

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

Nr. 2

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

Derya Gunaydin	<i>senior pensioenjurist Syntrus Achmea</i>
Jurgen Holtermans	<i>vennoot Hendriks+Bakker Fiscaal en pensioenadviseurs</i>
Maarten van de Kerkhof	<i>juridisch medewerker ASR Nederland N.V.</i>
Govert Jan Knotter	<i>advocaat Wout Van Veen Advocaten</i>
Jan Lahaye	<i>zelfstandig pensioenadviseur</i>
Brigitte den Outer	<i>advocaat Den Outer Advocatuur</i>
Edwin Schop (eindredactie)	<i>directeur/adviseur arbeidsvoorwaarden Flexis Groep</i>
Simone Schraders	<i>advocaat Hogan Lovells International LLP</i>
Petra van Straten	<i>advocaat Loyens & Loeff</i>

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

De Vereniging van Pensioenjuristen (hierna: de VvPJ) is opgericht in 2001 en heeft als doel het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening van het pensioenrecht door haar leden. De VvPJ onderscheidt zich doordat zij het debat over juridisch-inhoudelijke pensioenonderwerpen wil stimuleren en ontwikkelen. Bij de VvPJ aangesloten pensioenjuristen en pensioenconsultants volgen de ontwikkelingen van het pensioenrecht op de voet. De pensioenjuristen dragen de titel CPL (*certified pension lawyer*), de pensioenconsultants de titel CPC (*certified pension consultant*). Ter waarborging van de kwaliteit moet, om deze titel te verwerven en te behouden, aan een aantal eisen worden voldaan. Eén daarvan is het met succes afronden van de Leergang Pensioenrecht aan de Law Academy van de Vrije Universiteit Amsterdam.¹

Secretariaat Vereniging van Pensioenjuristen
Postbus 91
7250 AB Vorden
secretariaat@vvpj.nl

©2014 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

¹ www.pensioenjurist-cpl.nl.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

Inhoudsopgave

LIJST MET AFKORTINGEN.....	11
1. Inleiding.....	13
2. Wijziging pensioenregeling.....	15
3. Uitleg overeenkomst.....	21
4. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen.....	31
5. Bedrijfstakpensioenfondsen.....	35
6. Verjaring.....	53
7. Echtscheiding.....	59
8. Gelijke behandeling en pensioen.....	73
9. Fusie & overname en pensioen.....	83
10. Zorgplicht en Vertrouwensleer.....	89
11. Fiscaal pensioenrecht.....	95
11. Overig.....	109

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

Voorwoord

Het bestuur van de VVPJ is verheugd dat de tweede uitgave van de Kroniek voor u ligt. Onze eigen publicatiereeks is daarmee nu een feit!

Pensioen blijft de samenleving bezighouden. Waar tot voor een aantal jaar geleden de (on)voorwaardelijke toeslagverlening de pensioengemoederen bezighield, was dat – tot voor kort – de lage dekkingsgraden van pensioenfondsen. Recent is ook de discussie gevoerd over het systeem van checks & balances (de governance) bij pensioenfondsen. Voor de zeer nabije toekomst staat het reële contract (weer) op de agenda en de (mogelijke) problemen bij het handhaven van de doorsneepremie. Voor de lange termijn moet worden nagedacht over de algemene herziening van het pensioenstelsel. Over al deze onderwerpen (en meer), gezet in de sleutel van relevante jurisprudentie, zullen we u door middel van de Kroniek blijven informeren.

De nu voorliggende Kroniek geeft een beeld van de ontwikkelingen in rechtspraak en maatschappelijke opvattingen over pensioen in 2013. Waar mogelijk ook met een terugblik naar de Kroniek van 2012.

De Kroniek is geschreven door leden van een daartoe speciaal samengestelde werkgroep van leden van de VvPj. Het bestuur bedankt hen voor de getoonde inzet en het enthousiasme.

Namens de VvPj,

Saskia Mevissen
Hennie de Graaf

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

LIJST MET AFKORTINGEN

AFM	Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat Generaal
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene ouderdomswet
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
Bpf	Bedrijfstakpensioenfonds
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	College van beroep voor het bedrijfsleven
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CRvM	College voor de Rechten van de Mens
DGA	Directeur Grootaandeelhouder
DNB	De Nederlandsche Bank
EG	Europese Gemeenschap
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie Europese Gemeenschap
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Ktr.	Kantonrechter
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
OK	Ondernemingskamer
OR	Ondernemingsraad
Opf	Ondernemingspensioenfonds
PJ	Pensioen Jurisprudentie
PM	Pensioen Magazine
PSW	Pensioen –en Spaarfondsenwet
PW	Pensioenwet
Rb.	Rechtbank
Sv	Wetboek van Strafvordering
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

UPO	Uniform Pensioen Overzicht
UWV	Uitkeringsinstelling Werknemers Verzekeringen
VBB	Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000
Vgl.	Vergelijk
VPL	Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling
VUT	Vervroegde uittreding
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen: EG-verdrag)
Vzr.	Voorzieningenrechter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheid
Wet Bpf	Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
Wet WALVIS	Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in socialeverzekeringswetten
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WOO	Wet overgang van onderneming
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WVPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
WW	Werkloosheidswet

1. Inleiding

Als de niet aflatende aandacht voor pensioen in nagenoeg alle media daarvoor een indicatie is staat het volgende vast: pensioen is hip. Zo was 2013 het jaar waarin onder meer werd besloten om het reële pensioencontract minder ambitieus vorm te geven en het fiscale kader, in ‘opdracht van de Eerste Kamer’ minder vergaand te versoberen. Het was ook het jaar waarin de Algemene Pensioen Instelling sneuvelde, het Multi Pensioenfonds werd geboren en de ondernemingsraad instemmingsrechten kreeg in de situatie dat de pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een Opf.

De werkgroep Pensioenjurisprudentie van de VvPj heeft zich mede als taak gesteld jaarlijks over pensioenrechtspraak te berichten. Onder meer door het vervaardigen van een kroniek. Hiermee is de werkgroep begonnen in 2012. Uiteraard leverde ook 2013 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Deze is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2013. De verwerkte uitspraken zijn de uitspraken gepubliceerd in 2013. Er is een selectie gemaakt van uitspraken die volgens de werkgroep de moeite van het vermelden waard zijn.

De Kroniek Pensioenrechtspraak 2013 is het resultaat van gemeenschappelijke bevindingen en inspanningen van de leden van de werkgroep. Alle werkgroepleden hebben op persoonlijke titel bijgedragen aan deze uitgave. De inhoud wordt gedragen door de leden van de werkgroep maar reflecteert niet per se de mening van een (mede-)auteur, van de werkgroep als geheel of van de VvPj.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

2. Wijziging pensioenregeling

mr. GovertJan Knotter CPL, advocaat Wout van Veen Advocaten

mr. Simone Schraders CPL, advocaat Hogan Lovells International LLP

Nu ingrijpende wetwijzigingen zich in hoog tempo opvolgen, zal naar verwachting als gevolg daarvan vrijwel iedere pensioenregeling moeten worden gewijzigd. Dit kan tot interessante wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek leiden. Wij zien uit naar verdere relevante rechtspraak. Wat 2013 betreft kan de jurisprudentie betreffende wijzigingsproblematiek als volgt worden samengevat.

Uitgewerkte rechtsverhouding

Op 6 september 2013 heeft de Hoge Raad in de zogenaamde ECN zaak (Hoge Raad 6 september 2013, **ECLI:NL:HR:2013:Cao566**) arrest gewezen.² De vraag is of de werkgever, ECN, bevoegd was om het pensioenreglement voor oud-werknemers eenzijdig te wijzigen, zodanig dat de onvoorwaardelijke indexeringsafspraken werd gewijzigd in een voorwaardelijke indexering. Deze zaak speelt onder de werking van de PSW. OMEN (de vereniging van oud-werknemers met ingegane uitkeringen of premievrije aanspraken) vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat ECN niet bevoegd was de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen ten aanzien van de oud-werknemers. Zij voert in dit verband onder meer aan dat sprake is van een zogenaamde uitgewerkte rechtsverhouding. De Hoge Raad oordeelt:

‘Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als 'uitgewerkt' moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.’

² PJ 2013/161 met noot van E. Lutjens (eerste annotatie) en H.P. Breuker (tweede annotatie).

De Hoge Raad stelt daarnaast vast dat het hof ten onrechte aan artikel 19 PW had getoetst nu de door ECN doorgevoerde wijzigingen aan de hand van de PSW dienden te worden beoordeeld. De PSW kende geen artikel gelijk aan artikel 19 PW. Artikel 7:613 BW gold toen echter wel. De Hoge Raad laat een toetsing aan het laatstgenoemde artikel in dit arrest buiten beschouwing. Lutjens³ stelt dat indien men de belangentoets van artikel 7:613 BW aan werknemers voorbehoudt en voor oud-werknemers alleen, zoals de Hoge Raad in dit vonnis, misbruik van recht (artikel 3:13 BW) en de onaanvaardbaarheidstoets (artikel 6:248 lid 2 BW) aanlegt, de bescherming van oud-werknemers tegen een wijziging minder streng is. Hij acht het een niet gewenst en niet aannemelijk rechtsgevolg om de oud-werknemers minder bescherming tegen een eenzijdige wijziging te geven dan werknemers.

De ECN uitspraak is overigens in lijn met het oordeel van Hof Amsterdam in de *Delta Lloyd* zaak (12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050). Deze had eerder vastgesteld dat van een uitgewerkte rechtsverhouding geen sprake kan zijn. Op de toepasselijkheid van artikel 7:613 BW is het hof niet ingegaan. De Vereniging van Gepensioneerden van de Delta Lloyd Groep (en twee individuele gepensioneerden) hadden beroep in cassatie ingesteld. Op 8 november 2013 heeft de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO verworpen (Hoge Raad 8 november 2013, **ECLI:NL:HR:2013:1134**), een en ander in lijn met de conclusie van de A-G (Hoge Raad 20 september 2013, **ECLI:PHR:2013:874**). Het argument van de uitgewerkte rechtsverhouding, zowel aanvaard als verworpen in de literatuur, is dus uitgewerkt.

Informatieplicht bij wijziging

In het *Niehof*-arrest (Hoge Raad 8 februari 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BY4465**)⁴ heeft een (voormalige) DGA de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid ("Bpf Bouw") in rechte betrokken. Per 1 januari 2006 kwamen de bestaande VUT- en vroegpensioenregelingen voor DGA's in de bouw te vervallen. Destijds zijn de DGA's hierover per brief geïnformeerd waarbij hen de mogelijkheid werd geboden binnen een vervaltermijn vrijwillig in de pensioenregeling van Bpf Bouw deel te gaan nemen. De DGA in deze zaak stelt de betreffende brief niet te hebben ontvangen. Hij vordert

³ Noot E. Lutjens bij PJ 2013/161 onder 12.; E. Lutjens, 'Wijziging van pensioenregeling voor ex-werknemer en schrappen art. 20 PW', TPV 2013/40.

⁴ PJ 2013/60 met noot van T. Huijg.

alsnog deelname met terugwerkende kracht. De vraag is of Bpf Bouw als uitvoerder in strijd met de informatieplicht ex artikel 17 lid 1 PSW (nu artikel 21 lid 2 PW) heeft gehandeld. Artikel 17 lid 1 PSW luidde:

‘Het bestuur van een pensioen- of spaarfonds zorgt dat de deelnemers bij toetreding schriftelijk op de hoogte gesteld worden van de inhoud van de geldende statuten en reglementen van het fonds. Jaarlijks worden de deelnemers schriftelijk van wijzigingen daarin door het bestuur op de hoogte gesteld.’

Het hof ging uit van een strikt taalkundige uitleg van artikel 17 lid 1 PSW waarbij men zou kunnen betogen dat onder de verplichting om de deelnemers jaarlijks op de hoogte te stellen van de wijzigingen in de geldende statuten en reglementen, niet ook de verplichting valt om deelnemers te informeren over de (eenmalige) beëindiging van een regeling. Volgens de Hoge Raad volgt echter uit de wetsgeschiedenis van artikel 17 PSW dat de bedoeling van de bepaling is deelnemers inzicht te geven in hun pensioenpositie opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen kunnen treffen. Daarbij zijn de VUT- en vroegpensioenregelingen voor DGA's in de bouw destijds door een wijziging in het reglement beëindigd. Dus had het pensioenfonds over de wijziging (afschaffing) van voornoemde regelingen informatie dienen te verstrekken.⁵

Eenzijdige wijziging premieverdeling

De kantonrechter te Heerenveen (Rechtbank Noord-Nederland 13 februari 2013, **ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1430**)⁶ zag zich geconfronteerd met een door de vakbonden (op grond van artikel 3:305a BW) en 12 werknemers tegen de werkgever ("Feenstra") aangespannen procedure ter zake een eenzijdig doorgevoerde verhoging van de werknemersbijdrage in de pensioenpremie. De onderneming van Ventilatiesystemen De Rooij B.V. ("De Rooij") is op 3 november 2008 gefuseerd met Feenstra als de verkrijgende vennootschap en De Rooij als verdwijnende vennootschap. Vandaar dat Feenstra is gedagvaard. De Rooij bleek verplicht per 1 juli 2008 aan het Bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek ("PMT") deel te nemen. Kort gezegd

⁵ E. Lutjens, *Wijziging van de pensioenregeling*, in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse en Commentaar*, p. 404, Deventer: Kluwer 2013.

⁶ PJ 2013/64 met annotatie door M.J.C.M. van der Poel.

meldde zij 34 werknemers te laat aan en zag zich met terugwerkende kracht geconfronteerd met dubbele premielasten. In 2008 waren bij De Rooij ongeveer 30 werknemers werkzaam. De pensioenovereenkomst van deze werknemers omvatte een verzekerde regeling bij Aegon met een premieverdeling 1/3^e werknemer en 2/3^e werkgever. Zowel de Cao als de PMT-regeling gaan echter uit van een gelijke premieverdeling (50/50). In verband met de verplichte aansluiting trachtte Feenstra eenzijdig een voor de werknemers (ten opzichte van de AEGON-regeling) nadeligere premieverdeling door te voeren. Om onduidelijke redenen verzocht Feenstra de centrale ondernemingsraad ("COR") om in te stemmen met de overgang van AEGON naar PMT alsook de gewijzigde premieverdeling. De ondernemer hoefde geen instemming aan de COR te vragen voor de verplichte deelneming in PMT. Deze deelneming is er immers één van rechtswege en de ondernemer heeft hierop geen invloed (zie Wet Bpf 2000). Op het punt van de gewijzigde premieverdeling weigerde de COR instemming. Feenstra wijzigde evenwel de premieverdeling. Een aantal vakbonden en de 12 werknemers vorderen in deze procedure vervolgens handhaving van de 'oude' verdeling van de pensioenpremie. Op de betreffende pensioenovereenkomsten was een wijzigingsbeding conform artikel 19 PW van toepassing. De rechtbank overweegt dat de belangen van Feenstra (voor zover onderbouwd) niet van dien aard zijn, dat de belangen van de werknemer hiervoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken en wees de vordering van de werknemers toe. Feenstra beroept zich tevergeefs op de premieverdeling in de Cao (een minimum-Cao waarvan als hoofdregel heeft te gelden dat hiervan ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken), de noodzakelijke harmonisatie van arbeidsvoorwaarden en het feit dat de werknemers bij PMT een beter pensioen kunnen opbouwen. De rechtbank acht het echter van belang dat geen compensatie of overgangsregeling aan de werknemers is aangeboden. Temeer nu de premieverdelingswijziging een lager netto salaris voor de werknemers meebrengt. In gelijke zin oordeelt Hof Arnhem-Leeuwarden (22 januari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BY9332**). De Wet VPL en een andersluidende regeling in de CAO is geen geldige reden voor de werkgever om toch pensioenpremies op de werknemster te verhalen nu er in arbeidsovereenkomst een premievrij pensioen is afgesproken.

Wijziging karakter pensioenovereenkomst

Na verschillende tussenvonnissen oordeelt de rechtbank te Rotterdam (23 december 2009, **ECLI:NL:RBROT:2009:BZ8981**)⁷ in een eindvonnis over een geschil ter zake een wijziging van een pensioenovereenkomst van een eindloonregeling in een beschikbare premieregeling vanaf 1 januari 2008. De OR en 25 (van de 47) werknemers hadden met de wijziging ingestemd. In deze zaak vorderde FNV Bondgenoten ("FNV"), namens de werknemers die niet hadden ingestemd, nakoming van de eindloonregeling. Volgens artikel 19 PW kan een werkgever de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigingen als de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De rechtbank toetst dus aan het zwaarwegend belang van artikel 19 PW. Omdat de OR en een groot deel van de werknemers hadden ingestemd met de wijziging acht de rechtbank dat zwaarwichtig belang (op voorhand) aanwezig maar laat FNV toe tegenbewijs te leveren. De rechtbank benoemt tevens een (actuarieel) deskundige. Deze komt in een vergelijking tussen de oorspronkelijke eindloonregeling en de nieuwe beschikbare premieregeling tot de conclusie dat de lasten van de beschikbare premieregeling voor de werkgever jaarlijks ongeveer € 200.000 lager zijn. Dat vindt de rechtbank, afgezet tegen de totale personeelslasten van zo'n €5 miljoen per jaar, niet voldoende voor een zwaarwichtig belang. De werkgever heeft de financiële noodzaak voor die kostenbesparing evenmin aannemelijk gemaakt. Hiermee is nogmaals bevestigd dat instemming van de OR niet automatisch betekent dat aan de toets van een zwaarwichtig belang van artikel 19 PW wordt voldaan.⁸

⁷ PJ 2013/82 met noot H.P. Breuker.

⁸ Zie bijvoorbeeld Vزر. Utrecht, 26 juli 2005, *JAR* 2005/201 (geen aangetoond zwaarwichtig belang, ondanks instemming OR) en Hof Den Haag 6 januari 2006, *Prg.* 2006, nr. 64. (omdat van een ingrijpende wijziging van omstandigheden niet is gebleken, mocht de werkgever niet eenzijdig de pensioentoezegging wijzigen, ondanks instemming van alle andere werknemers).

