

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

Nr. 1

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

Werkgroep Pensioenjurisprudentie

mr Lex den Blaauwen CPL
drs. Jurgen Holtermans CPC
mr drs. Maarten van de Kerkhof mfp CPL
mr Govert Jan Knotter CPL
mr Brigitte den Outer CPL
mr drs. Edwin Schop CPL (eindredactie)
mr Petra van Straten CPL

Secretariaat Vereniging van Pensioenjuristen
Postbus 91
7250 AB Vorden

©2013 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	9
2.	Wijziging pensioenregeling.....	11
3.	Uitleg uitvoeringsovereenkomst.....	17
4.	Einde arbeidsovereenkomst en pensioen	22
5.	Bedrijfstakpensioenfondsen.....	28
6.	Verjaring.....	39
7.	Echtscheiding.....	42
8.	Gelijke behandeling.....	45
9.	Toezicht.....	48
10.	Vertrouwensleer.....	51
11.	Zorgplicht	53
12.	Fiscaal pensioenrecht.....	57

Voorwoord

Voor u ligt een nieuwe loot aan de stam van de Vereniging van Pensioenjuristen (VvPj). Als vereniging waarin heel veel kennis over het pensioenrecht samen komt, tilmert de VvPj al enige jaren behoorlijk aan de weg. Nu dan ook de stap naar een eigen publicatiereeks.

Pensioen is een spraakmakend onderwerp. De mensen in het vak weten dit al lang; de wereld om ons heen raakt daar inmiddels ook steeds meer van doordrongen. De ontwikkelingen van de laatste jaren zorgen er voor dat pensioen aan alle (overleg)tafels een belangrijk gespreksonderwerp is geworden.

De wettelijke verankering van het recht op pensioen is de resultante van ontwikkelingen in de maatschappij, de bewegingen van financiële markten, de levensverwachting en de economische vooruitzichten. De wijze waarop de rechtspraak deze elementen weegt, is van groot belang voor de ontwikkeling van het pensioenrecht. Uit de jurisprudentie blijkt hoe wordt geoordeeld over de invulling van open normen, de wijze waarop sociale partners met elkaar dienen om te gaan, of belanghebbenden voldoende worden gehoord en gesteund. En *last but not least*, of de toezichthouders hun taak naar behoren uitoefenen.

In deze kroniek treft u een bloemlezing aan van de in 2012 gepubliceerde pensioenrechtspraak. Uitgesplitst naar categorie. Het zal interessant zijn om te zien op welke wijze deze rechtspraak de richting waarin het pensioenrecht zich beweegt mede zal bepalen.

Een kroniek pensioenrechtspraak komt tot stand door de inspanning van velen. Wij bedanken de werkgroep die met enthousiasme aan de totstandkoming heeft gewerkt.

Namens de VvPj,

Amsterdam/Gouda, maart 2013,

mr Hennie de Graaf CPL

mr Saskia Mevissen CPL

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

1. Inleiding

Hoewel buitenstaanders daar (nog steeds) anders over denken: voor de pensioenskundige *'never a dull moment'*. Zo was 2012 het jaar waarin onder meer:

- de Eerste Kamer het initiatief wetsvoorstel van Koşer Kaya en Blok over de samenstelling en medezeggenschap in pensioenfondsbesturen aanneemt en het kabinet de wet laat ingaan op 1 juli 2013 met een overgangstermijn van 1 jaar;
- het (aangepaste) wetsvoorstel Wet versterking bestuur pensioenfondsen naar de Tweede Kamer is gestuurd, met de bedoeling dit per 1 juli 2014 in werking te laten treden;
- DNB pensioenfondsen die zonder aanvullende maatregelen naar verwachting aan het einde van hun hersteltermijn (meestal 31 december 2013) niet voldoen aan het minimaal vereiste eigen vermogen, de mogelijkheid biedt om een eventuele pensioenkorting per april 2013 te maximeren op 7% en het restant uiterlijk aan het einde van de hersteltermijn te korten, indien dat op dat moment nog nodig is;
- de minister van SZW met DNB van mening is dat in een pensioenreglement of uitvoeringsovereenkomst niet mag worden bepaald dat een pensioenuitvoerder niet aansprakelijk is indien de werkgever de pensioenuitvoerder onvoldoende informeert over aanspraak- en pensioengerechtigden en daarmee niet-aangemelde werknemers recht hebben op pensioenverwerving jegens de pensioenuitvoerder;
- de regering via het Besluit beperking bijbetalingslasten bij waardeoverdracht het voor kleine werkgevers mogelijk maakt om (per 1 januari 2013) geen medewerking te verlenen aan waardeoverdracht;
- de Minister van SZW stelt dat de ondernemingsraad bij een verzekerde regeling instemmingsrecht heeft voor zowel de pensioen- als de uitvoeringsovereenkomst;
- de AOW-uitkering voortaan (vanaf 1 april 2012) ingaat op de dag waarop iemand 65 jaar wordt;
- de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd door de Eerste Kamer is aangenomen. Kern van de wet is dat de AOW-leeftijd op 1 januari 2013 met een maand wordt verhoogd. In de jaren daarna wordt de AOW-leeftijd in stapjes verder verhoogd, totdat die in 2018 66 jaar is en vervolgens in 2021 67 jaar. Vanaf 2021 wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting. De fiscale pensioenleeftijd - waarmee gerekend wordt - is vanaf 2014 67 jaar;

- het regeerakkoord Rutte II mede is gebaseerd op het nog verder terugschroeven van het Witteveenkader per 1 januari 2015 tot een maximale opbouw van 1,75% middelloon (1,5% eindloon) per jaar en een beperking van het pensioengevend salaris (tot € 100.000);
- en, *last but not least*, het pensioenakkoord – mede op grond van mogelijke onevenwichtige intergenerationele effecten – nog (steeds) niet concreet wordt uitgewerkt.

Het jaar 2012 leverde weer vermeldingswaardige rechtspraak op. Nog niet gebaseerd op bovenstaande wijzigingen: wetgeving werkt tenslotte vertraagd door in rechtspraak. De Werkgroep Pensioenjurisprudentie van de Vereniging van Pensioenjuristen heeft zich mede als taak gesteld jaarlijks over pensioenrechtspraak te berichten. Onder meer door het vervaardigen van een kroniek. Te beginnen in 2012. In de Kroniek Pensioenrechtspraak 2012 verwerkte uitspraken zijn de uitspraken gepubliceerd in 2012.

2. Wijziging pensioenregeling

Pensioenovereenkomst

Over (eenzijdige) wijziging van de pensioenovereenkomst (door de werkgever) werd en wordt nog steeds regelmatig geprocedeerd en gepubliceerd. De lijn lijkt inmiddels als volgt: is er geen CAO, maar wel een eenzijdig wijzigingsbeding (in de zin van art. 7:613 BW/art. 19 PW) en heeft de ondernemingsraad ingestemd, dan wordt de werkgever vermoed een zwaarwichtig belang te hebben bij de wijziging. Is er geen wijzigingsbeding overeengekomen dan dient de (zwaardere) onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 7:611 BW te worden toegepast.¹ Overeenkomstig doet Rechtbank Utrecht een uitspraak over het zwaarwegende belang van de werkgever (21 maart 2012, PJ 2012/122, **LJN: BX2710**). In deze zaak gaat het erom of de vervanging van een (niet verplichte) aansluiting bij het ABP door een beschikbare premiereregeling geoorloofd is. De werkgever maakt deel uit van een groep waarvan de moeder failliet ging, waarna het ABP het mantelcontract beëindigt. De werknemers beroepen zich jegens de werkgever op een in hun individuele arbeidsovereenkomsten opgenomen CAO-bepaling, die een verplichting tot aansluiting bij het ABP inhoudt. De werkgever voert aan dat aansluiting bij ABP voor haar niet langer mogelijk is en dat financieel-economische omstandigheden dwingen tot een soberder regeling. Dat vindt de rechtbank voldoende (zwaarwegend).

Toeslagen

Maar in 2012 stonden toch vooral toeslagregelingen centraal. Zo spreekt Rechtbank Amsterdam zich tweemaal uit over vorderingen tot (voortzetting van) toeslagverlening door het Pensioenfonds ING. Het vonnis van 22 oktober 2012 (PJ 2012/212, m.nt. Van Riemsdijk, **LJN: BY0769**) gaat over de vordering van een aantal ex-directieleden van ING. Het vonnis van 9 november 2012 (PJ 2013/2, m.nt. Breuker, **LJN: BY2922**) betreft de 'andere' pensioengerechtigden, ex-werknemers van ING. In beide zaken oordeelt de rechtbank dat de nog af te lossen staatssteun, tegen de achtergrond van de voortdurende onzekerheid op de financiële markten, zwaarwegende redenen vormen om geen toeslagen te verlenen, bij een overigens (ook volgens de rechtbank) voorwaardelijke verplichting. Interessant in deze

¹ Vergelijk ook het 'stappenplan' als weergegeven in het bekende arrest Mammoet/Stoof (HR 11 juli 2008, JAR 2008/204, LJN: BD1847).

uitspraak is dat er door de ex-werknemers een beroep wordt gedaan op het premiebetalingsvoorbehoud van art. 12 PW en op art. 7:613 BW. Tevergeefs. Volgens de rechter neemt de werkgever het besluit tot toeslagfinanciering en stelt daartoe de benodigde middelen aan het pensioenfonds ter beschikking. De werkgever heeft zich hiertoe verbonden, en alleen zwaarwegende redenen kunnen er toe leiden om in een jaar van toeslagverlening af te zien. De stelling van de ex-werknemers dat het in art. 12 PW neergelegde financieringsvoorbehoud mede van toepassing is op eventuele toeslagen kan de rechter niet volgen. Dat artikel heeft immers betrekking op de voor de reguliere pensioenopbouw overeengekomen premiebetaling, waarvan de jaarlijkse toeslagverlening juist geen deel uitmaakt. En anders dan de ex-werknemers aanvoeren speelt volgens de rechtbank in deze zaak ook art. 7:613 BW geen rol: het betreft wel een besluit van de werkgever, maar geen (besluit tot) wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Uitgewerkte rechtsverhouding?

De uitspraak van Hof Den Bosch van 28 februari 2012 (**LJN: BV7614**) gaat over een eenzijdige beëindiging van een ziektekostenbijdrage aan gepensioneerden, maar een vergelijking met een toeslagenregeling voor gepensioneerden is snel gemaakt.² Het hof neemt aan dat er een (eenzijdig) wijzigingsbeding van toepassing is en de wijziging door *de (ex-)werkgever* kan worden getoetst aan art. 7:613 BW. Daarbij overweegt het hof: *'Die bevoegdheid neemt geen einde na afloop van de arbeidsovereenkomst nu immers de (ex)werknemer in dit geval zijn aanspraken blijft ontlenen aan de destijds gesloten arbeidsovereenkomst'*. Ook op gepensioneerden wordt art. 7:613 BW van toepassing geacht en zijn gepensioneerden derhalve gebonden aan de wijziging. Geen 'uitgewerkte rechtsverhouding' dus.

Het standpunt dat er geen sprake is (kan zijn) van een uitgewerkte rechtsverhouding wordt ook ingenomen in de zaak tussen de Vereniging van gepensioneerden en hun ex-werkgever Delta Lloyd. Hierin oordeelt Hof Amsterdam (12 juni 2012, PJ 2012/119 m.nt. R. Langemeijer, **LJN: BW8050**) dat art. 7: 613 BW niet van toepassing is op het wijzigingsbesluit *van het fonds*.³ Ten aanzien van degenen die voor de wijziging uit dienst zijn getreden (slapers en gepensioneerden) doet de Vereniging van

² Zie ook de noot van H. Breuker bij Rb. Utrecht 3 juni 2009, PJ 2009/160.

³ Voor een uitgebreide analyse van dit arrest: H. Breuker, 'Wijziging onvoorwaardelijke indexatie voor inactieven', P&P 2012 7/8 en M. Heemskerk (e.a.), 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', TPV 2012/6.

gepensioneerden daarnaast een beroep op de genoemde 'uitgewerkte rechtsverhouding'.⁴ Het hof overweegt: *'Een pensioenovereenkomst is echter niet "uitgewerkt" bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar eerst op het moment dat er geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn'*.

Ook hier dus geen erkenning van het leerstuk van de uitgewerkte rechtsverhouding. Hier wordt in de rechtspraak ook wel eens anders over gedacht.⁵ Daarnaast lijkt het hof (zij het impliciet) te oordelen dat (onder de PSW) een onvoorwaardelijke toeslag voor inactieven kan worden gewijzigd in een voorwaardelijke. Onder de PW is het inmiddels duidelijk dat onvoorwaardelijke toeslagen niet en voorwaardelijke toeslagen – zij het onder voorwaarden – wel kunnen worden gewijzigd.⁶

Wijziging en CAO

Hof Den Haag mag zich 18 september 2012 (PJ 2012/180, **LJN: BX8419**) uitspreken over toeslagverlening waarvan de voorwaarden in de CAO van Fortis Bank Nederland zijn bepaald. Daar wordt in het pensioenreglement naar verwezen, zodat de gepensioneerde is gebonden aan wijzigingen in de CAO die na zijn uitdiensttreding tot stand zijn gekomen: de toeslagbepaling in het reglement is, aldus het hof *'in handen van CAO-partijen gelegd'*. De gepensioneerde in kwestie is al in 1988 met pensioen gegaan. In 2000 ontvangt hij een brief van het pensioenfonds, in verband met een voorgenomen (banken)fusie, waarin staat dat zijn rechten en aanspraken

⁴ Zie over de uitgewerkte rechtsverhouding: J.M. van Slooten, 'De uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en pensioenrechtelijk vraagstuk', TPV 2012/2, en in het bijzonder met betrekking tot het Delta Lloyd arrest: M. Heemskerk (e.a.) 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek', TPV 2012/6 en de reacties hierop van H. Breuker, 'Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken', en 'De uitgewerkte rechtsverhouding is met de komst van de PW niet meer relevant', TPV 2013/1; S.A.S. Kampijon, 'Het argument van de uitgewerkte rechtsverhouding uitgewerkt', P&P 2013/1.

⁵ Zie ook H. Breuker, 'Wijziging onvoorwaardelijke indexatie voor inactieven', P&P 2012 7/8 p. 13 waar hij (met verwijzing naar literatuur) stelt dat het uitgangspunt is dat wijzigingen in de pensioenregeling niet van invloed zijn op pensioenaanspraken van degene die niet meer in dienst zijn.

