (€ 150.000,--) verlangde die vijftienmaal hoger was dan het bedrag dat [A] kon betalen en aanbod te betalen;

(vii) de hoogte van de schuld van [A] aan PFZW al die tijd niet vaststond.

In het licht van deze omstandigheden is evenmin begrijpelijk het oordeel van het hof dat PFZW de oktoberbrief redelijkerwijs niet zo hoefde te begrijpen dat [A] (tevens) niet in staat zou zijn om aan PFZW de bedragen te voldoen die zij verschuldigd zou worden uit hoofde van de navorderingen.

De hiervoor in 3.1 weergegeven klachten slagen dus.

3.4 Onderdeel 4.7 bouwt voort op de onderdelen 4.2 en 4.6 en slaagt daarom eveneens.

3.5 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 maart 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt PFZW in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 182,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien PFZW deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren C.E. du Perron, als voorzitter, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer H.M. Wattendorff op 24 december 2021.

---

<sup>1</sup> Rechtbank Overijssel 14 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:5155.

<sup>2</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2146.

<sup>3</sup> HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754, rov. 3.2.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 20.

<sup>5</sup> Stb. 2000, 631, p. 3-5.

<sup>6</sup> Vgl. HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754, rov. 3.3; HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019, rov. 5.3.

---

# ECLI:NL:HR:2022:136

|                      |                                                                         |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                               |
| Datum uitspraak      | 04-02-2022                                                              |
| Datum publicatie     | 04-02-2022                                                              |
| Zaaknummer           | 21/02186                                                                |
| Rechtsgebieden       | Belastingrecht                                                          |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie<br>Artikel 80a RO-zaken                                        |
| Inhoudsindicatie     | HR verklaart het beroep in cassatie n-o met toepassing van art. 80a RO. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>PR-Updates.nl PR-2022-0028                            |

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

BELASTINGKAMER

**Nummer** 21/02186

**Datum** 4 februari 2022

ARREST

in de zaak van

[X] te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN,  
vertegenwoordigd door [P] ,

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 5 maart 2021, nr. SGR 20/4909 V, op het verzet van belanghebbende tegen de uitspraak van de Rechtbank van 26 oktober 2020.

### **1 Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep in cassatie**

De Hoge Raad heeft de klachten over de uitspraak van de Rechtbank op het verzet beoordeeld. De procureur-generaal bij de Hoge Raad heeft de gelegenheid gekregen een advies uit te brengen.

De Hoge Raad is tot het oordeel gekomen dat het cassatieberoep duidelijk niet kan slagen. Hij zal daarom gebruikmaken van de mogelijkheid om het beroep zonder verdere motivering niet-ontvankelijk te verklaren (zie artikel 80a van de Wet op de rechterlijke organisatie).

### **2 Proceskosten**

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

### **3 Beslissing**

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie nietontvankelijk.

Dit arrest is gewezen door de vice-president M.E. van Hilten als voorzitter, en de raadsheren E.N. Punt en J.A.R. van Eijdsen, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 4 februari 2022.

**Serie Pensioenactualiteiten Nr. 103**

**Jim Kaldenberg**

- A-G 24 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:617 (AFM).
- Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2342 (DSV c.s./Werknemers).
- Rb. Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7027 (Eiser/Tappan B.V.).
- Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6832 (Appellant/Telder Bouw & Industrie).
- Rb. Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948 (X/Onderlinge 's-Gravenhage).
- Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3722 (X/Air Liquide Welding).

# ECLI:NL:PHR:2022:617

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Parket bij de Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Datum conclusie      | 24-06-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Datum publicatie     | 05-08-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Zaaknummer           | 21/00370                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Rechtsgebieden       | Arbeidsrecht<br>Burgerlijk procesrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Bijzondere kenmerken | -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenrecht. Procesrecht. Art. 19 Pw/art. 7:613 BW en art. 20 Pw.<br>Wijzigingsbeding in arbeidsovereenkomst en (t.b.v. werkgever) in<br>pensioenreglement. Wijziging van onvoorwaardelijke toeslag voor deelnemers.<br>Financieringsafspraken in uitvoeringsovereenkomst. Zwaarwichtig belang. HR 29<br>november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, NJ 2021/84 (Fair Play I). Art. 23 Rv.<br>Art. 843a Rv. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |

## Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

**Nummer** 21/00370

**Zitting** 24 juni 2022

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurse

In de zaak

Stichting Autoriteit Financiële Markten  
("AFM")

adv. F.E. Vermeulen en B.F.L.M. Schim

tegen

1. [verweerder 1]

2. [verweerder 2]

3. [verweerder 3]

(samen: "[verweerders]" )

adv. H.J.W. Alt

Deze zaak – en de parallelle zaak 21/00366 – gaat in de kern over wijzigingen in de pensioenovereenkomst tussen AFM en haar werknemers. Een aantal werknemers verzet zich tegen die wijzigingen. Het hof oordeelde dat een deel van de pensioenregeling eenzijdig kon worden gewijzigd door AFM, maar een ander deel niet. Hoewel de uitkomst in materiële zin op het belangrijkste punt van het niet kunnen wijzigen waar sprake is van opgebouwde pensioenrechten in de vorm van *onvoorwaardelijke toeslag voor deelnemers* in verband met art. 20 Pensioenwet (hierna: Pw) juist voorkomt en het ook dienstig is dat te benadrukken voor het vervolg van deze zaak (en andere zaken, omdat deze problematiek een duidelijk zaakoverschrijdend karakter heeft en men in pensioenland uitkijkt naar een Hoge Raad oordeel hierover<sup>1</sup>), treft een aantal klachten in het principale en incidentele cassatieberoep in mijn analyse (niettemin) doel. Dit betreft in het principale beroep onderdelen 1.2, 1.3, 2.3, 2.4.1, 2.7 en 3.3 (par. 4 van deze conclusie). In het incidentele beroep slagen de onvoorwaardelijke onderdelen 2.1-Ig en h, 2.2-IIb t/m e en in zoverre de voortbouwklacht uit 2.3 voor zover deze zien op de in rov. 3.14 en het dictum afgewezen incidentele inzage (par. 3) en verder de klachten uit onderdeel 2.0 en delen van onderdeel 2.2-Id en in zoverre de voortbouwklacht in onderdeel 2.3 (par. 5).

AFM komt in het principale cassatieberoep met drie onderdelen op tegen het arrest. Het eerste onderdeel bevat klachten gericht tegen het oordeel dat AFM een aantal afspraken niet kon wijzigen gelet op art. 20 Pw. In mijn ogen kon AFM de *onvoorwaardelijke* toeslag voor deelnemers niet wijzigen, maar de klacht over het oordeel over de *voorwaardelijke* toeslag voor gewezen deelnemers en gepensioneerden slaagt wel. Het tweede onderdeel komt erop neer dat het hof in rov. 3.8 t/m 3.11 niet kon oordelen dat vier wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst niet ten opzichte van [verweerders] als deelnemers konden worden doorgevoerd. Ik meen dat een deel van de klachten in dit onderdeel slaagt, samengevat omdat art. 20 Pw niet de wijziging van *financieringsafspraken in de uitvoeringsovereenkomst* belet. Met het derde onderdeel richt AFM zich op het dictum, waarin het hof volgens AFM niet de delen kon uitspreken die betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst. Daarmee lijkt het hof inderdaad in strijd met art. 23 Rv buiten het petitum van [verweerders] te zijn getreden.

[verweerders] hebben (grotendeels onvoorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het betreft in de eerste plaats slagende klachten dat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden bij het oordeel over het wijzigingsbeding in het pensioenreglement. Na aanvankelijke aarzeling kom ik tot verwerping van de klachten over het oordeel dat AFM een beroep kan doen op het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ondanks het toegespitste wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst. Wel slagen onvoorwaardelijk voorgestelde klachten over het summiere oordeel van het hof over de incidentele inzagevordering ex art. 843a Rv.

Ook de andere incidentele klachten zijn deels terecht voorgesteld: door de individuele belangen van [verweerders] niet mede bepalend te laten zijn voor de vraag hoe gewichtig het belang van AFM bij wijziging van de pensioenovereenkomst was, is de rechtspraak uit het *Fair Play I*-arrest<sup>2</sup> uit 2019 miskend.

## 1. Feiten<sup>3</sup>

1.1 AFM houdt als gedragstoezichthouder toezicht op de financiële markten: sparen, beleggen, verzekeren en lenen.

1.2 [verweerders] zijn op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam voor AFM, in de functie van senior toezichthouder. [verweerder 1] , geboren [geboortedatum] 1967, is in dienst sinds 1 september 2006, [verweerder 2] , geboren [geboortedatum] 1982, is in dienst sinds 1 maart 2013 en



[verweerder 3] , geboren op [geboortedatum] 1972, is in dienst sinds 15 maart 2013.

1.3 In art. 4 van de arbeidsovereenkomst van [verweerders] is bepaald dat [verweerders] deelnemen aan de collectieve pensioenregeling. De voorwaarden van deze regeling zijn opgenomen in het Pensioenreglement, dat onderdeel uitmaakt van de Personeelsgids (hierna: de pensioenregeling).

1.4 In art. 8 van de arbeidsovereenkomst van [verweerders] is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

“1. De Werknemer heeft kennis genomen van het bepaalde in de Personeelsgids en verklaart daarmee akkoord te gaan. De inhoud van de Personeelsgids wordt geacht onderdeel van deze arbeidsovereenkomst uit te maken.”

1.5 In art. 10 van de arbeidsovereenkomst van [verweerders] is het volgende bepaald:

“1. De Werkgever kan één of meer artikelen van deze arbeidsovereenkomst eenzijdig wijzigen, indien hij daarbij een zwaarwichtig belang heeft.

2. (...).

3. De Werknemer aanvaardt dat de voorwaarden respectievelijk regelingen genoemd in artikel 8 van deze overeenkomst van tijd tot tijd kunnen wijzigen, in welk geval de gewijzigde voorwaarden van toepassing zullen zijn.”

1.6 In art. 25 van de pensioenregeling, zoals die gold tot 1 januari 2016 (hierna Pensioenregeling 2014), is het volgende wijzigingsbeding opgenomen:

“1. Indien in de toekomst de bestaande sociale wetten worden gewijzigd of andere maatregelen met betrekking tot ouderdomspensioen, partnerpensioen en wezenpensioen worden ingevoerd, heeft de werkgever zich het recht voorbehouden om, indien en voor zover dat door de wet wordt afgedwongen, de pensioenregeling aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden.

2. Indien uit de wijziging van de pensioenregeling als bedoeld in het eerste lid een vermindering van de pensioenaanspraken voortvloeit, dan zal deze niet meer bedragen dan het bedrag voortvloeiende uit de nieuwe wettelijke voorziening dan wel het bedrag waarmee een reeds bestaande wettelijke voorziening wordt verhoogd, met dien verstande dat deze vermindering slechts dan op de opgebouwde pensioenaanspraken betrekking mag hebben indien en voor zover de nieuwe wettelijke voorziening daarop betrekking heeft en de Pw vermindering van aanspraken toelaat. Opgebouwde pensioenaanspraken worden niet verminderd tenzij dat door de wet wordt afgedwongen. Daarnaast kunnen verminderingen wel plaatsvinden indien de financiële toestand van de stichting daartoe dwingt.

3. Ingeval van een vermindering van aanspraken als bedoeld in lid 2, zullen de hiervoor eventueel geldende wettelijke beperkingen en voorwaarden in acht worden genomen. De vermindering moet plaatsvinden binnen een jaar na de datum van invoeren of verhoging van de wettelijke voorziening.

4. Aan de deelnemers wordt opgave gedaan van de gewijzigde pensioenbedragen. Aanspraken op pensioen, verkregen door eigen bijdragen van deelnemers, zijn onaantastbaar.

5. Wanneer de werkgever het voornemen heeft gebruik te maken van het recht om de premiebetaling te verminderen of te beëindigen in geval van ingrijpende wijziging van omstandigheden zoals bepaald in artikel 12 Pw, deelt hij dit onverwijld schriftelijk mee aan het bestuur en aan degenen wier aanspraak op pensioen of recht op pensioen daardoor wordt getroffen. Het bestuur past dit reglement vervolgens aan aan de gewijzigde omstandigheden. De opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten kunnen in dat geval uit hoofde van de omstandigheid zoals beschreven in dit lid niet worden gewijzigd.”

1.7 Van april 2015 tot en met december 2015 heeft het bestuur van AFM met de ondernemingsraad (OR) en de pensioencommissie van de OR overlegd over de voorgenomen wijziging van de arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder de pensioenregeling.

1.8 Met een e-mail van 30 april 2015 heeft de Projectleider Herijking Arbeidsvoorwaarden AFM aan de

pensioencommissie van de OR een memo gestuurd met als titel "Pensioenlasten in relatie tot begroting". Daarin wordt de noodzaak tot het herzien van de pensioenafspraken vanuit het begrotingsperspectief uitgelegd.

1.9 Met een memo van 15 juni 2015 heeft de OR van AFM het eerste voorstel Herijking arbeidsvoorwaarden per 1 januari 2016 ontvangen. Over de vernieuwing van de pensioenregeling heeft AFM onder meer het volgende geschreven:

"Vernieuwing van de pensioenregeling heeft vooral prioriteit in verband met de acute financieringsproblematiek en de onbeheersbaarheid van de kosten van de pensioenregeling. Autonome effecten zoals de ontwikkeling van de rente of nieuwe sterftetafels leiden binnen de huidige pensioenregeling en financieringsafspraken tot een zeer ongewenste volatiliteit in de begroting. Daarnaast vormt de marktconformiteit van de huidige regeling aanleiding om de pensioenregeling te vernieuwen. (...) Vanuit de bijzondere positie van de AFM als toezichthouder is een marktconforme pensioenregeling en premie belangrijk. (...) De huidige regeling loopt daardoor steeds meer uit de pas en wordt steeds minder marktconform. Voor de AFM is daarenboven vooral de huidige kostenvolatiliteit van de pensioenpremie en het effect daarvan op de begroting zeer ongewenst. De huidige regeling wordt gefinancierd door middel van een zuiver kostendekkende premie. Deze is sterk afhankelijk van externe invloeden. Daarnaast komen de kosten van de aanvullende opslagen ter verbetering van de dekkingsgraad van het pensioenfonds en de effecten van aanpassingen in de overlevingstafels volledig voor rekening van de AFM. Samengevat liggen de meeste risico's ten aanzien van de financiering van de regeling op dit moment bij de werkgever. De huidige praktijk bij andere organisaties is dat deze risico's voor een groot deel komen te liggen bij de werknemer."

1.10 Towers Watson (hierna TW) heeft, na kennisneming van de voorstellen van AFM en een Asset Liability Management studie (ALM) van Mercer van 2 juli 2015, op 20 juli 2015 aan de OR geadviseerd over de vraag of (1) de voorgestelde pensioenregeling marktconform is en (2) of de door de werkgever voorgestelde compensatie redelijk is. Aan de hand van de kenmerken van de regeling heeft TW vastgesteld dat de nieuwe pensioenregeling marktconform is, met uitzondering van het voorgestelde nabestaandenpensioen op risicobasis en met de kanttekening dat de voorgestelde werknemersbijdrage (6% van het gemaximeerde pensioensalaris) aan de hoge kant lijkt. Voor de gemiddelde AFM-werknemer van 40 jaar met een salaris van € 70.000,- zouden de kosten voor de pensioenregeling dalen van 33,3% van het salaris in 2015 naar 23,4% van het salaris in 2016. Van die daling van 9,9% zou 2% zijn toe te rekenen aan de overgang van opbouw nabestaandenpensioen naar risico nabestaandenpensioen. De resterende 7,9% is toe te rekenen aan de lagere indexatieverwachting. Daarbij speelt een belangrijke rol wat het effect zal zijn op de reeds opgebouwde pensioenaanspraken.

1.11 Met een memo van 8 september 2015 heeft de OR van AFM een aanvulling ontvangen op het op 14 augustus (niet voor de pensioenregeling) aangepaste voorstel Herijking arbeidsvoorwaarden per 1 januari 2016. Over de vernieuwing van de pensioenregeling heeft AFM onder meer het volgende geschreven:

"Het is voor de AFM van groot belang dat de pensioenregeling wordt vernieuwd in verband met:

- Bestuurbaar en beheersbaar maken van de oplopende kosten voor pensioen door een vaste pensioenpremie vanaf 1-1-2016;
- Beëindigen van boven marktconforme elementen zoals onvoorwaardelijke indexatie en herstelopslag ten behoeve van de externe uitlegbaarheid [met verwijzing naar de brief van het Ministerie van Financiën van 27 augustus 2015 over financiering van pensioenen, zie hierna 1.12, A-G];
- Voorkomen van een overschrijding van de begroting 2015 als gevolg van de hogere voorziening herstelopslag door het nFTK [nieuwe Financiële Toezicht Kader, A-G] bij ongewijzigd beleid.

Het bestuur is van mening dat de voorgenomen nieuwe regeling marktconform is, qua systematiek en hoogte pensioenpremie; dit wordt door externe deskundigen bevestigd. Voor de individuele medewerker houdt het voorstel tot vernieuwing van de pensioenregeling een substantiële versobering in ten opzichte van zijn huidige pensioenregeling en resultaat.(...) De huidige financiële

positie van het PFAFM, de nieuwe UFR [Ultimate Forward Rate, A-G] en de strengere rekenregels (nFTK) zorgen ervoor dat overgang van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie [voor deelnemers, A-G] aanzienlijk is. In een 15-jaars periode daalt het indexatieperspectief van 2% in de huidige naar 0,5% in voorgestelde regeling.”

1.12 In een brief van het Ministerie van Financiën van 27 augustus 2015 aan de voorzitter van AFM, inzake Financiering pensioenen AFM, staat onder meer het volgende geschreven:

“Op 26 juni 2015 spraken wij elkaar over de kostenbeheersing en financiering van de arbeidsvoorwaarden en in het bijzonder de pensioenregeling van de AFM. Tevens is gesproken over de verdere professionalisering van de AFM. Daarbij kwam aan de orde dat de uitgaven van de AFM voor de pensioenregeling dit jaar wederom hoger zijn dan begroot. Gezamenlijk is geconcludeerd is dat u dit jaar de hogere uitgaven zelf binnen uw begroting zult dekken maar dat voor opvolgende begrotingen een dergelijke overschrijding niet meer acceptabel is. In het verleden is al vaker sprake geweest van hogere uitgaven aan pensioenverplichtingen dan was begroot. Dit heeft onder meer geleid tot de brieven van de minister van 23 maart 2011 en 26 maart 2013 (bijlage). Daarin is aan de orde gekomen dat de AFM er bij de invulling van secundaire arbeidsvoorwaarden rekening mee moet houden dat zij wordt gefinancierd door de sector. Daarnaast vervult de AFM een publieke taak. Bovengemiddeld gunstige voorwaarden zijn in dat licht niet op zijn plaats. Na de laatste brief heeft op 31 oktober 2014 nog een gesprek over aanpassing van de pensioenregeling plaatsgevonden met de heer Korte, en is het onderwerp in het voorjaarsoverleg van 2 maart 2015 aan de orde gekomen. Het belang en de urgentie van versoering is daarbij telkens door Financiën benadrukt. In het licht van deze contacten is het niet langer acceptabel dat zich in de toekomst tekorten voordoen vanwege de arbeidsvoorwaarden en pensioenverplichtingen in het bijzonder. De AFM heeft inmiddels een aantal stappen gezet om tot versoering van de arbeidsvoorwaarden, inclusief de pensioenvoorwaarden te komen. Tot op heden zijn er echter onvoldoende concrete resultaten. Voor de beoordeling van de begroting van 2016 is noodzakelijk dat duidelijk wordt welke versoeringen zullen worden doorgevoerd, op welke termijn en welke besparingen dat zal opleveren. Dit is een harde voorwaarde om de begroting voor 2016 te kunnen goedkeuren.”

1.13 Bij brief van 25 november 2015, met als bijlage II “Overzicht Herijking arbeidsvoorwaarden per 1 januari 2016 incl. detailuitwerking versie 16-11-2015”, heeft het bestuur van AFM aan de OR een voorgenomen besluit met instemmingsverzoek voorgelegd. De voorgenomen wijzigingen in de pensioenregeling houden het volgende in:

## **“7. Pensioenregeling systematiek**

- Huidig beleid

DB middelloon

Opbouwpercentage 1,875%

Franchise € 12.642

Actuariële premie ongedempt vermeerderd met opslag indexatie, solvabiliteit herstelopslag en uitvoeringskosten

- Argumentatie

Vernieuwing van de pensioenregeling is voor de AFM noodzakelijk in verband met de acute financieringsproblematiek en de toekomstige beheersbaarheid van de kostenontwikkeling van de pensioenregeling. Autonome effecten zoals de ontwikkeling van de rente of nieuwe sterftetafels leiden binnen de huidige pensioenregeling en financieringsafspraken tot een ongewenste volatiliteit in de begroting. Daarnaast is de regeling niet meer marktconform.

- Wijziging

De nieuwe pensioenregeling wordt per 1-1-2016 gebaseerd op het CDC principe (Collective Defined Contribution).

Werkgever en medewerker spreken gezamenlijk een vast (of maximum) premieniveau af, uitgedrukt in een percentage van de salarissom: vaste pensioenpremie van 25% van de ongemaximeerde loonsom. Deze premie wordt in het pensioenfonds gestort.

Het pensioenfonds berekent jaarlijks de kostendekkende premie. Indien de vaste premie hoger is dan de kostendekkende premie, wordt de geambieerde opbouw uit de pensioenregeling ingekocht. Een eventueel overschot wordt aangewend voor beperking / voorkoming korting jaaropbouw, korting pensioenaanspraken (actieven en gewezen deelnemers) en indexatie van de actieven.

Berekening kostendekkende premie: gedempte premie op basis van reëel verwacht rendement.

Indien de kostendekkende premie hoger is dan de overeengekomen vaste premie, dan wordt de geambieerde pensioenopbouw in dat betreffende jaar zodanig verlaagd dat de kostendekkende premie gelijk is aan de overeengekomen vaste premie.

## **8. Werknemersbijdrage**

- Huidig beleid

In 2015 betaalt de medewerker een eigen bijdrage van maximaal 5% van de ongemaximeerde loonsom. De AFM betaalt alle overige kosten.

- Wijziging

In de nieuwe regeling wordt de eigen bijdrage verhoogd naar 6% van de gemaximeerde loonsom gedurende 2016 tot en met 2020.

Vanaf 2021 stapsgewijs (lineair) in 5 jaar naar verhouding 30-70 werknemers-werkgeverspremie van de kostendekkende premie.

- Compensatie-overgangsregeling

Gedurende de eerste 5 jaar bedraagt de eigen bijdrage voor de medewerker in dienst op 31-12-2015 5% van de gemaximeerde loonsom tot 2021.

## **9. Indexatie**

- Huidig beleid

Onvoorwaardelijke indexatie voor actieven (100% loonindex).

- Wijziging

In de CDC-systematiek wordt de indexatie voorwaardelijk voor actieven en o.b.v. loonindex.

- Compensatie - overgangsregeling

Voor de medewerker in dienst op 31-12-2015 wordt het huidig indexatiebeleid gecontinueerd (onvoorwaardelijk) tot een maximum van 1,5% loonindexatie per jaar gedurende de periode van 2016 tot en met 2025.

## **11. Herstelopslag**

- Huidige beleid

Onderdeel van de huidige financieringsafspraken is een herstelopslag van 10% op de premie ten behoeve van een verdere verbetering van de dekkingsgraad tot het niveau van het vereist eigen vermogen wordt bereikt. Dit zou onder het oude FTK in 2017 het geval zijn.

- Wijziging

Herstelopslag wordt per 1-1-2016 niet meer opgenomen in de financieringsafspraken. De vrijval van de (resterende) voorziening komt ter beschikking aan PFAFM in de vorm van een eenmalige afstorting. (Bestuur/OR: afspraak maken over afstorting).

## 12. Inrichting premie-indexatiedepot

- Nieuw

Bestuur/OR: inrichting en voorwaarden depot inzet bespreking OR en bestuur

## 13. Evaluatie

- Wijziging

Parameters pensioenregeling staan 5 jaar vast. Bestuur en OR evalueren de financieringsafspraken na 5 jaar met inachtneming van de compensatie-overgangsregeling voor medewerkers in dienst op 31-12-2015 m.b.t. de onvoorwaardelijke indexatiegarantie (zie verder onder punt 9).

## 14. Uitvoeringskosten

- Wijziging

De uitvoeringskosten komen tot een maximum van 700K jaarlijks ten laste van de vaste premie. Eventuele meerkosten komen voor rekening van de werkgever. De maximum hoogte van de uitvoeringskosten wordt jaarlijks geïndexeerd o.b.v. prijsindexatie."

1.14 Op 18 december 2015 hebben het bestuur van AFM en de OR een pensioenakkoord ondertekend. De afspraken uit dit pensioenakkoord treden in de plaats van de afspraken die zijn vastgelegd in het Pensioenreglement 2014 en zullen op zo kort mogelijke termijn nader worden uitgewerkt en vastgelegd in een "Pensioenovereenkomst".

1.15 Bij brief van 21 december 2015 heeft de OR ingestemd met de verzochte wijziging in de arbeidsvoorwaarden in de pensioenregeling. Voor zover van belang staat in de brief van de OR het volgende vermeld:

"(...) De OR benadrukt dat hij instemt op basis van de informatie die hij op collectief niveau heeft verkregen. De OR sluit niet uit - al heeft hij daar ook verder geen nadere informatie over - dat de nu gemaakte collectieve afspraken in bepaalde individuele gevallen onevenredig nadelig voor een individuele werknemer uitwerken. De OR gaat ervan uit dat indien zich dergelijke individuele gevallen voordoen, de AFM zich constructief zal opstellen en zal pogen om in goed onderling overleg tot een oplossing te komen die recht doet aan de specifieke individuele situatie van de betreffende werknemer. (...)

De OR stelt als ontbindende voorwaarde aan de instemming dat de bezwaartermijn voor de individuele medewerkers minimaal 5 weken bedraagt, gerekend vanaf de dagtekening van de individuele wijzigingsbrief die de medewerkers van de AFM gaan ontvangen. (...)

Een tweede voorwaarde aan de instemming is dat medewerkers ruim voor het aflopen van de bezwaartermijn op individueel niveau inzicht kunnen krijgen in de gevolgen van de wijziging van de pensioenregeling. (...)"

1.16 In de wijzigingsbrief van 22 december 2015 van AFM die aan de werknemers is gestuurd, onder wie [verweerders], waarbij als bijlage is gevoegd het in 1.13 genoemde "Overzicht herijking arbeidsvoorwaarden per 1 januari 2016 incl. detailuitwerking versie 16-11-2015", staat onder meer het volgende vermeld:

"Pensioenregeling per 1-1-2016

Vernieuwing van de pensioenregeling had vooral prioriteit in verband met de acute financieringsproblematiek en de onbeheersbaarheid van de kosten van de pensioenregeling. Autonome effecten zoals de ontwikkeling van de rente of nieuwe sterftetafels leiden binnen de huidige pensioenregeling en financieringsafspraken tot een zeer ongewenste volatiliteit in de

begroting. Daarnaast vormde de marktconformiteit van de huidige regeling aanleiding om de pensioenregeling te vernieuwen.”

In de brief is verder een samenvatting van de wijzigingen opgesomd.

- 1.17 Per 1 januari 2016 is de pensioenovereenkomst gewijzigd. AFM heeft met het pensioenfonds ter uitvoering van die nieuwe pensioenovereenkomst een Uitvoeringsovereenkomst 2016 gesloten. Samen worden die overeenkomsten hierna aangeduid als pensioenregeling, al dan niet met de toevoeging 2016.
- 1.18 [verweerders] hebben individueel bij de bezwaarcommissie bezwaar gemaakt tegen de wijziging van de pensioenregeling.
- 1.19 Bij brief van 17 juni 2017 heeft de bezwaarcommissie geoordeeld dat geen sprake is van wijzigingen die in de specifieke situatie van [verweerders] zodanig onredelijk of onbillijk zijn dat op basis daarvan (onderdelen van) de pensioenregeling 2014 in stand zou moeten blijven, dan wel een andere compensatie overgangsmaatregel zou moeten worden getroffen.

## **2. Procesverloop<sup>4</sup>**

- 2.1 [verweerders] hebben in eerste aanleg gevorderd AFM te veroordelen tot (i) ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling conform het Pensioenreglement 2014, op straffe van verbeurte van een dwangsom; (ii) betaling van de verschuldigde bedragen conform het Pensioenreglement 2014 die nodig zijn om de achterstand in het pensioen van [verweerders] ongedaan te maken; (iii) betaling aan [verweerders] van de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW en de wettelijke rente over de nog te betalen (achterstallige) pensioenpremie; (iv) betaling aan [verweerders] van de buitengerechtelijke incassokosten en de proceskosten. AFM heeft verweer gevoerd.
- 2.2 De kantonrechter heeft de vorderingen van [verweerders] afgewezen en hen in de proceskosten veroordeeld. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft AFM een zwaarwichtig belang om tot wijziging van de pensioenregeling te komen. De door [verweerders] gestelde onredelijke uitkomst van de financiële opzet voor hen levert naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende grond op om vast te stellen dat het zwaarwichtige belang van AFM bij wijziging van de pensioenregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken voor het belang van [verweerders] bij ongewijzigde voortzetting van de regeling. De kantonrechter heeft in dat verband onder andere het volgende overwogen. De met de wijziging van de arbeidsvoorwaarden en de pensioenregeling te bereiken kostenbesparing was gegeven de te verwachten weigering van de minister van Financiën om de begroting van AFM voor 2016 goed te keuren noodzakelijk voor het voortbestaan van AFM. Er is voldoende gebleken dat minder bezwarende maatregelen ontoereikend zijn om de noodzakelijke kostenbesparing te bereiken. Dat het belang van [verweerders] door de wijziging van de pensioenregeling wordt geschaad staat wel vast, maar ook ten behoeve van [verweerders] zijn overgangsmaatregelen getroffen: zo zal hun eigen bijdrage tot tenminste 1 januari 2021 niet hoger zijn dan vóór indiensttreding van [verweerders] is afgesproken bij de eerdere per 1 januari 2006 ingevoerde wijziging van de AFM pensioenregeling en blijft de onvoorwaardelijke indexatiegarantie tijdens het dienstverband gedurende 10 jaar gehandhaafd (gemaximeerd op 1,5%) voor rekening van AFM (bovenop de vaste premie van 25%). Ten slotte heeft AFM een extra eenmalige storting van € 1,7 miljoen verricht aan het pensioenfonds en neemt AFM de uitvoeringskosten boven € 700.000,- voor haar rekening, waardoor het pensioenresultaat van de deelnemers niet onder bovenmatige uitvoeringskosten lijdt. Het effect van die maatregelen is dat niet alle risico's in de pensioenregeling volledig worden overgeheveld van AFM naar [verweerders], zoals [verweerders] stellen. [verweerders] kunnen volgens de kantonrechter ook geen argumenten voor hun stellingen ontleenen aan resultaten van de ALM-studie van Mercer van 11 december 2015, de daarop gebaseerde maatman-berekeningen van december 2015 en januari 2016 en de op basis daarvan aan [verweerders] namens AFM door de AWMN verstrekte berekening van de individuele gevolgen van de wijziging, met onzekerheden zijn omgeven zodat onvoldoende duidelijk kan worden vastgesteld wat de omvang van het nadeel exact is. Er is dus volgens de kantonrechter onvoldoende grond om vast te stellen dat [verweerders] onredelijk zwaar worden getroffen door de wijziging, of dat sprake is van een

onevenredig nadeel.

2.3 [verweerders] hebben zich in hoger beroep tegen deze beslissing gekeerd en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen onder aanvoering van twee grieven aangevallen. Met de eerste grief betogen [verweerders] dat artikel 7:613 BW niet van toepassing is en AFM dus niet de bevoegdheid had om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen. Met grief 2 betogen [verweerders] dat, indien wel getoetst zou moeten worden aan art. 7:613 BW, de wijziging van pensioenregeling 2014 naar pensioenregeling 2016 niet is toegestaan binnen de grenzen van art. 7:613 BW. Het hof overwoog in het bestreden arrest, voor zover in cassatie nog relevant, het volgende:

3.3 [...] [verweerders] voeren daartoe, kort samengevat, aan dat er geen sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van AFM dat het aangetoonde nadeel van [verweerders] daarvoor moet wijken. Bovendien betogen [verweerders] dat een gedeelte van de wijzigingen voor [verweerders] nadeel oplevert met betrekking tot hun vóór 1 januari opgebouwde pensioenaanspraken, hetgeen nietig is op grond van artikel 20 PW, zodat een gedeelte van de wijzigingen niet geldig is, en daarom, voor zo veel nodig, ongedaan dient te worden gemaakt.

3.4 De toelichting van [verweerders] op grief 1 luidt, kort samengevat, als volgt. De kantonrechter heeft overwogen dat, hoewel de door AFM beoogde wijzigingen niet vallen onder de daartoe opgestelde omschrijvingen van artikel 25 van het Pensioenreglement (dat volgens [verweerders] gebaseerd is op artikel 19 Pw), AFM wel een beroep kan doen op het algemene wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst. [verweerders] voeren daartegen aan dat een eenzijdig wijzigingsbeding zoals opgenomen in een arbeidsovereenkomst niet zomaar kan worden getransporteerd naar een pensioenovereenkomst. Aangezien partijen wel een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 Pw zijn overeengekomen, is de maatstaf die zou gelden bij de beoordeling of een eenzijdige wijziging geoorloofd was indien geen eenzijdig wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen, niet relevant.

Naar het oordeel van het hof faalt dit betoog van [verweerders] Het pensioenwijzigingsbeding van artikel 19 Pw is geënt op artikel 7:613 BW. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 19 Pw blijkt dat de tekst van artikel 19 Pw is aangepast om aan te sluiten bij die van artikel 7:613 BW. Een materieel verschil in de toetsingsmaatstaf van artikel 19 Pw en van artikel 7:613 BW is daarmee niet aanwezig. De omstandigheid dat in de pensioenovereenkomst een of meer wijzigingsbedingen zijn opgenomen betekent niet zonder meer daarmee de mogelijkheid tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarde pensioen als bedoeld in artikel 19 PW, respectievelijk 7:613 BW terzijde is gesteld. Daarvan kan alleen sprake zijn als in de pensioenovereenkomst ondubbelzinnig een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW is opgenomen. In het onderhavige geval bevat artikel 25 Pensioenreglement 2014, waar [verweerders] zich op beroepen, een aantal standaard bedingen die naar het oordeel van het hof alle zijn gebaseerd op de in artikel 12 PW geregelde bevoegdheid van AFM zich bij het sluiten of bij een wijziging van de pensioenovereenkomst het recht voor te behouden de premiebetaling, voor zover deze betrekking heeft op de bijdrage van AFM, te verminderen of te beëindigen in geval van ingrijpende wijziging van omstandigheden. Van een beding als bedoeld in artikel 19 PW is dus geen sprake. Niet in geschil tussen partijen is dat artikel 10 van de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding inhoudt voor een of meer artikelen van de arbeidsovereenkomst. In artikel 4 van de arbeidsovereenkomst is opname in de pensioenregeling geregeld met verwijzing naar het Pensioenreglement dat onderdeel uitmaakt van de Personeelsgids [...]. Artikel 8 van de arbeidsovereenkomst incorporeert de Personeelsgids waarvan de inhoud geacht wordt onderdeel uit te maken van de arbeidsvoorwaarden. Daarmee is naar het oordeel van het hof voldaan aan de eis van artikel 19 PW dat AFM zich de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid schriftelijk in de pensioenovereenkomst heeft voorbehouden. Het feit dat artikel 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst alleen refereert aan het zwaarwichtig belang van AFM bij de eenzijdige wijziging en niet tevens vermeldt dat sprake moet zijn van een zodanig zwaarwichtig belang van AFM dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken, maakt niet dat het onderhavige beding niet te kwalificeren is als een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW, respectievelijk artikel 19 PW<sup>1</sup>. [voetnoot 1 luidt: "In het hierna volgende noemt het hof alleen artikel 7:613 BW,

maar bedoelt dan ook artikel 19 PW", A-G] De conclusie is dat de eerste grief faalt en dat artikel 10 van de arbeidsovereenkomst AFM de bevoegdheid geeft om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen, als bedoeld in artikel 7:613 BW, mits er sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van AFM dat het belang van de werknemers dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

3.5 Grief 2 bevat twee onderdelen. In het eerste onderdeel betogen [verweerders] dat, ook indien getoetst wordt aan de criteria van artikel 7:613 BW, er geen sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang aan de zijde van AFM dat het belang van [verweerders] daarvoor zou moeten wijken. In het tweede onderdeel betogen [verweerders] dat waar sprake is van de wijziging van een onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexatie, deze wijziging in strijd is met artikel 20 Pw, en daarmee nietig.

3.6 Het hof behandelt eerst het tweede onderdeel van grief 2. Dit onderdeel slaagt. Artikel 20 PW bepaalt dat, in geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst, de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134 PW. Artikel 1 PW definieert "pensioenaanspraak" als het recht op een niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening. Volgens artikel 95 PW is een toeslag alleen voorwaardelijk indien in de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst, het pensioenreglement, de opgaven op grond van (....) alsmede in de overige, persoonlijke, informatieverstrekkende over de toeslagverlening door de pensioenuitvoerder een voorwaardelijkheidsverklaring is opgenomen. Tussen partijen is niet in geschil dat de toeslag op basis van de algemene (niet-incidentele) loonontwikkeling bij AFM over het voorafgaande boekjaar in artikel 9 lid 3 van Pensioenreglement 2014 geen voorwaardelijke toeslag is. Net als de jaarlijkse inkoop van ouderdomspensioen eindigt deze toeslagverlening bij einde van het dienstverband en betaalt AFM jaarlijks een koopsom voor de inkoop van de toeslag. Artikel 1 van Pensioenreglement 2014 definieert de deelnemer als de werknemer, die ingevolge artikel 2 lid 1 deelneemt aan deze pensioenregeling. Volgens artikel 2 lid 3 van Pensioenreglement 2014 eindigt het deelnemerschap bij overlijden, door ingang van het ouderdomspensioen of op de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, anders dan door overlijden of pensionering. De tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken worden niet gewijzigd, als bedoeld in artikel 20 PW, indien en zo lang (i) artikel 9 lid 3 van Pensioenreglement 2014 van toepassing blijft op de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken zolang [verweerders] in dienst blijven van AFM en dus nog deelnemer is, en (ii) zijn pensioenaanspraken vanaf uitdiensttreding of pensionering worden aangepast op basis van de voorwaardelijke toeslagregeling van artikel 22 van Pensioenreglement 2014. Daarvan zou in het onderhavige geval, gegeven de niet toepasselijkheid van de artikelen 76, 78 en 134 PW, alleen geen sprake zijn in het geval van een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 83 lid 1, onder c, PW door pensioenfonds AFM op verzoek van AFM, die er toe strekt in verband met de collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst de waarde van pensioenaanspraken en pensioenrechten aan te wenden bij pensioenfonds AFM overeenkomstig de gewijzigde pensioenovereenkomst. Voor een rechtsgeldige overdracht zou noodzakelijk zijn dat [verweerders] [A-G: hier ontbreekt kennelijk het woordje 'geen', mede gelet op het vrijwel gelijkkluidende arrest van 3 november 2020 in de verwante zaak gepubliceerd onder ECLI:NL:GHAMS:2020:2929] individueel bezwaar kenbaar hebben gemaakt tegen de waardeoverdracht nadat zij over het voornemen daartoe schriftelijk zouden zijn geïnformeerd. De werknemers zijn niet schriftelijk geïnformeerd over een voornemen tot waardeoverdracht. De conclusie daarvan is dat de gewijzigde toeslagregeling in artikel 22 van Pensioenreglement 2016, als sprake zou zijn van een rechtsgeldige wijziging, alleen van toepassing is op de pensioenaanspraken van [verweerders] opgebouwd vanaf 1 januari 2016, bij gebrek aan interne waardeoverdracht. Het hof zal daarom met toepassing van artikel 20 PW voor recht verklaren dat zo lang het dienstverband van [verweerders] met AFM voortduurt de toeslagregeling in artikel 9 lid 3 van Pensioenreglement 2014 op hun tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken, inclusief de verhogingen daarvan uit hoofde van toeslagen als deelnemers, van toepassing blijft en dat vanaf hun uitdiensttreding bij AFM de voorwaardelijke toeslagregeling van artikel 22



Pensioenreglement 2014 van toepassing zal zijn op alle uit hoofde van de pensioenregeling 2014 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134 PW. AFM zal worden veroordeeld tot nakoming jegens [verweerders] van de Pensioenovereenkomst 2014 met inachtneming van de verklaring voor recht, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,- per dag, te rekenen vanaf vier weken na de dag dat dit arrest wordt betekend tot aan de dag van deugdelijke nakoming.

3.7 Het hof komt vervolgens toe aan bespreking van het eerste onderdeel van grief 2, gericht op de toepassing van artikel 7:613 BW door de kantonrechter. [...]

3.8 Naar het oordeel van het hof moet bij de beoordeling van het zwaarwichtig belang van AFM bij het verlagen van zijn pensioenlast in toekomstige begrotingen tot 25% van de ongemaximeerde loonsom en het daar tegenover staande belang van de werknemers worden beoordeeld (1) wat de impact is van wijzigingen die van invloed zijn op alle opgebouwde pensioenaanspraken van de werknemers (in de PW gedefinieerd als deelnemers) en gewezen deelnemers en ingegane pensioenrechten van gepensioneerden en (2) wat de impact is van de wijziging van de pensioenovereenkomst op de toekomstige pensioenopbouw voor de werknemers. Het eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst geldt naar het oordeel van het hof niet per definitie voor wijzigingen die ook gelden voor gewezen deelnemers en gepensioneerden.

3.9 Het hof behandelt daarom eerst de onderdelen van het eerste onderdeel van de tweede grief gericht tegen de wijzigingen in het pensioenakkoord die van invloed zijn op alle tot 2016 opgebouwde pensioenaanspraken van de werknemers en de gewezen deelnemers en ingegane pensioenrechten van gepensioneerden. Dit onderdeel slaagt. [...]

3.10 Het eenzijdig wijzigingsbeding geldt naar het oordeel van het hof slechts voor wijzigingen in de pensioenovereenkomst met betrekking tot de toekomstige pensioenopbouw voor de werknemers en niet, zoals in het onderhavige geval, voor wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst tussen AFM en haar pensioenfonds die effect hebben op de door gewezen deelnemers en gepensioneerden onder eerdere pensioenovereenkomsten opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. Tussen partijen is niet in geschil dat eenzijdige beëindiging van (1) de herstellpremieverplichting van 10% van de jaarlijkse pensioenpremie, (2) de verplichting om bij te dragen aan kostenoverschrijdingen boven € 700.000,- en (3) de verplichting om bij te storten bij wijzigingen in de grondslagen anders dan de rekenrente, betrekking heeft op opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten. De wijziging in 2015 van het nFTK en de UFR leidde als gevolg van de bestaande contractuele afspraken met pensioenfonds AFM tot een extra herstellpremie van € 0,1 miljoen (zonder UFR) of € 0,2 miljoen (met UFR) in 2015 en volgende jaren. Onder de aanname dat de herstellpremieopslagverplichting niet eind 2017 zou eindigen maar pas in 2023 (omdat pas dan het VEV weer gedekt zou zijn door vermogen) verwachtte AFM nog eenmalig een extra dotatie aan haar balansvoorziening te moeten doen van € 6 miljoen (zonder UFR) of € 6,8 miljoen (met UFR). Per saldo zouden de ex-ante (zonder nFTK wijzigingen) begrote netto pensioenlasten van € 7,2 miljoen uitkomen op € 14,6 miljoen (zonder UFR) of € 16,2 miljoen (met UFR), derhalve een ruime verdubbeling van de begrote pensioenkosten in 2015. Het hof concludeert dat hier sprake is van een eenmalige last die het directe gevolg is van de wijziging van het nFTK op de in 2015 bestaande verplichting van AFM tegenover het pensioenfonds AFM en dus los staat van de kosten voor toekomstige pensioenopbouw. Gegeven het feit dat de voorgestelde pensioenovereenkomst gebaseerd is op een beschikbare premie heeft de eenzijdige beëindiging van de herstellpremieopslag, de gegarandeerde bijdrage aan kostenoverschrijdingen boven € 700.000,- en de afschaffing van de verplichting om bij te storten bij wijzigingen in de grondslagen anders dan de rekenrente, in feite alleen effect op de tot 2016 opgebouwde pensioenaanspraken van alle (gewezen) deelnemers en pensioenrechten van gepensioneerden en vergroot de kans op korten of verlaagt de kans op prijsindexatie van die in het verleden onder eerdere pensioenovereenkomsten opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten. Dat AFM een zwaarwichtig belang heeft bij deze wijzigingen in de Uitvoeringsovereenkomst 2014 gegeven de brief van het Ministerie van Financiën speelt in deze procedure over de wijziging van de

pensioenovereenkomst geen rol en zou door AFM moeten zijn aangekaart in een voorstel aan alle gerechtigden met vóór 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten om hun aanspraken en rechten in te brengen in een nieuwe pensioenregeling met toepassing van artikel 83 Pensioenwet. Slechts wie al dan niet stilzwijgend instemt met de nieuwe pensioenregeling en geen bezwaar maakt tegen de voorgenomen waardeoverdracht naar die nieuwe regeling is daaraan gebonden. Maar dan moeten de procedureregels wel worden gevolgd, inclusief het vragen van een goedkeuring van DNB. In het uiterste geval zou AFM in rechte een beroep kunnen doen op artikel 6:248 BW om tot een eenzijdige wijziging te komen van de Uitvoeringsovereenkomst 2014. Van een beroep op artikel 6:248 BW is noch in eerste aanleg noch in hoger beroep gebleken. Voor wijziging van deze verplichtingen van AFM is de medewerking nodig van alle gerechtigden op pensioen opgebouwd vóór 2016 en kan geen beroep worden gedaan op artikel 7:613 BW respectievelijk artikel 19 PW. Die oudere pensioenovereenkomsten en de ter uitvoering daarvan gesloten uitvoeringsovereenkomsten blijven in beginsel in stand. Zoals het hof al heeft geoordeeld in 3.6 kunnen wijzigingen van de pensioenovereenkomst en de ter uitvoering daarvan

gesloten (gewijzigde) uitvoeringsovereenkomst alleen worden toegepast op reeds opgebouwde pensioenaanspraken door een (interne) waardeoverdracht. Daarvan is niet gebleken. Het hof is dan ook van oordeel dat de Uitvoeringsovereenkomst 2014 in stand is gebleven, zij het beperkt tot alle tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten en met dien verstande dat de herstell premie gekoppeld blijft aan de pensioenpremie die AFM betaalt voor toekomstige pensioenopbouw en eindigt in 2023 of eerder als het vereist eigen vermogen in relatie tot de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken door waarden is gedekt. De hierop betrekking hebbende verklaring voor recht zal worden toegewezen en AFM zal worden veroordeeld op straffe van een dwangsom aan de verzochte veroordeling uitvoering te geven.

- 3.11 [verweerders] wijzen er vervolgens op dat ook de in het pensioenakkoord overeengekomen aanwending van de collectief beschikbare premie, volgens de methodiek van de gedempte kostendekkende premie, nadelig is voor alle gerechtigden, omdat een lage premie-inleg maakt dat een pensioenfonds voor het herstel van haar financiële positie afhankelijk wordt van beleggingsresultaten. Zo blijkt uit een overzicht in het jaarverslag 2016 van het pensioenfonds dat de zuivere kostendekkende premie over 2016 € 11.726.000,- bedroeg, de gedempte kostendekkende premie bedroeg € 10.536.000,- en de in het pensioenakkoord overeengekomen minimum premiebodem bedroeg € 10.668.000,-. Op de inkoop van pensioen voor de werknemers wordt dus in 2016 een verlies geleden van € 1.058.000,-. Het pensioenfonds treft daarvoor volgens [verweerders] geen verwijt, maar wel AFM, omdat AFM dit in de pensioenovereenkomst met haar werknemers is overeengekomen. AFM verweert zich met de stelling dat een werknemer van deze premiesystematiek juist voordeel heeft, ten koste van slapers en gepensioneerden. Immers, indien bij gegeven hoogte van de vaste premie van een conservatievere premiesystematiek zou worden uitgegaan, dan zou er eerder een korting op de opbouw van nieuwe aanspraken plaatsvinden, terwijl de dekkingsgraad van het fonds daarvan zou profiteren. Anders gezegd, hoe conservatiever de premiesystematiek binnen de CDC-regeling wordt vastgesteld, hoe groter het risico is dat de reglementaire opbouw niet kan plaatsvinden. [verweerders] profiteren zo volgens AFM van een zo volledig mogelijke opbouw. AFM erkent blijkens het voorgaande uitdrukkelijk dat de met het pensioenfonds gemaakte afspraak om de beschikbare premie aan te wenden voor inkoop van pensioen op basis van de regels voor een gedempte premie in plaats van een zuiver kostendekkende premie ten nadele strekt van de gewezen deelnemers en gepensioneerden. Ook voor dat onderdeel van het pensioenakkoord geldt dat eenzijdig wijzigen niet mogelijk is met een beroep op 7:613 BW. Bij de verdere beoordeling neemt het hof dit als uitgangspunt.

3.12 Het hof behandelt, ten slotte, het onderdeel van de tweede grief gericht tegen de wijziging van de pensioenovereenkomst. Dit onderdeel slaagt niet. Het hof volgt AFM dat zij er een zwaarwichtig belang bij had dat de pensioenovereenkomst met de werknemers zou worden aangepast om de door het Ministerie van Financiën geëiste toekomstige beheersbaarheid van de kostenontwikkeling van de pensioenregeling te bewerkstelligen.

[...]

Nu het hof in 3.6 tot en met 3.11 heeft geoordeeld dat [verweerders] (1) hoe dan ook recht houden op onvoorwaardelijke indexatie over hun tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken, (2) dat de Uitvoeringsovereenkomst 2014 van kracht blijft voor de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten en dat de aanwending van de beschikbare premie op basis van een gedempte premie door het hof zal worden vernietigd, acht het hof voldoende reden om aan te nemen dat de nieuwe pensioenregeling als voorgesteld door AFM per saldo minder negatief zal uitkomen dan door Mercer voorspeld. Het hof komt op basis van alle over en weer aangevoerde feiten en omstandigheden tot het oordeel dat bij de nieuwe pensioenovereenkomst sprake is van een marktconforme pensioentoezegging en dat de belangen van de werknemers bij voortzetting van de Pensioenovereenkomst 2014 moeten wijken voor het zwaarwichtig belang van AFM bij de wijziging. De door [verweerders] aangevoerde individuele nadelen zijn van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen, ook omdat [verweerders] niet hebben aangetoond dat de door de OR bedongen hardheidsclausule op hen van toepassing zou moeten zijn.

3.13 Het voorgaande brengt met zich dat het hof de incidentele vordering op de voet van artikel 843a Rv zal afwijzen, enerzijds omdat het hof zich voldoende geïnformeerd acht en anderzijds omdat de gevraagde informatie naar het oordeel van het hof als bijlage II is aangehecht aan het pensioenakkoord.

3.14 De conclusie is dat grief 2 gedeeltelijk slaagt. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, de thans primair onder I en II ingestelde vordering gedeeltelijk, en de subsidiair onder III en IV ingestelde vordering geheel toewijzen. Als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij zal AFM worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

#### **4. Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de eenzijdige wijziging door AFM van de Pensioenregeling 2014 naar de Pensioenregeling 2016, niet rechtsgeldig is geweest voor zover die wijziging betrekking heeft op de premiesystematiek op basis van premiedemping, op de maximering van de bijdrage van AFM in de uitvoeringskosten en op de beëindiging van de onvoorwaardelijke indexatie van de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken, en daarmee in zoverre geen rechtsgevolg heeft gehad;

verklaart voor recht dat de wijziging van Pensioenovereenkomst 2014 nietig is voor wat betreft de afschaffing van de onvoorwaardelijke indexatie van tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken;

verklaart voor recht dat de wijziging van de Uitvoeringsovereenkomst 2014 nietig is voor wat betreft de afschaffing van de herstellpremieopslag van 10% van de premie, de vergoeding van de werkelijke uitvoeringskosten die zijn toe te rekenen aan de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en de verplichting om de extra last voor het pensioenfonds als gevolg van grondslagwijzigingen (anders dan ten gevolge van wijzigingen in de rekenrente) te vergoeden die zijn toe te rekenen aan de voor 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken;

veroordeelt AFM tot nakoming van de Pensioenovereenkomst 2014, de Pensioenovereenkomst 2016, de Uitvoeringsovereenkomst 2014 en de Uitvoeringsovereenkomst 2016 met inachtneming van deze verklaringen voor recht op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,- per dag, te rekenen vanaf vier weken na betekening van dit arrest en met een maximum van € 50.000,-;

veroordeelt AFM in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [verweerders] begroot op € 175,31 aan verschotten en € 1.500,- voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 416,01 aan verschotten en € 3.222,- voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;  
wijst af het meer of anders gevorderde.”

2.4 AFM heeft tijdig cassatie ingesteld. [verweerders] hebben verweer gevoerd en incidenteel cassatieberoep ingesteld, waarop AFM op haar beurt verweer heeft gevoerd. AFM en [verweerders] hebben hun zaak schriftelijk laten toelichten, waarop is gerepliceerd en gedupliceerd.

### **3. Bespreking subonderdelen 2.1 en 2.2-II en 2.3 (deels) van het incidenteel cassatiemiddel**

3.1 Ik zie aanleiding te starten met de bespreking van subonderdeel 2.1 van het incidenteel cassatiemiddel. [verweerders] richten daarin (onvoorwaardelijke) klachten tegen rov. 3.4 waarin het hof overweegt dat art. 25 van het pensioenreglement geen wijzigingsbeding als bedoeld in art. 19 Pw is, maar dat deze bepaling (volledig) is gebaseerd op art. 12 Pw. Het hof concludeert verder dat art. 10 van de arbeidsovereenkomst AFM de bevoegdheid geeft om de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. In essentie klagen [verweerders] in subonderdelen 2.1-Ia t/m 2.1-If dat dit onjuist en onbegrijpelijk is, omdat een eenzijdig wijzigingsbeding in een arbeidsovereenkomst niet automatisch een wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw is, zeker in een geval als dit waarin een (geclausuleerd) wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw is opgenomen in art. 25 van het pensioenreglement 2014 waar de litigieuze wijzigingen niet onder vallen. In het verlengde hiervan klagen [verweerders] in subonderdeel 2.1-Ig dat het hof buiten het partijdebat is getreden door voorbij te gaan aan een eensluidende uitleg van art. 25 van het pensioenreglement 2014 door partijen en in subonderdeel 2.1-Ih dat de uitleg van het hof dat deze bepaling uit het pensioenreglement is gebaseerd op art. 12 Pw onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is. Ik start met deze laatste twee subonderdelen. Het gaat bij deze klachten om de volgende passage uit rov. 3.4:

“[...] In het onderhavige geval bevat artikel 25 Pensioenreglement 2014, waar [verweerders] zich op beroepen, een aantal standaard bedingen die naar het oordeel van het hof alle zijn gebaseerd op de in artikel 12 PW geregelde bevoegdheid van AFM zich bij het sluiten of bij een wijziging van de pensioenovereenkomst het recht voor te behouden de premiebetaling, voor zover deze betrekking heeft op de bijdrage van AFM, te verminderen of te beëindigen in geval van ingrijpende wijziging van omstandigheden. Van een beding als bedoeld in artikel 19 PW is dus geen sprake. [...]”

3.2 Over art. 25 van het pensioenreglement 2014 (zie het citaat in 1.6) en de verhouding tot het eenzijdige wijzigingsbeding uit de arbeidsovereenkomst hebben partijen onder meer het volgende gezegd:

Inleidende dagvaarding ( [verweerders] ):

“41. Artikel 25 van de pensioenregeling 2014, overgelegd als productie 10, bevat een wijzigingsregeling. Hierin staat een aantal specifieke gevallen genoemd waarin de pensioenregeling kan worden gewijzigd. De redenen die AFM noemt voor de wijziging, zijnde de acute financieringsproblematiek en de toekomstige beheersbaarheid van de pensioenregeling, staan hier niet onder vermeld. Als zodanig geldt dat er geen sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 19 PW.”

Conclusie van antwoord (AFM):

“20. Eisers betogen dat er geen sprake is van een op deze zaak toepasbaar eenzijdig wijzigingsbeding. In dat kader wordt verwezen naar artikel 25 van de pensioenregeling 2014, productie 10 bij dagvaarding, waarin een aantal specifieke gevallen wordt genoemd waarin de pensioenregeling kan worden gewijzigd. Het klopt op zich dat de redenen die de AFM voor de wijziging heeft aangevoerd, de acute financieringsproblematiek en de toekomstige beheersbaarheid van de pensioenregeling, daar niet worden vermeld. Evenwel is er sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst van eisers. (...) In artikel 10 van de arbeidsovereenkomst staat vermeld dat de werkgever een of meer artikelen van de arbeidsovereenkomst eenzijdig kan wijzigen indien hij daar een zwaarwichtig belang bij heeft. Dit is een rechtsgeldig eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW. Hiermee is de

eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de pensioenregeling een gegeven. Immers, de pensioenregeling wordt aangegeven in artikel 4 van de arbeidsovereenkomst. Dit artikel verwijst voor wat betreft het pensioen naar de voorwaarden opgenomen in het pensioenreglement dat onderdeel uitmaakt van de personeelsgids. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde en de arbeidsovereenkomst bepaalt dat ingeval van een zwaarwichtig belang de arbeidsvoorwaarden eenzijdig gewijzigd mogen worden. Dat het pensioenreglement een specifiek wijzigingsbeding kent doet daar niet aan af. Leidend te dezen is de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van de pensioenovereenkomst, gesloten tussen werkgever en werknemer en deze bevat zoals gesteld een eenzijdig wijzigingsbeding. Voor de materiële rechtsgevolgen is ook niet van belang of een wijziging van de pensioenovereenkomst wordt getoetst aan artikel 19 PW of artikel 7:613 BW. Vgl. Asser/Lutjens 7-XI 2016/503.

(...)

22. Zelfs indien er geen sprake mocht zijn van een rechtsgeldig overeengekomen eenzijdig wijzigingsbeding, dan nog kan er sprake zijn van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid. De AFM verwijst naar HR 11 juli 2008, NJ 2011/185 ( [...] /Mammoet), waaruit blijkt dat onder omstandigheden van de werknemer in redelijkheid geveerd kan worden dat hij met een redelijk voorstel van de werkgever strekkende tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden instemt. Dit geldt uiteraard ook voor de arbeidsvoorwaarde pensioen."

Conclusie van repliek ( [verweerders] ):

"2. Eisers stellen vast dat de AFM in punt 20 van de conclusie van antwoord erkent dat de redenen voor de wijziging die de AFM heeft aangevoerd niet worden genoemd in artikel 25 van de pensioenregeling 2014. De AFM erkent dus hetgeen hierover namens eisers werd gesteld in nummer 41 van de dagvaarding. (...)

4. Eisers zijn van oordeel, ook na het lezen van de conclusie van antwoord, dat de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling die de AFM met ingang van 1 januari 2016 heeft doorgevoerd niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. De wijzigingsbedingen opgenomen in de pensioenregeling 2014 bieden geen mogelijkheid onder de gegeven omstandigheden – vermeende acute financieringsproblematiek en onbeheersbaarheid van de pensioenlasten – eenzijdig te wijzigen. Nu het pensioenreglement een specifieke bepaling kent, kan hieraan bij het wijzigen van deze regeling niet voorbij worden gegaan door gebruik te maken van het algemene eenzijdig wijzigingsbeding als opgenomen in artikel 10 van de arbeidsovereenkomsten. Het beding in de pensioenregeling is specifiek opgesteld voor het wijzigen van de pensioenregeling en heeft als zodanig voorrang op het beding in de arbeidsovereenkomst.

5. Nu geen sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding zal aan de hand van de criteria genoemd in het arrest [...] /Mammoet moeten worden getoetst of eenzijdige wijziging is geoorloofd Eisers menen dat er geen gewichtige omstandigheden zijn: van acute financieringsproblematiek en onbeheersbaarheid van de kosten als door de AFM gesteld is geen sprake. Zie hiervoor punt 17 en verder. De oude pensioenregeling was bovendien marktconform. Zie hiervoor punt 32 en verder, Voorts geldt dat de voorgestelde nieuwe pensioenregeling van de AFM niet redelijk is.

(...)

7. Zelfs als de AFM wel een terecht beroep zou kunnen doen op het eenzijdig wijzigingsbeding als opgenomen in de arbeidsovereenkomst, dan geldt dat de AFM geen zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van eisers bij voortzetting van de pensioenregeling voor dat belang moet wijken. Ook in dat geval had de AFM de pensioenregeling niet eenzijdig mogen wijzigen.

(...)

12. Het pensioenreglement 2014 bevat in artikel 25 een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 19 Pw. Deze bepaling geeft de AFM de mogelijkheid de pensioenregeling in een beperkt aantal situaties aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Artikel 25 bepaalt: [...]