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

3. Uitleg overeenkomst

mr. Petra van Straten CPL, advocaat Loyens & Loeff

In pensioenland wordt niet alles even duidelijk opgeschreven of zijn afspraken multi-interpretabel. Onduidelijkheid over bepalingen in een uitvoeringsovereenkomst komt met name aan de orde bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst.⁹ Op dat punt was het in 2013 relatief rustig, althans in de gepubliceerde rechtspraak. Enkele uitspraken zijn echter zeer de moeite van het melden waard.

De vraag hoe een pensioenafpraak moet worden uitgelegd is in 2013 niet wezenlijk anders beantwoord. Het uitgangspunt is dat een overeenkomst met twee partijen wordt uitgelegd conform de bedoeling van partijen en niet alleen naar de letterlijke tekst van de pensioenafpraak (het *Haviltex*-criterium eventueel aangevuld tussen de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid).

Vergoeding bij einde uitvoeringsovereenkomst

De Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (“Nozema”) heeft haar pensioenovereenkomsten onder gebracht bij het niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO (“PNO”). Na de juridische fusie van Nozema met KPN wordt de deelname aan de pensioenregeling bij PNO per 1 oktober 2006 beëindigd. Bij brief van 5 september 2007 ontvangt KPN een factuur voor het te vergoeden verzekeringstechnisch nadeel dat als gevolg van de beëindiging door Nozema/KPN is ontstaan. KPN is het oneens met de hoogte van de factuur en richt zich tot de rechtbank (Rechtbank Amsterdam 16 januari 2013, **ECLI:NL:RBAMID:2012:BZ8597**).¹⁰ Wat was het geval? De van toepassing zijnde uitvoeringsovereenkomst bepaalt in artikel 10 lid 3 dat:

‘uittreding van de deelnemende werkgever slechts mogelijk is/was, indien het fonds schadeloos werd gesteld voor het uit de uittreding voortvloeiende

⁹ Zie ook: T. Huijg en J.M. van Slooten, ‘De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst’, TPV 2013/22.

¹⁰ PJ 2013/94 met noot van L.H. Blom.

verzekeringstechnisch nadeel. Het verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het pensioenfonds.’

In dit geval oordeelde de actuaris dat het verzekeringstechnisch nadeel uit drie componenten bestond, namelijk:

1. te missen solidariteitsbijdragen vanwege de gemiddelde leeftijd als gevolg van het uittreden;
2. de te missen herstellpremie;
3. de kosten van de behandeling van het uittredingsverzoek.

Omdat de KPN-populatie ouder is dan de achterblijvers bij PNO valt het bedrag als gevolg van (1.) negatief uit. In totaal komt de factuur op € 849.060 (afgerond) uit. KPN betaalt maar maakt ook meteen bezwaar tegen de berekening van het totale bedrag. De discussie spitst zich toe op de vraag wat onder verzekeringstechnisch nadeel moet worden verstaan nu dit niet in de overeenkomst is gedefinieerd. KPN stelt dat moet worden aangesloten bij de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel die als bijlage 2 bij het Vrijstellings- en Boetebestluit Wet Bpf 2000 (“VBB”) zijn gevoegd. Deze regels zijn niet rechtstreeks van toepassing maar er wordt ook voor niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsden vaak aansluiting bij gezocht, stelt KPN.

PNO voert aan dat partijen nu eenmaal overeengekomen zijn dat de actuaris mag vaststellen of er een verzekeringstechnisch nadeel is en wat de hoogte daarvan is. De rechtbank oordeelt dat hier geen sprake van is. De actuaris doet een voorstel maar het bestuur is en blijft uiteindelijk bevoegd te besluiten op dit voorstel. Dan blijft de vraag openstaan hoe het verzekeringstechnisch nadeel moet worden vastgesteld. De rechtbank hecht veel waarde aan het gebruik van ‘schadeloos stellen’ in de uitvoeringsovereenkomst. Dat duidt erop dat de daadwerkelijke schade zal worden vergoed. Volgens de rechtbank moet hieronder dus elke vorm van door PNO te lijden nadeel worden verstaan. Uit de notulen blijkt dat het pensioenfondsbestuur het voornemen had om, ook op de lange termijn, de toeslagverlening in de pensioenpremie te verdisconteren waarvoor herstellpremie nodig zou zijn. Bovendien behielden de uittreeders recht op toeslagverlening waardoor de rechtbank oordeelt dat PNO ook hiermee een verzekeringstechnisch nadeel lijdt door het uittreden van KPN. Het feit dat dit een voorwaardelijke toeslagverlening is, maakt geen verschil, aldus de rechtbank.

Er is geen wettelijke verplichting om schade c.q. verzekeringstechnisch nadeel te vergoeden die ontstaat door of bij opzegging van de uitvoeringsovereenkomst.¹¹ Een dergelijke verplichting kan wel zijn overeengekomen in de uitvoeringsovereenkomst. Dit is een tip voor de praktijk. Schrijf alles zo concreet mogelijk op om bij uittredingen verrassingen te voorkomen. Of beoordeel en heronderhandel de bepalingen voordat de uitvoeringsovereenkomst wordt opgezegd.

Deze discussie speelde overigens in 2006 waarbij van een herstellpremie om eventueel dekkingstekort of reservetekort te herstellen (nog) geen sprake is. Onder verwijzing naar de uitspraak uit 2012 inzake Alcatel Lucent¹² zou het oordeel kunnen zijn dat dit soort herstellpremies wellicht niet meer verschuldigd zijn na het einde van de uitvoeringsovereenkomst, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Uitleg gesepareerd beleggingsdepot

Twee werkgevers hebben hun pensioenregeling ondergebracht bij verzekeraar SRLev N.V. in een gesepareerd beleggingsdepot (Rechtbank Amsterdam 28 augustus 2013 **ECLI:NL:RBAMS:2013:6239**).¹³ Hierdoor worden de ingelegde premies en de rendementen afgezonderd van de algemene middelen van de verzekeraar. Op deze manier kunnen de werkgevers meer invloed uitoefenen op de beleggingen en daarmee op de resultaten binnen het depot. Dit kan de premiestelling beïnvloeden maar ook de kans op toeslagverlening vergroten. Anderzijds, omdat sprake is van een uitkeringsovereenkomst, waarbij de verzekeraar de hoogte van de pensioenen heeft gegarandeerd, heeft de verzekeraar zich het recht voorbehouden in te grijpen in de beleggingen binnen het gesepareerde depot. Als de waarde van het beleggingsdepot beneden een bepaald niveau uitkomt (bij deze verzekeraar het actieniveau genoemd) grijpt de verzekeraar in. Vanaf 2011 komt de waarde van het depot herhaaldelijk onder het actieniveau. De werkgevers stellen op die momenten een bankgarantie of verhogen de bestaande bankgarantie. In januari 2012 wordt de Triple A status van Frankrijk door een kredietbeoordelaar, afgewaardeerd. Voor de goede orde, een

¹¹ Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds kan die verplichting er wel zijn, maar vloeit dan ook voort uit het eenzijdig door het bedrijfstakpensioenfonds opgestelde uitvoeringsreglement.

¹² Zie Kroniek Pensioenrechtspraak 2012 hoofdstuk 3. Uitleg Uitvoeringsovereenkomst.

¹³ PJ 2013/72 met noot van W.P.M. Thijssen.

andere kredietbeoordelaar, Moody's, handhaaft de Triple A status voor Frankrijk.¹⁴ Op dat moment bericht de verzekeraar dat de afwaardering geen gevolgen heeft voor de dekkingsgraad van het depot. Maar negen dagen later bericht de verzekeraar aan de werkgevers dat de positie in Franse obligaties, naast de Italiaanse obligaties, in enkele weken zal worden afgebouwd en wordt om extra zekerheden verzocht. Uiteindelijk wordt de gehele portefeuille in mei 2012 omgezet naar een portefeuille met enkel staatsobligaties waarbij de lengte van de obligaties overeenkomt met de pensioenverplichtingen. Ook wordt de bankgarantie ingewonnen.

De werkgevers vorderen primair een schadevergoeding wegens wanprestatie ter hoogte van de bankgarantie. Daarbij komt het voor wat betreft het uitleggen van de uitvoeringsovereenkomst aan op onduidelijkheden in de uitvoeringsovereenkomst. In de uitvoeringsovereenkomst is namelijk (i) niet expliciet bepaald wat het actieniveau is waarop ingrijpen door de verzekeraar is gerechtvaardigd, (ii) niet bepaald welke kredietbeoordelaar gevolgd zou worden voor de bepaling of een obligatie de hoogste kredietrating bezat en (iii) wat gedaan kon worden om ingrijpen te voorkomen.

De betreffende uitvoeringsovereenkomst bepaalt expliciet dat de verzekeraar kan ingrijpen in de beleggingsmix, maar over de hoogte van de dekkingsgraad waarop kan worden ingegrepen is niets bepaald. Op enig moment wordt er door de verzekeraar gecommuniceerd over een actieniveau van 102% (van de waarde van de beleggingen ten opzichte van de verplichtingen). Aangezien de werkgevers daar niet op hebben gereageerd werd er door de verzekeraar van uitgegaan dat het actieniveau van 102% was geaccepteerd. Onder dit actieniveau kon de verzekeraar ingrijpen in de beleggingsmix maar nergens in de uitvoeringsovereenkomst staat dat een beoordeling door kredietbeoordelaar Standard & Poors leidend was. Overigens was de dekkingsgraad, ook met behoud van de Franse obligaties al onder het actieniveau gezakt. Ingrijpen door de verzekeraar was, aldus de rechtbank, dan ook niet onredelijk. De werkgevers hebben hiertegen geprotesteerd, maar de verzekeraar heeft geweigerd de verkoop ongedaan te maken en bovendien ook de bankgarantie geïnd. Terwijl de dekkingsgraad inclusief Franse obligaties en de bankgarantie op dat moment boven het waarschuwniveau (het waarschuwniveau ligt in casu 2% boven het actieniveau) lag. Maar de werkgevers verkeerden in de veronderstelling dat ze met het stellen van de bankgarantie ingrepen in het beleggingsdepot konden voorkomen.

¹⁴ <http://www.nrc.nl/nieuws/2012/01/16/sarkozy-reageert-op-afwaardering-frankrijk-niet-efsf/>

Doordat de verzekeraar de portefeuille inmiddels had “dichtgezet” (technisch: de duration van de verplichtingen is volledig gematcht met die van de bezittingen) is er geen enkele kans meer op winst. De werkgevers worden hierdoor aan het einde van het contract (eind 2014) zeker geconfronteerd met de gevolgen van de lage dekkingsgraad op het moment van waardeoverdracht naar een nieuwe pensioenuitvoerder dan wel bij onderhandelingen over een nieuw contract met de huidige verzekeraar, aldus de rechtbank. Al met al leidt dit tot de conclusie dat het ‘trekken’ van de bankgarantie binnen deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De schade is dan in ieder geval gelijk aan de ingeroepen bankgaranties. De primaire vordering wordt daarom toegewezen.

De wens van de verzekeraar om in te grijpen is verklaarbaar omdat deze immers de nakoming van de uitkeringsovereenkomsten naar de werknemers heeft gegarandeerd. De werknemers of de verzekeraar mogen niet de dupe worden indien de werkgever binnen de spelregels van de uitvoeringsovereenkomst (onnodig) grote risico's neemt. De inhoud van de uitvoeringsovereenkomst - en specifiek de beleggingsrichtlijnen - stonden ingrijpen op dit moment echter niet toe.

Zwaarwegende omstandigheden

Over de bijstortingsverplichting van ING was ook in 2013 veel te doen. Begin 2013 wordt door het Nederlands Arbitrage Instituut (“NAI”) uitspraak gedaan over de indexatieverplichtingen over 2012 en eind 2013 over de indexatieverplichting over 2013.¹⁵ Op basis van de uitvoeringsovereenkomst dienen alle geschillen over de uitvoeringsovereenkomst of de uitvoering ervan te worden beslist door middel van arbitrage. De toeslagverlening is voorwaardelijk, dat is ook zo gecommuniceerd in de Cao, het pensioenreglement en de uitvoeringsovereenkomst. De kostendekkende premie voorziet niet in een opslag om de toeslagverlening na te kunnen komen. De toeslagverlening wordt door ING gefinancierd en uitsluitend indien ING middelen ter beschikking stelt kan het pensioenfonds de pensioenen verhogen. ING neemt hierover jaarlijks een besluit en kan alleen in geval van zwaarwegende redenen besluiten geen middelen voor indexatie beschikbaar te stellen.

¹⁵ De uitspraken zijn raadpleegbaar via de website van het ING Pensioenfonds: <http://www.pensioenfondsing.nl/nieuws/2013/vonnisarbitrageoververhogingpensioen> en <http://www.pensioenfondsing.nl/nieuws/2013/verhogingpensioenenover2013toegewezen>.

Juist vanwege zwaarwegende redenen weigert ING al vijf jaar om financiële middelen beschikbaar te stellen aan het pensioenfonds om de pensioenen te indexeren. Dat argument vond het pensioenfonds in 2009 en 2010 valide. Vanaf 2011 tolereerde het pensioenfonds dit echter niet meer en heeft het pensioenfonds (middels een zogenaamde artikel 96 Rv procedure) de vraag voorgelegd of de beslissing van ING om geen middelen ter beschikking te stellen zwaarwegend was.¹⁶ De rechters oordelen dat ING bij zwaarwegende omstandigheden bevoegd is geen middelen voor indexatie ter beschikking te stellen en dat het pensioenfonds bevoegd is de zwaarwegende redenen te laten toetsen. De uitzonderlijke omstandigheden, waaronder de af te lossen staatssteun tegen de voortdurende onzekerheid op de financiële markten, was een dusdanig unieke situatie dat dit gekwalificeerd kon worden als voldoende zwaarwegend. Vervolgens vordert het pensioenfonds voor 2012 een volledige indexatie van 2,33% een bedrag van € 170 miljoen. ING weigert dit onder de volgende zwaarwegende redenen:

1. ING hangt nog aan het staatsinfuus;
2. financiële risico's in verband met het splitsen van de bank en de verzekeraar;
3. verscherpte kapitaals- en solvabiliteitseisen, en;
4. buitengewoon onzekere marktomstandigheden.

Ten aanzien van de indexatie over 2012 vergelijken de arbiters de omstandigheden van 2012 met die van 2011, waarin door de rechters was geoordeeld dat de staatssteun en de onzekere marktomstandigheden voldoende zwaarwegende omstandigheden waren (**NAI 4047**, 25 januari 2013). Alles wordt beoordeeld naar de situatie begin 2012, het moment waarop ING besloot geen middelen ter beschikking te stellen. Alle ontwikkelingen van latere datum worden buiten beschouwing gelaten.¹⁷

De arbiters stellen voorop dat ING zelf het vertrouwen heeft gewekt dat zij slechts bij hoge uitzondering niet zal indexeren en kwamen tot de conclusie dat het terugbetalen van de staatssteun en de onzekere marktomstandigheden in 2012 nog even valide argumenten zijn. Het risico verband houdende met de splitsing van ING in een bank en een verzekeraar blijft bestaan, maar iets minder omdat het ING in (de loop van) 2011 wel degelijk was gelukt om onderdelen van ING te verkopen waarbij zelfs boekwinsten

¹⁶ Ktr. Amsterdam 27 juli 2011, PJ 2011/124.

¹⁷ Eind 2012 heeft ING bijvoorbeeld een akkoord gesloten met de Europese Commissie waardoor ING wat meer lucht heeft gekregen.

zijn gemaakt. De financiële situatie van ING was aanmerkelijk verbeterd ten opzichte van 2011. Het financiële beeld van ING per begin 2012 was dus aanmerkelijk positiever dan een jaar eerder. De arbiters vonden het daarbij veelzeggend dat ING naar de 'buitenwacht' uitsprak dat zij erop vertrouwt in de toekomst aan de verscherpte kapitaalseisen van het Basel III akkoord te kunnen voldoen. Het volledig toewijzen van de vordering vonden de arbiters nog wat teveel van het goede. Mede omdat over de bedoeling van het ter beschikking stellen van middelen al in 2003 door ING is gecommuniceerd aan het pensioenfonds dat ING kennelijk ook middelen voor een gedeeltelijke indexatie ter beschikking kan stellen. De arbiters oordeelden dat naar billijkheid een bedrag van 40% ten opzichte van de oorspronkelijke vordering van het pensioenfonds aan middelen ter beschikking moet worden gesteld door ING.

Ook ten aanzien van het niet beschikbaar stellen van middelen voor de indexatie over 2013, na herberekening gesteld op € 195 miljoen, beriep ING zich op dezelfde vier hiervoor genoemde zwaarwegende redenen. ING benadrukte dat zij van mening was dat, ondanks de uitspraak van de arbiters ten aanzien van de indexatie over 2012, de omstandigheden alleen maar zwaarder zijn ten opzichte van 2012. De indexatiebepalingen in de Cao('s) zijn inmiddels iets gewijzigd maar de grondslag is dezelfde gebleven; voorwaardelijke toeslagverlening indien ING daarvoor middelen beschikbaar stelt.

De arbiters overwogen dat het niet indexeren van de pensioenen leidt tot een blijvend gat in de pensioenen mede omdat de pensioenregeling niet voorzag in inhaalindexatie en deze inhaalindexatie ook niet was toegezegd (**NAI 4155**, 20 december 2013). Vaststaat dat de pensioenen al enkele jaren niet en over 2012 slechts gedeeltelijk waren verhoogd. De arbiters toetsen de zwaarwegende omstandigheden naar peildatum 28 februari 2013; het moment waarop ING aangaf geen middelen ter beschikking te zullen stellen voor indexatie. De arbiters oordelen dat ING al vele opeenvolgende kwartalen heeft laten zien een duurzaam winstgevende onderneming te zijn, omdat het eigen vermogen vanaf 2008 sterk was toegenomen. ING voldeed ruim aan de kapitaalseisen en de kernschuld was verder teruggebracht. De arbiters oordelen dan ook dat de financiële positie van ING als (voldoende) solide kon worden aangemerkt. ING heeft aangetoond in blijvend moeilijke omstandigheden haar positie significant te kunnen verbeteren. Er was aldus geen sprake van zwaarwegende omstandigheden om geen middelen voor indexatie beschikbaar te stellen. De arbiters wijzen de volledige vordering van het pensioenfonds toe.