⁶ E. Schop, 'Wijziging van de verzekerde pensioenregeling', P&P 2011/6; E. Lutjens (red.), Pensioenwet: Analyse en commentaar, Kluwer: Deventer 2011; H. Breuker, 'Wijziging onvoorwaardelijke indexatie voor inactieven', P&P 2012 7/8.

onverkort gehandhaafd blijven. In 2003 (en daarna) blijkt dat de toeslagverlening achterblijft bij de salarisontwikkelingen. Het namens de gepensioneerde gedane beroep op de gerechtvaardigde gewekte verwachting dat nadien de jaarlijkse toeslag zou worden gefixeerd op de CAO-loonindex, kan het hof niet overtuigen. De gepensioneerde heeft er rekening mee moeten (blijven) houden dat bij CAO op enig moment een andere keuze zou kunnen worden gemaakt. Het hof lijkt in zijn afweging rekening te houden met de functie destijds van de gepensioneerde, Hoofd Juridische en Fiscale Zaken en directeur van het Trustbedrijf.

In een vergelijkbare zaak tegen Friesland Foods (Hof Leeuwarden 25 september 2012, PJ 2012/204, **LJN: BX8630**) is de kernvraag of een gepensioneerde kan worden gebonden aan CAO-afspraken waardoor de onvoorwaardelijke toeslagverlening (onder toepassing van de PSW) wordt gewijzigd in een voorwaardelijke. Het hof overweegt dat een CAO op grond van art. 1 lid 1 van de Wet CAO voornamelijk of uitsluitend ziet op de arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen. En daarom een gepensioneerde niet meer onder de werkingssfeer van een na zijn pensionering tot stand gekomen CAO valt. Daaraan doet volgens het hof niet af dat de betrokkene gedurende de periode dat hij flex- of vroegpensioen geniet als actief deelnemer wordt beschouwd door het pensioenfonds. Binding van gepensioneerden aan een later tot stand gekomen CAO is dan, aldus nog steeds het hof, niet mogelijk. Onverminderd art. 19 PW en het wijzigingsbeding in de pensioenovereenkomst.

Standpunt DNB

DNB heeft in 2012 een aantal Q&A's toegevoegd waarin DNB ingaat op de vraag of een pensioenfonds de voorwaardelijke toeslagverlening mag wijzigen voor slapers of gepensioneerden. Op dit vraagstuk wordt ook ingegaan door het ministerie van SZW in het rapport 'Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract' van mei 2012. De antwoorden van DNB roepen vragen op. Alleen door middel van individuele instemming kan worden gewijzigd. Dit is, aldus nog steeds DNB, slechts anders als er in de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen. Is dit niet opgenomen dan, zo stelt DNB, kan het alleen zo zijn dat vakorganisaties (ook bij ondernemingspensioenfonds) slapers en gepensioneerden binden, voorzover zij lid zijn van deze vakorganisatie(s). Op deze (zeker voor

een toezichtsorgaan) ongenueanceerde benadering is in de literatuur met kritiek gereageerd.⁷

⁷ Zie hierover E. Lutjens, 'Mag een pensioenfonds de voorwaardelijke toeslagregeling van gepensioneerde of slapers wijzigen?', P&P 2012/10, p. 4-5. T. Huijg, 'DNB zit er weer naast', IPNederland, 3 augustus 2012.

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

3. Uitleg uitvoeringsovereenkomst

Mede als gevolg van de economische ontwikkelingen staan bestaande afspraken tussen de werkgever en de uitvoerder vaker centraal. Dit draait veelal uit op een uitleg van deze afspraken. Vaak blijkt dat partijen nooit expliciet rekening hebben gehouden met een (drastische) verslechtering van de financiële positie van (met name) het pensioenfonds en/of de werkgever.

Het Pensioenfonds Staples verleent de aangesloten werkgevers al jaren een zogenaamde premievakantie. Zo ook in 2008. In tegenstelling tot andere jaren stuurt het pensioenfonds in juli 2008 een brief aan de werkgevers dat over 2008 een definitieve korting op de pensioenpremie van 50% wordt gegeven. Over de resterende 50% van de jaarpremie wordt een voorwaardelijke korting verleend. Het Pensioenfonds Staples, dat al jaren een zeer hoge dekkingsgraad heeft, ziet door de economische omstandigheden het vermogen in rap tempo afnemen. In oktober 2008 neemt het pensioenfondsbestuur een besluit waarbij de eerder verleende definitieve premiekorting wordt teruggedraaid. Een van de aangesloten werkgevers, Veenman, is inmiddels verkocht aan Xerox en is niet van plan om de definitieve verleende premiekorting alsnog te betalen. Via de rechtbank lukt het het pensioenfonds om Veenman de definitieve premiekorting te laten betalen. De rechtbank oordeelt dat het besluit van het pensioenfonds van oktober 2008 rechtsgeldig is genomen. Veenman stelt in hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de in juli definitief verleende korting van 50%. Hof Den Haag oordeelt op 24 april 2012 (**LJN: BW4085**) dat de vraag of Veenman gehouden is de volledige jaarpremie over 2008 te betalen, beantwoord moet worden op basis van de contractuele verhouding tussen partijen, en dus op basis van boek 6 BW. Op grond van de uitvoeringsovereenkomst is de premie reeds per 2008 verschuldigd waardoor - zo stelt het hof - in de loop van 2008 door het fondsbestuur het besluit tot premiekorting rechtsgeldig kan worden genomen. Die premiekorting is door Veenman aanvaard. De uitvoeringsovereenkomst bevat geen bijstortingsverplichting en biedt ook verder geen aanknopingspunten om alsnog betaling van de premie door Veenman te verlangen. De brief van 18 juli 2008 van het pensioenfonds aan Veenman (tezamen met de overschottennotitie) kan – aldus het hof – worden gezien als een aanbod, dat door Veenman is aanvaard, waarmee het hof de oorspronkelijke afspraken in de uitvoeringsovereenkomst ziet gewijzigd. Vervolgens had Veenman er geen rekening mee hoeven te houden dat het fonds nog kon terugkomen op de korting: in de notitie was geen enkel voorbehoud gemaakt ten aanzien van de

onvoorwaardelijke kortingen en had het fondsbestuur expliciet stilgestaan bij de economische omstandigheden waardoor de dekkingsgraad op korte termijn zou kunnen dalen. Vervolgens resteert uitsluitend nog de vraag of het pensioenfonds de premiekorting kon terugdraaien met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Dat is volgens het hof niet het geval is. Er was een dekkingsgraad van meer dan 100%, geen van de andere aangesloten werkgevers heeft zijn terugbetaling van de definitieve korting afhankelijk gemaakt van het terugbetalen van *alle* werkgevers, en het door Veenman verschuldigde bedrag was (relatief) bijzonder klein.

Dat een uitvoeringsovereenkomst niet altijd volgens letterlijke bewoording wordt uitgelegd bleek bij het pensioenfonds Unisys (Rechtbank Amsterdam 16 januari 2012, **PJ 2012/43**, m. nt. E. Lutjens, **LJN: BV2639**). Daar gold nog een uitvoeringsovereenkomst die was gesloten tijdens de werking van de PSW. Het evenwicht dat in de uitvoeringsovereenkomst tussen bijstorten en terugstorten was beoogd, werd verstoord door de eisen van de PW. Het pensioenfonds stelt dat partijen hebben beoogd de nieuwe pensioenregeling (dus ook met de niet-dwingendrechtelijke bepalingen in de PW, zoals de langere herstelperiode van drie jaar) op de in het verleden (dus onder de PSW) gesloten financieringsovereenkomst toe te passen. De rechtbank gaat hier niet in mee. De(ze) versoepeling in de pensioenwetgeving werkt namelijk niet (automatisch) door: het staat partijen namelijk vrij een kortere herstelperiode overeen te komen. Ondanks dat de rechtbank de financieringsovereenkomst in het voordeel van het pensioenfonds uitlegt, is uiteindelijk de conclusie dat een beroep op ongewijzigde instandhouding van de financieringsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De volgende omstandigheden spelen in dit kader met name een rol:

- een verstoord financieel evenwicht binnen de financieringsovereenkomst. De bijstortingsregeling is de tegenhanger van de premiekortingsregeling. Premiekorting is door invoering van de (dwingendrechtelijk) strengere bepalingen in de PW minder snel aan de orde, terwijl anderzijds de werkgever (Unisys) niet kan “meeprofiteren” van de mildere regeling in de PW met betrekking tot de dekkingsgraad, te weten een langere herstelperiode (omdat dit laatste een niet-dwingendrechtelijke bepaling behelst);
- de kredietcrisis met een ongekennde omvang en hevige gevolgen voor de pensioenlasten;

- de omvang van de aanvullende bijdrage. Deze staat in geen verhouding tot de omvang van de aanvullende bijdragen in de afgelopen jaren. Ook staat deze in geen verhouding tot de jaarlijkse totale loonsom;
- de achtergrond van de in de PW genoemde herstelperiode van drie jaar in plaats van één jaar (in verband met de volatiliteit van de markt en de gestegen pensioenlasten).

Ook komt uitleg aan de orde bij een verschil van inzicht tussen Alcatel en haar pensioenfonds. De rechtbank (11 oktober 2012, PJ 2012/211, m. nt. E. Lutjens, **LJN: BY4146**) dient te beoordelen of de afspraken tussen partijen meebrengen dat bij beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst de op de werkgever rustende financiële verplichtingen in één keer opeisbaar zijn geworden. Het pensioenfonds stelt van wel. De onderneming zegt de overeenkomst conform de uitvoeringsovereenkomst op. Vervolgens vordert het pensioenfonds € 79 miljoen aan afwikkelkosten en € 103 miljoen voor toeslagen. En daarnaast nog de kosten die worden gemaakt als gevolg van de opzegging voor aanpassing van het beleggingsbeleid, aanpassing van het risicobeleid en aanpassing van de governance. De rechtbank wijst alle vorderingen af. Voor herstelbetalingen is de rechtbank, nu er geen bijzondere omstandigheden spelen, van oordeel dat de uitvoeringsovereenkomst duidelijk is en slechts betalingsverplichtingen tot het einde van de uitvoeringsovereenkomst voorschrijft. Het herstelplan, aldus nog steeds de rechtbank, is een 'intern' stuk van het pensioenfonds, waar het fonds (in dit geval) geen recht ten opzichte van de werkgever op kan baseren. Niet kan worden ingelezen dat de werkgever gehouden is de premies volgens het herstelplan te betalen gedurende de gehele looptijd van het plan. En ook niet na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. De uitspraak laat in ieder geval zien dat dat een precieze opstelling van de beëindigingsvoorwaarden in de uitvoeringsovereenkomst van het grootste belang is.

Begin 2012 ontstaat een geschil tussen PostNL en het pensioenfonds over aanvullende stortingen. De Geschillencommissie heeft op 3 december 2012 geoordeeld dat PostNL verplicht is tot bijstorting.⁸ Eind 2011 heeft PostNL aan het pensioenfonds laten weten niet langer te willen bijstorten. PostNL betwist de noodzaak van de bijstortingen, omdat het fonds ook zonder bijstortingen in staat zou moeten zijn om tijdig te kunnen herstellen. Daarnaast is PostNL van oordeel met de huidige pensioenregeling te veel bloot te staan aan te veel financiële risico's (waaronder de bijstortingsverplichting) en daarom naar een ander pensioensysteem

⁸ www.postnlpensioen.nl

moet worden overgegaan. Voor het pensioenfonds is dit laatste in de huidige situatie onbespreekbaar. Het pensioenfonds is door de aanhoudende weigering tot bijstorting naar de Geschillencommissie gestapt. Het pensioenfonds is in het gelijk gesteld .

In de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (23 maart 2012, PJ 2012/141, **LJN: BX4235**) staat de vraag centraal of een verzekeraar is gehouden de opgebouwde pensioenen na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst (voor eigen rekening) te (blijven) indexeren. Toeslagverlening in een van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vrijgestelde pensioenregeling na beëindiging van de financieringsovereenkomst uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar is niet altijd helder geregeld. Het probleem doet zich voor na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar, en de werkgever daarna nog steeds onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde fonds valt.⁹ Als na de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar geen waardeoverdracht heeft plaatsgevonden, blijven de premievrije pensioenrechten bij de verzekeraar achter. Uitgangspunt is dat de pensioenregeling minimaal gelijkwaardig is.¹⁰ is met de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de verzekeraar ook de toeslagverlening (althans, voor rekening van de verzekeraar) beëindigd? Het antwoord zal neerkomen op uitleg van het pensioenreglement en de uitvoeringsovereenkomst. In de genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam heeft de werkgever vanaf 1 december 1976 een collectieve pensioenregeling verzekerd. Per 1 januari 1980 heeft de werkgever zich aangesloten bij een werkgeversorganisatie waarmee op alle werknemers een CAO van toepassing is geworden. Op basis van deze CAO hadden de werknemers recht op pensioenaanspraken volgens de bepalingen van de statuten en het pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds voor de Woningcorporaties. Per 1 januari 1980 is de contractuele relatie tussen de pensioenuitvoerder en de werkgever voortgezet en is de pensioenregeling actuariael gelijkwaardig gemaakt. Met ingang van 1 januari 1991 zijn de werknemers toegetreden tot het pensioenfonds, is de uitvoeringsovereenkomst geëindigd en zijn de

⁹ Zie uitgebreid: T. Zuiderman en S. de Boer, 'Van toeslagverlening die voorbijgaat... of toch niet?', *PensioenMagazine* 2012/11.