13. De eenzijdige wijzigingsmogelijkheid van de AFM is dus beperkt tot aanpassing van de regeling in verband met wijziging van sociale wetten of andere maatregelen met betrekking tot de genoemde onderwerpen. Deze situatie doet zich hier niet voor. Als zodanig kan van deze mogelijkheid geen gebruik worden gemaakt.

14. Dat de AFM zich bij wijziging van de pensioenregeling niet kan beroepen op de eenzijdige wijzigingsmogelijkheid als opgenomen in het pensioenreglement wordt door haar in punt 20 van de conclusie van antwoord onderkend. De AFM stelt zich vervolgens op het standpunt dat zij voor het wijzigen van het pensioenreglement ook gebruik kan maken van het eenzijdig wijzigingsbeding als opgenomen in artikel 10 van de arbeidsovereenkomsten van eisers. Dat standpunt kan geen stand houden. Het beding in de pensioenregeling kan niet zomaar opzij worden gezet door een algemeen wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst. Dit wijzigingsbeding is specifiek opgesteld voor wijzigingen van deze regeling en heeft dan ook voorrang op de algemene bepaling in de arbeidsovereenkomst. Zou dit anders zijn, dan zou een dergelijk eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenregeling zinloos zijn.”

Conclusie van dupliek (AFM) <sup>5</sup> :

**“Eenzijdig wijzigingsbeding**

(...)

4. De AFM blijft bij haar standpunt dat de eenzijdige wijziging wel degelijk doorgevoerd kon worden op basis van het in de arbeidsovereenkomst opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding.

5. Een wijzigingsbeding in een pensioenreglement heeft ook een andere strekking. Het pensioenreglement regelt immers (primair) de verhouding tussen de pensioenuitvoerder en de deelnemer. Dit blijkt ook uit de definitie van pensioenreglement in artikel 1 Pw: (...). Het pensioenreglement wordt dus niet opgesteld door de werkgever maar door de pensioenuitvoerder.

6. Dat in artikel 25 van het pensioenreglement 2014 wordt gerefereerd aan een door de werkgever gemaakt “voorbehoud de pensioenregeling aan te passen indien en voor zover dat door de wet wordt afgedwongen” doet daar niet aan af. De formulering in het pensioenreglement is ook de gebruikelijke formulering en laat onverlet dat er, in aanvulling daarop, ook sprake kan zijn van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst.

7. Het gaat bij de onderhavige wijziging om een wijziging in de tussen de werkgever en werknemer gemaakte afspraak, derhalve de pensioenovereenkomst, en de wijzigingsbevoegdheid vloeit daarbij voort uit de afspraak tussen werkgever en werknemer zoals gemaakt in de arbeidsovereenkomst.

8. De conclusie is derhalve dat er wel degelijk een beroep kan worden gedaan op het eenzijdig wijzigingsbeding, in welk kader uiteraard tussen partijen niet ter discussie staat dat er sprake moet zijn van een zwaarwichtig belang van de zijde van de AFM.”

Memorie van grieven ( [verweerders] ):

“35. Bekeken moet derhalve worden of AFM met [verweerders] in de pensioenovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW is overeengekomen. Dat is het geval, en wel in artikel 25 lid 1 Pensioenreglement. Partijen hebben de inhoud van het eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW, in artikel 25 lid 1 Pensioenreglement contractueel nader ingekaderd. In artikel 25 lid 1 Pensioenreglement is benoemd in welke gevallen de werkgever de pensioenovereenkomst eenzijdig mag wijzigen.

(...)

38. Partijen zijn overeengekomen dat indien een situatie als omschreven in artikel 25 lid 1 pensioenreglement zich voordoet, AFM de bevoegdheid heeft om de pensioenovereenkomst met [verweerders] eenzijdig te wijzigen. Indien zich niet een situatie als omschreven in artikel 25 lid 1 Pensioenreglement [voordoe], heeft AFM die bevoegdheid niet.

39. Het bovenstaande volgt uit een uitleg naar objectieve maatstaven van het Pensioenreglement. Een pensioenreglement moet naar objectieve maatstaven worden uitgelegd, omdat een pensioenreglement naar zijn aard bestemd is om de rechtspositie van een groot aantal derden te regelen, terwijl die derden – waaronder [verweerders] – niet betrokken zijn geweest bij de aanloop naar de totstandkoming van de tekst van het pensioenreglement. (vt. 10 verwijst naar HR 29 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox)).

40. Omdat partijen wel een eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst zijn overeengekomen, is de maatstaf die zou gelden bij de beoordeling of een eenzijdige wijziging geoorloofd was indien geen eenzijdig wijzigingsbeding zou zijn overeengekomen, niet relevant.

41. De conclusie is daarmee dat de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door AFM per 1 januari 2016 strijdig was met artikel 25 lid 1 Pensioenreglement. Daarmee heeft deze eenzijdige wijziging geen rechtsgevolg gehad. De vordering van [verweerders] in hoger beroep moet worden toegewezen.”

#### Memorie van antwoord (AFM)

1. In deze procedure gaat het in de kern om de vraag of de AFM bevoegd was de pensioenovereenkomst met [verweerders] eenzijdig te wijzigen op grond van het in de arbeidsovereenkomst met [verweerders] opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW. [verweerders] is (naar de kantonrechter oordeelde: ten onrechte) van mening dat de AFM de pensioenovereenkomst niet eenzijdig mocht wijzigen. Het standpunt van de AFM is dat zij op grond van de betreffende bepaling in de arbeidsovereenkomst wel gerechtigd was de pensioenovereenkomst te wijzigen.

2. De memorie van grieven komt de facto neer op twee stellingen:

3. a. ten onrechte heeft de kantonrechter het beroep van de AFM op het eenzijdig wijzigingsbeding van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst gehonoreerd, zulks niettegenstaande het feit dat de pensioenregeling een specifiek wijzigingsbeding (artikel 25) kent in de zin van artikel 19 PW (...).

#### **II. GRIEF 1**

14. Grief 1 heeft betrekking op de rechtsoverwegingen 6 t/m 11 van het vonnis van de kantonrechter (...). Deze rechtsoverwegingen komen er, kortweg gezegd, op neer dat het eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst ook van toepassing is op een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling. Het bepaalde in het pensioenreglement met betrekking tot een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling staat daar niet aan in de weg.

15. De AFM handhaaft haar standpunt dat zij de eenzijdige wijziging in de pensioenregeling en opzichte van [verweerders] wel degelijk kon doorvoeren op grond van het in de arbeidsovereenkomst opgenomen eenzijdig wijzigingsbeding. Dat artikel 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst spreekt over een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst en niet over een wijziging van de pensioenovereenkomst (zoals [verweerders] betoogt in nr. 29 van de memorie van grieven) maakt dit niet anders. De arbeidsovereenkomst verwijst in artikel 4 immers expliciet naar de pensioenregeling. Zoals bij conclusie van antwoord gesteld heeft pensioen te gelden als een arbeidsvoorwaarde die onderdeel vormt van de arbeidsovereenkomst.

16. De verwijzing in nr. 31 naar het ECN-arrest van de Hoge Raad uit 2013 snijdt geen hout. Het ECN-arrest betreft de positie van een ex-werknemer en ziet op het vraagstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding. Het arrest als zodanig zegt niets over de rechtsvraag welk eenzijdig wijzigingsbeding voorrang heeft indien er sprake is van zowel een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst als een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in het pensioenreglement. De AFM herhaalt hier de verwijzing naar Asser/Lutjens 7-XI 2016/503 zoals weergegeven in nr. 17 van de conclusie van antwoord [bedoeld is cva 20, A-G]. Het eenzijdig wijzigingsbeding uit artikel 19 PW is derhalve geënt op artikel 7:613 BW. Artikel 7:613 BW geeft de grondslag voor een eenzijdige wijziging van in de arbeidsovereenkomst opgenomen arbeidsvoorwaarden. Eén van die arbeidsvoorwaarden is in casu pensioen, opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Indien, zoals in casu het geval is, reeds een artikel 7:613-beding is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst heeft artikel 19 PW in de relatie tussen werkgever en werknemer geen zelfstandige betekenis. Slechts voor de personele werkingssfeer is dan artikel 19 PW van belang want de begrippen werkgever en werknemer in de Pensioenwet zijn ruimer. Om die reden wordt een artikel 7:613 BW-beding ook opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomst of een arbeidsvoorwaardenreglement dat verwijst naar de individuele arbeidsovereenkomst terwijl een artikel 19 PW-beding wordt opgenomen in het pensioenreglement.

17. Hetgeen onder nr. 39 van de memorie van grieven wordt gesteld met betrekking tot de uitlegregels die gelden bij een pensioenreglement gaat ook niet op. Het gaat hier niet om de uitleg van het pensioenreglement maar de uitleg van de arbeidsovereenkomst. Dit is een rechtstreekse overeenkomst tussen werkgever en werknemer en daar gelden de normale uitlegregels en dus niet de cao-uitlegmethode. Die methode geldt immers alleen voor geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Voor de interpretatie van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid opgenomen in de arbeidsovereenkomst gelden de normale interpretatieregels.

18. Toepassing van de normale interpretatieregels kan tot geen andere conclusie leiden dan dat de AFM zich, rechtsgeldig, de bevoegdheid heeft voorbehouden om de arbeidsvoorwaarden, waaronder nadrukkelijk ook begrepen de pensioenregeling, eenzijdig te wijzigen, uiteraard slechts indien en voor zover zij daarbij een zwaarwichtig belang heeft.” (Onderstreping A-G)

#### Pleitnota [verweerders]

“4. Met de eerste grief tegen het vonnis van de kantonrechter hebben appellanten betoogd dat AFM niet de bevoegdheid had om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen. In artikel 25 van Pensioenreglement 2014 (productie 3 bij dagvaarding) is een ingekaderd eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. In lid 1 staat dat de werkgever de pensioenregeling mag wijzigen indien de – kort gezegd – bestaande sociale wetten worden gewijzigd of andere overheidsmaatregelen met betrekking tot pensioen worden genomen. Buiten discussie is dat een wijzigingsgrond als genoemd in artikel 25 zich niet heeft voorgedaan.

5. AFM zegt: dan beroepen we ons op het eenzijdig wijzigingsbeding uit de arbeidsovereenkomst. Die redenering zou op kunnen gaan indien artikel 25 Pensioenreglement 2014 er niet zou zijn. Maar dat artikel is er nu juist wel. Indien de redenering van AFM juist zou zijn, zou artikel 25 Pensioenreglement 2014 geen enkele toegevoegde waarde hebben naast artikel 10 arbeidsovereenkomst.”

#### Pleitnota AFM:

“3. Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in het pensioenreglement gebaseerd op art. 19 Pensioenwet en een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst op basis van art. 7:613 BW. Partijen verschillen echter van mening over de vraag of de AFM zich kan beroepen op het, ongeclausuleerde, eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst of (slechts) kan beroepen op het geclausuleerde wijzigingsbeding opgenomen in het pensioenreglement.

4. In eerste instantie heeft de AFM al met kracht van argumenten aangevoerd dat het eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst ook van toepassing is ingeval van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is rechtsgeldig overeengekomen. In nr. 16 van de memorie van antwoord wordt verwezen naar een passage in Asser/Lutjens. Deze verwijzing is inmiddels niet meer correct in verband met een nieuwe editie van Asser/Lutjens 7-XI 2019. De juiste verwijzing moet nu zijn Asser/Lutjens 7-XI 2019/554. Inhoudelijk blijft de verwijzing dezelfde. In de woorden van Asser/Lutjens: *“Een zelfstandige betekenis van artikel 19 PW naast artikel 7:613 BW is hierdoor materieel niet aanwezig.”* Wel is de personele werking van artikel 19 PW ruimer omdat het begrip werkgever en werknemer in de Pensioenwet ruimer is maar dat is hier niet relevant. Voor de materieelrechtelijke gevolgen is het echter van geen belang of de wijziging in de pensioenovereenkomst wordt getoetst aan artikel 19 PW of, als een arbeidsvoorwaarde, aan artikel 613 BW

5. Het gegeven dat het wijzigingsbeding opgenomen in het pensioenreglement geclausuleerd is betekent niet dat de AFM geen beroep toekomt op het ongeclausuleerde wijzigingsbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst, met daarin opgenomen de pensioenovereenkomst en het wijzigingsbeding, is leidend en op geen enkele wijze heeft de AFM de schijn gewekt dat zij haar eenzijdige wijzigingsbevoegdheid (nader) heeft willen clausuleren. In dat kader is ook van belang dat in artikel 10 lid 3 van de arbeidsovereenkomsten met zoveel woorden wordt bepaald: *‘De Werknemer aanvaardt dat de voorwaarden respectievelijk regelingen genoemd in artikel 8 van deze overeenkomst van tijd tot tijd kunnen wijzigen in welk geval de gewijzigde voorwaarden van toepassing zijn.’* Er is dus in het eenzijdig wijziging beding uit de



arbeidsovereenkomst nadrukkelijk ook gewezen op de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de onderwerpen genoemd in artikel 8, de Personeelsgids, en artikel 4 bepaalt dat het pensioenreglement onderdeel uitmaakt van de Personeelsgids. (...) [H]et vorenstaande (...) spreekt temeer nu het wijzigingsbeding gebaseerd op artikel 19 PW is neergelegd in het pensioenreglement dat de rechtsverhouding regelt tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer. Vergelijk de definitie van pensioenreglement in artikel 1 PW.”

- 3.3 Uit het hiervoor weergegeven partijdebat in feitelijke instanties komt naar voren dat partijen er uiteindelijk althans hierover eens waren, dat art. 25 pensioenreglement 2014 een eenzijdig wijzigingsbeding is in de zin van art. 19 Pw (zij het dat dat wat AFM betreft niet het hele verhaal is en zij betwist dat deze regeling vóór zou gaan op de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid die zij zich heeft voorbehouden in de arbeidsovereenkomst, terwijl [verweerders] wel exclusiviteit van art. 25 pensioenreglement bepleiten). De vraag is allereerst of het hof buiten het partijdebat is getreden door in rov. 3.4 te overwegen dat art. 25 pensioenreglement 2014 geen eenzijdig wijzigingsbeding is als bedoeld in art. 19 Pw, maar een premiebetalingsvoorbehoud en (daarmee) een beding als bedoeld in art. 12 Pw. Hoewel dit niet de kern van de zaak is, lijkt mij deze klacht wel doel te treffen.
- 3.4 Onderscheiden moet hier worden tussen uitleg en kwalificatie. Uitleg van een overeenkomst is het vaststellen van de betekenis van de door de contractanten afgelegde verklaringen en dus van de daardoor ontstane rechtsgevolgen<sup>6</sup>. De inhoud van de overeenkomst wordt zo vastgesteld. *Vervolgens* kan worden beoordeeld of (een beding in) de overeenkomst kwalificeert als een beding bedoeld in een wettelijke bepaling<sup>7</sup>.
- 3.5 In dit geval heeft het hof art. 25 pensioenreglement 2014 zo *uitgelegd* dat het geen wijzigingsbeding betreft, maar een betalingsvoorbehoud. Het hof *kwalificeert* dit beding vervolgens als een voorbehoud volgens art. 12 Pw.
- 3.6 Met de gegeven *uitleg* is het hof buiten het debat (en daarmee de rechtsstrijd, art. 24 Rv) van partijen getreden. Indien partijen het over een bepaalde uitleg eens zijn, kan de rechter niet zijn eigen afwijkende uitleg aan een beding geven<sup>8</sup>. Doet de rechter dat wel, dan treedt hij buiten de rechtsstrijd. Zoals wij zagen, waren partijen het er uiteindelijk op zich over eens dat art. 25 pensioenreglement 2014 een eenzijdig wijzigingsbeding is – en dus geen betalingsvoorbehoud. Dat is iets wezenlijk anders, zoals ook in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking is gebracht<sup>9</sup>. De klacht in subonderdeel 2.1-Ig treft volgens mij dan ook doel<sup>10</sup>. Bovendien hebben partijen in hoger beroep de volgende overweging van de kantonrechter niet inhoudelijk bestreden<sup>11</sup> zodat het hof daarvan had moeten uitgaan<sup>12</sup>:
- “7. Partijen zijn het erover eens dat de redenen die tot wijziging van de pensioenregeling hebben geleid, niet zijn te kwalificeren als (een van) de gevallen als genoemd in het wijzigingsbeding in artikel 25 van de pensioenregeling. Artikel 25 vindt zijn grondslag in artikel 19 Pensioenwet.”
- Daar komt bij dat partijen het erover eens waren dat het wijzigingsbeding kwalificeert als een beding in de zin van art. 19 Pw. Ook indien partijen het eens zijn over de kwalificatie, treedt de rechter in beginsel buiten de rechtsstrijd wanneer een eigen kwalificatie wordt gegeven (tenzij sprake is van een op grond van de ten processe vaststaande feiten gegeven zuiver rechtsoordeel dat sprake is van een andere kwalificatie)<sup>13</sup>.
- 3.7 Dit brengt ook mee dat het oordeel van het hof dat deze bepaling gebaseerd zou zijn op art. 12 Pw ontoereikend is gemotiveerd, zoals subonderdeel 2.1-Ih terecht aanvoert. Gebruikmaking van een betalingsvoorbehoud betekent niet dat een pensioenovereenkomst niet eenzijdig gewijzigd kan worden, althans is dat zonder nadere motivering, die niet is gegeven, niet in te zien.
- 3.8 Zodoende staat in deze procedure vast dat art. 25 pensioenreglement 2014 een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 19 Pw is. In het licht hiervan bespreek ik de overige klachten in subonderdeel 2.1-I (subonderdelen 2.1-Ia t/m 2.1-If), die erop neerkomen dat art. 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst (een beding als bedoeld in art. 7:613 BW) niet automatisch ook een wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw is, wanneer al een wijzigingsbeding is opgenomen in het pensioenreglement (zie 3.1). Ik meen uiteindelijk dat deze klachten niet slagen.
- 3.9 De definitie van pensioenovereenkomst<sup>14</sup> impliceert dat voor de totstandkoming daarvan een

arbeidsovereenkomst (of publiekrechtelijke aanstelling) nodig is<sup>15</sup>. Pensioen dat voor werknemers als onderdeel van de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen is een arbeidsvoorwaarde en heeft een beloningskarakter<sup>16</sup>. Zonder arbeidsovereenkomst is er in beginsel dus geen pensioenovereenkomst. Het pensioenrecht is, iets breder getrokken, sterk verbonden met het arbeidsrecht<sup>17</sup>. Toch wordt de pensioenovereenkomst niet in het BW, maar als benoemde overeenkomst in de Pw geregeld. Hierdoor zijn tal van eigen regels voor de pensioenovereenkomst van toepassing<sup>18</sup>. Een belangrijke doelstelling van de Pw is het waarborgen van wat is afgesproken over pensioen<sup>19</sup>.

- 3.10 Een pensioenovereenkomst is al rechtsgeldig wanneer deze alleen maar een verwijzing inhoudt naar een pensioenreglement. De inhoud van de pensioenovereenkomst wordt dan bepaald door het pensioenreglement dat geacht kan worden in de pensioenovereenkomst te zijn geïncorporeerd<sup>20</sup>. Dat is in onze zaak aan de orde. AFM en [verweerders] zijn in art. 4 van de arbeidsovereenkomst overeengekomen dat [verweerders] deelnemen aan de collectieve pensioenregeling en dat de voorwaarden van deze regeling zijn opgenomen in het pensioenreglement, dat onderdeel uitmaakt van de personeelsgids<sup>21</sup>. Dat in onze zaak sprake is van een pensioenovereenkomst en wat die overeenkomst op grond van het pensioenreglement inhoudt, is in confesso. Dit volgt ook *impliciet* uit rov. 3.4 waaruit blijkt dat art. 25 pensioenreglement 2014 deel uitmaakt van de pensioenovereenkomst. Anders dan [verweerders] betogen (procesinleiding 2.1-If), hoefde het hof dit niet nog *expliciet* vast te stellen voordat het kon toekomen aan de vraag of in de pensioenovereenkomst een wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw is opgenomen. Dit wetsartikel houdt een specifieke regeling in voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst en luidt als volgt:

**“Artikel 19. Wijziging pensioenovereenkomst**

Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

- 3.11 De wetgever heeft art. 19 Pw geënt op art. 7:613 BW<sup>22</sup> en de tekst van art. 19 Pw is hiermee in lijn gebracht<sup>23</sup>. De rechtspraak over ‘zwaarwichtig belang’ in art. 7:613 BW is volgens de regering dan ook van betekenis voor art. 19 Pw<sup>24</sup>. Het wetsartikel beschermt de werknemer zodoende, wederom in lijn met art. 7:613 BW<sup>25</sup>, tegen eenzijdige wijziging door de werkgever met een drempel: dat moet schriftelijk zijn overeengekomen<sup>26</sup>.
- 3.12 Het hof overweegt – onbestreden in cassatie – direct vóór de passage waarover [verweerders] met succes klagen (zie citaat in 3.1) het volgende:
- “[...] De omstandigheid dat in de pensioenovereenkomst een of meer wijzigingsbedingen zijn opgenomen betekent niet zonder meer dat daarmee de mogelijkheid tot het eenzijdig wijzigen van de arbeidsvoorwaarde pensioen als bedoeld in art. 19 PW, respectievelijk 7:613 BW terzijde is gesteld. Daarvan kan alleen sprake zijn als in de pensioenovereenkomst ondubbelzinnig een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW is opgenomen. [...]”
- 3.13 Met [verweerders] (procesinleiding 2.1-Ic) meen ik dat met het woord ‘ondubbelzinnig’ door het hof moet zijn bedoeld het schriftelijkheidsvereiste uit art. 19 Pw. Het hof gaat er dus van uit dat er sprake kan zijn van samenloop van wijzigingsbedingen uit de pensioenovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Hierover is op zich niet geklaagd in cassatie en dit uitgangspunt komt juist voor.
- 3.14 Het pensioenrecht voorziet met art. 19 Pw in een eigen regeling voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst en ook het arbeidsrecht voorziet in art. 7:613 BW in een regeling voor een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden die voorkomen in de arbeidsovereenkomst. Omdat pensioen een arbeidsvoorwaarde is, brengt dit mee dat wanneer zowel de pensioenovereenkomst als de arbeidsovereenkomst een eenzijdige wijzigingsbepaling bevatten, er sprake kan zijn van samenloop. Er zijn dan meer regels in beginsel naast elkaar van toepassing op één en hetzelfde feitencomplex.

- 3.15 Het is juist dat, zoals het hof in rov. 3.4 overweegt, art. 19 Pw en art. 7:613 BW dezelfde materiële toetsingsnorm ('zwaarwichtig belang') bevatten. In zoverre is bij toetsing van wijzigingen aan deze overeenstemmende wetsartikelen dezelfde uitkomst te verwachten<sup>27</sup>. Voor zowel art. 19 Pw als art. 7:613 BW geldt een schriftelijkheidsvereiste. De formulering van art. 19 Pw is zo dat het wijzigingsbeding 'in de pensioenovereenkomst' moet zijn opgenomen. De wetgever is hierover duidelijk: "Een dergelijk beding is evenwel alleen rechtsgeldig indien het schriftelijk is gemaakt en in de pensioenovereenkomst is opgenomen [...]"<sup>28</sup>. De tekst van art. 7:613 BW stelt niet de eis dat het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen. Dat staat enigszins op gespannen voet met de toelichting op het amendement waarmee dit vereiste in de wet is gekomen<sup>29</sup>. Daarin staat dat het schriftelijkheidsvereiste de rechtszekerheid en kenbaarheid dient en als formeel vereiste moet worden gesteld dat het beding schriftelijk en in de arbeidsovereenkomst zelf is overeengekomen<sup>30</sup>. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat om aan het schriftelijkheidsvereiste te voldoen een arbeidsrechtelijk wijzigingsbeding ook kan worden opgenomen in een ander document dan de arbeidsovereenkomst zelf, voor zover dat beding dan geldt voor de voorwaarden in dat andere document<sup>31</sup>.
- 3.16 In ons geval is voor beide wijzigingsbedingen aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan in art. 25 van het pensioenreglement (dat de inhoud van de pensioenovereenkomst weergeeft) en in art. 10 van de arbeidsovereenkomst. Het wijzigingsbeding in het pensioenreglement is geclausuleerd (dat wil zeggen: alleen onder de genoemde omstandigheden van kort gezegd wijziging van sociale wetgeving is wijziging van de pensioenovereenkomst mogelijk<sup>32</sup>) en het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is ongeclausuleerd.
- 3.17 Bij eerste beschouwing lijkt deze clausulering in het pensioenreglement uit te wijzen dat wijziging van de pensioenovereenkomst door AFM in *andere omstandigheden dan genoemd* in deze bepaling niet mogelijk is en dus voor die wijzigingen geen schriftelijk beding voorhanden is in de pensioenovereenkomst. Maar de vraag dringt zich meteen op of hier exclusiviteit bedoeld is in die zin, dat deze bepaling de wijzigingsbevoegdheid uit de arbeidsovereenkomst zou uitsluiten als het gaat om de arbeidsvoorwaarde pensioen. Ik denk uiteindelijk niet dat dat zo moet worden gezien en kom daartoe als volgt.
- 3.18 Aanvankelijk leek mij daar wel iets voor te zeggen en zodoende een soort arbeidsvoorwaardelijke variant op te gaan van het adagium *lex specialis derogat legi generali*. Castermans en Krans<sup>33</sup> zetten in hun monografie over samenloop uiteen dat de verhouding tussen een bijzondere en algemene regel niet automatisch exclusieve werking voor de bijzondere regel meebrengt in het moderne privaatrecht in Nederland. Integendeel. Dat moet bij iedere rechtsregel afzonderlijk worden nagegaan. Vertrouwd geraakt met de *lex specialis* regel, is dat enigszins verrassend. Ik ben geen literatuur of rechtspraak tegen gekomen waarin de verhouding art. 19 Pw en art. 7:613 BW voorrang voor de eerste bepaling wordt bepleit of waarin dat al is uitgemaakt. Te bepleiten valt op zich dat uit de aard van art. 19 Pw voortvloeit dat deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in geval van de arbeidsvoorwaarde pensioen voorrang verdient, omdat anders de strekking van de Pw geweld aan zou worden gedaan<sup>34</sup>. Een zich opdringende gedachte is of in deze zaak niet zowel art. 25 pensioenreglement als art. 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst voor wat betreft de arbeidsvoorwaarde pensioen gezien kunnen worden als een wijzigingsbeding in de zin van art. 19 Pw die vervolgens naast elkaar van toepassing zijn. De wijzigingsbevoegdheid in het pensioenreglement is heel specifiek toegesneden op wijzigingen die noodzakelijk worden wegens gewijzigde sociale wetgeving, dus als het ware extern opgelegd. Zoals AFM blijktens het weergegeven partijdebat heeft betoogd, heeft zij niet de schijn gewekt dat zij met deze specifiek op wijziging door veranderde sociale wetgeving ingegeven specifieke wijzigingsbevoegdheid afstand heeft willen doen van haar uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst voorbehouden eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van arbeidsvoorwaarden in meer algemene zin, waaronder expliciet kenbaar de ook de in de Personeelsgids opgenomen pensioenverbintenissen. Te betogen valt dat zo'n "dual" stelsel het er voor werknemers niet overzichtelijker op maakt, maar op zich "bijten" deze twee wijzigingsbevoegdheden elkaar inhoudelijk niet en is cumulatie in die zin niet bezwaarlijk te noemen: voor wijzigingen die nodig worden vanwege gewijzigde sociale wetgeving kan worden teruggevallen op art. 25 pensioenreglement, voor andere wijzigingen waar

de AFM in deze zaak op leunt op het art. 7:613 BW beding uit de arbeidsovereenkomst. Dan kwalificeert art. 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst ook deels als een art. 19 Pw bepaling (vgl. in die zin ook het hof in rov. 3.4) – naast art. 25 van het pensioenreglement. Dat is ook qua inhoudelijke toetsing niet bezwaarlijk, omdat we gezien hebben dat de onderliggende toetsingsmaatstaf (zwaarwichtig belang voor werkgever) uitdrukkelijk gelijk is getrokken. Dat een art. 19 Pw eenzijdig wijzigingsbeding schriftelijk 'in' de pensioenovereenkomst moet staan, lijkt mij hier ook al geen hinderpaal, want die pensioenovereenkomst ligt vast in de arbeidsovereenkomst door incorporatie en in die arbeidsovereenkomst is het wijzigingsbeding schriftelijk neergelegd.

3.19 Ik acht dit ook maatschappelijk de meest wenselijke uitkomst. De vergrijzingsproblematiek zet al enige tijd pensioenstelsels in Nederland onder zodanige druk, dat deze in de loop der jaren steeds verder versoberd moesten worden om te voorkomen dat deze onbetaalbaar zouden worden. De meeste pensioenstelsels veranderden van eindloonregeling via middelloonregeling naar nog verder versoberde stelsels en het in Nederland bereikte pensioenakkoord dat nu in wetgeving wordt uitgewerkt is de belichaming van deze tendens. Dit is uiteindelijk in het belang van alle werknemers en (toekomstige) gepensioneerden. Er zijn daar wel duidelijke grenzen aan gesteld, zoals art. 20 Pw met betrekking tot bepaalde opgebouwde pensioenaanspraken. Het komt mij voor dat AFM in deze procedure duidelijk heeft gemaakt dat zij haar pensioenregeling (vergaand) diende te versoberen onder druk van deze maatschappelijke ontwikkelingen en het ministerie van financiën dat dreigde met het onthouden van goedkeuring van haar begroting bij gebreke van versobering en zich er vervolgens van heeft verzekerd dat de OR met de voorgenomen versoberingswijzigingen heeft ingestemd uiteindelijk. Zij dacht zich duidelijk een wijzigingsbevoegdheid voor dit soort situaties te hebben voorbehouden in haar arbeidsovereenkomsten. Het gaat in die omstandigheden te ver om een pensioenreglementsbeeping die duidelijk is toegesneden op wijzigingen die uit anderen hoofde noodzakelijk worden doordat sociale wetgeving verandert in zo'n geval exclusief te verklaren, zodat wijzigingen ingegeven door noodzakelijke pensioenversobering met het oog op betaalbaarheid van het stelsel en gelet op wat er in de markt gebeurt, alleen vanwege die in het pensioenreglement opgenomen specifieke regeling voor veranderde sociale wetgeving dan niet meer mogelijk zou zijn, ondanks het art. 7:613 BW beding in de arbeidsovereenkomsten die klaarblijkelijk ook zien op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Dat spreekt bij nader inzien niet aan, omdat het maatschappelijk met het oog op stelselbetaalbaar- en houdbaarheid noodzakelijke of wenselijke wijzigingen in pensioenstelsels frustreert.

3.20 Dit betekent dat ik de hier tezamen besproken subonderdelen 2.1-Ia t/m f niet zie opgaan. Vanzelfsprekend geldt het omgekeerde, indien niet van cumulatie moet worden uitgegaan, maar van exclusiviteit van art. 25 pensioenreglement ten opzichte van art. 10 lid 1 arbeidsovereenkomst.

3.21 Het slagen van de klachten in subonderdeel 2.1g en h betekent niet dat de voortbouwklacht in subonderdeel 2.1-II in zoverre slaagt. Anders dan het subonderdeel aanvoert, is uit de voorgaande bespreking duidelijk dat in mijn ogen wel sprake is van een geldig eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 19 Pw – beter gezegd: van een tweeledig en elkaar aanvullend wijzigingsbeding in de vorm van art. 25 pensioenreglement en art. 10 lid 1 arbeidsovereenkomst. Daar ketst dit onderdeel op af.

#### Subonderdeel 2.2-II van het incidenteel cassatieberoep

3.22 In dit subonderdeel bestrijden [verweerders] rov. 3.13, waarin het hof overweegt:

"Het voorgaande brengt met zich dat het hof de incidentele vordering op de voet van artikel 843a Rv zal afwijzen, enerzijds omdat het hof zich voldoende geïnformeerd acht en anderzijds omdat de gevraagde informatie naar het oordeel van het hof als bijlage II is aangehecht aan het pensioenakkoord."

3.23 Het oordeel van het hof steunt op twee pijlers ('enerzijds, anderzijds'). Beide pijlers worden bestreden in het subonderdeel, te beginnen met de vaststelling van het hof dat de gevraagde informatie als bijlage II is aangehecht aan het pensioenakkoord. In subonderdeel 2.2-IIa klagen [verweerders] dat het hof art. 24 Rv en art. 149 Rv heeft miskend, buiten het debat van partijen is getreden en zich schuldig heeft gemaakt aan verboden aanvulling van feiten. AFM heeft niet

betoogd dat de gevraagde informatie daar te vinden is.

- 3.24 Deze klacht faalt omdat bijlage II bij het pensioenakkoord door [verweerders] is overgelegd als onderdeel van prod. 2 bij dagvaarding. Het hof kon bij de beoordeling van de stellingen van [verweerders] putten uit deze te zijner kennis gekomen feiten (art. 149 lid 1 Rv) en het stond het hof in beginsel vrij uit de gedingstukken bepaalde conclusies te trekken zonder de feiten ongeoorloofd aan te vullen<sup>35</sup>.
- 3.25 De klacht in subonderdeel 2.2-IIb houdt in dat het oordeel van het hof ontoereikend is gemotiveerd, omdat niet duidelijk is waarop het hof nu precies het oog heeft met de aanduiding 'de gevraagde informatie', onder meer omdat de verzochte aanvangshaalbaarheidstoets niet was aangehecht als bijlage II aan het pensioenakkoord. Deze klacht slaagt.
- 3.26 In het petitum van de memorie van grieven vorderen [verweerders] in het incident "AFM te veroordelen om een afschrift over te leggen van de aanvangshaalbaarheidstoets zoals die door Pensioenfonds AFM is uitgevoerd voorafgaand aan (dan wel naar aanleiding van) de wijziging van Pensioenregeling 2014 naar Pensioenregeling 2016 (...)". Het gevraagde document is dus de aanvangshaalbaarheidstoets (zie ook MvG 94-105 en plta hb 27). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom het hof kennelijk de resultaten van deze toets op één lijn stelt met de toets zelf. Het hof had tenminste dienen aan te geven waarom bijlage II gelijk valt te stellen met het door [verweerders] gevraagde. Dat is hier temeer te verlangen, nu [verweerders] het pensioenakkoord met bijlage II zelf als prod. 2 bij de inleidende dagvaarding in het geding hebben gebracht. Niet valt immers in te zien waarom [verweerders] in die situatie een vordering ex art. 843a Rv zouden willen instellen om ditzelfde document van AFM te verkrijgen. De niet gemotiveerde uitleg van het hof is in dit licht onbegrijpelijk.
- 3.27 Met de rechtsklacht in subonderdeel 2.2-IIc keren [verweerders] zich tegen de tweede pijler onder het hofoordeel. Het hof kon volgens [verweerders] niet de vordering ex art. 843a Rv afwijzen door te overwegen dat het hof zich voldoende geïnformeerd acht.
- 3.28 Ook deze klacht slaagt. Het enkele feit dat het hof zich voldoende geïnformeerd acht, betekent nog niet dat de inzagevordering kan worden afgewezen. Er moet worden onderscheiden tussen art. 22 Rv en art. 843a Rv. Art. 22 Rv is een discretionaire bevoegdheid van de rechter om partijen te bevelen bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen (of te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten). Dit bevel *kan* de rechter bijvoorbeeld geven als hij zich onvoldoende voorgelicht acht. Anders dan art. 22 Rv is art. 843a Rv voor partijen geschreven<sup>36</sup>. Art. 843a Rv geeft een partij recht op inzage indien aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan en de daaraan gestelde beperkingen niet aan inzage in de weg staan. De rechter *moet* de vordering dan toewijzen<sup>37</sup>. Weliswaar verzochten [verweerders] *subsidiair* om toepassing van art. 22 Rv (MvG 104-105), maar dit betekent niet dat het hof de *primaire* vordering op grond van art. 843a Rv kan afdoen alsof het een discretionaire bevoegdheid van het hof betreft. Een toetsing aan art. 843a Rv heeft kennelijk niet plaatsgevonden, althans onvoldoende kenbaar.
- 3.29 In zoverre slaagt ook de klacht in subonderdeel 2.2-IId waarin [verweerders] stellen dat het hof onvoldoende heeft onderbouwd waarom ook het verzoek ex art. 843a Rv afgewezen zou moeten worden, indien en voor zover het oordeel van het hof ('voldoende geïnformeerd') uitsluitend zou zien op het door [verweerders] subsidiair gedane verzoek.
- 3.30 Ook de klacht in subonderdeel 2.2-IIe slaagt in het kielzog van de vorige klachten, omdat in dit licht en zonder motivering niet valt in te zien waarom 'het voorgaande' meebrengt dat de vordering ex art. 843a Rv zou moeten worden afgewezen.
- 3.31 De voortbouwklacht in subonderdeel 2.3 slaagt daarmee voor zover rov. 3.14 en het dictum zien op de afwijzing van de incidentele inzagevordering.
- 3.32 Resumerend slagen van het onvoorwaardelijke deel van het incidentele cassatiemiddel de volgende onderdelen: 2.1-Ig en h, 2.2-IIb t/m e en 2.3 voor zover rov. 3.14 en het dictum zien op afwijzing van de incidenteel gevorderde inzage.

#### 4 Bespreking van het principaal cassatiemiddel

4.1 Het principaal cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, onderverdeeld in subonderdelen. Het eerste onderdeel bevat rechts- en motiveringsklachten gericht tegen rov. 3.6 waarin het hof oordeelt dat AFM de door [verweerders] opgebouwde pensioenaanspraken niet kon wijzigen gelet op art. 20 Pw. Het tweede onderdeel komt erop neer dat het hof in rov. 3.8 t/m 3.11 niet kon oordelen dat vier wijzingen in de uitvoeringsovereenkomst niet ten opzichte van [verweerders] als deelnemers konden worden doorgevoerd. Met het derde onderdeel richt AFM zich tegen het dictum, waarin het hof volgens AFM niet de delen kon uitspreken die betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst.

#### Onderdeel 1

4.2 Het onderdeel start met een inleidend subonderdeel 1.1 dat geen klacht bevat. In subonderdeel 1.1.1 klaagt AFM dat het hof in rov. 3.6 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de in art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 bedoelde toeslagverlening (eindigend bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst) onvoorwaardelijk is, in de zin dat deze kan worden gekwalificeerd als een pensioenaanspraak waarop art. 20 Pw van toepassing is. Deze klacht bespreek ik tezamen met subonderdeel 1.1.3 waarin AFM betoogt dat het hofoordeel in rov. 3.6 onbegrijpelijk is dat niet in geschil is dat in art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 geen voorwaardelijke toeslag is, omdat (A.) de AFM heeft gesteld dat de toeslag een voorwaardelijk element bevat en omdat (B.) de AFM de onvoorwaardelijkheid heeft bestreden door te wijzen op de slotzin van art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014.

4.3 Op 1 januari 2007 trad de Pw in werking<sup>38</sup>. Paragraaf 2.3 van de Pw ('Wijziging pensioenovereenkomst') bestaat uit art. 19 en art. 20 die als volgt luiden:

#### **"Artikel 19. Wijziging pensioenovereenkomst**

Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

#### **Artikel 20. Gevolgen wijziging van een pensioenovereenkomst**

In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134."

4.4 In dit onderdeel staat art. 20 Pw centraal. Dit is een dwingendrechtelijk wijzigingsverbod<sup>39</sup>: in beginsel kunnen opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd door aanpassing van de pensioenovereenkomst. Voor een goed begrip van dit artikel zullen eerst de daarin voorkomende en in art. 1 Pw gedefinieerde begrippen moeten worden geïdentificeerd:

- De pensioenovereenkomst: hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.
- Aanspraakgerechtigde: persoon die begunstigde is voor een nog niet ingegaan pensioen.
- Pensioenaanspraak: het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagverlening.

Art. 20 Pw blijft overigens bestaan in het voorstel voor de Wet toekomst pensioenen, met als wijzigingen dat 'voor de aanspraakgerechtigden' vervalt en 'opgebouwde pensioenaanspraken' wordt vervangen door 'opgebouwde pensioenaanspraken en de pensioenrechten'<sup>40</sup>.

4.5 In onze zaak is niet in geschil dat tussen [verweerders] en de AFM een pensioenovereenkomst is gesloten en dat [verweerders] aanspraakgerechtigden zijn. De pensioenovereenkomst houdt in dit geval een verwijzing in naar het pensioenreglement waarin de inhoud van de overeenkomst staat<sup>41</sup>. Partijen verschillen van mening over de vraag of art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 kwalificeert als een pensioenaanspraak (i.d.z.v. art. 20 Pw). Dit is een bepaling over toeslagverlening (ook wel: indexering<sup>42</sup>) en luidt – in zijn context weergegeven – als volgt:

#### **"Artikel 9. Ouderdomspensioen**

#### *Hoogte jaarlijkse inkoop*

1. Voor ieder deelnemersjaar wordt op grond van de pensioenrichtdatum een aanspraak op een jaarlijks ouderdomspensioen toegekend ter grootte van 1,875% van de pensioengrondslag in het desbetreffende deelnemersjaar.

#### *Ploegendienst*

2. (...)

#### *Toeslagverlening*

3. Op de pensioenaanspraken voor deelnemers wordt jaarlijks (per 1 januari) een toeslag verleend op basis van de algemene (niet-incidentele) loonontwikkeling bij de werkgever over het voorgaande kalenderjaar. Voor deze toeslagverlening is geen reserve gevormd, maar deze wordt door de werkgever voldaan. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenaanspraken worden aangepast.

#### *Samenloop Ouderdomspensioen en loondoorbetaling of wettelijke uitkering ZW/WIA*

4. (...)"

4.6 De in de bepaling gebruikte term 'deelnemer' is gedefinieerd in art. 1 van het pensioenreglement 2014, dat verwijst naar art. 2 lid 1 van dat reglement dat – in zijn context weergegeven – als volgt luidt:

#### **"Artikel 2. Deelnemerschap**

1. Deelnemer in de zin van dit pensioenreglement is de door de werkgever aangemelde werknemer met wie een pensioen is overeengekomen waarvan de uitvoering is ondergebracht bij de stichting en die

- a. op 31 december 2013 in dienst was en dat aansluitend vanaf 1 januari 2014 is gebleven; of
- b. op of na 1 januari 2014 in dienst is getreden.

#### *Aanvang deelnemerschap*

2. Het deelnemerschap vangt aan op de dag waarop de werknemer indienst [sic] treedt.

#### *Einde deelnemerschap*

3. Het deelnemerschap eindigt:

- a. bij overlijden van de deelnemer
- b. door het ingaan van het ouderdomspensioen
- c. op de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, anders dan door overlijden of pensionering.

#### *Voortzetting deelnemerschap*

4. (...)

5. (...)"

4.7 Het is in onze zaak niet in geschil dat [verweerders] deelnemers zijn.

4.8 Uit de definitie in de Pw van 'pensioenaanspraak' (zie 4.4: recht op nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen *voorwaardelijke* toeslagverlening) kan worden afgeleid dat een overeengekomen *onvoorwaardelijke* toeslagverlening (anders dan een voorwaardelijke) als pensioenaanspraak kwalificeert. Dat wordt in de wetgeschiedenis uitdrukkelijk bevestigd<sup>43</sup>:

"[...] Het begrip pensioenaanspraak ziet ook op de aanspraak op onvoorwaardelijke toeslagen, maar niet op voorwaardelijk overeengekomen toeslagverlening."

4.9 Het hof oordeelde in rov. 3.6 dat tussen partijen niet in geschil is dat de toeslag van art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 geen voorwaardelijke toeslag is. AFM klaagt in cassatie (subonderdeel 1.1.3) dat dit onbegrijpelijk is, onder verwijzing naar MvA 42 en plta hb 13. AFM heeft zich daar consequent op het standpunt gesteld dat sprake is van een 'onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element'<sup>44</sup>. Het is dan niet onbegrijpelijk dat het hof aanneemt dat (ook) de AFM kennelijk vindt dat de toeslag onvoorwaardelijk ("geen voorwaardelijke toeslag") is. De tekst van de bepaling leert ook dat op pensioenaanspraken voor deelnemers jaarlijks een toeslag 'wordt

verleend.’ Dit geldt temeer omdat AFM deze formulering kennelijk ontleent aan de wetsgeschiedenis<sup>45</sup> of de literatuur<sup>46</sup>, waaruit duidelijk volgt dat een dergelijke toeslag – ondanks het ‘voorwaardelijke element’ – een onvoorwaardelijke toeslag is. Daar komt nog bij dat dit ‘voorwaardelijk element’ geen voorwaarde in de zin van de wet is. Het Nederlands vermogensrecht gaat ervan uit dat een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde kan worden verricht, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit (art. 3:38 lid 1 BW). Een verbintenis is voorwaardelijk wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige *onzekere* gebeurtenis afhankelijk is gesteld (art. 6:21 BW)<sup>47</sup>. Ook de uit de pensioenovereenkomst voortvloeiende verbintenissen worden door deze algemene bepalingen beheerst<sup>48</sup>. De voorwaardelijkheid van art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 zit daarin, aldus de AFM, dat de toeslag afhankelijk is van het hebben en houden van de status ‘deelnemer’. Dat is onjuist, omdat het einde van het deelnemerschap een *zekere* toekomstige gebeurtenis is (mede gelet op art. 2 lid 3 pensioenreglement 2014)<sup>49</sup>. Het veranderen van de status van deelnemerschap kan niet uitblijven. De vraag is alleen: wanneer eindigt het deelnemerschap<sup>50</sup>? Daarmee is van voorwaardelijkheid geen sprake<sup>51</sup>. Bovendien kan dit geen voorwaarde worden genoemd, omdat aan de rechtsgevolgen of werking van de verbintenis over de toeslag voor de deelnemer niets verandert bij wijziging van zijn deelnemerstatus<sup>52</sup>. De toeslag en het karakter van de toeslag voor de periode dat iemand deelnemer was, blijft hetzelfde. Dat er andere afspraken over toeslagen bestaan voor de periode dat iemand geen deelnemer meer is (maar gewezen deelnemer of gepensioneerd), doet daaraan niet af<sup>53</sup>.

4.10 Voor de volledigheid wijs ik nog op (betrekkelijk) recent verschenen bijdragen over art. 20 Pw, waarin (ook) de in deze zaak gevoerde discussie uitgebreid aan bod komt<sup>54</sup>.

4.11 Ook het feit dat AFM heeft gewezen op de laatste zin van art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 (plta hb, p. 7, midden en p-v pleidooi hb, p. 2) maakt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Deze zin luidt: “Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenaanspraken worden aangepast.” De (werking van de) verbintenis over toeslagverlening tussen [verweerders] en AFM is van deze beslissing van het bestuur van het pensioenfonds niet afhankelijk. Het is meer een uitwerkingsbepaling. Een toeslag is een verhoging van de pensioenaanspraak of het pensioenrecht<sup>55</sup>. De toeslag in onze zaak wordt jaarlijks verleend ‘op de pensioenaanspraken voor deelnemers’, aldus het derde lid. Aanspraken voor wat betreft het ouderdomspensioen (het onderwerp van art. 9 pensioenreglement 2014) worden toegekend volgens de regeling in het eerste lid. Een vermindering van verworven<sup>56</sup> pensioenaanspraken door het pensioenfonds is onder voorwaarden toegestaan op grond van art. 134 Pw (zie de uitdrukkelijke uitzondering art. 20 Pw)<sup>57</sup>. Deze aanpassingsmogelijkheid is volgens mij bedoeld met de hier besproken zin uit het pensioenreglement. Ook met deze mogelijkheid tot eventuele vermindering van de pensioenaanspraken (‘korting’) blijft de onvoorwaardelijke toeslag op basis van de loonontwikkeling van het voorafgaande jaar verleend over de pensioenaanspraken in stand en daarmee wordt deze toeslag niet ineens voorwaardelijk. Het hof heeft dit volgens mij niet miskend en een dergelijk oordeel is ook niet onbegrijpelijk te noemen. In dit kader herinner ik eraan dat de rechter niet verplicht is steeds alle door een partij aangedragen stellingen uitdrukkelijk in zijn motivering te betrekken<sup>58</sup>. Een stelling kan ook impliciet worden verworpen<sup>59</sup>. Dat is hier volgens mij gebeurd. Het hof overweegt in rov. 3.6: “Tussen partijen is niet in geschil dat de toeslag op basis van de algemene (niet-incidentele) loonontwikkeling bij AFM over het voorafgaande boekjaar in artikel 9 lid 3 van Pensioenreglement 2014 geen voorwaardelijke toeslag is.” Een vergelijking met art. 22 lid 1 en lid 2 pensioenreglement 2014 (‘Vaststelling hoogte toeslagverlening en voorwaardelijkheidsverklaring’) geeft overigens een aanwijzing dat de beslissing van het bestuur wellicht niet eens ziet op toeslagverlening, maar alleen op de aanspraken waarover toeslag wordt verleend<sup>60</sup>. Dezelfde zin is daar opgenomen terwijl het op die plaats gaat om een voorwaardelijke toeslagverlening. Zoals wij zagen is een voorwaardelijke toeslagverlening geen pensioenaanspraak en daarover beslist het bestuur dus niet.

4.12 De klachten in subonderdelen 1.1.1 en 1.1.3 ketsen hierop af. Het oordeel van het hof dat de toeslagverlening in art. 9 lid 3 pensioenreglement 2014 niet voorwaardelijk is, is niet rechtens onjuist en niet onbegrijpelijk.



- 4.13 Met subonderdeel 1.1.2 bestrijdt AFM rov. 3.6 voor zover het hof mocht hebben geoordeeld dat sprake is van een onvoorwaardelijke toeslag omdat (en zo lang) [verweerders] in dienst zijn bij de jaarlijkse toekenning van de toeslag en dus voldoet aan de voorwaarde van het zijn van 'deelnemer'. In mijn ogen heeft het hof dit niet overwogen, zodat dit subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.
- 4.14 Feitelijke grondslag ontbreekt ook in subonderdeel 1.1.4. Daarin klaagt AFM dat voor zover het hof, mede gelet op de verwijzing in rov. 3.6 naar art. 95 Pw en het daar opgenomen vereiste van een voorwaardelijkheidsverklaring, heeft geoordeeld dat in dit geval niet aan dat vereiste is voldaan, het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag heeft aangevuld en/of in strijd met art. 19 Rv en art. 6 EVRM een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven. Dit valt niet in het bestreden arrest te lezen. Verder ontbreekt ook belang bij de klachten in dit subonderdeel indien de voorgaande subonderdelen geen doel treffen. De daar bestreden delen van rov. 3.6 zijn (tezamen met de niet bestreden delen) zelfstandig dragend voor het oordeel van het hof dat geen sprake is van een voorwaardelijke toeslag en de toeslag gelet op art. 20 Pw niet kon worden gewijzigd.
- 4.15 Subonderdeel 1.2 richt zich ook tegen rov. 3.6. AFM klaagt dat het hof niet kon oordelen dat het met toepassing van art. 20 Pw voor recht zal verklaren dat vanaf de uitdiensttreding van [verweerders] de voorwaardelijke toeslagregeling van art. 22 pensioenreglement 2014 van toepassing zal zijn op alle uit hoofde van de pensioenregeling 2014 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten, behoudens het bepaalde in art. 76, 78, 83 en 134 Pw. Hiermee heeft het hof, aldus de AFM, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting althans is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd.
- 4.16 Deze klacht is terecht voorgesteld. Zoals AFM stelt, heeft het hof de toeslagregeling van art. 22 pensioenreglement 2014 gekwalificeerd als voorwaardelijk. Die toeslagregeling is – samengevat – van toepassing vanaf uitdiensttreding van [verweerders] Omdat vaststaat dat sprake is van een voorwaardelijke toeslag, is art. 20 Pw niet van toepassing. Zoals wij onder ogen hebben gezien in 4.4 is een voorwaardelijke toeslag geen pensioenaanspraak gelet op de definitie van dit laatste begrip in art. 1 Pw. Het hof kon dus niet 'onder toepassing van art. 20 Pw', dat alleen ziet op pensioenaanspraken, oordelen dat deze toeslagregeling (kort gezegd: voor gewezen deelnemers en gepensioneerden) niet gewijzigd mocht worden. Hieraan doet niet af dat zolang [verweerders] in dienst blijven (en dus deelnemer zijn) zij kunnen profiteren van de onvoorwaardelijke toeslag op hun tot 1 januari 2016 opgebouwde aanspraken.
- 4.17 Omdat de klacht in subonderdeel 1.2 slaagt, treft ook de voortbouwklacht van AFM in subonderdeel 1.3 gericht tegen het dictum doel, voor zover de geslaagde klacht in het vorige subonderdeel de grond vormt voor de veroordeling tot nakoming van de pensioenovereenkomst 2014 en daarin de voortdurende gelding van art. 22 pensioenreglement 2014 besloten ligt. Een verklaring voor recht over de voorwaardelijke toeslagregeling, zoals aangekondigd in rov. 3.6, is in het dictum niet terug te vinden.

## Onderdeel 2

- 4.18 Dit onderdeel start met een samenvatting van rov. 3.7 t/m rov. 3.11. AFM vervolgt haar betoog in subonderdeel 2.1 met de vaststelling dat [verweerders] als werknemers in dienst zijn van AFM en (dus) geen gewezen werknemers of gepensioneerden zijn.
- De *eerste klacht* is dat het hof in rov. 3.8 t/m rov. 3.11 heeft miskend dat bij de beoordeling van de rechtsverhouding tussen AFM en [verweerders] geen betekenis toekomt aan de omstandigheden dat (i) de door AFM voorgestane wijzigingen nadelige effecten kunnen hebben voor opgebouwde pensioenaanspraken van gewezen deelnemers en ingegane pensioenrechten van gepensioneerden en (ii) dat het wijzigingsbeding niet ten aanzien van deze categorie van belanghebbenden kan worden ingeroepen.
- De *tweede klacht* is dat indien één of meer wijzigingen niet inroepbaar zijn tegenover (één of meer) gewezen werknemers of gepensioneerden, dit rechtens nog niet maakt dat die wijzigingen evenzeer niet geldig/inroepbaar zijn tegenover [verweerders] als werknemers.
- De *derde klacht* is dat indien (één of meer) wijzigingen niet inroepbaar zijn tegenover (één of meer)

gewezen werknemers en gepensioneerden dit rechtens nog niet maakt dat die wijzigingen evenzeer niet geldig/inroepbaar zijn tegenover [verweerders] als werknemers, en dat het hof dan ook nader had moeten motiveren waarom die ongeldigheid/niet-inroepbaarheid ook geldt in de rechtsverhouding tussen AFM en [verweerders]

4.19 Deze klachten slagen niet omdat deze uitgaan van een onjuiste lezing van de bestreden beslissing. Het hofoordeel laat zich puntsgewijs als volgt weergeven:

- het uitgangspunt is dat het eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst niet per definitie geldt voor wijzigingen die ook gelden voor gewezen deelnemers en gepensioneerden (rov. 3.8 (slotzin));
- gelet op dit uitgangspunt wordt gestart met de beoordeling van wijzigingen die betrekking hebben op alle tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken van werknemers en gewezen deelnemers en ingegane pensioenrechten van gepensioneerden (rov. 3.9);
- het eenzijdig wijzigingsbeding tussen AFM en [verweerders] geldt slechts voor wijzigingen in de pensioenovereenkomst met betrekking tot de toekomstige pensioenopbouw voor de werknemers en niet, zoals in het onderhavige geval, voor wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst tussen AFM en haar pensioenfondsen die effect hebben op de door gewezen deelnemers en gepensioneerden onder eerdere pensioenovereenkomsten opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten (rov. 3.10 eerste volzin);
- in het licht hiervan kunnen de door het hof in rov. 3.10 en rov. 3.11 genoemde wijzigingen niet doorgevoerd worden met een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding en (dus) niet worden getoetst aan de maatstaf van art. 7:613 BW of art. 19 Pw (zwaarwichtig belang bij wijziging).
- wijzigingen van de pensioenovereenkomst en de ter uitvoering daarvan gesloten (gewijzigde) uitvoeringsovereenkomst kunnen, zoals in rov. 3.6 geoordeeld, alleen worden doorgevoerd op reeds opgebouwde pensioenaanspraken door een (interne) waardeoverdracht.

4.20 Het hofoordeel is gegeven tegen de achtergrond van het wijzigingsverbod van art. 20 Pw. Dit blijkt uit de focus van het hof op 'opgebouwde pensioenaanspraken' in combinatie met de verwijzing in rov. 3.10 naar rov. 3.6<sup>61</sup>. Het wijzigingsverbod ziet op opgebouwde pensioenaanspraken en – naar moet worden aangenomen<sup>62</sup> – pensioenrechten. De pensioenaanspraak is het recht op een nog niet ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagen; het pensioenrecht is het recht op een ingegaan pensioen, uitgezonderd overeengekomen voorwaardelijke toeslagen<sup>63</sup>. Art. 20 PW verzet zich tegen een wijziging van opgebouwde aanspraken. Volgens Lutjens kan niet worden aangenomen dat pas na financiering van opbouw van pensioenaanspraken kan worden gesproken<sup>64</sup>. Voor de pensioenaanspraken geldt dat deze zijn opgebouwd nadat aan de reglementaire voorwaarden voor opbouw is voldaan (meestal zal dit betekenen dat de voor de opbouw vereiste dienst- of deelnemingstijd is vervuld). Het hof kijkt in rov. 4.8-4.11 naar wijzigingen die invloed hebben op opgebouwde aanspraken en opgebouwde rechten en daarmee naar deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden. Omdat deze opgebouwde aanspraken en rechten gelet op art. 20 Pw niet kunnen worden gewijzigd, betekent dit dat een wijzigingsbeding ten aanzien van de besproken wijzigingen zonder werking is, aldus het hof. Anders dan AFM meent, redeneert het hof dus niet vanuit 'gewezen deelnemers en gepensioneerden' om vervolgens het oordeel door te trekken naar deelnemers [verweerders]. Het redeneert vanuit 'opgebouwde aanspraken', opgebouwd bij AFM door wie dan ook.

4.21 Subonderdeel 2.2 is een inleiding op de klachten in subonderdelen 2.2.1 en 2.2.2. Uit de klacht in subonderdeel 2.2.1 blijkt dat ook AFM inziet dat het hof zich baseert op het wijzigingsverbod van art. 20 Pw. AFM klaagt dat het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van de vorderingen van [verweerders] heeft aangevuld, althans het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden en een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven, onder meer omdat het beroep op art. 20 Pw door [verweerders] in appel is beperkt tot specifiek en uitsluitend de wijziging van onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexatie. Ten aanzien van de andere door AFM voorgestane wijzigingen heeft [verweerders], aldus AFM, uitsluitend betoogd dat een belangenafweging ex art. 7:613 BW ertoe leidt dat zijn belangen zwaarder moeten wegen dan de belangen van AFM.

- 4.22 Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het de rechter niet vrijstaat zijn beslissing te baseren op rechtsgronden<sup>65</sup> of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen<sup>66</sup>. Dit is in essentie de rechtspraak waar AFM zich op beroept.
- 4.23 Zoals AFM terecht stelt, blijkt uit de gedingstukken niet (voldoende) dat [verweerders] zich op het wijzigingsverbod van art. 20 Pw heeft beroepen ten aanzien van de wijzigingen aan de orde in rov. 3.9 t/m rov. 3.11. De vraag is of het hof dat dan zelf kon concluderen. We stuiten hier op de klassieke moeilijkheid dat het de rechter enerzijds verboden is de feitelijke grondslag aan te vullen (art. 24 Rv), maar dat hij anderzijds verplicht is de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv)<sup>67</sup>. Deze verplichting tot aanvulling van rechtsgronden ziet op de door de rechter ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag gelegde rechtsregels<sup>68</sup>. Voor het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden (art. 25 Rv) door de rechter<sup>69</sup> is volgens de Hoge Raad noodzakelijk, maar ook voldoende, dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan haar vordering ten grondslag legt dat deze – eventueel in onderling verband en samenhang bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband ten grondslag worden gelegd aan de vordering – toewijzing van de vordering kunnen rechtvaardigen op de door de rechter bij te brengen rechtsgrond<sup>70</sup>. Bij de beoordeling of voldoende duidelijk is dat een partij bepaalde feiten en omstandigheden aan een vordering, verzoek of verweer ten grondslag heeft gelegd, komt het aan op een uitleg van stellingen in de gedingstukken<sup>71</sup>. In cassatie kan slechts worden getoetst of de uitleg die de rechter bij het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden aan die stellingen heeft gegeven begrijpelijk is<sup>72</sup>.
- 4.24 AFM miskent dat het hof niet de feitelijke grondslag, maar de rechtsgronden heeft aangevuld. Het hof plakte het juiste etiket op de samengestelde feitelijke grondslag<sup>73</sup> die [verweerders] en AFM respectievelijk aan hun vorderingen en verweren met betrekking tot de door het hof besproken wijzigingen ten grondslag hebben gelegd. Deze grondslag is te vinden in MvG 134-137 en MvA 45-46 (voor rov. 4.9-4.10) en in MvG 138 e.v. en MvA 47 (voor rov. 4.11). Gelet hierop faalt de klacht over schending van art. 24 Rv. Ook schending van het beginsel van hoor en wederhoor of (specifieker) een verrassingsbeslissing lijkt mij niet aan de orde. Hiervan is slechts sprake indien de rechter partijen niet of onvoldoende hoort over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan zijn beslissing en partijen aldus verrast met een beslissing waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening hoefden te houden<sup>74</sup>. De hiervoor genoemde vindplaatsen in de processtukken in hoger beroep, pleitnota hb [verweerders] 13-18 en p-v pleidooi hb. p. 5, midden (vragen met antwoorden van H. Korte, pensioenjurist van AFM, over opgebouwde aanspraken en de nieuwe regeling) laten zien dat debat heeft plaatsgevonden over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de bestreden overwegingen van het hof. Gelet hierop faalt de klacht gebaseerd op art. 19 Rv en art. 6 EVRM en is de uitleg van de stellingen in de gedingstukken bovendien niet onbegrijpelijk te noemen.
- 4.25 In subonderdeel 2.2.2 betoogt AFM verder nog dat het hof de gedingstukken van [verweerders] en in het bijzonder grief 2 onbegrijpelijk heeft uitgelegd. AFM wijst daarbij, naast een generieke verwijzing naar rov. 3.8 t/m 3.11, op rov. 3.9 (eerste volzin) en rov. 3.3 (laatste volzin).
- 4.26 Uitleg van gedingstukken – en dus ook van grieven – is feitelijk in cassatie<sup>75</sup>. Als grieven worden aangemerkt alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd. Die gronden moeten wel behoorlijk in het geding naar voren zijn gebracht, zodat zij voldoende kenbaar zijn voor de rechter en voor de wederpartij, welke laatste immers moet kunnen weten waartegen zij zich in de procedure in hoger beroep heeft te verweren<sup>76</sup>. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de rechter zich moet hoeden voor een uitleg waar de tegenpartij niet op bedacht hoefde te zijn<sup>77</sup>. Zoals in 4.24 uiteengezet, is geen sprake van strijd met het beginsel van hoor en wederhoor omdat debat heeft plaatsgevonden over de elementen die het hof aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd. Het enkele feit dat AFM – naar eigen zeggen – niet heeft zien aankomen dat het hof op basis van het betoog van [verweerders] (en het verdere debat) art. 20 Pw zou toepassen, doet hieraan niet af.