Overigens lijkt ING haar indexatieverplichting voor de toekomst te hebben afgekocht, getuige diverse berichten in de media.¹⁸ Vanaf 2015 zou het pensioenfonds van ING zelf verantwoordelijk worden voor de indexatie en vervalt de financiële steun van ING voor de nakoming van de indexatie.

Bestaan van een uitvoeringsovereenkomst

Ook de CRvB heeft zich dit jaar over de eisen van een uitvoeringsovereenkomst uitgelaten (13 maart 2013, **ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4245**).¹⁹ In deze zaak was een werknemer iets meer dan een jaar in dienst van een werkgever die inmiddels failliet was gegaan. De werknemer was bij indiensttreding een pensioenovereenkomst aangeboden die ook door hem was aanvaard. Op zijn loon waren de bijdragen in de pensioenregeling ingehouden en ook afgedragen aan Zwitserleven, de (beoogde) pensioenuitvoerder. Na het faillissement van de werkgever stortte Zwitserleven de betaalde pensioenpremies op verzoek van de curator terug. De werknemer verzocht het UWV de premiebetaling aan Zwitserleven over te nemen van de failliete werkgever. De CRvB redeneert vanuit artikel 64 lid 1 onder c WW. Dit artikel is de grondslag voor de overname van betalingsverplichtingen door het UWV bij betalingsonmacht van de werkgever. De CRvB beantwoordt eerst de vraag of er een betalingsverplichting bestond. Zonder een ondertekende schriftelijke uitvoeringsovereenkomst is er geen betalingsverplichting tussen werkgever en pensioenuitvoerder en kan het UWV dus ook geen betaling overnemen. In deze zaak was de ondertekening van de schriftelijke uitvoeringsovereenkomst echter in een voorstadium blijven hangen. Weliswaar was er een offerte ondertekend, maar de nadien toegezonden uitvoeringsovereenkomst was niet meer getekend geretourneerd, terwijl deze wel al enkele maanden aanwezig was bij de werkgever. Dat daarna ook premies zijn ingehouden op het loon en afgedragen aan de pensioenuitvoerder, die bovendien niet terstond zijn terugbetaald door de pensioenuitvoerder, vindt de CRvB geen onderbouwing voor het bestaan van een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst. De CRvB oordeelt dat voor het bestaan van een dergelijke schriftelijke uitvoeringsovereenkomst noodzakelijk is dat de uitvoeringsovereenkomst is getekend

¹⁸http://nederland.ipe.com/nederland/ing-koopt-indexatieplicht-af-voor-879-miljoen-euro_59685.php.

¹⁹ PJ 2013/79 met noot van J.J.C. van der Brink.

door partijen. Daar komt bij dat de pensioenuitvoerder expliciet heeft aangegeven dat de pensioenregeling pas zou worden geadmistreerd als de uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement getekend retour zijn gekomen.

Vanuit artikel 64 WW is de redenering van de CRvB wellicht te volgen, omdat door het ontbreken van een handtekening het lastig is te bewijzen dat de failliete werkgever inderdaad een betalingsverplichting jegens de pensioenuitvoerder had. Vanuit de PW ligt het handtekeningvereiste echter minder voor de hand. De PW schakelt rond het begrip 'pensioenovereenkomst'. Dat er een pensioenovereenkomst was staat wel vast. De pensioenovereenkomst was onderdeel van de arbeidsovereenkomst en die was ondertekend. Ook was er een ondertekende offerte met Zwitserleven en had de werkgever de verschuldigde pensioenpremies afgedragen. Uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat de bedoeling was uitvoering aan de pensioenovereenkomst te geven. De primaire gedachte achter artikel 23 PW, en eigenlijk achter de gehele PW, is dat de werknemer moet worden beschermd. Het is onlogisch dat naast de strenge inspanningsverplichtingen voor pensioenuitvoerders om betaling van verschuldigde pensioenpremies bij werkgevers af te dwingen er door de uitspraak van de CRvB een (langdurige) voorfase kan worden gecreëerd. Verschuldigde premies worden hierbij wel ingehouden en afgedragen aan de pensioenuitvoerder. Dit terwijl de pensioenuitvoerder achteraf, wanneer er geen ondertekende uitvoeringsovereenkomst blijkt te zijn, simpelweg de premie kan terugstorten en de pensioenuitvoerder geen enkel risico heeft gelopen.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

4. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen

mr. Brigitte G. den Outer-Kroon CPL, advocaat den Outer Advocatuur

Pensioenontslag: op de pensioengerechtigde leeftijd

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.²⁰ Ook in 2013 is de vraag aan de rechter voorgelegd of de arbeidsovereenkomst eindigt op 65-jarige leeftijd als daarover niets is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Rechtbank Breda (24 oktober 2012, **ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2893**) oordeelt dat thans niet meer gezegd kan worden dat het in Nederland gebruikelijk is dat men stopt op 65-jarige leeftijd en de arbeidsovereenkomst dan vanzelf eindigt. De werkgever had inmiddels van het UWV toestemming gekregen om het dienstverband op te mogen zeggen. De rechtbank wijst de vordering tot loondoorbetaling toe tot de datum waarop het dienstverband met toestemming van het UWV is opgezegd. Een wat zure uitspraak als men bedenkt dat de werknemer zich op de dag van zijn afscheidsreceptie ziek meldde, en pas daarna het standpunt innam dat het dienstverband niet geëindigd was.

Later dan pensioengerechtigde leeftijd

Rechtbank Breda (locatie Bergen op Zoom 3 juli 2013, **ECLI:NL:RBZWB:2013:5655**) oordeelt dat voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een 75-jarige werknemster geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. De werkgever, marktleider op het gebied van tuincentra, en de werknemster zijn verdeeld over de vraag of de 75-jarige leeftijd van de werknemster een gewichtige reden vormt voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De rechtbank overweegt dat artikel 3 onder c WGBL bepaalt dat het niet is toegestaan onderscheid naar leeftijd te maken bij het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding. Hierop staan in artikel 7 WGBL drie uitzonderingen genoemd. De eerste uitzondering – onderscheid dat is gebaseerd

²⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 19 oktober 2011, PJ 2012/74.

op een bij of krachtens wet vastgesteld werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid – doet zich hier niet voor. Evenmin is de tweede uitzondering relevant, namelijk dat sprake is van een beëindiging van de arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de AOW-leeftijd. Integendeel, de arbeidsovereenkomst tussen partijen is twee weken voordat de werknemster de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar bereikte, voor onbepaalde tijd voortgezet. Haar leeftijd vormde daartoe geen beletsel. Van een bij of krachtens wet vastgestelde, of overeengekomen hogere leeftijd waarop de arbeidsverhouding zou eindigen, is evenmin gebleken. Voor een geslaagd beroep op de derde uitzondering – een (andere) objectieve rechtvaardigingsgrond – dient sprake te zijn van zwaarwegende bedrijfsbelangen. De door de werkgever gestelde vrijheid van inrichting noch een leeftijd van 75 jaar leveren als zodanig zwaarwegende bedrijfsbelangen op. Het standpunt van de werkgever dat het een feit van algemene bekendheid is dat een zodanig voortschrijdende leeftijd het risico op arbeidsongeschiktheid aanmerkelijk vergroot en dat ontbinding daarom gerechtvaardigd is, kan niet slagen, aangezien dit zou betekenen dat het enkele ouder worden van de werknemer voldoende zou kunnen zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bovendien kan een verhoogde kans op arbeidsongeschiktheid – voor zover al aanwezig – bij beëindiging van het dienstverband niet leiden tot een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid naar leeftijd. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Eerder dan pensioengerechtigde leeftijd

Een echtpaar had afgesproken dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw met (de onderneming van) meneer eindigt bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd. Maar toen het zo ver was, en de man niet alleen het huwelijk maar ook de arbeidsovereenkomst niet meer wilde continueren, vond zij de Rechtbank Utrecht (**12 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6889**) aan haar zijde. De rechtbank oordeelt dat, geheel in lijn met wetgeving en rechtspraak, een beding in de arbeidsovereenkomst dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 62-jarige leeftijd, in strijd is met artikel 3 WGBL, omdat het bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsverhouding een verboden onderscheid naar leeftijd maakt. Het maakt, aldus de rechtbank, niet uit dat het de wens van partijen was om op 62-jarige leeftijd te stoppen met werken. Het blijft een nietige bepaling en van een objectieve rechtvaardiging van het leeftijds onderscheid in de zin van artikel 7 WGBL is geen sprake, omdat de wens van partijen geen legitiem

doel op het terrein van de werkgelegenheid of arbeidsmarkt vormt. Individuele beweegredenen als die van partijen bieden geen objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsdiscriminatie.

Schade

In tegenstelling tot de situatie waarin de kantonrechttersformule (artikel 7:685 BW) wordt gehanteerd, lijkt pensioenschade in geval van kennelijk onredelijk ontslag (in de zin van artikel 7:681 BW) eerder met succes te kunnen worden gevorderd. Opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding hoeft niet kennelijk onredelijk te zijn. Bij de beantwoording van de vraag of het ontslag 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.²¹ 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.²² 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.²³ Hof Den Haag (11 december 2012, **ECLI:NL:GHSGR:2012:BY5826**) heeft, rekening houdend met alle omstandigheden, de pensioenschade begroot. De werknemer stelde pensioenschade te lijden door de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. Het hof kijkt naar de procentueel mindere opbouw ten opzichte van het opgebouwde pensioen, betreft

²¹ 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.

²² *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 30.

²³ Anders: Ktr. 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, ECLI:NL:RBSHE:2010 (onderbouwde pensioenschade maakt geheel onderdeel uit van schadevergoeding) en Ktr. Utrecht 28 september 2011, JAR 2012/27 (rechter kent vergoeding voor de volledige pensioenschade toe bij ontslag tweeënhalf jaar voor pensioenleeftijd).

daarbij ook de huidige gemiddelde levensverwachting van een 65-jarige man, neemt mee dat de werkgever geen financiële voorzieningen had getroffen met betrekking tot pensioenschade en begroot de schadevergoeding op € 12.000 bruto. Waar de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters weinig ruimte geven voor het vergoeden van pensioenschade, lijkt het hof met deze uitspraak daar toch wel ruimte voor te bieden.

5. Bedrijfstakpensioenfondsen

mr. Derya Gunaydin CPL, senior pensioenjurist Syntrus Achmea

Door bedrijfstakpensioenfondsen (“Bpf-en”) is in 2013 veelvuldig geprocedeerd. De uitspraken die het vermelden waard zijn gaan met name over verplichtgestelde Bpf-en.

Werkingsfeer

De reikwijdte van de verplichtstelling van een Bpf wordt bepaald door de werkingssfeer. Elke werkgever dient zelf na te gaan of de ondernemingsactiviteiten passen in de werkingssfeeromschrijving van een Bpf. De formulering van de werkingssfeer is echter niet altijd duidelijk. Als partijen van mening blijven verschillen over de uitleg van de werkingssfeer kan een rechter daar uitspraak over doen. Onder omstandigheden kan de rechter een onafhankelijke deskundige (derde) vragen een nadere toelichting te geven. Hierbij is van groot belang dat die derde de juistheid van de gegevens nagaat en goed weet wat partijen er zelf onder verstaan. Op basis van zijn kennis en expertise, mag vervolgens van de deskundige verwacht worden, dat hij een objectief oordeel geeft. Deze situatie doet zich voor in de zaak bij Rechtbank Zeeland-West Brabant (12 juni 2013, **ECLI:NL:RBZWB:2013:5351**). Tussen Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Levensmiddelen (“Bpf GIL”) en een werkgever bestond een interpretatieverschil over de werkingssfeer. In opdracht van de rechtbank wordt een deskundige gevraagd te onderzoeken of meer dan 50% van de totale omzet van de onderneming toe te rekenen is aan de productgroepen zoals genoemd in het Verplichtstellingsbesluit van Bpf GIL. Volgens het deskundigenrapport valt slechts 46,79% toe te rekenen aan de in het Verplichtstellingsbesluit genoemde productgroepen.

Bpf GIL bestreed de conclusie van de deskundige en vindt de onderzoeksresultaten onvoldoende controleerbaar en onderbouwd. De rechtbank gaat niet mee in het betoog van het Bpf en stelt voorop dat het deskundigenrapport voldoende onderbouwing bevat om vervolgens te concluderen dat er geen sprake is van verplichte deelname aan Bpf GIL. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de deskundige zich er in voldoende mate van vergewist, dat de hem verstrekte omzetgegevens en productomschrijvingen overeenstemmen met de oorspronkelijke door de werkgever verstrekte gegevens en beschrijvingen. De kanttekeningen van Bpf

GIL geven de rechtbank dan ook geen aanleiding om tot een ander oordeel te komen dan de conclusie van de deskundige. De vordering van Bpf GIL wordt afgewezen en dus kan de werkgever niet verplicht worden aangesloten.

In de uitspraak van Rechtbank Amsterdam (1 juli 2013, **ECLI:NL:RBAMS:2013:6257**) lag de vraag voor of de betreffende werkgever onder de werkingssfeer van Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (“StiPP”) valt. Deze uitspraak heeft in ieder geval in de uitzendwereld voor opschudding gezorgd. De rechtbank oordeelt dat de werkgever niet verplicht aangesloten kon worden bij StiPP omdat uit de stukken niet bleek dat de werkgever een zogenaamde ‘allocatiefunctie’ vervulde.²⁴ Volgens de rechtbank is de allocatiefunctie tevens vereist om als uitzendonderneming op grond van artikel 7:690 BW te kunnen kwalificeren. Voorop staat dat artikel 7:690 BW geen allocatiefunctie vereist. Volgens de wettekst dient er slechts sprake te zijn van terbeschikkingstelling ‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf’. De werkgever in kwestie is een detacheringsbureau met gekwalificeerd personeel in de zorg. Tijdens het verrichten van de werkzaamheden houdt de werkgever op afstand de leiding en het toezicht over de 36 medewerkers door middel van haar twee accountmanagers. Verplichte aansluiting bij StiPP is van toepassing als een uitzendonderneming in hoofdzaak en bedrijfsmatig uitzendkrachten op basis van een uitzendovereenkomst aan derden ter beschikking stelt om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. De uitzendovereenkomst is in de wet nader gedefinieerd in artikel 7:690 BW. In dit artikel komt ook het begrip ‘werkgever’ terug. StiPP stelt dat onder het begrip ‘werkgever’ in de zin van artikel 7:690 BW alle ondernemingen vallen die door middel van detachering, payroll en andere vormen, arbeid ter beschikking stellen aan derden (met andere woorden: alle zogenoemde driehoeksrelaties). Dit baseert StiPP op de wetsgeschiedenis.²⁵ Deze stelling kan volgens de rechtbank in zijn algemeenheid niet worden toegepast:

‘In iedere afzonderlijke functie moet worden bekeken of terbeschikkingstelling in dat concrete geval wel of niet onder de definitie van artikel 7:690 BW valt. Vervult de werkgever bij de

²⁴ Volgens de wetgeschiedenis bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid wordt onder de allocatiefunctie verstaan: “het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid”. Zie in dit kader Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr.3, p. 9.

²⁵ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9 en 10.

detachering geen allocatiefunctie, dan valt zij niet onder de werking van artikel 7:690 BW (en dus ook niet onder het verplichtstellingsbesluit van StiPP).'

De rechtbank verwijst daarbij naar een ander deel van de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW.²⁶ Hierin is volgens de rechtbank bepaald dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor werkgevers die er hun beroep of bedrijf van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. De rechtbank oordeelt dat uit de bewijsstukken niet kan worden afgeleid dat de werkgever een allocatiefunctie heeft, waardoor de werkgever dus niet kan worden gekwalificeerd als 'werkgever' in de zin van artikel 7:690 BW. Daarom valt de werkgever niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit van StiPP. Deze uitleg over allocatiefunctie lijkt mij op een misverstand te berusten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze "grotere mate van vrijheid" ziet op de bijzondere bepalingen van artikel 7:691 BW. Een van de meest gebruikte bijzondere bepalingen is bijvoorbeeld het uitzendbeding. Door dit beding kan een werkgever uitzendovereenkomsten met werknemers beëindigen als de opdracht eindigt. Werkgevers die geen gebruik maken van deze bijzondere bepaling uit artikel 7:691 BW kunnen dan ook nog steeds een uitzendovereenkomst aangaan met hun medewerkers die voldoet aan de bepalingen van artikel 7:690 BW, zij het dat de flexibiliteit van de werkgever dan beperkter is. Het lijkt erop dat de rechtbank er ten onrechte van uit is gegaan dat uitzenden beperkt is tot alleen het vervangen dan wel aanvullen van arbeid tijdens de zogenaamde 'piek en ziek' situaties.²⁷

De rechtbank te Amsterdam (19 augustus 2013, **ECLI:NL:RBAMS:2013:5507**) wijst de vordering van de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid ("Bpf Bouw") af. De rechtbank acht het bewezen dat bij de onderneming nauwelijks of geen

²⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263 nr. 6, p. 15 en 16.

²⁷ Als minister van SZW heeft Donner in 2010 in een brief aan de Tweede Kamer bevestigd dat voor toepassing van artikel 7:690 BW geen allocatie is vereist, nr. AV/AR/2010/4573. Ook in de rechtspraak zijn meerdere voorbeelden te vinden van uitspraken waarbij een allocatiefunctie niet is vereist. Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 29 november 2002, JAR 2002/293; Ktr. Delft 12 november 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009. Zie ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, JAR 2011/21 en HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011. Dit is tevens de meerderheidsopvatting in de juridische literatuur. Zie onder meer: M.W.A.M. van Kempen, 'Over de zoektocht naar een eenduidige benadering van de rechtsbescherming van de payrollwerknemer', TAP 2013/6; E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling van werknemersbescherming of gat in de markt', Arbeidsrecht 2012/6.

activiteiten worden verricht in de bouwsector, waardoor geen sprake kan zijn van verplichte deelname aan Bpf Bouw. Feitelijk wordt met de activiteiten van de onderneming (het afgraven, vervoeren en terugplaatsen van grond) slechts een natuurterrein of groenvoorziening in stand gehouden. Op grond van een strikt taalkundige uitleg zouden deze activiteiten mogelijk deels onder de letterlijke tekst van het Verplichtstellingsbesluit van het Bpf kunnen worden gelezen, maar de rechtbank acht het gevolg van zo'n interpretatie niet logisch. De rechtbank oordeelt dat een redelijke en objectieve uitleg van de betreffende bepaling met zich brengt dat de onderneming niet onder de verplichtstelling van Bpf Bouw valt. Naast de taalkundige betekenis, dient ook rekening te worden gehouden met de kenbare ratio, strekking en systematiek van de regeling waartoe de bepaling behoort, en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende, op zichzelf mogelijke, tekstinterpretaties zouden leiden.