¹⁰ Vrijstelling op grond van art. 5 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 (Z-score) vereist minimaal gelijke aanspraken.

pensioenverzekeringen bij de verzekeraar premievrij gemaakt. In de uitvoeringsovereenkomst is staat: *‘Nationale-Nederlanden verbindt zich aan iedere krachtens deze overeenkomst verzekerde deelnemer of gewezen deelnemer en/of zijn nagelaten betrekkingen dezelfde uitkeringen onder dezelfde voorwaarden te verrichten als het bedrijfspensioenfonds zou hebben verricht, indien de deelnemer had deelgenomen aan het bedrijfspensioenfonds. Nationale-Nederlanden verbindt zich de beslissingen van het bestuur van het bedrijfspensioenfonds die betrekking hebben op de uitkeringen of de voorwaarden waaronder uitkeringen worden verstrekt, op deze overeenkomst van toepassing te verklaren.’* en *‘Bij beëindiging van de overeenkomst zullen de door Nationale-Nederlanden te verrichten uitkeringen worden beperkt tot de pensioenbedragen volgens de juist vóór die beëindiging voor de deelnemers c.q. gewezen deelnemers en hun nabestaanden geldende pensioenregeling, berekend volgens het in artikel 3 bepaalde over de daar bedoelde periode, uiterlijk tot de datum van die beëindiging’.* Saillant detail is dat de verzekeraar na afloop van de uitvoeringsovereenkomst enkele jaren heeft verhoogd met de toeslagen van het bedrijfstakpensioenfonds, maar dat deze fout is hersteld. Op grond van de uitvoeringsovereenkomst vordert de werkgever verhoging van de premievrije aanspraken op ouderdomspensioen en de ingegane ouderdomspensioenen van alle op 1 januari 1991 verzekerde personen aan de hand van de toelagambitie van het pensioenfonds. De rechtbank is van mening dat de verzekeraar na afloop van de uitvoeringsovereenkomst slechts is gehouden tot uitkering van pensioenbedragen die zijn opgebouwd tot het einde van de uitvoeringsovereenkomst. Volgens de rechtbank kan uit de tekst van de uitvoeringsovereenkomst niet de verplichting van de verzekeraar worden opgemaakt om (voor eigen rekening) toeslagen te verlenen na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Ook kon deze verplichting uit overige verklaringen en gedragingen van de verzekeraar (zoals het eerst toekennen en vervolgens terugdraaien van toeslagen) worden afgeleid. De rechtbank wijst de vorderingen daarom af.

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

4. Einde arbeidsovereenkomst en pensioen

Pensioenontslag

Uitgezonderd een enkele uitspraak is de lijn in de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege door tijdsverloop, als volgt: is in de (collectieve) arbeidsovereenkomst een pensioenontslagbeding opgenomen dan eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Is er geen beding opgenomen dan kan dit tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst niet eindigt op de AOW-gerechtigde leeftijd.¹¹ Ook in 2012 zijn er uitspraken waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt door het (enkel) bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar. Zo is de rechtbank Haarlem (30 mei 2012, PJ 2012/152, **LJN: BW8593**) van mening dat tegenwoordig niet langer gezegd kan worden dat het in Nederland gebruikelijk is dat men stopt met werken bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar. Met name gelet op de maatschappelijke discussie en politieke besluitvorming over het verhogen van de pensioengerechtigde leeftijd en de maatschappelijke ontwikkelingen van de laatste jaren, waarbij stoppen op leeftijd 65 jaar niet meer vanzelfsprekend is. De rechtbank overweegt dat het feit dat de werknemer vanaf haar 65^e jaar recht heeft op een pensioenuitkering niet tot de conclusie leidt dat de arbeidsovereenkomst ook vanaf dat moment van rechtswege eindigt. En dat er geen wettelijke regel is die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van een pensioengerechtigde leeftijd eindigt. In de arbeidsovereenkomst van de werknemer was niet opgenomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en er was ook geen CAO van toepassing. Toen de werkgever de werknemer schreef dat het in Nederland gebruikelijk is dat werknemers uit dienst treden op het moment dat ze 65 jaar worden, liet de werknemer weten het daar niet mee eens te zijn. De werkgever vroeg vervolgens een ontslagvergunning aan bij de UWV die ook werd verleend. Daarna werd de arbeidsovereenkomst voor zover vereist opgezegd. De werknemer vordert doorbetaling van het loon over de periode van het bereiken van de 65-jarige leeftijd tot de datum waartegen de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV is opgezegd. Die vordering wordt toegewezen. In een vergelijkbare situatie komt Rechtbank Breda op 24 oktober 2012 (PJ 2013/12, **LJN: BY2893**) tot eenzelfde uitspraak (zie ook onder 8.).

¹¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 19 oktober 2011, PJ 2012/74.

Pensioenontslag was ook aan de orde in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 16 februari 2012 (PJ 2012/83, **LJN: BV6077**). In die zaak was aan een ambtenaar eervol ontslag verleend bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Het besluit was van 1 juli 2009 en de datum van ingang van het eervol ontslag was 1 februari 2008. De ambtenaar maakte bezwaar tegen de aan de ontslagverlening gegeven terugwerkende kracht, maar vond bij de CRvB geen gehoor. De CRvB oordeelt dat er in januari 2008 een fout gemaakt is doordat niet het verplicht voorgeschreven ontslag is verleend in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Maar de CRvB oordeelt vervolgens dat die fout hersteld kan worden indien daarmee niet in strijd wordt gehandeld met het rechtszekerheidsbeginsel. Omdat de ambtenaar wist dat het de bedoeling was dat hem met ingang van zijn pensioenleeftijd ontslag zou worden verleend en hij daarmee akkoord was gegaan, kan de werkgever dat na het oordeel van de CRvB alsnog doen zonder dat er strijd was met de rechtszekerheid.

Interessant is de overweging van de Hoge Raad op 13 juli 2012 (PJ 2012/163, m. nt. P.C. Vas Nunes en mr. F.M. Dekker, **LJN: BW3367**) in het arrest van de verkeersvliegers van de KLM dat *'als er sprake is van een mechanisme van automatische beëindiging van arbeidsovereenkomst, het van belang is dat die beëindiging op een contractuele grondslag berust die zowel werkgevers en werknemers als sociale partners de mogelijkheid biedt dit mechanisme toe te passen'*. In de literatuur houdt Vas Nunes vol dat er maar twee soorten arbeidsovereenkomsten bestaan: één voor bepaalde duur, die in beginsel van rechtswege eindigt, en één voor onbepaalde duur die dat niet doet. Een derde variant – een van rechtswege eindigende overeenkomst voor onbepaalde duur – is onbestaanbaar. Vas Nunes voerde hierover pennenstrijd met Lutjens, die pleit voor een van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.¹² In deze uitspraak volgt de Hoge Raad de visie van Lutjens.

¹² E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-697 en NJB 2008/1446, p. 1786 e.v.; M. Heemskerk, 'De gevolgen van verboden pensioenontslag', SR 2006/74, p. 50 en bestreden door M. Keulaerds en P.C. Vas Nunes, 'Pensioenontbinding', in: Scholtensbundel, p. 111-133 en P.C. Vas Nunes, NJB 2008/915, p. 1166 sub a..

Afhankelijk van de wijze waarop een pensioenontslagbeding in de arbeidsovereenkomst is verwoord, kan dit met het uiteenlopen van de AOW- en de fiscale pensioenleeftijd nog spannend worden. In arbeidsovereenkomsten komt immers nog met regelmaat voor dat deze eindigen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De heersende literatuur is dat een dergelijke bepaling nietig is. Een beding waarin is bepaald, dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt vóór het bereiken van de (nieuwe) AOW-gerechtigde leeftijd, is discriminatoir en is alleen toegestaan (dat wil zeggen: is niet nietig) als dat objectief gerechtvaardigd kan worden. Tot nu toe is een objectieve rechtvaardiging in de rechtspraak alleen aanvaard in de situatie van piloten in dienst van luchtvaartmaatschappijen (zie het hiervoor genoemde KLM-arrest van de Hoge Raad). De vraag is dan nog of de (feitelijke) AOW-gerechtigde leeftijd converteert in de nieuwe AOW-leeftijd.¹³

Mogelijk dient het pensioenontslagbeding vanaf 1 januari 2014 te worden aangepast aan de pensioenrichtleeftijd. De Eerste Kamer heeft (met aanvaarding van de motie Noten) de regering opgeroepen om het pensioenontslag niet te richten op de verhoogde AOW-leeftijden, maar voor iedereen op de nieuwe pensioenrichtleeftijd van 67 jaar.¹⁴ De vraag is of en op welke wijze de regering aan deze oproep gevolg geeft. Het kan betekenen dat werkgevers opnieuw naar het pensioenontslagbeding moeten kijken om leeftijdsdiscriminatie te voorkomen.

Daarnaast doen werkgevers zonder een beding in de arbeidsovereenkomst er verstandig aan alsnog een dergelijk beding op te nemen. Voor zover dit niet al zal worden voorgeschreven. Om de huidige onduidelijkheden van het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst weg te nemen, is voorgesteld het pensioenontslagbeding via regeland recht verplicht te stellen.¹⁵

Ontbinding

In de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters staat in Aanbeveling 3.3 dat behoudens zeer uitzonderlijke gevallen het werkgeversaandeel in de pensioenpremie geen onderdeel uitmaakt van factor B. Dit komt ook zo terug in de rechtspraak. Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt pensioen als onderdeel van de component B meegewogen. De rechtbank Alkmaar overweegt op 16 mei 2012 (PJ 2012/159, **LJN:**

¹³ M. Heemskerk. *De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord*. VU Expertisecentrum Pensioenrecht: 2011, p. 94.

¹⁴ *Kamerstukken I*, 2011-2012, 33 290, J.

¹⁵ Brief minister Kamp d.d. 12 augustus 2011, *Kamerstukken II* 32 767, nr. 8.

BW8623) dat het billijk is om de pensioencompensatie die de werknemer maandelijks ontving in factor B mee te nemen. Die pensioencompensatie had namelijk overwegend het karakter van een aanzienlijke, structureel overeengekomen en vaste looncomponent. De pensioencompensatie aan de werknemers is toegekend als een vaste, persoonlijke toeslag, die door de werknemers naar eigen keuze kon worden besteed en die niet hoefde te worden gebruikt om het verlies in pensioenopbouw te compenseren. De compensatie is aangeboden in verband met de versoering van de pensioenregeling. De rechtbank oordeelt daarom dat de compensatie niet vergelijkbaar is met een werkgeversaandeel in de pensioenpremie en daarom dient te worden gezien als een reguliere beloning.

Kennelijk onredelijk ontslag

In tegenstelling tot de kantonrechttersformule lijkt pensioenschade in geval van kennelijk onredelijk ontslag (in de zin van art. 7:681 BW) eerder met succes te worden gevorderd. Opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding hoeft niet kennelijk onredelijk te zijn. Bij de beantwoording van de vraag of het ontslag wel of niet kennelijk onredelijk is, dienen alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking te worden genomen. Zoals bijvoorbeeld de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband, de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid, de rol van de werkgever bij reïntegratie, de mate waarin de werkgever heeft geïnvesteerd in 'employability', de financiële positie van de werkgever en het verlies van rechten op (vroeg)pensioen.¹⁶ Is sprake van kennelijk onredelijk ontslag, dan heeft de ex-werknemer recht op een schadevergoeding. Die schadevergoeding heeft een bijzonder karakter omdat deze bedoeld is als een 'pleister op de wond' die past bij de aard en de ernst van de tekortkoming.¹⁷ Het bepalen van de grootte van de pleister (of de wond) dient naar redelijkheid plaats te vinden en blijkt daardoor (zeker voor pensioenschade) vaak een 'slag in de lucht'.¹⁸

¹⁶ Zie voor een uitgebreide analyse en verwijzing naar literatuur: S. de Lange en M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', TAP 2011/6, p. 212 - 226. Zie ook E. Lutjens, 'Pensioengevolgen van een ontslag', ArbeidsRecht 2013/2.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 30.

¹⁸ Anders: Kntr. Den Bosch 8 september 2010, RAR 2010/169 (werknemer lijdt pensioenschade vanwege het feit dat hij verplicht is zijn flexpensioen op zijn zestigste levensjaar te laten ingaan), Kntr. Eindhoven 2 september 2010, LJN: BN6122 (onderbouwde pensioenschade maakt geheel onderdeel uit van schadevergoeding) en Kntr. Utrecht 28 september 2011, JAR

Zo oordeelt ook Hof 's-Gravenhage (12 december 2012, PJ 2013/29, **LJN: BY5826**). Rekening houdend met alle relevante omstandigheden begroot het hof de schadevergoeding van € 12.000, waarmee een groot deel van de pensioenschade wordt geacht te worden gecompenseerd.

Rechtbank Amsterdam (27 november 2012, **LJN: BY4205**) stelt vast dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag en acht de eis van een vergoeding van (onder meer) de werkgeversbijdrage in de pensioenpremie van € 102,65 per maand gedurende 24 maanden (als periode van te verwachten werkloosheid) redelijk.

Is pensioen(vakantie)loon?

De waarde van structureel toegekende bonussen en het werkgeversdeel van de pensioenpremie wordt door Rechtbank Amsterdam (29 juni 2012, PJ 2013/30 m. nt. S.H. Kuiper, **LJN: BX1486**) betrokken bij het vaststellen van de waarde van uit te betalen vakantiedagen. Dit vonnis is vooral van belang voor (werkgevers met) werknemers met een stuwmeer aan vakantiedagen. Mogelijk onverwacht, maar volgens de rechtbank moet ook het werkgeversdeel van de pensioenpremie worden uitgekeerd als deel van de vergoeding voor niet opgenomen vakantiedagen. De werkgever rekent met het vaste salaris en de vakantietoeslag. Het vakantieloon dient, zo meent de rechtbank in navolging van het Hof van Justitie van de Europese Unie (EHvJ), overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon. Daartoe rekent de rechtbank ook het werkgeversdeel van de pensioenpremie, omdat *'indien hij gedurende de betreffende vakantiedagen in dienst zou zijn gebleven, de werkgever gedurende die periode werkgeversbijdrage pensioenpremie had betaald'*. Daaraan verbindt de rechtbank de conclusie dat de waarde van de werkgeverspremie onderdeel vormt van de waarde van de niet-opgenomen vakantiedagen. De vraag is echter of de rechtbank hier een ruimere (te ruime?) uitleg geeft aan het begrip vakantieloon dan het EHvJ, en of EU-recht überhaupt lidstaten kan dwingen het werkgeversdeel van de pensioenpremie te rekenen tot het vakantieloon.¹⁹ Dit lijkt nog geen uitgemaakte zaak.

2012/27 (rechter kent vergoeding voor de volledige pensioenschade toe bij ontslag tweeënhalf jaar voor pensioenleeftijd).

¹⁹ Zie de uitvoerige noot van S.H. Kuiper bij deze uitspraak.

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

5. Bedrijfstakpensioenfondsen

Bestuurdersaansprakelijkheid

Ook in 2012 zijn enkele bestuurders van een vennootschap aansprakelijk gesteld door een bedrijfstakpensioenfonds voor de niet betaalde pensioenpremies. Bestuurders van een vennootschap die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, kunnen op grond van art. 23 lid 1 Wet Bpf met succes persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor het niet betalen van de pensioenpremie. En wel indien niet onverwijld een melding betalingsonmacht is gedaan (Rechtbank Rotterdam, 4 april 2012, PJ 2012/102, **LJN: BW1434**). De omstandigheid dat de vennootschap dan wel haar bestuurders geen melding hebben gedaan en de hoogte van de nota niet hebben betwist, betekent niet dat zij de omvang van de premieschuld niet meer kunnen betwisten.