De uitleg van de grief van [verweerders] wordt daardoor niet onbegrijpelijk, mede omdat aanvulling van rechtsgronden komt ná deze uitleg<sup>78</sup>.

4.27 De uitleg van grief 2 is ook niet onbegrijpelijk omdat deze – zoals AFM betoogt – onverenigbaar zou zijn met de tot wijziging van de indexatie beperkte uitleg van rov. 3.5. In deze overweging staat dat grief 2 uiteenvalt in twee onderdelen, waarvan het tweede onderdeel ziet op indexatie. In rov. 3.6 bespreekt het hof dit tweede onderdeel, alvorens het vanaf rov. 3.7 het eerste onderdeel behandelt. Uit rov. 3.9 (eerste volzin) blijkt dat het hof het eerste onderdeel van grief 2 verder splitst en eerst de wijzigingen bespreekt die van invloed zijn op alle tot 2016 opgebouwde pensioenaanspraken van de werknemers en de gewezen deelnemers en ingegane pensioenrechten van gepensioneerden. Gezien deze opdeling van grief 2 is de uitleg daarvan in het bestreden arrest niet onverenigbaar en/of onbegrijpelijk te noemen. Subonderdeel 2.2.2 treft zodoende geen doel.

4.28 In subonderdeel 2.3 klaagt AFM dat het hof in rov. 3.10 en rov. 3.11 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat de daar vermelde omstandigheden niet maken dat sprake is van een wijziging van een opgebouwde pensioenaanspraak, zodat art. 20 Pw geen (analoge) toepassing kan vinden. De vermelde 'omstandigheden' zijn de volgende:

- In rov. 3.10 noemt het hof de eenzijdige beëindiging door AFM van:

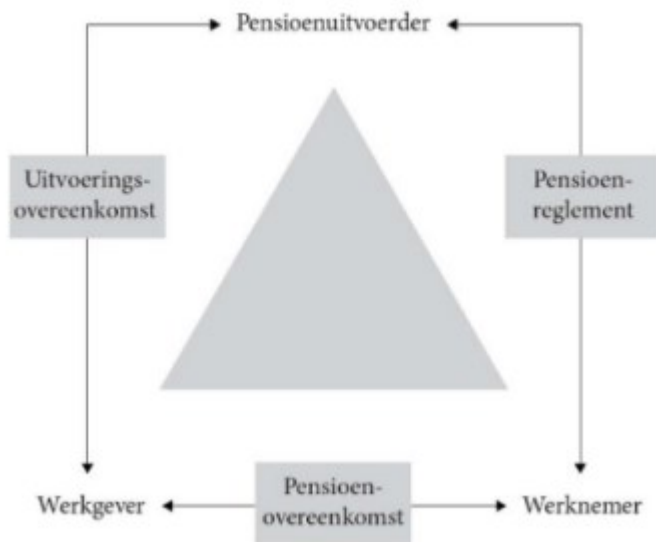
- o de herstellpremieverplichting van 10% van de jaarlijkse pensioenpremie;

- o de verplichting bij te dragen aan kostenoverschrijdingen boven EUR 700.000; en

- o de verplichting bij te storten bij wijzigingen in de grondslagen anders dan de rekenrente.

- In rov. 3.11 overweegt het hof dat – volgens de stellingen van AFM – de met het pensioenfonds gemaakte afspraak over het aanwenden van de collectief beschikbare premie, volgens de methodiek van de gedempte kostendeekkende premie, nadelig is voor gewezen deelnemers en gepensioneerden.

4.29 De wijzigingen betreffen afspraken over financiering die in de uitvoeringsovereenkomst tussen AFM en AFM pensioenfonds staan. Dat is (dus) niet de pensioenovereenkomst tussen [verweerders] en AFM. Het is deze pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer die de basis vormt voor de zogeheten driepartijenverhouding bij arbeidsgerelateerd pensioen (oftewel: aanvullend pensioen of de tweede pensioenpijler). Dit is een wederkerige overeenkomst: de werknemer neemt de verbintenis op zich om arbeid te verrichten, waartegenover de werkgever (onder andere) pensioen toezegt. Art. 23 Pw schrijft voor dat de werkgever de pensioenovereenkomst onderbrengt bij een pensioenuitvoerder. Hiertoe moet de werkgever een uitvoeringsovereenkomst aangaan met een pensioenuitvoerder. Ook dit is een wederkerige overeenkomst: de werkgever is verplicht premie te betalen en de pensioenuitvoerder neemt uitkeringsverplichtingen jegens de pensioengerechtigden op zich. De werknemer komt als begunstigde in relatie te staan tot de pensioenuitvoerder. In het stelsel van de Pw is deze verhouding geregeld in het pensioenreglement; de pensioenuitvoerder stelt dit reglement op (art. 35 Pw). Het reglement moet in overeenstemming zijn met de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst<sup>79</sup>. De driehoek is hiermee compleet. De rechtsverhoudingen binnen de pensioendriehoek zijn in werkelijkheid complexer dan lijntjes tussen partijen<sup>80</sup>, maar een visuele weergave van de zogenoemde pensioendriehoek is de volgende<sup>81</sup>:



- 4.30 AFM klaagt dat de vermelde omstandigheden niet maken dat sprake is van wijziging van een pensioenaanspraak en licht verder toe dat het begrip pensioenaanspraak niet de (wijze van) financiering van het door het pensioenfonds uit te keren pensioen omvat. Dit standpunt van AFM lijkt mij juist. Zoals wij zagen is de verplichting van AFM om te zorgen voor volledige onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een uitvoerder door het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst. Volledige onderbrenging betekent dat de werknemer de aanspraken en rechten die hij aan de pensioenovereenkomst ontleent volledig via de pensioenuitvoerder verkrijgt<sup>82</sup>. Een wijziging van de pensioenovereenkomst kan door de onderbrengingsplicht meebrengen dat een wijziging in de uitvoeringsovereenkomst noodzakelijk is om aan de uitvoering en de volledige onderbrenging te blijven voldoen<sup>83</sup>. Bedacht moet worden dat de uitvoeringsovereenkomst echter méér omvat dan alleen overgenomen afspraken uit de pensioenovereenkomst<sup>84</sup>. De verplichting tot het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst neemt niet weg dat zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder hun eigen verantwoordelijkheden behouden ten aanzien van de inhoud, uitvoering en – hier van belang – financiering van de pensioenovereenkomst<sup>85</sup>.
- 4.31 Art. 20 Pw voorkomt – kort gezegd – dat wijziging van de *pensioenovereenkomst* de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken aantast (zie hiervóór in 4.3-4.4). Het wetsartikel heeft dus betrekking op de aan de uitvoeringsovereenkomst *voorafgaande* afspraken binnen de rechtsverhouding werknemer - werkgever waaraan pensioenaanspraken worden ontleend. Daaruit volgt wat ondergebracht moet worden. Zoals PJ-annotator Huijg van het hofarrest opmerkt, gaat het bij 'opgebouwde aanspraken' volgens art. 20 Pw niet om wat 'achter de coulissen' plaatsvindt tussen werkgever en uitvoerder, zoals (de wijze van) financiering<sup>86</sup>. Daarmee strookt dat niet kan worden aangenomen dat pas na (voltooide) financiering van opbouw van pensioenaanspraken kan worden gesproken (zie hiervóór in 4.20<sup>87</sup>). Gelet hierop belet art. 20 Pw niet de wijziging van financieringsafspraken in de *uitvoeringsovereenkomst*. Die wijziging raakt, zoals AFM terecht opmerkt, niet de pensioenaanspraken van [verweerders] (d.w.z. het recht op een nog niet ingegaan pensioen dat aan de pensioenovereenkomst wordt ontleend). De klacht slaagt.
- 4.32 Gelet hierop slaagt ook de *eerste klacht* in subonderdeel 2.4.1 (volgend op de inleiding in subonderdeel 2.4) die erop neerkomt dat het hof de wijzigingen in de *uitvoeringsovereenkomst* niet kon toetsen aan art. 20 Pw of een daaraan analogische norm.
- 4.33 Met de *tweede klacht* van dit subonderdeel komt AFM in het geweer tegen de overweging in rov. 3.10, onder verwijzing naar rov. 3.6 dat wijzigingen van de pensioenovereenkomst *en de ter uitvoering daarvan gesloten (gewijzigde) uitvoeringsovereenkomst* alleen worden toegepast op reeds opgebouwde pensioenaanspraken door een (interne) waardeoverdracht. AFM wijst erop dat dat het pensioenfonds een eigen verantwoordelijkheid heeft om al dan niet de uitvoeringsovereenkomst met de werkgever te wijzigen en hierover zelf een afweging dient te maken. Ook deze klacht slaagt, in zoverre dat art. 83 Pw (zie de verwijzing van het hof naar dit

wetsartikel in rov. 3.6) geen rechtsgrond biedt om vanwege een gewijzigde *uitvoeringsovereenkomst* een (collectieve) interne waardeoverdracht door te voeren<sup>88</sup>.

- 4.34 De door AFM in subonderdeel 2.4.2 voorgestelde klacht slaagt niet bij gebrek aan feitelijke grondslag. Anders dan AFM stelt, heeft het hof in rov. 3.8 t/m 3.11 de wijzigingen van de uitvoeringsovereenkomst niet getoetst aan art. 7:613 BW en/of art. 19 Pw. Dat brengt mee dat ook de klacht in subonderdeel 2.5 niet opgaat, die van dezelfde (veronder)stelling uitgaat.
- 4.35 De in subonderdeel 2.4.3 vervatte klacht luidt dat gegeven het feit dat de door het hof in rov. 3.8 t/m 3.11 bedoelde wijzigingen betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst, bij de beoordeling van de geldigheid/inroepbaarheid van die wijzigingen rechtens irrelevant is of in de arbeids- of pensioenovereenkomst een bevoegdheid is overeengekomen om die wijzigingen (eenzijdig) aan te brengen, en zo ja, of die kan worden ingeroepen. Hoewel AFM een punt heeft dat een wijzigingsbeding in de verhouding AFM- [verweerders] – in beginsel – geen betekenis heeft voor de uitvoeringsovereenkomst in de verhouding AFM-AFM pensioenfonds, mist AFM belang bij deze klacht. Of een wijzigingsbeding nu wel of niet relevant is voor wijziging van de uitvoeringsovereenkomst (zie rov. 3.10 eerste volzin) is in de redenering van het hof niet dragend. Zoals hiervoor is besproken, baseert het hof zich bij zijn oordeel op het wijzigingsverbod van art. 20 Pw en de vaststelling dat 'opgebouwde aanspraken' in het geding zijn. Voor dat oordeel is niet doorslaggevend dat voor de aan de orde zijnde wijzigingen geen wijzigingsbeding geldt. Een wijzigingsbeding is immers slechts een methode van wijziging, maar artikel 20 Pw is van toepassing ongeacht de gekozen wijzigingsmethode<sup>89</sup>. De klacht loopt daar op stuk.
- 4.36 De vaststelling dat het door het hof aangewende wijzigingsverbod van art. 20 Pw geldt ongeacht de methode van wijziging, betekent ook dat AFM belang mist bij haar *eerste klacht* in subonderdeel 2.6. Aldaar betoogt AFM dat het oordeel in rov. 3.8 t/m 3.11 onvoldoende is gemotiveerd, omdat het hof niet is ingegaan op het beroep dat AFM heeft gedaan op goed werknemerschap als rechtvaardiging van de wijzigingen. Omdat het hof art. 20 Pw van toepassing achtte hoefde het niet nog op andere wijzigingsmethoden in te gaan. In dit licht kan ook niet worden gezegd dat het hof de devolutieve werking van het appel heeft miskend door dit verweer van AFM niet te beoordelen. Daarom faalt ook de *tweede klacht* in dit subonderdeel.
- 4.37 Subonderdeel 2.4.4 bevat twee klachten. De *eerste klacht* is dat het uitgangspunt onbegrijpelijk is dat het wijzigingsbeding slechts geldt voor wijzigingen in de pensioenovereenkomst met betrekking tot toekomstige pensioenopbouw voor werknemers. Het hof heeft dit namelijk niet gemotiveerd, aldus AFM. De *tweede klacht* is – samengevat – dat voor zover het hof een uitleg heeft gegeven aan art. 10 van de arbeidsovereenkomst, het hof die uitleg niet heeft gemotiveerd tegenover bepaalde essentiële stellingen van AFM.
- 4.38 De eerste klacht faalt omdat het hof zich bij zijn oordeel op art. 20 Pw heeft gebaseerd (zie hiervoor in 4.19 e.v.). In dat licht is voldoende begrijpelijk dat het hof niet, althans niet uitvoerig, motiveert waarom het wijzigingsbeding alleen geldt met betrekking tot toekomstige pensioenopbouw voor werknemers. Art. 20 Pw betreft opgebouwde aanspraken en verhindert niet een wijziging voor de toekomstige nog op te bouwen aanspraken<sup>90</sup>. Een wijzigingsbeding kan dus ten aanzien daarvan wel dienstig zijn.
- De tweede klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het hof met het formuleren van dit uitgangspunt geen uitleg geeft aan art. 10 van de arbeidsovereenkomst.
- 4.39 AFM betoogt in subonderdeel 2.4.5 dat het uitgangspunt dat het wijzigingsbeding slechts geldt voor wijzigingen in de pensioenovereenkomst met betrekking tot toekomstige pensioenopbouw voor de werknemers, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting althans onvoldoende gemotiveerd is. In rov. 3.4 heeft het hof immers vastgesteld dat het eenzijdig wijzigingsbeding van art. 10 arbeidsovereenkomst ook betrekking heeft op de pensioenovereenkomst en ook voldoet aan de eis van art. 19 Pw, terwijl een pensioenovereenkomst, aldus AFM, volgens rechtspraak van de Hoge Raad<sup>91</sup> kan blijven 'doorwerken' na beëindiging van de arbeidsovereenkomst en na die beëindiging kan worden gewijzigd indien de pensioenovereenkomst daartoe een wijzigingsbeding bevat.
- 4.40 De klacht strandt om dezelfde subsidiaire reden waarom de eerste klacht van het vorige subonderdeel niet opgaat (samengevat: het hof baseert zich op art. 20 Pw). Overigens is de

uitspraak die AFM noemt gewezen onder de Pensioen- en spaarfondsenwet. Zoals in annotaties bij het arrest is opgemerkt<sup>92</sup>, zou indien het geschil op basis van de Pensioenwet had moeten worden beoordeeld, het verbod tot wijziging van onvoorwaardelijke aanspraken (art. 20 Pw) in beginsel aan de uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid in de weg hebben gestaan.

- 4.41 De klacht in subonderdeel 2.7 slaagt voor zover deze voortbouwt op de slagende klachten in subonderdelen 2.3 en 2.4.

#### Onderdeel 3

- 4.42 Dit onderdeel valt – na een inleiding – uiteen in drie subonderdelen met klachten. In subonderdeel 3.1 klaagt AFM dat het hof de onderdelen van het dictum die betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst niet mocht uitspreken, omdat [verweerders] geen partij zijn bij die overeenkomst en de AFM uit hoofde van die overeenkomst niet gehouden was tot enige prestatie. In subonderdeel 3.2 betoogt AFM dat het hof geen verklaring voor recht kon uitspreken zonder dat het pensioenfonds in de procedure was betrokken. Het hof was volgens AFM gehouden om, zo nodig ambtshalve, gelegenheid te geven het pensioenfonds alsnog als partij in het geding te betrekken. In subonderdeel 3.3 luidt de klacht – samengevat – dat het hof in strijd met art. 23 Rv buiten het petitum van [verweerders] is getreden, omdat geen veroordeling tot nakoming van de uitvoeringsovereenkomst is gevorderd, noch enige verklaring voor recht die ziet op de geldigheid van enige wijziging in die overeenkomst. Voor zover het hof het petitum anders heeft uitgelegd, is die uitleg onbegrijpelijk, want onverenigbaar met de stellingen die [verweerders] aan dat petitum ten grondslag hebben gelegd.
- 4.43 AFM heeft geen belang bij deze klachten, omdat de voortbouwklacht in subonderdeel 2.7 terecht is voorgesteld (zie hiervóór in 4.41) en daarmee het deel van het dictum dat ziet op wijzigingen van de uitvoeringsovereenkomst al niet overeind blijft. Voor het geval toch wordt toegekomen aan de inhoudelijke behandeling van de klachten, bespreek ik hierna de klacht in subonderdeel 3.3. Indien deze (meest verstrekkende) klacht slaagt, behoeven de overige klachten in het derde onderdeel geen nadere bespreking.
- 4.44 Art. 23 Rv bepaalt dat de rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht. Hieruit volgt (*a contrario*<sup>93</sup>) dat de rechter niet méér (*ultra petita*) of anders (*extra petita*) mag toewijzen<sup>94</sup>. Art. 23 Rv brengt mee dat – tenzij de wet anders bepaalt<sup>95</sup> – de rechter een beslissing niet ambtshalve mag geven, maar alleen wanneer een dergelijke beslissing is gevorderd of verzocht, dan wel in de vordering of het verzoek besloten ligt<sup>96</sup>. Om binnen de grenzen van art. 23 Rv te blijven moet de rechter wel weten wat de vordering omvat<sup>97</sup>. Het petitum dient in samenhang met de grieven te worden gelezen<sup>98</sup>. De uitleg van de vordering door het hof (als onderdeel van de gedingstukken) kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst, maar alleen op begripelijkheid<sup>99</sup>.
- 4.45 [verweerders] hebben in appel gevraagd het vonnis van de kantonrechter te vernietigen en heeft verder na eisenwijziging het volgende gevorderd in de hoofdzaak (p. 55-56 MvG):

#### “primair:

I. te verklaren voor recht dat de eenzijdige wijziging door AFM van Pensioenregeling 2014 naar Pensioenregeling 2016 niet rechtsgeldig is geweest en daarmee geen rechtsgevolg heeft gehad;

II. AFM te veroordelen tot nakoming van de pensioenovereenkomst met [verweerders] zoals die luidde tot 1 januari 2016, dus op basis van de Pensioenregeling 2014, op straffe van een dwangsom [...];

#### subsidiair:

III. te verklaren voor recht dat de wijziging van Pensioenregeling 2014 naar Pensioenregeling 2016 nietig is voor wat betreft het punt van de afschaffing van de onvoorwaardelijke indexatie van tot 1 januari 2016 door [verweerders] opgebouwde pensioenaanspraken;

IV. AFM te veroordelen tot nakoming van de pensioenovereenkomst met [verweerders] met inachtneming van de verklaring voor recht als geformuleerd onder sub (III), op straffe van een dwangsom [...];

#### zowel primair als subsidiair:

[...]

VII. althans zodanig uitspraak te doen als het hof juist acht.”

- 4.46 De met een hoofdletter geschreven Pensioenregeling 2014 en Pensioenregeling 2016 zijn gedefinieerde termen. In MvG 11 staat: “De pensioenregeling van vóór de wijziging wordt hierna genoemd: ‘Pensioenregeling 2014’. De pensioenregeling van na de wijziging wordt hierna genoemd: ‘Pensioenregeling 2016’.” Dat [verweerders] hiermee ook de uitvoeringsovereenkomst bedoelen, blijkt nergens uit. Sterker nog, dat [verweerders] alleen de rechtsverhouding [verweerders] -AFM bedoelen, blijkt onder meer uit MvG 5-7 waar het gaat om (eenzijdige) wijziging van de pensioenovereenkomst door AFM en MvG 14-15, 108-110 waaruit volgt dat de gedefinieerde pensioenregelingen worden uitgevoerd door pensioenfonds AFM en dat de uitvoeringsovereenkomst niet de pensioenregeling zelf is<sup>100</sup>.
- 4.47 In de inleiding van onderdeel 3 merkt AFM op dat het hof in rov. 2.17 de per 1 januari 2016 gewijzigde pensioenovereenkomst en de ter uitvoering daarvan gesloten uitvoeringsovereenkomst definieert als ‘pensioenregeling, al dan niet met de toevoeging 2016’. Overigens worden in rov. 2.3 en rov. 2.6 de termen ‘pensioenregeling’ en ‘Pensioenregeling 2014’ ook gedefinieerd door het hof<sup>101</sup>. Deze laatste twee termen zien alleen op de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement. In het dictum dat hierna (voor de leesbaarheid: opnieuw) wordt geciteerd en waartegen de klachten zich richten, worden de termen Pensioenregeling 2014 en Pensioenregeling 2016 ook gebruikt.
- 4.48 Na bespreking van de grieven van [verweerders] , komt het hof tot de volgende conclusie en het volgende dictum:
- “3.14 De conclusie is dat grief 2 gedeeltelijk slaagt. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, de thans primair onder I en II ingestelde vordering gedeeltelijk, en de subsidiair onder III en IV ingestelde vordering geheel toewijzen. Als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij zal AFM worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties.

#### **4. Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat de eenzijdige wijziging door AFM van de Pensioenregeling 2014 naar de Pensioenregeling 2016, niet rechtsgeldig is geweest voor zover die wijziging betrekking heeft op de premiesystematiek op basis van premiedemping, op de maximering van de bijdrage van AFM in de uitvoeringskosten en op de beëindiging van de onvoorwaardelijke indexatie van de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken, en daarmee in zoverre geen rechtsgevolg heeft gehad;

verklaart voor recht dat de wijziging van Pensioenovereenkomst 2014 nietig is voor wat betreft de afschaffing van de onvoorwaardelijke indexatie van tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken;

verklaart voor recht dat de wijziging van de Uitvoeringsovereenkomst 2014 nietig is voor wat betreft de afschaffing van de herstellpremieopslag van 10% van de premie, de vergoeding van de werkelijke uitvoeringskosten die zijn toe te rekenen aan de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en de verplichting om de extra last voor het pensioenfonds als gevolg van grondslagwijzigingen (anders dan ten gevolge van wijzigingen in de rekenrente) te vergoeden die zijn toe te rekenen aan de voor 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken;

veroordeelt AFM tot nakoming van de Pensioenovereenkomst 2014, de Pensioenovereenkomst 2016, de Uitvoeringsovereenkomst 2014 en de Uitvoeringsovereenkomst 2016 met inachtneming van deze verklaringen voor recht op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,- per dag, te rekenen vanaf vier weken na betekening van dit arrest en met een maximum van € 50.000,-;



[...]

wijst af het meer of anders gevorderde.”

- 4.49 De klacht in subonderdeel 3.3 slaagt. Zoals AFM terecht stelt, heeft [verweerders] geen veroordeling tot nakoming (art. 3:296 lid 1 BW) van de uitvoeringsovereenkomst gevorderd. Het petitum onder II en IV noemt alleen de pensioenovereenkomst en in de processtukken vind ik geen aanwijzing dat dit toch ruimer bedoeld zou zijn. Ook ontbreekt een vordering tot een verklaring voor recht (art. 3:302 BW) die ziet op de geldigheid van enige wijziging van de uitvoeringsovereenkomst. Zonder nadere toelichting van het hof, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de vorderingen tot verklaringen voor recht (onder I en III van het petitum) ook de uitvoeringsovereenkomst omvatten. Daarnaast meen ik dat de door het hof uitgesproken veroordelingen voor wat betreft de uitvoeringsovereenkomst op geen enkele manier besloten liggen in de vorderingen van [verweerders] Weliswaar hangen de rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek met elkaar samen, maar de verschillende juridische bindingen binnen de pensioendriehoek kennen elk een eigen grondslag en betreffen rechtsverhoudingen tussen verschillende partijen<sup>102</sup>. Het dictum lijkt overigens in tegenspraak met het bestreden arrest onder 1 waarin het hof overweegt dat “naar het hof begrijpt” [verweerders] vernietiging van het bestreden vonnis vorderen, waarna een (bijna één op één) herhaling van het petitum van [verweerders] volgt zonder dat de uitvoeringsovereenkomst wordt genoemd.
- 4.50 Voor zover dat al mogelijk zou zijn, heeft het hof zich niet gebaseerd op de vordering onder VII van het petitum waarin [verweerders] vorderen dat het hof ‘zodanig uitspraak doet als het hof juist acht’. Dit volgt uit de hiervoor geciteerde rov. 3.14, waarin het hof overweegt dat het slagen van grief 2 leidt tot het (gedeeltelijk) toewijzen van de vorderingen onder I t/m IV.
- 4.51 Het dictum is dus uitgesproken in strijd met art. 23 Rv omdat het hof méér of anders heeft toegewezen dan is gevorderd. Voor zover het hof de vorderingen van [verweerders] zo heeft uitgelegd dat [verweerders] nakoming van de uitvoeringsovereenkomst en een verklaring voor recht betreffende de uitvoeringsovereenkomst zouden hebben gevorderd, is dat onbegrijpelijk.
- 4.52 Recapitulerend zie ik zodoende de volgende onderdelen van het principale cassatiemiddel doel treffen: 1.2 en voortbouwend daarop 1.3, 2.3, 2.4.1 en in zoverre 2.7 voortbouwend op de slagende onderdelen 2.3 en 2.4.1 en 3.3 (v.z.v. daar gelet op het doeltreffende onderdeel 2.7 nog belang bij zou bestaan).

## **5 Voorwaardelijk incidenteel beroep en overige onvoorwaardelijke klachten**

- 5.1 De klacht van [verweerders] in subonderdeel 2.0 is voorgesteld op de voorwaarde dat cassatieklachten van AFM tegen rov. 3.6 t/m rov. 3.11 slagen. Aan deze voorwaarde wordt in mijn ogen gelet op de voorafgaande bespreking voldaan.
- 5.2 Samengevat luidt de klacht dat de afweging die het hof maakt in rov. 3.12 niet in stand kan blijven, omdat het oordeel van het hof dat sprake is van een zwaarwichtig belang tot wijziging (mede) is gebaseerd op het volgende deel van rov. 3.12:
- “Nu het hof in 3.6 tot en met 3.11 heeft geoordeeld dat [verweerders] (1) hoe dan ook recht houden op onvoorwaardelijke indexatie over hun tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken, (2) dat de Uitvoeringsovereenkomst 2014 van kracht blijft voor de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten en dat de aanwending van de beschikbare premie op basis van een gedempte premie door het hof zal worden vernietigd, acht het hof voldoende reden om aan te nemen dat de nieuwe pensioenregeling als voorgesteld door AFM per saldo minder negatief zal uitkomen dan door Mercer voorspeld. [...]”
- 5.3 AFM refereert zich op dit punt aan het oordeel van de Hoge Raad. Ik kan kort zijn: de klacht slaagt. De belangenafweging in rov. 3.12 is inderdaad mede gebaseerd op het oordeel van het hof in rov. 3.6 t/m 3.11 dat gelet op het slagende principale cassatieberoep (deels) geen stand kan houden. Dit blijkt overigens niet alleen uit de hiervoor geciteerde passage uit rov. 3.12<sup>103</sup>, maar ook uit de laatste zin van rov. 3.11 waarin staat: “Bij de verdere beoordeling neemt het hof dit als

uitgangspunt.” Daarmee kan rov. 3.12 geen stand houden.

- 5.4 Het slagen van deze klacht maakt wat mij betreft de bespreking van de subonderdelen 2.2-I en 2.2-III t/m 2.2-V overbodig, omdat deze subonderdelen zich (vrijwel) exclusief richten op rov. 3.12. Toch zal ik de klachten hierna alsnog integraal bespreken.
- 5.5 Met subonderdeel 2.2-I keren [verweerders] zich tegen rov. 3.7, rov. 3.8 en rov. 3.12 waarin het hof zou uitgaan van een onjuiste rechtsopvatting door een collectieve afweging te maken tussen het belang van AFM en ‘de werknemers’ in plaats van een individuele afweging. Het oordeel van het hof is in dat licht ook niet toereikend gemotiveerd. Daarnaast betogen [verweerders] dat het hof de belangenafweging die art. 7:613 BW vergt, niet heeft uitgevoerd conform de jurisprudentie van de Hoge Raad. De klachten in subonderdelen 2.2-Ia en 2.2-Ic t/m 2.2-Ie vormen een uitwerking van deze standpunten.
- 5.6 Uit het arrest [...] /*Mammoet II*<sup>104</sup> volgt dat art. 7:613 BW veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen. Dit baseerde de Hoge Raad onder andere op de volgende passage uit de wetsgeschiedenis<sup>105</sup> die A-G Keus citeerde in zijn conclusie vóór het arrest<sup>106</sup>:
- “Het is goed in het oog te houden wat de achterliggende gedachte is van artikel 613 BW. Aan de ene kant is er het belang van de werknemer om beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Aan de andere kant is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden, ook van die welke niet bij CAO zijn geregeld. De eis dat hij van iedere individuele werknemer instemming moet verkrijgen voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst, zou niet alleen kostbaar en tijdrovend zijn, maar zou bovendien tot gevolg hebben dat na verloop van tijd, wanneer hij verschillende wijzigingen heeft willen doorvoeren, het arbeidsvoorwaardenregime per werknemer verschilt. Wij hebben deze twee belangen, die op het eerste gezicht met elkaar op gespannen voet staan, willen verenigen. [...]”
- 5.7 In ons geval wil AFM de arbeidsvoorwaarde pensioen collectief (her)ordenen door de pensioenovereenkomsten met haar werknemers te wijzigen. Het belang van AFM bij deze (her)ordering geldt gelijkkelijk ten aanzien van alle werknemers (zie ook s.t. AFM 92). AFM wil immers collectief de pensioenovereenkomsten met haar werknemers aanpassen en juist dat belang zit in art. 7:613 BW (en art. 19 Pw) ‘ingebakken’ gelet op het citaat hiervoor. In zoverre faalt de klacht van [verweerders] in subonderdeel 2.2-Id waarin zij – kort gezegd – stellen dat het alleen zou moeten gaan om het belang van AFM bij besparing op het pensioen van [verweerders]
- 5.8 Tegenover het belang van AFM bij wijziging staan de belangen van [verweerders], maar evenzogoed de belangen van de andere werknemers die door de wijziging worden getroffen. Omdat de belangen van [verweerders] en de andere werknemers deels zullen samenvallen, is het niet per definitie verkeerd om deze gezamenlijk in de belangenafweging te betrekken. Dit neemt niet weg dat indien de belangen van [verweerders] anders zijn, althans de wijziging voor [verweerders] anders uitpakt dan voor anderen, deze individuele belangen moeten worden betrokken bij de belangenafweging die moet worden gemaakt bij eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst tussen [verweerders] en AFM.
- 5.9 Voor zover [verweerders] klagen dat het hof hun individuele belangen niet heeft betrokken, missen de klachten feitelijke grondslag. Uit de laatste twee zinnen van rov. 3.12 blijkt dat de individuele nadelen die voor [verweerders] gelden onder ogen zijn gezien en zijn meegewogen:
- “[...] Het hof komt op basis van alle over en weer aangevoerde feiten en omstandigheden tot het oordeel dat bij de nieuwe pensioenovereenkomst sprake is van een marktconforme pensioentoezegging en dat de belangen van de werknemers bij voortzetting van de Pensioenovereenkomst 2014 moeten wijken voor het zwaarwichtig belang van AFM bij de wijziging. De door [verweerders] aangevoerde individuele nadelen zijn van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen, ook omdat [verweerders] niet hebben aangetoond dat de door de OR bedongen hardheidsclausule op hen van toepassing zou moeten zijn.” (Onderstreping

A-G)

- 5.10 Voor zover [verweerders] klagen dat het hof het arrest *Fair Play I*<sup>107</sup> verkeerd heeft toegepast, slagen de klachten wel. Getuige het slot van rov. 3.12 heeft het hof eerst gezien of AFM een zwaarwichtig belang bij wijziging heeft in het licht van de nadelen voor alle werknemers en heeft het *daarna* gezien of de individuele belangen van [verweerders] daaraan kunnen afdoen. Dit is onjuist, omdat de Hoge Raad – kort gezegd – heeft geoordeeld dat het bestaan van een zwaarwichtig belang slechts in relatieve zin kan en moet worden beoordeeld, namelijk in verhouding tot het door de wijziging geraakte belang van de werknemer(s). Dat blijkt uit de volgende overweging uit voormeld arrest:
- “3.1.3 [...] wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.
- 5.11 Door de individuele belangen van [verweerders] niet mede bepalend te laten zijn voor de vraag hoe gewichtig het belang van AFM bij wijziging van de pensioenovereenkomst was, heeft het hof deze rechtspraak miskend. Het hof heeft immers eerst overwogen dat de belangen van de werknemers (inclusief [verweerders] ) moeten wijken voor het zwaarwichtig belang van AFM en pas daarna beoordeeld of de individuele belangen van [verweerders] daar nog verandering in kunnen brengen. Dit is (kenmerkend voor) de ‘absolute’ benadering die de Hoge Raad, in navolging van A-G Drijber in zijn conclusie vóór het arrest, in *Fair Play I* heeft afgewezen.
- 5.12 In subonderdeel 2.2-Ib poneren [verweerders] nog een aantal klachten die erop neerkomen dat het hof had moeten vaststellen wat de exacte nadelen voor [verweerders] zijn en dat het aan AFM was de gevolgen van de wijziging voor [verweerders] te stellen en (na voldoende betwisting door [verweerders] ) te bewijzen. Verder hebben [verweerders] zelf nadelen besproken en had het hof die (expliciter) moeten adresseren, althans had het hof het bewijsaanbod<sup>108</sup> van [verweerders] niet onbesproken kunnen laten. Al deze klachten falen op grond van het volgende.
- 5.13 Aan de hand van de door partijen aangereikte feiten is het de taak van de rechter om de feiten vast te stellen<sup>109</sup>. Bij hun betoog dat het hof had moeten vaststellen wat de exacte nadelen voor hen waren, wijzen [verweerders] op art. 149 Rv (en zijdelings art. 150 Rv). De regels van art. 149 Rv bieden houvast aan de rechter om te beoordelen welke door een partij gestelde feiten en rechten aan de beslissing ten grondslag mogen worden gelegd<sup>110</sup>. Anders dan [verweerders] menen, past het hof deze bepaling (juist) toe in de laatste zin van rov. 3.12: “De door [verweerders] aangevoerde individuele nadelen zijn van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen [...]”. Het hof beschouwt de door [verweerders] aangevoerde feiten (individuele nadelen) daarmee als vaststaande en ook relevante feiten (de nadelen komen immers enig gewicht toe). Het hof was op grond van art. 149 Rv (en/of art. 150 Rv) verder niet gehouden de door [verweerders] aangevoerde nadelen op te sommen in het arrest.
- 5.14 Het hof heeft in rov. 3.7 (in fine) het volgende overwogen over de stelplicht van AFM:
- “[...] Het ligt op de weg van AFM een zwaarwichtig belang aan te voeren alsmede aannemelijk te maken dat het belang van de deelnemers, dat door de eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken, zonder toepassing van de “onaanvaardbaarheidstoets”, die volgens [verweerders] zou moeten worden toegepast doch door AFM is weersproken.”
- 5.15 Het hof heeft dus niet miskend dat de stelplicht voor het zwaarwichtig belang op AFM rust<sup>111</sup>. Omdat het bestaan van een zwaarwichtig belang alleen in relatieve zin kan worden beoordeeld

(zie hiervoor, 5.10), impliceert dit dat AFM ook iets zal moeten stellen over het geraakte belang van [verweerders] als werk- en deelnemers. Dit heeft AFM ook gedaan (s.t. 98, met verwijzing naar o.a. CvA 23 t/m 25 en MvA 32 t/m 37).

- 5.16 Hieruit volgt al dat het hof [verweerders] niet hoefde toe te laten zijn stellingen over zijn individuele nadelen te bewijzen, omdat het hof in rov. 3.12 met de vaststelling dat de door [verweerders] aangevoerde feiten onvoldoende gewicht hebben kennelijk heeft geoordeeld dat [verweerders] de stellingen van AFM onvoldoende heeft betwist. Dan geldt de hoofdregel dat de rechter van een partij geen bewijs mag verlangen ten aanzien van feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij onvoldoende zijn betwist. Of een gesteld feit (van AFM) als voldoende betwist (door [verweerders] ) valt aan te merken, hangt niet af van de mate waarin de betwisting aannemelijk of bewezen is. De wet eist immers niet dat degene die gestelde feiten betwist, van die betwisting bewijs levert<sup>112</sup>. Het hof hoefde aan het bewijsaanbod van [verweerders] dus niet toe te komen.
- 5.17 In subonderdeel 2.2-Ib-i ligt ook nog de klacht besloten dat het hof heeft miskend dat het een deskundige had moeten inschakelen indien het zich onvoldoende voorgelicht achtte over de vraag wat de exacte nadelen voor [verweerders] zijn. Bij welwillende lezing hebben [verweerders] kennelijk bedoeld dat de klacht moet worden gezien tegen de achtergrond van het verzoek van [verweerders] tot benoeming van een deskundige op de voet van art. 194 Rv (MvG 10, 79-81<sup>113</sup>), onder andere met als vraag te kijken naar het nadeel dat [verweerders] als gevolg van de wijziging ondervinden (zie overigens ook MvG 166-167, 171 en pleitnota hb 26)<sup>114</sup>.
- 5.18 Het inschakelen van een deskundige is een discretionaire bevoegdheid van de rechter<sup>115</sup>. Het gebruik van de discretionaire bevoegdheid wordt begrensd door de eis dat een rechterlijke uitspraak voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar moet zijn<sup>116</sup>. De motivering van een uitspraak wordt in cassatie niet onvoldoende geacht enkel omdat de rechter zonder advies van een deskundige heeft geoordeeld in een situatie waarin ook een deskundige had kunnen worden geraadpleegd. Slechts als de beslissing van de rechter over een bepaald geschilpunt niet begrijpelijk is in het licht van het processuele debat van partijen, tussen partijen vaststaande feiten, feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels, heeft een motiveringsklacht in cassatie in beginsel kans van slagen<sup>117</sup>.
- 5.19 Het hof heeft aan het verzoek ex art. 194 Rv geen woorden gewijd, maar ik vind dat in de rov. 3.12 een afwijzing van het verzoek ligt besloten. Het hiervoor geschetste debat en de vaststaande feiten (na stelling en onvoldoende betwisting) maakt de impliciete beslissing van het hof om geen gebruik te maken van een deskundige niet rechtens onjuist of onbegrijpelijk. Bovendien kan de klacht niet tot cassatie leiden omdat daarin als uitgangspunt wordt genomen dat het hof zou *moeten* overgaan tot het benoemen van een deskundige *indien* het zich niet goed voorgelicht achtte. Zoals wij hiervoor al zagen betreft het een discretionaire bevoegdheid van de rechter ('kan') en uit het bestreden arrest blijkt afdoende dat het hof zich juist wel voldoende voorgelicht achtte (vgl. rov. 3.13).
- 5.20 Met de klachten in subonderdeel 2.2-III richten [verweerders] hun pijlen op rov. 3.12 waarin het hof een belangenafweging maakt met als oogmerk toepassing van art. 7:613 BW/art. 19 Pw. Dit subonderdeel valt uiteen in vier delen (samengevat op p. 20-21 verweerschrift [verweerders] ). Het hof gaat volgens [verweerders] om de volgende redenen uit van een onjuiste rechtsopvatting voor wat betreft art. 7:613 BW/art. 19 Pw:
- het hof heeft het *Fair Play I*-arrest wel genoemd, maar niet toegepast; in plaats daarvan heeft het de totale wijziging afgezet tegen het belang van alle werknemers (zie subonderdeel 2.2-I);
  - het hof heeft het individuele belang van [verweerders] in aard en omvang niet vastgesteld en vervolgens een collectieve afweging gemaakt (zie subonderdeel 2.2-I);
  - het hof heeft geoordeeld dat de instemming van de OR een rol speelt bij de belangenafweging en het bovendien van belang geacht dat [verweerders] niet zouden hebben aangetoond dat de door de OR bedongen hardheidsclausule op hem van toepassing zou moeten zijn;
  - het hof heeft overwogen dat geen sprake was en is van een marktconforme pensioentoezegging en ook overigens heeft het hof de wanverhouding tussen het belang van AFM en dat van

[verweerders] miskend.

5.21 De klachten samengevat onder het eerste en tweede gedachtestreepje vormen een herhaling van zetten van de klachten in subonderdeel 2.2-I en behoeven daarom geen nadere bespreking meer (vgl. 5.5 e.v.). Over de klachten onder het derde en vierde gedachtestreepje het volgende.

5.22 In subonderdeel 2.2-IIIa 2 zijn de klachten specifiek gericht tegen de volgende twee passages uit rov. 3.12:

"[...] Zoals ook de kantonrechter oordeelde, volgt het bestaan van het zwaarwichtig belang niet reeds enkel uit de instemming van de OR, maar die instemming speelt wel, ook voor het hof, een rol bij de toetsing van de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang en de vraag of sprake is van een overgang naar een meer marktconforme pensioenregeling. [...]"

"[...] De door [verweerders] aangevoerde individuele nadelen zijn van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen, ook omdat [verweerders] niet hebben aangetoond dat de door de OR bedongen hardheidsclausule op hen van toepassing zou moeten zijn."

5.23 De klachten komen erop neer dat het hof niet kon oordelen dat in dit geval de (voorwaardelijke) instemming van de OR een rol kon spelen in de belangenafweging die moet worden gemaakt op grond van art. 7:613 BW/art. 19 Pw en dat voor zover al sprake is van een hardheidsclausule, het hof niet kon oordelen dat [verweerders] zouden moeten aantonen dat die clausule op hen van toepassing is.

5.24 Voor zover [verweerders] ervan uitgaan dat instemming van de OR met de door AFM voorgestane wijzigingen – ten algemene – geen rol zou kunnen spelen bij de belangenafweging, is dat onjuist. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:613 BW blijkt dat instemming van de OR een bij de belangenafweging in aanmerking te nemen factor is<sup>118</sup>. Voor een nadere uitwerking, waaronder ook een bespreking van de literatuur, verwijs ik kortheidshalve naar de conclusie van A-G Drijber vóór het *Fair Play I*-arrest<sup>119</sup> die in punten 3.17 en 4.24 tot de slotsom komt dat de rechter een positief standpunt van de OR naast andere omstandigheden in aanmerking dient te nemen wanneer hij heeft te oordelen of is voldaan aan de maatstaf van een 'zodanig zwaarwichtig belang'. Ik ben van mening dat de omstandigheden van een geval niet ervoor kunnen zorgen dat de instemming van de OR helemaal geen factor meer zou kunnen zijn. Die omstandigheden kunnen er wel voor zorgen dat het gewicht van deze factor varieert. Ik citeer A-G Drijber in zijn hiervoor bedoelde conclusie:

"4.25. [...] dat [...] niet zonder meer een eenduidige waarde kan worden toegekend aan instemming van c.q. overeenstemming met de ondernemingsraad. Het gewicht van het standpunt van de ondernemingsraad voor de door de rechter te maken belangenafweging hangt m.i. af van de omstandigheden waaronder dat tot stand gekomen is. Daarbij kan onder meer een rol spelen de duur en zorgvuldigheid van het proces, of de ondernemingsraad deskundige en onafhankelijke bijstand heeft gehad, etc. [...]"

Hiermee falen de klachten van [verweerders] op dit punt.

5.25 De klachten van [verweerders] op het punt van de hardheidsclausule zijn ook tevergeefs voorgesteld. Een hardheidsclausule is een bepaling of afspraak die ertoe strekt dat van een (hoofd)regel kan worden afgeweken indien onverkorte toepassing daarvan in individuele gevallen zou leiden tot ongewenst te achten nadelige consequenties. De verwijzing van het hof naar deze clausule moet worden gelezen in het licht van rov. 2.15, waarin het hof onbestreden vaststelt:

"Bij brief van 21 december 2015 heeft de OR ingestemd met de verzochte wijziging in de arbeidsvoorwaarden in de pensioenregeling. Voor zover van belang staat in de brief van de OR het volgende vermeld:

(...) De OR benadrukt dat hij instemt op basis van de informatie die hij op collectief niveau heeft verkregen. De OR sluit niet uit - al heeft hij daar ook verder geen nadere informatie over - dat de nu gemaakte collectieve afspraken in bepaalde individuele gevallen onevenredig nadelig voor een individuele werknemer uitwerken. De OR gaat ervan uit dat indien zich dergelijke individuele gevallen voordoen, de AFM zich constructief zal opstellen en zal pogen om in goed onderling overleg tot een oplossing te komen die recht doet aan de specifieke individuele situatie van de betreffende werknemer. (...)"

[...].”

5.26 Het is wat mij betreft duidelijk dat het hof hierop doelt met het woord ‘hardheidsclausule’. Het oordeel van het hof dat [verweerders] niet hebben ‘aangetoond’ dat de hardheidsclausule op hen van toepassing zou zijn, moet ook worden gelezen in zijn context. Zoals ik hiervoor heb aangegeven (5.14-5.15) is het uitgangspunt van het hof dat op AFM de stelplicht en, bij voldoende betwisting, de bewijslast rust voor wat betreft het zwaarwichtig belang bij wijziging. Het is dus aan [verweerders] om de stellingen van AFM op dit punt voldoende te betwisten. Het hof oordeelt dat [verweerders] dat niet hebben gedaan. Als ik het goed zie, probeert het hof vervolgens nader toe te lichten dat de betwisting onvoldoende is, omdat de door [verweerders] aangevoerde nadelen niet zodanig afwijken van de gevolgen die alle werknemers ervaren dat dit een ander oordeel over het belang van AFM rechtvaardigt. Met de verwijzing naar de hardheidsclausule probeert het hof in mijn ogen alleen te zeggen dat van ‘onevenredig nadeel’ zoals genoemd in die clausule (zie het citaat in het vorige randnummer) voor [verweerders] geen sprake is (vgl. rov. 39 van het vonnis van de kantonrechter). Aan [verweerders] valt toe te geven dat het gebruik van het woord ‘aangetoond’ niet erg gelukkig is, omdat ‘aantonen’ meestal wordt gebruikt in de betekenis van ‘bewijzen’. Dit geldt temeer omdat, zoals ik in 5.16 al aangaf, het antwoord op de vraag of sprake is van een voldoende betwisting niet afhangt van de mate waarin die betwisting is bewezen. Per saldo, gelet op de hiervoor geschetste context van het oordeel, vind ik dit echter te mager voor cassatie.

5.27 Ook met subonderdeel 2.2-IIIb richten [verweerders] zich primair op rov. 3.12 met klachten geformuleerd onder het kopje ‘Ad (3) Marktconformiteit: niet relevant en ook niet aan de orde’. Het subonderdeel start met vijf stellingen die volgens [verweerders] essentieel zijn, maar door het hof onbesproken zijn gelaten, zodat het oordeel ontoereikend gemotiveerd zou zijn. Ik vat deze stellingen hieronder samen:

- (i) Het is niet zinvol of terecht om de pensioenregeling wat betreft marktconformiteit geïsoleerd te bekijken, omdat een pensioenregeling altijd is ingebed in een pakket arbeidsvoorwaarden (MvG 207<sup>120</sup>);
- (ii) Vóór de wijziging in de pensioenregeling lag het arbeidsvoorwaardenpakket van [verweerders] al substantieel onder de mediaan en was het dus niet marktconform (MvG 208, 212-215);
- (iii) Door de wijziging wordt de beloningspositie van [verweerders] nog verder verslechterd ten opzichte van de oude beloningspositie die al substantieel onder de mediaan lag (MvG 215);
- (iv) (a) de andere werkgevers waarmee AFM wordt vergeleken hebben substantiële bedragen aan ‘bruidsschat’ in hun pensioenfondsen gestort en die fondsen brengen ook een substantieel hogere premie in rekening bij de werkgever (MvG 216); (b) marktconformiteit doet niet ter zake (MvG 205); (c) de oude pensioenregeling was wel marktconform (CvR 34); (d) de nieuwe pensioenregeling is niet marktconform (CvR 37-41 en CvR 61-63); (e) de nieuwe pensioenregeling van AFM was substantieel slechter dan de nieuwe pensioenregeling van DNB (CvR 42-50);
- (v) AFM had haar doelen zoals kostenbesparing ook op een zodanige manier kunnen wijzigen dat de positie van [verweerders] minder zou worden geschaad, maar AFM heeft daar niet voor gekozen (MvG 77(vii)).

5.28 Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom de *stellingen onder (i) t/m (iii)* essentiële stellingen zijn. Het middel bevat wat mij betreft onvoldoende onderbouwing dat de stellingen essentieel zijn, en dus relevant en van voldoende gewicht om de belangenafweging van het hof anders te kunnen doen uitvallen. Dit lag wel op de weg van [verweerders]<sup>121</sup>. Het enkele feit dat het hof bepaalde stellingen niet expliciet adresseert, is op zichzelf geen grond voor cassatie. Los daarvan meen ik dat het hof de stellingen over de marktconformiteit van *het arbeidsvoorwaardenpakket als geheel* in de context van deze zaak niet, althans niet expliciet, hoefde te adresseren<sup>122</sup>. Het gaat hier om de vraag of AFM de pensioenovereenkomst eenzijdig kon wijzigen met een beroep op een wijzigingsbeding. Aanleiding voor de eenzijdige wijziging waren (mede) de zorgen over het (toekomstige) kostenniveau van de pensioenregeling van AFM en de begrotingsoverschrijdingen, waarbij meespeelde dat volgens het Ministerie van Financiën de AFM als toezichthouder een publieke taak heeft die bekostigd wordt door de instellingen waarop zij

toezicht houdt (zie bijv. de brief geciteerd in rov. 2.12 waarin het in het bijzonder gaat over de arbeidsvoorwaarde pensioen). Het hof accepteert dit als gegeven in het eerste deel van rov. 3.12 en heeft in die context de marktconformiteit van de nieuwe pensioenregeling beoordeeld als onderdeel van de belangenafweging. In deze context moet 'markt' worden begrepen als de groep gevormd door DNB en de onder toezicht staande instellingen, zo volgt uit de vergelijking die het hof maakt tussen de pensioenregeling van AFM en die van DNB en voormelde instellingen. Ik lees rov. 3.12 zo dat het hof impliciet oordeelt dat in deze situatie de marktconformiteit van de pensioenregeling *an sich* zwaar weegt en dat het gestelde belang van de werknemers, waaronder [verweerders], bij marktconformiteit van het arbeidsvoorwaardenpakket als geheel minder gewicht in de schaal legt. Ik vind dat oordeel niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de door [verweerders] ingeroepen stellingen.

5.29 De elementen van de *stelling onder (iv)* zijn in rov. 3.12 – expliciet of impliciet – voldoende aan bod gekomen. Hieronder beschrijf ik puntsgewijs de hofoordelen waarin dat is terug te vinden:

- de overstap naar een CDC-gefinancierde premieregeling heeft voor AFM (maar ook voor bijv. DNB die zo'n regeling invoerde) minder volatiliteit voor de financiering van het pensioen tot gevolg waardoor minder budgettaire problemen zijn te verwachten, en uit de geschetste context (zie hiervoor, 5.28) blijkt dat de keuze voor deze stabielere CDC-optie voor het hof gewichtiger is voor marktconformiteit dan een vergelijking van de hoogte van de bijdrage/premie die AFM en anderen betalen (element a);
- uit het feit dat het hof marktconformiteit van de pensioenregeling meeweegt, volgt dat marktconformiteit volgens het hof wel een rol speelt (element b);
- de oude pensioenregeling was niet meer vergelijkbaar met de pensioenregelingen van de instellingen waarop AFM toezicht houdt en de pensioenregeling van medetoezichthouder DNB (element c);
- er is met de nieuwe pensioenovereenkomst sprake van een marktconforme pensioentoezegging (element d);
- DNB en de onder toezicht staande instellingen hebben ook een CDC-regeling<sup>123</sup>, en hoewel een overstap naar zo'n regeling door AFM leidt tot overheveling van risico's naar de deelnemers, blijft de marktconformiteit overeind mede gezien de reductie van de risico's ingevolge het oordeel van het hof in rov. 3.6 t/m 3.11 (element e).

5.30 Ook de *stelling onder (v)* is in mijn ogen door het hof in rov. 3.12 besproken. Het hof overweegt daar namelijk op meerdere plaatsen dat het oordeel in rov. 3.6 t/m rov. 3.11 mede ervoor zorgt dat de belangenafweging de kant van AFM op valt. In rov. 3.6 t/m rov. 3.11 overweegt het hof dat AFM op bepaalde punten te ver is gegaan bij het eenzijdig wijzigen. Dat betekent dat het hof in rov. 3.12 (bij de belangenafweging) aan [verweerders] toegeeft dat AFM minder ver zou hebben kunnen gaan dan zij heeft gedaan en de positie van haar werknemers (waaronder [verweerders]) dus minder had dienen aan te tasten.

5.31 Hiermee valt het doek voor de klachten in subonderdelen 2.2-IIIb I en IIa t/m II d, omdat daar in vele varianten wordt betoogd dat het hof de hiervóór bedoelde stellingen heeft miskend en/of onbesproken heeft gelaten.

5.32 In subonderdeel 2.2-IIIb IIe richten [verweerders] hun pijlen op rov. 2.10. Daarin overweegt het hof als volgt:

"Towers Watson (hierna TW) heeft, na kennisneming van de voorstellen van AFM en een Asset Liability Management studie (ALM) van Mercer van 2 juli 2015, op 20 juli 2015 aan de OR geadviseerd over de vraag of (1) de voorgestelde pensioenregeling marktconform is en (2) of de door de werkgever voorgestelde compensatie redelijk is. Aan de hand van de kenmerken van de regeling heeft TW vastgesteld dat de nieuwe pensioenregeling marktconform is, met uitzondering van het voorgestelde nabestaandenpensioen op risicobasis en met de kanttekening dat de voorgestelde werknemersbijdrage (6% van het gemaximeerde pensioensalaris) aan de hoge kant lijkt. [...]"

Dit oordeel is volgens het subonderdeel onjuist in het licht van CvR 60, want daaruit zou blijken dat Towers Watson de regeling ongebruikelijk vindt en in andere gevallen een afspraak tot

bijstorting is gemaakt. Towers Watson zou dus niet hebben gezegd dat de regeling van AFM marktconform is.

- 5.33 De klacht is tevergeefs voorgesteld. [verweerders] hebben in appel geen grief gericht tegen de volgende overweging van de kantonrechter, zodat het hof hiervan kon (en moest) uitgaan<sup>124</sup>:

“27. Willis Towers Watson, de pensioenadviseur die de OR heeft geadviseerd bij het instemmingstraject, heeft geconcludeerd dat de regeling die AFM heeft voorgesteld marktconform is, op één punt na. Dit punt betrof het nabestaandenpensioen op risicobasis. In de definitieve regeling is dit vervangen door de toezegging op opbouwbasis.”

Met AFM (s.t. 136-137) vind ik ook overigens dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. Het hof geeft de hoofdconclusie van het advies weer, waarbij weliswaar nadere kanttekeningen in het advies worden gemaakt die het hof niet weergeeft<sup>125</sup>, maar dat doet er niet aan af dat het hof feitelijk heeft kunnen vaststellen dat Towers Watson op p. 4 van haar advies<sup>126</sup> onder het kopje ‘Marktconformiteit voorgestelde pensioenregeling’ respectievelijk op p. 9 van het advies onder het kopje ‘Conclusie’ schrijft naar aanleiding van de vraag van de OR ‘Is de voorgestelde pensioenregeling inderdaad marktconform?’ (p. 1 van het advies):

“Op basis van bovenstaand overzicht concluderen wij dat de regeling die (...) de werkgever voorstelt marktconform is, op één punt na. Het voorgestelde nabestaandenpensioen op risicobasis is (voor een middelloonregeling) in de financiële sector echt een uitzondering.”

“Op basis van bovenstaand overzicht concluderen wij dat de regeling die (...) de werkgever voorstelt qua inhoud marktconform is, op één punt na. Het voorgestelde nabestaandenpensioen op risicobasis is (voor een middelloonregeling) in de financiële sector echt een uitzondering.”

- 5.34 In subonderdeel 2.2-IIIb III klagen [verweerders] dat het hof in rov. 3.12 en ook overigens in de uitspraak de terughoudende toets van art. 7:613 BW/art. 19 Pw heeft miskend. Zo er al een noodzaak tot wijzigen bestaat, mag die wijziging volgens [verweerders] niet verder strekken dan strikt noodzakelijk is. Bovendien zou bij zo’n noodzakelijke wijziging altijd voor de minst ingrijpende oplossing moeten worden gekozen.

- 5.35 Deze klacht faalt, omdat dit volgens mij geen geldend recht is. De term ‘noodzakelijk’ komt niet overeen met de eigenlijke maatstaf van art. 7:613 BW/art. 19 Pw, namelijk dat het gaat om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan (zie het citaat uit het *Fair Play I*-arrest hiervoor in 5.10). Overigens houdt deze belangentoets volgens mij inherent een proportionaliteits- en subsidiariteitsbeoordeling in. De verhouding tussen de belangen van de werkgever bij wijziging en de belangen van de werknemer(s) bij het zo veel mogelijk handhaven van bepaalde voorwaarden wordt getoetst, waarbij deze verhouding al snel in disbalans raakt als de werkgever al te drastische wijzigingen eenzijdig wil doorvoeren. Dit is ook aan bod geweest in het oordeel van het hof, zoals hiervóór besproken in 5.30.

- 5.36 Voor zover [verweerders] in dit subonderdeel met het oog op rov. 3.12 nog klaagt over het niet ‘aantonen’ althans voldoende stellen door [verweerders] dat de hardheidsclausule van toepassing zou zijn, verwijs ik kortheidshalve naar mijn bespreking in 5.25 e.v. van klachten van gelijke strekking in subonderdeel 2.2-IIIa 2. Voor zover [verweerders] nog klaagt dat het onbegrijpelijk zou zijn dat het hof de marktconformiteit van de nieuwe pensioenregeling betreft bij de belangenafweging, verwijs ik naar mijn bespreking van de context waarin AFM opereert en tot wijziging kwam (5.28 e.v.) De geschetste context maakt het in mijn ogen niet onbegrijpelijk dat het hof ingaat op marktconformiteit als één van de factoren bij de beoordeling. Verder valt voor mij zonder nadere toelichting, die in dit subonderdeel ontbreekt, niet in te zien waarom de (uitkomst van de) beschouwing over marktconformiteit in rov. 3.12 onbegrijpelijk zou zijn.

- 5.37 De klachten in subonderdeel 2.2-IV vormen een herhaling van zetten van de klachten uit subonderdeel 2.2-Ib (stelplicht AFM) en subonderdeel 2.2-IIIb III (noodzakelijkheid wijziging en subsidiariteit). Ik verwijs daarom kortheidshalve naar mijn bespreking daarvan (5.12 e.v. en 5.34



e.v.). De klachten gaan niet op.

5.38 Ook in subonderdeel 2.2-V (vgl. subonderdeel 2.2-IIIb) poneren [verweerders] stellingen uit m.n. MvG 217 e.v. die volgens hen essentieel zijn en door het hof niet zouden zijn besproken in rov. 3.12 (maar ook overigens) daar waar het gaat om het oordeel – zoals [verweerders] dat samenvatten – over het belang van AFM bij wijziging in verband met acute financieringsproblematiek. In essentie betreft het stellingen waarmee [verweerders] betogen dat er geen acute financieringsproblematiek was.

5.39 De klacht dat het oordeel onjuist en onbegrijpelijk is in het licht van deze onbehandelde stellingen faalt. Anders dan [verweerders] (veronder)stellen, zijn de stellingen door het hof verworpen. Dat blijkt o.m. uit de volgende passages uit rov. 3.12:

Het hof volgt AFM dat zij er een zwaarwichtig belang bij had dat de pensioenovereenkomst met de werknemers zou worden aangepast om de door het Ministerie van Financiën geëiste toekomstige beheersbaarheid van de kostenontwikkeling van de pensioenregeling te bewerkstelligen.