Stelplicht en bewijslast

Elke ondernemer die bij het starten van zijn onderneming personeel in dienst wil nemen, dient na te gaan of zijn ondernemingsactiviteiten vallen onder een bepaald Bpf. Doet hij dat niet (tijdig), dan is de kans aannemelijk dat het Bpf de onderneming op een gegeven moment in het vizier krijgt. Indien een Bpf een onderneming wenst aan te sluiten, dient het Bpf in beginsel te stellen en te bewijzen dat bij deze onderneming in ieder geval een redelijk vermoeden bestaat van verplichte aansluiting bij het Bpf. Een Bpf kan wat dat betreft vrij snel aan haar stelplicht voldoen.²⁸

In de praktijk komt het voor dat bij een redelijk vermoeden van verplichte aansluiting het Bpf de werkgever aansluit. Ingeval van een betwisting door de werkgever, vraagt het Bpf vervolgens om het 'protest' nader te onderbouwen. Op de werkgever, die over alle relevante gegevens met betrekking tot de aard en omvang van de onderneming en bedrijfsvoering beschikt, kan volgens het Bpf met een beroep op artikel 4 Wet Bpf 2000 in het kader van zijn betwisting een verzwaarde mededelingsplicht rusten. Hof Arnhem-Leeuwarden (1 augustus 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:5808**) ging daar niet in mee. Een onderneming zonder personeel werd door de Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het beroepsvervoer over de weg ("Bpf Vervoer") verplicht om gegevens aan te leveren in verband met het werkingsfeeronderzoek van

²⁸ Rb. Amsterdam 22 juli 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009.

het Bpf. De ondernemer weigerde dat. Uiteindelijk vroeg het Bpf Vervoer het faillissement van de onderneming aan. De vraag die tijdens de zitting aan de orde kwam is in hoeverre het Bpf Vervoer de onderneming met een beroep op artikel 4 Wet Bpf 2000 kan verplichten deze gegevens aan te leveren. Volgens het hof vallen alleen de werknemers en werkgevers in de zin van artikel 1 PW onder de reikwijdte van de Wet Bpf 2000 en het verplichtstellingsbesluit van het fonds. Omdat de ondernemer geen personeel in dienst had (hij heeft dit tijdens de zitting van de rechtbank en het hof verklaard, en hij heeft uiteindelijk pas tijdens de zitting een schriftelijk verklaring overlegd) was hij ook geen werkgever in de zin van artikel 1 PW. Het hof oordeelt dat op de onderneming geen informatieverplichting rustte omdat hij geen personeel in dienst had. Met andere woorden: als de onderneming wel personeel in dienst zou hebben, was hij wel verplicht gegevens aan te leveren.

Om te kunnen beoordelen of een werkgever onder de werkingssfeer valt, dient naar mijn mening de werkgever wel degelijk inzage te geven in de relevante stukken. Niet zozeer om de betreffende werkgever aan te sluiten, maar juist om duidelijkheid te verkrijgen over de pensioenpositie. Het mag niet zo zijn dat een Bpf de werkgever niet kan verplichten gegevens aan te leveren voor het onderzoek van het Bpf naar de aansluiting omdat de werkgever van mening is dat er geen sprake is van verplichte aansluiting. Het Bpf draagt per slot van rekening wel het risico van 'geen premie, wel pensioen'.

Naast hetgeen hierboven is uitgewerkt, ziet de stelplicht en bewijslast tevens op het geven van inzicht in de vordering tot afdracht van pensioenpremie. Bpf-en moeten enerzijds ondernemingen de mogelijkheid geven om de juiste gegevens aan te kunnen leveren en anderzijds zelf hun vorderingen inzichtelijk maken. Vanuit het oogpunt van administratieve lastenverlichting verplichten Bpf-en aangesloten bedrijven om onder andere de aan- en afmelding van werknemers digitaal te verzorgen (via de zogenaamde Wet Walvis). Echter indien het computersysteem van het Bpf niet goed functioneert, kan de onderneming moeilijk de aan- en afmelding digitaal verzorgen. Zo oordeelt ook Hof Arnhem-Leeuwarden (5 februari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0688**). De werkgever had door het niet functioneren van het computersysteem van Bpf Bouw een aantal werknemers schriftelijk afgemeld. Het Bpf weigerde echter met een beroep op de Wet Walvis rekening te houden met de schriftelijke afmelding. Het hof oordeelt dat bij een gemotiveerd beroep op het niet werken van het computersysteem, het Bpf niet kan weigeren rekening te houden met de schriftelijke stukken. Een zodanige uitleg

van de Wet Walvis waardoor een dergelijk star gedrag van Bpf-en gedekt wordt, acht het hof onbestaanbaar.

Het betwisten van de verplichte aansluiting dient wel goed onderbouwd te worden. Een onderneming die verplicht is aangesloten bij Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders- Afwerkings- en Glaszetbedrijf ("Bpf Schilders") diende volgens Hof Arnhem-Leeuwarden (1 oktober 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:7363**) nader bewijs te leveren wanneer hij later meent niet (meer) verplicht aangesloten te zijn. Als de onderneming de aansluiting destijds heeft betwist, maar het Bpf kan de verplichte aansluiting voldoende onderbouwen, dan dient de onderneming met de doorslaggevende gegevens te komen waarover alleen de onderneming beschikt. Om zo inzicht te geven in de bedrijfsactiviteiten van de onderneming en duidelijkheid over de verplichte aansluiting te kunnen krijgen. Het hof heeft bewijs opgedragen aan het Bpf dat de werkgever akkoord is gegaan met de aansluiting. Het hof heeft tevens vastgesteld dat het Bpf onvoldoende feiten heeft gesteld waaruit verplichte deelneming gesteld kan worden.

Rechtsverwerking

In de uitspraak van Hof Den Bosch (10 september 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:4191**)²⁹ staat de rechtsverwerking van verplichte deelname centraal. De rechtbank heeft een werkgever veroordeeld tot betaling van premienota's aan de Stichting Bedrijfstaktakpensioenfonds voor de Metaal en Techniek ("PMT") en de betreffende sociale fondsen. De werkgever is het daar niet mee eens en stelt in hoger beroep dat hij ten onrechte is aangesloten. PMT sloot de werkgever destijds aan op grond van een door de Commissie Werkingssfeer uitgevoerd werkingssfeeronderzoek naar de werkzaamheden van de werknemers. De werkgever gaf ten tijde van het onderzoek alleen aan het niet eens te zijn met de hoogte van de premie. Dit bezwaar betrof alleen de registratie van werknemers, maar niet de verplichte deelneming van de onderneming. Jaren later geeft de werkgever aan dat hij ten onrechte onder de werkingssfeer van PMT is ingedeeld. Het hof gaat daar niet in mee en oordeelt dat de werkgever onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom de werkgever niet veel eerder bezwaar heeft gemaakt tegen de verplichte indeling. Het beroep van PMT op

²⁹ PJ 2013/173 met noot van L. Blom.

rechtsverwerking slaagt. PMT mocht erop vertrouwen dat de werkgever geen beroep meer zou doen op een volgens haar onjuiste indeling.

Het hof geeft voor het aannemen van rechtsverwerking aan, dat het enkele tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende is. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan:

- a) bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken; of
- b) de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld in geval de gerechtigde alsnog zijn aanspraak geldend zou maken.

Bij deze werkgever was hiervan geen sprake. De werkgever protesteerde (pas) tien jaar later tegen de - in haar ogen - onjuiste indeling. Onder de gegeven omstandigheden oordeelt het hof dat sprake is van rechtsverwerking. Het Bpf heeft immers risico gelopen en ook prestaties geleverd. Enige zekerheid over de te ontvangen premies tegenover deze prestaties is daarbij zeker cruciaal. Van belang voor de praktijk is dat enkel stilzitten door de onderneming niet voldoende is om aan te nemen dat zij geen bezwaar maakt tegen de indeling. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die er op wijzen dat de onderneming geen bezwaar maakt tegen de aansluiting, zoals dat de onderneming haar werknemers heeft aangemeld, premies heeft ingehouden op het salaris van de werknemers en premies heeft afgedragen aan de fondsen.

Premienota

Bpf-en hebben er belang bij dat alle ondernemingen die onder de werkingssfeer vallen, ook daadwerkelijk zijn aangesloten en premie afdragen aan het Bpf. Bij uitspraak van Hof Den Bosch (27 augustus 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:3908**) wordt Bpf Vervoer in het gelijk gesteld omdat de werkgever onvoldoende kan aantonen dat hij geen premieplichtige werknemers in dienst heeft. Naast de achterstallige premies kan het Bpf alle bijkomende kosten en boetes in rekening brengen. In de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden (8 januari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BY8097**)³⁰ oordeelt het hof dat de Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering ("PH&C") bij dwangbevel geen buitengerechtigde incassokosten kan vorderen, doch slechts aanmaningskosten. Het hof lijkt aansluiting te zoeken bij de Kostenwet invordering rijksbelastingen. Het is de vraag of die op het invorderen van belastingen toegesneden wet de juiste norm voor

³⁰ PJ 2013/42 met noot van E. Lutjens.

de aanvullende pensioenen oplevert. Op grond van artikel 21 lid 1 Wet Bpf 2000 kan een Bpf bij dwangbevel rente, boeten en aanmaningskosten vorderen. Het hof oordeelt dat het begrip ‘aanmaningskosten’ niet zo ruim mag worden uitgelegd dat daaronder ook deurwaarders- en buitengerechtelijke incassokosten mag worden verstaan.

Het hof gaat in deze uitspraak naar mijn mening voorbij aan de tekst van artikel 21 lid 8 Wet Bpf 2000 waarin is opgenomen dat bij dwangbevel ook de kosten van vervolging kunnen worden gevorderd. Volgens het arrest van de Hoge Raad (6 mei 1965, NJ 1965, 342) – welke weliswaar gebaseerd is op de toenmalige tekst van artikel 21 lid 10 Wet Bpf 1949 die gelijk is met de huidige tekst van artikel 21 lid 8 Wet Bpf 2000 – wordt hieronder begrepen *de aan het fonds verschuldigde invorderingskosten*.³¹ Het is onduidelijk waarom het hof voorbij is gegaan aan deze uitspraak van de Hoge Raad. Op dit gebied is er sinds deze uitspraak geen afwijkende jurisprudentie.

Geen premie, wel pensioen

Sinds de invoering van de PW is een algemene ‘geen premie, geen pensioen’ bepaling niet langer toegestaan. Onder de werking van de PSW gold deze bepaling evenmin, zij het dat dit uitgangspunt in de wetsgeschiedenis van de PSW minder duidelijk was uitgewerkt dan in de parlementaire geschiedenis van de PW.³² Als een werknemer uit de bedrijfstak zijn pensioen komt opeisen, maar de werkgever nooit premie heeft afgedragen, mag het Bpf de claim doorgaans niet weigeren. In de zaak bij Rechtbank Noord-Nederland (6 maart 2013, **ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ3313**)³³ gaat het beroep op ‘geen premie, geen pensioen’ dan ook niet op. De werknemer was door de werkgever over het tijdvak 1972 tot en met 1992 niet aangemeld bij Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven (“Bpf Meubel”) en de werkgever had ook geen premie afgedragen. De rechtbank oordeelt met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de PW dat ‘geen premie, geen pensioen’ zich niet verdraagt met het karakter van de verplichtstelling.³⁴ Ook het

³¹ In dit kader wordt tevens gewezen op de uitspraak van het Hof Amsterdam van 4 januari 2011 (PJ 2011/158) waarin is geoordeeld dat advocaat- en buitengerechtelijke kosten bij dwangbevel invorderbaar zijn.

³² E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse & commentaar*. Kluwer: Deventer 2013, p. 378 e.v.

³³ PJ 2013/86 met noot van H.P. Breuker.

³⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17, p. 44.

beroep op rechtsverwerking gaat dan niet op. Volgens vaste rechtspraak³⁵ levert het enkele tijdsverloop geen toereikende grond voor het aannemen van rechtsverwerking. Daartoe zijn bijzondere omstandigheden vereist als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zou maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

Bestuur(der)saansprakelijkheid

Bestuurders van rechtspersonen zijn naar Nederlands recht alleen in uitzonderingssituaties aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersoon. Voor niet betaalde pensioenpremies, pensioenbijdragen, werknemersverzekeringen en een aantal fiscale schulden heeft de wetgever deze aansprakelijkheidsbescherming willen doorbreken. Een Bpf kan naast de rechtspersoon de bestuurders zelf voor voornoemde schulden hoofdelijk aansprakelijk stellen.³⁶ Artikel 23 Wet Bpf 2000 bevat de voorwaarden voor hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling door het Bpf voor de verschuldigde premienota's van de rechtspersoon.

Hof Amsterdam (26 februari 2013, **ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825**)³⁷ bepaalt dat het zijn van een stroman geen grond is voor disculpatie van aansprakelijkheid. De door PH&C als bestuurder van de onderneming aansprakelijk gestelde persoon voor niet betaalde pensioenpremies stelt dat – ondanks dat hij als bestuurder in de Kamer van Koophandel was ingeschreven – hij geen bestuurder van maar slechts werknemer bij de onderneming is geweest. Dit betoog gaat niet op. Het hof oordeelt dat de inschrijving in de Kamer van Koophandel niet geheel zonder betekenis is.

'Aan die inschrijving kan het vermoeden worden ontleend dat de ingeschreven persoon, in dit geval dus [geïntimeerde], ook daadwerkelijk

³⁵ Zie onder meer HR 24 april 1998, ECLI:NL:HR:1998.

³⁶ Zie voor een mooi overzicht van de laatste stand van zaken in de rechtspraak: M.H. Visscher, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!', TVP 2013/6, p. 192 e.v. In dit artikel worden handvatten gegeven aan pensioenfondsen voor het beoordelen van hun rechtsposities bij het aansprakelijk stellen van bestuurders als premienota's onbetaald blijven en de vennootschap geen verhaal lijkt te bieden.

³⁷ PJ 2013/84 met noot E. Lutjens.

bestuurder was. Het is dan aan [geïntimeerde] om zijn verweer dat hij in werkelijkheid geen bestuurder was, deugdelijk te motiveren.’

Naar het oordeel van het hof heeft hij dat onvoldoende gedaan.

‘Het enkele feit dat [geïntimeerde] nooit bestuurstaken heeft uitgevoerd is onvoldoende voor de conclusie dat hij geen bestuurder zou zijn geweest. Op grond van het bepaalde in artikel 23 van de Wet Bpf Wet Bpf 2000 kan immers zowel de materiële als de formele bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de pensioenschuld van de vennootschap.’

Dat er nooit een bedoeling was om bestuurstaken uit te voeren is om dezelfde reden niet van belang. Beslissend is of sprake is van een benoeming welke vervolgens door de persoon is aanvaard. In kwestie heeft de betrokkene een brief ontvangen van de enig aandeelhouder over zijn benoeming als (formeel) statutair bestuurder. Uit de processtukken blijkt niet dat deze benoeming niet is aanvaard en uit het feit dat de inschrijving van hem als statutair bestuurder in de Kamer van Koophandel voor meer dan twee jaar heeft geduurd vloeit voort dat de door het Bpf als bestuurder aansprakelijk gestelde persoon als bestuurder in de zin van de Wet Bpf 2000 geldt. Indien de bestuurder niet aan zijn betaling kan voldoen, heeft de bestuurder de verplichting de betalingsonmacht op een vroegtijdig tijdstip bij het Bpf te melden. Bij vonnis van Hof Arnhem-Leeuwarden (5 maart 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013BZ5163**)³⁸ was de bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor niet betaalde pensioenpremies aan PH&C omdat de bestuurder de betalingsonmacht niet tijdig heeft gemeld. Het hof verwerpt het beroep van de bestuurder dat het Bpf de bestuurder had moeten wijzen op de meldingsplicht en op de gevolgen van het niet (tijdig) melden van de betalingsonmacht. De Wet Bpf 2000 en het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 geven de termijn aan waarbinnen de betalingsonmacht gemeld moet worden. De wet schrijft de vorm waarin de melding dient te worden gedaan niet voor. Wel het eerder aangehaalde Besluit: de melding moet schriftelijk worden gedaan binnen 14 dagen na het verstrijken van het tijdstip waarop de premienota betaald had moeten zijn.

³⁸ PJ 2013/85 met noot van E. Lutjens.

Hof Amsterdam oordeelde eerder principiëler: juiste en tijdige mededeling is de verantwoordelijkheid van het bestuur.³⁹ Alleen onder bijzondere omstandigheden zou mogelijk geoordeeld kunnen worden dat het fonds zijn premievordering op de bestuurder heeft prijsgegeven of niet meer geldend kan maken. De bestuurders hadden in de onderhavige zaak geen, althans onvoldoende, feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan aannemelijk is geworden dat het niet aan hen te wijten is dat niet aan de verplichting uit artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 kon worden voldaan. Het in dit verband aangevoerde argument dat de bestuurders geconfronteerd werden door externe factoren die ertoe bijgedragen hebben dat de premies niet (tijdig) konden worden betaald, werd daarom tevergeefs aangevoerd. Daarmee staat vast dat de bestuurders niet aan hun mededelingsplicht op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 hadden voldaan. De rechtbank had dus terecht artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 niet toegepast, maar artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000, op grond waarvan de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor de niet betaalde premienota's vermeerderd met een boete.