Indien tijdig een melding is gedaan rust op het bedrijfstakpensioenfonds de stelplicht en bewijslast dat het niet betalen van pensioenpremies te wijten is aan onbehoorlijk bestuur (Hof Leeuwarden, 28 februari 2012, PJ 2012/78, **LJN: BV7210**). Indien geen tijdige melding is gedaan kan de bestuurder niet worden toegelaten tegenbewijs te leveren. Met betrekking tot de buitengerechtigde kosten geldt echter een andere regeling: omdat het bedrijfstakpensioenfonds vrij eenvoudig en tegen geringe kosten een dwangbevel kan uitvaardigen kunnen de door het bedrijfstakpensioenfonds gevorderde deurwaarders- en buitengerechtigde kosten niet zondermeer voor toewijzing in aanmerking komen.

Ook als de betreffende vennootschap niet meer bestaat, blijft de gewezen bestuurder hoofdelijk aansprakelijk. Een bestuurder wordt door het bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk gesteld (Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, PJ 2012/199 m. nt. M. Heemskerk, **LJN: BX9175**). De melding van een bestuurder die bevoegd was een melding van betalingsonmacht te doen, maar dit niet onverwijld en/of inhoudelijk gebrekkig doet, moet – aldus het hof – worden aangemerkt als het niet doen van de melding. Op het pensioenfonds rust dan de stelplicht en de bewijslast. De omstandigheid dat het pensioenfonds ondertussen door middel van dwangbevelen en sommatie-explosten heeft geprobeerd de premies te innen maakt niet dat het pensioenfonds in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld. Laat staan dat het pensioenfonds door zo te handelen geen recht meer zou hebben op betaling van de premies.

Geen premie, wel recht

Op 3 februari 2012 heeft de Hoge Raad (**PJ 2012/39**, m.nt. Th. Gommer) zich uitgesproken over een deelnemer die toekenning van pensioenaanspraken vordert over een langere dienstperiode dan het bedrijfstakpensioenfonds in eerste instantie (uit coulance) voor hem heeft geadmistreerd. Was het pensioenfonds nu gehouden om aan deze persoon het (extra) pensioen uit te keren? De Hoge Raad oordeelt dat dat het geval is. Het recht op pensioen vloeit rechtstreeks voort uit het pensioenreglement en is dus niet afhankelijk van het verwerken van deze aanspraken in de administratie van het pensioenfonds. De Hoge Raad oordeelt dat de pensioenaanspraken van de werknemer op grond van zijn deelnemerschap in het pensioenfonds zelfstandig en rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeien. De persoon voldeed aan alle voorwaarden en heeft dus recht op pensioen. (Dit arrest wordt ook besproken onder 6. Verjaring).

De uitspraak van de CRvB op 5 september 2012, PJ 2012/183, m. nt. E. Lutjes, **LJN: BX6532**) illustreert hoe door een gebrek aan kennis van het pensioenrecht bij zowel de UWV als de rechtbank een werknemer genoodzaakt is om tot de CRvB te procederen. De UWV weigert de betaling van pensioenpremies over te nemen wegens het ontbreken van een pensioenovereenkomst omdat van een betalingsverplichting van de werkgever nooit sprake is geweest. Dit standpunt wordt door de rechtbank overgenomen. Bijzonder, want de werknemer was deelnemer op grond van de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Een pensioenovereenkomst is dan niet vereist. Daarnaast is in art. 2 lid 2 PW de rechtsbetrekking tussen de werkgever en de werknemer ingeval van verplichte deelneming gelijkgesteld aan de pensioenovereenkomst in de zin van art. 1 PW. Dit is ook het oordeel van de CRvB. Daarnaast ziet de Raad het verweer van de UWV, dat er geen geldelijk nadeel is (waarschijnlijk op grond van 'geen premie toch pensioen'), niet onderbouwd. Het kan in dat geval inderdaad zo zijn dat het niet betalen van de premie de werknemer niet direct financieel benadeelt. Maar schade kan wel ontstaan (bijvoorbeeld: minder premie kan leiden tot geringere kans op voorwaardelijke toeslagen). En dat laatste ('kan') is het criterium van art. 61 WW. Ook het niet aangemeld zijn van de werknemer komt in de motivering van de UWV naar voren. Over de gevolgen van het niet als deelnemer aangemeld zijn van

werknemers, is een hele discussie gaande rondom de uitleg van art. 5 PW. Hier wordt volstaan met verwijzing naar de literatuur.²⁰

Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen oordeelt de Hoge Raad (12 februari 2012, **PJ 2012/39**, zie hiervoor) dat aanspraken van rechtswege ontstaan als aan de reglementaire voorwaarden wordt voldaan, en oordeelt dat premiebetaling niet als constitutieve voorwaarde kan gelden.

Werkingsfeer

De werkingssfeer van bedrijfstakpensioenfondsen zou elkaar niet mogen overlappen. En werkingssfeerbepalingen moeten vooral duidelijk zijn.²¹ De praktijk is weerbarstiger. Mogelijk dat de financiële omstandigheden waarin bedrijfstakpensioenfondsen zich bevinden ermee te maken hebben dat werkgevers sneller in verzet komen tegen (alsnog) verplichtgestelde deelname. Ook in 2012 mocht de rechter zich buigen over een verschil van inzicht over wel of geen verplichte deelname. Zo oordeelt Rechtbank Breda (18 juli 2012, **LJN: BX2990**) dat een vennootschap die zich bezighoudt met het (de)monteren en plaatsen van verkeersborden niet zou moeten vallen onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid. Alhoewel de werkingssfeer van dit pensioenfonds activiteiten omvat als "het aanbrengen van wegmarkeringen" en "civieltechnische werkzaamheden", valt het (de)monteren en plaatsen van verkeersborden (immers van aluminium en staal) tevens onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek. De rechtbank neemt dan ook de door de Hoge Raad in 2011 (HR 27 mei 2011, LJN: BQ0010) geformuleerde uitgangspunten in aanmerking: werkingssfeerbepalingen dienen zodanig geformuleerd te zijn dat deze niet zouden moeten overlappen. Immers als dat het geval zou zijn dan zouden ze niet verplicht kunnen worden gesteld.

Een onderneming die op verzoek van haar afnemers hightech camera's ontwerpt en ontwikkelt, valt onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds van de Metalektro (PME). Een groot deel van de activiteiten zijn R&D-werkzaamheden maar,

²⁰ E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij het niet aanmelden', P&P 2011/12, p. 4; L. Kuypers, 'Reactie: aansprakelijkheid bij niet aanmelden', P&P 2012/3; G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', P&P 2012/5, p. 6; T. Huijg, 'Aansprakelijkheid van een verplichtgesteld bpf', P&P 2012/5, p. 14.

²¹ Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.

zo oordeelt Hof Den Haag (10 juli 2012, **LJN: BX1359**), deze kunnen niet los worden gezien van het maken van het eindproduct, de camera. Vervolgens moet bepaald worden of meer dan 50% van de bestede uren in het bedrijf onder de werkingssfeer van PME vallen. Dat is niet het geval. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat, zoals de werkgever stelt, de fondsen in de Metalektro in dit geval niet onrechtmatig hebben gehandeld door deze procedure überhaupt te voeren. Het standpunt van de fondsen wordt niet "bij voorbaat kansloos" beschouwd.

De Hoge Raad komt in 2012 nogmaals toe aan een werkingssfeerbepaling (HR 24 februari 2012, PJ 2012/65, **LJN: BU9889**). In een procedure van (wederom) PME werd het hoofdzakelijkheids criterium - het in hoofdzaak (meer dan 50%) be- en/of verwerken van metalen - nader uitgelegd. De maatstaf die de Hoge Raad hiervoor hanteert is de CAO-norm, de uitleg naar objectieve criteria. Bij het toerekenen van de arbeidsuren moeten, aldus deze norm, ook de arbeidsuren worden betrokken die redelijkerwijs vallen "toe te rekenen aan" het be- of verwerken van metaal. Interessant in deze casus is dat de betreffende onderneming meerdere bedrijfsactiviteiten ontplooit die samen een totaaloplossing voor aandrijf- en besturingsvraagstukken bieden. In tegenstelling tot het hof stelt de Hoge Raad dat ook de uren van de medewerkers die slechts faciliterend optreden, zoals de telefoniste, de koffiejuffrouw, verkopers, magazijnbedienden et cetera, maar wel dienstbaar zijn aan ("betrokken zijn bij") de fysieke "metaalhandelingen", moeten worden meegeteld en (indien van toepassing, zoals in deze uitspraak) pro rata moeten worden verdeeld over de verschillende bedrijfsactiviteiten die door deze medewerkers worden ondersteund. Dit geldt ook als in een onderneming metaal wordt bewerkt (fabricage) en deze fabricaten door dezelfde onderneming worden afgezet (verkoop). Een productiebedrijf zal immers zijn omzet moeten genereren door middel van verkoop. Dit laatste zal slechts anders zijn indien de handelsactiviteiten in de betreffende onderneming, gemeten in arbeidsuren, groter zijn dan de metaalbewerkingsactiviteiten *en* naast eigen fabricaat ook andere producten van derden in- en verkoopt. Zie ook overweging 3.6 in de conclusie van de A-G.

Geen verplichtstelling, wel verplichting volgens CAO?

Een andere vraag ten aanzien van werkingssfeer/binding doet zich voor bij een werkgever die aangesloten is geweest bij werkgeversorganisatie TLN (Hof Arnhem 30 oktober 2012, **PJ 2013/1**, m. nt. W.P.M. Thijssen, LJN: BY1546). Tussen TLN en de vakbonden is op 29 september 2000 overeenstemming bereikt over een

vroegpensioenregeling die op 1 januari 2002 zou ingaan. De onderhandelingsakkoorden zijn neergelegd in het Protocol Onderhandelingsakkoord. Het Protocol is niet als CAO aangemeld. Op verzoek van het prepensioenfonds en de onderhandelingspartners heeft de minister van SZW deelneming in de vroegpensioenregeling verplicht gesteld met ingang van 20 februari 2003. Door het prepensioenfonds zijn aan de werkgever, óók voor 20 februari 2003, premienota's toegezonden. Tussen partijen bestaat discussie over de vraag of de werkgever op grond van zijn lidmaatschap van TLN gehouden is om de prepensioenpremies te betalen. Middels een dwangbevel incasseert het prepensioenfonds de premies. Bij arrest van 25 maart 2008 oordeelt het hof dat het prepensioenfonds onbevoegd van het middel dwangbevel gebruik heeft gemaakt. Het prepensioenfonds vordert vervolgens een verklaring voor recht dat de werkgever premie is verschuldigd over de periode van 1 januari 2002 tot 20 februari 2003, op grond van het Protocol. De rechtbank wijst de vordering toe. De werkgever stelt vervolgens hoger beroep in. De vraag is of het Protocol het prepensioenfonds een contractuele grondslag biedt om alle bij TLN aangesloten werkgevers te verplichten tot betaling van premies vanaf 1 januari 2002 aan het prepensioenfonds. Het hof overweegt dat het Protocol geen regeling bevat voor de situatie waarin de verplichtstelling niet samenvalt met de inwerkingtreding van de prepensioenregeling. Deze situatie dient dan ook te worden ingevuld met behulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het risico dat de inwerkingtreding van de pensioenregeling en de verplichtstelling niet in tijd samenvallen, dient bij de protocolsluitende partijen te berusten en niet bij het prepensioenfonds. De aangesloten werkgevers zijn dan ook vanaf 1 januari 2002 premieplichtig. De uitspraak van de rechtbank wordt bekrachtigd.

Vrijstelling

Twee uitspraken van Rechtbank Rotterdam gaan over de vraag of recht op vrijstelling bestaat wegens het hebben van een eigen pensioenvoorziening als bedoeld in art. 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000. In de uitspraak van 19 juli 2012 (PJ 2012/161, m.nt. E. Lutjens, **LJN: BX2421**) gaat het om over de tijdigheidseis van de eigen pensioenvoorziening in relatie tot de verplichtstelling van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten (StiPP). De deelneming in StiPP is verplicht gesteld per 1 januari 2004, de aanvraag voor de verplichtstelling is gedaan op 22 oktober 1998. De verplichtstelling is per 30 januari 2009 via publicatie uitgebreid. In de werkingssfeer is een afbakening opgenomen met sectoren van de Bounnijverheid om mogelijke overlap van werkingssferen te voorkomen en is de

afbakening van de werkingssfeer van de Personeelsdiensten met de Metalektro helder gemaakt. De betrokken onderneming (detachering human resources) is met haar werkzaamheden gestart in 2001 en stelt per 1 januari 2002 een pensioenvoorziening te hebben getroffen. Uit het vonnis kan worden opgemaakt dat de getekende uitvoeringsovereenkomst met de pensioenverzekeraar dateert van 1 juni 2004. Echter, uitgaande van 1 januari 2002, faalt een beroep op art. 2 onder a. Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 dat bepaalt dat de eigen pensioenregeling zes maanden voor de aanvraag van de verplichtstelling van kracht moet zijn geworden. Aan deze voorwaarde wordt in dit geval niet voldaan. De werkgever beroept zich op het feit dat detacheringsovereenkomsten pas onder de verplichtstelling vielen per de uitbreiding van 30 januari 2009. In 2009 is de basisregeling gewijzigd naar een plusregeling. De onderneming houdt zich bezig met detachering van personeel en de onderneming bepleitte dat de oorspronkelijke verplichtstelling (uit 2004) alleen op tijdelijk personeel van toepassing is. De rechtbank stelt dat een dergelijke beperking niet in het verplichtstellingsbesluit vanaf 2004 valt te lezen. Dus vanaf 2004 viel de onderneming onder de verplichtstelling. De onderneming voert vervolgens aan dat uit een publicatie van het pensioenfonds uit 2008 volgt dat de verplichtstelling pas vanaf de wijziging in 2009 op haar activiteiten van toepassing is. De rechtbank overweegt kort dat dit er niet toe doet, want de verplichtstelling werkt van rechtswege.

