

## Pensioennieuws

*Rechtspraak, regelgeving en andere actualiteiten voor ondernemers, HR-professionals en accountants*

Uitgave nr. 3 - december 2019 – januari 2020

### Recente pensioenrechtspraak

#### 1. Behoort een 'toeslag onregelmatig werk' tot het pensioengevend loon?

De zaak betreft verschillende ondernemingen die behoren tot de DHL-groep. Het bedrijfstakpensioenfonds voor beroepsvervoer over de weg (Bpf Vervoer) vorderde achterstallige pensioenpremies. Reden: DHL had de toeslag onregelmatig werken (TOW) niet opgegeven en daarover waren aldus geen pensioenpremies geïncasseerd. Dat de TOW volgens het pensioenreglement wel onder het pensioengevend loon valt, stond niet ter discussie. DHL deed echter een beroep op afspraken die bij aanvang van de deelneming met Bpf Vervoer waren gemaakt dat de TOW niet als pensioengevend aangemerkt zou worden (afwijking van het reglement). Het hof oordeelde na een bewijsopdracht dat 'de afspraak' als zodanig niet vast was komen te staan, maar het Bpf Vervoer wel gerechtvaardigde verwachtingen had gewekt dat DHL de TOW niet hoefde op te geven. Het Bpf Vervoer is in cassatie gegaan. Advocaat-generaal Wesseling-Van Gent concludeert tot verwerping van het (principale) cassatieberoep van Bpf Vervoer. Op het incidenteel cassatieberoep van DHL ten aanzien van door het hof toegewezen buitengerechtelijke kosten (gebaseerd op het uitvoeringsreglement) concludeert de A-G tot verwijzing.

**Let op: in deze zaak stond niet ter discussie dat bij aanvang van de deelneming (2006), werkgever – mede vanwege cao-afspraken – de wens had de toeslag niet tot het pensioengevend loon te rekenen. Om discussies en nota's met terugwerkende kracht te voorkomen, is het van belang het pensioenfonds in dat geval expliciet om een standpunt te vragen, c.q. een bevestiging dat van het reglement wordt afgeweken.**

#### 2. Wijziging bedrijfsactiviteiten leidt tot verval extra pensioen ('VPL-regeling')

Werkgever Hero (onder meer bekend van de fruitsappen en frisdranken) viel in het verleden onder het verplichte bedrijfstakpensioenfonds voor de Groenten- en Fruitverwerkende industrie (Bpf GFI). Bpf GFI werd geliquideerd en de aanspraken per 1 januari 2015 overgedragen aan het pensioenfonds voor de agrarische en groene sector (Bpf BPL). Bij Bpf GFI kwamen werknemers onder voorwaarden in aanmerking voor extra pensioen op grond van een VPL-regeling. De VPL-regeling werd voortgezet door Bpf BPL. Voorwaarde is kort gezegd dat men tot de pensioeningangsdatum deelnemer moet blijven. Per 1 juli 2015 veranderden de bedrijfsactiviteiten van Hero

(de productieactiviteiten werden afgestoten). De verplichte deelneming kwam hierdoor te eindigen. Per 1 januari 2017 is de aansluiting op verzoek van Hero vrijwillig voortgezet. Omdat de werknemers voor wie de VPL-regeling van toepassing was, vanaf 1 juli 2015 geen deelnemer meer waren, zagen zij hun VPL-aanspraken vervallen. Zonder succes vorderde Hero van Bpf BPL nakoming van de VPL-aanspraken. Het pensioenreglement van Bpf BPL en de uitvoeringsovereenkomst bieden geen grondslag. Ook heeft Bpf BPL geen gerechtvaardigde verwachtingen gewekt dat de VPL-regeling toch in stand zou blijven. Hero werd bovendien bijgestaan door een professionele pensioenadviseur.

**Let op: met ingang van 1 januari 2006 werden de fiscale faciliteiten voor (pre)pensioenuitkeringen afgeschaft. Ter compensatie konden werkgevers tot 2010 extra ouderdomspensioen toezeggen met uitgestelde financiering (VPL-regeling). Voorwaarde is doorgaans blijvende deelneming tot de pensioendatum. Is een VPL-toezegging gedaan, dan is het van belang stil te staan bij de gevolgen van een beëindiging van de deelneming en eventueel aanvullende afspraken te maken.**

### 3. Werkgever valt onder werkingssfeer PFZW

Een BV en stichting maken onderdeel uit van dezelfde groep. De BV is gericht op het verlenen van commerciële, niet-verzekerde, cosmetische behandelingen. De stichting verleent wel verzekerde zorg. Niet-verzekerde zorg, valt niet onder het verplichtstellingsbesluit van PFZW; verzekerde zorg wel. Omdat de bestuurders van de BV en stichting dezelfde zijn (volledige zeggenschap), en een groot deel van de inkomsten van de stichting uiteindelijk naar de BV vloeit, kan niet gezegd worden dat de BV geen verzekerde zorg verleent. Er vond bovendien zo nu en dan uitwisseling van personeel plaats. Weliswaar voornamelijk op administratief gebied, maar die werkzaamheden dragen bij (zijn ondersteunend) aan de kernactiviteiten (Hoge Raad 24 februari 2012, [Link](#)). Het verplichtstellingsbesluit bevat verder geen minimumnorm. Enkele omstandigheid dat verzekerde zorg wordt verleend reeds voldoende, om eronder te vallen. Een andere lezing zou maken dat werkgevers eenvoudig aan de verplichtstelling kunnen ontsnappen door inkomsten en personeel te scheiden.