Vrijstellingen

Werkgevers met een pensioenregeling die vallen onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld Bpf kunnen vrijstelling vragen op grond van de artikelen 2 tot en met 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 ("VBB"). In de uitspraak van Rechtbank Rotterdam (31 januari 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2472**)⁴⁰ stond de verhouding tussen artikel 2 VBB en artikel 6 VBB centraal. De werkgever had met ingang van 1 januari 2006 vrijstelling aangevraagd van de pensioenregeling van Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor de groothandel in textielgoederen en aanverwante artikelen ("Bpf Tex"), op grond van artikel 2 VBB in verband met het reeds hebben van een pensioenregeling. Zowel het vrijstellingsverzoek van de werkgever als het bezwaar erop is door het fonds afgewezen, omdat de werkgever niet binnen de geboden tijd kon aantonen dat zijn pensioenregeling gelijkwaardig is aan die van Bpf Tex. Tegen deze beslissing op bezwaar heeft de werkgever te laat beroep ingediend; de werkgever werd in zijn beroep niet-ontvankelijk verklaard met als gevolg verplichte deelneming aan Bpf Tex.

³⁹ Hof Amsterdam, 27 januari 2009, PJ 2009/147.

⁴⁰ PJ 2013/131 met noot van M.J.C.M. van der Poel.

De werkgever hield zijn eigen pensioenregeling naast de verplichte pensioenregeling in stand. Dat kon destijds ook wel, want de opbouw van pensioen uit beide pensioenregelingen leidde niet tot een fiscaal bovenmatig pensioen. Dat veranderde per 1 januari 2010. Bpf Tex besloot het jaarlijks opbouwpercentage te verhogen van 0,75% naar 1,75%. Deze wijziging bracht met zich mee dat vanaf dat moment de pensioenopbouw uit beide pensioenregelingen samen fiscaal bovenmatig werd. De werkgever heeft vervolgens opnieuw vrijstelling op grond van artikel 2 VBB verzocht. Dit keer met ingang van 1 januari 2010. Bpf Tex heeft het verzoek afgewezen en de bezwaren van de werkgever op 8 september 2011 ongegrond verklaard. De rechtbank oordeelt dat Bpf Tex bij een afwijzend besluit op grond van artikel 2 VBB nog uit eigen beweging (ambtshalve) had moeten toetsen op de onverplichte vrijstellingsgrond van artikel 6 VBB, terwijl deze verplichting niet uit artikel 6 VBB volgt.

Volgens Rechtbank Rotterdam (14 november 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:8822**) kan een Bpf de ambtshalve toets aan artikel 6 VBB echter achterwege laten indien voor die toets een bewerkelijke nadere feitenvaststelling nodig zou zijn, welke voor het Bpf aanmerkelijke kosten met zich zou meebrengen. Ter zitting heeft de werkgever betoogd dat het Bpf ten onrechte heeft nagelaten te onderzoeken of de werkgever in aanmerking kon komen voor vrijstelling op grond van artikel 6 VBB. Dit betoog slaagde niet. Het Bpf had niet uit eigen beweging aan artikel 6 VBB hoeven te toetsen bij een afwijzend besluit op grond van artikel 2 VBB. De vraag of vrijstelling op grond van artikel 6 VBB vervolgens wordt verleend is een discretionaire bevoegdheid van het Bpf en deze vraag moet worden beantwoord op basis van een belangenafweging van het Bpf. Van deze hoofdregel kan alleen worden afgeweken als:

- a) het Bpf in het vrijstellingsbeleid anders heeft bepaald; of
- b) de weigering van de onverplichte vrijstelling in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur; of
- c) er sprake is van bijzondere omstandigheden waarbij de belangen van de werkgever en zijn werknemers boven het belang van het Bpf prevaleren.

De rechtbank heeft Bpf Tex opgedragen om een nieuw besluit te nemen en het fonds dient daarbij ervan uit te gaan dat vrijstelling moet worden verleend op grond van artikel 6 VBB, mits aan de voorwaarden van gelijkwaardigheid is voldaan. Bpf Tex dient bij de belangenafweging het belang van de werkgever en zijn werknemers af te wegen tegen het belang van het Bpf en de aanspraakgerechtigden tot het Bpf.

Het verschil tussen de beide uitspraken van de Rechtbank Rotterdam is dat de eerste uitspraak de bijzondere omstandigheid kent van het voldoen aan artikel 2 VBB, terwijl in de tweede uitspraak hieraan niet is voldaan. Artikel 2 kon echter niet toegepast worden in de eerste uitspraak omdat er geen nieuwe verplichtstelling (nodig) was en er al een onherroepelijk besluit lag wat betreft de inwerkingtreding per 1 januari 2006. Het Bpf zou wellicht het vrijstellingsverzoek op grond van artikel 6 VBB kunnen afwijzen met een beroep op de solidariteit en collectiviteit van het door het Bpf te dienen belang.⁴¹ In een uitspraak van het CBB (2 april 2013, **ECLI:NL:CBB:2013:BZ8253**) eerbiedigt de rechter dit belang van StiPP. Een werkgever verzocht vrijstelling op grond van artikel 6 VBB in verband met het hebben van een eigen pensioenregeling. StiPP wees het verzoek af. Het CBB oordeelt dat de enkele omstandigheid dat een werkgever een eigen gunstigere pensioenregeling heeft, niet meebrengt dat StiPP niet in redelijkheid de vrijstelling heeft kunnen weigeren. StiPP heeft terecht de eigen solidariteit zwaarder laten wegen en het vrijstellingsverzoek afgewezen. Hier deed zich verder geen bijzondere omstandigheid voor. Het verzoek voldeed niet aan artikel 2 VBB maar betrof een werkgever die verzuimd had zich aan te sluiten bij StiPP. In een latere (andere) uitspraak gaat het CBB (3 december 2013, **ECLI:CBB:2013:261**) een stap verder. Bpf Tex is door het CBB opgedragen om het vrijstellingsverzoek op grond van artikel 6 VBB opnieuw te beoordelen. Dit keer diende rekening te worden gehouden met de reglementswijziging van 2010 waarbij het jaarlijkse opbouwpercentage is verhoogd van 0,75% naar 1,75%. De situatie was als volgt: de werkgever heeft op 19 december 2009 en opnieuw op 7 januari 2010 een verzoek op grond van artikel 2 VBB ingediend om per 1 januari 2010 vrijgesteld te worden van verplichte deelname bij Bpf Tex naar aanleiding van de (voorgenomen) reglementswijziging per 1 januari 2010. Op 23 februari 2011 had Bpf Tex het verzoek afgewezen. Het bezwaar van de werkgever van 18 maart 2011 had Bpf Tex op 14 juli 2011 ongegrond verklaard. De werkgever had op 19 augustus 2011 beroep bij de rechtbank ingediend (ECLI:NL:RBROT:2012:BX4812). De rechtbank verklaarde het beroep van de werkgever gegrond en vernietigde het besluit van 14 juli 2011 van Bpf Tex. De rechtbank was van oordeel dat uit de overlegde stukken kon worden

⁴¹ Dat een fonds grote waarde mag hechten aan solidariteit binnen de bedrijfstak en terughoudend mag zijn bij het onverplicht verlenen van vrijstelling van de verplichte pensioenregeling is bevestigd door het CBB in de uitspraak van 11 november 2004 (ECLI:NL:CBB:2004:1533).

opgemaakt dat de werkgever voor 2 februari 2006⁴² beschikte over een eigen pensioenregeling. Tenslotte oordeelde de rechtbank dat de werkgever in de gelegenheid moest worden gesteld de gelijkwaardigheid van de eigen regeling aan te tonen. Bpf Tex was het daar niet mee eens en ging in hoger beroep. In hoger beroep stelde Bpf Tex dat:

- i. een verzoek tot vrijstelling op grond van artikel 2 VBB per 1 januari 2010 niet kon worden verleend als de verplichtstelling van Bpf Tex al voor de verzochte datum op de werkgever van toepassing was geworden;
- ii. de werkgever niet eenduidig heeft aangetoond over een eigen pensioenregeling te beschikken voor 2 februari 2006 (tijdigheidsvereiste); en
- iii. de werkgever niet heeft aangetoond dat de eigen pensioenregeling te allen tijde gelijkwaardig is aan Bpf Tex. De aangetoonde gelijkwaardigheid laat volgens Bpf Tex alleen zien dat de werkgever *per* 1 januari 2010 over een gelijkwaardige eigen pensioenregeling beschikt.

Met betrekking tot het punt onder i. gaat het CBB met Bpf Tex mee. Artikel 2 VBB dient beperkt te worden uitgelegd en voorziet in twee situaties:

- a) als ten tijde van de inwerkingtreding van de verplichtstelling de werknemers van de werkgever al in een pensioenregeling deelnemen, of
- b) als na die inwerkingtreding de verplichtstelling als gevolg van gewijzigde bedrijfsactiviteiten op de werkgever van toepassing wordt en die werkgever voor zijn werknemers al een pensioenvoorziening had getroffen.

De werkgever beriep zich op artikel 2 sub a VBB. Indien deze grond van toepassing zou zijn, dan had vrijstelling gevraagd en verleend moeten worden per de datum dat de verplichtstelling van kracht is geworden (in casu 1 januari 2006). De werkgever had een vrijstellingsverzoek ingediend omdat het opbouwpercentage uit de pensioenregeling per 1 januari 2010 was gewijzigd, waardoor er vanaf deze datum sprake was van een fiscaal bovenmatig pensioen voor zijn werknemers. De werkgever was in ieder geval vanaf 1 januari 2006 al onderworpen aan de verplichtstelling van Bpf Tex, waardoor de werkgever niet in aanmerking kon komen voor een vrijstelling op grond van artikel 2 VBB. Op grond van het voorgaande ging het CBB niet verder in op de punten ii. en iii. van Bpf Tex. Het CBB oordeelt dat de rechtbank terecht – zij het niet op juiste gronden

⁴² Op grond van artikel 2 VBB dient de eigen pensioenregeling minimaal 6 maanden voor het moment dat de verplichtstelling van toepassing is geworden op de werkgever van kracht te zijn.

– tot het oordeel is gekomen dat het besluit van 14 juli 2011 van Bpf Tex niet in stand kon blijven. Bij dit besluit heeft Bpf Tex namelijk niet alleen het beroep op grond van artikel 2 VBB afgewezen, maar ook het beroep op grond van artikel 6 VBB. Naar het oordeel van het CBB heeft Bpf Tex ten onrechte nagelaten het ingrijpende gevolg van de reglementswijziging voor de werkgever in te zien en in de besluitvorming de specifieke omstandigheden van de werkgever mee te wegen. Bpf Tex is opgedragen dit verzuim te herstellen en – rekening houdend met de relevante feiten en omstandigheden – te beslissen of het fonds alsnog aanleiding zag om de werkgever vrijstelling op grond van artikel 6 VBB te verlenen. Daarna zal het CBB verder op het hoger beroep beslissen.

Verplicht gestelde Bpf-en moeten zich er bewust van zijn, dat bij een verzoek tot het verlenen van verplichte vrijstelling, mogelijk ook getoetst zal moeten worden aan de onverplichte vrijstellingsgrond op grond van artikel 6 VBB als de het vrijstellingsverzoek op grond van artikel 2 VBB wordt afgewezen.

Een werkgever aan wie vrijstelling wordt verleend, kan op grond van artikel 7 lid 4 VBB verplicht worden een financiële bijdrage te betalen aan het fonds als vergoeding voor het verzekeringstechnisch nadeel. In de uitspraak van Rechtbank Amsterdam (16 januari 2013, **ECLI:NL:RBMID:2012:BZ8597**) oordeelt de rechter dat een aangesloten onderneming bij een vrijwillig Bpf bij het uittreden tevens verzekeringstechnisch nadeel aan het Bpf dient te vergoeden. De overeenkomst tussen partijen bevat een leemte op dit gebied, waardoor de rechtbank de overeenkomst naar redelijkheid uitlegt (aanvult, 6:248 lid 2 BW) en oordeelt dat het Bpf het door haar daadwerkelijk ondervonden nadeel in rekening kan brengen.⁴³ In de uitspraak van Rechtbank Rotterdam (5 december 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:9878**) stond de vraag centraal per welke datum Bpf Vervoer vrijstelling diende te verlenen aan een vrijstelling verzoekende werkgever. De werkgever verzocht op 12 januari 2011 vrijstelling per 1 januari 2011 op grond van artikel 5 VBB, omdat Bpf Vervoer per 1 januari 2011 niet voldeed aan de performancetoets. De werkgever voldeed echter pas per 1 juli 2012 aan de voorwaarden van artikel 6 en artikel 7 lid 4 VBB en beschikte (pas) per die datum over een eigen gelijkwaardige pensioenregeling. Bpf Vervoer heeft dan ook vrijstelling verleend per 1 juli 2012. De werkgever was het daar niet mee eens en

⁴³ Zie voor een uitgebreidere behandeling van deze uitspraak hoofdstuk 3. Uitleg overeenkomst.

wendde zich tot de rechtbank. Het verzoek om vrijstelling was niet binnen de in artikel 1a VBB genoemde termijnen afgehandeld. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval de aanvraag na het verstrijken van de maximale termijnen afgewezen had moeten worden, nu de gelijke aanspraken niet tijdig zijn aangetoond. Dat Bpf Vervoer abusievelijk een termijn van 12 maanden bood om aan de termijnen te voldoen, maakt dit niet anders. De werkgever is meegegaan in het overschrijden van de termijnen en heeft bovendien zelf ook stukken te laat ingediend. De werkgever heeft op 13 augustus 2012 de gelijkwaardigheid aangetoond. De vrijstelling per 1 juli 2012 kan de rechterlijke toets dan ook doorstaan. De redenering van de rechtbank is als volgt:

- a) Bpf Vervoer had binnen de termijn van artikel 1a VBB een besluit moeten nemen;
- b) indien binnen die termijn niet aan de voorwaarden is voldaan, dan moet Bpf Vervoer de vrijstelling afwijzen waarna de bezwaarprocedure conform de Awb open staat; en
- c) de rechtbank verbindt geen rechtsgevolg aan het feit dat Bpf Vervoer niet binnen de gestelde termijn een besluit op vrijstelling heeft genomen nu artikel 1a VBB geen sanctie stelt op termijnoverschrijding.⁴⁴

Volgens de rechtbank kan een vrijstelling worden verleend per datum *aanvraag* voor zover binnen de in artikel 1a VBB gestelde termijn is voldaan aan de voorwaarden. Dat is in lijn met de bedoeling van artikel 7 lid 7 VBB. De rechtbank laat de datum waarop het fonds de vrijstelling heeft afgegeven (dus zonder terugwerkende kracht) in stand, mede gezien de eigen rol van de werkgever in het vrijstellingsproces.

Uit deze uitspraak volgt dat binnen de in het VBB gestelde termijn de gelijkwaardigheid dient te worden aangetoond *én* het eventuele verzekeringstechnisch nadeel te zijn betaald (artikel 7 VBB). Als dat het geval is dient het fonds vrijstelling te verlenen. Met het overschrijden van de in artikel 1a VBB genoemde termijnen staat de Awb bezwaarprocedure open.

Dat werkgevers voor hun werknemers vrijstelling kunnen aanvragen is bekend, maar voor zelfstandigen bestaat die mogelijkheid (eigenlijk) niet. Volgens Rechtbank

⁴⁴ Ook aan het feit dat het fonds geen hoorzitting heeft gehouden verbindt de rechtbank geen gevolgen. Het fonds heeft de werkgever namelijk niet gehoord, zonder dat voldaan is aan één van de situaties genoemd in artikel 7:3 Awb, waarin van het horen kan worden afgezien.

Rotterdam (31 januari 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4801**)⁴⁵ valt niet in te zien waarom een zelfstandige schilder die verplicht is aangesloten bij Bpf Schilders niet een beroep kan doen op het VBB. Een zelfstandige schilder die viel onder Bpf Schilders vroeg vrijstelling aan omdat hij een lijfrentepolis had. Bpf Schilders wees het verzoek af omdat de zelfstandige niet als werkgever of werknemer in de Pensioenwet en het VBB kon worden aangemerkt. De rechtbank gaf de zelfstandige gelijk met betrekking tot zijn verzoek om vrijstelling te kunnen vragen, maar oordeelde tegelijk dat een lijfrentepolis niet als bestaande pensioenvoorziening kwalificeert. De zelfstandige kreeg daarom uiteindelijk geen vrijstelling.

Opvallend is de uitleg die het CBB (24 december 2013, **ECLI:NL:CBB:2013:296**) onlangs heeft gegeven aan het begrip 'werkgever' uit artikel 2 onder a VBB. Het CBB is van oordeel dat dit artikel niet uitsluit dat de pensioenregeling die door de werkgever moet zijn getroffen ook een andere werkgever kan zijn dan degene die uiteindelijk vrijstelling verzoekt. Hierboven is artikel 2 VBB een aantal malen de revue gepasseerd. Omdat in deze zaak het op de letter van de wet aankomt, wordt hieronder het gehele artikel 2 VBB weergegeven:

'Op verzoek van een werkgever wordt door een bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers of een deel van de werknemers van die werkgever, met ingang van de dag dat de verplichtstelling in werking treedt respectievelijk als gevolg van gewijzigde bedrijfsactiviteiten op hem en zijn werknemers van toepassing wordt, vrijstelling verleend, indien:

a die werknemers van die werkgever al deelnemen in een pensioenregeling die ten minste zes maanden voor het moment van indiening van de in behandeling genomen aanvraag tot verplichtstelling, van kracht was; of

b indien de werkgever voor die werknemers al een pensioenvoorziening heeft getroffen die al ten minste zes maanden voor het moment dat de verplichtstelling op hem en zijn werknemers van toepassing wordt, van kracht was.'

Een werkgever heeft als vennootschap onder firma in de zin van het VBB tijdig een pensioenregeling getroffen voor zijn werknemers. Een jaar nadat de verplichtstelling van Bpf Tex is gewijzigd houdt op 29 mei 2007 de vennootschap onder firma op te

⁴⁵ PJ 2013/43 met noot van M.E.C. Boumans.

bestaan en wordt een besloten vennootschap opgericht door dezelfde persoon. Bpf Tex komt de werkgever op het spoor en besluit op 29 oktober 2007 deze werkgever per (latere) oprichtingsdatum aan te sluiten. Bpf Tex wijst het verzoek voor vrijstelling op grond van artikel 2 onder a VBB af. Het daaropvolgend bezwaar van de werkgever op het afwijzende besluit werd door het Bpf ongegrond verklaard.