De vraag naar de gevolgen van een wijziging in het verplichtstellingsbesluit in verband met het recht op vrijstelling kwam ook aan bod in een uitspraak van Rechtbank Rotterdam op 26 juli 2012 (PJ 2012/162, m. nt. E. Lutjens, **LJN: BX4812**). De verplichtstelling van het Prepensioenfonds Textielgoederen is per 2 augustus 2006 omgezet in een verplichtstelling voor het bedrijfstakpensioenfonds Textielgoederen (Bpf TEX). Per 2006 bedraagt het opbouwpercentage ouderdomspensioen per jaar 0,75%. Door een wijziging van de verplichtstelling per 2010 wordt het opbouwpercentage 1,75%. De wijziging in 2006 is voor de onderneming aanleiding om vrijstelling te verzoeken per 2010, wegens een reeds bestaande eigen pensioenregeling zes maanden voor 2 augustus 2006 (art. 2 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000). De rechtbank stelt vast dat de werkgever voor 2 februari 2006 beschikt over een eigen regeling. De werkgever stelt dat Bpf TEX zich ten onrechte op het standpunt stelt dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van vrijstelling (art. 2 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000). In dit verband heeft de werkgever aangevoerd dat gelet op de ingrijpende wijzigingen in het pensioenreglement van Bpf TEX per 1 januari

2010 een nieuw wijzigingsbesluit voor verplichtstelling van de minister nodig was. En de vraag of de werkgever beschikt over een eigen pensioenregeling in de zin van art. 2 van het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 moet worden beoordeeld naar de situatie per 1 januari 2010. En niet per 2003, de datum van de eerdere verplichtstelling. Behalve de tijdigheidseis van art. 2 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000 moet ook worden voldaan aan de gelijkwaardigheidseis (art. 7 Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000). De rechtbank stelt (in tegenstelling tot het Bpf TEX) dat de regeling pas vanaf 2010 gelijkwaardig moet zijn, de vrijstelling wordt immers pas vanaf 2010 verzocht. En, zo oordeelt de rechtbank, heeft de werkgever - gelet op art. 1a lid 3 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 - altijd nog een termijn om de eigen regeling zo nodig aan te passen teneinde aan de gelijkwaardigheid te voldoen. Nu de werkgever in het bezit is van een gelijkwaardigheidsverklaring van de pensioenverzekeraar dwingt de werkgever de vrijstelling met succes in rechte af.

Einde verplichtstelling

Niet alleen de mogelijkheid tot verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds verdient aandacht, ook de gevolgen van een einde van de verplichtstelling. Een mooie illustratie hiervan is de uitspraak van Hof Den Haag op 25 september 2012 (**LJN: BX8793**). Een werknemer mag er op vertrouwen dat de werkgever zorgt voor (voortzetting van) een toegezegd WAO-hiaatpensioen. Waardoor de werkgever de schade moet vergoeden die de werknemer lijdt omdat dit pensioen door de overgang van het bedrijfstakpensioenfonds naar een verzekeraar niet (meer) verzekerd blijkt. De aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds werd per 1 januari 2002 beëindigd en ook bleek de CAO niet verplicht van toepassing. Deze CAO was daarentegen wel in de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaard. De pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds kent een verzekering voor het WAO-gat (arbeidsongeschiktheid-hiatpensioen), waardoor de werknemer recht blijft houden op 70% van het loon. Op grond van de CAO is de werkgever verplicht om aan de werknemer die recht heeft op dit WAO-hiaatpensioen gedurende de eerste drie jaar van de WAO-uitkering een aanvulling te betalen van 10%. Zodat de werknemer dan recht heeft op 80% van het loon (WAO-hiaatpensioen). Op 22 april 2003 deelt de werkgever zijn personeel mee dat de aansluiting van de werkgever bij het bedrijfstakpensioenfonds met ingang van 1 januari 2002 wordt beëindigd. En dat in overleg met de ondernemingsraad is besloten om de pensioenen en de verzekering van het WAO-gat vanaf 1 januari 2002 onder te brengen bij een

pensioenverzekeraar. Bij de werkgever is op 1 mei 2001 een werknemer in dienst getreden, die zich op 8 december 2002 ziek meldt. Per 2003 kent de UWV hem een WAO-uitkering toe wegens volledige arbeidsongeschiktheid. Door de bovengenoemde perikelen met het bedrijfstakpensioenfonds blijkt deze werknemer niet verzekerd voor het WAO-hiaatpensioen. De werknemer stelt de werkgever hiervoor aansprakelijk. Zowel de rechtbank als het hof kennen de vordering toe: op de werkgever rust de verplichting om te voorzien in een deugdelijke voorziening voor het WAO-hiaatpensioen. De werknemer mag erop vertrouwen dat de werkgever voor het WAO-hiaatpensioen zou zorgen, door verzekering of vrijwillige aansluiting. Op 23 januari 2013 is door de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars een (vervolg op het Van Leeuwen-)convenant gesloten. Deze afspraken moeten bijdragen aan een betere arbeidsongeschiktheidsdekking in de pensioenregelingen voor werknemers die tijdens (gedeeltelijke) ziekte of arbeidsongeschiktheid van baan veranderen. Het gaat om het arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling voor pensioenopbouw vanwege arbeidsongeschiktheid. De bedoeling is dat de afspraken uiterlijk per 1 januari 2014 zijn doorgevoerd in de pensioenregelingen. Maar dit is niet verplicht: de beslissing is aan sociale partners. De afspraken gelden ook bij collectieve beëindiging, zonder dat collectieve waardeoverdracht plaatsvindt. Dergelijke afspraken kunnen voornoemde problemen van de werkgever ondervangen, maar alertheid op de voorwaarden blijft noodzaak.

Schuldsanering

IRC heeft het pensioen van haar werknemers ondergebracht bij het bedrijfstakpensioenfonds (Hof Leeuwarden 25 oktober 2012, PJ 2013/6 m. nt. L. Blom, **LJN: BY1271**). Door overlijden van bestuurder/aandeelhouder van IRC heeft de huisbankier van het bedrijf het krediet van IRC opgezegd. Een andere aandeelhouder/directeur van IRC heeft een gedeelte van de onderneming verkocht aan Micodo. De ondernemingsactiviteiten van IRC zijn hierdoor feitelijk geëindigd (2010). Alle gelden die sindsdien aan IRC toekomen, worden gereserveerd op een rekening van Stichting Dergengelden voor betaling aan schuldeisers. Het bedrag op de rekening bedraagt € 80.000 en schuldeisers hebben een vordering van € 529.000. Om tot liquidatie buiten faillissement te komen heeft IRC een voorstel gedaan aan alle schuldeisers. Op het pensioenfonds na heeft iedereen met het voorstel ingestemd. Essentieel is dat het pensioenfonds ook instemt. Zonder instemming komt de regeling niet tot stand. Is het pensioenfonds verplicht om deel te nemen aan een schuldeisersakkoord ter voorkoming van een faillissement? Er kan, aldus het Hof,

niet worden geconcludeerd dat sprake is van omstandigheden die een bevel aan het pensioenfonds zouden kunnen rechtvaardigen om aan de uitvoering van het aangeboden akkoord mee te werken. Op een buitengerechtig schuldeisersakkoord zijn de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing. In zeer bijzondere omstandigheden kan een schuldenaar misbruik maken van zijn bevoegdheid om het aangeboden akkoord te weigeren. De schuldenaar zal die omstandigheden moeten bewijzen. Een pensioenfonds is in beginsel niet verplicht om mee te werken aan een schuldeisersakkoord ter voorkoming van een faillissement van een werkgever.

Hoogte van de nota

Een werkgever die onder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, dient opgave te doen van haar werknemers en het door hun genoten loon (Hof Leeuwarden, 16 oktober 2012, **LJN: BY0603**). Dat neemt niet weg dat het pensioenfonds op verzoek inzichtelijk maakt hoe zij tot haar schatting is gekomen. Deze schatting hoeft niet nauwkeurig te zijn en mag op onderdelen van voor de werkgever ongunstige aannames uitgaan. Mede omdat de ambtshalve premienota ook als aansporing voor de werkgever dient om de juiste gegevens aan te leveren. Daarmee heeft de ambtshalve premienota ook een punitief karakter. Maar er mag geen sprake zijn van een wanverhouding tussen ambtshalve nota en het daadwerkelijk verschuldigde bedrag. Het bedrijfstakpensioenfonds is in dit geval van een redelijke schatting uitgegaan nu de werkgever geen feiten in het geding heeft gebracht om de onjuistheid van de schatting aan te tonen.

Bestuursrecht of civiel recht?

Als je maar goed je best doet kun je de uitingen van het Pensioenfonds voor overheid en onderwijs (ABP) altijd in een bestuursrechtelijk model gieten, moet een militair hebben gedacht. Een door het ABP gedane mededeling aan een militair over het niet verlenen van toeslagen over zijn pensioen is geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Rechtbank 's-Gravenhage 11 juli 2012, **LJN: BX2857**). Sinds 1 januari 1996 valt het geprivatiseerde ABP niet meer onder de werkingsfeer van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Vanaf die datum zijn de bepalingen van het pensioenreglement van het pensioenfonds ABP van toepassing. De militaire pensioenen hebben altijd de (toeslagen)lijn van de overige overheidspensioenen gevolgd en doen dat tot op heden nog steeds. Sinds 1 januari 1996 is geen sprake meer geweest van onvoorwaardelijke toeslagen. In art. 14.1 van het pensioenreglement is bepaald dat toeslagverlening voorwaardelijk is omdat deze

afhankelijk is van de financiële positie van het fonds. Het is niet mogelijk om bezwaar te maken tegen de in de pensioenregeling vastgelegde toeslagensystematiek. De militair maakt toch bezwaar en stelt dat het ABP misbruik van haar bevoegdheid maakt (*détournement de pouvoir*, art. 3:3 Awb) door zich achter een artikel in het pensioenreglement te verschuilen. Het ABP is volgens de militair een bestuursorgaan omdat het door de minister van Defensie is gemandateerd om besluiten te nemen. De schriftelijke reactie van het ABP op zijn bezwaar moet worden gezien als een besluit op het bezwaar, waarbij het ABP tevens het hoorrecht (art. 7:2 Awb) heeft geschonden. De bestuursrechter is hier snel klaar mee: het ABP heeft als taak om als privaatrechtelijk pensioenfonds de verantwoordelijkheid te dragen voor de pensioenen van het overheidspersoneel, waartoe de aanspraken van de deelnemers worden neergelegd in een overeenkomst naar burgerlijk recht. De stichting is een rechtspersoon naar burgerlijk recht en in beginsel geen bestuursorgaan. De rechtbank verwijst hiertoe naar de uitspraak van de Hoge Raad van 1 december 2011 (LJN: BU7164).

6. Verjaring

Of en wanneer pensioenaanspraken verjaren, houdt de gemoederen al lange tijd bezig. Met name welke grondslag geldt voor de vordering en de invulling van het begrip opeisbaar.²² In 2012 deed zich interessante rechtspraak voor. In het arrest van de Hoge Raad van 3 februari 2012 (PJ 2012/39 m. nt. Th. Gommer, **LJN: BT8462**) is de verjaring van pensioenaanspraken van een deelnemer aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds aan de orde. Een werknemer van een bij het pensioenfonds aangesloten werkgever vordert in 2002 pensioenaanspraken over de door hem tussen januari 1988 en januari 1995 gewerkte jaren. Zijn werkgever heeft het werknemersdeel van de pensioenpremie wel op het loon van de werknemer ingehouden, maar niet aan het pensioenfonds afgedragen. Het pensioenfonds kende hem, uit coulance, pensioenaanspraken toe vanaf 1 november 1989 en stelde onder meer dat de aanspraken over de periode daarvoor zijn verjaard. Rechtbank en Hof Amsterdam wijzen de vordering van de deelnemer toe.²³ In cassatie is alleen het door het pensioenfonds gedane beroep op verjaring nog aan de orde. De Hoge Raad oordeelt dat de pensioenaanspraken van de werknemer op grond van zijn deelnemerschap in het pensioenfonds zelfstandig en rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeien. Indien voldaan is aan de in het pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) het pensioenfonds. Zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken. Dit brengt mee dat de ingestelde vordering er niet toe strekt dat het pensioenfonds wordt veroordeeld een verschuldigde prestatie jegens de werknemer te verrichten waardoor hij alsnog pensioenaanspraken over die periode verkrijgt. En derhalve niet strekt tot nakoming van “een verbintenis tot een geven of een doen” in de zin van art. 3:307 BW, maar het karakter heeft van een verklaring voor recht dat de werknemer pensioenaanspraken toekomt en altijd al toekwam over de desbetreffende periode. Van verjaring op de voet van art. 3:307 BW kan daarom geen sprake zijn. Hieraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat een pensioenaanspraak een zelfstandig (voorwaardelijk) vermogensrecht is. Dat

²² Zie voor een goed overzicht: B. Degelink, ‘Verjaring van pensioen’, *Arbeidsrecht* 2013/3; Ook: R. Veugelers, ‘Kan pensioen verjaren’, *PensioenMagazine* 2009/11; R. Veugelers en C. Amma, ‘Tegenstijdige uitspraken’, *PensioenMagazine* 2010/10.

²³ Het arrest van het hof is gepubliceerd in PJ 2010/98 m. nt. R. Langemeijer.

vermogensrecht ontstaat volgens de Hoge Raad immers niet doordat het pensioenfonds bepaalde prestaties jegens de rechthebbende verricht, maar ontstaat rechtstreeks op grond van het vervuld zijn van de in het pensioenreglement gestelde voorwaarden. De Hoge Raad volgt hiermee de lijn van de leer van de toekenning door pensioenfonds/verjaring uitdrukkelijk niet.

Ook in het arrest van het Hof Den Bosch van 28 augustus 2012 (PJ 2012/67, **LJN: PX6277**) gaat het verweer van de werkgever, dat de vordering is verjaard, niet op. In die zaak ontvangt een werknemer een partiële WAO-uitkering en op basis van de toepasselijke pensioenovereenkomst geldt een premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. De arbeidsovereenkomst was met ingang van 1 april 2003 pro forma ontbonden. In augustus van het jaar daarvoor is de collectieve pensioenregeling met terugwerkende kracht tot 1 januari van dat jaar gewijzigd en ondergebracht bij een andere pensioenverzekeraar. De nieuwe pensioenregeling kent niet langer premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid en ook geen WAO-hiatenpensioen. Zes jaar na de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst dagvaardt de werknemer zijn ex-werkgever wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de tussen partijen overeengekomen pensioenafspraken. Het hof oordeelt dat de vordering van de werknemer er een is tot vergoeding van schade herleid tot de nieuwe pensioenverzekering die premievrije pensioenopbouw kent noch het WAO-hiatenpensioen. Het hof stelt dat art. 3:310 BW van toepassing is. Dus de vordering verjaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De werknemer heeft tijdig de verjaring gestuit.