[...]

Deze negatieve ontwikkeling was al sinds in ieder geval 2011 onderwerp van kritiek van het Ministerie van Financiën en zou ook blijkens de brief van 27 augustus 2015 kunnen leiden tot het onthouden van goedkeuring vooraf aan de begroting van AFM voor 2016, respectievelijk het onthouden van goedkeuring achteraf aan het doorbelasten van een negatief exploitatiesaldo, bij overschrijding van de begroting in 2016 en volgende jaren, aan de onder toezicht staande instellingen. [...] Op grond van de aanwijzing van het Ministerie van Financiën zou de begroting jaarlijks kostendekkend moeten zijn en was goedkeuring voor doorbelasting van overschrijdingen als gevolg van blijvend volatiele pensioenverplichtingen onaannemelijk. Als AFM geen maatregelen zou nemen om het kostenniveau van de Pensioenovereenkomst 2016 en de ter uitvoering daarvan gesloten Uitvoeringsovereenkomst 2016 terug te dringen dreigden financiële problemen en zou de naleving van de aanwijzing van het Ministerie van Financiën in gevaar komen. [...]

5.40 Het hof neemt dus gemotiveerd tot uitgangspunt dat een zekere financieringsproblematiek wél aan de orde was en dat dit probleem ook acuut was in de zin dat de mededelingen van het Ministerie van Financiën over de in de nabije toekomst benodigde aanpassing van de pensioenregeling van AFM die weinig aan duidelijkheid te wensen overlieten. Het oordeel van het hof is in mijn ogen voldoende begrijpelijk en gemotiveerd, ook in het licht van de door [verweerders] ingeroepen stellingen.

5.41 De voortbouwklacht in subonderdeel 2.3 slaagt (vgl. ook 3.31) in het licht van de bespreking in deze paragraaf, omdat een deel van de klachten van [verweerders] in subonderdeel 2.2-I wat mij betreft doel treft (zie 5.5 e.v.).

## 6 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing, zowel in het principaal cassatieberoep als het incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>1</sup> Vgl. JIN-noot punt 6 onder HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162, NJ 2022/76, PJ 2022/16 m.nt.

E. Lutjens, JIN 2022/61 m.nt. W.C.M. Donner-Broersma (ASR/X): "Er zijn tal van werkgevers – waaronder werkgevers die zijn aangesloten bij de cao – die een recht op onvoorwaardelijke indexatie met betrekking tot reeds opgebouwde pensioenaanspraken hebben gewijzigd in een voorwaardelijk recht op indexatie zonder dat een collectieve waardeoverdracht heeft plaatsgevonden. Indien de Hoge Raad oordeelt dat een dergelijke wijziging inderdaad strijdig is met art. 20 Pensioenwet, dan kan dat zeer grote financiële consequenties met zich meebrengen. Het is dan ook wachten op het verlossende oordeel van de Hoge Raad hieromtrent." (Onderstreping A-G)

<sup>2</sup> HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, NJ 2021/84 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, JIN 2021/9 m.nt. A. Westerduin e.a. (*Fair Play I*).

<sup>3</sup> De feiten zijn ontleend aan rov. 2.1 t/m 2.19 van het bestreden arrest: Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2930, PJ 2021/9 m.nt. T. Huijg. Zie ook rov. 1.1 t/m 1.14 van het vonnis van Rb. Amsterdam 27 juli 2018, zaak 6215837 / CV EXPL 17-18240.

<sup>4</sup> Het procesverloop is ontleend aan rov. 3.1 e.v. van het bestreden arrest.

<sup>5</sup> Zie verder nog CvD 2: "Eisers stellen [...] vast dat de AFM dus erkent dat de redenen voor de wijziging die de AFM heeft aangevoerd niet worden genoemd in artikel 25 van de Pensioenregeling 2014. Die vaststelling klopt inderdaad als zodanig. De vaststelling dat de AFM dus erkent hetgeen is gesteld in nr. 6 [bedoeld zal zijn nr. 41, A-G] van de inleidende dagvaarding klopt niet. In nr. 6 [bedoeld zal zijn nr. 41, A-G] van de inleidende dagvaarding wordt gesteld dat de AFM de noodzaak tot het wijzigen van de pensioenregeling niet of onvoldoende heeft onderbouwd. Uit de conclusie van antwoord blijkt dat er wel degelijk een valide onderbouwing is van de redenen die de AFM hebben genoopt tot een wijziging van de pensioenregeling. Dat de door de AFM doorgevoerde wijziging niet rechtstreeks voortvloeit uit een wettelijke regeling spreekt voor zich. Daarover heeft ook nooit enig dispuut bestaan tussen partijen."

<sup>6</sup> Asser/Sieburgh 6-III 2018/362.

<sup>7</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43, JIN 2020/9 m.nt. S.J.M. Bouwman, TvAR 2020/8013 m.nt. J.W.A. Rheinfeld, JAR 2020/52 m.nt. E. Verhulp, rov. 3.2.3 en HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, NJ 2021/116 m.nt. E. Verhulp, JIN 2020/165 m.nt. S.C. Verlinden, JAR 2020/287 m.nt. S. Said (*X/Gemeente Amsterdam*), rov. 3.2.3. Zie hierover recentelijk: A.R. Houweling & C.J. Loonstra, Uitleg en kwalificatie van de (arbeids)-overeenkomst: 'als u begrijpt wat ik bedoel', RMThemis 2021/5, p. 179-188; W.H. van Boom, Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?, NTBR 2021/5; E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, Over uitleg en kwalificatie: zo hebben we het nooit bedoeld, TAC 2021/3, p. 125-134; P.J. Tanja & G.J. Standhardt, Uitleg en kwalificatie van een overeenkomst, Bb 2020/31; G.K.L. de Wijkerslooth, Ceci n'est pas une pipe? Over uitleg en kwalificatie van de (huur)overeenkomst, HIP 2020/4, p. 11-15.

<sup>8</sup> Asser/Sieburgh 6-III 2018/377, Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/98, Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/204 met verwijzingen naar o.a. HR 6 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3807, NJ 1979/91 (*Bouw- en Aannemingsbedrijf Nobra BV/Dingemans*), HR 24 september 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4446, NJ 1983/184 m.nt. W.H. Heemskerk (*Lieftink/Stichting Ontwikkeling en Sanering voor het Midden- en Kleinbedrijf*), rov. 3.1, HR 1 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7783, NJ 1986, 277 (*Veenemans/Van der Baan c.s.*), rov. 3.1, HR 1 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/607 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss ([...]/*De Bank van de Nederlandse Antillen*), rov. 3.4. Zie uitgebreid en kritisch over dit onderwerp: P.A. Fruytier, De eigen uitleg van de overeenkomst door de rechter en de grenzen van de rechtsstrijd, in: P.J.M. Von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen, B.T.M. Van der Wiel (red.), Middelen voor [...] ( [...] -bundel), 2013, p. 83 e.v. en verder R.P.J.L. Tjittes, De (on)vrijheid van de rechter bij uitleg van contracten, in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), CJHB (Brunner-bundel), 1994, p. 407 e.v.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17 (NaV), p. 107: "De leden van de PvdA-fractie vragen hoe artikel 11 uit de Pensioenwet, dat spreekt over een specifieke mogelijkheid voor het maken van een voorbehoud met betrekking tot premiebetaling zich verhoudt tot het algemene artikel 18. Het in artikel 11 opgenomen voorbehoud is gebaseerd op artikel 2, zevende lid, van de PSW en heeft alleen betrekking op vermindering of beëindiging van de premiebetaling door de werkgever, er hoeft dan geen sprake te zijn van een wijziging van de pensioenovereenkomst. Het is denkbaar dat er bij grote problemen door de werkgever eerst een beroep wordt gedaan op artikel 11 en vervolgens op artikel

18. Artikel 18 ziet op een wijziging van de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer. Bij financiële problemen bij de werkgever kan een aanpassing van de pensioenovereenkomst onder omstandigheden noodzakelijk zijn.”

<sup>10</sup> Vgl. overigens ook rov. 2.6 van het bestreden arrest waarin het hof zelf nog spreekt over art. 25 pensioenregeling 2014 als wijzigingsbeding.

<sup>11</sup> [verweerders] noemen weliswaar in MvG 26 rov. 6-11 waartegen grief 1 zou zijn gericht, maar uit MvG 27-28 blijkt duidelijk dat rov. 7 niet wordt bestreden.

<sup>12</sup> Vgl. bijv. HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6098, NJ 2007/394 m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.2. Zie onder verwijzing naar dit arrest T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 24 Rv, aant. 2 (laatste alinea).

<sup>13</sup> HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1994, NJ 1997/186 m.nt. M.M. Mendel (*Zürich Versicherungsgesellschaft/Aannemerbedrijf Siemen B.V.*), rov. 3.5 in fine: “De klacht dat het Hof ten onrechte de overeenkomst tussen Siemen en Rijdsdijk heeft aangemerkt als een huurovereenkomst, aangezien het hier een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten betrof, faalt. Nu niet alleen Zürich maar ook Siemen in de feitelijke instanties het standpunt had ingenomen dat sprake was van een huurovereenkomst en de ten processe vaststaande feiten geen grond gaven voor een op een zuiver rechtsoordeel berustende andere kwalificatie, zou het Hof buiten de rechtsstrijd van partijen zijn getreden, indien het een andere overeenkomst zou hebben aangenomen.” Zie over dit oordeel Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/204.

<sup>14</sup> De definitie van pensioenovereenkomst in art. 1 Pw luidt als volgt: “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen”.

<sup>15</sup> M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 128-129.

<sup>16</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/73.

<sup>17</sup> Zonder koppeling aan de arbeidsrelatie is er geen pensioen zoals bedoeld in de Pw: M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 84.

<sup>18</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/129.

<sup>19</sup> M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 129 onder verwijzing naar Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT), p. 2. Overigens was de doelstelling van de voorganger van de Pw, de Pensioen- en spaarfondsenwet, ook al te waarborgen dat de bij de werknemers in dienst van particuliere ondernemingen gewekte pensioenverwachtingen ook verwezenlijkt worden, zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/192 met verwijzing naar o.a. Kamerstukken II 1949/50, 1730, 3 (MvT), p. 5.

<sup>20</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/174 en M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 139-140.

<sup>21</sup> [verweerders] gingen door ondertekening van de arbeidsovereenkomst akkoord met de inhoud van de personeelsgids (art. 8 lid 1) en aanvaardden de mogelijkheid van toekomstige wijziging daarvan (art. 10 lid 3).

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT), p. 188 en nr. 17 (NaV), p. 34.

<sup>23</sup> Het overnemen van de tekst van (een deel van) art. 7:613 was al meteen de bedoeling (zie Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 24 (NaV), p. 17), maar daarin is aanvankelijk een fout geslopen, die is hersteld bij de derde Nota van Wijziging, Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 25, p. 15: “Het artikel wordt technisch aangepast aan artikel 7:613 van het Burgerlijk Wetboek door nog meer aan te sluiten op de daarin gehanteerde formulering.” De minuscule wijziging vergeleken met de eerder voorgestelde tekst heb ik hierna met door- en onderstreping inzichtelijk gemaakt: “Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig ~~zwaarwegend~~ zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging wordt geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.”

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 17 (NaV), p. 108-109.

<sup>25</sup> Zie over art. 7:613 BW, Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3 (MvT), p. 22: “[...] Het wetsvoorstel lost dus het knelpunt van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op, door de werknemer,

ingeval tussen werkgever en de vertegenwoordigers van werknemers geen akkoord tot stand komt, een steviger individuele positie te geven. Het uitgangspunt is dat arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig door toepassing van wijzigingsbedingen kunnen worden gewijzigd, tenzij daar zwaarwichtige belangen voor aantoonbaar zijn.”

<sup>26</sup> Vgl. HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, NJ 2011/610 ([...] /Wegener), rov. 3.6.3.

<sup>27</sup> Vgl. Asser/Lutjens 7-XI 2019/554 onder verwijzing naar Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:551 (*Zeeman Management*), rov. 3.14, waarin het hof oordeelde dat niet van belang is om vast te stellen of de Pensioenwet van toepassing is omdat er in ieder geval een arbeidsvoorwaarde in het geding was – het ging om een aanvulling bij arbeidsongeschiktheid – en de wijziging dan aan art. 7:613 BW moet worden getoetst.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3 (MvT), p. 38.

<sup>29</sup> Zie ook A-G Timmerman in punt 4.5 van zijn conclusie vóór HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, NJ 2011/610 ([...] /Wegener).

<sup>30</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 15.

<sup>31</sup> HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9570, NJ 2011/610 ([...] /Wegener), rov. 3.6.4.

<sup>32</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/559.

<sup>33</sup> Castermans & Krans, Samenloop (Mon. BW nr. A21), 2019/5.

<sup>34</sup> A.w. vorige vt. p. 19, laatste alinea.

<sup>35</sup> HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1911, NJ 1996/274, rov. 3.6 (in fine) en HR 15 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX5381, NJ 2006/507, JBPR 2007/4 m.nt. H.T. Verhaar (*Ahmed/Biman Bangladesh Airlines*), rov. 3.4.4.

<sup>36</sup> Sijmonsma, Het inzagerecht (BPP nr. IX) 2017/3.2 (p. 59) met een verwijzing naar een uitspraak van de regering over de voorloper van art. 22 Rv (art. 19a Rv) in Kamerstukken I 1988/89, 19 574, nr. 187a (MvA), p. 2 (bovenaan).

<sup>37</sup> Sijmonsma, Het inzagerecht (BPP nr. IX) 2017/3.2 (p. 62) met een verwijzing naar HR 6 oktober 2006. ECLI:NL:HR:2006:AX7774, NJ 2006/547, AA 2007/0371 m.nt. H.B. Krans, JBPR 2007/6 m.nt. J.G.A. Linssen, JAR 2006/265 m.nt. M.S.A. Vegter ([...] /VOF [...]), rov. 3.3.4.

<sup>38</sup> Althans het grootste deel daarvan: zie besluit van 18 december 2006 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de artikelen van de Pensioenwet en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet, Stb. 2006, 707. Zie over het overgangsrecht: G. Bierlaagh, Overzichtelijk overgangsrecht Pensioenwet, *PensioenMagazine* 2006/174.

<sup>39</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/585. Zie recent: Rb. Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948, PJ 2022/5 (*X/Onderlinge Waarborgmaatschappij Onderlinge Levensverzekering-maatschappij 's-Gravenhage U.A.*), rov. 5.18.

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 2 (VvW), p. 8. Zie verder: Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 3 (MvT), p. 117 en p. 368.

<sup>41</sup> Art. 4 (jo. art. 8) van de arbeidsovereenkomst van [verweerders] (prod. 1 dagvaarding eerste aanleg). Zie over de verwijzing in de pensioenovereenkomst naar het pensioenreglement: Asser/Lutjens 7-XI 2019/174.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 655, nr. 3 (MvT), p. 54: “[...] In de praktijk worden de begrippen toeslagverlening en indexering vaak als synoniemen gebruikt. In dit wetsvoorstel is gekozen voor de begrippen toeslag en toeslagverlening.”

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3 (MvT), p. 172. Zie ook Kamerstukken II 2005/06, 30 655, nr. 3 (MvT), p. 53 en p. 61 (zowel bovenaan als onderaan).

<sup>44</sup> Zie ook p. 2 van het p-v van het pleidooi hb en de aldaar opgetekende toevoeging aan punt 13 van de pleitnota hb door de advocaat van AFM: “[...] In de memorie van antwoord heb ik al gezegd dat er sprake is van een onvoorwaardelijke toeslag voor de actieven, voor de deelnemers. Er is hier dus wel sprake van een voorwaardelijke element. [...]”

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30 413, C (MvA), p. 31: “[...] Ten tweede kan er ook een

onvoorwaardelijke toeslag zijn toegezegd die alleen wordt gegeven zolang aan de pensioenregeling wordt deelgenomen, en die níet – althans niet onvoorwaardelijk – doorloopt nadat de deelnemer slaper is geworden. In feite is hier sprake van een voorwaardelijk element in de verlening van onvoorwaardelijke toeslagen: namelijk de voorwaarde «deelname aan de regeling». Deze tweede vorm van een onvoorwaardelijke toeslag in een middelloonregeling is wat betreft de mate van (on)voorwaardelijkheid vergelijkbaar met de impliciete toeslagverlening die onderdeel vormt van een eindloonregeling, althans in de vorm zoals bedoeld door de leden van de CDA-fractie. Er is in beginsel alleen sprake van een onvoorwaardelijke toeslag (in een eindloonregeling: de koppeling van de aanspraken aan het laatstverdiende loon), zolang iemand een actieve deelnemer in de pensioenregeling is. Deze tweede vorm van onvoorwaardelijke toeslagverlening hoeft dan ook niet vóóraf te worden gefinancierd. [...]" (Onderstreping A-G)

<sup>46</sup> R.H. Maatman en E.J. Hendriks, Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: art. 20 Pw, TPV 2014/30. Zie verder R.F. van der Ham, Reactie op: 'Onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element: artikel 20 Pw', TPV 2014/53 (met naschrift) en E. Schop, Wijziging van de pensioenregeling, VFP 2016/59.

<sup>47</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/105: "Een toeslag zoals opgenomen in de pensioenovereenkomst (en het pensioenreglement) is voorwaardelijk wanneer deze afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis (art. 6:21 BW), [...]." Overigens vloeit het vereiste van onzekerheid niet voort uit art. 6:21 BW, maar uit het feit dat het deze onzekerheid is die partijen niet onvoorwaardelijk laat handelen. Zie H. Stolz, De voorwaarde in het vermogensrecht (diss.), 2015, p. 65 (par. 2.4.1).

<sup>48</sup> Vgl. Asser/Lutjens 7-XI 2019/33.

<sup>49</sup> Zie recent anders: Rb. Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948, PJ 2022/5 (X/Onderlinge Waarborgmaatschappij Onderlinge Levensverzekering-maatschappij 's-Gravenhage U.A.), rov. 5.13.

<sup>50</sup> Vgl. HR 24 maart 1916, W. 9972, WPNR 1916/2432 m.nt. E.M.M. Meijers (Het is niet de vraag óf een drachtige koe een jong gaat werpen, maar alleen wanneer dat zal gebeuren. Het is een zekere gebeurtenis. Een overeenkomst die de levering van de koe afhankelijk stelt van het geworpen zijn van het jong is dus geen overeenkomst onder opschortende voorwaarde.). De kritiek van E.M.M. Meijers in WPNR 1916/2432 toont aan dat goed nagedacht moet worden over de vraag of iets zeker of onzeker is, want hij vraagt zich in punt 1 van zijn noot terecht af wat de Hoge Raad zou hebben geoordeeld als de drachtige koe een dag na het sluiten van de koop verbrand was en dus nooit aan werpen zou zijn toegekomen.

<sup>51</sup> Omdat het tijdstip van de zekere gebeurtenis niet vaststaat (*dies certus an, incertus quando*), is het een verbintenis onder tijdsbepaling (zie art. 3:38 lid 1 BW).

<sup>52</sup> Zie H. Stolz, De voorwaarde in het vermogensrecht diss. 2015, p. 199 e.v. (par. 3.1.3.1) met vele verwijzingen: niet het bestaan van de overeenkomst, verbintenis of rechtshandeling is als zodanig voorwaardelijk, maar uitsluitend de rechtsgevolgen of de werking van deze rechtsfiguren. Mogelijk doelt Rb. De Haag 16 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12948, PJ 2022/5 (X/Onderlinge Waarborgmaatschappij Onderlinge Levensverzekering-maatschappij 's-Gravenhage U.A.), ro. 5.13 daar ook op, maar helemaal duidelijk is mij dat niet.

<sup>53</sup> E. Lutjens, De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet, TPV 2021/30, punt 1.

<sup>54</sup> T. Huijg, Onvoorwaardelijke' toeslag wel degelijk te wijzigen, PM 2020/45; E. Lutjens, Een onvoorwaardelijke toeslag kan niet worden gewijzigd!, PM 2020/74; T. Huijg, Nogmaals de kwestie van de onvoorwaardelijke toeslag, PM 2020/92; R.H. Maatman, Pensioenaanspraken, onvoorwaardelijke toeslag en artikel 20 Pw, TPV 2021/29; E. Lutjens, De voor alleen de deelnemer onvoorwaardelijke toeslag valt onder het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet, TPV 2021/30, T. Huijg, Wijzigingsverbod en vaste verhogingen: gebrek aan financiering juist van belang, TPV 2021/39; E. Lutjens, Geen financiering toch pensioen geldt ook voor onvoorwaardelijke toeslagen, TPV 2021/40; M. Schuit, Wel of geen wijzigingsmogelijkheid van onvoorwaardelijke toeslagen: een kwestie van definitie, PM 2021/155; R.F. van der Ham, Reactie op: De visies van Lutjens en Maatman op het wijzigingsverbod onvoorwaardelijke toeslagregelingen (art. 20 Pw), TPV 2022/6; R.H. Maatman,

Reactie op mr. R.F. van der Ham, De visies van Lutjens en Maatman op het wijzigingsverbod onvoorwaardelijke toeslagregelingen, TPV 2022/7; E. Lutjens, Reactie: Het wijzigingsverbod van art. 20 Pensioenwet geldt voor onvoorwaardelijke toeslagen voor deelnemers. Maar het schrappen van dit verbod is te overwegen, TPV 2022/8 en de in vt. 1 geciteerde JIN-noot onder ASR/X, punten 5 en 6 met vermelding van inmiddels 3 uitspraken van lagere rechters waarin inmiddels is uitgemaakt dat een onvoorwaardelijk recht op indexatie en pensioenaanspraak is die niet kan worden gewijzigd in een voorwaardelijke indexatie, tenzij de wijziging word gevolgd door een collectieve waardeoverdracht naar een pensioenregeling zonder recht op onvoorwaardelijke indexatie.

<sup>55</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/101-102.

<sup>56</sup> Zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/120 over de begrippen 'verwerven' en 'opbouwen': "De uitdrukkingen opbouwen van pensioen en opgebouwd pensioen zien op de aanspraken en rechten ter zake van pensioen dat kapitaalgedekt is gefinancierd. Het verwerven is een ruimere term en omvat opgebouwde aanspraken en tevens niet-kapitaalgedekte risicoaanspraken op pensioen. Dat laatste is mogelijk bij nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen."

<sup>57</sup> Zie hierover Asser/Lutjens 7-XI 2019/628-629.

<sup>58</sup> HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, NJ 2015/234 (*Stokke e.a./Hauck*), r.o. 3.1. Zie in dezelfde zin met betrekking tot art. 6 EVRM bijv. EHRM 19 april 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0419JUD001603490, NJ 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (*Van den Hurk*), r.o. 61.

<sup>59</sup> A.E.H. van der Voort Maarschalk & A. Knigge, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/43.

<sup>60</sup> Art. 22 pensioenreglement 2014 luidt: "1. Op de pensioenrechten van pensioengerechtigden, de pensioenaanspraken van gewezen deelnemers en op de pensioenaanspraken van ex-partners van gewezen deelnemers of gepensioneerden wordt jaarlijks (per 1 januari) toeslag verleend van maximaal de procentuele stijging van de kosten van levensonderhoud, met een maximum van 6%. Het bestuur beslist evenwel jaarlijks in hoeverre pensioenrechten en pensioenaanspraken worden aangepast. 2. Voor deze voorwaardelijk toeslagverlening is geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald, maar deze wordt uit het beleggingsrendement gefinancierd. 3. [...] 4. [...]."

<sup>61</sup> Zie voor dit laatste ook T. Huijg in punt 1 van zijn noot onder het hofarrest: Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929, PJ 2021/9.

<sup>62</sup> Met Lutjens en Heemskerk meen ik dat sprake is van een kennelijke omissie van de wetgever, zoals overtuigend uiteengezet in M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 254 en Asser/Lutjens 7-XI 2019/587. In het voorstel voor de Wet toekomst pensioenen wordt art. 20 Pw in deze zin aangepast (Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 2 (VvW), p. 8).

<sup>63</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/119.

<sup>64</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/588, waar hij verder opmerkt: "*Dat de financiering geen voorwaarde is voor het ontstaan van aanspraken blijkt uit art. 28 en 29 PW inzake de gevolgen van niet betaalde pensioenpremies, hoewel bij een verzekeraar en premiepensioeninstelling een premieachterstand tot het premievrij maken kan leiden onder de voorwaarden genoemd in art. 29 PW.*"

<sup>65</sup> De term 'rechtsgronden' is in dit verband enigszins ambigue. Het is duidelijker om hier gebruik te maken van het begrip rechtsfeiten (ook wel aangeduid als de feitelijke grondslag van vordering of verweer), omdat art. 25 Rv de rechter juist gebiedt de rechtsgronden aan te vullen. Zie ook vt. 9 van de conclusie van A-G De Bock van 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:152, RvdW 2018/543 en haar proefschrift R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, diss. 2011, p. 117. Vgl. ook G. de Groot, Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht, preadvies NJV, Handelingen NJV 2012-1, p. 20-21.

<sup>66</sup> Zie o.a. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:23, RvdW 2020/139, JBPR 2020/58 m.nt. G.C.C. Lewin (*ZAO Trest Koksokhimmontazh*), rov. 3.1.2; HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:20, NJ 2020/122, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Erfgenamen/Deutsche Bank Nederland*), rov. 3.3.2; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1357, RvdW 2017/869, rov. 3.3.2; HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:663, NJ 2016/222, JBPR 2016/47 m.nt. G.C.C. Lewin, JIN 2016/111 m.nt. E.J.H. Zandbergen, rov. 3.4.

<sup>67</sup> Zie G.C.C. Lewin in punt 1 van zijn noot onder HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:23, JBPR 2020/58 (*Zao Trest Koksokhimmontazh*).

- <sup>68</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25 Rv, aant. 2.
- <sup>69</sup> Zie over dit onderwerp uitvoerig W.D.H. Asser, Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter, in: Preadviezen 2015 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2015, p. 307-358.
- <sup>70</sup> HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, NJ 2012/143 ([...]/ [...]), rov. 4.5.2.
- <sup>71</sup> F.J.P. Lock onder 4 (in fine) van zijn noot onder HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, JBPR 2016/7.
- <sup>72</sup> Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25 Rv, aant. 3 (in fine), verwijzend naar de conclusie van A-G de Bock van 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:152, RvdW 2018/543, onder 2.4 waarin zij o.m. wijst op HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7539, JOL 2003/373 en HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737, NJ 2015/179 m.nt. D.W.F. Verkade (*Rubik/Beckx Trading*), rov. 5.1.2.
- <sup>73</sup> F.J.P. Lock onder 10 (in fine) van zijn noot onder HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3195, JBPR 2016/7.
- <sup>74</sup> A.I.M. van Mierlo, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 25, aant. 4 met verwijzing naar HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0358, NJ 2004/39 (*Lukan/Brokke*).
- <sup>75</sup> Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/283 en A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/68. Zie ook Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/117.
- <sup>76</sup> HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:505, NJ 2019/158, rov. 3.3.2.
- <sup>77</sup> Ras & Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (BPP nr. 4) 2017/40 met een verwijzing naar punt 4 onder c. van de noot van J.B.M. Vranken onder HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7892, NJ 1990/795 (*Aarzelende notaris*).
- <sup>78</sup> Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/4, 121, 159 waaruit volgt dat het hof binnen het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve de rechtsgronden moet aanvullen.
- <sup>79</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/269.
- <sup>80</sup> Zie ook A-G Drijber in punt 1.10 van zijn conclusie van 5 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1042 (*Euronext Amsterdam//Vereniging Pensioengerechtigden Euronext Amsterdam c.s.*).
- <sup>81</sup> Bron visuele weergave: M. Heemskerk, Pensioenrecht, 2020, p. 198.
- <sup>82</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/182.
- <sup>83</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/576.
- <sup>84</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/218.
- <sup>85</sup> Dommerholt, T&C Pensioenrecht, art. 25 Pw, aant. 1.
- <sup>86</sup> T. Huijg in punt 1 van zijn noot onder het hofarrest: Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929, PJ 2021/9. Zie overigens het p-v van het pleidooi in appel op p. 5, waar door de advocaat van [verweerders] is verklaard: “[...] De financiering is iets tussen werkgever en het pensioenfonds. [...]”
- <sup>87</sup> Met verwijzing naar Asser/Lutjens 7-XI 2019/588.
- <sup>88</sup> Zie ook T. Huijg in punt 1 van zijn noot onder het hofarrest: Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929, PJ 2021/9.
- <sup>89</sup> Vgl. K.A. van Haaren, Navigeren door de pensioenfondsenroute, TPV 2019/46, par. 2.
- <sup>90</sup> Asser/Lutjens 7-XI 2019/588.
- <sup>91</sup> HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, NJ 2014/67 m.nt. E. Lutjens, PJ 2013/161 m.nt. E. Lutjens en H.P. Breuker, JAR 2013/249 m.nt. M. Heemskerk, TRA 2013/103 m.nt. J.J.M. de Laat, JOR 2013/310 m.nt. A.G. van Marwijk Kooy (*ECN/Omen*). Zie over dit arrest o.a. J.S. Engelsman, De reikwijdte van het ECN/Omen-arrest buiten pensioen, TAP 2014/150.
- <sup>92</sup> E. Lutjens in punt 8 van zijn NJ-noot. Zie ook E. Lutjens in punten 4-5 van zijn PJ-noot.
- <sup>93</sup> T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 23 Rv, aant. 1.

<sup>94</sup> Uitgebreid hierover: A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss. 2012, par. 2.2.

<sup>95</sup> Zoals in art. 1:406 BW; voor meer uitzonderingen vgl. Klaassen, Meijer & Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/48.

<sup>96</sup> HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812, NJ 2019/267 m.nt. B. Barentsen, JIN 2019/2 m.nt. A. Olsthoorn, JAR 2018/274 m.nt. N.T. Dempsey, TRA 2018/109 m.nt. M.D. Ruizeveld (*X/BAM Infra Telecom*), rov. 3.4.2.

<sup>97</sup> A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, diss. 2012, par. 2.2.3 (nr. 26).

<sup>98</sup> HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, RvdW 2014/201, JBPR 2014/27 m.nt. G.C.C. Lewin (*X/Milau Beheer BV c.s.*), rov. 3.3.3 en Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/4(i); F.J.H. Hovens, *Civiel appel*, 2007, p. 87.

<sup>99</sup> HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, RvdW 2014/898, JBPR 2014/39 m.nt. G.C.C. Lewin, rov. 3.2 en Van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/43 en 68.

<sup>100</sup> Als het gaat om de premiefinanciering merken [verweerders] in MvG 148 nog het volgende op: "Het bovenstaande is uiteraard niet Pensioenfonds AFM aan te rekenen, maar AFM. Het is AFM die een pensioenovereenkomst met haar werknemer sluit; het pensioenfonds is slechts de uitvoerder." Zie ook rov. 3.11: "Het pensioenfonds treft daarvoor volgens [verweerders] geen verwijt, maar wel AFM, omdat AFM dit in de pensioenovereenkomst met haar werknemers is overeengekomen."

<sup>101</sup> De definitie van 'pensioenregeling' in rov. 2.3 is overgenomen van rov. 1.3 van het vonnis van de kantonrechter.

<sup>102</sup> Zie recent nog HR 11 februari 2022, vp. vt. 1 (*ASR/X*), rov. 3.2-3.3. Zie verder Asser/Lutjens 7-XI 2019/25: "[...] De drie genoemde juridische bindingen kennen elk een eigen grondslag en betreffen rechtsverhoudingen tussen verschillende partijen, maar de rechtsverhoudingen hangen wel met elkaar samen. De driehoeksverhouding is een bijzonderheid bij het aanvullend pensioen waarop de Pensioenwet betrekking heeft, die eigen juridische vragen omtrent de onderlinge wisselwerking tussen de afzonderlijke verhoudingen oproept bij met name de nakoming en de wijziging van pensioenregeling."

<sup>103</sup> Zie ook een andere passage uit rov. 3.12: "Bovendien leidt het oordeel van het hof in 3.6 tot en met 3.11 al tot een aanzienlijke reductie van die verschuiving van de risico's inzake de tot 2016 opgebouwde pensioenaanspraken"

<sup>104</sup> HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, NJ 2011/185 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss ([...] /*Mammoet II*), rov. 3.3.3. Zie verder *Arbeidsrecht in 50 uitspraken* 2012, p. 45 met annotatie van F.B.J. Grapperhaus, M.J.A.C. Driessen & W.J.M. Rauws en *Arbeidsrecht in 50 uitspraken* 2010, p. 47 met annotatie van N. Gundt. Zie o.a. over dit arrest J.M. van Slooten, 2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht – HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, [...] /*Mammoet Transport*, ArA 2008/3.3.

<sup>105</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (*NaV*), p. 31.

<sup>106</sup> Punt 3.14 (in fine) van de conclusie van A-G Keus (ECLI:NL:PHR:2008:BD1847).

<sup>107</sup> HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, NJ 2021/84 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, JAR 2020/11 m.nt. N. Cancian-van Ballegooien, JIN 2020/19 m.nt. E. Wies & A.M. Westerduin (*Fair Play I*). Zie over dit arrest o.a. L.A.J. Kuijpers & R.C. Akkermans, 'Het eenzijdig wijzigingsbeding na het Fair Play-arrest', TAP 2020/46. Het arrest kreeg na verzoeken ex art. 31 Rv (herstel) en art. 32 Rv (aanvulling) een vervolg met HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:72, NJ 2021/85 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Fair Play II*).

<sup>108</sup> [verweerders] noemt in 2.2-Ibii als vindplaats voor het bewijsaanbod MvG 239, maar bedoeld is kennelijk MvG 245.

<sup>109</sup> R.H. De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid*, diss. 2011, par. 1.5.0.

<sup>110</sup> G. de Groot, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 149 Rv, aant. 2.

<sup>111</sup> Zie Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (*NaV*), p. 32: "Zonder het voorgestelde artikel 613 BW zou de werkgever, indien de arbeidsovereenkomst een beding bevat dat hem de bevoegdheid geeft arbeidsvoorwaarden te wijzigen, met een beroep op dat beding deze bevoegdheid in beginsel kunnen uitoefenen. Indien dit niet redelijk zou zijn, zou de werknemer deze onredelijkheid moeten aantonen."



Artikel 613, eerste lid BW gaat er daarentegen van uit dat het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden slechts mogelijk is indien de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft dat het belang van de werknemer daarvoor in redelijkheid moet wijken. Het is aan de werkgever om dat zwaarwichtige belang aan te tonen.”

<sup>112</sup> G. de Groot, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 149 Rv, aant. 3.

<sup>113</sup> In verweerschrift vt. 40 is MvG 78 als vindplaats gegeven voor de andere klacht van subonderdeel 2.2-Ib-i. De in dezelfde zin vervolgens geformuleerde klacht (hier besproken) is kennelijk gebaseerd op het vervolg van de MvG (79-81).

<sup>114</sup> De reactie van AFM op het verzoek ex art. 194 Rv is te vinden in MvA 36 en 51.

<sup>115</sup> G. de Groot, SDU Commentaar Burgerlijk Procesrecht, art. 194 Rv, aant. 2: Het is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt of hij van de bevoegdheid gebruik maakt. Verwezen wordt naar: HR 16 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7596, NJ 1982/560, rov. 3; HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3993, NJ 2002/73 (*D./Ruitersportcentrum e.a.*), rov. 3.3.3; HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3135, NJ 2006/619 (*Navcom/Philips*), rov. 6.2; HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1902, NJ 2008/401 (*Restrepo/Thiel Corporation*), rov. 3.4.

<sup>116</sup> G. de Groot, SDU Commentaar Burgerlijk Procesrecht, art. 194 Rv, aant. 2.2 met verwijzing naar: HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659 (*Vredo/Veenhuis*) m.nt. D.W.F. Verkade en HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2743, NJ 1999/7 (*Finkenburgh/Van Mansum*).

<sup>117</sup> G. de Groot, SDU Commentaar Burgerlijk Procesrecht, art. 194 Rv, aant. 2.2 met verwijzing naar HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151, m.nt. F.C.B. van Wijmen en HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, NJ 2004/74, JBPR 2004/29 m.nt. R. Schellaars (*Stichting Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering Maatschappij*), rov. 3.6.

<sup>118</sup> Kamerstukken II 1996/97, 24 615, nr. 9 (NaV), p. 31, 32 en 34; Kamerstukken I 1997/98, 24 615, nr. 81a (MvA), p. 9.

<sup>119</sup> A-G Drijber in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:643). Zie punten 3.9-3.17 voor een bespreking van de wetsgeschiedenis en punten 3.21-3.23 voor de literatuur. Een bespreking van de cassatieklachten op dit punt staat in punten 4.18-4.25.

<sup>120</sup> In het verweerschrift van [verweerders] staat in vt. 66 als vindplaats van deze stelling MvG 7, maar ik neem aan dat dit een kennelijke verschrijving is en MvG 207 is bedoeld (dupliek 18) omdat de letterlijke tekst van de stelling daar te vinden is en bovendien ook het cijfer '7' voorkomt in dat randnummer. Blijkbaar heeft AFM niet gedacht aan een verschrijving, omdat zij primair betoogt dat de klacht feitelijke grondslag mist (s.t. 126), maar daarnaast voert zij ook op andere grond verweer.

<sup>121</sup> B.T.M. Van der Wiel, in: B.T.M. van der Wiel, Cassatie 2019/116 (p. 124) met in vt. 104 o.a. een verwijzing naar A.E.B. ter Heide, Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen, TCR 2001, p. 79.

<sup>122</sup> Overigens en los van marktconformiteit is door de AFM (zie bijv. MvA 25 in fine, 58 in fine, 63 en 73) uitgelegd dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen in dit geval onderdeel was van een pakket van wijzigingen van arbeidsvoorwaarden waarmee de ondernemingsraad uiteindelijk instemde.

<sup>123</sup> Het hof verwijst hierbij o.a. naar het rapport van Montae, dat door AFM bij de CvD als productie 12 is overgelegd en onder 28 CvD is ingelast en samengevat. Bij akte (uitlating producties) ingediend op de rolzitting van 11 mei 2018 hebben [verweerders] nog uitgebreid gereageerd op dit rapport.

<sup>124</sup> Vgl. bijv. HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6098, NJ 2007/394 m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.2. Zie onder verwijzing naar dit arrest T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 24 Rv, aant. 2 (laatste alinea).

<sup>125</sup> Zie over deze kanttekeningen het vonnis van de kantonrechter rov. 28-29.

<sup>126</sup> Prod. 7 inleidende dagvaarding.

---

# ECLI:NL:GHSHE:2022:2342

|                      |                                                                                                       |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof 's-Hertogenbosch                                                                          |
| Datum uitspraak      | 12-07-2022                                                                                            |
| Datum publicatie     | 25-07-2022                                                                                            |
| Zaaknummer           | 200.277.281_01                                                                                        |
| Rechtsgebieden       | Arbeidsrecht                                                                                          |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                                          |
| Inhoudsindicatie     | pensioenrecht; art. 7:613 BW; eenzijdige wijziging van eindloonregeling in beschikbare premieregeling |
| Wetsverwijzingen     | Burgerlijk Wetboek Boek 7 613                                                                         |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0850<br>JAR 2022/216<br>PR-Updates.nl PR-2022-0153               |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.277.281/01

### arrest van 12 juli 2022

in de zaak van

**1 DSV Road Holding N.V.,**  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

**2. DSV Solutions Nederland B.V.,**  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

**3. DSV Solutions Dordrecht B.V.**  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellanten,

hierna aan te duiden als DSV,

advocaat: mr. M.W. Minnaard te Amsterdam,

tegen

**1 [geïntimeerde 1] ,  
wonende te [woonplaats] ,**

**2. [geïntimeerde 2] ,  
wonende te [woonplaats] ,**

**3. [geïntimeerde 3] ,  
wonende te [woonplaats] ,**

**4. [geïntimeerde 4]  
wonende te [woonplaats] ,**

**5. [geïntimeerde 5] ,  
wonende te [woonplaats] ,**

geïntimeerden,

hierna gezamenlijk aan te duiden als werknemers en afzonderlijk bij naam,  
advocaat van geïntimeerden 1 t/m 4: mr. J. Kaldenberg te 's-Gravenhage,  
advocaat van geïntimeerde 5: mr. A.F. Wilson te Zoetermeer,

op het bij exploit van dagvaarding van 9 april 2020 ingeleide hoger beroep van de vonnissen van 17 april 2019 en 1 april 2020, door de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Bergen op Zoom, gewezen tussen DSV als gedaagden en werknemers als eisers.

## **1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 7065357 CV EXPL 18-2863)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen en naar het tussenvonniss van 3 oktober 2018 waarmee een mondelinge behandeling is bepaald.

## **2 Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaardingen in hoger beroep;
- de memorie van grieven met een productie;
- de memorie van antwoord van [geïntimeerde 1] , [geïntimeerde 2] , [geïntimeerde 3] en [geïntimeerde 4] , met een productie en een voorwaardelijke eiswijziging;
- de memorie van antwoord van [geïntimeerde 5] met een voorwaardelijke eiswijziging;
- de akte van overlegging producties van DSV;
- de mondelinge behandeling, waarbij alle partijen pleitnotities hebben overgelegd (waarna de zaak is aangehouden voor schikkingsonderhandelingen);

- het rolbericht van 10 mei 2022 waarmee de werknemers om arrest hebben gevraagd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg. Daarbij betreft het hof ook de aantekeningen van de in eerste aanleg op 29 november 2018 gehouden comparitie, aangezien die aantekeningen door de werknemers zijn overgelegd en DSV in de gelegenheid is geweest daarvan kennis te nemen.

### **3 De beoordeling**

#### *Kern van het geschil*

- 3.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of DSV zonder instemming van de werknemers de pensioenovereenkomst mocht wijzigen van een eindloonregeling in een beschikbare premieregeling.

#### *De feiten*

- 3.2. Het hof gaat bij de beoordeling van het hoger beroep uit van de volgende feiten.

3.2.1. De werknemers zijn in dienst geweest van (rechtsvoorgangers van) Furness Logistics B.V., welke onderneming in 2000 is overgenomen door [[XX]] Nederland B.V. (hierna: [[XX]] ). In 2006 heeft een fusie plaatsgevonden, waardoor de werknemers in dienst zijn gekomen bij DSV. [geïntimeerde 2] , [geïntimeerde 3] en [geïntimeerde 5] zijn in dienst van DSV Road Holding N.V., [geïntimeerde 1] is in dienst van DSV Solutions Nederland B.V. [geïntimeerde 4] was in dienst van DSV Solutions [locatie] B.V., maar in de loop van deze procedure is zij daar uit dienst getreden en in dienst gekomen van DSV Solutions Nederland B.V.

3.2.2. De werknemers waren deelnemer in de Stichting Furness Pensioenfonds III (hierna: Furness III).

3.2.3. [[XX]] heeft gestreefd naar harmonisatie van de verschillende pensioenregelingen, maar voor de werknemers die deelnamen aan de Furness III regeling werd een uitzondering gemaakt. Zij kregen een nieuwe, maar wel identieke pensioenregeling, de [[XX]] II pensioenregeling (hierna: FM II). Deze pensioenregeling werd vanaf 1 januari 2001 uitgevoerd door Nationale-Nederlanden Levensverzekeringsmaatschappij N.V. (hierna: NN).

3.2.4. De pensioenregeling van FM II kwalificeert als een uitkeringsovereenkomst op eindloombasis. De werknemers waren geen werknemersbijdrage in de pensioenpremie verschuldigd. Deze pensioenregeling is ten tijde van de overgang in 2006 van [[XX]] naar DSV ongewijzigd gecontinueerd.

3.2.5. Bij brief van 30 juni 2017 heeft NN de uitvoeringsovereenkomst per 1 januari 2018 opgezegd. NN bood vanaf dat moment geen verzekering van de eindloonregeling meer aan.

3.2.6. DSV heeft aan de werknemers voorgesteld om te kiezen tussen twee pensioenregelingen: een hybride pensioenregeling bestaande uit een middelloonregeling tot een bepaald salaris en voor het daarboven geldende salaris een beschikbare premieregeling of een volledige beschikbare premieregeling.

De Centrale Ondernemingsraad (hierna: de COR) heeft ingestemd met dit voorstel van DSV.

3.2.7. DSV heeft op verschillende manieren informatie verstrekt over deze twee regelingen. De werknemers hebben bezwaar gemaakt. Zij hebben geweigerd een keuze te maken en te kennen gegeven dat zij wilden vasthouden aan de eindloonregeling.

3.2.8. DSV heeft de werknemers per 1 januari 2018 aangemeld als deelnemer in de nieuwe regeling en voor hen een keuze gemaakt, aangezien zij die keuze zelf niet maakten. DSV heeft de werknemers aangemeld voor de volledige beschikbare premieregeling.

*Afbakening van het geschil in hoger beroep: de vorderingen van de werknemers, het oordeel van de kantonrechter, de gewijzigde vorderingen in hoger beroep en samenvatting waarover het hof heeft te oordelen*

3.3.1. Het hof zal samengevat weergeven wat de werknemers hebben gevorderd. Zij hebben op onderdelen een uitsplitsing gemaakt in hun vorderingen en die vorderingen toegespitst op ieder van hen individueel (en dus ook tegen de afzonderlijke vennootschappen).

De werknemers hebben gevorderd dat de kantonrechter:

I t/m III. voor recht verklaart dat DSV niet gerechtigd was om tot wijziging van de pensioenregeling over te gaan zonder instemming van de werknemers;

IV. voor recht verklaart dat DSV niet gerechtigd is tot invoering van een werknemersbijdrage in de pensioenpremie per 1 januari 2018 jegens de werknemers;

primair:

V. DSV veroordeelt tot voortzetting van de aan de werknemers gedane pensioentoezegging in de vorm van een uitkeringsovereenkomst op eindloombasis, al dan niet ondergebracht bij dezelfde pensioenuitvoerder, en werknemers daarbij in de positie te brengen waarin zij zouden hebben verkeerd indien de pensioentoezegging met werknemers na 1 januari 2018 correct zou zijn nagekomen;

VI. DSV veroordeelt om daarvan schriftelijk bewijs te verstrekken op verbeurte van een dwangsom;

subsidiair:

VII t/m XI. DSV veroordeelt tot betaling van een koopsom aan een pensioenuitvoerder (ter hoogte van de in de dagvaarding genoemde bedragen die per werknemer verschillen) bij wijze van schadevergoeding, dan wel een door de kantonrechter te bepalen koopsom of schadevergoeding;

XII. DSV veroordeelt om de werknemers met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2018 op te nemen in de voor werknemers meest gunstige variant binnen de nieuwe pensioenregeling van DSV onder verstrekking van schriftelijk bewijs, op straffe van een dwangsom;

primair en subsidiair:

XIII t/m XV. DSV veroordeelt tot terugbetaling van het op het salaris ingehouden werknemersdeel van de pensioenpremie op verbeurte van een dwangsom;

XVI. DSV veroordeelt in de kosten van de door de werknemers ingeschakelde deskundige ten bedrage van € 2.710,40;

XVII. DSV veroordeelt in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 6.775,- en in de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente;

XVIII. DSV veroordeelt in de proceskosten.

3.3.2. De kantonrechter heeft de vorderingen I tot en met III (de verklaringen voor recht dat DSV niet gerechtigd was om te wijzigen), V (veroordeling van DSV om de eindloonregeling voort te zetten), VI (schriftelijk bewijs daarvan op straffe van een dwangsom van € 200,- per dag met een maximum van € 10.000,-), en XVI tot en met XVIII (kosten deskundige,

buitengerechtelijke kosten, proceskosten) toegewezen. De kantonrechter heeft de andere vorderingen afgewezen.

3.3.3. De werknemers zijn niet in hoger beroep gekomen van de afwijzing van hun vorderingen XIII t/m XV. Zij hebben aangegeven dat zij die vorderingen intrekken, omdat DSV in eerste aanleg heeft verklaard dat zij geen werknemersbijdrage op het salaris in mindering brengt en ook niet in mindering zal gaan brengen. De werknemersbijdrage is dus geen geschilpunt meer in hoger beroep.

3.3.4. De werknemers hebben aangegeven dat zij de volgende subsidiaire vordering willen toevoegen (vóór vordering VII t/m IX, samengevat):

voor het geval de eindloonregeling niet kan worden voortgezet DSV te veroordelen om met terugwerkende kracht tot 1 januari 2018 de werknemers onder te brengen in een pensioenregeling die qua niveau en aanspraken zo veel mogelijk gelijk is aan de eindloonregeling die zij hadden, zonder afwenteling van kosten op de werknemers, op straffe van een dwangsom.

3.3.4.1. DSV heeft tijdens de mondelinge behandeling bezwaar gemaakt tegen deze gewijzigde eis. Volgens DSV was deze eiswijziging te laat en heeft zij onvoldoende gelegenheid gehad om inhoudelijk in te gaan op deze gewijzigde eis. Zij heeft aangevoerd dat de vordering te vaag is om op deze manier toegewezen te kunnen worden.

3.3.4.2. Het hof constateert dat geen sprake is van een te late wijziging van eis. De werknemers hebben immers in hun eerste processtuk in hoger beroep hun eis gewijzigd. DSV is niet in de gelegenheid geweest om een memorie van antwoord in dit incidenteel hoger beroep te nemen. DSV heeft wel tijdens de mondelinge behandeling kunnen reageren. Zoals hierna zal blijken zal het hof deze vordering niet zonder meer toewijzen. Het hof wil daar eerst nadere informatie over ontvangen. DSV zal tijdens het verdere verloop van deze procedure nog voldoende gelegenheid hebben om zich in dit opzicht (nader) te verweren.

3.3.5. Verder hebben de werknemers aangevoerd dat zij de door de kantonrechter toegewezen dwangsom te laag vinden, met name hebben zij bezwaar tegen de maximering. Dat betreft een incidenteel hoger beroep. Het hof verworpt wederom het standpunt van DSV dat dit te laat naar voren is gebracht. Ook dit hebben de werknemers in hun eerste processtuk in hoger beroep aangekaart. DSV heeft verklaard dat het hof zelf kan oordelen over de maximering van de dwangsommen, waarmee zij zich kennelijk refereert aan het oordeel van het hof.

3.3.6. DSV heeft geen grieven gericht tegen de toewijzing van de vorderingen XVI en XVII. De veroordeling tot betaling van de kosten van de deskundige en de buitengerechtelijke kosten, zal daarom ongeacht de vraag of het hoger beroep slaagt, in stand blijven. Het hof beschouwt die kosten bovendien, gelet op de aard van het geschil, niet zonder meer als een sequeel van de hoofdvorderingen.

3.3.7. Zoals hiervoor in 3.2.1 is vermeld, is [geïntimeerde 4] in de loop van deze procedure in dienst gekomen van DSV Solutions Nederland B.V. Partijen zijn het er tijdens de mondelinge behandeling over eens geworden dat een eventuele veroordeling van DSV voor wat betreft [geïntimeerde 4] moet worden uitgesproken jegens DSV Solutions Nederland B.V.

3.3.8. Samenvattend komt het erop neer dat het hof heeft te oordelen over de volgende, zeer verkort weergegeven vorderingen:

- een verklaring voor recht dat DSV niet zonder instemming van de werknemers de pensioenovereenkomst mocht wijzigen;
- een veroordeling tot voortzetting van de eindloonregeling,

althans tot een middelloonregeling die zo veel mogelijk gelijk is aan die eindloonregeling;  
althans tot vergoeding van schade;  
- de hoogte van de dwangsom die ziet op het door DSV af te geven bewijs dat zij aan de veroordeling voldoet;  
- de proceskosten.

#### *Enkele inleidende overwegingen*

3.4. Tussen partijen staat vast dat DSV en de werknemers een pensioenovereenkomst hadden die moet worden gekwalificeerd als een eindloonregeling. Zoals hiervoor al is vermeld gaat het in dit hoger beroep om de vraag of DSV die pensioenregeling mocht wijzigen.

3.4.1. DSV heeft primair aangevoerd dat zij geen instemming nodig had van de werknemers omdat de COR heeft ingestemd met de wijziging en de werknemers aan die instemming gebonden zijn. Daarop heeft grief I betrekking.

3.4.2. Subsidiair heeft DSV een beroep gedaan op artikel 29 van het pensioenreglement 2008. In eerste aanleg stond ter discussie of dit pensioenreglement van toepassing was. Tussen partijen staat inmiddels vast dat het geschil beoordeeld moet worden op basis van het pensioenreglement 2008. De werknemers hebben dat immers erkend.

Artikel 29 van het pensioenreglement 2008 heeft als kop: "*Wijzigingsvoorbehoud werkgever*" en luidt als volgt:

*1. De werkgever heeft zich het recht voorbehouden de pensioenregeling te wijzigen, te verlagen, te beperken of te beëindigen, als omstandigheden wijzigen die voor de werkgever van zodanig zwaarwegend belang zijn in relatie tot de belangen van de werknemers, dat de belangen van de werknemers daarvoor moeten wijken. Van een zwaarwegend belang is onder meer sprake als:*

*a. de overheid de ouderdoms-, nabestaanden- en/of arbeidsongeschiktheidsuitkeringen zodanig ingrijpend wijzigt, dat een herziening of beëindiging van de pensioenregeling, gelet op de opzet daarvan, noodzakelijk is;*

*b. de werkgever na een afwijzing op een dispensatieverzoek dat hij heeft ingediend, verplicht is om zich voor (een deel van) het personeel dat onder deze regeling valt, aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds;*

*c. de financiële positie van de werkgever de uitgaven voor de pensioenregeling niet meer toelaat.*

*2. De werkgever heeft zich het recht voorbehouden zijn bijdrage aan de pensioenregeling te verlagen of te beëindigen in geval van ingrijpende wijziging van omstandigheden.*

*3. Als de werkgever gebruik wil maken van het recht zoals omschreven in lid 1 of lid 2, zal hij de deelnemers hierover schriftelijk informeren en met hen overleggen over een eventuele herziening van de pensioenregeling.*

*De opgebouwde pensioenaanspraken worden niet aangetast."*

3.4.3. Partijen zijn het erover eens dat dit beding kwalificeert als een eenzijdig wijzigingsbeding. Partijen zijn het er ook over eens dat DSV een beroep kan doen op dit beding, omdat de gronden voor wijziging slechts van verduidelijkende aard zijn. Dit beding geeft geen uitputtende opsomming voor wijziging. Dat blijkt uit de woorden 'onder meer' in lid 1. Het geschil spitst zich toe op de vraag of DSV een zodanig zwaarwichtig belang bij wijziging heeft, dat de belangen van de werknemers daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken. Daarop hebben de grieven II en III betrekking.

#### *Grief I: instemming COR*

- 3.5.1. DSV heeft aangevoerd dat de instemming van de COR met de wijziging van de pensioenregeling de werknemers bindt. De kantonrechter heeft dat verweer verworpen en daartoe overwogen dat uit de wetshistorie van de WOR volgt dat instemming van de ondernemingsraad of overeenstemming met de ondernemingsraad geen directe doorwerking kan hebben in de individuele arbeidsovereenkomst. Daartoe heeft de kantonrechter verwezen naar de parlementaire geschiedenis van de WOR. Het hof is het volledig eens met dit oordeel van de kantonrechter. De door DSV in hoger beroep genoemde argumenten leiden niet tot een ander oordeel. Daartoe overweegt het hof het volgende.
- 3.5.2. Volgens DSV zijn de werknemers gebonden omdat de pensioenregelingen altijd collectief werden uitonderhandeld. Anders dan DSV heeft aangevoerd, blijkt uit de statuten niet dat een zo structurele wijziging van de pensioenovereenkomsten als nu aan de orde, door het pensioenfonds kon worden doorgevoerd zonder instemming van de werknemers. En los daarvan betekent het feit dat het pensioenfonds een wijziging kon doorvoeren niet dat DSV als werkgever dat kan. Volgens DSV is door de overgang van de uitvoering van de pensioenregeling door het pensioenfonds naar NN een leemte ontstaan met betrekking tot de wijzigingsmogelijkheden. Het hof verwerpt ook dat argument, omdat ook in de tijd dat de eindloonregeling werd uitgevoerd door het pensioenfonds de nu aan de orde zijnde wijziging niet had kunnen worden doorgevoerd zonder instemming van de werknemers. Evenmin kan het hof DSV volgen in hun verweer dat de werknemers stilzwijgend hebben aanvaard dat DSV de wijziging mocht uitonderhandelen met de COR en dat dit al jarenlang bestendig gebruik was bij DSV. Het hof is het ook op dit onderdeel eens met het oordeel van de kantonrechter dat de werknemers nooit aanleiding hebben gehad om bezwaar te maken tegen de wijze van besluitvorming, omdat zij steeds uitgezonderd zijn geweest van de wijzigingen. Het gaat om een arbeidsvoorwaarde die voor de werknemers van groot financieel belang is. In dit geval is het nodig dat de werknemers welbewust instemmen met een wijziging. Het hof sluit onder omstandigheden niet uit dat dit ook stilzwijgend zou kunnen, maar in dit geval is er geen enkele reden of aanwijzing dat de werknemers stilzwijgend hebben ingestemd.

*Grievens II en III: zwaarwichtig belang*

- 3.6.1. Het hof neemt bij de beoordeling van deze grieven tot uitgangspunt hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 29 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1869, Fair Play):
- 3.1.2. Volgens art. 7:613 BW kan de werkgever slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij die wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Uit de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling volgt dat uitgangspunt is dat de arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig door toepassing van een wijzigingsbeding kunnen worden gewijzigd en dat dit alleen anders is, als is voldaan aan de vereisten van art. 7:613 BW. Het doel van deze bepaling is om aan werknemers een adequaat niveau van bescherming tegen eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden te bieden, maar gelijktijdig rekening te houden met het belang van werkgevers om arbeidsvoorwaarden te kunnen ordenen.
- 3.1.3. De hiervoor in 3.1.2 aangehaalde tekst en strekking van art. 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten



nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.

3.6.2. Tijdens de mondelinge behandeling heeft het hof met partijen doorgenomen wat hun argumenten / belangen zijn. DSV heeft bevestigd dat het gaat om de volgende redenen (in willekeurige volgorde):

- NN heeft de uitvoeringsovereenkomst opgezegd en wil niet langer een eindloonregeling uitvoeren;
- er is geen andere uitvoerder die dit wil / kan en als er al wel een te vinden is dan zijn de kosten extreem;
- de COR heeft ingestemd;
- werknemers die gelijke arbeid verrichten moeten op gelijke wijze worden beloond;
- het is praktisch onwenselijk om meerdere pensioenregelingen uit te voeren, DSV wil de regelingen harmoniseren, dat is geen doel op zich maar een bijkomend belang;
- vanwege het pensioenakkoord is een eindloonregeling op korte termijn sowieso niet meer mogelijk.

De werknemers hebben bevestigd dat het gaat om de volgende redenen (in willekeurige volgorde):

- er is een groot verschil tussen een eindloonregeling en een beschikbare premiereregeling, omdat het risico bij een beschikbare premiereregeling bij de werknemers komt te liggen terwijl dat bij een eindloonregeling niet zo is;
- als er sprake is van een kostenstijging dan kan DSV die gemakkelijk dragen; een financiële noodzaak was er niet en is nooit aangetoond;
- het gaat om een heel kleine groep die altijd al als een aparte groep is behandeld en waarvoor eerder ook steeds een uitzondering werd gemaakt.

3.6.3. Het hof oordeelt als volgt over de vraag of het nog mogelijk is een eindloonregeling uit te laten voeren. Tussen partijen staat vast dat NN de uitvoeringsovereenkomst heeft opgezegd en heeft laten weten dat zij geen eindloonregeling meer zal uitvoeren. DSV heeft meerdere documenten in het geding gebracht waaruit dient te worden afgeleid dat er geen andere uitvoerders meer zijn die een eindloonregeling uitvoeren, althans voldoende betrouwbare uitvoerders. In eerste aanleg heeft DSV een rapport van AON overgelegd waaruit blijkt dat alleen bij Aegon een eindloonregeling bespreekbaar is. Ook heeft zij in eerste aanleg een rapport van Willis Towers Watson (hierna: WTW) overgelegd waaruit blijkt dat een eindloonregeling bespreekbaar is bij Aegon, ASR en Zwitserleven. Uit de bij het rapport van WTW overgelegde bijlagen blijkt dat bij deze verzekeraars nadere informatie is opgevraagd, waarna Aegon en ASR hebben aangegeven geen offerte te willen uitbrengen. Zwitserleven heeft aangegeven eerst het reglement te willen zien alvorens te bepalen of het een offerte wil uitbrengen. In hoger beroep heeft WTW een aanvullend rapport uitgebracht waarbij zijn gevoegd e-mails van Aegon en ASR waarmee zij bevestigen dat zij geen offerte willen uitbrengen en een e-mail van Zwitserleven dat zij geen aanleiding ziet om in deze situatie een concrete aanbieding te doen. Anders dan de werknemers hebben aangevoerd, blijkt daaruit dat het niet mogelijk lijkt te zijn een uitvoerder te vinden die de eindloonregeling wil uitvoeren, althans niet voor het kleine personeelsbestand dat bij DSV nog zo'n eindloonregeling heeft. De werknemers hebben aangevoerd dat er altijd nog in overleg kan worden getreden, dat niet blijkt dat Delta Lloyd en Scildon ook geen eindloonregeling uitvoeren en dat niet is onderzocht of de werknemers konden worden ondergebracht bij Centraal Beheer APF. Het hof is van oordeel dat DSV voorshands is geslaagd in de bewijslevering. De werknemers mogen tegenbewijs leveren.