De werkgever wendde zich tot de rechtbank en kreeg gelijk. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Bpf Tex onvoldoende gemotiveerd waarom de werkgever niet voor een vrijstelling op grond van artikel 2 onder a VBB in aanmerking komt. Het enkele feit dat sprake is van omzetting van vennootschap onder firma naar een besloten vennootschap houdt volgens de rechtbank niet in dat per die datum ook sprake is van een andere werkgever. Volgens de rechtbank biedt 'de werkgever' uit artikel 1 PW voldoende ruimte om de eerdere vennootschap onder firma en de latere besloten vennootschap te zien als een en dezelfde werkgever. De rechtbank acht dat er sprake is van rechtsopvolging, zonder daarbij aan te geven wat de rechtbank onder rechtsopvolging verstaat.

Het fonds was het hier niet mee eens. Het Bpf stelde zich op het standpunt dat sprake was van een nieuwe werkgever. Een voor datum oprichting niet bestaande werkgever komt een recht op artikel 2 onder a VBB niet toe. Volgens Bpf Tex schept een dergelijke benadering een gevaarlijk precedent en strekt ertoe dat kleine werkgevers met een tijdige pensioenregeling, kunnen worden overgenomen door grotere werkgevers (die geen pensioenregeling hebben, dan wel geen tijdige pensioenregeling) puur en alleen om de verplichte deelname bij het Bpf te ontwijken. Het CBB ging niet mee in de uitleg van het Bpf. Uit niets bleek dat met 'die werkgever' uit artikel 2 onder a VBB die vrijstelling verzocht, dient te worden verstaan dezelfde werkgever als die de pensioenregeling daadwerkelijk heeft getroffen. Volgens het CBB biedt de Nota van Toelichting (Stb. 2000, 633) ook geen steun voor het betoog van het Bpf. De uitspraak van het CBB van 5 september 2002 (ECLI:NL:CBB:2012:AE8299) biedt evenmin steun voor het door het Bpf gestelde. Het verschil met deze situatie is volgens het CBB dat het in die zaak, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, ging om de situatie die thans is geregeld in artikel 2 onder b VBB. Alle overige argumenten van het Bpf treffen geen doel. Het CBB heeft Bpf Tex opgedragen de onjuiste beslissing op de vrijstelling te herstellen dan wel de afwijzing nader te motiveren.

6. Verjaring

mr. Petra van Straten CPL, advocaat Loyens & Loeff

Verjaring is een vaak ingezet verweer tegen een pensioenvordering. Zo ook in veel rechterlijke uitspraken in 2013. Een vordering tot nakoming van een pensioenverplichting kan op allerlei manieren worden ingestoken.⁴⁶ Afhankelijk van de vordering, en tegen wie, geldt een andere verjaringstermijn. Voor een nadere verdieping ten aanzien van de verhouding werknemer jegens werkgever verwijs ik naar het artikel van Sjoerd van der Vegt waarin hij de (on)mogelijkheden van de vorderingen uitgebreid bespreekt.⁴⁷

Verhouding ten opzichte van onderwerp "Rechtsverwerking"

Een ander veel gebruikt verweer is een beroep op rechtsverwerking van artikel 6:89 BW. Dit wordt ook wel de klachtplicht genoemd. Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Artikel 6:89 BW legt dus een 'klachtplicht' en ook een 'onderzoekplicht' op de schuldeiser. De termijn waarbinnen hij moet hebben geprotesteerd begint te lopen vanaf het moment waarop hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken en geldt voor alle verbintenissen (aldus de A-G bij de Hoge Raad 8 februari 2013, **ECLI:NL:PHR:2013:BX7846**). Aan het niet nakomen van de klachtplicht wordt de sanctie van een algeheel verval van rechten verbonden. De toelichting hierop in de parlementaire geschiedenis is summier. Dit artikel berust op de gedachte dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dat eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt ter bescherming van de schuldenaar tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Hoeveel tijd de schuldeiser hiervoor heeft, moet naar de aard van de

⁴⁶ Artikelen 3:306 BW tot en met 3:311 BW.

⁴⁷ S. van der Vegt, 'Verjaring pensioen in rechtsverhouding werkgever-werknemer', PM oktober 2013.

overeenkomst en de gebreken worden beoordeeld.⁴⁸ (Voor zover het onderwerp rechtsverwerking samenhangt met het onderwerp echtscheiding volgt dit in hoofdstuk 7.) Om te voorkomen dat de vordering verjaart kan de verjaring worden gestuit. Stuiten van de verjaring geschiedt door het instellen van een gerechtelijke procedure (artikel 3:316 BW) of door schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling (artikel 3:317 BW). Beide routes sluiten elkaar niet uit. Is eenmaal een gerechtelijke procedure gestart dan kan de verjaring ook nog op grond van artikel 3:317 lid 1 BW worden gestuit.⁴⁹

Nakoming van een pensioentoezegging

Principiële discussie blijft hoe een vordering tot nakoming van een pensioentoezegging kwalificeert. Een werknemer heeft tussen 1974 en 1978 voor een Nederlandse werkgever in het buitenland gewerkt. In die periode is voor hem een nabestaandenpensioen verzekerd, maar heeft hij geen ouderdomspensioen opgebouwd. In 2006 bereikte de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd en in 2010 stelde hij zijn oud-werkgever aansprakelijk voor het feit dat geen ouderdomspensioen voor hem is opgebouwd tijdens het dienstverband (Hof Den Haag 16 april 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ8982**). De werknemer baseerde zijn vordering op artikel 3:308 BW (vordering tot betaling van geldsommen). Hier geldt een verjaringstermijn van vijf jaar vanaf het moment van opeisbaar worden. De werknemer vorderde dus dat zijn oud-werkgever als pensioenuitvoerder een bepaald pensioenbedrag zal (blijven) uitkeren. De vordering zal op deze manier zijn ingestoken omdat inmiddels (veel) meer dan 20 jaren waren verstreken. Op basis van het pensioenreglement ontstond geen rechtstreekse betalingsverplichting van pensioen door de werkgever aan de werknemer, dus is artikel 3:308 BW niet aan de orde. Vervolgens oordeelt het hof dat ondanks dat de vordering tot het verzekeren van het pensioen is verjaard, dit niet betekent dat de vordering tot nakoming van de pensioentoezegging ook verjaard is. Dat is een afzonderlijke vordering met een afzonderlijke verjaringstermijn. Hoewel niet expliciet overwogen, lijkt het hof aan te sluiten bij artikel 3:307 BW en uit te gaan van opeisbaarheid vanaf de pensioendatum.

⁴⁸ Conclusie A-G bij de Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2013:BX7846.

⁴⁹ Zie over de klachtplicht ook de lezenswaardige noot van B.T.M. van der Wiel in JOR 2013/106.

In deze zaak kon de werknemer echter niet bewijzen dat hij recht zou hebben gehad op een ouderdomspensioen waardoor zijn vordering alsnog werd afgewezen.

De vordering kan ook worden gekwalificeerd als een vordering tot nakoming van een overeenkomst op grond van artikel 3:307 BW (Rechtbank Amsterdam 3 april 2013, **ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3697**).⁵⁰ Deze vordering verjaart vijf jaar nadat de vordering opeisbaar is geworden. De rechtbank oordeelt dat de vordering pas opeisbaar is geworden vanaf de pensioendatum, in casu 1 oktober 2010. De werknemer heeft de vordering twee jaar na de pensioendatum ingesteld. De wijze waarop de werknemer de vordering heeft ingekleed is daarvoor van belang. De werknemer vorderde een aanvulling van de werkgever, Getronics, op de bestaande pensioenuitkeringen. De verjaring start vanaf het moment van opeisbaar worden van de vordering, dus vanaf de pensioendatum. Dit is in lijn met het hiervoor genoemde arrest van Hof Den Haag. (Overigens betrof deze zaak een tussenvonnissen waarbij partijen nog in de gelegenheid zijn gesteld zich uit te laten over – kortgezegd – de verplichtingen tot affinanciering van de pensioenovereenkomst en de hoogte ervan. Het eindvonnis is (nog) niet gepubliceerd maar is voor het verjaringsvraagstuk ook niet meer relevant.)

Stuiten van de verjaring

De vordering tot schadevergoeding van een klant jegens zijn bank wegens onjuist of gebrekkig beleggingsadvies verjaart op grond van artikel 3:310 BW in beginsel na vijf jaar (Hoge Raad 8 februari 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BX7846**). In casu verwierp de rechtbank het beroep op verjaring maar honoreerde het beroep van de bank op rechtsverwerking en wees de vorderingen van de klant dan ook af. De klant had immers al in oktober 1999 zo niet dan in januari 2001 moeten beseffen dat zijn vermogen te risicovol was belegd, zijnde het verwijt dat hij de bank maakt. Als de klant dan pas na ruim anderhalf jaar klaagt dan heeft hij niet 'binnen bekwame tijd' (1 jaar aldus de rechtbank) geklaagd. Het hof vond dat geen sprake was van verjaring als bedoeld in artikel 3:310 lid 1 BW, nu, als de verjaring is gaan lopen in december 2000, de verjaring bij brief van 24 maart 2004 op basis van artikel 3:317 BW tijdig was gestuit voor afloop van de verjaringstermijn. En vervolgens door per 2008 een dagvaarding uit te brengen was de verjaring wederom tijdig gestuit (artikel 3:316 lid 1 BW). Daarnaast oordeelde het hof dat de klant tijdig heeft geklaagd en verworpen het beroep op

⁵⁰ PJ 2013/157 met noot van T. Huijg.

rechtsverwerking op grond van artikel 6:89 BW. Immers, zo overwoog het hof, als de stelling van de bank moet worden gevolgd dat de klant al eerder van de onjuistheden in het advies op de hoogte was geweest, dan moet alle correspondentie en communicatie van de klant over die periode worden opgevat als een klacht over het gebrekkige advies.⁵¹ Volgens het hof had de klant wel een aandeel in het ontstaan c.q. (te) groot worden van de schade waardoor de bank dan ook een korting van 50% kreeg op de te vergoeden schade.

De Hoge Raad overweegt dat voor de vraag of tijdig is geprotesteerd als bedoeld in artikel 6:89 BW acht moet worden geslagen op alle relevante omstandigheden, zoals aard van de dienstverlening en de verhouding deskundige bank versus particuliere belegger. De klachtplicht van artikel 6:89 BW is dus ook op zorgplicht-discussies van toepassing, maar ook de algemene verjaringsregels blijven een rol spelen en blijven een risico vormen voor de schuldeiser. Voorts had de bank gesteld dat uitsluitend nog via artikel 3:316 BW lid 2 – binnen zes maanden na afwijzing door instellen van een nieuwe eis – de verjaring had kunnen worden gestuit, omdat begin 2003 een bindend adviesprocedure bij de klachtencommissie DSI is gestart die werd afgewezen. Dit was niet gebeurd waardoor de vordering niet tijdig is gestuit en dus is verjaard. De Hoge Raad oordeelt dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat artikelen 3:316 en 3:317 BW elkaar niet uitsluiten. Een vordering kan, ook na een eenmaal ingezette procedure, worden gestuit door een schriftelijk bericht (artikel 3:317 BW).

Terugvorderingstermijn

Een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaar na het moment waarop de schuldeiser met de vordering en de ontvangende partij bekend is en verstrijkt in ieder geval 20 jaren nadat de vordering is ontstaan (artikel 3:309 BW). In deze zaak oordeelde Rechtbank Rotterdam (18 december 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BY7434**) over een terugvordering van onverschuldigd betaald arbeidsongeschiktheidspensioen door een pensioenfonds. Een (inmiddels ex-)werknemer was tijdens zijn dienstverband arbeidsongeschikt geworden. Op basis van het toen geldende pensioenreglement had hij gedurende de periode dat hij een WAO-uitkering ontving ook recht op een arbeidsongeschiktheidspensioen en WAO-hiaatuitkering. In 1994 eindigde zijn recht op een WAO-uitkering, maar hij meldt dit

⁵¹ Vgl. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010, NJ 2010/331, r.o. 4.9.7

niet aan de pensioenverzekeraar. Op dat moment werd de pensioenregeling uitgevoerd door een verzekeraar en was de werknemer verplicht te melden dat zijn WAO-uitkering was geëindigd omdat dit gevolgen had voor zijn arbeidsongeschiktheidspensioen. In 2005 vond waardeoverdracht plaats aan het pensioenfonds. De werkgever heeft daarbij de werknemer bericht dat zijn (pensioen)rechten door de overgang niet zouden wijzigen. Van de verzekeraar heeft hij echter wel de waarschuwing ontvangen dat zij noch van hem noch van het UWV bericht hadden ontvangen dat hij gerevalideerd zou zijn en dat, mocht hij gerevalideerd zijn, zijn pensioenuitkering zou worden gestopt. Op dat moment ontving hij al jaren geen WAO-uitkering meer.

In 2009 stelde het pensioenfonds een vordering in om het ten onrechte betaalde arbeidsongeschiktheidspensioen terug te vorderen. De periode waarover werd teruggevorderd beperkte het pensioenfonds tot de periode vanaf 2005. De ex-werknemer stelde dat de vordering is verjaard omdat het pensioenfonds pas 16 jaar na dato met een terugvordering komt. De rechtbank maakt hier korte metten mee. Op basis van het pensioenreglement had de werknemer een meldingsplicht (aan de verzekeraar) op het moment dat zijn WAO-uitkering was geëindigd. Dat heeft werknemer nagelaten. Uit de feiten blijkt dat het pensioenfonds niet eerder dan 2009 op de hoogte was van het staken van de WAO-uitkering waardoor het recht op terugbetaling nog niet is verjaard. (Vermoedelijk, maar dat blijkt niet uit de uitspraak, werd het pensioenfonds via melding door het UWV (artikel 37 PW) in 2009 ermee bekend dat geen WAO-uitkering meer werd ontvangen). Vanaf 1 januari 2009 doet het UWV een dergelijke melding indien de pensioenuitvoerder met het UWV daartoe een overeenkomst heeft gesloten. Vanaf 1 januari 2011 is de verplichting om hiervoor een overeenkomst te sluiten vervallen en moet het UWV spontaan en dus ook kosteloos melden.⁵²

Het verweer van de ex-werknemer was dat de voortzetting van het arbeidsongeschiktheidspensioen een afspraak tussen hem en zijn werkgever was. De rechtbank overwoog dat de ex-werknemer via het (onterecht) incasseren van het arbeidsongeschiktheidspensioen een vordering tot schadevergoeding vanwege het verlies aan inkomsten jegens zijn werkgever alsnog een vordering zou kunnen instellen. Dat is niet de bedoeling. Die vordering is verjaard en kan niet op andere wijze

⁵² T&C, toelichting bij artikel 37 PW, Kluwer, vierde druk.

meer worden gecorrigeerd. Het pensioenfonds had voldoende rekening gehouden met de maatschappelijke opvattingen en het belang van de ex-werknemer door deze 11 jaar 'gratis' arbeidsongeschiktheidspensioen te geven en de terugvordering te beperken tot de periode vanaf 2005.

Ondanks alle aandacht voor begrijpelijk communiceren door pensioenuitvoerders⁵³ en alle onderzoeken waaruit blijkt dat de meerderheid van de mensen in Nederland pensioen-analfabeet is⁵⁴, wordt in de rechtspraak grote waarde toegekend aan de inhoud van het pensioenreglement als het gaat om de vraag of recht op enig pensioen bestaat. De deelnemer wordt geacht het pensioenreglement te kunnen lezen en ook daadwerkelijk te hebben gelezen.

⁵³ Bijvoorbeeld 'Leidraad Communicatie voor Pensioenuitvoerders van de AFM'.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld onderzoek van Wijzer in Geldzaken over ons pensioenbewustzijn: <http://www.wijzeringeldzaken.nl/in-het-nieuws/72-procent-van-de-nederlanders-volledig-pensioenonbewust.aspx>

7. Echtscheiding

drs. Jurgen Holtermans CPC, vennoot Hendrixx+Bakker Fiscaal en pensioenadviseurs

Ieder jaar is er weer veel rechtspraak over scheiding en pensioen. Zoo ok in 2013. Hieronder is een selectie uitgewerkt.

Verjaring en rechtsverwerking

Het inmiddels aloude maar nog steeds relevante Boon/Van Loon-arrest heeft ook het afgelopen jaar enkele naweën teweeg gebracht. De hierna te bespreken procedures omvatten vrijwel alle, als gemeenschappelijk geschil, de vraag of sprake is van verjaring van het recht op verrekening van de pensioenaanspraken, nu deze bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap ten tijde van de echtscheiding onverdeeld zijn gebleven. Of dat sprake is van rechtsverwerking. In nagenoeg alle situaties is beslist dat indien pensioenaanspraken niet in de verdeling van de huwelijksgemeenschap zijn betrokken, deze nadien alsnog dienen te worden verdeeld en verrekend. Rechtbank Middelburg (28 maart 2012, **ECLI:NL:RBMID:2012:BX9626**), Hof Den Bosch (5 maart 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3498** en 19 maart 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4995**), en Rechtbank Rotterdam (6 maart 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5052**) beslissen dat een vordering tot verdeling van pensioenaanspraken volgens het Boon/Van Loon-arrest is te kwalificeren als een vordering tot verdeling van een gemeenschapsgoed. Deze is op grond van artikel 3:178 BW niet aan verjaring onderhevig. In andere zin beslist Rechtbank Leeuwarden (24 oktober 2012, **ECLI:NL:RBLEE:2012:BY1372**): ook een vordering tot verdeling van een onverdeeld gebleven gemeenschapsgoed verjaart na (uiterlijk) 20 jaar, behoudens stuiting van deze termijn.