Tenslotte mocht Hof Leeuwarden (25 september 2012, **PJ 2012/212**, m.nt. Breuker) zich uitspreken over de situatie van een verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds met terugwerkende kracht. De werkgever dagvaardt de werknemer en vordert de verschuldigde werknemersbijdrage. De pensioenregeling die ondergebracht is bij de verzekeraar kent geen werknemersbijdrage, het Bpf wel. Daarentegen is de regeling van het bedrijfstakpensioenfonds voor de werknemers gunstiger. De rechtbank kent de vordering toe. In hoger beroep gaat het in eerste instantie om de vraag of de vordering van de werkgever is verjaard. De werknemer is van mening dat dat het geval is en beroept zich op art. 3:308 BW, met een verjaringstermijn van vijf jaar. Die is volgens de werknemer gaan lopen vanaf het moment dat hij in dienst treedt (2001), en is dus op het moment van indiening van de vordering in 2010 verjaard. De werknemer wil dus wel deelnemen aan de gunstigere fondsregeling, maar wil niet de vereiste eigen bijdrage voldoen. Met

verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 3 januari 1997 (PJ 1997/11, *Albada Jelgersma*) kan de werknemer zich volgens het hof niet onttrekken aan de werknemersbijdrage. Zie over dit arrest ook de noot van Breuker bij het arrest van Hof Amsterdam (5 oktober 1995, PJ 1995/57): past een werkgever niet het juiste pensioenreglement toe, betekent dit nog niet dat hij de eigen bijdrage van de werknemer niet meer zou mogen vorderen. Maar, welke verjaringstermijn is hier dan van toepassing? Het hof oordeelt dat het beroep op verjaring niet opgaat omdat de verjaringstermijn van art. 3:308 BW pas ingaat vanaf het moment dat de werkgever de werknemersbijdrage voldoet aan het pensioenfonds (1 november 2010). De vraag is of dit niet moet zijn het moment dat is komen vast te staan dat de onderneming onder het pensioenfonds valt en de vordering om de werknemersbijdrage in te houden op het salaris is ontstaan en opeisbaar is geworden (in 2006).

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

7. Echtscheiding

Afstortingsplicht eigen beheer

Op het terrein van echtscheiding is in 2012 weer veelvuldig geprocedeerd in het kader van het leerstuk van de afstortingsverplichting van in eigen beheer uitgevoerde pensioenregelingen. Opmerkelijk in dergelijke procedures is en blijft dat de eisende partij, de vereveningsgerechtigde (veelal de vrouw), nog steeds opvallend vaak slechts de helft vordert van de op de balans gevormde, meestal tegen de fiscale waardering en derhalve te laag gewaardeerde pensioenverplichting af te storten naar een externe verzekeraar. Dit terwijl de Hoge Raad inmiddels duidelijk heeft gesteld dat het kapitaal dient te worden afgestort, dat nodig is om bijbehorende pensioenaanspraken extern te verzekeren.²⁴ Indien in zo'n situatie slechts de helft van de op de balans gevormde pensioenverplichting wordt afgestort, kan dit vanuit de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS) slechts worden verklaard uit het feit dat partijen een afwijkend vereveningspercentage dan wel een afwijkende vereveningsperiode zijn overeengekomen, aangenomen dat de te verevenen pensioenaanspraken volledig tijdens de huwelijkse periode zijn opgebouwd.

Hof Amsterdam 28 februari 2012 (PJ 2012/160, **LJN: BX6277**) beslist dat ondanks het feit dat een deskundige had gerapporteerd dat de rechtspersoon door gebrek aan liquiditeit niet tot afstorting van de aan de vereveningsgerechtigde vrouw kon overgaan, de vereveningsplichtige man er toch voor dient te zorgen dat haar gedeelte van de in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken moet worden afgestort naar een externe pensioenverzekeraar. Reden hiervoor is hoofdzakelijk dat de houding van de man met zich brengt dat hij volgens het hof onvoldoende rekening houdt met de belangen van de (tien jaar oudere) vrouw. Overigens wordt ook in deze procedure beslist dat de helft van de gevormde (fiscale) pensioenvoorziening moet worden afgestort; deze beslissing is zelfs gebaseerd op het deskundigenrapport (!). Opvallend aan deze uitspraak is dat het hof ambtshalve beslist dat conversie dient plaats te vinden door het aanzienlijke leeftijdsverschil van tien jaar.²⁵

²⁴ HR 9 februari 2007, PJ 2007/42.

²⁵ Zie ook Rb. Utrecht 21 maart 2007, nr. 208587, LJN: BA3081.

De weigerachtige houding van de vereveningsplichtige man om informatie te verstrekken over zijn in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken leidt zonder veel omhaal eveneens tot de beslissing dat de helft van de op de balans gevormde (dus fiscale) pensioenverplichting moet worden afgestort naar een pensioenverzekeraar (Rechtbank Dordrecht 18 juli 2012, PJ 2012/193, **LJN: BX2203**).

“Oude” gevallen

Voor de toepassing van de Wet VPS op “oude” gevallen borduurt Hof Leeuwarden (21 augustus 2012, PJ 2012/172, **LJN: BX5424**) in het kader van de werking van art. 11 WVPS, voort op de uitspraak van de Hoge Raad 19 november 2010.²⁶ Art. 11 Wet VPS bepaalt dat slechts dan geen pensioenverevening in de zin van de Wet VPS plaatsvindt indien de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk anders hebben bepaald. De Hoge Raad besliste evenwel dat hiermee wordt bedoeld op een bepaling die expliciet op het verevenen van pensioenrechten betrekking heeft, dat wil zeggen niet is vereist dat partijen in een zodanige bepaling met zoveel woorden de pensioenverevening zoals voorzien in de Wet VPS hebben uitgesloten. Van een uitdrukkelijk uitsluiten in de zin van art. 11 Wet VPS kan daarom eveneens sprake zijn ingeval partijen in hun huwelijkse voorwaarden met het oog op een eventuele scheiding hebben bepaald dat pensioenrechten niet worden verrekend. Het hof beslist in de lijn van voormeld arrest van de Hoge Raad dat in dit geval de huwelijkse voorwaarden een uitdrukkelijke uitsluiting bevatten als bedoeld in art. 11 Wet VPS, nu in de huwelijkse voorwaarden was opgenomen dat geen verrekening plaatsvindt van de waarde van aanspraken op al of niet ingegaan pensioen.

²⁶ HR 19 november 2010, PJ 2011/25, **LJN: BN7893**.

8. Gelijke behandeling

De uitspraken die het vermelden waard zijn gaan allemaal over vermeend verboden leeftijdsonderscheid. Ook in 2012 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)²⁷ hierover geoordeeld. In Oordeel 2012-2 van 10 januari 2012 (PJ 2012/60, **LJN: BV9613**) ligt de vraag voor of een werkgever (verboden) onderscheid maakt op grond van leeftijd. Onder andere op grond van de leeftijd van de werknemer gaat de werkgever bij de maximering van de vergoeding in verband met voortijdig ontslag uit van de voor hem geldende pensioenrichtleeftijd van 62 jaar. De werknemer krijgt hierdoor een lagere vergoeding dan andere werknemers, voor wie vanwege hun leeftijd bij de maximering wordt uitgegaan van een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar. De CGB is van oordeel dat de werkgever onderscheid maakt op grond van leeftijd, maar dat dit gerechtvaardigd is. Weliswaar ontvangen de werknemers die geboren zijn vóór 1 januari 1950 en op 31 december 2005 deelnemer zijn aan de pensioenregeling door de maximering een minder hoge uitkering dan werknemers die enkele jaren jonger zijn. Maar de eerstgenoemde groep werknemers verkeert ten opzichte van de tweede groep werknemers in een betere financiële situatie, omdat zij geen gevolgen ondervinden van de aanpassingen van het pensioenreglement in verband met de Wet VPL.

Op verzoek van de werkgever ontbindt Rechtbank Amsterdam (29 februari 2012, PJ 2012/105, **LJN: BW1792**) de arbeidsovereenkomst wegens verandering in omstandigheden. De rechtbank bepaalt een vergoeding naar billijkheid. Het van toepassing zijnde sociaal plan biedt oudere werknemers de mogelijkheid om met prepensioen te gaan. Hiervoor is een aanvullende regeling getroffen. Dit rechtvaardigt echter niet, aldus de rechtbank, dat een werknemer die ervoor kiest niet met prepensioen te gaan en wil doorwerken geen aanspraak kan maken op een daarbij passende vergoeding.

Ook Hof Arnhem (21 februari 2012, **PJ 2012/103**, **LJN: BV6475**) doet uitspraak over vermeend verboden leeftijdsonderscheid in een sociaal plan. De arbeidsovereenkomst wordt met toestemming van de UWV opgezegd. Het sociaal plan bevat een regeling die het voor oudere werknemers mogelijk maakt om, met behoud van een substantieel deel van het inkomen en de pensioenopbouw, eerder te stoppen met werken. Dat in het sociaal plan wordt gedifferentieerd naar leeftijd brengt met zich dat dat plan in beginsel in strijd is met de Wet gelijke behandeling

²⁷ Vanaf 1 oktober 2012 College voor Rechten van de Mens.

leeftijd bij de arbeid (WGBL). Het hof oordeelt dat het onderscheid naar leeftijd is gerechtvaardigd: *“...verbod geldt echter niet als het maken van onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. In hetgeen hiervoor in punt 18 is overwogen, ligt het oordeel besloten dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het in het Sociaal Plan gemaakte onderscheid naar leeftijd.”*

Naar het oordeel van Rechtbank Den Haag (28 november 2012, PJ 2013/12, **LJN: BY4671**) is sprake van directe noch indirecte leeftijdsdiscriminatie. De uitspraak betreft de gevolgen van de bij introductie van de Wet VPL in art. 38c Wet LB 1964 vastgelegde regel over het herrekenen (actuarieel oprenten) van de VUT-uitkering, in het geval de uitkering later ingaat dan op de in de VUT-regeling vastgelegde ingangsdatum. Dit is overgangsrecht om de VUT-regeling te handhaven voor werknemers die vóór 1 januari 2005 de leeftijd van 55 jaar hadden bereikt. Het geschil gaat over een rechter die niet met VUT (FPU) is gegaan, maar heeft doorgewerkt. In het betreffende FPU-reglement staat als voorwaarde voor toekenning van de FPU-uitkering dat de werknemer vervroegd, dat is vóór de leeftijd van 65 jaar, dus uiterlijk bij 64 jaar en 11 maanden (64/11) moet uittreden. Betrokkene vordert niettemin toekenning van een (opgerente) VUT-uitkering, die dan volgens de toepasselijke reglementen aan het pensioen toegevoegd zal worden. Aan de vordering ligt het verboden leeftijdonderscheid ten grondslag omdat degene die voor 65 jaar uittreedt wel VUT krijgt en iemand die na 65 jaar uittreedt niet. De rechtbank wijst de vorderingen af. Waar het – aldus de rechtbank – om gaat, is dat er twee groepen werknemers zijn. De ene groep (groep A) maakt op de leeftijd 64/11 of eerder gebruik van de FPU-regeling en gaat vervolgens bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met ouderdomspensioen. De andere groep (groep B) werkt door tot de leeftijd van 65 jaar of een latere datum. Voor de werknemers van groep A geldt dat zij op grond van het FPU-reglement aanspraak hebben op de zogenaamde Vendrik-verhoging van hun FPU-uitkering en dat indien de totale FPU-uitkering daardoor hoger wordt dan 100% van het in het voorgaande jaar genoten inkomen, het excedent wordt toegevoegd aan het ouderdomspensioen. Voor de werknemers van groep B geldt dit niet. Dit komt doordat de werknemers van groep B in tegenstelling tot die van groep A er voor kiezen om niet vervroegd uit te treden, maar door te werken tot en na hun 65e. De werknemers van groep A en die van groep B verkeren dus niet in dezelfde of een vergelijkbare positie. De werknemers van groep A treden vervroegd uit en gaan bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met pensioen. Zij nemen niet meer deel aan het arbeidsproces, ontvangen vanaf hun

65^e een (verhoogde) pensioenuitkering, ontvangen geen salaris meer en bouwen ook geen ouderdomspensioen meer op. De werknemers van groep B daarentegen treden niet vervroegd uit, maar werken door tot en na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Zolang zij blijven doorwerken ontvangen zij geen pensioenuitkering.

Hof Leeuwarden (18 december 2012, PJ 2013/24, **LJN: BY7504**) oordeelt over het discriminerende karakter van de seniorenverlofregeling bij FNV Bondgenoten. De seniorenregeling kent senioren verlofuren toe tot leeftijd 60. De werknemer in kwestie, geboren 14 januari 1950, is sinds 1 januari 1983 in dienst bij FNV. In 2004 is de pensioengerechtigde leeftijd op grond van de geldende CAO en het pensioenreglement 60 jaar. Met ingang van 1 januari 2006 wordt dit verhoogd naar 65 jaar. Met ingang van 2005 ontvangt de werknemer jaarlijks seniorenverlof. Op 14 januari 2010 wordt de medewerker 60 jaar, maar gaat niet met pensioen. De werknemer protesteert bij FNV dat vanaf 1 januari 2010 geen seniorenuren meer worden toegekend. Het hof is van oordeel dat de Regeling Seniorenverlof onderscheid maakt naar leeftijd, aangezien de faciliteit niet aan alle werknemers, maar aan bepaalde leeftijdscategorieën wordt toegekend. Toekenning van seniorenuren aan de werknemer zou echter leiden tot een verdere schending van de WGBL. De werknemer voert verder aan dat zij tussen wal en schip valt totdat een nieuwe CAO is afgesproken waarin (ook) een regeling wordt getroffen voor 60-plussers en dat hangende het CAO-overleg van FNV (als werkgever) mag worden verwacht dat zij een overbruggingsmaatregel treft. Het hof overweegt dat FNV door toepassing van de Regeling Seniorenverlof in strijd handelt met het verbod van art. 3 aanhef en onder e. WGBL. Dat dit een gegronde reden is om uitvoering van de regeling (zonodig éézijdig) te beëindigen,²⁸ betekent echter niet dat FNV, zolang zij uitvoering blijft geven aan de Regeling Seniorenuren (die de status van CAO heeft) ook aan andere werknemers, zoals deze werknemer, seniorenuren of andere op de levensfase van die werknemers toegesneden faciliteiten dient toe te kennen. Goed werkgeverschap, noch de eisen van redelijkheid en billijkheid, brengen naar het oordeel van het hof mee dat FNV gehouden is om tot verdere schending van de WGBL over te gaan. Dat is echter precies waar toewijzing van de vorderingen van de werknemer toe zou leiden, aangezien de toekenning van seniorenuren aan de werknemer niet is ingebed in een levensfasebewust personeelsbeleid. Het Hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

²⁸ Met verwijzing van het hof naar Hof Arnhem 27 april 2010, LJN: BO6310 (RAR 2011/40).