3.6.4. Voor het geval de werknemers afzien van het leveren van tegenbewijs of voor het geval het oordeel zal zijn dat zij niet in het tegenbewijs slagen, overweegt het hof nu alvast het volgende. Daarbij zal het hof er steeds veronderstellenderwijs vanuit gaan dat het redelijkerwijs niet meer mogelijk is de eindloonregeling te laten uitvoeren.

3.6.5. Het hof is van oordeel dat de feitelijke onmogelijkheid om de eindloonregeling nog te laten uitvoeren een zodanig zwaarwichtig belang is dat DSV daarin voldoende reden en aanleiding had om een wijziging na te streven van de pensioenovereenkomst. Een wijziging is in feite onvermijdelijk, maar DSV moest (en moet) wel rekening houden met de belangen van de werknemers. Het hof is van oordeel dat DSV dat onvoldoende heeft gedaan door van de werknemers te verlangen dat zij akkoord gingen met een van de twee door haar ingevoerde regelingen, zonder eerst te onderzoeken of het mogelijk was de eindloonregeling te wijzigen in een pensioenregeling die meer aansluit bij het karakter van de eindloonregeling. De belangrijkste wijziging is voor de werknemers dat het risico met betrekking tot de hoogte van de te bereiken pensioenen bij hen wordt gelegd, terwijl de hoogte voorheen gegarandeerd was. Om die reden lag voor hen een wijziging naar een middelloonregeling in combinatie met een financiële compensatie meer voor de hand. DSV heeft dat niet onderzocht omdat zij voor de ex Furness-II werknemers geen uitzondering wil(de) maken. Het hof is echter van oordeel dat DSV in ieder geval eerst had moeten onderzoeken of het mogelijk was om een middelloonregeling in te voeren die niet te zeer afweek van de eindloonregeling (vergezeld van een compensatie) of de huidige regeling in te voeren onder gelijktijdige aanbieding van een compensatie waarmee zo veel mogelijk tegemoet zou worden gekomen aan de nadelige gevolgen voor de werknemers. DSV heeft het één noch het ander gedaan.

3.6.6. De door DSV genoemde redenen om dat niet te doen, acht het hof onvoldoende opwegen tegen de belangen van de werknemers. Als een middelloonregeling of een garantie of financiële compensatie voor DSV duur(der) is, dan betekent dat niet, althans niet zonder meer, dat DSV daartoe niet gehouden is. De wijziging van de pensioenregeling is immers niet ingegeven door financiële problemen bij DSV. DSV heeft niet weersproken dat de ondernemingen er goed voorstaan. Het hof begrijpt de praktische onwenselijkheid om meerdere pensioenregelingen in de onderneming te hebben en ook de wens om tot harmonisatie over te gaan, maar gelet op de ingrijpende gevolgen voor de werknemers, leggen deze argumenten te weinig gewicht in de schaal. Hetzelfde geldt voor de instemming van de COR. Van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen is geen sprake. Het zou zo kunnen zijn dat collega's van de werknemers dezelfde werkzaamheden verrichten maar andere pensioenovereenkomsten hebben dan de werknemers, maar die collega's hebben niet hetzelfde arbeidsverleden, hetgeen een factor van belang is. Het pensioenakkoord was in 2018 nog niet aan de orde. Of dat van invloed is op de (on)mogelijkheid om alsnog een middelloonregeling te realiseren, kan het hof thans niet overzien, maar staat in ieder geval niet in de weg aan het bieden van een financiële compensatie.

3.6.7. Als het hof alle door DSV genoemde argumenten en belangen in ogenschouw neemt, dan had DSV op zich wel een goede reden om tot wijziging van de pensioenovereenkomsten met de werknemers over te gaan, maar mocht zij dat niet doen zoals zij dat heeft gedaan. DSV had eerst een minder vergaand alternatief moeten onderzoeken en dat moeten aanbieden in combinatie met een compensatie, of de huidige beschikbare premieregeling aanbieden vergezeld van een compensatie. Aangezien zij dat niet heeft gedaan, is van een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW geen sprake.

#### *Verdere gang van zaken*

3.7. Zoals hiervoor is overwogen, mogen de werknemers tegenbewijs leveren. Voor het geval zij daarvan afzien of daarin niet slagen, zal het hof een oordeel moeten geven over hun subsidiaire

vordering die erop neerkomt dat DSV een middelloonregeling voor hen tot stand moet brengen die zo veel mogelijk gelijk is aan de eindloonregeling. DSV heeft terecht aangevoerd dat toewijzing van de vordering zal leiden tot executieproblemen omdat de vordering te vaag is. Het hof kan niet zelf beoordelen of en onder welke voorwaarden een dergelijke middelloonregeling mogelijk is. Het hof zal daarom een deskundige gaan benoemen om dat te onderzoeken. Het hof zal na het afzien van, of het falen van tegenbewijs, een tussenarrest wijzen waarin het voorlopige vragen zal formuleren voor een onderzoek door een te benoemen deskundige, waarover partijen zich dan eerst kunnen uitlaten.

Het hof geeft partijen uitdrukkelijk opnieuw in overweging om samen tot een oplossing te komen, niet alleen ter vermijding van kosten, maar ook omdat een eventueel oordeel van het hof over een middelloonregeling wellicht door tijdsverloop niet meer praktisch te realiseren zal zijn. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

#### **4 De uitspraak**

Het hof:

- 4.1. laat de werknemers toe te ontzenuwen de voorshands bewezen geachte stelling dat er geen (betrouwbare) uitvoerders meer zijn die een eindloonregeling uitvoeren;
- 4.2. verwijst de zaak naar de rol van 9 augustus 2022 voor akten aan de zijde van de werknemers waarin moet worden vermeld of en op welke wijze de werknemers bewijs willen leveren;  
indien zij getuigenbewijs willen leveren dienen zij in hun akten opgave te doen van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de periode van 4 tot 12 weken na de datum van dit arrest;
- 4.3. bepaalt, voor het geval de werknemers bewijs door getuigen willen leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. M. van Ham als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;
- 4.4. bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;
- 4.5. bepaalt dat de advocaten van de werknemers tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zullen opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;
- 4.6. bepaalt dat, indien de werknemers afzien van het leveren van tegenbewijs, de zaak opnieuw op de rol zal worden geplaatst voor arrest (zie rov. 3.7);
- 4.7. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W. van Rijkom, M. van Ham, A.W. Rutten en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 12 juli 2022.

griffier rolraadsheer



# ECLI:NL:RBDHA:2022:7027

|                      |                                                                                                                                     |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Den Haag                                                                                                                  |
| Datum uitspraak      | 12-07-2022                                                                                                                          |
| Datum publicatie     | 28-07-2022                                                                                                                          |
| Zaaknummer           | 9522699 RL EXPL 21-18451                                                                                                            |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                         |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig                                                                                                         |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenschade door wijziging pensioenregeling in 2001? Verjaring 3:310 BW.<br>Voldoende zekerheid schade / aansprakelijke persoon. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>PR-Updates.nl PR-2022-0152                                                                                        |

## Uitspraak

### RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats 's-Gravenhage

nv/nve/d

Zaak-/rolnr.: 9522699 RL EXPL 21-18451

12 juli 2022

### Vonnis van de kantonrechter in de zaak van:

**[eiser]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
eiser,  
gemachtigde: mr. E.F. Muller,

tegen

**1 de besloten vennootschap Tappan B.V.,**

**2. de besloten vennootschap Tappan Beheer B.V.,**  
beiden gevestigd te Den Haag,

gedaagden,  
gemachtigde: mrs. V. Breedveld en A.L.E.M. Zweipfenning.

Partijen worden hierna " [eiser] ", "Tappan" en "Tappan Beheer" genoemd.

## **1 Procedure**

1.1. De kantonrechter heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- de dagvaarding van 25 oktober 2021 met producties 1 tot en met 11;
- de conclusie van antwoord met producties 1 tot en met 14;
- de brief van 22 mei 2022 aan de zijde van [eiser] met producties 12 tot en met 15.

1.2. Op 2 juni 2022 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarbij zijn verschenen [eiser] in persoon, bijgestaan door mr. Muller voornoemd, alsmede [naam 1] en [naam 2] namens Tappan en Tappan Beheer, bijgestaan door mr. Breedveld voornoemd. Van het verhandelde ter zitting zijn door de griffier aantekeningen gemaakt, die zich in het griffiedossier bevinden, evenals de aan de zijde van [eiser] overgelegde spreekantekeningen. Vervolgens is de uitspraak van dit vonnis bepaald op heden.

## **2 Feiten**

2.1. Tappan Beheer is bestuurder en enig aandeelhouder van Tappan.

2.2. Bij brief van 25 mei 2021 – per deurwaardersexploit betekend op 27 mei 2021 – heeft de gemachtigde van [eiser] Tappan en Tappan Beheer als volgt bericht:

"(...)

Cliënt is vanaf 1 maart 1992 tot en met 30 juni 2003 bij (een rechtsvoorganger van) Tappan BV of bij (een rechtsvoorganger van) Tappan Beheer BV in loondienst geweest. Een pensioenregeling maakte deel uit van de arbeidsovereenkomst. Bij de start van de arbeidsovereenkomst ingaande 1 maart 1992 is hij opgenomen in de destijds bij Tappan BV en Tappan Beheer BV geldende pensioenregeling. Op basis van deze pensioenregeling was bij Nationale Nederlanden een pensioen verzekerd op basis van een eindloonregeling. Op grond van deze regeling was een ouderdomspensioen gegarandeerd van maximaal 70% van de pensioengrondslag.

Bij brief van 14 februari 2001 van Tappan Communicatiemanagement BV (Thans Tappan Beheer BV) enig aandeelhouder van Tappan BV, is een nieuwe pensioenregeling aangekondigd met ingang van 1 juni 2001.

Met ingang van 1 juni 2001 is eenzijdig zonder toestemming van cliënt de eindloonregeling beëindigd c.q. gewijzigd in een beschikbare premieregeling. Gelijktijdig heeft een waardeoverdracht plaatsgevonden van het tot die tijd opgebouwde pensioen naar de uitvoerder van die beschikbare premieregeling.

De beschikbare premieregeling voorziet in een veel lagere pensioenopbouw dan de destijds overeengekomen eindloonregeling. Als gevolg van deze wijziging lijdt cliënt ontegenzeggelijk schade. De schade is voorlopig begroot op circa € 140.000,- te vermeerderen met de wettelijke rente en kosten. Deze schade is volledig toerekenbaar aan Tappan BV en/of Tappan Beheer BV.

Over de nadelige gevolgen van deze wijziging van de eindloonregeling naar een beschikbare

premieregeling heeft u cliënt namelijk destijds niet, althans niet behoorlijk, geïnformeerd, waardoor de voor de wijziging van de pensioenovereenkomst vereiste toestemming van cliënt heeft ontbroken.

Namens cliënt stel ik Tappan BV en Tappan Beheer BV hierbij uitdrukkelijk aansprakelijk voor de nadelige gevolgen van voormeld feitencomplex voor cliënt. (...)”

- 2.3. In de hiervoor deels geciteerde brief wordt verwezen naar een brief van 14 februari 2001. In deze brief, met als onderwerp '*nieuwe pensioenregeling*' staat onder meer:

“(…) **Waarom een nieuwe pensioenregeling?**

Voor de invoering van de nieuwe pensioenregeling zijn er drie belangrijke redenen.

- Het huidige contract loopt 1 juni a.s. af.
- We sluiten aan bij een maatschappelijke tendens tot individualisering en flexibilisering van de arbeidsvoorwaarden.
- In de huidige pensioenregeling zijn de kosten onzeker en dus onbeheersbaar.

**Nieuwe pensioenregeling**

De nieuwe regeling is gebaseerd op een ander systeem dan de huidige pensioenregeling. De belangrijkste kenmerken van de nieuwe regeling zijn:

- Beschikbare premieregeling: de premie om je pensioen te betalen is gebaseerd op een percentage van je salaris.
- Dit percentage bestaat uit een vast en variabel deel. Het vaste deel wordt betaald door de werkgever. Het variabele deel wordt betaald door de werknemer. (...) De werknemer kan dus zelf beslissen hoeveel hij wil bijdragen aan zijn pensioenregeling. (...)

De werknemer beslist zelf in welke beleggingsfondsen hij het geld wil beleggen. (...)

**Procedure invoering nieuwe regeling**

(...) In de week van 12 tot en met 16 maart heeft Adrie Le Noble van Philipse Assuranties een individueel gesprek met alle medewerkers. Deze gesprekken worden bij ons op kantoor gehouden en duren ongeveer drie kwartier. (...)

In elk gesprek komt in ieder geval het volgende aan de orde:

- In welke beleggingsfondsen wil je de premies beleggen? Een halfjaar bericht beleggingsfondsen Nationale Nederlanden is alvast ter informatie bij deze brief gesloten.
- Wat is de hoogte van het werknemersdeel van de premie die je wil bijdragen?
- Bij aanvang van de nieuwe regeling beslist iedereen of de pensioenrechten, die tot dat moment zijn opgebouwd, blijven staan dan wel meegenomen worden naar de nieuwe regeling.

Om je voor te bereiden op je gesprek, kan je individuele informatie over jouw pensioenregeling (eigen cijfers) inzien (...)”

### **3 Vordering, grondslag en verweer**

- 3.1. [eiser] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- a. hoofdelijke veroordeling van Tappan en Tappan Beheer tot betaling aan [eiser] van een bedrag van primair € 136.340,- en subsidiair een bedrag van € 113.153,- ter zake van pensioenschade, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2021 tot aan de dag der algehele voldoening;
- b. hoofdelijke veroordeling van Tappan en Tappan Beheer tot betaling aan [eiser] van een bedrag van € 2.138,40 ter zake van buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

- c. hoofdelijke veroordeling van Tappan en Tappan Beheer tot betaling van een bedrag van € 1.603,25 ter zake de kosten van de schadeberekeringen die zijn gemaakt door het Nederlands Pensioenbureau Legal, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;
- d. Tappan en Tappan Beheer te veroordelen in de proceskosten alsmede de nakosten zonder en met betekening van het vonnis.

3.2. [eiser] legt aan deze vorderingen, naast voormelde feiten, samengevat het volgende ten grondslag.

Allereerst stelt [eiser] dat hij op 1 november 1990 bij een rechtsvoorganger van Tappan in dienst is getreden, althans dat hij in ieder geval op de dag voor zijn uitdiensttreding, 30 juni 2003, bij Tappan in dienst was. Meer subsidiair stelt [eiser] dat hij destijds in dienst is getreden bij een rechtsvoorganger van Tappan Beheer, althans dat hij hier in ieder geval de dag voor zijn uitdiensttreding in dienst was.

Daarnaast stelt hij zich op het standpunt dat Tappan tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst en dat Tappan niet als goed werkgever is opgetreden, door niet zorgvuldig met de belangen van [eiser] om te gaan. Tappan heeft namelijk de bij indiensttreding overeengekomen pensioenregeling – een eindloonregeling, ondergebracht bij Nationale Nederlanden – per 1 juni 2001 eenzijdig gewijzigd. De eindloonregeling is hierbij vervangen door een beschikbare premieregeling.

Hierdoor lijdt [eiser] schade. Bij een eindloonregeling is de hoogte van de pensioenuitkering namelijk – in tegenstelling tot bij de beschikbare premieregeling – gegarandeerd. Daarnaast leidt de beschikbare premieregeling ertoe dat het rente- en beleggingsrisico en het langlevensrisico bij [eiser] als werknemer ligt, terwijl deze risico's bij een eindloonregeling bij de werkgever dan wel pensioenverzekeraar liggen. Over deze risico's is [eiser] niet geïnformeerd en ook is hij hier niet tegen gewaarschuwd.

[eiser] heeft zijn pensioenschade (waarbij de waarde van zijn pensioen op basis van de beschikbare premieregeling is afgezet tegen het ouderdomspensioen dat zou zijn opgebouwd bij het voortzetten van de eindloonregeling) laten berekenen door het Nederlands Pensioenbureau Legal. Uit deze berekening volgt dat zijn pensioenschade € 136.340,- bedraagt per 1 juni 2021.

3.3. Subsidiair stelt [eiser] zich op het standpunt dat hij schade heeft geleden, doordat ter gelegenheid van de wijziging van de pensioenregeling een waardeoverdracht heeft plaatsgevonden van het onder de eindloonregeling opgebouwde kapitaal, waarbij geldt dat dit kapitaal onder de beschikbare premieregeling minder rendeert. De ten gevolge van deze waardeoverdracht geleden schade is door het Nederlands Pensioenbureau Legal berekend op € 113.153,- per 1 juni 2021. Ook hiervoor geldt dat [eiser] niet is gewaarschuwd tegen de risico's en nadelige gevolgen van deze waardeoverdracht. Bovendien heeft hij hier niet mee ingestemd, althans is hij niet geïnformeerd over de nadelige gevolgen daarvan.

3.4. Tappan en Tappan Beheer hebben verweer gevoerd, waarop hierna – voor zover van belang – zal worden ingegaan.

## 4 Beoordeling

4.1. Tussen partijen is kort gezegd in geschil, of [eiser] pensioenschade heeft geleden door de wijziging van zijn pensioenregeling per 1 juni 2001.

Tappan en Tappan Beheer hebben als meest verstrekkende verweren aangevoerd dat [eiser] de verkeerde procespartij heeft gedagvaard, dat de kantonrechter niet bevoegd is en dat de vorderingen van [eiser] zijn verjaard.

*Bevoegdheid*



4.2. Onder verwijzing naar artikel 216 Pensioenwet hebben Tappan en Tappan Beheer betwist dat de kantonrechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen, voor zover [eiser] in dit verband een beroep doet op een pensioenovereenkomst. Er was namelijk helemaal geen sprake van een pensioenovereenkomst tussen partijen. Dit betekent dat ook geen schade kan worden gevorderd wegens niet nakoming van de pensioenovereenkomst, aldus Tappan en Tappan Beheer.

4.3. Op grond van artikel 216 Pensioenwet worden zaken betreffende vorderingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst, een uitvoeringsovereenkomst, een uitvoeringsreglement of een pensioenreglement door de kantonrechter behandeld en beslist. Uit de Memorie van Toelichting, behorende bij artikel 216 Pensioenwet, volgt dat het artikel is bedoeld als geactualiseerde vervanging van artikel 33 Pensioen- en spaarfondsenwet (waarin ook de kantonrechter als bevoegde rechter is aangewezen) en dat deze is gebaseerd op de wens om aansluiting te vinden bij artikel 93 Rv. In dit artikel is bepaald dat zaken betreffende een arbeidsovereenkomst, ongeacht het beloop of de waarde van de vordering, door de kantonrechter worden behandeld en beslist. De wetgever heeft gewild dat pensioengeschillen net als geschillen over een arbeidsovereenkomst, op een zo eenvoudig mogelijke wijze en met zo gering mogelijke kosten moeten kunnen worden uitgevoerd.

Verder volgt uit de Memorie van Toelichting dat de wetgever heeft beoogd de pensioengeschillen in de driehoeksverhouding tussen werkgever, werknemer en uitvoerder (waarbij niet van belang is of dit een pensioenfonds of andere uitvoerder is), onder de bevoegdheid van de kantonrechter te brengen.

Hoewel aan Tappan en Tappan Beheer kan worden toegegeven dat artikel 216 Pensioenwet pas per 1 januari 2007 in werking is getreden en het regime van de pensioenovereenkomst toen pas is ingevoerd, kan het criterium 'uit hoofde van' ruim worden uitgelegd. In dit geval is niet in geschil dat [eiser] vanaf het moment van indiensttreding via zijn werkgever pensioen heeft opgebouwd, dat dit pensioen bij aanvang was ondergebracht bij Nationale Nederlanden en dat de bestaande pensioenregeling vervolgens per 1 juni 2001 is gewijzigd. Onder deze feiten en omstandigheden acht de kantonrechter zich dan ook bevoegd hierover te oordelen.

#### *Verjaring en verkeerde partij*

4.4. Tappan en Tappan Beheer hebben verder aangevoerd dat zij niet als werkgever door [eiser] kunnen worden aangesproken, omdat hij in dienst was bij RCC Tappan B.V./Tappan Utrecht B.V. Bovendien zijn de vorderingen van [eiser] al verjaard. Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst verjaart op grond van artikel 3:307 BW namelijk door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Aangezien het [eiser] op 1 juni 2001 duidelijk was dat de pensioenregeling was gewijzigd, had hij op dat moment onmiddellijk nakoming kunnen en moeten vorderen van zijn oude pensioenregeling. Deze vordering is vanaf 1 juni 2006 dus verjaard.

Verder vordert [eiser] schadevergoeding op grond van slecht werkgeverschap. Deze vordering dient op grond van artikel 3:310 BW te worden beoordeeld en maakt dat het aanvangstijdstip van de verjaring het moment was waarop [eiser] een pensioen op basis van een beschikbare premieregeling werd toegekend – 1 juni 2001 – en wat de waardeoverdracht betreft vangt de termijn uiterlijk 1 oktober 2001 aan. Ook deze vorderingen zijn dus in 2006 verjaard.

[eiser] heeft vervolgens ter zitting betwist dat hij nakoming van een pensioenovereenkomst vordert en expliciet een beroep gedaan op artikel 3:310 BW, nu het in de kern gaat om een vordering tot schadevergoeding. Volgens [eiser] is de in dit artikel genoemde absolute verjaringstermijn van twintig jaren van toepassing.

4.5. Op grond van artikel 3:310 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de

schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel het enkele vermoeden welke persoon voor de schade aansprakelijk is, niet voldoende is (ECLI:NL:HR:2022:627). Dit betekent dat de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van de relevante omstandigheden van het geval.

- 4.6. [eiser] heeft in dit verband naar voren gebracht dat hij in het voorjaar van 2021 via de website 'Claim uw pensioenverlies.nl' bekend is geworden met het feit dat hij mogelijk schade heeft geleden vanwege de wijziging van zijn bestaande pensioenregeling naar een beschikbare premieregeling per 1 juni 2001. Ook als ervan wordt uitgegaan dat de verjaringstermijn is aangevangen op 1 juni 2001, is de verjaring tijdig – namelijk in mei 2021 – gestuit, aldus [eiser] .

Tappan en Tappan Beheer hebben vervolgens aangevoerd, dat [eiser] in het kader van de beschikbare premieregeling jaarlijks een overzicht van de pensioenuitvoerder ontvangt, waarin met duidelijke voorbeelden wordt aangegeven wat het percentage aan pensioen is dat bij pensionering zal worden ontvangen. Hoewel [eiser] ter zitting heeft gesteld dat dergelijke overzichten door hem niet jaarlijks zijn ontvangen, volgt het tegendeel al uit de door hemzelf als productie 13 overgelegde jaaropgave uit 2003, waarin staat dat (op dat moment) het percentage aan te ontvangen ouderdomspensioen is gelegen tussen 49,62% en 60,50%. Ook is op dit jaarlijkse overzicht vermeld, hoe het staat met de koers en waarde van de door [eiser] in het kader van de beschikbare premieregeling gekozen beleggingsfondsen (zie ook 2.3.). Daarnaast staat vast dat [eiser] in ieder geval vanaf de verplichtingstelling per 2008 jaarlijks UPO's (Uniforme Pensioenoverzichten) heeft ontvangen. Tot slot hebben Tappan en Tappan Beheer onweersproken aangevoerd dat de kredietcrisis in 2008 grote invloed heeft gehad op de pensioenopbouw (die immers deels via beleggingen ging) en dat dit ook duidelijk zichtbaar is (geweest) in de jaarlijkse overzichten.

De kantonrechter is gelet op de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden en het geschetste beoordelingskader van artikel 3:310 lid 1 BW van oordeel dat [eiser] in ieder geval medio 2010 voldoende zekerheid heeft verkregen over de thans door hem gestelde geleden schade en de volgens hem hiervoor aansprakelijke persoon (de werkgever). Dat [eiser] de UPO's niet of niet voldoende heeft bestudeerd, omdat zijn pensioen nog ver weg was, kan hem in deze niet baten. Het doel van de verstrekking van het UPO is immers deelnemers tijdig meer informatie te verschaffen over de hoogte van het al dan niet opgebouwde en op te bouwen pensioen en de deelnemer daarmee daadwerkelijke bekendheid te bieden van de (negatieve) resultaten, teneinde eventueel actie te ondernemen. Het jarenlang (on)bewust negeren van de van overheidswege verplichte overzichten kan niet meebrengen dat de verjaringstermijn daarom niet gaat lopen. Dit betekent dat de vorderingen van [eiser] medio 2015 zijn verjaard, nu gesteld noch gebleken is dat deze eerder zijn gestuit dan in 2021. Conclusie is dan ook dat de vorderingen van [eiser] zullen worden afgewezen en dat de overige stellingen en weren van partijen geen bespreking meer behoeven.

- 4.7. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

## **5 Beslissing**

De kantonrechter:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt [eiser] in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van Tappan en Tappan Beheer vastgesteld op € 1.744,- als het aan de gemachtigde van Tappan en Tappan Beheer toekomende salaris.

Dit vonnis is gewezen door kantonrechter mr. N.F.H. van Eijk en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 juli 2022.

# ECLI:NL:GHARL:2022:6832

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| Datum uitspraak      | 02-08-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Datum publicatie     | 04-08-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Zaaknummer           | 200.282.104/01                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBOVE:2020:1855, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Inhoudsindicatie     | <p>Pensioenzaak. Werknemer maakt bezwaar tegen versobering pensioenregeling en verhoging eigen bijdrage. Hof oordeelt evenals de kantonrechter dat sprake is van een dynamisch incorporatiebeding dat de werkgever de bevoegdheid geeft om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen. Er is voldaan aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een ingrijpende wijziging van de omstandigheden. De werkgever is echter niet bevoegd de eigen bijdrage eenzijdig te verhogen. Op dat punt is de werknemer in het gelijk gesteld en moet de werkgever de teveel betaalde premie terugbetalen.</p> |
| Vindplaatsen         | <p>Rechtspraak.nl<br/>AR-Updates.nl 2022-0884</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden  
afdeling civil recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.282.104/01  
(zaaknummer rechtbank Overijssel 7841402)

### arrest van 2 augustus 2022

in de zaak van:

[appellant] ,

die woont in [woonplaats1] ,  
die hoger beroep heeft ingesteld,  
en die bij de kantonrechter optrad als eiser,  
hierna: **[appellant]** ,  
vertegenwoordigd door mr. E.K.W. van Kampen, die kantoor houdt in Amsterdam,

tegen

**Telder Bouw en Industrie B.V.**,  
gevestigd in Kampen,  
die bij de kantonrechter optrad als gedaagde,  
hierna: **Telder**,  
vertegenwoordigd door mr. S. van der Vegt, die kantoor houdt in Deventer.

## **1 De verdere procedure in hoger beroep**

1.1 Op grond van het tussenarrest van 23 maart 2021 heeft een mondelinge behandeling van de zaak plaatsgevonden op 8 december 2021. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). De spreekantekeningen van mr. Van Kampen zijn ook aan het dossier toegevoegd. Op 31 januari 2022 zijn namens [appellant] opmerkingen over het proces-verbaal gemaakt. Namens Telder is hierop gereageerd op 1 februari 2022. Hierna hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen.

## **2 De kern van de zaak**

- 2.1 [appellant] is van 14 november 1988 tot 5 maart 2021 in dienst geweest bij Telder. Bij Telder heeft [appellant] deelgenomen aan de collectieve pensioenregeling. Deze pensioenregeling is met ingang van 1 januari 2013 gewijzigd, in welk verband onder meer de werknemersbijdrage is verhoogd van 6% naar 8%. Volgens [appellant] zijn de wijzigingen die vanaf 2013 en in de jaren daarna zijn doorgevoerd, onrechtmatig jegens hem. [appellant] stelt schade te lijden door de lagere pensioenopbouw, die hij heeft berekend op € 131.718,- plus een verzekeraarskostenopslag van € 8.952,-. De schade door de verhoging van de eigen bijdrage heeft [appellant] berekend op € 4.082,-.
- 2.2 In deze procedure vordert [appellant] dat Telder wordt veroordeeld die schade te vergoeden, met bijkomende vorderingen. De kantonrechter heeft zijn vorderingen afgewezen. Het hof komt tot dezelfde conclusie voor de pensioenopbouw, maar niet voor de verhoging van het werknemersdeel van 6% naar 8%. Op dat onderdeel wordt [appellant] in het gelijk gesteld. Hieronder wordt dit oordeel uitgelegd.

## **3 Het oordeel van het hof**

*de feiten*

3.1 Het gaat hier over de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor de Nederlandse Groothandel (hierna te noemen SPNG). Telder heeft ongeveer 42 werknemers in dienst en heeft geen ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of ander medezeggenschapsorgaan. De deelname van Telder aan de pensioenregeling van SPNG is vrijwillig en niet verplicht op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

3.2 In een "Pensioenmededeling" van Telder (hierna: de Pensioenmededeling) staat onder meer het volgende vermeld:

"Voor de verzekering van pensioenen voor onze medewerkers zijn wij met ingang van 1 augustus 1990 aangesloten bij de STICHTING PENSIOENFONDS VOOR DE NEDERLANDSE GROOTHANDEL te 's-Gravenhage.

De pensioenen worden verzekerd volgens de regeling zoals omschreven in het laatstelijk per 1 januari 1989 gewijzigd Pensioenreglement 1978 van dat pensioenfonds.

(...)

Het pensioenfonds verzekert de pensioenen bij Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. te Rotterdam en AEGON Levensverzekering N.V. te 's-Gravenhage.

Ontvangstverklaring

De ondergetekende,

verklaart een exemplaar van Pensioenreglement 1978 te hebben ontvangen.

Hij verklaart voorts kennis te hebben genomen van de inhoud van vorenstaande pensioenmededeling en van het pensioenreglement, daarmee akkoord te gaan en zich aan de bepalingen daarvan te onderwerpen."

[appellant] heeft de Pensioenmededeling op 19 oktober 1992 ondertekend.

3.3 De arbeidsovereenkomst tussen partijen is op 24 oktober 2002 schriftelijk vastgelegd. In de bijlage bij die overeenkomst staat onder meer vermeld:

"Werknemer neemt deel aan de collectieve pensioenregeling bij Nationale Nederlanden."

3.4 Het in de Pensioenmededeling genoemde pensioenreglement is in de loop der tijd een aantal keer gewijzigd, onder meer bij de invoering van de Pensioenwet in 2007. In het (onder meer) op 31 december 2012 geldende pensioenreglement stond, voor zover relevant, het volgende vermeld:

"Artikel 1 Pensioenregeling en deelnemers

1. Aangesloten ondernemingen bij de Stichting Pensioenfonds voor de Nederlandse Groothandel, hierna de werkgever genoemd, hebben voor hun werknemers een pensioenregeling getroffen. Deze pensioenregeling is omschreven in dit pensioenreglement. (...)

(...)

4. Dit reglement bevat zowel de pensioenovereenkomst als het pensioenreglement als bedoeld in hoofdstuk 1 van de Pensioenwet. De pensioenovereenkomst bevat de bepalingen van hetgeen de deelnemer [hof: de werknemer die deelneemt in de pensioenregeling] en de aangesloten onderneming zijn overeengekomen omtrent pensioen. Het pensioenreglement bevat de bepalingen over de wijze waarop het fonds richting de deelnemer uitvoering geeft aan de pensioenovereenkomst.

(...)

Artikel 23 Deelnemersbijdrage

(...)

De deelnemer is verplicht jaarlijks 6% van zijn pensioengrondslag bij te dragen in de kosten van de pensioenregeling.

(...)

## Artikel 27 Wijzigingsvoorbehoud

1. Het pensioenfonds heeft zich het recht voorbehouden de pensioenregeling te wijzigen, te verlagen, te beperken of te beëindigen, als omstandigheden wijzigen die voor de werkgever van zodanig zwaarwegend belang zijn in relatie tot de belangen van de werknemers, dat de belangen van de werknemers daarvoor moeten wijken. Van een zwaarwegend belang is onder meer sprake als:

(...)

2. De werkgever heeft zich het recht voorbehouden zijn bijdrage aan de pensioenregeling te verlagen of te beëindigen in geval van ingrijpende wijziging van omstandigheden.

3. Als het pensioenfonds respectievelijk de werkgever gebruik wil maken van het recht zoals omschreven in lid 1 respectievelijk lid 2, zal hij de deelnemers hierover schriftelijk informeren en met hen overleggen over een eventuele herziening van de pensioenregeling.

De opgebouwde pensioenaanspraken worden niet aangetast."

3.5 Per 1 januari 2013 verzorgt SPNG de pensioenopbouw in eigen beheer en heeft zij het pensioen niet langer als een verzekerde regeling ondergebracht bij een verzekeraar. Daarnaast heeft zij per die datum een aantal andere wijzigingen in de pensioenregeling doorgevoerd. Telder heeft een ongeadresseerde brief d.d. 21 augustus 2012 van SPNG aan de deelnemers van de pensioenregeling overgelegd, die in verband met deze wijzigingen is verzonden. In die brief staat, voor zover relevant, vermeld:

"Met ingang van 1 januari 2013 verandert de pensioenregeling bij Stichting Pensioenfonds Nederlandse Groothandel (SPNG). In deze brief leest u wat er verandert en waarom. (...)

### **Waarom veranderen?**

Uw pensioen is nu verzekerd bij Nationale-Nederlanden of bij AEGON. Het contract dat SPNG hiervoor met deze verzekeraars heeft gesloten loopt eind 2012 af. Als de huidige regeling zou worden voortgezet, zou de premie met minimaal 60% stijgen. Deze stijging wordt onder andere veroorzaakt door de toegenomen levensverwachting, de daling van de rente en de hogere premie die betaald moet worden voor de garantie door de verzekeraars.

Het bestuur vindt het niet verantwoord om in deze economisch zware tijden een dergelijke premiestijging neer te leggen bij de werkgevers. Daarom moet de regeling helaas worden versoerd. In de nieuwe regeling (Regeling 2013) wordt de pijn verdeeld over een versoering van de pensioenen voor werknemers en een stijging van de premie voor werkgevers.

### **Belangrijkste wijzigingen pensioenregeling 2013**

(...)

Onderstaand zijn de wijzigingen in de Regeling 2013 ten opzichte van de huidige regeling weergegeven. Tussen haakjes staat het effect van de wijziging voor de werknemer.

- Het verhogen van de pensioenleeftijd van 65 naar 67 jaar (versoering);
- De jaarlijkse verhoging van uw pensioen om de stijging van lonen en prijzen te volgen, ontvangt u voortaan alleen als het fonds voldoende geld heeft verdiend met beleggen. Deze verhoging wordt ook wel toeslag of indexatie genoemd en werd in de huidige regeling altijd toegekend. (versoering);
- Het verlagen van het opbouwpercentage ouderdomspensioen van 2,25% naar 1,75% per jaar (versoering);
- Partnerpensioen wordt weer opgebouwd en niet slechts verzekerd (verbetering);
- Partnerpensioen wordt 70% van het ouderdomspensioen in plaats van 50% (verbetering);
- AOW-franchise (deel van het salaris waarover u geen pensioen opbouwt,) wordt vanaf 2013 voor vijf jaar bevroren op € 17.158. Dit leidt tot een hogere pensioenopbouw (verbetering).

### **Uw werkgever kan kiezen**

De Regeling 2013 biedt de werkgever de mogelijkheid om in overleg met zijn werknemers op onderdelen de pensioenregeling aan te passen aan de specifieke wensen en de financiële

mogelijkheden van de onderneming. Rekening houdend met de belastingwetgeving kan worden gekozen uit één of meer van de onderstaande mogelijkheden:

- Het verlagen van de AOW-franchise;
- Het verhogen van het opbouwpercentage ouderdomspensioen;
- Het aanbieden van tijdelijk nabestaandenpensioen;
- Het altijd aanpassen van het pensioen van werknemers aan gestegen lonen en prijzen. Dit heet een onvoorwaardelijke toeslag;
- Het verhogen van het maximum salaris waarover pensioen wordt opgebouwd;
- De werknemer meer pensioenpremie laten betalen door het verhogen van de eigen bijdrage van de werknemer van maximaal 6% naar maximaal 8% van pensioengrondslag (is salaris minus AOW-franchise).

De keuzes gelden per aangesloten onderneming voor alle werknemers.

Uw werkgever moet zijn keuze vóór 1 november 2012 kenbaar maken aan SPNG.

(...)

Ten slotte hebben wij uw werkgever aangeboden om de voorlichting over de Regeling 2013 aan u en uw collega's te verzorgen. Als u hier prijs op stelt, vragen wij u dit kenbaar te maken aan uw werkgever."

3.6 Telder heeft haar werknemers per e-mail van 22 oktober 2012 over de wijzigingen in de pensioenregeling geïnformeerd. In deze e-mail staat onder meer:

"Er is sprake van versoering in de pensioenregeling, maar ook van verbeteringen.

Door deze wijzigingen zal de jaarlijkse pensioenlast echter flink gaan stijgen.

Hoewel de mogelijkheid bestaat om het pensioen onder te brengen bij een andere pensioenverzekeringsmaatschappij, hebben wij besloten om de pensioenregeling bij SPNG te houden.

Bij elke pensioenverzekeringsmaatschappij worden we geconfronteerd met versoeringen van de pensioenregeling, maar ook met verhoging van de jaarlijkse pensioenlasten.

Wij vinden het belangrijk dat jullie een goed pensioen houden, maar zijn van mening dat wij niet alle kosten die de nieuwe regeling zal geven voor onze rekening zullen moeten nemen.

Wij zullen derhalve de eigen bijdrage die jullie voor het pensioen betalen verhogen van 6% naar 8%. (...)

Wij begrijpen dat jullie vragen zullen hebben met betrekking tot de wijzigingen. Wij vinden het belangrijk dat voor jullie duidelijkheid bestaat, maar ook dat jullie inzicht krijgen in de gevolgen van de wijzigingen voor jullie. Mocht er voldoende belangstelling zijn dan zullen wij een bijeenkomst organiseren waarin het een en ander uitgelegd gaat worden."

3.7 Per brief van 24 maart 2015 is [appellant] door SPNG geïnformeerd dat hij minder pensioen zal gaan opbouwen vanwege een verlaging van het opbouwpercentage voor het ouderdomspensioen naar 1,70 procent per 1 januari 2015.

3.8 Per brief van maart 2016 is [appellant] door SPNG geïnformeerd over wijzigingen in de pensioenregeling per 1 januari 2016. In die brief staat onder meer:

"De wijzigingen die voor alle deelnemers gelden zijn als volgt:

- De standaard opbouw van pensioen (opbouwpercentage) is verlaagd van 1,70% naar 1,50%. Heeft uw werkgever voor een hogere opbouw gekozen, dan ziet u dat onder 'Op welke gegevens is uw pensioenoverzicht gebaseerd?'
- De premie die uw werkgever voor uw pensioen afdraagt is sinds 1 januari 2016 afhankelijk van uw leeftijd. Hoe jonger u bent, hoe lager de premie die voor u betaald wordt. Omgekeerd geldt voor oudere deelnemers een hogere premie."

3.9 Telder heeft ervoor gekozen het opbouwpercentage per 1 januari 2016 niet te verlagen maar te



handhaven op 1,70 procent.

- 3.10 Op 27 februari 2018 heeft een gesprek plaatsgehad tussen partijen. In een verslag dat naar aanleiding van dit gesprek is opgesteld, staat over de reden van dat gesprek onder meer vermeld:
- “ [appellant] heeft aangegeven dat de verandering van de pensioenregeling per 31 december 2012 niet door hem geaccepteerd wordt. Hij tekent niet voor akkoord. De kwestie is met enige regelmaat door [appellant] aan de orde gesteld aan de [toen zittende] directie.”
- 3.11 [appellant] heeft Telder bij brief van 29 november 2018 aansprakelijk gesteld voor de schade die hij zegt te ondervinden van de gewijzigde pensioenregeling.
- 3.12 Sinds 20 augustus 2018 is [appellant] volledig en duurzaam arbeidsongeschikt. Zowel het pensioenreglement van vóór 1 januari 2013 als het reglement van na die datum voorziet in een (gedeeltelijke) premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. [appellant] blijft op grond van beide reglementen tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd deelnemer aan de collectieve pensioenregeling van Telder, ook indien Telder zijn arbeidsovereenkomst zou opzeggen op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid. Het dienstverband tussen [appellant] en Telder is, na opzegging daarvan door Telder, geëindigd per 5 maart 2021.

#### *verjaring*

- 3.13 Als meest verstrekkende verweer heeft de werkgever, Telder, aangevoerd dat de vorderingen van de werknemer, [appellant] , zijn verjaard. Volgens Telder wist [appellant] al vanaf 21 augustus 2012 (zie rov. 3.5) dat de pensioenregeling zou worden gewijzigd per 1 januari 2013.
- 3.14 De kantonrechter heeft geoordeeld dat het verweer van Telder niet slaagt voor zover het betrekking heeft op de schade die [appellant] zegt te lijden door een lagere pensioenopbouw. Wat betreft de schade door de verhoging van deelnemersbijdrage van 6% naar 8%, is de vordering van [appellant] volgens de kantonrechter verjaard over de periode van 1 januari 2013 tot en met 29 november 2013 [noot hof: de kantonrechter schrijft weliswaar 29 november 2018, maar uit de context blijkt duidelijk dat dit een typefout is].
- 3.15 Onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad<sup>1</sup> heeft [appellant] tegen dit laatste oordeel aangevoerd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Telder zich op verjaring beroept. Want ook al vóór de stuiting van de verjaring op 29 november 2018 had [appellant] , die niet juridisch geschoold is, meerdere malen bij zijn werkgever geklaagd en hebben partijen geprobeerd een regeling te treffen.
- 3.16 Uit de door [appellant] genoemde rechtspraak volgt dat het beroep van een schuldenaar op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn wanneer er binnen de verjaringstermijn onderhandelingen zijn gevoerd. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen van het ogenblik waarop de onderhandelingen worden afgebroken. Eén en ander laat echter onverlet dat als hoofdregel geldt dat onderhandelingen de verjaring niet stuiten. In dit geval zijn geen toereikende feiten of omstandigheden gesteld die maken dat het beroep op verjaring door Telder niet toelaatbaar is. Doorslaggevend gewicht kent het hof toe aan de omstandigheden dat [appellant] al vóór 1 januari 2013 bekend was met de volgens hem schadeveroorzakende handelingen en dat Telder aansprakelijkheid voor die schade nooit heeft erkend. Het hiervoor in rov. 3.14 weergegeven oordeel van de kantonrechter blijft daarom in stand.

#### *de pensioenregeling is rechtsgeldig gewijzigd*

- 3.17 Door de ondertekening van de pensioenmededeling op 19 oktober 1992 (zie rov. 3.2) heeft [appellant] verklaard akkoord te gaan met het toen geldende pensioenreglement en ‘zich aan de bepalingen daarvan te onderwerpen’. Het pensioenreglement is daarmee onderdeel gaan

uitmaken van de tussen [appellant] en Telder geldende afspraken. Het pensioenreglement is in 2007 aan de Pensioenwet aangepast. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep is door [appellant] gesteld dat hij zich gebonden acht aan het pensioenreglement zoals dat toen is komen te luiden. In artikel 1 lid 4 hiervan is bepaald dat dit reglement zowel de pensioenovereenkomst als het pensioenreglement als bedoeld in hoofdstuk 1 van de Pensioenwet bevat. Dit reglement (dat nadien nog enige malen is gewijzigd) bevat in artikel 27 dat hiervoor is aangehaald (rov. 3.4) wijzigingsvoorbehouden voor het pensioenfonds (lid 1) en de werkgever (lid 2). Voor zover [appellant] stelt dat hij alleen gebonden is aan het wijzigingsbeding in het pensioenreglement voor zover het zijn verhouding tot het pensioenfonds betreft en niet voor zover dat (de pensioenovereenkomst met) zijn werkgever betreft, kan hij, gezien het voorgaande, daarin niet worden gevolgd. Evenals de kantonrechter is het hof dus van oordeel dat hier sprake is van een zogeheten dynamisch incorporatiebeding, dat tussen partijen gelding heeft. Dat [appellant] stelt dat hij niet wist - in de zin van zich niet bewust was, naar het hof begrijpt - dat een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst tot de mogelijkheden behoorde, kan dat niet anders maken. Die mogelijkheid is in de Pensioenwet voorzien (artikel 19) en aan de in dat artikel gestelde voorwaarden is voldaan omdat het pensioenreglement tevens de pensioenovereenkomst bevat.

3.18 Wanneer het pensioenfonds besluit gebruik te maken van de bevoegdheid van artikel 27 lid 1 tot wijziging van de pensioenregeling, werkt dat, gezien het voorgaande, door in de rechtsverhouding tussen [appellant] als werknemer en Telder als werkgever. Dat is ook wat hier is gebeurd. Tot 2013 had SPNG de verzekering van de pensioenregeling ondergebracht bij Nationale Nederlanden (hierna: NN). Per 1 januari 2013 liep de overeenkomst tussen SPNG en NN af. Deze verzekering kon niet worden voortgezet tegen dezelfde voorwaarden. Daarop heeft SPNG besloten om de uitvoering van de pensioenregeling in eigen beheer uit te voeren. Om een stijging van de premie met 60% te voorkomen, heeft het bestuur van het pensioenfonds verder besloten de pensioenregeling te versoberen. SPNG heeft de deelnemende werkgevers hierover op 21 augustus 2012 geïnformeerd (rov. 3.5). Telder heeft de koerswijziging van SPNG overgenomen en heeft op haar beurt de werknemers, waaronder [appellant], op 22 oktober 2012 geïnformeerd over de aanstaande wijzigingen in de pensioenregeling (zie rov. 3.6). Dat [appellant] de daaraan voorafgegane brief van SPNG van 21 augustus 2012 niet ontvangen heeft, zoals hij stelt, is daarmee hier niet van belang.

3.19 Anders dan de kantonrechter heeft overwogen, hoefde [appellant] niet het bestuur van SPNG in rechte te betrekken. In dit geschil tegen zijn werkgever kan [appellant] immers aan de orde stellen of Telder terecht gebruik heeft gemaakt van het wijzigingsvoorbehoud van artikel 27 lid 2 van het pensioenreglement. Met andere woorden: of sprake is van "ingrijpende wijziging van omstandigheden". Het hof beantwoordt die vraag bevestigend. Telder heeft in voldoende mate aangetoond dat voortzetting van het contract van SPNG met NN zou leiden tot een kostenstijging van circa 60%. Die stijging wordt veroorzaakt door de toegenomen levensverwachting, de lage rente en de hogere premie die moet worden betaald voor de garantie door verzekeraars. Eén en ander is goed uitgelegd in de brieven van Telder en SPNG (zie rov. 3.5 en 3.6). [appellant] betwist weliswaar die kostenstijging, maar een specifiek bewijsaanbod heeft hij niet gedaan. Bovendien is wat [appellant] over de kostenstijging heeft aangevoerd te weinig uitgewerkt om tot bewijslevering te worden toegelaten. De stelling van [appellant] dat Telder de voor 1 januari 2013 geldende regeling, buiten SPNG om, had moeten voortzetten bij een andere pensioenverzekeraar gaat niet op. Telder heeft voldoende gemotiveerd dat bij een andere pensioenverzekeraar en pensioenuitvoerder de kosten zeer zouden stijgen. Daartegen heeft [appellant] vrijwel niets ingebracht.

3.20 [appellant] heeft verder aangevoerd dat Telder gebruik had moeten maken van de keuzemogelijkheden die de nieuwe pensioenregeling bood om op die manier zoveel mogelijk aan te sluiten bij de pensioenregeling die vóór 1 januari 2013 van kracht was. Die keuzemogelijkheden (artikel 15 van de pensioenregeling van na 1 januari 2013) hebben onder meer betrekking op verhoging van het maximum pensioengevend jaarsalaris, verlaging van de franchise, verhoging

van het opbouwpercentage en onvoorwaardelijke indexering.

- 3.21 Telder heeft uitgelegd (met name in de conclusie van dupliek in eerste aanleg, onderbouwd met bijlagen) waarom zij geen gebruik heeft gemaakt van de keuzemogelijkheden van de nieuwe pensioenregeling, behoudens een hoger opbouwpercentage dan het door SPNG gehanteerde minimum.. De keuzemogelijkheden konden niet gebruikt worden voor maatwerk; elke keuze zou steeds voor het hele personeelsbestand gelden. Zonder gebruikmaking van de keuzemogelijkheden is de premielast al met meer dan 50% gestegen ten opzichte van de oude situatie, terwijl voortzetting van de oude regeling een nog grotere stijging van de premielast zou betekenen, aldus Telder.
- 3.22 Het hof vindt dat [appellant] zijn stellingen hier onvoldoende concreet heeft onderbouwd, zeker gezien het gedetailleerde en met stukken onderbouwde verweer van Telder. Met name heeft [appellant] niet uitgewerkt van welke keuzemogelijkheden Telder gebruik had moeten maken om hem, [appellant] , in dezelfde positie te brengen als vóór 1 januari 2013, en wat dit zou gaan kosten. Dit is van belang omdat het pensioenpakket voor Telder na 2013 aanmerkelijk duurder is geworden en de wijziging van de pensioenregeling zoals die is doorgevoerd, zowel versoeringen (verhoging pensioenleeftijd, voorwaardelijke indexering, verlaging opbouwpercentage) als verbeteringen (opbouw en verhoging partnerpensioen, bevriezing AOW-franchise) inhouden (zie rov. 3.5). Het hof ziet dan ook geen aanleiding om [appellant] toe te laten tot bewijslevering, nog daargelaten dat hij dit niet specifiek heeft aangeboden.
- 3.23 De conclusie op grond van het voorgaande is dat Telder bevoegd was om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen en dat het besluit om dat te doen zowel naar vorm als naar inhoud rechtsgeldig is. Ook overigens treft het verwijt dat Telder zich jegens [appellant] niet als een goed werkgever zou hebben gedragen bij de wijziging van de pensioenregeling geen doel.

*verhoging van de premie van 6% naar 8%*

- 3.24 Het staat vast dat de premieverhoging / verhoging van de eigen bijdrage naar 8% van de pensioengrondslag een eenzijdig genomen besluit is van Telder. Telder heeft hiervoor als enige onderbouwing gegeven dat aansluiting is gezocht bij de verdeling van de premielast zoals die steeds werd gehanteerd: 1/3e deel werknemer, 2/3e deel werkgever. Het staat ook vast dat [appellant] nooit heeft ingestemd met deze verhoging, zie rov. 3.10.
- 3.25 Op grond van de pensioenregeling zoals die luidde tot 1 januari 2013 (zie rov. 3.4) werd van de werknemers een eigen bijdrage geheven van een vast percentage (6%). Het toen geldende reglement bevatte niet een bevoegdheid voor de werkgever om dit percentage eenzijdig aan te passen. Het pensioenreglement zoals dat luidt na 1 januari 2013 bevat (voor zover relevant) de volgende bepaling:
- “Artikel 27 Deelnemersbijdrage
1. Met inachtneming van de tussen het pensioenfonds en elke werkgever aangegane uitvoeringsovereenkomst en/of uitvoeringsreglement, die bij elke werkgever voor belanghebbenden ter inzage ligt, kan de werkgever van de deelnemer een eigen bijdrage bedingen in de kosten van de pensioenregeling.
- (...)”
- 3.26 Het hof stelt vast dat het door Telder gehanteerde percentage (8%) niet rechtstreeks voortvloeit uit het pensioenreglement, maar (klaarblijkelijk) is vastgelegd in een met SPNG gesloten uitvoeringsovereenkomst. Gesteld noch gebleken is dat [appellant] gebonden is aan die uitvoeringsovereenkomst. Aangezien in de arbeidsovereenkomst tussen partijen niets is geregeld over dit onderwerp, oordeelt het hof dat Telder niet zonder meer gerechtigd was om 8% over het pensioengevend salaris van [appellant] in te houden. Telder had hiertoe een voorstel kunnen doen aan [appellant] , maar dat is niet gebeurd. [appellant] is daarom niet gebonden aan de

eenzijdige verhoging van zijn eigen bijdrage. En het hof hoeft niet in te gaan op de vraag of een voorstel voor verhoging van de eigen bijdrage tot 8% redelijk zou zijn geweest. Telder heeft zich evenmin beroepen op artikel 6:248 lid 1 BW.

- 3.27 [appellant] heeft onder meer gevorderd dat Telder wordt veroordeeld tot betaling van wat hij meer heeft betaald dan 6% als eigen bijdrage in de pensioenregeling. De conclusie van het voorgaande is dat die vordering toewijsbaar is met inachtneming van het volgende. Onder verwijzing naar wat hierboven over de verjaring is overwogen (rov. 3.13 tot en met 3.16) is de vordering van [appellant] toewijsbaar vanaf 30 november 2013. [appellant] heeft in eerste aanleg een berekening van [naam1] overgelegd die de eigen bijdrage begroot op € 4.082,-. Daarbij is geen rekening gehouden met het verjaarde deel en ook verder is niet geheel duidelijk hoe dit bedrag is berekend, zodat het hof geen concreet bedrag kan toewijzen.

#### *slotsom*

- 3.28 Hoewel het hof over een aantal onderwerpen hetzelfde denkt als de kantonrechter, kan het bestreden vonnis van 26 mei 2020 niet geheel in stand blijven. Voor alle duidelijkheid zal het hof dat vonnis daarom vernietigen, behalve de daarin opgenomen beslissing over de proceskosten. Telder zal worden veroordeeld om aan [appellant] terug te betalen wat is ingehouden boven de 6% aan eigen bijdrage over de pensioengrondslag vanaf 30 november 2013, vermeerderd met de wettelijke rente. De gevorderde buitengerechtelijke kosten zullen worden toegewezen tot een bedrag van (afgerond) € 500,-. Aangezien gesteld noch gebleken is dat die kosten reeds zijn voldaan, wordt de ingangsdatum van de wettelijke rente over de buitengerechtelijke incassokosten vastgesteld op 14 dagen na heden. De andere vorderingen van [appellant] zullen worden afgewezen. Tot slot geldt dat [appellant] bij zijn grief over het niet gehouden zijn van een mondelinge behandeling door de kantonrechter geen belang heeft en dat die grief om die reden onbesproken kan blijven.
- 3.29 Omdat partijen in deze procedure over en weer in het ongelijk worden gesteld, zal het hof bepalen dat elke partij de eigen kosten van het hoger beroep zal dragen.

#### **De beslissing**

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de kantonrechter van 26 mei 2020, behalve de beslissingen over de proceskosten en de uitvoerbaarheid bij voorraad daarvan die hierbij worden bekrachtigd, en beslist verder als volgt:

veroordeelt Telder tot terugbetaling aan [appellant] van de bedragen die met ingang van 30 november 2013 als eigen bijdragen in de pensioenregeling zijn ingehouden op het salaris van [appellant] voor zover dit uitstijgt boven de 6% over het pensioengevend salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente ingaande 1 december 2013 en vervolgens met ingang van de eerste dag van iedere maand volgend op die waarop de te veel ingehouden eigen bijdrage ziet, een en ander tot de dag van algehele betaling;

veroordeelt Telder tot betaling aan [appellant] van € 500,- aan buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 14 dagen na de datum waarop dit arrest is uitgesproken, een en ander tot de dag van algehele betaling;

verklaart deze veroordeling(en) uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat partijen de eigen kosten van het hoger beroep dragen;

wijst af wat meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.H. Kuiper, A.E.F. Hillen en W.F. Boele, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 2 augustus 2022.

---

<sup>1</sup> HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5811, en HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:108.

---

# ECLI:NL:RBDHA:2021:12948

|                      |                                                                                                                                                                   |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Den Haag                                                                                                                                                |
| Datum uitspraak      | 16-11-2021                                                                                                                                                        |
| Datum publicatie     | 29-12-2021                                                                                                                                                        |
| Zaaknummer           | 9099777 RL EXPL 21-4870                                                                                                                                           |
| Rechtsgebieden       | Arbeidsrecht                                                                                                                                                      |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig                                                                                                                                       |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenregeling met onvoorwaardelijke indexatie, of is die regeling nadien gewijzigd in een voorwaardelijke regeling? Strijd met dwingendrechtelijke bepalingen? |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>PR-Updates.nl PR-2022-0018<br>PJ 2022/5                                                                                                         |

## Uitspraak

### RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats 's-Gravenhage

CB/d

Rolnr.: 9099777 RL EXP 21-4870

16 november 2021

### Vonnis van de kantonrechter in de zaak van:

**[eiseres]** ,

wonende te [woonplaats] ,

hierna te noemen: [eiseres] ,

eisende partij,

gemachtigde: mr. A.A.M. Broos (FNV),

tegen

de Onderlinge Waarborgmaatschappij **Onderlinge Levensverzekering-maatschappij**  
**“s-Gravenhage” U.A.,**

gevestigd en kantoorhoudende te 's-Gravenhage,

hierna te noemen: OG,

gedaagde partij,

gemachtigde: mr. T. Huijg (held law).

## **1 Het procesverloop**

1.1 De kantonrechter heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- de dagvaarding van 9 maart 2021 met 26 producties (nrs. 1 tot en met 26);
- de conclusie van antwoord van 27 mei 2021 met een productie (nr. 1);
- de akte overleggen aanvullende producties aan de zijde van OG, binnengekomen bij de griffie op 4 oktober 2021 met negen aanvullende producties (nrs. 2 tot en met 10);
- de e-mail van 5 oktober 2021 van de gemachtigde van [eiseres] met een aanvullende productie (nr. 27);
- de akte 2 overleggen aanvullende producties aan de zijde van OG binnengekomen bij de griffie op 7 oktober 2021 met twee aanvullende producties (nrs. 11 en 12).

1.2 Op 8 oktober 2021 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarbij was [eiseres] in persoon aanwezig samen met haar gemachtigde en waren namens OG de heren [betrokkene 1] en [betrokkene 2] aanwezig alsmede de gemachtigde van OG. Van hetgeen tijdens de comparitie van partijen besproken is heeft de griffier zakelijke aantekeningen gemaakt, die zich in het griffiedossier bevinden. Een schikking is niet bereikt.

1.3 Vervolgens is vonnis bepaald op heden.

## **2 De feiten**

2.1 [eiseres] , geboren op [geboortedag] 1968, is op 1 november 2007 bij OG in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. [eiseres] is per 1 september 2019 bij OG uit dienst getreden.

2.2 Laatstelijk was [eiseres] bij OG werkzaam in de functie van [functie] .

2.3 Op de arbeidsovereenkomst van [eiseres] was de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Verzekeringsbedrijf/Binnendienst (hierna: de CAO) van toepassing.

2.4 Bij de uitdiensttreding van [eiseres] bij OG hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten, waarvan artikel 8 bepaalt: *Werkgever komt alle verplichtingen na die uit het dienstverband en/of de beëindiging daarvan voortvloeien uit de Pensioenwet en uit de bepalingen van de geldende pensioenregeling (...).*

2.5 OG is een pensioen- en levensverzekeraar. OG voerde als werkgever tot 1 januari 2016 de eigen pensioenregeling voor haar werknemers uit. Met ingang van 1 januari 2016 heeft OG de pensioenuitvoering ondergebracht bij Nationale Nederlanden.