**Let op: ga regelmatig na – zeker bij wijziging van activiteiten – of er mogelijk verplichte deelneming in een pensioenfonds geldt. Oplettendheid is geboden indien binnen een groep ondernemingen wisselend wel of geen verplichtstelling van toepassing is.**

### 4. De objectieve rechtvaardiging voor gemaakt leeftijdsonderscheid, hoeft niet steeds cijfermatig onderbouwd te worden

Vanaf april 1997 bepaalde het pensioenreglement van ABP dat gewezen werknemers jonger dan 62-jaar, recht hadden op (gedeeltelijke) voortzetting van pensioenopbouw. Dit als zij ook aanspraak hadden op een ontslaguitkering (bijv. WW of suppletierегeling). Gewezen werknemers die op of na 1 april 1997 62-jaar of ouder waren, bouwden geen pensioen meer op. Het hof oordeelde dat geen sprake was van direct onderscheid (leeftijd van 62 gold voor iedereen). Advocaat-generaal Drijber kwam echter tot een andere conclusie.

In cassatie werd onder meer geklaagd dat het hof van ABP had moeten verlangen, door middel van cijfers, aan te tonen dat het hanteren van de leeftijdsgrens van 62-jaar noodzakelijk is. De Hoge Raad oordeelt dat of en zo ja, in hoeverre, een dergelijke cijfermatige onderbouwing moet worden gegeven, afhangt van de omstandigheden van het geval.

**Signalering: in de praktijk werd in geval van (vermoedelijke) leeftijdsdiscriminatie vaak gesteld dat de rechtvaardiging gebaseerd moet zijn op een concrete cijfermatige onderbouwing. Dit veelal met een beroep op een arrest van de Hoge Raad uit 2015 ([Link](#)). In de ABP zaak heeft de Hoge Raad nu bepaald, dat dit zeker geen standaard regel is.**

#### 5. Ontvangende pensioenfonds moet bij collectieve waardeoverdracht wijzen op kortingsrisico

Dat concludeerde eerder al advocaat-generaal De Bock. Het gaat om de situatie dat de overdragende uitvoerder een pensioenverzekeraar is. In deze zaak ging het om een collectieve waardeoverdracht van Nationale-Nederlanden (pensioenverzekeraar) naar PMT (pensioenfonds). Een pensioenverzekeraar kan pensioenaanspraken en rechten niet korten/verminderen. Een pensioenfonds onder voorwaarden wel. PMT had daar in haar 'startbrief' op moeten wijzen. De Pensioenwet schrijft niet voor wie de betrokkenen moet informeren (overdragende en/of ontvangende uitvoerder). De civielrechtelijke zorgplicht brengt echter mee dat in dit geval van PMT verlangd mocht worden dat op de kortingsmogelijkheid werd gewezen.

De Hoge Raad heeft recent de conclusie van de A-G gevolgd.

#### 6. (Voormalig) bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor achterstallige pensioenpremies

Onderneming D ontvangt in 2014 een herziene premienota voor de jaren 2006 tot en met 2009 van het bedrijfstakpensioenfonds voor beroepsvervoer over de weg (Bpf Vervoer). D had namelijk verzuimd om over deze jaren een overzicht van overuren aan Bpf Vervoer te verstrekken. Er werden wel werknemersbijdragen op de overuren ingehouden, maar deze waren nooit afgedragen. Op grond van artikel 23 Wet

verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) geldt dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor niet betaalde pensioenpremies. Wordt niet tijdig een melding gedaan van 'betalingsonmacht' dan wordt vermoed dat het niet betalen van de pensioenpremies te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. De melding moet schriftelijk gedaan worden. In deze zaak had wel telefonisch contact plaatsgevonden, maar dat is onvoldoende. Ook het feit dat tijdens een eerdere zitting een betalingsregeling tussen D en Bpf Vervoer was besproken, kwalificeert niet als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht. Bij het uitblijven van een geldige melding, hoeft het pensioenfonds geen nadere informatie op te vragen. De drie (voormalig) bestuurders zijn dan ook hoofdelijk aansprakelijk.

**Let op: wordt er een premienota opgelegd door een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en kan deze niet (ineens) worden voldaan, dan is het van groot belang direct en op de door de wet voorgeschreven wijze melding te doen van betalingsonmacht. Soms ontstaat betalingsonmacht gedurende een discussie/procedure met een pensioenfonds over het al dan niet verplicht aansluiten. Betalingsonwil kan samengaan met betalingsonmacht, in welk geval eveneens een (voorwaardelijke) melding gedaan dient te worden.**

#### **Andere actualiteiten**

- de afkoopgrens voor kleine pensioenen en automatische waardeoverdracht bedraagt met ingang van 1 januari 2020 € 497,27 bruto per jaar ([Link](#))

Mocht u nog vragen hebben naar aanleiding van deze nieuwsbrief of meer informatie willen dan kunt u uiteraard contact met mij opnemen ([kaldenberg@delissenmartens.nl](mailto:kaldenberg@delissenmartens.nl)) of 070-311 54 11.