In aanvulling op het voorgaande heeft Rechtbank Rotterdam (6 maart 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5052**) beslist dat in deze procedure sprake is van rechtsverwerking van de zijde van de vrouw vanwege de specifiek voorgedane feiten en omstandigheden. De vrouw heeft zodoende uiteindelijk geen recht op een pensioenuitkering of verrekening daarvan. Van rechtsverwerking is ook sprake in volgens Hof Den Bosch (2 oktober 2012, **ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9612**). De vrouw van de man vorderde na ongeveer 15 jaar een bedrag dat overeenstemde met nog niet aan haar uitgekeerde indexeringen van het pensioen die op grond van het Boon/Van Loon-arrest sinds 1 april 1993 aan haar toekomen. De man betaalt sinds 1 april 1993

namelijk maandelijks een gelijkblijvend bedrag aan pensioen aan de vrouw door. De man is tot dit gedeeltelijk doorbetalen van zijn pensioen verplicht op grond van een in 1994 gewezen vonnis. Van belang is dat de vordering die de vrouw heeft ingesteld mede betrekking heeft op indexering. In het vonnis uit 1994 is in het dictum echter niets omtrent de indexering opgenomen en in ieder geval is de indexeringsvordering niet toegewezen. Door na te laten beroep in te stellen of contact met de man op te nemen over de indexering, heeft de vrouw het vertrouwen gewekt dat zij geen aanspraak meer zou maken op indexering en concludeert het hof dat de vrouw in zoverre haar recht heeft verwerkt. De rechtsverwerking strekt zich echter niet uit over de indexeringen die de man vanaf de datum van de inleidende dagvaarding verschuldigd is geworden. Dat recht is volgens het hof blijven bestaan en met deze aanspraak heeft de man vanaf het moment van de inleidende dagvaarding rekening kunnen houden.

In een uitspraak van Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Nederlandse Antillen en Aruba (23 april 2013, **ECLI:NL:OGHACMB:2013:CA2211**) komt de verrekeningsproblematiek uit hoofde van het Boon/Van Loon-arrest ook aan de orde. In deze Arubaanse zaak vordert de vrouw, zonder succes overigens, alsnog verrekening van pensioenaanspraken volgens het Boon/Van Loon-arrest. Dat de vrouw niet in haar vordering slaagt, is gelegen in het feit dat de vrouw en de man elkaar in de scheidingsakte finale kwijting en décharge hebben verleend. Ondanks het feit dat niets is opgenomen omtrent pensioenaanspraken en de verrekening daarvan. Het hof overweegt, onder verwijzing naar een uitspraak van Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba (2 juni 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BI7030), dat uit het Boon/Van Loon-arrest niet kan worden afgeleid dat van het recht om verrekening van pensioenrechten te vorderen geen afstand kan worden gedaan. Of dat afstand daarvan alleen kan worden gedaan door middel van een verklaring waarin de pensioenrechten uitdrukkelijk worden genoemd. Uitleg van het kwijtingsbeding aan de hand van het Haviltex-criterium – naar de zin die partijen (in dit geval met name de man) in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het kwijtingsbeding mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten – leidt ertoe dat partijen afstand hebben gedaan van het recht een nadere verdeling te vorderen. De man heeft erop mogen vertrouwen dat de vrouw mede afstand heeft gedaan van alle haar onbekende aanspraken. Het hof overweegt verder dat het ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat de man een

beroep doet op het in de scheidingsakte opgenomen beding waarin partijen elkaar finale kwijting hebben verleend.

Afstand van (bijzonder) partnerpensioen

In de procedure bij Hof Arnhem-Leeuwarden (20 augustus 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:6209**) vordert de ene ex-echtgenoot een kleine 10 jaar na de echtscheiding dat de andere ex-echtgenoot afstand zal doen van het bijzonder partnerpensioen. De ex-echtgenoot baseert deze vordering op het feit dat in het echtscheidingsconvenant is overeengekomen dat tussen partijen geen pensioenverevning conform de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ("WVPS") zal plaatsvinden en evenmin pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon-arrest. Uit de in de uitspraak vermelde feiten volgt niet dat over het (bijzonder) partnerpensioen van de wet afwijkende afspraken zijn gemaakt. De ex-echtgenoot is inmiddels hertrouwd en heeft een bericht van het pensioenfonds ontvangen, waaruit volgt dat de andere ex-echtgenoot recht heeft op bijzonder partnerpensioen. Dit laatste heeft tot gevolg dat de huidige echtgenoot een in omvang beperkt(er) partnerpensioen zal ontvangen. Iets wat de ex-echtgenoot niet had verwacht en niet in overeenstemming met het echtscheidingsconvenant acht. Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt dat partijen zijn overeengekomen dat geen verevening conform de WVPS en geen verrekening conform het Boon/Van Loon-arrest zal plaatsvinden. Het hof hanteert de Haviltex-norm en oordeelt dat de in het echtscheidingsconvenant opgenomen bepaling geen andere uitleg toelaat dan dat partijen uitsluitend afspraken hebben willen maken over het ouderdomspensioen, nu zowel de WVPS als het Boon/Van Loon-arrest zien op het ouderdomspensioen. De uitspraak leert dat het wenselijk, zo niet noodzakelijk, is om in een echtscheidingsconvenant nadrukkelijk alle soorten pensioenaanspraken te benoemen en per soort uit te werken wat partijen daarover hebben afgesproken, ook indien partijen de wettelijke hoofdregel volgen indien partijen daar niet van afwijken. Dit voorkomt misverstanden en onnodige procedures.

Bij Hof Den Haag (30 juli 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:3699**) vorderde de man dat hij en zijn ex-echtgenoot over en weer de toepasselijkheid van de WVPS uitsluiten en dat zijn ex-echtgenoot afstand doet van haar aanspraken op bijzonder partnerpensioen. Probleem hierbij is dat partijen in 1994 zijn gescheiden (in Thailand, waar zij destijds zijn getrouwd) en de man sindsdien niet of nauwelijks contact heeft gehad met zijn ex-

echtgenoot, en de man geen idee heeft waar zijn ex-echtgenoot zich bevindt en of zij überhaupt nog leeft. Het hof kwam tot de conclusie dat zij bevoegd is om over de vordering van de man te beslissen en past vervolgens de Nederlandse wetgeving toe. De vorderingen van de man worden afgewezen. Het over en weer uitsluiten van de toepasselijkheid van de WVPS strandt eenvoudigweg op het feit dat partijen zijn gescheiden vóórdát de WVPS in werking is getreden. Opvallend is hierbij dat het hof niet ingaat op de vraag of de pensioenaanspraken dan moeten worden verdeeld en verrekend volgens het Boon/Van Loon-arrest, maar deze vraag is als zodanig niet door de man in het geschil gebracht. Gelet op de hiervoor vermelde procedures (Rechtbank Middelburg (28 maart 2012, ECLI:NL:RB MID:2012:BX9626), Hof Den Bosch (5 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3498 en 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4995), en Rechtbank Rotterdam (6 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5052)) kan dit (in theorie) nog wel een staartje krijgen, indien de ex-echtgenoot zich zou melden met een vordering tot verdeling en verrekening van de pensioenaanspraken. Aangezien een dergelijke vordering niet verjaart, zo is uit laatstvermelde uitspraken te concluderen, heeft een dergelijke vordering zeker kans van slagen, tenzij sprake zou zijn van rechtsverwerking. Ook voor opengevallen boedels, zoals nalatenschappen, kan deze rechtspraak van belang zijn, aangezien de verrekeningsgerechtigde zich daarin alsnog als schuldeiser kan melden. Het afstand doen van aanspraken op bijzonder partnerpensioen is op grond van artikel 57 lid 4 PW slechts mogelijk, indien de partners dit bij een schriftelijk gesloten overeenkomst met betrekking tot de scheiding zijn overeengekomen. Aangezien het hof niet uit het procesdossier kon afleiden dat de vrouw schriftelijk en uitdrukkelijk afstand van haar aanspraken op bijzonder partnerpensioen had gedaan, strandt ook deze vordering van de man.

Buitenlands pensioen

Indien echtgenoten zijn gehuwd naar Nederlands huwelijksvermogensrecht geldt de WVPS onverminderd ten aanzien van pensioenaanspraken welke zijn opgebouwd op grond van een buitenlandse pensioenregeling. Anders dan ten aanzien van een Nederlandse pensioenregeling ontstaat er dan geen recht op uitbetaling jegens de (buitenlandse) pensioenuitvoerder, maar jegens de ex-echtgenoot die de pensioenuitkering te zijner tijd ontvangt. De vereveningsplichtige ex-echtgenoot dient derhalve een gedeelte van de pensioenuitkering door te betalen aan de vereveningsgerechtigde ex-echtgenoot. Een dergelijke situatie doet zich voor in de

procedure bij Hof Arnhem (20 december 2012, **ECLI:NL:GHARN:2012:BZ0618**). In de hierna te bespreken uitspraak van Rechtbank Den Haag (19 april 2013, **ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3409**) komt de problematiek van de buitenlandse pensioenregeling ook aan de orde. Dit in verband met de vraag of de melding van de echtscheiding aan de pensioenuitvoerder, als bedoeld in artikel 2 lid 2 WVPS, in een dergelijke situatie maatgevend is voor de doorbetaling van het ouderdomspensioen aan de vereveningsgerechtigde ex-echtgenoot.

In de zaak bij Hof Arnhem heeft de man in Duitsland pensioenaanspraken opgebouwd uit hoofde van zijn dienstverband met BASF. De man ontving inmiddels een tweetal pensioenuitkeringen, een regulier ouderdomspensioen en een Performance Pensioen. De man stelde dat het Performance Pensioen niet voor verevening in aanmerking komt, omdat het geen ouderdomspensioen is en hij daarvoor geen premies heeft afgedragen. Het hof is echter van oordeel dat het Performance Pensioen een ouderdomspensioen is, nu het een pensioenvoorziening betreft in het kader van een arbeidsovereenkomst. Verder geldt dat elke betaling die zijn grond vindt in de toezegging van betaling van ouderdomspensioen mede in de verevening dient te worden betrokken, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald (HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 528, **ECLI:NL:HR:2005:AT2619**). Dat geldt, nu op het huwelijksvermogensregime van partijen het Nederlandse recht van toepassing is, op grond van artikel 1 lid 8 WVPS ook voor de pensioenen van de man ingevolge een buitenlandse (Duitse) pensioenregeling. Zij het dat het recht op uitbetaling van de vrouw in dat geval slechts jegens de man bestaat en niet jegens de pensioenuitvoerder. Dat er geen premies zijn afgedragen en dat de man de uitkering al tijdens het huwelijk genoot doet aan de noodzaak tot verevening niet af.

In de zaak bij Rechtbank Den Haag verzocht de vrouw in kort geding om een executoriale titel waarmee zij in staat is tot tenuitvoerlegging van de eerdere veroordeling van de man tot voldoening van zijn pensioenverplichtingen jegens de vrouw. De man was namelijk veroordeeld om de helft van zijn buitenlands pensioen door te betalen aan de vrouw. De man verzette zich hiertegen, evenwel zonder succes. Het betrof hier een door de man in het buitenland opgebouwd pensioen en de rechtbank beslist daarom volledig in lijn met de WVPS, dat de doorbetalingsverplichting niet eerst ontstaat nadat melding is gedaan als bedoeld in artikel 2 lid 2 WVPS. Een dergelijke melding is slechts bedoeld om te bewerkstelligen dat de vereveningsplichtige ex-echtgenoot een direct recht op uitbetaling verkrijgt

jegens de pensioenuitvoerder. Een dergelijk direct recht op uitbetaling geldt uitsluitend indien het gaat om een Nederlandse pensioenregeling. Ten aanzien van een buitenlandse pensioenregeling kan op grond van de WVPS geen direct recht op uitbetaling ontstaan. Dit is in de WVPS uitdrukkelijk uitgesloten. Voor dergelijke situaties is in de WVPS bepaald dat de vereveningsgerechtigde ex-echtgenoot een recht op uitbetaling verkrijgt jegens de vereveningsplichtige ex-echtgenoot.

Omdat geen sprake is van een Nederlandse pensioenregeling, en zodoende geen sprake kan zijn van een direct recht op uitbetaling jegens de pensioenuitvoerder van een Nederlandse pensioenregeling, is de meldingsplicht niet aan de orde. Daarom kan niet met succes door de man worden gesteld dat hij eerst gehouden is zijn pensioen gedeeltelijk door te betalen aan de vrouw nadat de echtscheiding bij de buitenlandse pensioenuitvoerder is gemeld.

In deze categorie uitspraken kan nog worden vermeld de uitspraak van Hof Den Haag (5 december 2012, **ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6949**), waarbij de man pensioenaanspraken had opgebouwd bij zijn werkgever ESA. Aangezien deze pensioenaanspraken niet zijn opgebouwd uit hoofde van een pensioenregeling als bedoeld in artikel 2 leden 4 tot en met 6 WVPS, maar op het huwelijk van de man en vrouw wel Nederlands recht van toepassing is, geldt ingevolge artikel 2 lid 7 WVPS dat de pensioenaanspraken wel verevend worden en dat de vrouw een aanspraak op uitbetaling jegens de man verkrijgt. Partijen waren het er met elkaar over eens dat de pensioenaanspraken van de man moesten worden verevend als hiervoor beschreven en dat daartoe een beslissing diende te worden genomen. De beslissing die eerder door de rechtbank te Den Haag is gegeven – deze uitspraak is niet gepubliceerd – weerspiegelt kennelijk niet hun bedoeling, zodat zij het hof verzochten een andere beslissing te geven. Het hof beslist daartoe dat de man gehouden is om vanaf het moment dat hij ouderdomspensioenuitkering zal ontvangen van ESA overeenkomstig het bepaalde en het toepasselijk in ESA Pensions Schemes and Rules, de helft van het ouderdomspensioen, voor zover dat tijdens het huwelijk met de vrouw is opgebouwd aan haar te betalen zo lang beide partijen leven. En wel op basis van het inkomen van de man per 17 juli 2012, zijnde de datum van inschrijving van de echtscheiding in de registers van de burgerlijke stand.

In de procedure bij Hof Amsterdam (2 oktober 2012, **ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ0633**) waren partijen gehuwd naar het recht van de staat Virginia (Verenigde Staten van Amerika). In het kader van de echtscheiding zijn partijen onder meer overeengekomen

dat ieder van hen zijn of haar pensioenaanspraken behoudt. Het hof legt de ter zake overeengekomen bepaling aldus uit, dat partijen daarmee de WVPS, voor zover van toepassing, hebben uitgesloten. Dit betekent dat op de door partijen in het kader van een Nederlandse pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken de WVPS niet van toepassing is. Op andere, buitenlandse, pensioenaanspraken is, gelet op artikel 2 lid 7 WVPS, de WVPS evenmin van toepassing.

(Niet tijdige) indiening meldingsformulier

Uit de kortgeding procedure voor Rechtbank Almelo (15 mei 2012, **ECLI:NL:RBALM:2012:BX3012**) blijkt maar eens te meer het belang van het tijdig indienen van het meldingsformulier als bedoeld in artikel 2 lid 2 WVPS. In dit geval is in het echtscheidingsconvenant de enigszins onhandig geformuleerde bepaling “De pensioenrechten (Grafisch Bedrijfsfonds) uit het verleden blijven onverdeeld” opgenomen. Wat nadien ook nog eens met zoveel woorden in een notariële akte van verdeling wordt opgenomen. Partijen hebben verzuimd het meldingsformulier in te dienen, met als gevolg dat het fonds ten tijde van de pensionering van de man meedeelt, dat het geen mogelijkheid ziet om het pensioen van de man gesplitst uit te keren aan de man en de vrouw. Tenzij de man alsnog een verklaring ondertekent dat hij akkoord gaat met gesplitste uitbetaling. Maar dat doet hij niet. Tot een inhoudelijke beslissing komt het in deze kortgeding procedure overigens niet, omdat over de vordering van de vrouw nog niet in een bodemprocedure is beslist.

Een andere opmerkelijke procedure waarbij het meldingsformulier een rol speelt is die bij Rechtbank Noord-Nederland (10 oktober 2013, **ECLI:NL:RBNNE:2013:6185**). De (vereveningsplichtige) man voert deze procedure tegen het pensioenfonds, dat tot gesplitste uitbetaling van het pensioen van de man is overgegaan, waartegen de man in verzet komt. De man stelt dat de bedoeling van de destijds met de vrouw overeengekomen huwelijkse voorwaarden was dat er geen enkele aanspraak op elkaars pensioen zou zijn. De rechtbank leest deze bedoeling in de huwelijkse voorwaarden niet, en ziet ook geen aanknopingspunten om hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 19 november 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BN7893) heeft overwogen toe te passen: de huwelijkse voorwaarden noch het echtscheidingsconvenant reppen over het niet-verrekenen van pensioenaanspraken respectievelijk het uitsluiten van de toepasselijkheid van de WVPS. Het feit dat de informatievoorziening en verstrekking van afschriften van correspondentie door het pensioenfonds niet overeenkomstig de

wettelijke voorschriften is geschied, maakt niet dat daardoor geen verevening op grond van de WVPS behoort plaats te vinden.

Tot slot wordt in dit verband vermeld de uitspraak van Hof Den Haag (5 februari 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2268**). In deze procedure vorderde de vrouw dat de helft van de pensioenaanspraken van de man door middel van overdracht op haar overgaan nu het meldingsformulier niet binnen de wettelijke termijn was ingediend. Het hof begrijpt de vordering van de vrouw aldus dat zij daarmee doelt op pensioenverevning als bedoeld in de WVPS. Het hof constateert dat indien het meldingsformulier niet tijdig is ingediend bij de pensioenuitvoerder de vereveningsgerechtigde, in casu de vrouw, dan op grond van artikel 2 lid 6 WVPS een recht op uitbetaling verkrijgt jegens de vereveningsplichtige, in casu de man. Het hof wijst uiteindelijk de vordering van de vrouw af. De vrouw heeft geen feiten gesteld waaruit kan worden afgeleid of en tot welke omvang de man pensioenaanspraken heeft opgebouwd die voor verevening in aanmerking zouden kunnen komen. En de vordering van de vrouw is onduidelijk, aangezien deze een andere is dan die uit hoofde van artikel 2 lid 6 WVPS.