- 2.6 In de opvolgende CAO's sinds 2009 is in artikel 8.1 bepaald dat telkens de laatst geldende basispensioenregeling van toepassing is.
- 2.7 In de basispensioenregeling, die als bijlage VI bij de CAO 2009-2011 is gevoegd, staat: *De werkgever streeft ernaar ingegane pensioenen en premievrije afspraken van gewezen deelnemers aan te passen aan de ontwikkeling van het consumentenprijsindexcijfer van het CBS, doch ten hoogste tot 3% per jaar. De opgebouwde aanspraken van actieve deelnemers worden jaarlijks aangepast aan de cao-loonontwikkeling van de verzekeringsbedrijfstaking.*
- 2.8 In de basispensioenregeling, die als bijlage VI bij de CAO 2011-2013 is gevoegd, is de bepaling omtrent indexering gewijzigd in: *De werkgever heeft de ambitie om jaarlijks de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers en de ingegane pensioenen van pensioengerechtigden te verhogen met een voorwaardelijke toeslag. Deze toeslagen worden gefinancierd uit de overrente die de werkgever over het voorgaande jaar van de pensioenuitvoerder ontvangt. De jaarlijkse verhoging van de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers bedraagt maximaal de cao-loonontwikkeling in het voorgaande kalenderjaar.*
- 2.9 In de basispensioenregeling, die als bijlage VI bij de CAO 2018-2019 is gevoegd, is de bepaling omtrent indexering wederom gewijzigd in: *De werkgever heeft de ambitie om jaarlijks per 1 januari de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers en de ingegane pensioenen van pensioengerechtigden te verhogen met een voorwaardelijke toeslag: • Indien de pensioenregeling een verzekerde regeling betreft, worden de toeslagen gefinancierd uit de middelen die ontstaan uit afspraken met de pensioenuitvoerder. Deze afspraken zijn gericht op de in de voorgaande alinea geformuleerde ambitie. Voorbeelden hiervan zijn financiering uit beschikbare overrente of rentestandskorting. • Voorzover de pensioenregeling is ondergebracht bij een pensioenfonds, is de toeslagverlening – overeenkomstig de reglementen van het pensioenfonds – mede afhankelijk van de beleidsdekkingsgraad van het pensioenfonds (bedrijfstakpensioenfonds en ondernemingspensioenfonds) respectievelijk van de kring (algemeen pensioenfonds).*
- 2.10 OG heeft de bepalingen uit de basispensioenregeling uit de CAO telkens nader uitgewerkt in een eigen pensioenreglement. Het pensioenreglement 2008 van OG luidt ter zake in artikel 11: *Voor deelnemers en voor gewezen deelnemers voor wie de pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid wordt voortgezet, geldt dat vóór de pensioendatum de in eerdere deelnemersjaren op grond van dit pensioenreglement opgebouwde pensioenbedragen telkenjare worden aangepast aan de CAO-loonontwikkeling. De Directie streeft ernaar alle andere pensioenen aan te passen aan het maximum van de ontwikkeling van het Consumentenprijsindexcijfer afgeleid en het winstdelingspercentage op de polis, doch ten hoogste met 3% per jaar.*
- 2.11 In het pensioenreglement 2013 van OG werd artikel 11 gewijzigd in: *OG heeft de ambitie om jaarlijks per 1 januari de opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers en gewezen deelnemers voor wie de pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid wordt voortgezet, te verhogen met een voorwaardelijke toeslag. De toeslag wordt gefinancierd uit de maatschappijwinstdeling die in het voorgaande jaar is ontvangen. De toeslag bedraagt maximaal de CAO-loonontwikkeling in het voorgaande kalenderjaar. Deze bepaling is in (een) latere versie(s) van het pensioenreglement niet verder gewijzigd.*

### **3 De vordering**

- 3.1 [eiseres] vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: (A.) te verklaren voor recht: dat de per 1 januari 2013 in de CAO voor het Verzekeringsbedrijf/Binnendienst en het Pensioenreglement OG doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke toeslagverlening in een voorwaardelijke toeslagverlening over de tot 1 januari 2013 opgebouwde pensioenaanspraken op



grond van art. 20 PW niet is toegestaan en dat deze wijziging nietig is; (B.) en om OG, als ex-werkgever van [eiseres] , te veroordelen: (1) tot affinanciering ten behoeve van [eiseres] bij pensioenuitvoerder OG van de onvoorwaardelijke toeslagen in de periode van 1 januari 2013 tot 1 september 2019 over haar tot 1 januari 2013 opgebouwde pensioenaanspraken, (2) dan wel voor zover de kantonrechter oordeelt dat het vorderingsrecht van [eiseres] tot affinanciering van de onvoorwaardelijke toeslag over de periode van 1 januari 2013 t/m 13 juni 2015 is verjaard, om OG, als ex-werkgever van [eiseres] , te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding, gelijk aan de onvoorwaardelijke toeslagen in de periode van 1 januari 2013 t/m 13 juni 2015 over haar tot 1 januari 2013 opgebouwde pensioenaanspraken, waarbij deze schadevergoeding ten behoeve van [eiseres] dor OG, als haar ex-werkgever, dient te worden aangewend voor affinanciering van de betreffende onvoorwaardelijke toeslagen bij pensioenuitvoerder OG; een en ander onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per dag voor elke dag dat OG dit na betekening van het te wijzen vonnis nog nalaat, waarbij het maximum aan te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 100.000,-; (3) [tot] betaling aan [eiseres] van een bedrag van € 1.575,- als de buitengerechtelijke incassokosten ex artikel 6:96 lid 2 sub b en c BW; (4) [tot] betaling aan [eiseres] van de kosten van het geding, het salaris van de gemachtigde van [eiseres] en het griffierecht daaronder begrepen.

- 3.2 Aan haar vordering legt [eiseres] ten grondslag dat op grond van artikel 20 van de Pensioenwet (PW) een wijziging van een onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexering van de pensioenopbouw niet is toegestaan, waarbij geldt dat artikel 20 PW een regel van dwingend recht betreft, waarvan niet afgeweken kan worden.

#### **4 Het verweer**

- 4.1 OG voert verweer tegen de vordering van [eiseres] . OG stelt dat de vordering van [eiseres] is verjaard, dat reeds steeds sprake was van een voorwaardelijke indexering, dat [eiseres] met de wijziging van de regeling heeft ingestemd en dat instandhouding van de onvoorwaardelijke toeslagregeling onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

#### **5 De beoordeling**

- 5.1 De kern van het voorliggende geschil wordt gevormd door de vraag of de pensioenregeling van [eiseres] bij OG een onvoorwaardelijke indexatie kende, of die regeling op enig moment is gewijzigd in een voorwaardelijke regeling, of deze wijziging als dan niet in strijd was met dwingendrechtelijke bepalingen, in het bijzonder artikel 20 Pensioenwet (Pw), en, tenslotte, als dat laatste het geval zou zijn, of OG gehouden is het te weinig opgebouwde pensioen alsnog af te financieren.
- 5.2 Voor een goed begrip van de hiervoor benoemde te beantwoorden vragen zal de kantonrechter eerst een schets geven van waar het in deze procedure feitelijk om gaat.
- 5.3 Een werknemer die op grond van zijn arbeidsovereenkomst deelneemt aan een pensioenregeling vanwege zijn werkgever bouwt tijdens het dienstverband pensioenrechten op die later, vanaf de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, resulteren in een uit te betalen (ouderdoms)pensioen, in aanvulling op de wettelijke AOW. Het totaal van door de werknemer en werkgever afgedragen en betaalde pensioenpremies vormen de opgebouwde pensioenrechten.
- 5.4 Gedurende het dienstverband zal een werknemer op gezette tijden in aanmerking komen voor

loonsverhogingen, al was het maar omdat het loon van de werknemer wordt aangepast aan de algemene loonontwikkeling en/of de inflatie. In het geval het loon op enig moment wordt verhoogd, zal ook de in te houden pensioenpremie, die gebaseerd is op een zeker percentage van het (bruto) salaris vanaf dat moment een hoger bedrag in absolute zin betreffen. Omdat een volledig pensioen wordt opgebouwd over (in de regel) 40 jaren, en vòòr een zekere loonsverhoging afgedragen pensioenpremies gebaseerd waren op het lagere salaris van voor de loonsverhoging, houdt de opbouw van het pensioen geen gelijke tred met de ontwikkeling van het salaris van de individuele werknemer.

- 5.5 Om dit manco of tekort zo veel mogelijk weg te nemen is in voorkomende gevallen tijdens het dienstverband sprake van een zekere indexering of 'toeslagverlening', die erop neerkomt dat hetgeen in voorgaande jaren, gelet op het op enig moment verhoogde salaris, te weinig als pensioenpremie is afgedragen, alsnog en bovenop de over het lopende salaris pensioenpremie wordt betaald of opgeteld. In de regel geschiedt deze toeslagverlening uit het rendement van het door het pensioenfonds belegde vermogen behaalde rendement, vaak de 'overrente' genoemd. Deze 'overrente', indien daar sprake van is, kan worden aangewend voor deze vorm van toeslagverlening. Het is deze vorm van toeslagverlening, waar het geschil in deze procedure over gaat.
- 5.6 Het is de stelling van [eiseres] dat tot 2013 sprake was van een onvoorwaardelijke toeslagverlening, als toezegging vanuit OG, dus ongeacht op er sprake van was van 'overrente', om de opbouw van haar pensioenrechten, zoals hiervoor beschreven, te corrigeren aan haar loonontwikkeling. En het is de stelling van [eiseres] dat de onvoorwaardelijke toeslagverlening in 2013 is gewijzigd in een voorwaardelijke toeslagverlening, hetgeen wettelijk niet is toegestaan. Daarentegen bestrijdt OG dat sprake was van een onvoorwaardelijke toeslagverlening; naar haar mening was de toeslagverlening altijd al voorwaardelijk.
- 5.7 In feite maakt OG bij haar stelling dat de toeslagverlening altijd al voorwaardelijk was onderscheid tussen twee vormen van voorwaardelijkheid. De ene vorm is gelegen in de vraag of de voorwaarde of de ambitie van OG om de toeslagverlening te kunnen toepassen is vervuld of niet. De andere vorm van voorwaardelijk is gelegen in het al dan niet voortzetten van het dienstverband. De kantonrechter zal beide vormen van voorwaardelijkheid bespreken.
- 5.8 De stelling van OG dat altijd al sprake was van voorwaardelijke toeslagverlening, gebaseerd op het al dan niet vervullen van de ambitie van OG kan alleen daardoor al niet gevolgd worden, omdat partijen niet van mening verschillen, althans in deze procedure is dat niet gesteld of betwist, dat tot 2013 de toeslagverlening daadwerkelijk (onvoorwaardelijk) is toegepast. Pas vanaf 2013 is de toeslagverlening niet of niet geheel toegepast, als gevolg waarvan thans deze procedure wordt gevoerd.
- 5.9 Niet alleen uit rechtsoverweging 5.8 vloeit voort dat tot 2013 sprake was van onvoorwaardelijke toeslagverlening, dat volgt ook uit de bewoording van de in rechtsoverweging 2.7 geciteerde tekst van de basispensioenregeling. Daar staat duidelijk dat het een streven is de toeslagverlening voor ingegane pensioenen en premievrije pensioen van gewezen deelnemers aan de ontwikkeling van het consumentenprijsindexcijfer aan te passen. Voor actieve deelnemers is geen sprake van een *streven*, maar bepaalt de regeling *dat* de opgebouwde aanspraken worden aangepast aan de cao-loonontwikkeling. Van enig voorbehoud is wat de actieve deelnemers betreft geen sprake en in die zin was de toeslagverlening dus onvoorwaardelijk voor actieve deelnemers, zoals destijds [eiseres] .
- 5.10 Uit de in rechtsoverwegingen 2.8 en 2.9 geciteerde latere pensioenregelingen blijkt dat vanaf 2013 de toeslagverlening voorwaardelijk is geworden. In de betreffende versies van de pensioenregeling is de toeslagverlening namelijk telkens gekoppeld aan de *ambitie* van OG, hetgeen erop wijst dat als OG niet slaagt in het vervullen van die ambitie geen sprake zal zijn van toeslagverlening. Voor 2013 werd een koppeling met de ambities van OG niet gemaakt.

- 5.11 OG betwist niet dat uit de tekst van de opeenvolgende pensioenregelingen volgt dat de toeslagverlening vanaf 2013 voorwaardelijk is geworden in de zin dat vanaf die datum de toeslagverlening afhankelijk is geworden van de vraag of de *ambitie* van OG gerealiseerd is en de pensioenuitvoerder overrente aan de werkgever, OG, uitkeert. Kennelijk is de bepaling zo bedoeld dat OG haar uitgesproken ambitie alleen kan waarmaken, als zij overrente ontvangt. Zo niet, dan kan zij haar ambitie niet waarmaken en daarmee is dus de toeslagverlening voorwaardelijk geworden.
- 5.12 OG betoogt wel dat de toeslagverlening altijd al voorwaardelijk was, omdat de voorwaardelijk van de regeling gelegen is in de voorwaarde dat *de persoon in kwestie nog in dienst is*. De kantonrechter leest de stelling van OG zo, dat de mogelijkheid dat een actieve deelnemer aan een pensioenregeling in de toekomst niet langer een actieve deelnemer aan de pensioenregeling is een voorwaarde die vervuld moet blijven. Het in dienst blijven is een *onzekere toekomstige gebeurtenis* en uit artikel 6:21 BW zou dan volgen dat *daardoor* de verbintenis van OG om toeslag te verlenen voorwaardelijk is.
- 5.13 Naar het oordeel van de kantonrechter berust de verwijzing naar en het beroep van OG op artikel 6:21 BW op een verkeerde lezing van dat artikel. Uit de tekst van het artikel volgt dat met een voorwaardelijke verbintenis een verbintenis wordt bedoeld, die wat betreft haar *werking*, dat wil zeggen *inwerkingtreding*, afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis. In het voorliggende geval gaat het echter om een toekomstige onzekere gebeurtenis (het beëindigen van de status van actieve deelnemer aan de pensioenregeling), waardoor de regeling haar werking *verliest*. Een verbintenis die reeds werking heeft, maar die wellicht in de toekomst haar werking verliest, is naar het oordeel van de kantonrechter geen voorwaardelijke verbintenis in de zin van artikel 6:21 BW.
- 5.14 Uit het voorgaande volgt ook dat de onvoorwaardelijke toeslagverlening, zoals OG die in ieder geval tot 2013 diende uit te voeren, niet reeds voorwaardelijk was, omdat in de toekomst wellicht de betrokken werknemer geen actieve deelnemer meer zou zijn. Daarbij geldt bovendien dat niet ondenkbaar is dat een betrokken werknemer tot zijn pensioengerechtigde leeftijd in dienst blijft. De redenering van OG ten aanzien van de voorwaardelijkheid van de toeslagverlening zou er dan toe leiden dat de toeslagverlening ook dan als voorwaardelijk moet worden gezien, terwijl de voorwaarde, uitdiensttreding, zich nooit zal voordoen. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter een onaanvaardbare uitkomst van de redenering van OG.
- 5.15 De (tussen)conclusie moet dus zijn dat de toeslagverlening niet reeds voorwaardelijk was op het tijdstip dat de regeling in 2013 werd gewijzigd.
- 5.16 Artikel 20 Pw staat aan een wijziging van een onvoorwaardelijke toeslagverlening in de weg, behoudens enkele voor deze procedure niet relevante uitzonderingen.
- 5.17 Uit artikel 20 Pw volgt dat *tot het tijdstip van wijziging* opgebouwde pensioenrechten niet kunnen worden gewijzigd. Uit artikel 1 Pw volgt dat (onvoorwaardelijke) toeslagverlening wordt begrepen in de definitie van pensioenaanspraken, omdat alleen *voorwaardelijke* toeslagverlening daarvan is uitgezonderd. Een en ander heeft het Gerechtshof Den Haag in het arrest van 21 januari 2020<sup>1</sup>, meer in het bijzonder in rechtsoverwegingen 15 en 16, nog eens bevestigd.
- 5.18 Voor de verdere beslissing in dit geschil is daarom het uitgangspunt dat artikel 20 Pw aan wijziging van de pensioenregeling van een onvoorwaardelijke regeling naar een voorwaardelijke regeling in de weg staat. Artikel 20 Pw is een regel van dwingend recht en daarvan kan niet, zelfs niet bij wijze van instemming van beide betrokken partijen worden afgeweken. In die zin komt de kantonrechter daarom ook, mede als gevolg van de noot onder het te noemen vonnis, toevallig van de hand van de gemachtigde van OG in deze procedure, terug van de overweging in zijn uitspraak van 11 februari 2020<sup>2</sup>, waarin in rechtsoverweging 4.18 nog werd beslist dat

deelnemers vrijwillig afstand zouden kunnen doen van hun recht op onvoorwaardelijke toeslagverlening. Dus zelfs als [eiseres] met wijziging zou hebben ingestemd, staat artikel 20 Pw aan wijziging van de regeling in de weg.

5.19 Het gevolg van de overweging dat artikel 20 Pw aan wijziging van de toeslagverlening in de weg staat is dat de regeling zoals die tot 2013 luidde van kracht is gebleven en dat OG ook vanaf 2013 de opgebouwde pensioenaanspraken (van actieve deelnemers, zoals [eiseres] ) aangepast hadden moeten (blijven) worden aan de cao-loonontwikkeling van de verzekeringsbedrijfstak, zoals Bijlage VI bij de CAO destijds luidde.

5.20 Niet in geschil is dat die aanpassing niet heeft plaatsgevonden. Een en ander is slechts aan het licht gekomen omdat [eiseres] per 1 september 2019 bij OG uit dienst is getreden. Als gevolg daarvan is tussen partijen een discussie op gang gekomen met betrekking tot de voortzetting van de onvoorwaardelijke toeslagverlening en de affinanciering daarvan. De inleiding tot die discussie was de e-mail van [eiseres] van 14 juni 2020 (productie 21 bij dagvaarding).

5.21 In dat kader overweegt de kantonrechter als eerste dat de aanspraak van [eiseres] op verhoging van haar pensioenaanspraken niet zijn verjaard, zoals OG heeft gesteld. Artikel 59 Pw bevat voor pensioenen een bijzondere regeling betreffende verjaring, die erop neerkomt dat vorderingen van pensioenuitkeringen niet verjaren tijdens het leven van een pensioengerechtigde. Artikel 59 Pw heeft te gelden als een bijzondere regeling met betrekking tot verjaring van pensioenaanspraken, die de algemene regels met betrekking tot verjaring van vorderingen opzij zet.

5.22 Als tweede volgt de kantonrechter de stelling van OG dat ongewijzigde instandhouding van de onvoorwaardelijke toeslagverlening onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:248 lid 1 BW niet. In het eerdergenoemde arrest van het Gerechtshof Den Haag heeft het hof in rechtsoverweging 19 overwogen dat in die betreffende procedure onvoldoende was gesteld om tot onaanvaardbaarheid te kunnen concluderen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft OG ook in deze procedure daartoe onvoldoende gesteld.

5.23 Thans nadert deze procedure in feite zijn ontknoping, maar rest nog een beslispunt. De conclusie van het voorgaande is dat [eiseres] over de periode 2013 tot 2019 recht heeft op aanvulling van haar pensioenrechten met de in die jaren toepasselijke cao-loonontwikkeling. In haar e-mail van 14 juni 2020 verzoekt zij daartoe slechts 'ophoging' van haar opgebouwde pensioenaanspraken. Later, bijvoorbeeld in de brief van haar gemachtigde van 12 november 2020 (productie 25 bij dagvaarding), verzoekt zij ook *affinanciering* van de betreffende indexaties. Ophoging en affinanciering zijn weliswaar nauw met elkaar verbonden, maar zij zijn niet aan elkaar gelijk te stellen. Ophoging is een administratieve handeling terwijl affinanciering ook een daadwerkelijke waardeoverdracht impliceert. Uit de e-mail van 14 juni 2020 blijkt dat [eiseres] verzoekt het overzicht van haar opgebouwde pensioenaanspraken, zoals die staan weergegeven in haar pensioenoverzicht, te verhogen. Uit een pensioenoverzicht blijkt welke bedragen een deelnemer heeft opgebouwd en tot welke pensioenuitkering dat bij pensionering zal leiden. Een pensioenoverzicht bevat geen informatie over de affinanciering van de pensioenaanspraken, al valt wel aan te nemen dat een pensioenoverzicht, dat in de regel van de pensioenverzekeraar of de pensioenuitvoerder afkomstig is, geen informatie bevat die de pensioenverzekeraar of -uitvoerder niet kan waarmaken en derhalve zal deze affinanciering of een andere vorm van zekerheid met betrekking tot de in het overzicht genoemde verplichtingen van de werkgever verlangen. Echter, die andere vorm van zekerheid hoeft niet te bestaan in een daadwerkelijke dotatie, omdat ook andere wijzen van financiering, bijvoorbeeld door middel van zekerheidsstellingen, denkbaar zijn. Dat betekent dat een werknemer niet affinanciering van de pensioenaanspraken door middel van een daadwerkelijke betaling van een zeker geldbedrag kan afdwingen. Een en ander is een zaak tussen werkgever en pensioenverzekeraar of -uitvoerder. Dat betekent dat hetgeen [eiseres] onder B.(1) van haar petitum vordert niet kan worden toegewezen.

5.24 Hetgeen [eiseres] onder A vordert zal, zo blijkt uit het voorgaande, wel worden toegewezen. De toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht houdt in ieder geval in dat OG uitvoering zal moeten geven aan de voortzetting van de onvoorwaardelijke toeslagverlening tussen 2013 en 2019 op de wijze zoals zij dit met haar pensioenuitvoerder heeft afgesproken, vanuit het gezichtspunt dat een en ander zal moeten leiden tot een door de uitvoerder te verstrekken pensioenoverzicht, waaruit blijkt dat over de genoemde periode daadwerkelijk de betreffende toeslagen zijn toegepast.

5.25 De gevorderde buitengerechtelijke kosten van in totaal € 1.575,- zullen worden toegewezen, omdat OG daartegen geen zelfstandig verweer heeft gevoerd.

5.26 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal OG worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van [eiseres] , begroot op € 691,69, waaronder begrepen een bedrag van € 498,- aan salaris gemachtigde.

## **6 De beslissing**

De kantonrechter:

- verklaart voor recht dat de per 1 januari 2013 in de CAO voor het Verzekeringsbedrijf/Binnendienst en het Pensioenreglement OG doorgevoerde wijziging van de onvoorwaardelijke toeslagverlening in een voorwaardelijke toeslagverlening over de tot 1 januari 2013 opgebouwd pensioenaanspraken op grond van artikel 20 Pw niet is toegestaan en dat deze wijziging nietig is;

- veroordeelt OG tot betaling aan [eiseres] van een bedrag van € 1.575,- aan buitengerechtelijke kosten;

- veroordeelt OG in de proceskosten aan de zijde van [eiseres] , begroot op € 691,69;

- verklaart dit vonnis voor wat betreft de buitengerechtelijke kosten en de proceskostenveroordeling van OG uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door kantonrechter mr. C.W.D. Bom en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 16 november 2021, in tegenwoordigheid van de griffier.

---

<sup>1</sup> ECLI:NL:GHDHA:2020:25

<sup>2</sup> ECLI:NL:RBDHA:2020:1061

---

# ECLI:NL:GHSHE:2021:3722

|                      |                                                                                      |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof 's-Hertogenbosch                                                         |
| Datum uitspraak      | 14-12-2021                                                                           |
| Datum publicatie     | 17-12-2021                                                                           |
| Zaaknummer           | 200.269.941_01                                                                       |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBZWB:2019:6271                                               |
| Rechtsgebieden       | Arbeidsrecht                                                                         |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                         |
| Inhoudsindicatie     | stilzwijgende instemming wijziging pensioenregeling; verjaring, klachtplicht         |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2021-1580<br>PR-Updates.nl PR-2022-0004<br>PJ 2022/2 |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.269.941/01

### arrest van 14 december 2021

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellant in principaal hoger beroep,  
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,  
hierna aan te duiden als [appellant] ,  
advocaat: mr. A.J.C. van Bommel te Rotterdam,

tegen

**[de vennootschap] ,**

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

geïntimeerde in principaal hoger beroep,

appellante in incidenteel hoger beroep,

hierna aan te duiden als [geïntimeerde] en/of Air Liquide Welding,

advocaat: mr. F. van Velden-van Passel te Breda,

als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 24 maart 2020 in het hoger beroep van het door de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, onder zaaknummer 6218728 CV EXPL 17-3657 gewezen vonnis van 15 mei 2019.

## **5 Het verloop van de procedure**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 24 maart 2020 waarbij het hof de vordering van [geïntimeerde] tot oproeping van MontClair Groep B.V. en ASR Nederland N.V. heeft afgewezen;
- de memorie van antwoord in incidenteel appel.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

## **6 De beoordeling**

*in principaal en incidenteel hoger beroep*

6.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

6.1.1. [appellant] , geboren op [geboortedatum] 1955, is op 15 november 1979 in dienst getreden bij

een van de rechtsvoorgangers van Air Liquide Welding, op haar beurt weer een rechtsvoorganger van [geïntimeerde] , in de functie van magazijnmedewerker/heftruckchauffeur. Het hof zal [geïntimeerde] hierna voor de overzichtelijkheid ook aanduiden met de naam van haar rechtsvoorganger Air Liquide Welding.

6.1.2. Medio 2000 heeft SAF Oerlikon Soedometal B.V. (rechtsvoorganger van Air Liquide Welding) besloten om de toepasselijke pensioenregeling ten aanzien van haar werknemers jonger dan 50 jaar (geboren na 1 januari 1950 of in dienst gekomen na 1 januari 2001) te wijzigen van een eindloonregeling naar een beschikbare premieregeling.

6.1.3. In verband met een reorganisatie binnen Air Liquide Welding is het dienstverband van [appellant] per 1 april 2011 geëindigd. Vervolgens is [appellant] in dienst getreden bij Associated Metal Services B.V. Daarbij is overeengekomen dat de bestaande pensioenregeling zou worden overgenomen.

6.1.4. [appellant] heeft bij brief van 1 september 2015 vragen gesteld aan [naam] ( [naam] ), werkzaam bij Air Liquide Welding, over zijn pensioen(opbouw). [naam] heeft [appellant] verwezen naar tussenpersoon MontClair.

6.1.5. MontClair heeft [appellant] bij brief van 13 oktober 2015 bericht de vragen over zijn pensioen(opbouw) niet te kunnen beantwoorden.

6.1.6. Vervolgens heeft [appellant] de vragen over zijn pensioen(opbouw) voorgelegd aan een [pensioenadviseur] ( [pensioenadviseur] ) van Leef Pensioen Advies. Medio maart 2016 heeft [pensioenadviseur] [appellant] geïnformeerd over zijn bevindingen.

6.1.7. Vervolgens heeft de gemachtigde van [appellant] bij brief van 16 juni 2016 het volgende aan Air Liquide Welding bericht:

*(...) Bij controle van de polissen constateerde cliënt dat de pensioenregeling slechts gedeeltelijk was voortgezet bij zijn nieuwe werkgever. De polissen met nummer [polisnummer 1] en [polisnummer 2] zijn niet overgedragen aan de nieuwe verzekeraar Nationale Nederlanden. Bovendien kwam cliënt tot de ontdekking dat de hoogte van het opgebouwde pensioen aanzienlijk afwijkt van de door hem betaalde premies. (...) Op 16 maart 2016 heeft de gemachtigde van cliënt de kwestie voorgelegd aan een pensioenadviseur (...) [pensioenadviseur] constateerde - onder meer - dat de polis met nummer [polisnummer 1] , voorheen polis [oud polisnummer] , per 1 januari 2000 is gewijzigd van een eindloonregeling in een beschikbare premieregeling. Een mutatie in het nadeel van cliënt!*

*De rechtsvoorganger van Air Liquide Welding Nederland B.V., SAF Oerlikon B.V. heeft derhalve een wijziging aangebracht in het pensioen van cliënt zonder dat zij hem daarover om toestemming heeft verzocht dan wel hem hierover heeft geïnformeerd.*

*(...)*

*Cliënt is niet bekend met zwaarwichtige belangen of dringende omstandigheden die de wijzigingen van zijn pensioenregeling rechtvaardigen. Hij stelt zich dan ook op het standpunt dat zijn pensioenregeling niet zonder zijn voorafgaande toestemming gewijzigd had mogen worden, zodat Air Liquide Welding B.V. is tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst althans dat er sprake is van een onrechtmatige daad. Zodoende is Air Liquide Welding Nederland B. V, gehouden om de door cliënt geleden schade als gevolg van deze mutatie te vergoeden.*

*Hierbij stel ik u namens cliënt aansprakelijk voor de door hem geleden althans nog te lijden schade als gevolg van de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling. (...)*

*Cliënt maakt voorts van de gelegenheid gebruik de verjaring van al zijn mogelijke rechtsvorderingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst, daaronder begrepen vorderingen tot schadevergoeding, te stuiten. Hij behoudt zich nadrukkelijk alle rechten voor. (...) "*

6.1.8. [appellant] heeft de kwestie voorgelegd aan [naam 2] ( [naam 2] ) van Retira Pensioenadviseurs. [naam 2] heeft in zijn memo aan [appellant] van 7 oktober



2016 geconcludeerd dat de pensioenschade door de overgang van eindloon naar beschikbare

premieregeling in 2001 € 104.742 bedraagt (bij voortduren van de eindloonregeling zou [appellant] recht hebben gehad op een pensioenuitkering van € 11.066,-- per jaar en nu heeft [appellant] naast het tot 2000 opgebouwde pensioen op basis van de eindloonregeling ad € 4.072, recht op een pensioen van € 910,-- per jaar; een verschil van € 6.084 per jaar). Hij merkt voorts op:

(...)

*Uit gegevens van ASR blijkt dat de heer [appellant] eerst heeft deelgenomen in een eindloonregeling met een opbouwpercentage van 1,75% per dienstjaar. De AOW-franchise was in 2000 omgerekend € 12.434. Per 1 januari 2000 is deze pensioenregeling stopgezet. Het totaal verzekerde oudedagspensioen bedraagt € 4.072, het nabestaandenpensioen bedraagt € 2.850 en het wezenpensioen € 570. Dat blijkt uit het Uniform Pensioenoverzicht 2010 en het 5 jaar later verstreckte Uniform Pensioenoverzicht 2015.*

*(Over het gat tussen 2000 en 2001 heb ik in de documentatie geen informatie kunnen vinden.)*

*Per 1 januari 2001 is de nieuwe pensioenregeling gestart: een beschikbare premieregeling (een polis*

*op basis van beleggingen, daarnaast is een polis met risicoverzekering gestart).*

*Pensioenadviseur [pensioenadviseur] van LEEF! Pensioenadvies heeft in beeld gebracht welke kosten en risicodekkingen in mindering zijn gebracht op de beschikbare premie. 43% van de beschikbare premie is opgegaan aan additionele dekkingen (nabestaandenpensioen, premievrijstelling bij*

*arbeidsongeschiktheid) en ruim 15% aan kosten (voor de verzekeraar, provisie aan de tussenpersoon*

*en aan- en verkoopkosten voor beleggingen). Dit leidt ertoe dat van de beschikbare premies van € 29.823 in de periode 2001-2011 slechts € 16.195 aan pensioenkapitaal is overgebleven.*

(...)

*Uit de presentatie die op de voorlichtingsbijeenkomst is gehouden bij Air Liquide Welding blijkt niet dat*

*gewezen is op de schaduwkanten van een beschikbare premieregeling. Er wordt in de sheets als oorzaken voor de wijziging van de pensioenregeling verwezen naar "gewijzigde maatschappelijke normen", "nieuwe fiscale wetgeving" en "tevens meer flexibiliteit". Op een andere sheet wordt aangegeven dat Stad Rotterdam Verzekeringen de werkgever heeft geadviseerd "in uw belang". Ook*

*hier wordt opnieuw aandacht besteed aan meer flexibiliteit, meer individuele keuzemogelijkheden in de*

*pensioenregeling. In het gehanteerde rekenvoorbeeld wordt uitgegaan van beleggingsrendementen van 8% en 10%. Het te behalen ouderdomspensioen (met 70% nabestaandenpensioen) zou uitkomen op fl. 31.057 dan wel fl. 45.839, terwijl in de bestaande pensioenregeling (eindloon) een resultaat te*

*behalen zou zijn van fl. 18.375.*

*Wat valt hieraan op?*

- *Stad Rotterdam Verzekeringen toont alleen gunstige beleggingsrendementen (8% en 10%).*

*Ook tonen zij rendementen van de diverse beleggingsfondsen, allemaal met een hoog gemiddelde, zonder te wijzen op beleggingsrisico's waardoor de rendementen veel ongunstiger zouden kunnen uitvallen.*

- *Stad Rotterdam Verzekeringen besteedt geen aandacht aan het renterisico. Wat gebeurt er met het pensioenkapitaal wanneer de rente laag uitvalt?*

- *Stad Rotterdam Verzekeringen vermeldt niets over wat er gebeurt bij salarisstijgingen. In de oude pensioenregeling leidt een salarisstijging tot een aanpassing van de pensioengrondslagen in het verleden. In de nieuwe regeling wordt de pensioengrondslag naar de toekomst toe aangepast.*
- *Stad Rotterdam Verzekeringen vertelt niets over welk deel van de beschikbare premies wordt besteed aan additionele dekkingen (nabestaandenpensioen, premievrijstelling pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid) en de kosten voor het uitvoeren van pensioenregeling door de pensioenuitvoerder (administratie, vermogensbeheer) en de kosten voor beheer door de assurantietussenpersoon.  
(...)"*

6.2. [appellant] vordert in eerste aanleg, uitvoerbaar bij voorraad, Air Liquide Welding te veroordelen:

primair:

1. Om binnen veertien dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, teneinde het niveau van de initiële eindloonregeling te bereiken, bij pensioenuitvoerder Nationale Nederlanden een koopsom van € 104.742,- af te storten, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

Subsidiair:

2. Om binnen veertien dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, aan [appellant] te voldoen een bedrag van € 104.742,-, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

Primair en subsidiair:

3. Om binnen veertien dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, aan [appellant] te voldoen de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ad € 2.129,60 inclusief btw, bij gebreke waarvan de wettelijke rente over deze kosten verschuldigd zal zijn;

4. Om binnen veertien dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, aan [appellant] te voldoen de buitengerechtelijke incassokosten van € 2.205,13 inclusief btw;

5. Air Liquide Welding te veroordelen in de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen, met daarbij de nadrukkelijke bepaling dat deze binnen veertien dagen na het wijzen van dit vonnis aan [appellant] worden voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd zal zijn.

6.3. [appellant] voert daartoe in de kern aan dat Air Liquide Welding is tekortgeschoten in haar verplichtingen als goed werkgever. Zij heeft een wijziging van de pensioenregeling doorgevoerd zonder toestemming van [appellant] , ten gevolge waarvan [appellant] pensioenschade heeft geleden. [appellant] stelt voorts dat Air Liquide Welding heeft nagelaten hem te informeren over het wezenlijke verschil tussen de pensioenregelingen zodat zij, gelet op de ingrijpende wijziging, evenmin mocht uitgaan van de (stilzwijgende) instemming van [appellant] met de wijziging van de pensioenregeling.

6.4. De kantonrechter heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen en [appellant] veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Air Liquide Welding.

6.5. [appellant] vordert in hoger beroep vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog toewijzing van zijn vorderingen in eerste aanleg met veroordeling van [geïntimeerde] (als rechtsopvolgster van Air Liquide Welding) tot terugbetaling van al hetgeen [appellant] ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft terugbetaald vermeerderd met wettelijke rente en met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten aan de zijde van [appellant] in beide instanties vermeerderd met wettelijke rente.

6.6. [geïntimeerde] voert verweer en komt in incidenteel hoger beroep op tegen de verwerping door de kantonrechter van haar verweren dat sprake is van afstand van recht, verjaring en haar beroep op de klachtplicht.

6.7. Het hof zal allereerst de meest verstrekkende (in het incidenteel appel nogmaals aan de orde gestelde) verweren van [geïntimeerde] tegen toewijzing van de vordering behandelen. Het hof merkt overigens op dat die weren bij het slagen van het principaal hoger beroep ingevolge de devolutieve werking van het hoger beroep ook zonder een incidenteel hoger beroep zouden moeten worden beoordeeld door het hof.

#### *Verjaring en het beroep op de klachtplicht*

6.8. [geïntimeerde] voert aan dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat de verjaringstermijn pas is gaan lopen in 2016. Zij voert daartoe aan dat [appellant] reeds eerder op de hoogte was van zijn pensioenschade. Zo wijst [geïntimeerde] op de brieven met factor A, die [appellant] al vóór 2010 tot twee keer toe heeft ontvangen en waarin wordt gewaarschuwd voor een mogelijk pensioentekort. Zeker in samenhang met alle andere informatie die [appellant] in het kader van de wijziging en daarna ontving moet [appellant] , aldus [geïntimeerde] , ruim voor 2016 op de hoogte zijn geweest van de wijziging van de pensioenregeling en het lagere pensioenresultaat.

6.9. Het hof volgt [geïntimeerde] in het beroep op verjaring niet. Ingevolge art. 3:310 lid 1 BW verjaart een vordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Daarvan is sprake als de benadeelde, in dit geval [appellant] , voldoende zekerheid heeft gekregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschieten of foutief handelen van Air Liquide Welding. Dat [appellant] voorafgaand aan de constatering van pensioenadviseur Van Tetringen medio maart 2016 voldoende zekerheid had gekregen dat sprake was van pensioenschade veroorzaakt door tekortschieten van Air Liquide Welding blijkt niet. De kantonrechter heeft het beroep op verjaring terecht verworpen.

6.10. Ook het beroep op de klachtplicht stuit hierop af. De gemachtigde van [appellant] heeft Air Liquide aangeschreven bij brief van 16 juni 2016, drie maanden na de bevindingen van [pensioenadviseur] . Daarbij betreft het hof dat niet gesteld of gebleken is dat Air Liquide Welding enig nadeel heeft gehad van het feit dat 'pas' geklaagd is drie maanden nadat [appellant] voldoende zekerheid had gekregen dat de pensioenschade veroorzaakt was door (mogelijk) tekortschieten van Air Liquide Welding.

#### *Afstand van recht / vaststellingsovereenkomst*

6.11. [geïntimeerde] voert aan dat [appellant] na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst een verklaring heeft getekend, waarin hij verklaarde geen rechten meer te ontleen aan de oude pensioenregeling. Op grond van die verklaring kan hij thans evenmin schadevergoeding vorderen, aldus [geïntimeerde] . De schadevergoeding die [appellant] vordert, ziet immers op het niet nakomen van verplichtingen uit de oude pensioenregeling.

Het hof overweegt als volgt. De betreffende verklaring vloeit voort uit de wijziging van de werkgever van [appellant] in 2011 en ziet op de overdracht van de pensioenaanspraken van [appellant] van overdragend uitvoeringsorgaan ASR Levensverzekering NV naar ontvangend uitvoeringsorgaan Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. Daarbij is de overdrachtswaarde vastgesteld op € 16.988,65. Deze door [appellant] op 20 september 2011 ondertekende verklaring bevat de volgende passage:

*Door akkoord te gaan met de overdracht kan ondergetekende geen rechten meer ontlenen aan de pensioenregeling(en) met de genoemde polisnummer(s). (hof: polisnummer [polisnummer 3] t.n.v. [appellant] )*

Het hof deelt de opvatting van [geïntimeerde] dat [appellant] door de ondertekening van die verklaring in beginsel ten opzichte van ASR Levensverzekering NV geen rechten meer kan ontlenen aan die oude pensioenregeling. Dat geldt echter niet voor de door [appellant] ingestelde vordering tot schadevergoeding jegens diens (toenmalig) werkgever omdat die haar verplichtingen uit hoofde van goed werkgeverschap niet zou zijn nagekomen in het kader van de wijziging van een arbeidsvoorwaarde. De betreffende grief in incidenteel appel slaagt niet.

*(Stilzwijgende) instemming met wijziging van de pensioenregeling?*

6.12. Daarmee komt het hof toe aan de grieven van [appellant] in het principaal appel. Met de grieven 1 en 2 betoogt [appellant] dat sprake is van een ingrijpende wijziging van de pensioenregeling, dat hij niet op de hoogte was daarvan, dat (de rechtsvoorganger van) Air Liquide Welding hem niet deugdelijk heeft voorgelicht over de nadelen van die wijzigingen, met name dat geen sprake meer was van een gegarandeerde uitkering, dat enkel is gerekend met gunstige prognoses, dat niet is gewezen op rente- en beleggingsrisico's en dat niet is gewezen op de kosten van de regeling en de gevolgen voor de pensioenaanspraken bij loonstijging. [appellant] voert aan dat (de rechtsvoorganger van) Air Liquide Welding er niet op mocht vertrouwen dat hij instemde met die wijziging en dat hem ook geen mogelijkheid is gegeven om bezwaar te maken tegen die wijziging.

6.13. Air Liquide Welding voert kort gezegd aan dat [appellant] geïnformeerd is over de voorgenomen wijziging van de pensioenregeling, dat een algemene voorlichtingsbijeenkomst is gehouden waar [appellant] niet is verschenen, dat [appellant] de gelegenheid is geboden om in een persoonlijk gesprek duidelijkheid te krijgen (waarvan [appellant] zelf heeft afgezien), dat [appellant] op de hoogte was van de wijziging en zelf heeft gekozen voor een bepaalde beleggingsmix en dat [appellant] pensioenoverzichten ontving. Air Liquide Welding mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat [appellant] instemde met de wijziging van de pensioenregeling, aldus Air Liquide Welding.

6.14. Het hof overweegt als volgt.

De vraag of een overeenkomst tot wijziging van de pensioenregeling tot stand is gekomen, moet in beginsel beantwoord worden aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst. De kantontrechter heeft terecht overwogen dat daarbij van een werkgever verlangd mag worden dat hij zorgvuldig te werk gaat wanneer er binnen een onderneming van pensioenregeling gewisseld wordt of kan worden. Bij een wijziging van de pensioenvoorziening dient de werkgever de werknemer duidelijkheid te verschaffen over de inhoud van de wijziging.

Dat betekent - zeker bij wijziging van een belangrijke arbeidsvoorwaarde - dat een werkgever de werknemer deugdelijk dient voor te lichten over de concrete gevolgen van een dergelijke wijziging.

6.15. Naar het oordeel van het hof heeft Air Liquide Welding [appellant] onvoldoende geïnformeerd over de strekking en de gevolgen van de wijziging van de pensioenvoorziening. Daartoe acht het hof het volgende van belang:

Op 31 oktober 2000 is [appellant] middels een intern memo met de volgende inhoud geïnformeerd over de voorgenomen wijziging:

*"Aan alle medewerkers en medewerksters van SAP Oerlikon BV*

*In verband met de steeds groter wordende individualisering van het pensioen per werknemer zijn wij van mening dat ook de werknemers van SAP Oerlikon BV een eigen invloed moeten hebben op hun pensioenrechten.*

*Op vrijdag 17 november 2000, om 10.00 uur te [plaats] , zal [naam 3] van Stad Rotterdam Verzekeringen en [naam 4] , [naam 5] , [naam 6] ons een uitleg komen geven over de individualisering van uw pensioenrechten. Daarna is er op 1 december 2000 de mogelijkheid om een persoonlijk gesprek te hebben."*

In deze aankondiging wordt de nadruk gelegd op positieve aspecten van de wijziging van de pensioenregeling zoals individualisering en eigen invloed van de werknemer op zijn pensioenrechten.

Ook in de presentatie van 17 november 2000 (de betreffende sheets zijn overgelegd bij productie 4 bij inleidende dagvaarding) is niet, althans niet op een voor een magazijnmedewerker met beperkte financiële achtergrond als [appellant] voldoende duidelijke wijze gewezen op mogelijke nadelen en risico's in verband met de wijziging van de pensioenregeling. Integendeel, in de eerste sheet wordt gewezen op het dynamisch, flexibel, eigenwijs, persoonlijk en eigentijds karakter van de pensioenregeling. Vervolgens worden enkele opmerkingen over pensioenregelingen in het algemeen en de nieuwe regeling in het bijzonder gemaakt. Dan volgen twee voorbeeldberekeningen waarin de eindloonregeling vergeleken wordt met de beschikbare premieregeling. Er wordt met uitsluitend relatief hoge gemiddelde jaarlijkse rendementen (van 8% en 10%) gerekend. Ten slotte worden uitsluitend voordelen van de nieuwe regeling benoemd. Nadelen worden niet benoemd. Zo is onvoldoende duidelijk gemaakt dat het beleggingsrisico volledig verschuift van pensioenverzekeraar naar werknemer en welke nadelen daaraan verbonden kunnen zijn. Een voorbeeldberekening met een onverhoopt lager gemiddeld rendement ontbreekt. Evenmin wordt enige aandacht besteed aan de omstandigheid dat een aanzienlijk deel van de pensioenpremie wordt aangewend voor additionele dekkingen (43%) en kosten (15%). Zo blijft onvermeld dat slechts een beperkt deel, grofweg 1/3, van de totale pensioenpremie wordt aangewend voor de opbouw van het pensioenkapitaal waarmee op ingangsdatum van het pensioen een pensioenuitkering wordt gerealiseerd.

Het hof acht de aldus verstrekte informatie bijzonder onevenwichtig en daarmee ook ontoereikend voor de conclusie dat [appellant] zodanig is geïnformeerd dat hij welbewust de wijziging van de pensioenregeling heeft aanvaard. Dat [appellant] de voorlichtingsbijeenkomst niet heeft bijgewoond leidt niet tot een ander oordeel. Dat hij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid voor een toelichting in een persoonlijk gesprek leidt, mede gelet op de hiervoor beschreven inhoud van de wel gegeven schriftelijke informatie ( [appellant] heeft de hiervoor besproken presentatie schriftelijk ontvangen, aldus Air Liquide Welding (zie ook prod. 4 bij inleidende dagvaarding), evenmin tot een ander oordeel.

- 6.16. Aan [appellant] kan weliswaar worden tegengeworpen dat hij wist van de wijziging van zijn pensioenregeling (gelet op de duidelijke aankondiging van die wijziging en ook omdat hij in dat kader een beleggingskeuze heeft gemaakt), maar dat neemt niet weg dat hij over de strekking en gevolgen daarvan onvoldoende geïnformeerd was om een bewuste keuze te kunnen maken.
- 6.17. Air Liquide Welding heeft nog aangevoerd dat de normen over het voorlichten van consumenten ten aanzien van beleggingsverzekeringen in 2000 anders waren en dat zij voldeed aan de in die tijd te stellen eisen. Naar het oordeel van het hof voldoet de destijds gegeven informatie daar niet aan. Met name het ontbreken van enige voorlichting over de hoogte van de substantiële kosten en additionele dekkingen die op de pensioeninleg in mindering strekte voldoet niet aan de destijds geldende eisen. Ook naar de in 2000 geldende maatstaven is niet voldaan aan de eis van zodanige voorlichting en informatie dat sprake is van een bewuste instemming van [appellant] met de wijziging van de pensioenregeling.
- 6.18. De omstandigheid dat de betreffende pensioenregeling voor 50-jarigen en ouder niet wijzigde

leidt evenmin tot een andere conclusie. Air Liquide Welding betoogt nog dat de wijziging van de pensioenregeling als voordeel had, dat de pensioenpremie voor [appellant] niet steeg. Het hof acht het voorstelbaar dat bij handhaving van de oude pensioenregeling de premie in de jaren 2000-2011 op enig moment hoger zou zijn geweest. Daarbij kan echter bij de berekening van de schade rekening worden gehouden.

- 6.19. De conclusie luidt dat sprake is van een tekortkoming van de werkgever in de op haar rustende verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Er is geen sprake van stilzwijgende instemming van [appellant] met de gewijzigde pensioenregeling. Aan het subsidiaire beroep van [appellant] op dwaling komt het hof niet toe.

#### *Eenzijdige wijziging pensioenregeling?*

- 6.20. Air Liquide Welding heeft nog gewezen op de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden zoals vastgelegd in de arbeidsovereenkomst tussen [appellant] en (de rechtsvoorganger van) Air Liquide Welding. Zij heeft nog aangevoerd dat zij in verband met slechte resultaten destijds belang had bij wijziging van de pensioenregeling. Voor zover Air Liquide Welding aanvoert dat sprake is van een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden heeft zij daartoe, zeker in het licht van de in de jurisprudentie gestelde eisen aan een dergelijke wijziging, onvoldoende gesteld, zodat dat beroep wordt verworpen.

#### *Bewijsaanbod*

- 6.21. [geïntimeerde] heeft een bewijsaanbod gedaan. Er is echter geen specifiek bewijs aangeboden van verstrekte informatie, naast de hiervoor behandelde sheets van de voorlichtingsbijeenkomst en het pensioenreglement, of van stukken waaruit kan worden afgeleid dat [appellant] ten tijde van de wijziging van de pensioenregeling is geïnformeerd over de hiervoor geschetste nadelen, risico's en kosten verbonden aan de gewijzigde pensioenregeling. Voor het overige acht het hof het gedane bewijsaanbod niet ter zake dienend. Het hof zal het bewijsaanbod derhalve passeren.

#### *Schade:*

- 6.22. [geïntimeerde] is aansprakelijk voor de door [appellant] geleden schade als gevolg van de tekortkoming van haar rechtsvoorganger. [appellant] stelt dat hij schade heeft geleden als gevolg van de wijziging van de pensioenregeling. Onder verwijzing naar de berekening in het memo van [naam 2] (prod. 6 bij inleidende dagvaarding) becijfert [appellant] zijn pensioenschade als gevolg van de wijziging van de eindloonregeling naar de beschikbare premieregeling op € 104.742,--.
- 6.23. Het debat heeft zich tot op heden enkel geconcentreerd op eventuele aansprakelijkheid van [geïntimeerde]. De hoogte van de daaruit voortvloeiende schade voor [appellant] is geen onderwerp van debat geweest en kan ook niet aanstonds vastgesteld of geschat te worden. Nu de aansprakelijkheid van [geïntimeerde] vaststaat en [appellant] de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt, zal het hof [geïntimeerde] veroordelen tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat.

#### *Kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid*

- 6.24. [appellant] vordert een bedrag ad € 2.129,60, te weten de rekening van Retira Pensioenadviseurs B.V. in verband met de werkzaamheden van [naam 2] (prod. 6 en 8 bij inleidende dagvaarding). Dit bedrag is als vergoeding voor kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid toewijsbaar.

#### *Buitengerechtelijke incassokosten*

- 6.25. [appellant] vordert een bedrag ad € 2.205,13 aan buitengerechtelijke incassokosten. [appellant] voert daartoe aan dat diverse malen met Air Liquide Welding is gecorrespondeerd (onder meer brieven van 1 september en 25 oktober 2016) en getracht is te komen tot een minnelijke oplossing. Het hof acht de kosten redelijkewijs gemaakt en het in rekening gebrachte bedrag

redelijk. Deze post wordt toegewezen.

#### *Proceskosten*

6.26. Gelet op het voorgaande zal het bestreden eindvonnis van 15 mei 2019 voor zover gewezen in hoofdzaak worden vernietigd. De beslissing in vrijwaring is niet aangevochten, zodat daarover niet hoeft te worden beslist. Air Liquide Welding zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van [appellant] in eerste aanleg en in tweede aanleg in principaal en incidenteel hoger beroep. Voor een aparte kostenveroordeling in incidenteel beroep ziet het hof geen aanleiding gelet op de nauwe verbondenheid van de in beide beroepen aan de orde zijnde kwesties.

## **7**

### **7. De uitspraak**

Het hof:

*op het principaal en incidenteel beroep:*

vernietigt het bestreden vonnis van 15 mei 2019 voor zover in de hoofdzaak gewezen en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt [geïntimeerde] tot vergoeding van de schade die [appellant] heeft geleden als gevolg van de wijziging van de pensioenregeling van [appellant] per 1 januari 2000, op te maken bij staat;
- veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling van € 2.129,60 aan [appellant]
- veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling van € 2.205,13 aan [appellant] ;
- veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten aan de zijde van [appellant] :  
in eerste aanleg begroot op € 1.682,-- salaris gemachtigde, € 470,-- griffierecht en € 87,31,-- kosten dagvaarding;  
en in hoger beroep begroot op € 6.093,-- salaris advocaat, € 1.684,-- griffierecht en € 99,01 kosten dagvaarding
- verklaart de veroordelingen tot betaling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.P.M. Rousseau, O.G.H. Milar en A. Van Zanten-Baris en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 14 december 2021.

griffier rolraadsheer

**Serie Pensioenactualiteiten Nr. 103**

**Erik Lutjens**

- Hof 's-Hertogenbosch 15 februari, ECLI:NL:GHSHE:2022:469.
- Hoge Raad 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:985.
- Hoge Raad 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:162.
- Rb. Noord-Nederland 12 juli 2022, ECLI:NLRBNNE:2022:2347.
- Hof Den Haag 26 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1317.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus, ECLI:NL:GHARL:2022:7295.
- College van Beroep voor het bedrijfsleven 26 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:458.



# ECLI:NL:GHSHE:2022:469

|                      |                                                                                       |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof 's-Hertogenbosch                                                          |
| Datum uitspraak      | 15-02-2022                                                                            |
| Datum publicatie     | 22-02-2022                                                                            |
| Zaaknummer           | 200.268.048_01                                                                        |
| Rechtsgebieden       | Arbeidsrecht                                                                          |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                          |
| Inhoudsindicatie     | pensioenrecht; informatieverplichting werkgever; kosten in en buiten rechte           |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0221<br>PR-Updates.nl PR-2022-0049<br>PJ 2022/40 |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.268.048/01

### arrest van 15 februari 2022

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellant,  
hierna aan te duiden als [werknemer] ,  
advocaat: mr. J.T. Gommer te Tilburg,

tegen

**Bavaria N.V.**,  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

geïntimeerde,  
hierna aan te duiden als Bavaria,  
advocaat: mr. T. Huijg te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 14 oktober 2019 ingeleide hoger beroep van de tussenvonnissen van 17 november 2016, 18 mei 2017, 1 maart 2018 en 16 augustus 2018 en van het eindvonnis van 18 juli 2019, door de kantonrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch, zittingsplaats Eindhoven, gewezen tussen [werknemer] als eiser en Bavaria als gedaagde.

## **1 Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 5326798 \ CV EXPL 16-9533)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

## **2 Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- het exploit van anticipatie van 16 oktober 2019;
- de memorie van grieven met producties en eiswijziging;
- de memorie van antwoord;
- een akte overlegging producties van Bavaria;
- een antwoordakte van [werknemer] met producties;
- het H16 formulier van 17 augustus 2020 van Bavaria met een brief;
- het H16 formulier van 18 augustus 2020 van [werknemer] ;
- de e-mail van de griffie van het hof van 21 augustus 2020 aan partijen waarin het verzoek van Bavaria om nog een akte te mogen nemen is afgewezen;
- de op 22 december 2021 gehouden mondelinge behandeling waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de voorafgaand aan het pleidooi door mr. Gommer bij brief van 8 december 2021 gestuurde productie 63.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

## **3 De beoordeling**

### *De feiten*

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. [werknemer] , geboren op [datum] 1964, is op 5 december 1990 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Bavaria in de functie van chauffeur voor 40 uur per week. Per 1 november 1997 is hij als gevolg van overgang van onderneming bij Bavaria in dienst gekomen. Vanaf 6 januari 1999 is [werknemer] voor 65-80% arbeidsongeschikt verklaard, per 10 november 2003 voor 80-100% en per 14 april 2006 voor 55-65%. Per 6 november 2006 is de arbeidsovereenkomst gewijzigd in verband met de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van [werknemer] . [werknemer] werd toen assistent incasseerder voor 20 uur per week. In 2014 is die functie komen te vervallen en is [werknemer] vrijgesteld van werkzaamheden onder doorbetaling van het loon. De arbeidsovereenkomst is geëindigd per 1 januari 2019.

3.1.2. Tussen [werknemer] en Bavaria geldt een pensioenovereenkomst. De inhoud van de pensioenovereenkomst is vastgelegd in de brieven van Bavaria van 22 oktober 1997 en 9 november 2006 aan [werknemer] en in de pensioenreglementen van 1999, 2006 (zoals laatstelijk aangepast op 22 juli 2011) en 2014 van de Stichting Pensioenfonds Bavaria (hierna: het pensioenfonds).

3.1.3. Bij brief van 12 september 2014 heeft het pensioenfonds aan [werknemer] medegedeeld dat hij niet als arbeidsongeschikte werknemer maar als parttimer was opgenomen in de pensioenadministratie, waardoor zijn premievrijstelling niet was ingegaan. Het pensioenfonds heeft medegedeeld dit te zullen gaan herstellen, maar dat de berekening enige tijd zal duren, ook omdat het nodig is gegevens bij andere partijen op te vragen. Vervolgens is veel en uitvoerig gecorrespondeerd tussen [werknemer] , Bavaria en het pensioenfonds over de pensioenrechten en pensioenaanspraken van [werknemer] .

*De procedure en de vorderingen in eerste aanleg*

3.2. De procedure bij de kantonrechter is, kort gezegd, verlopen zoals hierna zal worden vermeld. De kantonrechter had (na eisenwijziging) te oordelen over de volgende vorderingen van [werknemer] (samengevat):

I. een verklaring voor recht dat Bavaria wanprestatie pleegt, dan wel onrechtmatig handelt jegens [werknemer] , dan wel zich als slecht werkgever gedraagt, doordat zij heeft nagelaten aan [werknemer] , binnen een redelijke termijn en op diens verzoek, volledig en correct inzicht te verschaffen over zijn pensioenrechten en/of -aanspraken, althans dat Bavaria [werknemer] onjuist heeft geïnformeerd over diens pensioenrechten en/of - aanspraken;

II. benoeming van een deskundige om de pensioenrechten en/of -aanspraken vast te stellen, waaronder de WAO-hiaatuitkering;

III. voor zover uit het deskundigenonderzoek blijkt dat Bavaria is tekortgeschoten in afdracht van premies, veroordeling van Bavaria tot bijstorting;

IV. veroordeling van Bavaria tot betaling van de WAO-hiaatuitkering vanaf 1 maart 2016, te vermeerderen met wettelijke verhoging;

V. veroordeling van Bavaria tot vergoeding van schade als gevolg van het niet ontvangen van arbeidsongeschiktheidspensioen;

VI. veroordeling van Bavaria tot betaling van € 9.892,41 ter zake juridische kosten en € 13.763,45 ter zake van kosten ter vaststelling van het rapport van de partijdeskundige;

VII. veroordeling van Bavaria tot betaling van rente over enig door [werknemer] gemist bedrag;

VIII. veroordeling van Bavaria tot betaling van de proceskosten, waaronder nakosten.

3.2.1. Nadat Bavaria een conclusie van antwoord had ingediend heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 17 november 2016 een comparitie van partijen bepaald. Deze heeft plaatsgevonden op 1 december 2016.

3.2.2. Bij tussenvonnis van 18 mei 2017 heeft de kantonrechter (voor zover in hoger beroep

---

relevant) de volgende beslissingen genomen:

- de verklaring voor recht dat Bavaria wanprestatie pleegt of onrechtmatig jegens [werknemer] handelt dan wel zich als slecht werkgever gedraagt zal worden afgewezen (rov. 4.1);
- de kantonrechter zal een deskundige benoemen om onderzoek te doen naar het ouderdomspensioen en het arbeidsongeschiktheidspensioen en over de vraag of het door het pensioenfonds uitgekeerde arbeidsongeschiktheidspensioen een andere is dan de WIA-hiaatuitkering (rov. 5.1 t/m 5.4.9);
- de kantonrechter zal Bavaria veroordelen tot betaling van premies indien en voor zover blijkt dat en welk bedrag Bavaria moet bijstorten (rov. 6.2);
- de deskundige zal ook worden gevraagd uitleg te geven over de vraag of het door het pensioenfonds uitgekeerde arbeidsongeschiktheidspensioen een ander is dan de WAO-hiaatuitkering (rov. 7.5);
- de vordering met betrekking tot premievrijstelling is onvoldoende duidelijk om hierop te kunnen beslissen (rov. 8.1);
- [werknemer] krijgt de gelegenheid om de vordering ter zake buitengerechtelijke kosten nader te onderbouwen (rov. 9.4);
- voor zover Bavaria zal worden veroordeeld tot betaling van enig bedrag aan [werknemer] , zal de kantonrechter de wettelijke rente daarover toewijzen vanaf de dag der dagvaarding (rov. 10.2).

3.2.3. Nadat partijen in de gelegenheid zijn geweest zich nader uit te laten heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 1 maart 2018 een deskundige benoemd. Nadat de deskundige was begonnen met het onderzoek heeft de deskundige laten weten dat het voorschot niet toereikend was en gevraagd om een aanvullend voorschot. Bij tussenvonnis van 16 augustus 2018 heeft de kantonrechter een aanvullend voorschot vastgesteld en bepaald dat Bavaria het aanvullende voorschot dient te voldoen. Vervolgens heeft de deskundige een concept-rapport opgesteld en laten weten dat de opmerkingen van [werknemer] op het concept zo uitvoerig zijn dat opnieuw een aanvullend voorschot nodig is. Geen van partijen is bereid geweest een aanvullend voorschot te voldoen. De kantonrechter heeft daarop bepaald dat de deskundige het onderzoek moet afsluiten en het rapport moet finaliseren.

3.2.4. Nadat de deskundige het rapport had ingediend hebben partijen de gelegenheid gekregen om daarop te reageren. Bij eindvonnis van 18 juli 2019 heeft de kantonrechter de vorderingen van [werknemer] afgewezen en daartoe de volgende beslissingen genomen:

- het rapport van de deskundige getuigt van een diepgaand onderzoek en beredeneerde uitkomsten en kan daarom worden beschouwd als betrouwbare basis voor beslissingen (rov. 4.3);
- de deskundige heeft, omdat geen aanvullend voorschot meer verstrekt kon worden, niet kunnen ingaan op alles wat door [werknemer] is aangedragen; er zijn geen omstandigheden gebleken die meebrengen dat daarom niet op het rapport kan worden afgegaan (rov. 4.4);
- de kantonrechter acht de veroordeling dat het rapport 'onder de maat is' niet gerechtvaardigd (rov. 8);
- Bavaria hoeft niets bij te storten nu uit het rapport niet blijkt dat daarvoor grond is voor wat betreft het ouderdomspensioen en [werknemer] aan arbeidsongeschiktheidspensioen meer heeft ontvangen dan waarop hij recht had (rov. 11.1 en 11.2);
- er is geen basis voor toewijzing van een vordering ter zake de WAO-hiaatverzekering (rov. 12.4);
- de vordering tot betaling van schadevergoeding wegens het niet ontvangen van arbeidsongeschiktheidspensioen wordt afgewezen omdat de deskundige tot de conclusie is gekomen dat [werknemer] niet te weinig, maar te veel heeft ontvangen (rov. 13);

- er is geen grondslag om Bavaria te veroordelen tot vergoeding van een deel van de buitengerechtelijke kosten (rov. 14);
- de proceskosten worden gecompenseerd, behalve de kosten van de benoemde deskundige, die voor rekening van Bavaria worden gelaten (rov. 15).