Reeks Vereniging van Pensioenjuristen

Kroniek Pensioenrechtspraak 2012

9. Toezicht

Bestuurlijke boete

Het komt niet vaak voor dat een toezichthouder overgaat tot bekendmaking van een bestuurlijke 'pensioen'boete. Rechtbank Rotterdam oordeelt op 29 februari 2012 in een voorlopige voorzieningsprocedure over art. 188 PW (PJ 2012/196, **LJN: BW3239**).²⁹ AFM legt aan verzekeraar Generali op grond van art. 39 PW een boete op wegens het verstrekken van onvoldoende informatie aan deelnemers bij beëindiging van deelname aan een pensioenregeling. Daarbij besluit de AFM tevens het boetebesluit openbaar te maken met het oog op de bescherming van de belangen van aanspraak- en pensioengerechtigden en de preventieve werking die van publicatie uitgaat. Generali vraagt als voorlopige voorziening schorsing van het besluit tot openbaarmaking van de boete. De verzekeraar stelt dat hij inmiddels zijn gedrag heeft verbeterd nu alle gewezen deelnemers schriftelijk zijn geïnformeerd, zij zich inmiddels volgens de voorgeschreven normen gedraagt en er dus geen belang meer is bij openbaarmaking. De rechtbank wijst het verzoek af en oordeelt dat de AFM terecht heeft gewezen op het met openbaarmaking gediende belang van pensioen- en aanspraakgerechtigden in het algemeen, en niet, zoals Generali van mening is, uitsluitend de belangen van de betrokken deelnemers. Daarmee heeft de AFM, aldus de rechtbank, nog steeds een belang bij publicatie van het boetebesluit. Ook als de betrokkenen inmiddels juist zijn geïnformeerd, omdat uit publicatie blijkt dat AFM scherp toezicht houdt op duidelijke en begrijpelijke informatieverstrekking bij communicatie omtrent beëindiging van de deelneming. Een meer geanonimiseerde versie van de publicatie is dan niet geschikt. Dit kan meer onrust veroorzaken omdat onduidelijk is over welke verzekeraar het gaat en dit de bij Generali betrokken aanspraak- en pensioengerechtigden niet informeert over de informatieverstrekking. De gestelde reputatieschade leidt voor de rechtbank niet tot een ander oordeel omdat het handelen van de verzekeraar juist de aanleiding voor het opleggen van de boete is.

Beleggingsbeleid

Rechtbank Rotterdam (15 maart 2012, PJ 2012/92, **LJN: BV9210**) oordeelt over een aanwijzing van DNB aan Stichting Pensioenfonds Verenigde Glasfabrieken over haar beleggingsbeleid. DNB geeft het pensioenfonds de opdracht de beleggingen in goud

²⁹ Inmiddels is ook aan De Goudse een boete opgelegd.

af te bouwen naar maximaal 3%, terwijl de portefeuille op dat moment voor 13% uit goud bestaat. Naar de mening van DNB is het pensioenfonds daarmee bovenmatig afhankelijk van beleggingen in goud. Een eerder door het fonds ingestelde voorlopige voorziening is afgewezen, waardoor het pensioenfonds reeds haar goudbezit heeft moeten afbouwen (8 februari 2011, PJ 2011/35, LJN: BP 3625). De rechtbank licht toe dat de regering bij de totstandkoming van de art. 135 PW bewust heeft afgezien van het vaststellen van kwantitatieve restricties ten aanzien van beleggingen. Enkel de open norm van *prudent person* is geformuleerd met enkele uitgangspunten. Pensioenfonds hebben daarom de vrijheid om naar eigen inzicht te beleggen mits de waarden op zodanige wijze worden belegd dat deze in het belang van de aanspraak- en pensioengerechtigden zijn. DNB heeft tot taak te controleren of de open norm van *prudent person* op een goede wijze is ingevuld. Hierbij moeten de specifieke omstandigheden van het pensioenfonds worden betrokken. Voorts moet een oordeel, dat niet wordt voldaan aan de *prudent person*-regel, deugdelijk worden onderbouwd. De rechtbank is van mening dat DNB geen maatwerk heeft verricht door niet de totale beleggingsportefeuille en de specifieke omstandigheden van het fonds in ogenschouw te nemen.³⁰ Immers, naast de goudbeleggingen van 13% van de totale portefeuille had het pensioenfonds 78% van haar vermogen geïnvesteerd in staatsobligaties. Binnen de portefeuille als geheel zijn de goudbeleggingen daarom niet in strijd met de *prudent person*-regel. Bovendien maakt DNB op geen enkele wijze inzichtelijk waarom een belegging van 3% wel zou voldoen aan de *prudent person*-regel. De rechtbank is van mening dat het een pensioenfonds vrij staat te kiezen voor de manier waarop de beleggingsportefeuille wordt ingericht. De portefeuille moet stroken met de toekomstige verplichtingen. De rechtbank is van mening dat de aanwijzing niet in stand kan blijven en herroept deze. Nu het pensioenfonds schade heeft geleden door het handelen van DNB wordt het onderzoek ter zitting heropend om de schade te bepalen.

³⁰ Ook niet nadat DNB daarvoor extra de gelegenheid was geboden om een nadere motivering te geven, tussenuitspraak LJN: BU6966.

10. Vertrouwensleer

Een werkgever heeft haar pensioenregeling met ingang van 1 juni 2008 ondergebracht bij Zwitserleven (Rechtbank Arnhem 12 september 2012, PJ 2012/198, **LJN: BX8829**). Vóór 1 juni 2008 werd de regeling uitgevoerd door een andere verzekeraar, DBV. Kern van het geschil is de vraag of de werkgever en Zwitserleven uitruil zijn overeengekomen van het bij DBV opgebouwde kapitaal tegen premievrij ouderdomspensioen onder de nieuwe pensioenregeling. En wel volgens het overzicht van Zwitserleven. Dit overzicht bevatte onjuiste bedragen. De rechtbank stelt voorop dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding (art. 6:217 lid 1 BW). Door het plaatsen van een opmerking op het aanvraagformulier heeft de werkgever zelf een aanbod aan Zwitserleven gedaan. Bovendien heeft de werkgever pas na ontvangst van de offerte van Zwitserleven navraag gedaan bij Zwitserleven over een eventuele waardeoverdracht van het bij DBV opgebouwde pensioen. Hierdoor kan niet worden aangenomen dat de offerte een aanbod van Zwitserleven tot uitruil inhoudt. Dan ligt de vraag voor of de werkgever het daaropvolgende stilzwijgen van Zwitserleven onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag opvatten als een aanvaarding van haar aanbod (art. 3:35 BW). De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. De rechtbank is van oordeel dat Zwitserleven onder de gegeven omstandigheden de opmerking op het aanvraagformulier niet hoeft op te vatten als een van haar oorspronkelijke aanbod (de offerte) afwijkende aanvaarding. Namelijk, aanvaarding van een nieuw aanbod tot uitruil van het opgebouwde DBV pensioen tegen vaste bedragen. De werkgever mag in dat geval redelijkerwijs het stilzwijgen van Zwitserleven niet opvatten als een aanvaarding van haar aanbod, zodat er tussen de partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen over de uitruilwaarden.

In een uitspraak van Rechtbank Utrecht (4 april 2012, PJ 2012/142, **LJN: BW1734**) is de vraag of het bedrijfstakpensioenfonds ten onrechte uitgekeerd arbeidsongeschiktheidspensioen kan terugvorderen. Het fonds handelt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar door de deelnemer te houden aan zijn verplichting tot terugbetaling van het arbeidsongeschiktheidspensioen dat hem over de periode april 2002 tot en met oktober 2008 onverschuldigd is uitbetaald. Voor de rechtbank weegt zwaar dat de deelnemer na april 2002 er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat hij in aanmerking komt voor het arbeidsongeschiktheidspensioen en dat het voor hem allerm minst duidelijk was dat hij geen recht op arbeidsongeschiktheidspensioen had.

Het voortduren van dat vertrouwen kon hij bovendien gerechtvaardigd ontlenen aan de jaarlijkse opgave van het hem jaarlijks uitgekeerde arbeidsongeschiktheidspensioen. Bovendien is hij op basis van dat vertrouwen een langdurige hypothecaire verplichting aangegaan bij de vaststelling waarvan rekening gehouden is met het arbeidsongeschiktheidspensioen.

11. Zorgplicht

In 2012 introduceerde Minister De Jager een wetsvoorstel met een algemene zorgplicht voor banken en verzekeraars met als doel het vertrouwen in de financiële sector te herstellen. De klanten moeten meer centraal komen te staan bij de aankoop van financiële producten. Op grond van deze berichtgeving zouden we bijna vergeten dat er al zorgplichtregels gelden voor diensten van financiële instellingen: een informatieplicht en een waarschuwingsplicht. Op het terrein van zorgplicht zijn in 2012 diverse uitspraken gedaan.

Uitvoerder

Gaat de zorgplicht van de verzekeraar zo ver dat deze een handtekening moet controleren op echtheid? Rechtbank Rotterdam (15 juni 2012, **PJ 2012/197**, LJN: BX9792) dient te oordelen of een weduwe een nabestaandenpensioen toekomt die geen afstand heeft gedaan van haar recht op nabestaandenpensioen. Haar overleden partner heeft het formulier over uitruil van nabestaandenpensioen in ouderdompensioen buiten haar medeweten getekend en haar handtekening vervalst, zo stelt zij. De verzekeraar heeft hiertegen aangevoerd dat niet zij, maar het pensioenfonds na de overdracht van het pensioen contractspartij is geworden. Het pensioen van de overledene was oorspronkelijk verzekerd bij de verzekeraar. Door de overnameovereenkomst zijn de pensioenverplichtingen overgegaan op het pensioenfonds. Tussen partijen is niet in geschil dat de overledene als wederpartij van de verzekeraar zijn medewerking diende te verlenen aan deze contractovername. Hij heeft ook met de overname ingestemd. Vervolgens rijst de vraag of ook de weduwe met de contractovername diende in te stemmen. Deze vraag moet negatief worden beantwoord, omdat de weduwe ten tijde van de overdracht niet als contractuele wederpartij van de verzekeraar kon worden aangemerkt. Dit vereiste vloeit niet voort uit art. 83 PW. Ook de omstandigheid dat de pensioenregeling een nabestaandenpensioen bevatte, maakt dat niet anders. Uit het voorgaande volgt dat de volledige pensioenregeling aan het pensioenfonds is overgedragen, inclusief een eventuele aanspraak op nabestaandenpensioen. Hier eindigt echter de procedure omdat alleen de verzekeraar is aangesproken en niet het pensioenfonds. Heeft de verzekeraar dan onrechtmatig gehandeld door de handtekening van de weduwe niet te controleren? De rechtbank oordeelt dat dit niet onrechtmatig is, maar dit laat onverlet dat de verzekeraar wel een zeker risico neemt door slechts te vertrouwen op een teruggestuurd formulier en niet van betrokkenen

verlangt om bijvoorbeeld in het bijzijn van een werknemer voor de uitruil te tekenen. Het zal voor een pensioenuitvoerder echter niet lonen om het administratieve proces hierop in te richten.

Dient een verzekeraar een aspirant-verzekeringnemer te wijzen op de actuele fiscale wetgeving (HR 9 maart 2012, NJ 2012, 435 m. nt. M. Mendel, **LJN: BU9206**)? Op 18 oktober 1990 verstrekt de verzekeraar een polis voor een levensverzekering met lijfrenteclausule, nadat de premie op 15 oktober was betaald. Op 15 oktober heeft de staatssecretaris van Financiën bekend gemaakt dat de aftrekbaarheid van premies voor verzekeringen gesloten na 15 oktober wordt beperkt. De belastingdienst heeft geoordeeld dat de verzekering na 15 oktober tot stand is gekomen en dus is de lijfrenteaftrek beperkt. Een naheffingsaanslag is opgelegd. Het hof oordeelt dat de verzekeraar haar zorgplicht heeft geschonden door niet te waarschuwen voor de fiscale wijziging en de gevolgen daarvan. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat aan de verzekeraar het aanzienlijke belang voor de betrokkene van de fiscale aftrekbaarheid bekend was. En dat het later dan 15 oktober tot stand komen van de verzekering veroorzaakt is door niet adequate verwerking van de formulieren door de verzekeraar. De Hoge Raad oordeelt dat op basis van de omstandigheden dat de verzekeraar zelf is overvallen door de plotselinge aankondiging van de fiscale regimewijziging en dat zij haar administratieve verwerking daarop niet heeft kunnen aanpassen, het hof niet zonder meer heeft kunnen oordelen dat op de verzekeraar geen waarschuwingsplicht rust. De Hoge Raad het cassatieberoep.