*De vorderingen in hoger beroep*

3.3. [werknemer] heeft zijn vorderingen gewijzigd ten opzichte van de eerste aanleg. [werknemer] vordert in hoger beroep (samengevat):

- I. een verklaring voor recht dat Bavaria wanprestatie pleegt, dan wel onrechtmatig handelt doordat zij heeft nagelaten aan [werknemer] , binnen een redelijke termijn en op diens verzoek, volledig en correct inzicht te verschaffen over zijn pensioenrechten en/of -aanspraken, althans dat Bavaria hem onjuist heeft geïnformeerd over zijn pensioenrechten en/of -aanspraken en/of heeft nagelaten binnen redelijke termijn het juiste pensioen te bepalen en -indien en voor zover van toepassing – uit te keren;
- II. een verklaring voor recht dat vanaf 24 november 2017 (inzake het arbeidsongeschiktheidspensioen) en 11 januari 2018 (inzake het ouderdoms- / nabestaandenpensioen en premievrijstelling) doorgevoerde aanpassingen in het pensioen van [werknemer] – welke aanpassingen zijn gebaseerd op het rapport van het Pensioenfonds Bavaria d.d. 20 december 2017 en het rapport van [pensioenadviseur] d.d. 23 oktober 2017 niet wederom door Bavaria ten nadele van [werknemer] aangepast zullen mogen worden;
- III. Bavaria te veroordelen tot betaling van € 9.892,41 ter zake juridische kosten en € 13.763,45 ter zake kosten van het rapport van de partijdeskundige;
- IV. Bavaria te veroordelen tot betaling van de proceskosten;
- V. Bavaria te veroordelen tot volledige vergoeding van alle door hem gemaakte kosten (ad € 147.646,89) en nog te maken kosten, dan wel een door het hof te bepalen bedrag aan schadevergoeding, als gevolg van wanprestatie en/of onrechtmatig handelen en/of slecht werkgeverschap en/of de algehele opstelling van Bavaria in de onderhavige kwestie.

*Een aan de beoordeling van de grieven voorafgaande overweging*

3.4. Zoals hiervoor al is vermeld, heeft de kantonrechter op vordering van [werknemer] een deskundige benoemd. Daartoe zag de kantonrechter aanleiding, omdat in het door [werknemer] overgelegde partij deskundigenrapport (rapport [M] ) niet tot definitieve conclusies werd gekomen en omdat bepaalde punten nog nader onderzocht moesten worden. De kantonrechter heeft gerechtelijk deskundige [L] benoemd die op 15 januari 2019 heeft gerapporteerd. Inmiddels had het bureau [pensioenadviseur] op 23 oktober 2017 in opdracht van Bavaria het arbeidsongeschiktheidspensioen beoordeeld en opnieuw berekend en had het pensioenfonds in een rapport van 20 december 2017 de aanspraken van [werknemer] op ouderdoms-, partner- en wezenpensioen vastgesteld. Gerechtelijk deskundige [L] heeft daarna gerapporteerd (samengevat) dat [werknemer] geen tekort heeft aan pensioenrechten en pensioenaanspraken, maar dat aan hem meer is of zal worden uitgekeerd dan waarop hij recht heeft. De rapporten van [pensioenadviseur] en het pensioenfonds zijn echter gunstiger voor [werknemer] . [werknemer] heeft in dit hoger beroep het standpunt betrokken dat zijn pensioenaanspraken en pensioenrechten moeten worden bepaald conform de rapporten van bureau [pensioenadviseur] en van het pensioenfonds, en dat het rapport van gerechtelijk deskundige [L] onjuist is. Bavaria kan zich daarin vinden. Volgens [werknemer] ontvangt hij inmiddels het arbeidsongeschiktheidspensioen waar hij recht op heeft en zal hij in de toekomst het ouderdomspensioen gaan ontvangen waar hij recht op heeft, een en ander conform de rapporten van [pensioenadviseur] en het pensioenfonds.

*Grief I en grief XVII / vordering I:*

*een verklaring voor recht dat Bavaria wanprestatie pleegt, dan wel onrechtmatig handelt doordat zij heeft nagelaten aan [werknemer] , binnen een redelijke termijn en op diens verzoek, volledig en correct inzicht te verschaffen over zijn pensioenrechten en/of -aanspraken, althans dat Bavaria hem onjuist heeft geïnformeerd over zijn pensioenrechten en/of -aanspraken en/of heeft nagelaten binnen redelijke termijn het juiste pensioen te bepalen en -indien en voor zover van toepassing – uit te keren*

3.5.1. De tekst van vordering I in hoger beroep is enigszins gewijzigd ten opzichte van vordering I in eerste aanleg, maar de vordering komt grotendeels op hetzelfde neer. Volgens [werknemer] had Bavaria hem moeten informeren over zijn pensioenrechten en/of pensioenaanspraken. De kantonrechter heeft die vordering afgewezen en in het tussenvonnis van 18 mei 2017 daarover het volgende overwogen (rov. 4.1):

Op grond van artikel 46 van de Pensioenwet (PW) is het de pensioenuitvoerder, in dit geval het Pensioenfonds, die op verzoek van de deelnemer informatie over, kort gezegd, zijn opgebouwde en te bereiken pensioenaanspraken of pensioenrecht moet verstrekken. De gevorderde verklaring voor recht heeft dus geen betrekking op het tekortschieten van Bavaria in de uitvoering van de met [werknemer] gesloten pensioenovereenkomst, maar ziet op een tekortkoming in de informatieplicht van het Pensioenfonds met betrekking tot de concrete rechten en aanspraken van [werknemer] . Er zijn onvoldoende feiten of omstandigheden aangedragen waaruit volgt dat in de rechtsverhouding tussen [werknemer] en Bavaria laatstgenoemde partij wanprestatie van andere aard heeft gepleegd, zich als slecht werkgever heeft gedragen dan wel onrechtmatig jegens [werknemer] heeft gehandeld. Er bestaat dus geen grond voor het uitspreken van de gevorderde verklaring voor recht.

In zijn toelichting op grief I heeft [werknemer] aangevoerd dat niet alleen het pensioenfonds maar ook Bavaria verantwoordelijk is voor een juiste uitvoering en dat Bavaria heeft erkend dat door haar fouten zijn gemaakt. [werknemer] heeft er verder op gewezen dat Bavaria tijdens de in eerste aanleg gehouden comparitie van partijen ook heeft erkend dat het allemaal veel te lang heeft geduurd, dat het niet goed is gegaan en niet de schoonheidsprijs verdient en dat Bavaria bereid is om de gemaakte fouten te herstellen. Volgens [werknemer] heeft Bavaria in een veel te laat stadium actie ondernomen, namelijk pas toen zij door hem in rechte werd betrokken.

3.5.2. Het hof verwerpt deze grief en zal vordering I afwijzen. Het hof overweegt daartoe het volgende. [werknemer] had twijfels over de vraag of zijn pensioenaanspraken en pensioenrechten op juiste wijze waren vastgesteld. Uit het rapport [M] blijkt dat er met name twijfels waren over:

- de opbouw van het ouderdomspensioen;
- de vraag of er te weinig arbeidsongeschiktheidspensioen was uitgekeerd;
- hoe de door Bavaria uitbetaalde arbeidsongeschiktheidsuitkering (onder de noemer van WAO-gat of WAO-hiaatverzekering uitgekeerd) zich verhiel tot het arbeidsongeschiktheidspensioen waarop volgens het pensioenreglement recht bestond jegens het pensioenfonds.

De procedure in eerste aanleg was dus met name bedoeld om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de aanspraak op ouderdomspensioen goed was vastgesteld en hoe het zat met het betaalde en nog te betalen arbeidsongeschiktheidspensioen.

Het ging kortom om vragen die specifiek zagen op de uitvoering van de pensioenovereenkomst. Het hof is van oordeel dat uit de onderlinge rechtsverhouding tussen Bavaria als werkgever, [werknemer] als werknemer en het pensioenfonds als pensioenuitvoerder, het op de weg van het pensioenfonds lag om tijdig en juiste informatie te verstrekken over de hiervoor bedoelde onderwerpen en dat het de verplichting was van het pensioenfonds om de juiste bedragen aan [werknemer] uit te keren. De vragen van [werknemer] hadden betrekking op de uitvoering. Bavaria was niet in staat om de

betreffende informatie te verstrekken. Het ging er niet om wat partijen waren overeengekomen (relatie Bavaria en [werknemer] ), maar of dat op juiste wijze werd uitgevoerd (door het pensioenfonds). [werknemer] heeft in zijn toelichting op deze grief niet duidelijk gemaakt en niet gespecificeerd welke informatie Bavaria aan hem had moeten verstrekken en op grond waarvan. De verwijzing naar artikel 7:611 BW acht het hof daartoe onvoldoende, omdat de daarin vastgelegde norm van 'goed werkgeverschap' een open norm betreft die ingevuld moet worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Op [werknemer] rust daartoe de stelplicht (en bewijslast). [werknemer] heeft in dit hoger beroep wel veel gesteld (met name over het rapport van [L] ), maar is onvoldoende concreet geweest over de vraag welke specifieke informatie Bavaria hem had moeten verstrekken die niet of onvoldoende door het pensioenfonds werd verstrekt en waarom Bavaria in staat was of moet zijn geweest deze te geven. Het hof merkt in het kader van artikel 7:611 BW ook nog op dat het niet zo is geweest dat Bavaria heeft volstaan met een verwijzing naar het pensioenfonds. Zij heeft uitgezocht wat er was mis gegaan, waartoe zij op grond van goed werkgeverschap gehouden was. Dat betekent echter niet dat Bavaria ook rechtens verplicht was om vervolgens duidelijkheid te geven over de hoogte van de pensioenaanspraken en pensioenrechten van [werknemer] (waarvoor specifieke deskundigheid nodig is). Waarom Bavaria in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap zou hebben gehandeld heeft [werknemer] onvoldoende verduidelijkt.

Anders dan [werknemer] kennelijk meent, kan uit de erkenning van Bavaria 'dat er fouten zijn gemaakt' niet worden afgeleid dat sprake is van een tekortkoming in een informatieverplichting van Bavaria met betrekking tot de pensioenaanspraken en pensioenrechten jegens [werknemer] . De fouten zagen kennelijk op ofwel een onjuiste informatie van Bavaria aan het pensioenfonds ofwel een onjuiste administratie van het pensioenfonds, maar niet op een informatieplicht (en/of betaalverplichting) van Bavaria jegens [werknemer] .

#### *Vordering II*

*een verklaring voor recht dat vanaf 24 november 2017 (inzake het arbeidsongeschiktheidspensioen) en 11 januari 2018 (inzake het ouderdoms-/nabestaandenpensioen en premievrijstelling) doorgevoerde aanpassingen in het pensioen van [werknemer] – welke aanpassingen zijn gebaseerd op het rapport van het Pensioenfonds Bavaria d.d. 20 december 2017 en het rapport van [pensioenadviseur] d.d. 23 oktober 2017 niet wederom door Bavaria ten nadele van [werknemer] aangepast zullen mogen worden*

- 3.6. Bavaria heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht, omdat de rapporten, waarnaar [werknemer] verwijst, de juiste hoogte noemen van hetgeen waarop [werknemer] recht heeft. Bavaria heeft benadrukt dat zij zelf geen wijziging kan aanbrengen ten nadele van [werknemer] , maar dat de pensioenuitvoerder dat wel kan, wanneer wordt besloten tot korting, maar dat dit geen beslissing kan zijn van Bavaria. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft Bavaria op vragen van het hof nogmaals bevestigd dat zij geen bezwaar heeft tegen de gevorderde verklaring voor recht. Het hof zal deze vordering daarom toewijzen. Het hof zal 'wederom' niet in het dictum opnemen omdat niet ervan uitgegaan kan worden dat Bavaria in het verleden iets heeft aangepast ten nadele van [werknemer] . Dat is ook niet toegelicht door [werknemer] .

#### *Grief VI / vordering III*

*een veroordeling tot betaling van € 9.892,41 ter zake juridische kosten en € 13.763,45 ter zake kosten van het rapport van de partijdeskundige*

- 3.7.1. Volgens [werknemer] heeft hij voorafgaand aan de procedure kosten van rechtsbijstand gemaakt tot een bedrag van € 9.892,41. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft hij aangevoerd dat dit bedrag nog moet worden vermeerderd met € 505,02, maar naar

aanleiding van vragen van het hof, heeft hij dat weer ingetrokken. Verder heeft hij op vragen van het hof verklaard dat € 168,75 (te vermeerderen met 6% kantoorkosten en 21% btw) op voornoemd bedrag in mindering kan komen omdat dat bedrag ziet op de tijd die is besteed aan het opstellen van de inleidende dagvaarding. Het hof gaat er daarom vanuit dat € 216,44 op voornoemd bedrag in mindering dient te komen, zodat het gaat om € 9.675,97.

- 3.7.2. Partijen zijn het erover eens dat het gaat om kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 sub c BW. Volgens Bavaria is er geen grond om haar te veroordelen in kosten van rechtsbijstand. Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat van een tekortschieten in een informatieverplichting geen sprake is geweest. Er kan echter ook sprake zijn van een andere tekortkoming. Hoewel [werknemer] niet heel duidelijk is over de grond voor aansprakelijkheid voor buitengerechtigde kosten, staat naar het oordeel van het hof voldoende vast dat voorafgaand aan deze procedure sprake is geweest van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst, die recht geeft op vergoeding van kosten van rechtsbijstand buiten rechte. Daartoe overweegt het hof het volgende.
- 3.7.3. [werknemer] heeft aangevoerd dat de oorzaak van het tekort in de pensioenopbouw en de uitkering van het arbeidsongeschiktheidspensioen is veroorzaakt door een onjuiste informatie-uitwisseling tussen Bavaria en het pensioenfonds. Bavaria heeft dat niet betwist. Zij heeft in eerste aanleg erkend dat sprake is geweest van een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst en in hoger beroep heeft zij erkend dat sprake is geweest van een fout harerzijds. Bavaria heeft niet betwist dat deze tekortkoming haar toegerekend moet worden. Weliswaar heeft zij in hoger beroep de grond voor toewijsbaarheid van buitengerechtigde kosten betwist (onder verwijzing naar andere gestelde tekortkomingen), maar die betwisting is onvoldoende, gelet op hetgeen zij eerder hierover in eerste aanleg heeft aangevoerd en gelet op haar onvoldoende gemotiveerde betwisting in hoger beroep.
- 3.7.4. Het hof is van oordeel dat het redelijk was dat [werknemer] zich van rechtsbijstand voorzag. Bavaria heeft dat niet, althans onvoldoende betwist en het hof acht dat redelijk gelet op de mededeling van het pensioenfonds van 12 september 2014 dat er iets was fout gegaan met het pensioen. Pensioen is een belangrijke en in dit geval ook een ingewikkelde arbeidsvoorwaarde, zodat het hof het redelijk acht dat [werknemer] een advocaat inschakelde. Vervolgens is uitvoerig gecorrespondeerd met Bavaria, zonder dat dit leidde tot duidelijkheid. De problemen zijn uiteindelijk opgelost met de herbeoordeling door bureau [pensioenadviseur] (rapport van 23 oktober 2017) en de herberekening door het pensioenfonds (rapport van 20 december 2017). Het hof acht het redelijk dat (een deel van) de buiten rechte gemaakte kosten van [werknemer] worden vergoed door Bavaria. Het hof is van oordeel dat gelet op de ingewikkeldheid van de zaak en de destijds onduidelijke omvang van het gemiste en nog te missen pensioen, het redelijk is dat de kosten tot het moment van dagvaarden worden vergoed door Bavaria. Die kosten kunnen niet worden beschouwd als kosten ter instructie van de zaak, die geacht worden te zijn ingesloten door de proceskosten, zoals Bavaria heeft aangevoerd. [werknemer] heeft ook daarna nog kosten gemaakt die niet zien op proceskosten. Het hof zal daarop nader ingaan bij de beoordeling van vordering V.
- 3.7.5. Voor wat betreft de vordering ten bedrage van € 13.763,45 heeft [werknemer] aangevoerd dat dit gaat om de kosten voor het opmaken van het rapport [M]. Het hof gaat er vanuit dat deze vordering ziet op kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (artikel 6:96 lid 2 sub b BW). Ook hiervoor geldt dat deze vordering dient te voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets.
- 3.7.6. Het hof is van oordeel dat het redelijk is dat [werknemer] kosten heeft gemaakt en verwijst daarvoor naar hetgeen hiervoor al is overwogen. De omvang van de gemaakte kosten moet ook redelijk zijn (zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, zie rov. 9.4 tussenvonnissen).



van 18 mei 2017). De kantonrechter heeft [werknemer] in de gelegenheid gesteld om bij akte nader te onderbouwen dat de door hem gevorderde kosten de dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan. In zijn daaropvolgende akte heeft [werknemer] geen inzicht gegeven in de tijdsbesteding van de ingeschakelde deskundige. Hij heeft slechts aangevoerd dat het redelijk is om uit te gaan van het binnen de advocatuur geaccepteerde kengetal van één uur per pagina. Hij heeft geen stukken in het geding gebracht waaruit blijkt dat hij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt (behalve de kosten van de actuaris ad € 1.210,-). Ook in hoger beroep heeft [werknemer] geen nader inzicht verstrekt, terwijl Bavaria al in eerste aanleg had aangevoerd dat nergens uit blijkt dat de kosten daadwerkelijk zijn gemaakt. Het hof heeft slechts een betaalbewijs aangetroffen van de kosten van de actuaris die volgens [werknemer] de conclusies van de deskundige heeft doorgerekend. Die kosten komen daarom wel voor vergoeding in aanmerking, maar de door [werknemer] gevorderde kosten voor het opmaken van het rapport niet. Nergens uit blijkt immers dat [werknemer] die kosten feitelijk heeft gemaakt.

#### *Vordering V*

*veroordeling tot volledige vergoeding van alle door hem gemaakte kosten (ad € 147.646,89) en nog te maken kosten en schade als gevolg van wanprestatie en/of onrechtmatig handelen en/of slecht werkgeverschap en/of de algehele opstelling van Bavaria in de onderhavige kwestie*

- 3.8.1. [werknemer] heeft gevorderd dat Bavaria alle advocaatkosten die hij heeft gemaakt, zowel in als buiten rechte, aan hem moet vergoeden. Volgens [werknemer] heeft hij deze schade geleden, omdat hij geen (correct/volledig) inzicht heeft verkregen in zijn pensioenrechten en/of -aanspraken, alsmede zijn WAO-hiaatuitkering, maar bovenal dat hij van Bavaria en/of het pensioenfonds, na gebleken onjuistheden ten aanzien van zijn pensioenrechten- en aanspraken, niet op adequate wijze (en vooral: niet per omgaande dan wel binnen redelijke termijn) wél een juiste pensioenuitkering heeft ontvangen en/of bericht heeft ontvangen dat zijn pensioenaanspraak op juiste wijze zou worden aangepast. Een en ander heeft erin geresulteerd dat hij geen andere keuze had dan Bavaria en het pensioenfonds in rechte te betrekken, aldus [werknemer] .
- 3.8.2. Het hof kan alleen oordelen over de vraag of Bavaria is tekortgeschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst, aangezien het pensioenfonds geen partij is in deze procedure. Om die reden kan een deel van deze vordering niet worden beoordeeld.
- 3.8.3. De vordering van [werknemer] is gebaseerd op de stelling dat Bavaria hem had moeten informeren en de pensioenuitkering had moeten aanpassen. Hiervoor is geoordeeld dat Bavaria is tekortgeschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst door een onjuiste informatie-uitwisseling met het pensioenfonds, maar dat geen sprake is van een tekortkoming van Bavaria in de informatieverstrekking aan [werknemer] . De aanpassing van de hoogte van de pensioenaanspraken en -uitkering is een verantwoordelijkheid van het pensioenfonds, niet van Bavaria. Dat betekent dat er geen feitelijke grondslag is om tot toewijzing van de vordering te komen. Los daarvan ziet het hof ook om andere redenen geen grond om de vordering toe te wijzen. Het hof overweegt daarover het volgende.
- 3.8.4. Een groot deel van de vordering ziet op de advocaatkosten die betrekking hebben op het voeren van procedures tegen Bavaria en het pensioenfonds. De vordering tot vergoeding van alle door [werknemer] in verband met de onderhavige procedure gemaakte kosten, is slechts toewijsbaar in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is pas sprake als het voeren van verweer door Bavaria, gelet op de evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als Bavaria haar verweer

heeft gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan zij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op verweren waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM (vgl. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2360).

Daarvan is in deze procedure geen sprake. Bavaria heeft vanaf aanvang aangegeven dat zij bereid was om fouten te herstellen en de pensioenovereenkomst volledig en correct na te komen. Het pensioenfonds moe(s)t de pensioenrechten en -aanspraken berekenen en uitkeren. Bavaria heeft steeds aangegeven dat zij bereid was een aanvullende koopsom aan het pensioenfonds te voldoen wanneer mocht blijken dat de pensioenopbouw of -betaling niet was conform hetgeen zij met [werknemer] is overeengekomen.

3.8.5. De daadwerkelijk gemaakte proceskosten zijn dus niet toewijsbaar. De vordering ziet op alle daadwerkelijk gemaakte advocaatkosten, zowel in als buiten rechte. [werknemer] heeft geen uitsplitsing gemaakt in kosten die betrekking hebben gehad op het voeren van de procedure en de kosten die geen betrekking hebben op de procedure. Evenmin heeft hij onderscheid gemaakt in de kosten die betrekking hebben op de procedure en de onderhandelingen en besprekingen met Bavaria en die met het pensioenfonds. Zodoende kan het hof niet vaststellen welke kosten buiten rechte eventueel wel voor vergoeding in aanmerking zouden komen, maar los daarvan heeft te gelden dat het hof daarvoor geen grondslag ziet. De tekortkoming van Bavaria had betrekking op onjuiste informatieverstrekking aan het pensioenfonds. Dat is hersteld, zo blijkt uit de brief van het pensioenfonds van 12 september 2014. Zoals hiervoor al is vermeld, heeft Bavaria steeds aangegeven dat zij een aanvullende koopsom zou betalen. Dat kon niet van de een op de andere dag worden gerealiseerd. Daarvoor waren ingewikkelde berekeningen nodig. Dienaangaande gemaakte kosten moeten voldoen aan de hiervoor al genoemde dubbele redelijkheidstoets. Dát kosten zijn gemaakt acht het hof redelijk en de tot aan het moment van dagvaarding gemaakte kosten acht het hof ook redelijk. Of de nadien nog buiten rechte gemaakte kosten redelijk zijn, kan het hof niet beoordelen, omdat niet, althans onvoldoende helder, is aangevoerd welke kosten daarop betrekking hebben en waarom het redelijk was dat ook die kosten voor vergoeding in aanmerking moeten komen.

3.8.6. Bij deze stand van zaken kan de door [werknemer] als productie 63 overgelegde brief waarin hij heeft vermeld dat het bedrag van € 147.646,89 in vordering V moet worden vervangen door € 189.524,85, onbesproken blijven.

*Grief XXVII en grief XXVIII / vordering IV  
de proceskosten*

3.9.1. De kantonrechter heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd, behoudens de kosten van de gerechtelijke deskundige. Bavaria had de voorschotten betaald en de kantonrechter heeft bepaald dat die kosten voor rekening van Bavaria blijven.

Volgens [werknemer] had de kantonrechter de kosten niet mogen compenseren en had Bavaria volledig in de proceskosten moeten worden veroordeeld.

3.9.2. Artikel 237 Rv bepaalt dat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld en dat, indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld, de kosten geheel of gedeeltelijk gecompenseerd kunnen worden. Bavaria is bij het bestreden vonnis niet in het ongelijk gesteld. Weliswaar zal het hof het bestreden vonnis vernietigen, maar slechts een gering deel van de vordering is toewijsbaar. Om die reden acht het hof een compensatie van de proceskosten terecht. Het hof zal de veroordeling van Bavaria in de kosten van de gerechtelijke deskundige in stand laten, omdat [werknemer] niet slechter mag worden van zijn hoger beroep.

### *Resterende grieven*

3.10. Nu met het voorgaande is geoordeeld over de in hoger beroep aan de orde zijnde vorderingen, zal het hof de grieven II tot en met V, VII tot en met XVI, XVIII tot en met XXVI onbesproken laten. Het eventueel slagen van die grieven kan niet tot een toewijzing van de vorderingen leiden. Grief XXIX betreft een zogenaamde veeg grief en heeft naast de overige grieven geen zelfstandige betekenis. Ook die grief kan dus onbesproken blijven.

### *Slotsom*

3.11. Het hof zal het bestreden eindvonnis vernietigen voor zover het betrekking heeft op de afgewezen vordering tot vergoeding van kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte en op kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de vorderingen van [werknemer] in hoger beroep toewijzen zoals hierna in het dictum te vermelden. Aangezien [werknemer] slechts in een beperkte mate in hoger beroep in het gelijk is gesteld, zal het hof de proceskosten van dit hoger beroep tussen partijen compenseren.

## **4 De uitspraak**

Het hof:

vernietigt het bestreden eindvonnis uitsluitend voor zover het betrekking heeft op de afgewezen vordering ter zake van kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte en kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid,

en opnieuw rechtdoende op de gewijzigde vorderingen in hoger beroep:

verklaart voor recht dat vanaf 24 november 2017 (inzake het arbeidsongeschiktheidspensioen) en 11 januari 2018 (inzake het ouderdoms- / nabestaandenpensioen en premievrijstelling) doorgevoerde aanpassingen in het pensioen van [werknemer] – welke aanpassingen zijn gebaseerd op het rapport van het Pensioenfonds Bavaria d.d. 20 december 2017 en het rapport van [pensioenadviseur] d.d. 23 oktober 2017 - niet door Bavaria ten nadele van [werknemer] aangepast zullen mogen worden;

veroordeelt Bavaria tot betaling van € 9.675,97 ter zake kosten van rechtsbijstand en tot betaling van € 1.210,- ter zake kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten van dit hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M. van Ham, M.E. Smorenburg en A.W. Rutten en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 15 februari 2022.

griffier rolraadsheer

# ECLI:NL:HR:2022:985

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Datum uitspraak      | 01-07-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Datum publicatie     | 01-07-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Zaaknummer           | 21/01699                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:2022:163, Gevolgd<br>In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2022:523, Meerdere afhandelingswijzen                                                                                                                                                                                                                                         |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Bijzondere kenmerken | Artikel 81 RO-zaken<br>Cassatie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Inhoudsindicatie     | Art. 81 lid 1 RO. Pensioenrecht. Uitleg overeenkomst; Haviltex. Is werkgever gehouden uit hoofde van clause in arbeidsovereenkomsten dat pensioenregeling werknemers in alle materiële opzichten gelijk dient te zijn aan eerdere pensioenregeling bij voormalige werkgever, om stortingen te blijven doen zodat pensioen steeds geïndexeerd kan worden? |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0758<br>JAR 2022/193 met annotatie van Vermeeren-Keijzers, I.H., Haaren, K.A. van<br>PR-Updates.nl PR-2022-0154<br>RvdW 2022/685                                                                                                                                                                                    |

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 21/01699

**Datum** 1 juli 2022

ARREST

In de zaak van

JABIL CIRCUIT NETHERLANDS B.V.,  
gevestigd te Eindhoven,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,

hierna: Jabil,

advocaat: M.W. Scheltema,

tegen

1. [verweerder 1],  
wonende te [woonplaats],
2. [verweerder 2],  
wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,  
hierna: [verweerder 1] en [verweerder 2],  
advocaat: H.J.W. Alt.

### **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak 3807768 met rolnummer 15/917 van de kantonrechter te Eindhoven van 8 oktober 2015, 4 februari 2016 en 3 augustus 2017;
- b. de arresten in de zaak 200.225.533/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 januari 2020 en 19 januari 2021, aangevuld en verbeterd bij arrest van 22 februari 2022.

Jabil heeft tegen de arresten van het hof van 7 januari 2020 en 19 januari 2021 beroep in cassatie ingesteld. [verweerder 1] en [verweerder 2] hebben (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep en in het deels voorwaardelijke incidentele beroep tot gedeeltelijke vernietiging.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op de conclusie gereageerd.

[verweerder 1] en [verweerder 2] hebben naar aanleiding van het arrest van het hof van 22 februari 2022 onderdeel 2 van het incidentele cassatieberoep ingetrokken. Daarop heeft de Advocaat-Generaal een nadere conclusie genomen, die alleen nog strekt tot verwerping van het principale beroep.

### **2 Beoordeling van het middel in het principale beroep**

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

Het incidentele beroep, voor zover dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling. De onvoorwaardelijke klacht in het incidentele beroep behoeft geen behandeling omdat die is ingetrokken. Nu deze intrekking heeft plaatsgevonden nadat Jabil in het incidentele beroep een verweerschrift en een schriftelijke toelichting heeft ingediend, bestaat er wel aanleiding voor een proceskostenveroordeling in het incidentele beroep.

### **3 Beslissing**

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Jabil in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder 1] en [verweerder 2] begroot op € 421,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Jabil deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

*in het incidentele beroep:*

- veroordeelt [verweerder 1] en [verweerder 2] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Jabil begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerder 1] en [verweerder 2] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Dit arrest is gewezen door de president G. de Groot als voorzitter en de raadsheren H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer H.M. Wattendorff op 1 juli 2022.

# ECLI:NL:HR:2022:162

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Datum uitspraak      | 11-02-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Datum publicatie     | 11-02-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Zaaknummer           | 20/01430                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:737, Gevolgd<br>In cassatie op : ECLI:NL:GHDHA:2020:25, Bekrachtiging/bevestiging                                                                                                                                                                                         |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Inhoudsindicatie     | Pensioenrecht. Pensioen tot 2001 ondergebracht bij verzekeraar. Na onderbrenging bij andere uitvoerder wordt indexatieregeling gewijzigd. Kon hof voormalige verzekeraar veroordelen tot nakoming oude indexatieregeling t.a.v. tot 2001 opgebouwd pensioen? Motivering verwerping verjaringsverweer. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0164<br>NJB 2022/465<br>RvdW 2022/215<br>NJ 2022/76<br>PJ 2022/16 met annotatie van E. Luttjens<br>PR-Updates.nl PR-2022-0050<br>JIN 2022/61 met annotatie van Donner-Broersma, W.C.M.                                                                           |

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 20/01430

**Datum** 11 februari 2022

ARREST

In de zaak van

ASR LEVENSVZERZEKERING N.V.,  
gevestigd te Utrecht,  
EISERES tot cassatie,  
hierna: ASR,  
advocaat: M.E. Bruning,



tegen

[verweerder],  
wonende te [woonplaats],  
VERWEERDER in cassatie,  
hierna: [verweerder],  
niet verschenen.

## **1. Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak 5951652 \ CV EXPL 17-15544 van de kantonrechter te Rotterdam van 5 januari 2018;
- b. het arrest in de zaak 200.237.496/01 van het gerechtshof Den Haag van 21 januari 2020.

ASR heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

De zaak is voor ASR toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van ASR heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## **2 Uitgangspunten en feiten**

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder] is op 1 november 1987 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Allianz Global Corporate & Specialty SE (hierna: Allianz). Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het verzekeringsbedrijf Binnendienst van toepassing (hierna: de cao). [verweerder] is aan de cao gebonden door een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst. De cao bepaalt op welk pensioen [verweerder] tegenover Allianz aanspraak heeft.

(ii) Voor de dekking van de pensioentoezegging had Allianz een collectieve pensioenverzekeringsovereenkomst gesloten met AMEV Levensverzekering N.V., de rechtsvoorgangster van ASR (hierna gezamenlijk ook: ASR), op basis van een zogenoemde gemitigeerde eindloonregeling.

(iii) In art. 16 AMEV-pensioenreglement (hierna: pensioenreglement) is een regeling opgenomen voor de indexering van de opgebouwde pensioenen na de beëindiging van het deelnemerschap.

(iv) Met ingang van 1 januari 2001 heeft Allianz de pensioenovereenkomst van [verweerder] ondergebracht bij Stichting Pensioenfonds Allianz Nederland (hierna: SPAN).

(v) [verweerder] heeft niet ingestemd met overdracht van de waarde van zijn tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken aan SPAN.

(vi) Met ingang van 2013 is de cao gewijzigd in die zin dat het recht op indexering is omgezet naar een voorwaardelijk recht op basis van zogenoemde overrente.

(vii) SPAN heeft de bij ASR opgebouwde pensioenaanspraken van [verweerder] tot 1 januari 2013 geïndexeerd volgens de maatstaf van art. 16 pensioenreglement.

2.2 [verweerder] heeft – voor zover in cassatie van belang – een verklaring voor recht gevorderd dat de bij ASR opgebouwde pensioenaanspraken vanaf januari 2001 geïndexeerd moeten worden op grond van art. 16 pensioenreglement. Verder heeft hij veroordeling van Allianz en ASR gevorderd tot nakoming van, wat betreft Allianz de pensioenovereenkomst, en wat betreft ASR het pensioenreglement, in die zin dat de door [verweerder] tot 1 januari 2001 opgebouwde

pensioenaanspraken bij ASR op grond van art. 16 pensioenreglement vanaf 1 januari 2001 onvoorwaardelijk zullen worden geïndexeerd.

- 2.3 De kantonrechter heeft het door Allianz gevoerde verjaringsverweer verworpen en daartoe het volgende overwogen (rov. 5.1):

“In ieder geval is onbetwist gesteld dat [verweerder] pas sinds 2013 bekend is met het feit dat er niet meer onvoorwaardelijk (op grond van het AMEV pensioenreglement) wordt geïndexeerd ten aanzien van zijn tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken. Gelet op het feit dat er tot januari 2013 volledige indexatie heeft plaatsgevonden, bestaat er tot dat moment geen nadeel voor [verweerder] en derhalve ook geen vordering tot nakoming. Dat betekent dat de verjaringstermijn op grond van artikel 3:307 BW van vijftien eerst kan zijn gaan lopen vanaf dat moment. Dat betekent dat de door [verweerder] in deze procedure ingestelde vordering jegens [Allianz] niet is verjaard.”

Vervolgens heeft de kantonrechter de vorderingen van [verweerder] afgewezen op de grond dat [verweerder] geen gewezen deelnemer is in de zin van art. 16 pensioenreglement.<sup>1</sup>

- 2.4 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd en voor recht verklaard dat de door [verweerder] opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR vanaf 1 januari 2013 geïndexeerd moeten worden krachtens de maatstaf van art. 16 pensioenreglement.<sup>2</sup> Verder heeft het hof Allianz en ASR veroordeeld tot nakoming van de pensioenovereenkomst, in die zin dat de door [verweerder] tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken bij ASR, krachtens de maatstaf van art. 16 pensioenreglement, vanaf 1 januari 2013 onvoorwaardelijk zullen worden geïndexeerd. Allianz is veroordeeld tot financiering van deze indexatie.

Het hof heeft daartoe samengevat het volgende overwogen.

De kantonrechter heeft op juiste gronden beslist dat de door [verweerder] ingestelde vorderingen niet zijn verjaard. Het hof neemt het oordeel van de kantonrechter op dit punt over en maakt dit tot het zijne. (rov. 4)

[verweerder] is geen gewezen deelnemer in de zin van art. 16 pensioenreglement. (rov. 9)

[verweerder] heeft (subsidiar) aangevoerd dat de wijziging van de pensioenovereenkomst – van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke indexatie – in strijd is met art. 20 Pensioenwet (hierna ook: Pw). (rov. 12 en 13) Het verweer dat de Pensioenwet op de wijziging niet van toepassing is gaat niet op, omdat de indexatie op grond van de wijziging in de cao met ingang van 1 januari 2013 is gewijzigd en de Pensioenwet gold ten tijde van die wijziging. (rov. 14)

Een onvoorwaardelijk recht op indexatie kan ingevolge art. 20 Pw niet zonder instemming van de werknemer worden gewijzigd in een voorwaardelijk recht op indexatie. (rov. 16)

Uit art. 1 Pw blijkt dat tot opgebouwde aanspraken of rechten mede behoort de voortzetting van onvoorwaardelijke indexatie daarover/daarvan. (rov. 17)

De bepalingen in de verzekeringsovereenkomst tussen ASR en Allianz kunnen niet aan [verweerder] worden tegengeworpen, omdat hij geen partij is bij deze overeenkomst. Dat door Allianz geen premie voor indexatie is betaald, maar dat de indexatie wordt gefinancierd uit de overrente die Allianz van ASR ontvangt, kan evenmin aan [verweerder] worden tegengeworpen. (rov. 20)

De pensioenovereenkomst is niet rechtsgeldig gewijzigd, zodat de door [verweerder] bij ASR opgebouwde pensioenaanspraken moeten worden geïndexeerd krachtens de indexatiemaatstaf van art. 16 pensioenreglement. (rov. 21)

### **3 Beoordeling van het middel**

- 3.1 Het middel klaagt onder meer dat het hof ASR heeft veroordeeld tot nakoming van de pensioenovereenkomst tussen Allianz en [verweerder], waarbij ASR geen partij is, in de vorm van onvoorwaardelijke indexering van de tot 2001 opgebouwde pensioenaanspraken volgens het pensioenreglement, terwijl de rechtsverhouding tussen ASR en [verweerder] alleen wordt beheerst door de verzekeringsovereenkomst tussen ASR en Allianz, die is beëindigd onder de Pensioen- en spaarfondsenwet. De aanspraak op indexering na 2001 is niet door Allianz bij ASR verzekerd en zij heeft hiervoor geen premie ontvangen, aldus de klacht.
- 3.2 Bij werknemerspensioenen moeten worden onderscheiden de rechtsverhoudingen tussen (i) werkgever en werknemer (de pensioentoezegging), (ii) werkgever en pensioenverzekeraar of -fonds (ter uitvoering van de pensioentoezegging) en (iii) werknemer en pensioenverzekeraar of -fonds (om de aanspraak van de werknemer te bepalen). In deze zaak gaat het in cassatie om de rechtsverhouding tussen ASR als pensioenverzekeraar en [verweerder] als werknemer. [verweerder] heeft de rechten uit de verzekeringsovereenkomst aanvaard en geldt daardoor als partij bij de tussen Allianz en ASR gesloten overeenkomst (art. 6:254 lid 1 BW).
- 3.3 Het hof heeft ASR op dezelfde voet als Allianz veroordeeld tot nakoming van de tussen Allianz en [verweerder] geldende pensioenovereenkomst. De vordering van [verweerder] op ASR betreft echter een andere rechtsverhouding dan de vordering van [verweerder] op Allianz (zie hiervoor in 3.2). In het licht van de hiervoor in 3.1 weergegeven stellingen heeft het hof onvoldoende inzichtelijk gemaakt of een grondslag aanwezig is voor de gehoudenheid van ASR tot indexering van de tot 1 januari 2001 opgebouwde pensioenaanspraken, en zo ja welke. Het middel slaagt in zoverre.
- 3.4 Het middel klaagt verder terecht dat het hof het beroep van ASR op verjaring van de vordering van [verweerder] niet of niet toereikend gemotiveerd heeft verworpen.
- Het hof heeft het verjaringsverweer van ASR verworpen door te verwijzen naar het oordeel van de kantonrechter dat de vorderingen van [verweerder] niet zijn verjaard, en dit oordeel tot het zijne te maken. De kantonrechter heeft (in rov. 5.1) evenwel alleen het verjaringsverweer van Allianz beoordeeld en verworpen. De vordering van [verweerder] op ASR betreft een andere rechtsverhouding dan de vordering van [verweerder] op Allianz (zie hiervoor in 3.2). Mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen, kon het hof wat betreft het door ASR gevoerde verjaringsverweer dan ook niet volstaan met de verwijzing naar het oordeel van de kantonrechter over het verjaringsverweer van Allianz. Ook in zoverre slaagt het middel.
- 3.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 januari 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ASR begroot op € 997,27 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de president G. de Groot als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer H.M. Wattendorff op 11 februari 2022.

---

<sup>1</sup> Rechtbank Rotterdam 5 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:121.

<sup>2</sup> Gerechtshof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:25.

---

# ECLI:NL:RBNNE:2022:2347

|                      |                                                                                      |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Noord-Nederland                                                            |
| Datum uitspraak      | 12-07-2022                                                                           |
| Datum publicatie     | 30-08-2022                                                                           |
| Zaaknummer           | KL 9532405 \ CV EXPL 21-6669 (E)                                                     |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                          |
| Bijzondere kenmerken | Proceskostenveroordeling<br>Op tegenspraak                                           |
| Inhoudsindicatie     | Vervroegd pensioen<br><br>beoogde deelneming RVU-regeling<br><br>Goed werkgeverschap |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0970                                            |

## Uitspraak

### RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Civil recht  
Kantonrechter

zittingsplaats Leeuwarden

Zaaknummer: 9532405 \ CV EXPL 21-6669

### Vonnis van 12 juli 2022

in de zaak van

**[A]** ,  
te [woonplaats] ,  
eiser,  
hierna te noemen: [A]  
gemachtigde mr. D. Talsma,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**PHILIPS CONSUMER LIFESTYLE B.V.,**

te Eindhoven,

gedaagde,

hierna te noemen: Philips,

gemachtigde mr. M.C.W. de Beer.

## **1 De procedure**

1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 25 januari 2022
- de mondelinge behandeling van 13 mei 2022
- het bericht van mr. Talsma van 30 mei 2022 met verzoek om vonnis onder de mededeling dat partijen geen overeenstemming over een oplossing in der minne hebben kunnen bereiken
- het bericht van mr. De Beer van 1 juni 2022 met verzoek om vonnis onder de mededeling dat partijen geen overeenstemming over een oplossing in der minne hebben kunnen bereiken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. De kantonrechter gaat uit van de volgende, voor de beoordeling van het geschil van belang zijnde feiten. [A] is geboren op [datum] 1956 . Hij is per [datum] 1973 bij Philips in dienst getreden en hij is tot zijn uitdiensttreding per 1 augustus 2021 bij Philips in dienst gebleven.

2.2. [A] lijdt aan de [a] en hij heeft zich in verband hiermee per [datum] 2019 volledig ziek gemeld.

2.3. Op 10 november 2020 heeft [A] het navolgende Whatsappbericht aan zijn toenmalig leidinggevende, de heer [B] (hierna: [B] ), gestuurd:

*"Dag [B] , gezien mijn fysieke klachten aanhouden zie ik mij niet op korte termijn terugkeren in het werkproces. Ik ben voor mezelf aan het onderzoeken of het mogelijk is eerder met pensioen te gaan. Mijn vraag is of het bedrijf ook iets voor mij kan betekenen met het tijdelijke versoepeling RVU [kantonrechter: een regeling voor vervroegde uitdiensttreding] heffing."*

Na een ontvangstbevestiging op 10 november 2020 heeft [B] op 19 november 2020 als volgt geantwoord:

*"Volgens [c] van Hr [kantonrechter: bedoeld is [c] , HR-manager bij Philips (hierna: [c] )] is het nog niet zeker of Philips van die regeling gebruik gaat maken als ze dat wel doen kom jij zeker in aanmerking*

*hiervoor. [D] [kantonrechter: Philipsmedewerker [D] ] heeft je weer aangemeld voor een gesprek met de pensioencoach."*

Er heeft hierna een gesprek tussen [A] en de pensioencoach plaatsgevonden.

- 2.4. Op 13 januari 2021 heeft [A] opnieuw een Whatsappbericht naar [B] gestuurd met de volgende inhoud:

*" [B] gezien de [a] klachten aanblijven heb ik besloten per 1-08-2021 gebruik te maken om vervroegd te stoppen met werken en gebruik te maken van mijn pensioen. Wil jij dit aan HR doorgeven."*

[B] heeft hierop gereageerd met de mededeling dat hij dit aan personeelszaken zal doorgeven. Bij Whatsapp van 22 februari 2021 heeft [B] aan [A] gevraagd of hij eerst zijn vakantiedagen opmaakt en of hij zichzelf eerst beter meldt. [A] heeft daarop gereageerd met de mededeling dat dat goed is en hij de dagen toch niet kan meenemen.

- 2.5. De CAO bij Philips liep tot 1 november 2020. Tussen Philips en de vakbonden waren gesprekken over een nieuwe CAO gaande. In februari 2021 is er een stuk gepubliceerd, naar de kantonrechter heeft begrepen afkomstig van de vakbonden, met de navolgende inhoud, voor zover voor deze zaak van belang:

*"CAO Philips*

*Philips Electronics Nederland BV en de vakorganisaties FNV, CNV Vakmensen, VHP2 en De Unie hebben op 11 februari 2021 de onderhandelingen voor een nieuwe CAO afgerond met de volgende uitkomst.*

*(...)*

#### *4. Vroeg pensionering*

*Medewerkers in specifieke functies in de fabrieksorganisatie en medewerkers die onregelmatige werktijd hebben, zoals bijvoorbeeld Field Service Engineers en beveiligingsmedewerkers, die vallen in vakgroep 10 t/m 50, kunnen maximaal drie jaar voor het bereiken van de AOW-leeftijd stoppen met werken. Zij ontvangen dan een uitkering die netto gelijk is aan de netto AOW-uitkering. (...)*

*Bij deze regeling gelden de volgende spelregels*

- Start van de regeling is 1 januari 2021 en deze eindigt op de wettelijk vastgestelde einddatum, zijnde 31 december 2025*
- De medewerker kan de regeling maximaal 3 jaar voor de AOW datum laten starten, waarbij uitbetaling van het bedrag ineens plaatsvindt (€ 21.204 bruto per jaar (2020), naar rato van het aantal jaren waarvoor gekozen wordt)*
- De medewerker dient 6 maanden voorafgaand aan de gewenste ingangsdatum aan te geven gebruik te willen maken van de regeling, zodat het tijdstip van ingang in overleg tijdig te plannen is.*
- De medewerker dient op de ingangsdatum in dienst te zijn bij Philips en er dient geen sprake te zijn van langdurige ziekte.*

*(...)"*

- 2.6. Bij brief van 19 april 2021 heeft Philips [A] een 'verklaring keuze pensioendatum' toegezonden met het verzoek deze ondertekend te retourneren. In de verklaring is - kortgezegd - vermeld dat [A] er voor kiest om met ingang van 1 augustus 2021 volledig met pensioen te gaan.

- 2.7. [A] heeft op 21 april 2021 het volgende Whatsappbericht naar [B] gestuurd:

*" [B] voor dat ik de bevestiging teken voor mijn pensioen datum wil ik weten wat ik financieel overhoud. De pensioencoach heeft dit uitgerekend maar dat is een berekening met keuzes in de overzicht pensioen die nog ingediend moeten worden. Tevens hoor ik niks van de rvu regeling (zie bericht do 19nov).*

[B] heeft deze vraag doorgespeeld naar [c] die hem op 23 april 2021 heeft bericht:

*"Voor financieel advies moet hij echt naar de pensioencoach, daar kan een afspraak voor gemaakt worden via [E] .*

*De RVU regeling is momenteel nog geen sprake van, omdat er nog geen CAO akkoord is hieromtrent. (...)"*

[B] heeft dit bericht doorgestuurd naar [A] en [A] heeft de hiervoor genoemde verklaring keuze pensioendatum op 24 april 2021 ondertekend.

2.8. Bij Whatsappbericht van 26 mei 2021 bericht [A] aan [B] dat hij van de medische dienst de vraag heeft gekregen wanneer hij zich beter meldt. [A] geeft daarbij aan [B] aan dat dit afhangt van de vrije dagen die hij opneemt en hij vraagt [B] om deze voor hem uit te rekenen. [B] reageert daar op met de mededeling dat [A] nog van hem zal horen.

2.9. Op 28 mei 2021 heeft [A] kennis genomen van een mededeling op het intranet van Philips met als kop: "Vroeg pensionering vanaf januari 2022".

In deze mededeling staat onder meer:

*"Medewerkers in specifieke functies kunnen maximaal drie jaar voor het bereiken van de AOW-leeftijd stoppen met werken. (...)*

*Zij kunnen een verzoek om gebruik te maken van deze regeling 6 maanden vooraf indienen. De eerste uitkeringen kunnen vanaf januari 2022 worden gehonoreerd. Voor medewerkers die al vanaf januari 2022 gebruik kunnen en willen maken van de regeling zal een kortere aanvraagtermijn gelden (...)"*

2.10. Artikel 4.4.1 van de nieuwe CAO luidt:

*"Ben jij op 1 juli 2021 in dienst bij Philips en werk jij in de vakgroepen 10 tot en met 50 en staat jouw functieprofiel in combinatie met jouw Supervisory Organisatie vermeld in*

*Bijlage I van deze cao, dan kan jij maximaal drie jaar voor het bereiken van jouw AOW-leeftijd stoppen met werken. Jij ontvangt dan een maandelijkse uitkering ter hoogte van de AOW-uitkering.*

*Deze regeling start op 1 juli 2021 en eindigt op de wettelijk vastgestelde einddatum van*

*31 december 2025. Jij kunt 6 maanden voor de gewenste ingangsdatum aangeven dat je gebruik wil maken van deze regeling mits je niet langdurig arbeidsongeschikt bent. Samen met Philips maak je afspraken over de ingangsdatum."*

2.11. [A] heeft naar aanleiding van de mededeling op het intranet op 28 mei 2021 aan [B] gevraagd wat dit voor hem betekent en of hij misschien per 1 januari 2022 met pensioen moet gaan. Op 20 juni 2021 bericht [c] [A] dat zij de dag hierna over de details van de bedoelde regeling zal worden geïnformeerd, alsmede dat daarna de medewerkers die onder de regeling vallen zullen worden geïnformeerd tijdens een te houden voorlichtingsbijeenkomst. Deze bijeenkomst heeft op 30 juni 2021 plaatsgevonden en [A] is daarbij na uitnodiging van [B] aanwezig geweest. Na deze bijeenkomst heeft [A] op 30 juni 2021 aan Whatsapp naar [B] gestuurd met - voor zover van belang - de volgende inhoud:

*"(...) Het was algemene info, voor mij betekent het om samen met mijn leidinggevende naar mijn situatie te kijken. Ik heb vanaf nov. 2020 al aangegeven bij jou dat ik gebruik wil maken hiervan. Nu is het voor mij nog niet duidelijk hoe e.e.a. voor mij geregeld is. Per 1 aug. heb ik pensioen aangevraagd en [c] van HR gevraagd deze datum naar 1 Jan. 2022 te zetten ivm deze regeling maar heb tot nu toe geen terugkoppeling gehad. Ik weet nu nog steeds niet waar ik aan toe ben. (...)"*

[B] heeft hierop gereageerd met de mededeling dat voor [A] een afspraak zal worden gemaakt



met hem, [c] , een medewerkster van ziekteverzuim en een nieuwe manager.

- 2.12. Op 8 juli 2021 ontving [A] via zijn medewerkersportaal een door [c] ondertekende brief van Philips - in de aanhef naar de kantonrechter begrijpt per abuis gedateerd 7 juni 2021 in plaats van 7 juli 2021 - met de volgende inhoud:

*"2023 betreft jouw AOW-jaar, nu is het zo dat jij reeds jouw pensioendatum hebt vastgelegd op 1 augustus van dit jaar (2021).*

*Daarnaast ben je op dit moment volledig ziekgemeld, met ingang van 20-10-2019.*

*omwille van bovenstaande twee factoren, ook onafhankelijk van elkaar, is het niet mogelijk om gebruik te maken van de Regeling Vervroegd Uitdienst (RVU).*

*Het is namelijk niet mogelijk om jouw pensioendatum te wijzigen, zonder zwaarwegend bedrijfsbelang, daarnaast is deelname aan de RVU bij langdurige ziekte niet mogelijk, ook niet als er (nog) geen sprake is van (gedeeltelijke) WIA/WGA. (...)"*

- 2.13. Hierna heeft op 22 juli 2021 nog een gesprek plaatsgevonden tussen [A] , [c] en een personeelsmanager. [A] is niet meer voor de RVU-regeling in aanmerking gekomen, ook niet nadat zijn gemachtigde Philips hierover namens hem heeft aangeschreven.

### **3 Het geschil**

- 3.1. [A] vordert, bij vonnis zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Primair te verklaren voor recht dat de Regeling Vervroegd Uittreden van Philips van toepassing is op [A] , althans subsidiair te verklaren voor recht dat Philips aansprakelijk is voor de door [A] als gevolg van schending van de zorgplicht als werkgever geleden en nog te lijden schade van [A] , althans meer subsidiair te verklaren voor recht dat Philips gehouden is het nadeel voor [A] ten gevolge van dwaling te compenseren;

II. Philips te veroordelen tot betaling aan [A] van:

a. € 5.541,00 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 16 september 2021 en de wettelijke verhoging;

( b) € 1.847,00 bruto per maand met ingang van 1 november 2021 tot en met 30 juni 2023, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf opeisbaarheid en de wettelijke verhoging;

III. Philips te veroordelen in de kosten van de procedure, waaronder het salaris van de gemachtigde.

- 3.2. Philips voert verweer.

- 3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna worden ingegaan, voor zover zij voor de beoordeling van de vorderingen van belang zijn.

### **4 De beoordeling**

- 4.1. De kantonrechter oordeelt als volgt. De inzet van [A] in deze procedure is om alsnog aanspraak te (kunnen) maken op deelname aan de regeling tot vervroegd uittreden (hierna aan te duiden als de RVU-regeling) die op grond van de huidige CAO momenteel bij Philips van kracht is, dan wel een vergoeding te ontvangen gelijk aan het bedrag dat hij zou hebben ontvangen indien hij aan de RVU-regeling zou hebben deelgenomen tot aan het moment waarop zijn AOW-uitkering begint, 1

juli 2023. Tussen partijen is daarbij niet in geschil dat [A] een functie uitoefende waarop de RVU-regeling van toepassing is, zodat daarin geen beletsel voor toepassing van deze regeling is gelegen.

4.2. In artikel 4.4.1 van de CAO (weergegeven bij 2.10 hiervoor) staan de voorwaarden die gelden om voor deelneming aan de RVU-regeling in aanmerking te komen. Op grond van de feiten zoals die zich in het geval van [A] voordoen kan de conclusie niet anders zijn dan dat hij niet voldoet aan deze voorwaarden omdat de einddatum van zijn dienstverband al was vastgelegd vóór 1 januari 2022 en hij langdurig arbeidsongeschikt was. In die zin heeft Philips zich in de brief van 7 juli 2021 (2.12 hiervoor) terecht op dit standpunt gesteld. Dit brengt mee dat zijn vordering die er toe strekt om te verklaren dat de RVU-regeling op hem van toepassing is niet toewijsbaar is.

4.3. [A] vordert echter verder dat hij, zo 'vertaalt' de kantonrechter het, in een positie wordt gebracht die gelijk is aan de situatie dat de RVU-regeling wel zou zijn toegepast en hij beroept zich hierbij op goed werkgeverschap. Volgens [A] had van Philips mogen worden verwacht dat zij hem goed had voorgelicht en geadviseerd en hem had moeten adviseren om gelet op de op handen zijnde regeling nog te wachten met het tekenen van de verklaring keuze pensioendatum.

Als [A] had geweten dat hij niet door de RVU-regeling in aanmerking kwam zou hij deze verklaring, zo stelt hij, niet hebben getekend.

Philips heeft daartegen - kortgezegd - aangevoerd dat het verwijt van [A] niet terecht is. Zij heeft [A] steeds geïnformeerd op basis van wat bij haar op de betreffende momenten bekend was en daarnaast de pensioencoach ter beschikking van [A] gesteld. De uitkomst van de CAO-onderhandelingen was ongewis en [A] wist dat, maar hij heeft die uitkomst niet willen afwachten. Als [A] dat wel had willen doen had het re-integratietraject voortgezet moeten worden, maar dat wilde hij niet.

4.4. De kantonrechter leidt uit de stellingen van partijen af dat de mogelijkheid van het van kracht worden van de RVU-regeling in een of andere vorm al in het najaar van 2020 bekend was. In zijn Whatsappbericht van 10 november 2020 (2.3. hiervoor) wijst [A] daar althans op. Dit bericht kan naar het oordeel van de kantonrechter ook niet anders worden begrepen dan een vraag van [A] of hij voor die regeling in aanmerking zou kunnen komen. De kantonrechter is verder van oordeel dat het aannemelijk is dat de reactie van [B] van 19 november 2020 (2.4. hiervoor) bij [A] verwachtingen heeft gewekt.

[A] heeft ter zitting verklaard dat tijdens het daaropvolgende gesprek met de pensioencoach de RVU-regeling niet is besproken omdat die regeling er niet was en de coach ook niet wist of die regeling er zou komen. De kantonrechter zal daarvan uitgaan.

4.5. [A] heeft vervolgens op 13 januari 2021 onder de omstandigheden zoals die toen voorlagen aangegeven per 1 augustus 2021 met vervroegd pensioen te willen gaan, zonder dat hij daarbij de RVU-regeling nog ter sprake heeft gebracht. Kennelijk in februari 2021 is - door de vakbonden - de eerste, meer concrete informatie over de RVU-regeling naar buiten gebracht (2.5. hiervoor). Deze informatie blijkt gelet op de definitieve regeling overigens niet geheel juist, nu er bijvoorbeeld een andere ingangsdatum (1 januari 2021) wordt genoemd dan in de uiteindelijke regeling is opgenomen. Hoe dan ook, naar het oordeel van de kantonrechter blijkt hieruit wel dat vanuit de CAO-onderhandelingen informatie naar buiten is gekomen over het feit dat er een RVU-regeling aanstaande was, alsmede dat daarbij bepaalde, genoemde voorwaarden zouden gaan gelden. [A] heeft ter zitting verklaard dat hij in februari 2021 van dit bericht kennis heeft genomen.

4.6. Nadat hij de verklaring keuze pensioendatum had ontvangen heeft [A] (opnieuw) aan Keuning over de RVU-regeling gevraagd (2.7 hiervoor). Ondanks de aan hem doorgestuurde reactie van [c] aan [B] waarin staat vermeld dat er nog geen RVU-regeling is, heeft [A] vervolgens de verklaring getekend, zonder voorwaarden te stellen ten aanzien van mogelijke aanspraken op grond van de RVU-regeling. Ter zitting heeft [A] daarover verklaard dat hij dit in vertrouwen dat het wel goed zou komen heeft gedaan, waaraan hij heeft toegevoegd dat er samenspraak was geweest dat hij

voor de RVU-regeling in aanmerking zou komen.

- 4.7. Strikt genomen heeft [A] door de verklaring keuze pensioendatum zonder voorbehoud ten aanzien van mogelijke aanspraken op de RVU-regeling te ondertekenen deze mogelijke aanspraken prijsgegeven en kan hij op een of andere wijze dan ook geen aanspraken aan die regeling meer ontlenen. Echter wordt naar het oordeel van de kantonrechter bij die conclusie de rol van Philips tegen de achtergrond van dit geval ten onrechte genegeerd.
- 4.8. Daartoe overweegt de kantonrechter dat [A] al in zijn eerste mededeling van 10 november 2020 met betrekking tot het voortijdig beëindigen van het dienstverband met Philips heeft gewezen op mogelijke aanspraken op de RVU-regeling, zodat zijn wens om hiervoor in aanmerking te komen bij Philips bekend was. In zijn Whatsappbericht van 21 april 2021 heeft hij hier opnieuw op gewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter had Philips er gelet op deze herhaalde mededeling bedacht op moeten zijn dat de mogelijkheid tot deelname aan de RVU-regeling voor [A] een factor van belang was en had zij daarmee rekening moeten houden. Dat, zoals door Philips is aangevoerd, de CAO pas op 28 mei 2021 bekend is gemaakt en zij eerder niet wist dat de regeling er zou komen en hoe die zou luiden maakt dit niet anders. Uit de informatie die al in februari 2021 naar buiten is gebracht kan worden afgeleid dat de RVU-regeling er (hoogstwaarschijnlijk) zou gaan komen, waarbij de voorwaarden die daarvoor dan zouden gaan gelden bekend zijn gemaakt.
- De kantonrechter acht het hoogst onwaarschijnlijk dat (de afdeling personeelszaken van) Philips volledig onkundig van deze publiekelijk verspreide informatie is gebleven, ook indien ervan wordt uitgegaan dat de bij de onderhandelingen betrokken vertegenwoordigers namens Philips daarover intern geen mededelingen deden.
- 4.9. De weerlegging van Philips dat de wil van [A] er op gericht was om vervroegd met pensioen te gaan en hij om die reden geen aanspraken kan doen gelden kan naar het oordeel van de kantonrechter niet slagen omdat, zo blijkt uit de Whatsappberichten van [A] van 10 november 2020 en 13 januari 2021, zijn wil niet zozeer was gericht op vervroegde pensionering als zodanig, maar op het beëindigen van de in zijn ogen uitzichtloze situatie als gevolg van zijn medische problematiek, waarbij vervroegde pensionering hem kennelijk een uitweg leek. [A] heeft in verband hiermee nog nader toegelicht dat met name het werken in ploegendiensten hem te zwaar viel.
- 4.10. Onder de hiervoor genoemde omstandigheden had het, in ieder geval na de Whatsapp van [A] van 21 april 2021 maar eigenlijk al na diens eerste Whatsappbericht van 10 november 2020, op de weg van Philips gelegen om met [A] in gesprek te gaan om op zorgvuldige wijze te bezien of het raadzaam was om op vervroegde pensionering aan te sturen of daarmee te wachten en andere mogelijkheden te verkennen. Het is in feite gebleven bij korte reacties op de Whatsappberichten van [A] en het verwijzen naar de pensioencoach en van een verdergaande, serieuze verdieping in de situatie van [A] is niet gebleken. Dat is in dit geval te weinig.
- Philips heeft nog aangevoerd dat [A] zich bij een andere keuze hersteld had moeten melden en een re-integratietraject had moeten (ver)volgen en zij voert nu tegen hem aan dat hij daarvan heeft afgezien, maar ook dat traject had juist bij het hiervoor bedoelde gesprek uitdrukkelijk moeten worden betrokken, te meer omdat bekend was dat de RVU-regeling onderwerp van gesprek bij de onderhandelingen over de nieuwe CAO en gezien de in februari 2021 bekend gemaakte (waarschijnlijke) voorwaarden, met name de eis van niet langdurige arbeidsongeschiktheid, om voor de RVU-regeling in aanmerking te komen. Er had door Philips verkend moeten worden of er door middel van re-integratie mogelijkheden zouden kunnen zijn om aan de voorwaarden van de RVU-regeling te kunnen voldoen.
- 4.11. Het financiële belang van [A] bij de RVU-regeling is evident. Samengevat is de kantonrechter van oordeel dat Philips zich te gemakkelijk van deze kwestie heeft afgemaakt en daarmee heeft zij de als goed werkgeefster op haar rustende, jegens [A] in aanmerking te nemen zorgvuldige

benadering niet, althans in onvoldoende mate nageleefd. Daarbij weegt voor de kantonrechter in belangrijke mate mee dat het een werknemer betreft met een dienstverband van ruim 47 (!) jaar. Dit weegt gelet op alle hiervoor genoemde feiten en omstandigheden zwaarder dan het feit dat [A] voor zijn vervroegd pensioen heeft getekend zonder dat hij een garantie had dat hij aan de RVU-regeling zou kunnen deelnemen, zodat deze omstandigheid niet in de weg staat aan honorering van standpunt. Het onder I door [A] subsidiair gevorderde zal daarom in zoverre worden toegewezen.