Assurantietussenpersoon

Een interessante uitspraak doet Hof Amsterdam (1 mei 2012, PJ 2012/139, **LJN: BW4825**). In geding is of de assurantietussenpersoon van een werkgever gehouden is voorafgaand aan het tot stand komen van de uitvoeringsovereenkomsten tussen de werkgever en de verzekeraar, aan de werkgever opgave te doen van alle vergoedingen die de assurantietussenpersoon van de verzekeraar verkrijgt (voor het tot stand brengen van die overeenkomsten). Op enig moment is de werkgever te weten gekomen dat de tussenpersoon van de verzekeraar € 960.000 aan bonusprovisie had ontvangen, en nog eens € 250.000 aan bonusgeldten tegoe had. De tussenpersoon informeert de werkgever op expliciete vragen over beloning over de doorlopende provisie, maar zwijgt over de bonusprovisie. Dit was overigens algemene praktijk. Omdat deze bonusprovisie niet (direct) ten laste kwam van de werkgever of de werknemers leek het een spel zonder verliezers. (Al was dat natuurlijk niet zo.) De werkgever claimt te hebben gedwaald en vordert vernietiging

van de overeenkomst van opdracht en de door haar aan de tussenpersoon betaalde bedragen. De rechtbank had in kort geding (Rechtbank Amsterdam 30 juni 2011, zaak-/rolnummer 489845/ KG ZA 11-724) de vordering van de werkgever van de hand gewezen. Op het moment van totstandkoming van de overeenkomsten (2007) waren in de verzekeringsbranche “levende regels en opvattingen” over voorafgaand informeren van de klant over de omvang van de beloning. Daarom overweegt het hof dat op de tussenpersoon hiervoor geen bijzondere informatieplichten golden. De Gedragscode Informatieverstrekking Dienstverlening Intermediair (GIDI), de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo) schrijven niet specifiek voor dat een tussenpersoon bij de bemiddeling van een pensioenverzekering informatie geeft over de omvang van de beloning die hij als provisie van de verzekeraar zal ontvangen als die pensioenverzekering tot stand komt. Dit moet voor menig assurantietussenpersoon een opluchting zijn. Art. 4:73, eerste lid onder b. Wft schrijft sinds 2007 wel voor dat een bemiddelaar de verzekeringnemer voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst informeert “op welke wijze hij wordt beloond”, maar dat betreft niet de omvang van de beloning. Een dergelijk op de omvang van de beloning gericht voorschrift geldt (pas) sinds 1 januari 2009. Sinds 2010 geldt het verbod op bonusprovisie.³¹ Toch komt de assurantietussenpersoon hier in dit geval niet mee weg. Naar oordeel van het hof is de tussenpersoon wel op grond van art. 7:427 BW jo. art. 7:418 BW verplicht de werkgever te informeren welk (direct of indirect) belang zij had bij de totstandkoming van de uitvoeringsovereenkomsten. Wellicht is uit de uitspraak niet op te maken dat deze verplichting – als zorgplicht – in het algemeen op de assurantietussenpersoon rust, maar wel als de tussenpersoon de door de werkgever gestelde vragen over de vergoeding onjuist (of onvolledig) had beantwoord. De vorderingen van de werkgever worden toegewezen.

Rechtbank Arnhem (12 september 2012, PJ 2012/198, **LJN: BX8829**) oordeelt dat sterke aanwijzingen bestaan dat de assurantietussenpersoon toerekenbaar tekort is geschoten in de zorgplicht die op grond van de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) op haar rust. (Deze uitspraak is eerder behandeld onder 10. Vertrouwensleer). Er was sprake van een collectieve waardeoverdracht. Kern van het geschil is de vraag of de werkgever en Zwitserleven tevens de uitruil zijn overeengekomen van het bij DBV opgebouwde kapitaal tegen premievrij ouderdomspensioen, en wel volgens het tweede overzicht van Zwitserleven. Dit

³¹ Art. 149a lid 1 Bgfo.

overzicht bevat namelijk onjuiste bedragen. De koopsom in de herberekening is meer dan verdubbeld (ten opzichte van de eerste opgave) en de hoogte van het pensioen aanzienlijk toegenomen. Daarom kan van de tussenpersoon in redelijkheid worden verwacht dat een schriftelijke bevestiging van de overdragende pensioenuitvoerder is gevraagd, alvorens de berekeningen van Zwitserleven te verwerken in de persoonlijke overzichten van de werknemers. Dat geldt temeer nu uit het oorspronkelijke overzicht eenvoudig valt op te maken dat sprake is van kenbare rekenfouten.

De zorgplicht van een assurantietussenpersoon houdt zowel een informatieplicht als een waarschuwingsplicht in. Alleen vooraf informeren door de tussenpersoon is niet voldoende. De tussenpersoon is ook gehouden tijdig te waarschuwen, wat de risico's zijn van de (voorgenomen) handelingen van zijn klant. Zoals bijvoorbeeld blijkt uit het geval waarbij een gemengde verzekering is omgezet in een beleggingsverzekering en de rechter oordeelde dat er onvoldoende was gewezen op de kans op (sterk) tegenvallende rendementen en de mogelijkheid dat alleen het garantiebedrag op de einddatum wordt uitgekeerd (Rechtbank Dordrecht 5 december 2012, **LJN: BY6403**). In dit geval zijn de pensioendoelstelling en de beperkte ervaring van de klant met beleggen bekend bij de tussenpersoon. De tussenpersoon wordt juist bij uitstek professioneel en deskundig geacht om te beoordelen of het gevoerde beleid in overeenstemming is met de doelstelling en zonodig moet hij de klant waarschuwen. Omdat de tussenpersoon niet kan aantonen dat de klant ook indien hij wel gewaarschuwd zou zijn het gevoerde beleid had voortgezet, staat het causale verband tussen handelen van de tussenpersoon en de veroorzaakte schade vast.

12. Fiscaal pensioenrecht

Voor het fiscaal pensioenrecht in 2012 is het met name de DGA die met een aantal vermeldingswaardige uitspraken de aandacht trekt.

Overdracht pensioenverplichtingen DGA

De overdracht van in eigen beheer gehouden pensioenverplichtingen van een DGA stond ook in 2012 weer volop in de belangstelling. De Hoge Raad besliste reeds op 24 december 2010 (PJ 2011/45) dat het gedeelte van de overnamevergoeding, die is toe te rekenen aan na-indexatie van de pensioenaanspraken, niet ineens aftrekbaar is in het jaar van de overdracht. In de lijn van dit arrest beslist Rechtbank Den Haag op 22 maart 2012 (PJ 2012/138, **LJN: BW1045**), dat de vergoeding voor de kosten van na-indexatie niet aftrekbaar zijn in het jaar van de overdracht. Bij de berekening van de overdrachtswaarde was overigens een rekenrente lager dan 4% gehanteerd, namelijk 3,74%, alsmede een na-indexatie van 2,11%. De rechtbank oordeelt dat niet alleen het gedeelte van de overdrachtswaarde, voor zover deze ziet op de 2,11% na-indexatie, niet aftrekbaar is, maar ook het gedeelte van de overdrachtswaarde voor zover deze is toe te rekenen aan de lagere rekenrente.

In een procedure waarbij de feiten en omstandigheden vergelijkbaar zijn voor de rekenrente (3,74%) en de na-indexatie (2,11%), beslist Rechtbank Breda (11 mei 2012, **LJN: BW9364**) daarentegen dat de overdrachtswaarde voor zover die is toe te rekenen aan de lagere rekenrente wél (ineens) aftrekbaar is. Derhalve een volstrekt tegengestelde beslissing. Het wachten is op het verlossende antwoord van onze hoogste rechter.

Vrijval pensioenverplichting bij overlijden partner DGA

Hof Amsterdam 20 september 2012 (**LJN: BY3639**) oordeelt dat bij overlijden van de partner van een DGA, wiens pensioenopbouw in eigen beheer plaatsvindt, de verplichtingen uit hoofde van het latente partnerpensioen vrijvallen ten gunste van de winst. Gelet op de wijze van fiscaal waarderen is dit de vrijval van het latent partnerpensioen vanaf de pensioendatum. Latent partnerpensioen vóór de pensioendatum mag fiscaal (vooralsnog) niet tot de verplichting worden gerekend. Uit de wet (art. 10c UBLB), alsmede uit de pensioenovereenkomst, vloeit voort dat in geval van eigen beheer geen sprake kan zijn van een partnerpensioen indien geen daartoe gerechtigde persoon kan worden aangewezen. De aanspraken op partnerpensioen vervallen dan. De pensioenverplichtingen konden in dit geval ook

niet worden bevroren, omdat van de in de pensioenovereenkomst geboden mogelijkheid om partnerpensioenaanspraken om te zetten in extra ouderdomspensioenaanspraken geen gebruik is gemaakt. Voorkomen van een belastingclaim bij overlijden van de partner kan, zo lijkt het, door (het opnemen van) een uitruilmogelijkheid in de pensioenovereenkomst en een uitruil van pensioen voordat de partner komt te overlijden.

Afkoop DGA

Een DGA is met zijn BV in 1993 een pensioenregeling in eigen beheer overeengekomen. Vanwege de invoering van het Witteveen-regime dient de pensioenregeling uiterlijk op 1 juni 2004 te zijn aangepast. Tijdens de uitvoering van de aanpassing wordt door de FIOD een onderzoek ingesteld. Die concludeert in 2005 dat aanpassing van de pensioenregeling aan de nieuwe wetgeving pas op 2 juli 2004 heeft plaatsgevonden, dus ruim een maand na de fatale datum van 1 juni 2004. De Belastingdienst rekent vervolgens de pensioenaanspraken van de DGA in 2004 tot zijn loon. In de daaropvolgende procedure stellen de DGA en zijn BV dat de Belastingdienst in vergelijkbare gevallen wel accepteert dat pensioenregelingen, tot stand gekomen ná 1 juni 2004, met terugwerkende kracht zijn aangepast aan het Witteveen-regime. Een stelling die is ingenomen mede naar aanleiding van met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur (!) verkregen informatie. Dit beroep op het gelijkheidsbeginsel blijft niet zonder succes. Want Rechtbank Haarlem stelt op 31 mei 2012 (PJ 2012/157, **LJN: BW7885**) vast dat de Belastingdienst voor bij verzekeraars ondergebrachte pensioenen feitelijk het beleid voerde dat pensioenregelingen ook na 1 juni 2004 nog voor andere dan formele gebreken aan het Witteveenkader kunnen worden aangepast. Het ging daarbij niet om herverzekering van pensioenen van DGA's, maar om pensioenen die werkgevers aan "gewone" werknemers hebben toegezegd. Rechtbank Haarlem ziet echter geen reden waarom een DGA, van wie de pensioenaanspraak in eigen beheer in zijn BV is ondergebracht, afwijkt van een werknemer, niet-DGA, waarvan het pensioen door zijn werkgever bij een professionele verzekeraar is ondergebracht. Bovendien was ten tijde van de vaststelling van de onzuiverheid van de pensioenregeling door de FIOD in 2005 de pensioenregeling al geruime tijd correct aangepast aan de nieuwe wetgeving. Conclusie: de DGA en zijn BV doen met succes een beroep op het van de wet afwijkende, begunstigende beleid.

Een DGA die bij zijn BV een saldolijfrente had bedongen kocht deze gedeeltelijk af, zodat hij per saldo niet wordt belast. Dit leidt er echter toe dat de dekkingsgraad van de pensioen- en lijfrente verplichtingen dermate afneemt, dat laatstbedoelde verplichtingen niet meer volledig kunnen worden nagekomen. De Hoge Raad oordeelt op 21 december 2012 (VN 2013/2.18, **LJN: BY6925**) dat onder deze omstandigheden de onbelaste gedeeltelijke afkoop van de saldolijfrente impliceert dat de DGA geacht wordt tevens zijn pensioen- en lijfrenteaanspraken (fictief) af te kopen. Dit laatste betekent dat de waarde in het economische verkeer van de volledige pensioen- en lijfrenteaanspraken in de (progressieve) heffing moet worden betrokken, althans voor zover deze voor verwezenlijking vatbaar zijn. Daarbovenop komt uiteraard nog 20% revisierente.

Een in België woonachtige DGA die vrijwel het gehele banksaldo van zijn pensioenvennootschap opneemt, wordt daarvoor in Nederland vol in de belastingheffing betrokken. De opname leidt er toe dat de pensioenvennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Dat brengt aanvankelijk Rechtbank Breda tot het oordeel dat de DGA zijn pensioen gedeeltelijk heeft afgekocht, zodat de gehele pensioenaanspraak, op grond van de toewijzingsbepalingen uit het huidige Verdrag ter voorkoming van dubbele heffing tussen Nederland en België, in Nederland belast is. In hoger beroep stelt Hof Den Bosch vervolgens vast dat niet aannemelijk is geworden dat sprake is van een leningsovereenkomst die ten tijde van de opname van de gelden al bestond. De gehele gang van zaken lijkt er meer op dat de DGA helemaal niet van zijn pensioenvennootschap wilde lenen, en evenmin de intentie had de opgenomen gelden terug te willen of kunnen betalen. De pensioenaanspraken zijn derhalve terecht als fictieve afkoopsom in de Nederlandse belastingheffing betrokken. De Hoge Raad heeft op 9 november 2012, VN 2012/31.12, **LJN: BW4753**, de uitspraak van het hof bevestigd.

Reorganisatieregeling is aanvullende FPU

De Hoge Raad 15 juni 2012 (VN 2012/13.18, **LJN: BU8935**) beslist op een door A-G Niessen ambtshalve ingesteld cassatieberoep, dat een 55+-regeling in het kader van een reorganisatie niet is aan te merken als een VUT-regeling. De betreffende 55+-regeling is feitelijk een aanvulling op de regeling Flexibel Pensioen en Uittreden (FPU) van het ABP en viel daarmee onder de regeling van art. 32aa Wet LB 1964. De overgangsregeling van art. 38c, tweede lid, Wet LB 1964 is volgens de Hoge Raad in dit geval niet van toepassing. De werkgever is daardoor wél eindheffing verschuldigd over de aanvullende uitkering.

FPU-uitkering in Nederland belast

Een werknemer van de Rijksuniversiteit Groningen heeft van 1968 tot en met 2002 voor die universiteit gewerkt. Vanaf 2002 maakt hij gebruik van de regeling FPU van het ABP. De voormalig universiteitswerknemer woont dan inmiddels in Thailand. Dat weerhoudt de Belastingdienst er niet van de FPU-uitkering volledig in de Nederlandse belastingheffing te betrekken. Hof Den Bosch oordeelt dat door de inwerkingtreding van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek de Rijksuniversiteit Groningen in 1992 niet is geprivatiseerd. Volgens het hof zijn openbare universiteiten (nog immer) aan te merken als tot de centrale overheid behorende zelfstandige bestuursorganen met rechtspersoonlijkheid. Verder meent het hof dat de dienstbetrekking met de universiteit Groningen ook niet is gewijzigd in een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Dit alles leidt tot de conclusie dat Nederland heffingsbevoegd is op grond van art. 19, eerste lid, van het Verdrag ter voorkoming van dubbele heffing tussen Nederland en Thailand. Inmiddels heeft ook A-G Niessen op 18 oktober 2012 (VN 2013/5.12, **LJN: BY2691**) geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het door de voormalig universiteitswerknemer ingestelde cassatieberoep.

Hoewel buitenstaanders daar (nog steeds) anders over denken: voor de pensioenskundige *'never a dull moment'*. 2012 leverde weer vermeldingswaardige rechtspraak op. De Werkgroep Pensioenjurisprudentie van de Vereniging van Pensioenjuristen (VvPJ) heeft zich mede als taak gesteld jaarlijks over pensioenrechtspraak te berichten. Onder meer door het vervaardigen van een kroniek.

De Kroniek Pensioenrechtspraak 2012 is een betrouwbaar naslagwerk dat onmisbaar is voor iedereen die te maken heeft met pensioenrecht.