- 4.12. [A] vordert bij wijze van schadevergoeding een bedrag ter grootte van de uitkering die hij zou hebben kunnen ontvangen indien hij vanaf 1 augustus 2021 aan de RVU-regeling zou hebben deelgenomen. Philips heeft daartegen aangevoerd dat deze regeling pas per 1 januari 2022 is begonnen, zodat de vordering vanaf 1 augustus 2021 niet juist is. [A] heeft dit niet weersproken en het standpunt van Philips blijkt ook uit artikel 4.4.1 CAO. De kantonrechter is van oordeel dat [A] terecht de 'gemiste RVU-uitkering' als uitgangspunt voor zijn schade heeft genomen, hetgeen verder door Philips onvoldoende is weersproken en zal de vordering van [A] toewijzen op basis van deze uitkering groot € 1.847,00 bruto per maand vanaf 1 januari 2022 tot en met 30 juni 2023, de voor [A] geldende AOW-datum.
- 4.13. [A] heeft tevens de wettelijke verhoging volgens artikel 7:625 BW over het voornoemde gevorderd. Deze vordering zal worden afgewezen. Volgens deze bepaling geldt een boeteregeling indien het vastgestelde loon niet tijdig door de werkgever wordt betaald. Het loon in de zin van deze bepaling betreft vergoedingen voor in loondienst verrichte werkzaamheden en de toe te wijzen schadevergoeding waar het hier om gaat valt daar niet onder.
- 4.14. De gevorderde wettelijke rente zal worden toegewezen telkens vanaf de opeisbaarheid van een maandtermijn tot aan de dag der algehele voldoening.
- 4.15. Gelet op het voorgaande behoeft hetgeen verder door partijen nog is aangevoerd geen bespreking.
- 4.16. Philips is de partij die grotendeels ongelijk krijgt en zij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van [A] als volgt vastgesteld:

|                             |            |                          |
|-----------------------------|------------|--------------------------|
| - kosten van de dagvaarding | € 128,28   |                          |
| - griffierecht              | € 507,00   |                          |
| - salaris gemachtigde       | € 996,00   | (2,00 punten × € 498,00) |
| Totaal                      | € 1.631,28 | .                        |

## 5 De beslissing

De kantonrechter:

- 5.1. verklaart voor recht dat Philips aansprakelijk is voor de door [A] geleden en nog te lijden schade als gevolg van schending van haar zorgplicht als werkgever;
- 5.2. veroordeelt Philips om aan [A] te betalen een bedrag van bruto € 1.847,00 per maand met ingang van 1 januari 2022 tot en met 30 juni 2023, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW telkens vanaf de opeisbaarheid van een maandtermijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- 5.3. veroordeelt Philips Consumer Lifestyle B.V. in de proceskosten, aan de zijde van [A] tot dit vonnis

vastgesteld op € 1.631,28;

5.4. verklaart de beslissing voor wat betreft hetgeen onder 5.2. en 5.3. is toegewezen uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. R. Giltay, kantonrechter, en uitgesproken op 12 juli 2022.

# ECLI:NL:GHDHA:2022:1317

|                      |                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Den Haag                                                                                                                                                                                      |
| Datum uitspraak      | 26-07-2022                                                                                                                                                                                                |
| Datum publicatie     | 03-08-2022                                                                                                                                                                                                |
| Zaaknummer           | 200.285.890/01                                                                                                                                                                                            |
| Rechtsgebieden       | Verbintenissenrecht                                                                                                                                                                                       |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                                                                                                                                              |
| Inhoudsindicatie     | Onrechtmatige daad, zorgplicht. Heeft een werkgever / assurantietussenpersoon een verplichting jegens de echtgenote van zijn werknemer om ervoor te zorgen dat het nabestaandenpensioen goed is geregeld? |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>AR-Updates.nl 2022-0898<br>PR-Updates.nl PR-2022-0146                                                                                                                                   |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF DEN HAAG

#### Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.285.890/01

Zaaknummer rechtbank : 8489481 RL EXPL 20-7593

#### arrest van 26 juli 2022

inzake

**[appellante]** ,  
wonende te [woonplaats] ,  
appellante,  
advocaat: mr. M.A. Putting kantoorhoudend in Rotterdam,

tegen

**[...] Makelaars Taxateurs onroerende goederen,**  
gevestigd te [vestigingsplaats] ,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. J.J.S. Hennephof kantoorhoudend in Den Haag.

Het hof zal de partijen hierna [appellante] en [geïntimeerde] noemen.

## **1 De zaak in het kort**

Deze zaak gaat over de vraag of [geïntimeerde] haar zorgplicht als werkgever en als assurantietussenpersoon heeft geschonden door zijn werknemer en diens partner niet te waarschuwen dat de partner geen aanspraak zou kunnen maken op een nabestaandenpensioen als de werknemer niet voor zijn 40ste verjaardag met haar in het huwelijk zou treden.

## **2 Procesverloop in hoger beroep**

- 2.1 Bij exploit van 13 november 2020 is [appellante] in hoger beroep gekomen van een tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter Den Haag van 3 september 2020. Zij heeft bij memorie van grieven twee grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht en heeft producties overgelegd.
- 2.2 Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden en een productie overgelegd.
- 2.3 Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

## **3 Feiten**

- 3.1 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.8 een aantal feiten vastgesteld. Daarover bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.
- 3.2. Het gaat in deze zaak om het volgende.
  - ( i) [werknemer] is op [geboortedatum] geboren. Hij is op 31 augustus 1984 in dienst getreden bij [geïntimeerde] , een makelaardij in verzekeringen. Op dat moment woonde [werknemer] ongehuwd samen met [appellante] .
  - ( ii) In 1988 heeft [geïntimeerde] ten behoeve van [werknemer] een pensioenverzekering afgesloten bij Aegon Levensverzekering N.V. Aegon heeft daartoe op 5 januari 1988 een offerte voor de pensioenvoorziening van [werknemer] toegestuurd aan [geïntimeerde] . Daarin staat onder meer het volgende:

### "Uitbreiding bij huwelijk

(...) Indien de verzekerde voor zijn 40-ste verjaardag huwt, kunnen de verzekerde bedragen zodanig worden verhoogd als nodig is voor dekking van een weduwenpensioen ter grootte van maximaal 70% van het ouderdomspensioen, dat op het moment van huwelijk verzekerd is. (...)"

( iii) De polis van 20 april 1988 vermeldt [geïntimeerde] als verzekeringnemer en [werknemer] als verzekerde. Op het bijbehorende clausuleblad staat onder meer:

"De verzekeringnemer heeft het recht de in de polis verzekerde bedragen te doen aanpassen, zonder geneeskundige waarborgen, met inachtneming van de volgende voorwaarden:

(...)

3. De verzekeringsdekking kan worden uitgebreid in geval van:

a. huwelijk van de verzekerde voor zijn 40e verjaardag"

( iv) Op 17 juni 1988 heeft [werknemer] een pensioenbrief ondertekend. In de pensioenbrief staat onder meer:

### "Pensioenaanspraak

De regeling omvat een aanspraak op ouderdomspensioen (...). Bij uw overlijden gaat een weduwenpensioen in ten behoeve van uw echtgenote (...). Voor de vrouw met wie u na uw 40ste verjaardag huwt, bestaat geen recht op weduwenpensioen."

( v) In 2015 is [werknemer] ernstig ziek geworden. Hij is op 7 mei 2018 overleden. Kort voor zijn overlijden is hij met [appellante] gehuwd.

3.3 [appellante] heeft in de procedure bij de kantonrechter de volgende vorderingen tegen [geïntimeerde] ingesteld:

#### *Primair:*

- een verklaring voor recht dat [appellante] onvoorwaardelijk recht heeft op een nabestaandenpensioen;
- veroordeling van [geïntimeerde] tot het laten uitbetalen van het nabestaandenpensioen, althans veroordeling tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van het misgelopen nabestaandenpensioen, nader op te maken bij staat;

#### *Subsidiar:*

- een verklaring voor recht dat [geïntimeerde] jegens [werknemer] en daarmee jegens [appellante] een zorgplicht geschonden, althans zich niet als goed werkgever heeft gedragen, althans niet heeft gehandeld als redelijk bekwaam assurantietussenpersoon;
- een verklaring voor recht dat [geïntimeerde] jegens [appellante] aansprakelijk is voor de door [appellante] geleden en te lijden schade;
- veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van de door [appellante] geleden en te lijden schade door het misgelopen nabestaandenpensioen, nader op te maken bij staat.

3.4 De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Hij heeft overwogen dat [werknemer] met de ondertekening van de pensioenbrief akkoord is gegaan met de clausule dat de vrouw met wie hij na zijn 40ste verjaardag trouwt, wordt uitgesloten van een weduwenpensioen. Anders dan [appellante] stelt, valt niet in te zien waarom de pensioenbrief de bedoeling van partijen niet weergeeft. Van enig onrechtmatig handelen van [geïntimeerde] is evenmin gebleken. Het is niet komen vast te staan dat [geïntimeerde] – in haar hoedanigheid van werkgever en/of assurantietussenpersoon – niet de nodige zorgvuldigheid jegens [werknemer] of [appellante] heeft betracht.

3.5 In hoger beroep heeft [appellante] geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot toewijzing van haar subsidiaire vorderingen.



3.6 [geïntimeerde] heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

#### **4 Beoordeling in hoger beroep**

4.1 Met de grieven 1 en 2 klaagt [appellante] dat de kantonrechter heeft miskend dat [geïntimeerde] haar zorgplicht als werkgever en als assurantietussenpersoon heeft geschonden door [werknemer] en [appellante] niet te waarschuwen dat – kort gezegd – [appellante] geen aanspraak zou kunnen maken op een nabestaandenpensioen als [werknemer] niet voor zijn 40ste verjaardag met haar in het huwelijk zou treden. Daarbij is de kantonrechter ten onrechte eraan voorbij gegaan dat [geïntimeerde] niet alleen de werkgever was van [werknemer] , maar ook optrad als assurantietussenpersoon. De zorgplicht uit hoofde van goed werkgeverschap en als assurantietussenpersoon moeten in samenhang met elkaar worden beoordeeld, aldus [appellante] .

4.2 De vraag die moet worden beantwoord is of [geïntimeerde] ter zake van het nabestaandenpensioen een zorgplicht jegens [appellante] had en zo ja, of hij deze zorgplicht heeft geschonden. Het hof zal een onderscheid maken tussen de zorgplicht die [geïntimeerde] als werkgever van [werknemer] jegens [appellante] zou kunnen hebben en de zorgplicht die [geïntimeerde] in haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon jegens [appellante] zou kunnen hebben. Bij de beoordeling is van belang dat [geïntimeerde] niet de werkgever van [appellante] is en bij de totstandkoming van de pensioenverzekering ook niet als haar assurantietussenpersoon is opgetreden. Tussen [geïntimeerde] en [werknemer] bestonden deze contractuele verhoudingen wel. Voor een eventuele aansprakelijkheid van [geïntimeerde] jegens [appellante] is in ieder geval vereist dat [geïntimeerde] jegens [werknemer] toerekenbaar tekort is geschoten.

4.3 [geïntimeerde] heeft in haar hoedanigheid van werkgever een pensioentoezegging gedaan aan [werknemer] . Ter uitvoering daarvan heeft [geïntimeerde] een pensioenverzekering bij Aegon gesloten, waarbij aan [werknemer] een ouderdomspensioen is toegekend. Over de wijze waarop de pensioentoezegging is gedaan en de wijze waarop de pensioenverzekering tot stand is gekomen, is in deze procedure weinig bekend. In de stellingen van [appellante] ligt besloten dat zij meent dat [werknemer] zich pas tijdens zijn ziekte realiseerde dat voor [appellante] geen nabestaandenpensioen werd opgebouwd. Weliswaar stelt [appellante] ook in de memorie van grieven dat zij (en [werknemer] ) van meet af aan ervan zijn uitgegaan dat voor haar een nabestaandenpensioen was verzekerd, maar enige feitelijke onderbouwing waaruit blijkt waarop dit uitgangspunt zou zijn gebaseerd ontbreekt.

4.4 [werknemer] had ervan op de hoogte kunnen zijn dat [appellante] geen nabestaandenpensioen zou ontvangen omdat in de pensioenbrief – die hij heeft ondertekend – is vermeld dat er alleen een aanspraak op nabestaandenpensioen bestond indien hij voor zijn 40ste verjaardag in het huwelijk trad. [geïntimeerde] heeft dus aan [werknemer] juiste en toereikende informatie verstrekt over de voorwaarden waaronder er een aanspraak bestond op nabestaandenpensioen. Naar het oordeel van het hof behoefde [geïntimeerde] , als werkgever, [werknemer] niet uitdrukkelijk ervoor te waarschuwen dat zijn partner geen aanspraak op nabestaandenpensioen zou hebben indien [werknemer] niet voor zijn 40ste verjaardag met haar in het huwelijk zou treden. Het lag in de eerste plaats op de weg van [werknemer] om op basis van de verstrekte informatie zich ervan te vergewissen of, en zo ja, in hoeverre de ten behoeve van de werknemer gesloten pensioenverzekering aanspraak zou geven op een nabestaandenpensioen. Van een toerekenbaar tekortschieten van [geïntimeerde] jegens [werknemer] is dus geen sprake.

4.5 Bij deze stand van zaken kan niet worden aangenomen dat [geïntimeerde] – in haar hoedanigheid

van werkgever – onrechtmatig jegens [appellante] heeft gehandeld.

- 4.6 Ter zake van de vraag of [geïntimeerde] als assurantietussenpersoon haar zorgplicht heeft geschonden, heeft [appellante] het volgende aangevoerd. [geïntimeerde] is in de loop der jaren ten behoeve van diverse verzekeringen als assurantietussenpersoon voor [werknemer] en haarzelf opgetreden. [geïntimeerde] was dan ook heel goed ervan op de hoogte dat [werknemer] en [appellante] niet gehuwd waren, maar ongehuwd samenwoonden. In haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon had [geïntimeerde] hen behoren te waarschuwen dat het nabestaandenpensioen niet goed was geregeld, aldus [appellante] .
- 4.7 Het hof overweegt als volgt. Een assurantietussenpersoon dient tegenover zijn opdrachtgever de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot kan worden verwacht. Deze zorgplicht houdt mede in dat de assurantietussenpersoon dient te waken over de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. De pensioenverzekering is door [geïntimeerde] afgesloten ten behoeve van [werknemer] . [geïntimeerde] heeft niet weersproken dat zij als assurantietussenpersoon een zorgplicht heeft jegens [werknemer] .
- 4.8 Zoals hiervoor al is overwogen, kon [werknemer] destijds ervan op de hoogte zijn dat er alleen een aanspraak op nabestaandenpensioen bestond indien hij voor zijn 40ste verjaardag in het huwelijk trad. Hij heeft in 1988 immers een pensioenbrief ondertekend waarin dit is vermeld. In de gegeven omstandigheden behoeft [geïntimeerde] , als een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon, bij de totstandkoming van de pensioenverzekering [werknemer] niet uitdrukkelijk ervoor te waarschuwen dat er nog geen aanspraak op nabestaandenpensioen bestond en ook niet zou bestaan, als hij niet voor zijn 40ste in het huwelijk zou treden. [appellante] heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd waarom in dit geval wel een dergelijke zorgplicht op [geïntimeerde] rustte. [geïntimeerde] heeft verder – onbestreden – aangevoerd dat [werknemer] jaarlijks pensioenoverzichten ontving, waaruit bleek dat er geen aanspraak bestond op een nabestaandenpensioen. Reeds om die reden rustte op [geïntimeerde] ook niet de verplichting om [werknemer] tussentijds te waarschuwen dat [werknemer] voor zijn veertigste verjaardag met [appellante] in het huwelijk zou moeten treden om haar aanspraak te kunnen geven op een nabestaandenpensioen.
- 4.9 Bij deze stand van zaken kan niet worden aangenomen dat [geïntimeerde] – in haar hoedanigheid van assurantietussenpersoon – onrechtmatig jegens [appellante] heeft gehandeld.
- 4.10 Het vorenstaande wordt niet anders indien het hof de zorgplicht van [geïntimeerde] als werkgever en als assurantietussenpersoon in onderlinge samenhang beziet.
- 4.11 Tot slot overweegt het hof nog het volgende. [appellante] verwijst in haar memorie van grieven naar “een wijziging” van de pensioenregeling. Zij heeft echter niet duidelijk gemaakt op welke wijziging zij doelt. Immers, het is niet gebleken dat er in 1988 een reeds bestaande pensioenregeling is gewijzigd. Evenmin is gebleken dat de in 1988 vastgestelde pensioenregeling later (op relevante punten) is aangepast.
- 4.12 Het hof passeert het bewijsaanbod van [appellante] omdat het niet terzake dienend is. [appellante] heeft geen voldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden kunnen leiden.
- 4.13 De conclusie is dat de grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. [appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

## **5 Beslissing**

Het hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis;
- veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot aan deze uitspraak bepaald op € 760,- aan verschotten en € 1.114,- voor salaris van de advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.A. Joustra, C.J. Frikkee en A.J.P. van Beurden en in het openbaar uitgesproken op 26 juli 2022 in aanwezigheid van de griffier.

# ECLI:NL:GHARL:2022:7295

|                      |                                                                                                                                                      |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden                                                                                                                        |
| Datum uitspraak      | 23-08-2022                                                                                                                                           |
| Datum publicatie     | 25-08-2022                                                                                                                                           |
| Zaaknummer           | 200.295.939                                                                                                                                          |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                          |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep<br>Tussenuitspraak                                                                                                                      |
| Inhoudsindicatie     | Informatieplicht pensioenfonds<br><br>Hebben door het pensioenfonds verzonden brieven de pensioengerechtigde daadwerkelijk bereikt? artikel 3:37 BW. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                                                                       |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof: 200.295.939

zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht: 8593954 UC EXPL 20-4752

### arrest van 23 augustus 2022

in de zaak van

de stichting **Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn**

die is gevestigd in Utrecht

die hoger beroep heeft ingesteld

en bij de kantonrechter optrad als gedaagde

hierna PFZW te noemen

vertegenwoordigd door mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

en

**[geïntimeerde] ,**

die woont in [woonplaats1]

die bij de kantonrechter optrad als eiseres

hierna [geïntimeerde] te noemen

vertegenwoordigd door mr. M.W. Huijzer.

## **1 Het verloop van de procedure in hoger beroep**

Na het arrest van 17 mei 2022 heeft op 30 juni 2022 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

## **2 De kern van de zaak**

2.1 [geïntimeerde] is geboren [in] 1996. Zij is de dochter van mevrouw [de moeder] (hierna: [de moeder] ), die [in] 2005 is overleden. [geïntimeerde] woonde niet bij haar moeder. [de moeder] had een pensioen opgebouwd bij PFZW. Daardoor had [geïntimeerde] na het overlijden van haar moeder recht op wezenpensioen. Zij heeft dit wezenpensioen eerst op 15 september 2017 ontvangen, nadat zij op 21 augustus 2017 een aanvraagformulier had ingevuld en aan PFZW had opgestuurd. Het bedrag aan wezenpensioen dat [geïntimeerde] in 2017 ontving was € 39.062,50 bruto. Als gevolg van deze (na)betaling moest [geïntimeerde] € 14.630 (inclusief belastingrente) aan inkomstenbelasting voldoen en de zorgtoeslag over 2017 van € 1.113 terugbetalen. Na het toepassen van middeling heeft [geïntimeerde] in totaal € 15.200 afgedragen. PFZW heeft aan [geïntimeerde] uit coulance de wettelijke rente vergoed over de pensioentermijnen die in de periode van 1 april 2005 tot 1 februari 2008 opeisbaar waren. Partijen verschillen van mening over de vraag of PFZW ook verplicht is om de belastingschade van € 15.200 te betalen en ook de wettelijke rente moet betalen over de pensioentermijnen die zij periodiek had kunnen ontvangen in periode van 1 februari 2008 tot en met 1 juli 2017.

2.2 [geïntimeerde] heeft bij de kantonrechter gevorderd dat PFZW wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 15.200 en de wettelijke rente over het te laat betaalde pensioen waarop zij periodiek recht had in de periode van 1 februari 2008 tot en met 1 juli 2017. Daarnaast vorderde zij betaling van buitengerechtelijke incassokosten, proceskosten en nakosten.

2.3 De kantonrechter heeft deze vorderingen toegewezen. De bedoeling van het hoger beroep is dat de toegewezen vorderingen alsnog worden afgewezen.

## **3 Het oordeel van het hof**

*Samenvatting van het oordeel van het hof*

3.1 Het hof zal oordelen dat het er voorlopig van uitgaat dat PFZW in de periode van 18 december 2007 tot en met 20 februari 2014 herhaaldelijk brieven aan [geïntimeerde] heeft verzonden, waarin haar werd meegedeeld dat zij recht had op wezenpensioen en waarin haar werd gevraagd om nadere gegevens te verstrekken en dat deze brieven ook op het woonadres van [geïntimeerde] zijn aangekomen. [geïntimeerde] krijgt de mogelijkheid om tegenbewijs hiervan te leveren, zoals zij heeft aangeboden. Het hof zal verder oordelen dat als die brieven daadwerkelijk zijn verzonden en zijn aangekomen, PFZW daarmee aan haar zorgplicht tegenover [geïntimeerde] heeft voldaan.

Het hof licht zijn beslissing hierna toe.

*Heeft PFZW voldaan aan haar informatieplicht?*

3.2 Partijen zijn het erover eens dat op PFZW op grond van artikel 17b lid 2 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (hierna: PSW) een informatieplicht rustte, die meebracht dat PFZW verplicht was om [geïntimeerde] tijdig te informeren over haar pensioenrechten. De vraag is of PFZW aan die informatieplicht heeft voldaan.

3.3 PFZW stelt dat zij op 18 december 2007, 29 maart 2008, 23 december 2013, 20 februari 2014 en op 17 juli 2017 brieven heeft verzonden naar het adres [adres] in [woonplaats1]. Zij heeft daarbij toegelicht dat zij pas in 2007 op de hoogte is gekomen van het feit dat [de moeder] een dochter had en waar zij woonde. Zo was PFZW in 2005 niet door de voogd van [geïntimeerde] geïnformeerd over het overlijden van [de moeder]. Tijdens de zitting bij het hof heeft PFZW daarover nog gezegd dat [de moeder] en [geïntimeerde] in verschillende gemeenten woonden, dat in 2005 het Burger Service Nummer nog niet was ingevoerd en dat in de periode voor 2012 de pensioenfondsen nog geen koppeling hadden met de landelijke GBA(gemeentelijke basisadministratie)-gegevens van de diverse gemeenten, zodat niet direct uit de GBA viel af te leiden dat [de moeder] een dochter had en waar zij woonde.

3.4 Het hof is van oordeel dat PFZW, indien zij daadwerkelijk de door haar genoemde brieven heeft verzonden en deze ook door [geïntimeerde] zijn ontvangen, heeft voldaan aan haar informatieplicht tegenover [geïntimeerde]. Als dit komt vast te staan, dan heeft PFZW immers, zodra zij op de hoogte kwam van het bestaan en de adresgegevens van [geïntimeerde], haar geïnformeerd. Een verdergaande verplichting dan het nog een aantal malen versturen van brieven in de periode daarna, vloeit niet voort uit de wet, het pensioenreglement, de zorgplicht van het pensioenfonds of uit de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar in acht moeten nemen. Daarbij betreft het hof dat [geïntimeerde] tot het moment dat zij het aanvraagformulier aan PFZW had teruggestuurd, nog geen pensioengerechtigde was, voor wie het wezenpensioen ingegaan was. Op PFZW rustte daarom bijvoorbeeld niet de verplichting om jaarlijks overzichten aan [geïntimeerde] te verzenden.

3.5 Het hof geeft aan partijen wel mee dat de omstandigheid dat er in de periode waarover het hier gaat in de systemen van PFZW nog geen automatische terugkoppeling was over het niet retour ontvangen van een aanvraagformulier van een persoon die recht heeft op wezenpensioen, in dit geval hard uitwerkt voor [geïntimeerde]. Dit maakt de beslissing van het hof echter niet anders.

*Zijn de door PFZW verzonden brieven door [geïntimeerde] ontvangen?*

3.6 Partijen verschillen van mening over de vraag of PFZW daadwerkelijk, zoals zij stelt, in de periode van 18 december 2007 tot en met 20 februari 2014 meerdere brieven aan [geïntimeerde] heeft verzonden en of [geïntimeerde] die ook heeft ontvangen. In het Burgerlijk Wetboek (artikel 3:37) staat dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Dit betekent dat deze verklaring door die persoon moet zijn ontvangen. Een dergelijke verklaring werkt ook als het niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van een eigen handeling van die persoon of van andere omstandigheden die rechtvaardigen dat deze persoon het nadeel draagt. In de rechtspraak is dit nader uitgewerkt. Volgens de Hoge Raad moet

de afzender van een verklaring in beginsel feiten en omstandigheden stellen en zo nodig bewijzen waaruit volgt dat de verklaring door hem is verzonden naar een adres waarvan hij redelijkerwijs mocht aannemen dat de geadresseerde daar door hem kon worden bereikt en dat de verklaring daar is aangekomen.<sup>1</sup>

- 3.7 PFZW stelt dat zij haar brieven van 18 december 2007, 29 maart 2008, 23 december 2013 en 20 februari 2014, net als de brief van 17 juli 2017, heeft verzonden naar het adres [adres] in [woonplaats1] . Dat is het adres van de grootouders van [geïntimeerde] , bij wie [geïntimeerde] sinds 14 juli 2004 woonde en ook in de GBA was ingeschreven. De grootvader van [geïntimeerde] was aangewezen als haar voogd. PFZW heeft de stelling dat deze brieven daadwerkelijk naar dit adres zijn verzonden, als volgt onderbouwd.
- 3.8 PFZW heeft geen van de brieven die zij heeft verzonden aan het GBA-adres van [geïntimeerde] retour ontvangen. [geïntimeerde] heeft uiteindelijk wel gereageerd op de brief van 17 juli 2017, die aan hetzelfde adres was verzonden.
- PFZW heeft als productie 3 bij conclusie van antwoord een schermprint uit haar administratie overgelegd, waaruit de opmaak en de gereedmaking voor verzending van de brief van 29 maart 2008 blijkt. Tevens is daaruit op te maken dat deze brief in het digitale archiefdossier van PFZW is afgelegd.
- Als productie 15 bij memorie van grieven heeft zij een verklaring overgelegd van haar medewerker, [naam1] , waarin de interne verwerking en behandeling wordt beschreven van brieven en aanvraagformulieren die door PFZW worden verzonden. Daaruit valt af te leiden dat en op welk tijdstip de brieven zijn opgesteld en dat deze zijn aangeboden aan de desbetreffende afdeling, geprint, verzendklaar zijn gemaakt en aan de postbezorgdienst zijn aangeboden. Verder is in die verklaring vermeld op welke wijze kopieën van de verzonden brieven worden opgeslagen in het digitale systeem.
- Daarnaast is als productie 16 een verklaring overgelegd van een medewerker van PostNL van 10 september 2021, waarin staat dat in de periode 2014 tot en met 2021 geen bijzondere problemen waren met de postbezorging in de buurt van het GBA-adres van [geïntimeerde] . Verder blijkt daaruit dat er op het GBA-adres een gewone brievenbus in de deur aanwezig is en dat er geen bijzonderheden zijn waargenomen.
- 3.9 Op grond van de hierboven, onder 3.8 vermelde onderbouwing, is het hof voorlopig van oordeel dat PFZW in de periode van 18 december 2007 tot en met 20 februari 2014 meerdere brieven aan [geïntimeerde] heeft verzonden en dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat deze brieven ook daadwerkelijk op haar woonadres zijn aangekomen. [geïntimeerde] heeft (tegen)bewijs aangeboden door het horen van (onder andere) haar grootouders en zichzelf. Omdat tegenbewijs vrijstaat, zal het hof [geïntimeerde] daartoe toelaten. De zaak zal daarvoor weer bij het hof op de rol worden gezet, zodat [geïntimeerde] kan aangeven wie zij als getuigen wil laten horen en de persoonsgegevens van deze getuigen kan verstrekken.
- 3.10 Het hof geeft partijen in overweging om de zaak op een andere manier met elkaar te regelen, gelet op de kosten die een getuigenverhoor meebrengen en de schrijnende, emotionele situatie waaraan [geïntimeerde] door deze procedure wordt herinnerd. Daarbij zou voor PFZW kunnen meewegen dat voor haar nu duidelijkheid is verkregen over de vraag hoe het hof aankijkt tegen de wijze waarop zij invulling geeft aan haar informatieverplichting en de verzending van haar brieven.
- 3.11 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### **4 De beslissing**

Het hof:

1. Het hof laat [geïntimeerde] toe tegenbewijs te leveren tegen het voorlopige oordeel dat PFZW in de periode van 18 december 2007 tot en met 20 februari 2014 meerdere brieven aan [geïntimeerde] heeft verzonden en dat deze brieven ook daadwerkelijk op haar woonadres zijn aangekomen.
2. Als getuigen worden gehoord, zal raadsheer-commissaris mr. Boorsma de getuigen verhoren in het Paleis van Justitie aan de Walburgstraat 2-4 in Arnhem. Partijen moeten daar zelf bij aanwezig zijn.
3. [geïntimeerde] moet op dinsdag 6 september 2022 laten weten hoeveel getuigen zij wil laten horen met opgave van de verhinderdagen over de periode van september t/m december 2022 van die getuigen, van partijen en van hun advocaten. Daarna stelt het hof de dag en het tijdstip van het verhoor vast. Dat gebeurt ook als de opgave onvolledig is.
4. [geïntimeerde] moet de namen en woonplaatsen van de getuigen ten minste een week voor het getuigenverhoor aan de wederpartij en de griffier van het hof opgeven.
5. Een partij die tijdens het getuigenverhoor nieuwe stukken wil indienen, moet het hof en de wederpartij daarvan uiterlijk twee weken voor de dag van de zitting een kopie sturen.
6. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.B. Boorsma, M.E.L. Fikkers en P.G. Vestering, is bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door de rolraadsheer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 23 augustus 2022.

---

<sup>1</sup> HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104

---



# ECLI:NL:CBB:2022:458

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | College van Beroep voor het bedrijfsleven                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Datum uitspraak      | 26-07-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Datum publicatie     | 26-07-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Zaaknummer           | 21/205 en 21/455                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2020:12098, Overig                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Rechtsgebieden       | Bestuursrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep<br>Proceskostenveroordeling                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Inhoudsindicatie     | Het hoger beroep is ongegrond. Bpf HiBiN mocht de vrijstelling van de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds niet intrekken wegens het niet meer voldoen aan de groepsvoorwaarde omdat dit in strijd is met het vertrouwensbeginsel. De intrekking van de vrijstelling wegens het niet meer voldoen aan de eis van financiële gelijkwaardigheid is in strijd met artikel 3:4 van de Awb. |
| Wetsverwijzingen     | Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>PR-Updates.nl PR-2022-0144                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

## Uitspraak

uitspraak

---

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 21/205 en 21/455

**uitspraak van de meervoudige kamer van 26 juli 2022 op het hoger beroep van:**

**Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen**, te Breda, appellante (Bpf HiBiN)

(gemachtigde: mr. J. Los),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 23 december 2020, kenmerk ROT 20/2516, in het geding tussen

## **Bpf HiBiNenRoyal Roofing Materials B.V., te Nijmegen (RRM)**

(gemachtigden: mr. A.S. van Woudenberg en mr. R.F. van der Ham).

### **Procesverloop in hoger beroep**

Bpf HiBiN heeft hoger beroep (zaak 21/205) ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 23 december 2020 (ECLI:NL:RBROT:2020:12098).

RRM heeft incidenteel hoger beroep (zaak 21/455) ingesteld tegen deze uitspraak.

Bpf HiBiN en RRM hebben een reactie op elkaars hogerberoepschriften ingediend.

Bij brief van 12 april 2022 heeft RRM een nadere reactie ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 28 april 2022. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Aan de zijde van Bpf HiBiN is ook verschenen [naam 1] . Voor RRM zijn voorts verschenen [naam 2] en drs. [naam 3] .

### **Grondslag van het geschil**

- 1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.
- 1.2 Bpf HiBiN is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). De deelname in Bpf HiBiN is wettelijk verplicht voor werknemers en werkgevers die werkzaam zijn in de bedrijfstak van de handel in bouwmaterialen, binnen de werkingssfeer zoals omschreven in het Verplichtstellingsbesluit van 28 juni 1958 (Staatscourant 1958, nr. 123), laatstelijk gewijzigd bij besluit van 12 februari 2015 (Staatscourant 2015, nr. 4798).
- 1.3 Bpf HiBiN heeft bij besluit van 10 mei 2004 aan (de rechtsvoorganger van) RRM vanaf 1 januari 2003 vrijstelling verleend als bedoeld in artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (Staatsblad 2000, 633, hierna: Vrijstellingsbesluit) van de verplichte deelneming in Bpf HiBiN. In dit besluit is opgenomen dat deze vrijstelling geldt zolang (de rechtsvoorganger van) RRM tot de CRH-groep behoort. Aan deze vrijstelling is op grond van artikel 7, vijfde lid, van het Vrijstellingsbesluit voorts het volgende voorschrift verbonden dat "de bijzondere pensioenvoorziening volgens de berekening van bijlage 3 van het Vrijstellingsbesluit te allen tijde ten minste actuariael en financieel gelijkwaardig [dient] te zijn aan de regelingen van het fonds."
- 1.4 De ondernemingen behorend tot de CRH-groep hebben hun pensioenregeling ondergebracht bij de Stichting CRH pensioenfonds (CRH pensioenfonds).
- 1.5 Bij besluit van 19 december 2019 (het primaire besluit) heeft Bpf HiBiN de aan RRM verleende

vrijstelling van de verplichte deelneming in Bpf HiBiN ingetrokken op grond van artikel 8, eerste lid, van het Vrijstellingsbesluit met ingang van 1 maart 2020. Bpf HiBiN heeft daaraan ten grondslag gelegd dat RRM niet langer onderdeel is van de CRH-groep en dat de eigen pensioenregeling, ondergebracht bij het CRH pensioenfonds, niet langer financieel gelijkwaardig is aan die van Bpf HiBiN. Op basis van de ontwikkeling van de dekkingsgraad bij het CRH Pensioenfonds heeft Bpf HiBiN geconstateerd dat sinds 31 juli 2019 op basis van de beleidsdekkingsgraad en vanaf 31 maart 2019 op basis van de actuele dekkingsgraad, deze onder de 100% zijn gedaald.

- 1.6 Bij besluit van 30 maart 2020 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft Bpf HiBiN het bezwaar van RRM tegen het primaire besluit ongegrond verklaard met dien verstande dat de vrijstelling met ingang van 1 november 2020 wordt ingetrokken.

### **Uitspraak van de rechtbank**

2. De rechtbank heeft het beroep van appellante gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd, bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit, het primaire besluit herroepen en bepaald dat de vrijstelling herleeft. De rechtbank heeft daartoe, voor zover in hoger beroep van belang, het volgende overwogen:

" (...)

#### Groepsverband

(...)

- 4.6. In het vrijstellingsbesluit van 10 mei 2004 van RRM is (...) expliciet opgenomen dat de vrijstelling geldt, zolang zij tot de CRH-groep behoort. Bij brief van 5 mei 2017 heeft RRM verweerster ervan op de hoogte gesteld dat zij geen onderdeel meer uitmaakt van de CRH-groep, maar nog wel deelneemt aan het CRH pensioenfonds. Dat verweerster hiervan kennis heeft genomen blijkt uit haar reactie hierop in de brief van 6 juni 2017. Dit vormde op dat moment geen aanleiding voor verweerster om de vrijstelling in te trekken. In haar besluit van 4 augustus 2017 schrijft zij dat zij na beoordeling van de aanvraag van RRM heeft besloten de vrijstelling te continueren.

Bij besluit van 1 februari 2019 is de vrijstelling aan RRM opnieuw verlengd. In beide besluiten is het groeps criterium niet (meer) genoemd. Verweerster kan de voorwaarde daarom achteraf niet alsnog aan RRM tegenwerpen.

- 4.7. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat verweerster de vrijstellingen van (...), RRM en (...) niet kon intrekken op de grond dat zij niet langer tot de groep ondernemingen behoren waaraan de (oorspronkelijke) vrijstellingen zijn verleend.

(...)

#### Financiële gelijkwaardigheid

- 4.8. Verweerster stelt zich op het standpunt dat de pensioenregeling van eiseressen bij het CRH pensioenfonds vanaf maart 2019 niet meer voldoet aan het wettelijke voorschrift van financiële gelijkwaardigheid, nu de dekkingsgraad van het CRH pensioenfonds is gedaald onder de 100%.

(...)

- 4.15. Het Vrijstellingsbesluit, waarin in artikel 7, vijfde lid, het vereiste van financiële gelijkwaardigheid is opgenomen naast het vereiste van actuariële gelijkwaardigheid, biedt geen steun voor het

standpunt van eiseressen dat er geen separate toetsing hoeft plaats te vinden van de financiële gelijkwaardigheid indien, zoals het geval is bij het CRH pensioenfonds, er geen sprake is van uitstelfinanciering. In dat verband verwijst de rechtbank ook naar de brieven van 30 juni en 2 augustus 2016, waarin de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid antwoord geeft op vragen die verweerster over dit onderwerp heeft gesteld in haar brieven van 19 april, 17 juni en 8 juli 2016.

In de brief van 30 juni 2016 heeft de Staatssecretaris met zoveel woorden geantwoord dat het vereiste van financiële gelijkwaardigheid zoals omschreven in bijlage 3 van het Vrijstellingsbesluit niet is komen te vervallen.

- 4.16. In het Vrijstellingsbesluit noch in de beleidsregels is het begrip dekkingsgraad ondubbelzinnig gedefinieerd. Vermeld is wel dat de eis van de financiële gelijkwaardigheid is ingegeven door het doel van de Wet Bpf 2000 dat werknemers niet slechter af mogen zijn dan bedrijfstakgenoten die wel deelnemen aan de pensioenregeling van Bpf HiBiN.

Dit lijkt te impliceren dat er een globale toets op de gehele pensioenregeling dient plaats te vinden, zoals ook in de Nota van Toelichting staat. In dit verband is nog van belang dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn brief van 19 april 2016 naar aanleiding van vragen van verweerster heeft geantwoord dat het niet ondenkbaar is dat, bijvoorbeeld naar aanleiding van een specifieke situatie van een fonds en de vrijgestelde werkgever, ook de premiedekkingsgraad in ogenschouw wordt genomen. Verweerster heeft de premiedekkingsgraad echter niet in haar overwegingen tot intrekking van de verleende vrijstellingen betrokken.

- 4.17. De rechtbank stelt voorop dat de vrijstelling in beginsel voor onbepaalde tijd wordt verleend en dat het zwaarwegende belang van de solidariteit en collectiviteit van het bedrijfstakpensioenfonds waarop verweerder onder vermelding van de uitspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven van 2 april 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BZ8253) heeft gewezen met name bij de verlening van vrijstelling een rol speelt en niet zozeer bij de intrekking van de vrijstelling.

De intrekking van een vrijstelling is een belastend besluit, waartoe verweerster de nodige feiten en omstandigheden dient te vergaren. Op grond van artikel 8 van het Vrijstellingsbesluit is intrekking van een verleende vrijstelling omdat niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan geen verplichte, maar een discretionaire bevoegdheid.

Dat brengt mee dat het besluit goed dient te worden gemotiveerd. Bij de afweging om de vrijstelling in te trekken dient doorslaggevend te zijn of de werknemers van eiseressen slechter af zijn dan bedrijfstakgenoten die wel deelnemen aan de pensioenregeling van verweerster. Het belang van de werknemers dient dus voorop te staan. Daartoe dient verweerster de pensioenregeling van het CRH pensioenfonds naar het oordeel van de rechtbank als geheel in ogenschouw te nemen. Uit het bestreden besluit blijkt echter niet dat verweerster de inhoud van de pensioenregeling van het CRH pensioenfonds in aanmerking heeft genomen.

Voorts dient verweerster oog te hebben voor de gevolgen van intrekking van de vrijstelling voor de deelnemers. Onweersproken is dat intrekking van de vrijstelling gevolgen voor de pensioenopbouw van de deelnemers zal hebben en dat het eventuele treffen van een excedent pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder betekent dat de pensioenregeling bij twee uitvoerders wordt ondergebracht en dat dit minder efficiënt, kostbaarder en ook minder overzichtelijk is voor de deelnemers. Ook is duidelijk dat intrekking van de vrijstellingen grote consequenties zal hebben voor de omvang van het deelnemersbestand van het CRH pensioenfonds.

Verweerster heeft, door zich uitsluitend te baseren op de feitelijke dekkingsgraad (terwijl zij ook de premiedekkingsgraad mede in ogenschouw had kunnen nemen), al deze belangen niet kenbaar in haar afwegingen betrokken. Dat betekent dat het besluit, tegen de achtergrond van de

belangen van de deelnemers, niet voldoende is gemotiveerd.

Gelet op het voorgaande en mede in aanmerking genomen dat als gevolg van de situatie op de financiële markten niet alleen het CRH pensioenfonds maar ook het Bpf HiBiN te maken heeft met een lagere dekkingsgraad dan 100% en een daling van dekkingsgraad tot onder het (minimum) vereist vermogen, alsmede het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om vooralsnog de pensioenfondsen niet te verplichten om op de pensioenen te korten, heeft verweerster naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid niet kunnen overgaan tot intrekking van de vrijstellingen van eiseressen.

(...)”

## **Beoordeling van de geschillen in hoger beroep**

### De geschillen in hoger beroep

3. Bpf HiBiN betoogt dat zij in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot de intrekking van de in het verleden discretionair verleende vrijstelling en dat zij de op haar rustende onderzoeksplicht, haar plicht tot belangenafweging en het motiveringsbeginsel, anders dan de rechtbank heeft overwogen, niet heeft geschonden. Bpf HiBiN voert daartoe aan dat de rechtbank de brieven van Bpf HiBiN uit 2017 en 2019 ten onrechte heeft geduid als besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat Bpf HiBiN met die brieven de groepsvoorwaarde heeft laten vallen. Handhaving van de vrijstelling – ook al heeft RRM de CRH-groep verlaten – wijkt af van haar gepubliceerd intrekkingbeleid. Bpf HiBiN heeft zich in 2017 (en in 2019) niet gerealiseerd dat de groepsvoorwaarde een voorwaarde voor vrijstelling was. Bpf HiBiN is het verder niet eens met het oordeel van de rechtbank over de toetsing van de financiële gelijkwaardigheid. Anders dan de rechtbank heeft overwogen is volgens Bpf HiBiN in de Beleidsregels wel duidelijk en ondubbelzinnig aangegeven wat Bpf HiBiN onder ‘dekkingsgraad’ verstaat (de dekkingsgraad zoals gedefinieerd in de Pensioenwet). Het oordeel van de rechtbank dat de financiële gelijkwaardigheid globaal getoetst moet worden is onjuist. Volgens Bpf HiBiN haalt de rechtbank op dit punt de actuariële gelijkwaardigheid en de financiële gelijkwaardigheid ten onrechte door elkaar. Ook is de overweging van de rechtbank dat Bpf HiBiN de premiedekking in haar overwegingen tot intrekking van de verleende vrijstellingen had kunnen betrekken, onjuist. RRM heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.1 RRM heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. RRM voert aan dat de rechtbank bij de beoordeling ten onrechte het beleid van Bpf HiBiN tot uitgangspunt heeft genomen. Bpf HiBiN heeft geen beoordelingsruimte bij de toetsing van de financiële gelijkwaardigheid. RRM meent dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan het standpunt van RRM dat voldaan is aan de eis van financiële gelijkwaardigheid omdat geen sprake is van uitstelfinanciering. De rechtbank heeft ten onrechte waarde gehecht aan de door haar genoemde brieven van de Staatsecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Bpf HiBiN heeft daartegen gemotiveerd verweer gevoerd.

4.2 RRM heeft in haar nadere reactie erop gewezen dat de beleidsdekkingsgraad van het CRH pensioenfonds per 1 juni 2021 hoger is dan die van Bpf HiBiN. Daarnaast heeft RRM erop gewezen dat Bpf HiBiN de hoger beroepen inzake [naam 4] B.V., [naam 5] B.V. en [naam 6] B.V. die zij had ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank van 23 december 2021 op 31 maart 2022 heeft ingetrokken. Volgens RRM staat daarmee vast dat vrijstelling voor genoemde ondernemingen gehandhaafd blijft, terwijl ook deze ondernemingen geen onderdeel meer zijn van de CRH-groep en deze ondernemingen bovendien zijn overgestapt naar een andere pensioenuitvoerder die een beschikbare premieregeling uitvoert. RRM meent dat zij in gelijke zin behandeld moet worden.

### Wettelijk kader

- 5.1 Op grond van artikel 6 van het Vrijstellingsbesluit kan op verzoek van een werkgever door het bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers of een deel van de werknemers van die werkgever vrijstelling worden verleend.
- 5.2 Op grond van artikel 7, eerste lid, van het Vrijstellingsbesluit kunnen door het bedrijfstakpensioenfonds aan de vrijstelling voorschriften worden verbonden ter verzekering van een goede uitvoering van de wet. Het vijfde lid van artikel 7 van het Vrijstellingsbesluit bepaalt dat het bedrijfstakpensioenfonds aan de vrijstelling het voorschrift verbindt dat de pensioenregeling van de werkgever volgens de berekening aan de hand van bijlage 3 te allen tijde ten minste actuariael en financieel gelijkwaardig is aan die van het bedrijfstakpensioenfonds.
- 5.3 Op grond van artikel 8, eerste lid, van het Vrijstellingsbesluit kan een vrijstelling worden ingetrokken, indien niet meer wordt voldaan aan de reden tot vrijstelling, bedoeld in artikel 6, of indien wordt gehandeld in strijd met een of meer aan de vrijstelling verbonden voorschriften.

### Groepsvoorwaarde

- 6.1 De vraag of Bpf HiBiN de verleende vrijstelling in december 2019 nog kon intrekken op de grond dat RRM niet meer tot de CRH-groep behoort, dient naar het oordeel van het College te worden beantwoord aan de hand van het vertrouwensbeginsel. Zoals uit jurisprudentie van het College volgt (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 17 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852), worden bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel drie stappen doorlopen. De eerste is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop RRM zich beroept. Kan die uitlating en/of gedraging worden gekwalificeerd als een concrete, ondubbelzinnige toezegging? Bij de tweede stap moet de vraag worden beantwoord of die toezegging is gedaan door een daartoe bevoegd persoon of door een persoon waarvan RRM op goede gronden mocht veronderstellen dat deze de opvatting van Bpf HiBiN vertolkte, zodat deze aan Bpf HiBiN kan worden toegerekend. Indien beide vragen bevestigend worden beantwoord, en er dus een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan, volgt de derde stap. In het kader van die derde stap zal de vraag moeten worden beantwoord wat de betekenis van het gewekte vertrouwen is bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid. Het vertrouwensbeginsel strekt immers niet zo ver dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden nagekomen. Er kunnen belangen aanwezig zijn die zwaarder wegen dan het belang van RRM en het honoreren van het bij haar opgewekte vertrouwen.
- 6.2 Naar het oordeel van het College mocht Bpf HiBiN de vrijstelling van RRM niet intrekken op de grond dat RRM niet langer tot de CRH-groep behoort, omdat dat in strijd is met het vertrouwensbeginsel. Meer in het bijzonder overweegt het College daartoe als volgt.
- 6.3.1 Wat betreft de uitlatingen waarop RRM zich beroept, geldt dat RRM bij brief van 5 mei 2017 Bpf HiBiN ervan op de hoogte heeft gesteld dat zij geen onderdeel meer uitmaakt van de CRH-groep. Uit de brief van Bpf HiBiN van 6 juni 2017 aan RRM blijkt dat Bpf HiBiN van deze mededeling heeft kennis genomen. Bpf HiBiN heeft vervolgens op 4 augustus 2017 en op 1 februari 2019 – na beoordeling van de actuariële en financiële gelijkwaardigheid – besloten de vrijstelling van RRM te continueren dan wel opnieuw te verlengen. In beide brieven, door Bpf HiBiN geëtaleerd als appellabel besluit, is het groeps criterium niet (meer) als voorwaarde genoemd. Of deze brieven ook in juridische zin kwalificeren als besluit in de zin van de Awb, kan in het midden blijven. RRM mocht uit deze brieven in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs al afleiden dat het niet (langer) voldoen aan die voorwaarde voor Bpf HiBiN geen grond meer zou vormen om de vrijstelling in te trekken. Dat Bpf HiBiN in haar beleidsregels het uitgangspunt heeft vastgelegd dat, wanneer zich een situatie voordoet zoals benoemd in artikel 8 van het Vrijstellingsbesluit, Bpf HiBiN in beginsel altijd de vrijstelling per direct of met terugwerkende kracht intrekt, leidt niet tot een ander oordeel.

Daarbij is van belang dat Bpf HiBiN de groepsvoorwaarde in de vrijstellingsbesluiten voor drie andere ondernemingen, eveneens onderdeel van de CRH-groep, helemaal niet heeft opgenomen (zie de aanvallen uitspraak onder 4.4) en dat RRM hiervan ook op de hoogte was.

6.3.2 Onbestreden is dat de brieven van 4 augustus 2017 en 1 februari 2019, beide ondertekend namens het bestuur van Bpf HiBiN, zijn geschreven door een daartoe bevoegd persoon, zodat deze aan Bpf HiBiN kunnen worden toegerekend. Hiermee is voldaan aan de eerste twee stappen.

6.3.3 Er zijn in dit geval geen zwaarder wegende belangen, die in de weg staan aan het honoreren van de gerechtvaardigde verwachtingen van RRM. Bpf HiBiN heeft niet, althans onvoldoende duidelijk gemaakt welk belang zij heeft bij intrekking van de vrijstelling omdat RRM niet meer tot de CRH-groep behoort. Het algemene belang van collectiviteit en solidariteit bij het 'terughalen' weegt, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet zwaarder dan het belang van RRM bij het behouden van de vrijstelling. Het College is evenmin gebleken van belangen van derden die in de weg kunnen staan aan de honorering van het bij RRM gewekte vertrouwen dat Bpf HiBiN de groepsvoorwaarde heeft laten vallen.

6.4 De rechtbank heeft dus terecht geconcludeerd dat Bpf HiBiN de vrijstelling van RRM niet mocht intrekken op de grond dat RRM niet langer tot de CRH-groep behoort. De hoger beroepsgrond faalt.

#### Financiële gelijkwaardigheid

7.1 In de in artikel 7 van het Vrijstellingsbesluit bedoelde bijlage 3 is met betrekking tot financiële gelijkwaardigheid bepaald:

"Financiële gelijkwaardigheid

Het financieringssysteem van de door de werkgever voorgestane pensioenregeling dient gebaseerd te zijn op de jaarlijkse affinanciering van de tijdsevenredige ontslagaanpakken.

Hiervan kan worden afgeweken als het betreffende bedrijfstakpensioenfonds zelf backservice-aanspakken op enigerlei wijze in toekomstige jaren affinanciert. Het financieringssysteem van de door de werkgever voorgestane pensioenregeling dient dus ten minste hetzelfde te zijn aan dat van het bedrijfstakpensioenfonds.

Daarnaast dient het financieringssysteem te waarborgen dat er in beginsel te allen tijde sprake is van een 100% dekking van de tijdsevenredige aanspakken, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds zichzelf ook minder dan 100% dekking ten opzichte van die norm toestaat. De dekkingsgraad van een door de werkgever voorgestane pensioenregeling dient in dat geval ten minste gelijk te zijn aan die van het bedrijfstakpensioenfonds."

7.2 Het debat tussen partijen over de toetsing van de financiële gelijkwaardigheid gaat in het bijzonder over de vraag of onder 'dekkingsgraad' uitsluitend de feitelijke dekkingsgraad kan worden begrepen. Bpf HiBiN stelt zich op het standpunt dat moet worden uitgegaan van de feitelijke dekkingsgraad, hierbij aansluitend bij de definitie van dekkingsgraad in artikel 1 van de Pensioenwet. In artikel 1 van de Pensioenwet wordt het begrip dekkingsgraad gedefinieerd als "de verhouding tussen het vermogen inzake de bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregeling of pensioenregelingen en de technische voorzieningen van een pensioenfonds". Omdat de actuele dekkingsgraad een momentopname is en daardoor kan schommelen, betreft Bpf HiBiN bij haar beoordeling daarnaast de zogenoemde beleidsdekkingsgraad zoals gedefinieerd in artikel 133a van de Pensioenwet. RRM betoogt daartegenover dat, wanneer de beoordeling of de pensioenregelingen financieel gelijkwaardig zijn - ongeacht of sprake is van uitstelfinanciering - afhangt van dekkingsgraden, de premiedeckingsgraden moeten worden vergeleken. RRM verwijst

daartoe naar de tekst van bijlage 3 waarin is verwoord dat het 'financieringssysteem', dat wil zeggen de financiering van de pensioenopbouw, ten minste gelijk moet zijn. De premiedekkingsgraad is de verhouding tussen de betaalde premie en de toevoeging aan de verplichtingen. Hij geeft weer in hoeverre de door het pensioenfonds ontvangen premie de nieuwe pensioenverplichtingen op basis van de voorgeschreven rentetermijnstructuur dekt. Volgens RRM wordt met een vergelijking van de feitelijke dekkingsgraad van de beide fondsen ten onrechte de beleggingsperformance getoetst en zegt de feitelijke dekkingsgraad niets over het financierings-/betalingssysteem.

7.3 Tussen partijen is niet in geschil dat bij het CRH pensioenfonds de actuele dekkingsgraad op 31 maart 2019 en de beleidsdekkingsgraad op 31 juli 2019 onder 100% is gedaald. Niet in geschil is voorts dat bij Bpf HiBiN de actuele dekkingsgraad en de beleidsdekkingsgraad in de periode vanaf 31 maart 2019 tot en met 30 november 2019 hoger waren dan die van het CRH pensioenfonds. Ten tijde van het nemen van het primaire besluit op 19 december 2019 bedroeg de actuele dekkingsgraad van het CRH pensioenfonds 94,9% (30 november 2019) ten opzichte van 95,8% bij Bpf HiBiN. De beleidsdekkingsgraad van het CRH Pensioenfonds bedroeg op dat moment 95,4% ten opzichte van 97,7% van Bpf HiBiN. Niet in geschil is verder dat de premiedekkingsgraad van het CRH pensioenfonds met 90% hoger is dan die van Bpf HiBiN die een premie hanteert waarbij ongeveer 80% van de pensioenaangroei wordt gefinancierd.

7.4 In het midden kan blijven of de termen 'dekking' en 'dekkingsgraad' in bijlage 3 uitsluitend zien op de verhouding tussen het vermogen en de verplichtingen van het pensioenfonds. Ook als met Bpf HiBiN moet worden aangenomen dat 'dekkingsgraad' in bijlage 3 van het Vrijstellingsbesluit in het kader van de vaststelling van de financiële gelijkwaardigheid inderdaad uitsluitend ziet op de feitelijke dekkingsgraad en zij aldus, gelet op de feitelijke dekkingsgraad van het CRH Pensioenfonds ten tijde van het primaire besluit, bevoegd was om tot intrekking van de vrijstelling over te gaan, dan moet de vraag worden beantwoord of zij van die bevoegdheid gebruik mocht maken. Daarover overweegt het College als volgt.

7.4.1 De intrekking van een verleende vrijstelling is een discretionaire bevoegdheid, zodat Bpf HiBiN op grond van artikel 3:4 eerste lid, van de Awb de rechtstreeks bij dat besluit betrokken belangen moet afwegen. Daarbij mogen op grond van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb de gevolgen van intrekking van de vrijstelling voor RRM niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

7.4.2 De rechtbank heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat bij die afweging van de belangen doorslaggevend dient te zijn of de werknemers van RRM slechter af zijn dan bedrijfsgenoten die wel deelnemen aan de pensioenregeling van Bpf HiBiN, dat het belang van de werknemers van RRM voorop dient te staan en dat Bpf HiBiN daartoe de pensioenregeling van het CRH Pensioenfonds als geheel in ogenschouw heeft te nemen. Het betoog van Bpf HiBiN dat ook bij intrekking van de vrijstelling het belang van solidariteit voorop dient te staan en dat de rechtbank een verkeerde maatstaf heeft aangelegd door het belang van de werknemers van RRM voorop te stellen in plaats van het belang van alle werknemers (en pensioengerechtigden) bij Bpf HiBiN, faalt. Intrekking van een vrijstelling is een belastend besluit voor RRM. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, ziet het College niet in dat Bpf HiBiN in redelijkheid het belang van solidariteit en collectiviteit bij intrekking van een onverplicht verleende vrijstelling in het algemeen zwaarder kan laten wegen dan het belang van RRM en haar werknemers om te blijven deelnemen in een eigen pensioenregeling. De rechtbank heeft terecht overwogen dat Bpf HiBiN oog dient te hebben voor de gevolgen van de intrekking van de vrijstelling voor die werknemers. Dat een overgang naar Bpf HiBiN in het belang van de werknemers van RRM is, heeft Bpf HiBiN niet duidelijk gemaakt. De rechtbank heeft ook terecht gewezen op het belang van de deelnemers voor wie een excedent pensioenregeling zou moeten worden getroffen bij een tweede pensioenuitvoerder. Dat dit, naar Bpf HiBiN stelt, enkel zou gelden voor 20% van de werknemers van RRM leidt niet tot een ander oordeel, nu Bpf HiBiN, als gezegd, oog dient te hebben voor de gevolgen van alle



deelnemers en de inhoud van de pensioenregeling van het CRH pensioenfonds als geheel. Onweersproken is ten slotte dat de pensioenregeling van het CRH pensioenfonds actuariael beter is dan die van Bpf HiBiN.

7.4.3 De conclusie is dat Bpf HiBiN in redelijkheid niet mocht overgaan tot intrekking van de vrijstelling van RRM. Daarbij heeft het College naast het voorgaande mede in aanmerking genomen dat het (feitelijke) dekkingsgraadverschil tussen het CRH pensioenfonds en Bpf HiBiN ten tijde van het primaire besluit marginaal was en dat een hogere premiedekkingsgraad een positieve rol speelt bij het herstel van de financiële positie van pensioenfondsen. Verder heeft het College in aanmerking genomen dat, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, als gevolg van de situatie op de financiële markten niet alleen het CRH pensioenfonds, maar ook Bpf HiBiN te maken heeft gehad met een lagere dekkingsgraad dan 100% en een daling van de dekkingsgraad tot onder het (minimum) vereist vermogen en dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft besloten om vooralsnog de pensioenfondsen niet te verplichten om op de pensioenen te korten.

7.5 De hogerberoepsgrond slaagt niet.

#### Conclusie

8. Het voorgaande betekent dat de rechtbank het beroep van RRM terecht gegrond heeft verklaard en het bestreden besluit terecht heeft vernietigd. Het incidentele hogerberoep van RRM hoeft het College niet te bespreken, omdat dit niet tot een andere uitkomst kan leiden. De aangevallen uitspraak moet, met verbetering van de gronden, worden bevestigd voor zover in hoger beroep aangevochten.

9. Het College veroordeelt Bpf HiBiN in de door RRM gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.619,- (1 punt voor het indienen van de reactie op het hoger beroepsschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 759,- en een wegingsfactor 1).

10. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Awb wordt van Bpf HiBiN een griffierecht van € 541,- geheven.

#### **Beslissing**

Het College:

-

bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten;

- veroordeelt Bpf HiBiN in de proceskosten van RRM tot een bedrag van € 1619,-;
- bepaalt dat van Bpf HiBiN een griffierecht wordt geheven van € 541,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.C. Stam, mr. A. Venekamp en mr. I.M. Ludwig, in aanwezigheid van mr. A. Graefe, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 26 juli 2022.

De voorzitter is verhinderd w.g. A. Graefe

te ondertekeenen.