Pensioen in eigen beheer (DGA afstortingsproblematiek)

Op grond van artikel 1 lid 4 letter a WVPS worden ook de door een DGA in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken bij echtscheiding verevend. Derhalve is het opvallend dat Rechtbank Dordrecht (14 november 2012, **ECLI:NL:RBDOR:2012:BY4892**) tot de conclusie komt dat de pensioenen opgebouwd in eigen beheer niet onder de WVPS vallen. Wellicht dat hier sprake is van spraakverwarring, want de man stelt dat hij gebruik maakt van de (fiscale) oudedagsreserve, die kennelijk in een bij de B.V. bedongen lijfrente is omgezet. Wellicht dat deze lijfrente (door partijen?) als pensioen wordt ervaren. Op een lijfrente is de WVPS inderdaad niet van toepassing. Deze lezing van de uitspraak en interpretatie van de feiten wordt ondersteund door de overweging van de rechtbank dat ook overigens niet is gebleken van door de man in eigen beheer opgebouwd pensioen. Wellicht ten overvloede zij vermeld dat de WPS wel vaker op onjuiste wijze is toegepast op in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van Hof Amsterdam (2 juni 2009, **ECLI:NL:GHAMS:2009:BI9804**), waarin het hof op onbegrijpelijke wijze concludeert dat in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken ná afstorting als een privé lijfrente dienen te worden beschouwd, waarop de WVPS niet van toepassing is.

In een aantal procedures komt de vraag aan de orde in hoeverre de uitvoerder van in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken in staat is om te voldoen aan de verplichting tot afstorting van de vereveningsaanspraken en aanspraken op bijzonder partnerpensioen veilig te stellen buiten de rechtspersoon, waarin de onderneming van de vereveningsplichtige ex-echtgenoot wordt gedreven. Dat de beoordeling daarvan niet altijd eenvoudig is, leert ons de Hoge Raad (7 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX9828**). In deze procedure vorderde de vrouw afstorting van de op basis van verevening aan haar toekomende pensioenaanspraken uit een Antilliaans pensioenfonds naar een door haar aan te wijzen verzekeraar. De man was bereid de helft van de pensioenreserve af te storten, maar de vrouw eiste een aanzienlijk hoger bedrag en was van mening dat het pensioenfonds over voldoende middelen beschikt om het hogere bedrag af te storten. De man voert echter met succes bij de Hoge Raad aan dat het pensioenfonds weliswaar tijdelijk over extra middelen beschikt, maar dat deze extra middelen niet aan het pensioenfonds toebehoren. Verwijzing volgt voor nader onderzoek, waarover wij in een volgende kroniek zullen berichten.

Duidelijker is de financiële positie van een tweetal B.V.'s in (Hof Den Haag 22 mei 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2293** en 4 juni 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416**). In beide procedures eist de vrouw in verband met verevening en afsplitsing van bijzonder partnerpensioen afstorting van pensioenkapitaal naar een verzekeraar. In beide procedures slaagt de man/de B.V. er in om bewijs te leveren dat afstorting niet mogelijk is, omdat de desbetreffende B.V. de benodigde liquide middelen niet kan vrijmaken of van elders kan verkrijgen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen. Opvallende punten in het vonnis van 22 mei 2013 zijn:

- dat de man in zijn bewijsvoering slaagt op basis van een tweetal brieven van zijn belastingadviseur en een brief van de (lees: zijn) bank, terwijl geen (recente) cijfers zijn overgelegd;
- dat de B.V., kort voordat de afstortingsverplichting zich aandienende, tot een substantieel bedrag (€ 500.000) een lening heeft verstrekt aan een derde partij, zonder daarbij opeisbare aflossing of zekerheden te concretiseren respectievelijk te bedingen.

Opvallende punten in het vonnis van 4 juni 2013 zijn:

- dat onder de gegeven omstandigheden, waaronder de gewijzigde (lees: lagere) markttrente, het op basis daarvan benodigde hogere kapitaal, dat nodig is om de

pensioenaanspraken van de vrouw af te storten, niet alleen voor rekening en risico van de man kan komen;

- dat de postsolidariteit, die ex-echtgenoten jegens elkaar in acht dienen te nemen, zich verzet tegen de afstorting van de pensioenaanspraak van de vrouw, indien dit mede tot gevolg heeft dat de pensioenaanspraak van de man volledig in rook op gaat.

Bij Rechtbank Gelderland (17 april 2013, **ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3318**) komen in het kader van de verevening van de door een DGA in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken en de afstortingsproblematiek de volgende vermeldenswaardige onderwerpen aan bod:

- in het convenant hanteren de man en de vrouw de peildatum 1 januari 2008, terwijl zij formeel op 4 november 2008 zijn gescheiden. De man stelt dat verevening dient plaats te vinden tot uiterlijk 1 januari 2008, zijnde de overeengekomen peildatum. In het convenant is deze datum echter niet uitdrukkelijk vermeld als een afwijkende datum als bedoeld in artikel 4 lid 1 WVPS. Derhalve dient verevening plaats te vinden van de tot en met 4 november 2008 opgebouwde pensioenaanspraken. Dezelfde datum (4 november 2008) geldt ten aanzien van het af te splitsen bijzonder partnerpensioen (en niet 1 januari 2008);
- het niet, althans buiten de tweejaarstermijn als bedoeld in artikel 2 lid 2 WVPS, indienen bij de holding B.V. van de man, zijnde de eigen beheer pensioenuitvoerder, van het meldingsformulier als bedoeld in artikel 2 lid 2 WVPS heeft tot gevolg dat de vrouw niet een recht op uitbetaling jegens de holding B.V. verkrijgt, maar jegens de man. De rechtbank heeft het hierbij overigens letterlijk over afstorting, hoewel, vanwege hierna te noemen omstandigheden, de rechtbank de eis van de vrouw tot afstorting afwijst. Dat roept de interessante vraag op of de man op persoonlijke titel tot afstorting gehouden zou zijn, indien de eis van de vrouw wèl zou zijn ingewilligd? Geheel ondenkbaar is dit overigens niet, zie de uitspraken van Rechtbank Breda (3 oktober 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB7052) en Hof Den Bosch (15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3319);
- bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap is ter zake van de waardering van de aandelen in de holding B.V. uitgegaan van de (lagere) fiscale waardering van de pensioenverplichting. De vrouw eist vervolgens afstorting tegen (aanzienlijk

hogere) commerciële waarde. De man stelt dat hij daardoor wordt benadeeld en dat redelijkheid en billijkheid *in dit geval* met zich brengen dat niet, althans niet het door de vrouw geëiste bedrag, hoeft te worden afgestort. De rechtbank vat deze stelling van de man op als een beroep op de uitzonderingsbepaling dat afstorting niet mogelijk is, omdat de holding B.V. de benodigde liquide middelen niet kan vrijmaken of van elders kan verkrijgen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de rechtspersoon en de onderneming waaraan deze is verbonden in gevaar te brengen. De rechtbank constateert dat de man zijn – door de vrouw betwiste – stelling (onvoldoende liquide middelen) op geen enkele wijze heeft onderbouwd, terwijl dit wel op zijn weg had gelegen. De stelling van de man wordt derhalve door de rechtbank verworpen;

- ter dekking van de aan de vrouw toekomende pensioenaanspraken zal bij afstorting naar een verzekeraar uit dienen te worden gegaan van de commerciële waarde. De verschillen tussen de fiscale waardering van de pensioenaanspraken in de jaarrekening en de commerciële waardering bij afstorting kunnen evenwel leiden tot onevenwichtige uitkomsten. In dit kader overweegt de rechtbank vervolgens dat door medeondertekening van het addendum bij de pensioenbrief van 27 mei 2004 en de nieuwe pensioentoezegging per 1 januari 2006 de vrouw impliciet heeft ingestemd met pensioenopbouw in eigen beheer. Daar komt bij dat in het kader van de verdeling van de gemeenschap bij de waardering van de aandelen geen rekening is gehouden met de een zogenaamde commerciële waarde van de pensioenaanspraken. Daar staat tegenover dat afstorting van de aanspraken, waarbij het daarvoor benodigde kapitaal wordt vastgesteld aan de hand van fiscale grondslagen, zoals de man betoogt, bij een verzekeraar er toe zal leiden dat de vrouw nimmer die aanspraken verkrijgt, waarop zij op grond van de WVPS recht heeft. Alle belangen afwegend acht de rechtbank het redelijk en billijk dat onder de huidige omstandigheden en op dit moment de vordering van de vrouw tot afstorting van haar pensioenaanspraken dient te worden afgewezen. Het lijkt er aldus op dat het feit, dat de vrouw uitdrukkelijk schriftelijk heeft ingestemd met het door de man in eigen beheer opbouwen van pensioen, ten nadele van de vrouw uitwerkt in het kader van de afstortingsverplichting (waar het de afstorting van een pensioenkapitaal gebaseerd op commerciële waardering betreft).

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

In een uitspraak van Rechtbank Amsterdam (16 januari 2013, **ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9779**) komt ook afstorting van pensioenkapitaal aan de orde. Hieromtrent wordt in deze uitspraak nog geen concrete beslissing gegeven, aangezien eerst een deskundigenbericht dient te worden afgewacht. Wel beslist de rechtbank, en dat is voor de praktijk van belang, dat afstorting van pensioenaanspraken niet is uitgesloten, indien reeds vóór het arrest van de Hoge Raad (9 februari 2007, PJ 2007/42, ECLI:NL:PHR:2007:AZ2658) een overeenkomst is gesloten in het kader van de echtscheiding en daarin niets is vermeld omtrent afstorting. Met andere woorden, ook voor “oude gevallen” kan alsnog afstorting van pensioenaanspraken worden gevorderd. Daarnaast komt in deze uitspraak een aantal andere interessante punten naar voren rondom verevening van pensioen. Zo stelt de vereveningsplichtige man, met beroep op het inmiddels vervallen artikel 8 en artikel 8a PSW, dat de vrouw geen recht heeft op een bijzonder partnerpensioen ter grootte van 70% van de opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen. Maar slechts recht heeft op een bijzonder partnerpensioen dat door de vennootschap in redelijkheid zou worden vastgesteld. Dit omdat hij (de man) ten tijde van de echtscheiding niet meer bij de vennootschap in dienstbetrekking werkzaam is en derhalve als gewezen deelnemer kwalificeert. Aangezien dit standpunt van de man strijdig is met eerdere stellingnames en bovendien zijn belastingadviseur heeft verklaard dat de opgebouwde aanspraak op (bijzonder) partnerpensioen 70% van de opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen bedraagt, beslist de rechtbank dat de aan de vrouw toekomende aanspraak op bijzonder partnerpensioen wel 70% van de door de man opgebouwde aanspraak op ouderdomspensioen bedraagt. Deze beslissing van de rechtbank sluit aan op hetgeen in de praktijk vrijwel altijd als omvang van de aanspraak op bijzonder partnerpensioen wordt verzelfstandigd. Toch lijkt de stelling van de man niet geheel kansloos, omdat deze de tekst van de PSW volgt; de stelling wordt in dit geval echter niet gedragen door de door de man zelf aangevoerde feiten en omstandigheden. Voor in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken geldt nog steeds, evenwel op grond van artikel 3a lid 2 WVPS, dat de gewezen echtgenoot (let op, niet: gewezen partner!) ten gevolge van scheiding een aanspraak op bijzonder partnerpensioen verkrijgt. De omvang daarvan stemt overeen met de aanspraak op partnerpensioen die de DGA ten behoeve van de gewezen echtgenoot zou hebben verkregen indien op het tijdstip van de scheiding de pensioenopbouw zou zijn beëindigd (fictieve ontslagaanspraak). Anders dan onder de PSW is thans echter nergens meer in enige wet vastgelegd wat de

omvang van die fictieve ontslagaanspraak (ten minste) is. Om de omvang van de fictieve ontslagaanspraak vast te stellen, zal dienen te worden beoordeeld wat ter zake in de pensioenovereenkomst is overeengekomen. En dat biedt in beginsel ruimte om de omvang van de fictieve ontslagaanspraak te beperken. In hoeverre een dergelijke beperking daadwerkelijk voor de rechter stand houdt, zal toekomstige jurisprudentie leren.

Een ander interessant punt is dat de rechtbank beslist dat de man niet eenzijdig zijn pensioeningangsdatum kan wijzigen. Deze beslissing is gebaseerd op een door de man zelf in stelling gebrachte vordering en afgegeven verklaringen. Zo vorderde de man dat de vrouw recht had op een vereveningsdeel van het ouderdomspensioen met ingang van de datum waarop de man de 62-jarige leeftijd bereikt, en tijdens de zitting heeft de man desgevraagd verklaart dat uitstel van de pensioeningangsdatum slechts een theoretische mogelijkheid is.

In een uitspraak van Hof Den Haag (19 juni 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:CA4010**) is de vraag aan de orde of de B.V. van de man in staat is om de aan de vrouw toekomende vereveningsaanspraken af te storten onder een verzekeraar. De man stelde dat de B.V. daartoe onvoldoende middelen had, maar op grond van een deskundigenrapport beslist het hof dat de B.V. geacht moet worden wel in staat te zijn om tot afstorting over te gaan. Het feit dat het thans af te storten bedrag vanwege de gewijzigde (lees: lagere) marktrente hoger is dan ten tijde van de echtscheiding komt voor risico van de B.V. Het hof overweegt dat het een algemeen bekend gegeven is, dat de marktrente van invloed is op de hoogte van het bedrag dat moet worden afgestort. Bij een lage marktrente dient een hoger bedrag te worden afgestort dan wanneer er sprake is van een hogere rente. Het is de verplichting van de BV om aan de pensioenrechten van de vrouw te voldoen. Dat voor het voldoen van die verplichting tot afstorting op het moment van de afstorting een hoger bedrag nodig is dan op het moment van de echtscheiding komt in beginsel voor rekening en risico van de vennootschap. Dit kan anders zijn indien door de afstorting van de pensioenrechten van de vrouw de door de man in de vennootschap opgebouwde pensioenrechten niet meer te verwezenlijken zijn of de continuïteit van de onderneming alsnog in gevaar komt.

Ook in een uitspraak van Hof Den Bosch (19 november 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:5451**) komt onder meer de afstortingsproblematiek aan de orde. Deze uitspraak biedt geen vernieuwende inzichten, maar heeft wel enig praktisch

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

belang, omdat het richting geeft voor wat betreft de (wijze van) vaststelling van het bedrag dat dient te worden afgestort naar de verzekeraar.

Tot slot een situatie waarbij enkele jaren na de echtscheiding alsnog afstorting wordt geëist. Bij Rechtbank Midden-Nederland (14 augustus 2013, **ECLI:NL:RBMNE:2013:3228**), speelde het volgende. Man en vrouw zijn in 2005 gescheiden ten gevolge waarvan de vrouw (uitsluitend) een aanspraak op bijzonder partnerpensioen heeft verkregen; volgens de huwelijkse voorwaarden heeft de vrouw geen recht op verevening van het door de man opgebouwde ouderdompensioen. De aanspraak op bijzonder partnerpensioen is in eigen beheer opgebouwd bij de B.V. van de man. De vrouw heeft in 2007 afstorting gevorderd van haar aanspraak op partnerpensioen, welke vordering destijds op grond van belangenafweging is verworpen. De man overlijdt in 2011 en dientengevolge wordt het (bijzonder) partnerpensioen aan de vrouw uitgekeerd. De gewijzigde situatie is reden voor de vrouw om opnieuw een vordering tot afstorting in te dienen. Ditmaal met succes. De rechtbank overweegt dat de vordering in 2007 ziet op de aanspraak op een nog niet ingegaan partnerpensioen, deze vordering ziet op het ingegaan partnerpensioen. Gelet op de pensioenovereenkomst en op grond van de redelijkheid en billijkheid wordt de vordering van de vrouw toegewezen.

8. Gelijke behandeling en pensioen

mr. drs. Edwin Schop CPL, partner/adviseur arbeidsvoorwaarden Flexis Groep

Dat pensioen een bijzondere arbeidsvoorwaarde is komt vooral tot uiting in de specifieke wet- en regelgeving die ziet op gelijke behandelingnormen.⁵⁵ Hierover wordt veel geprocedeerd. Hieronder volgt (noodzakelijkerwijs) een selectie van de rechtspraak gepubliceerd in 2013.

Toetredingsleeftijd

De vraag is of het niet toekennen van wachtgeld omdat een ambtenaar 65 jaar is, verboden onderscheid is in de zin van Richtlijn 2000/78/EG (**Europese Hof van Justitie 26 september 2013, nr C-546/11**). De functie van de Deense ambtenaar Toftgaard werd geschrapt. Hij is op 8 mei 2006 met ingang van 31 december 2006 ontslagen. Aangezien hij toen 65 jaar was en dus per 31 december 2006 in aanmerking kwam voor het ambtenarenpensioen, had hij geen recht op wachtgeld. Toen de taken van Toftgaard werden afgeschaft, lag de leeftijdsgrens voor de verplichte pensionering van ambtenaren op 70 jaar. Aangezien Toftgaard toen 65 was, kon hij toen weliswaar met pensioen gaan, maar hij was niet daartoe verplicht. Het hof stelt eerst vast dat de Richtlijn van toepassing is op het wachtgeld, vervolgens dat met de wachtgeldregeling onderscheid wordt gemaakt. Ten derde dat de uitzondering die artikel 6 lid 2 van de Richtlijn mogelijk maakt voor onder andere een toetredingsleeftijd enkel geldt voor pensioen- en invaliditeitsuitkeringen. Ten vierde oordeelt het hof dat er geen rechtvaardiging is voor het onderscheid. Omdat de regeling ambtenaren die voor een ouderdomspensioen in aanmerking komen automatisch uitsluit van het recht op wachtgeld gaat de regeling verder dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.

⁵⁵ Zie voor een uitgebreide behandeling van dit thema M. Heemskerk, *Gelijke Behandeling*, in E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: analyse & commentaar*. Deventer: Kluwer 2013.

Verschillende pensioenleeftijd man/vrouw

Kuso (werkneemster in Oostenrijk) stemde op 1 januari 1980 in met een individuele arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Onderdeel van deze arbeidsovereenkomst vormde de arbeidsvoorwaardenregeling waarin onder meer werd bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt op de laatste dag van het jaar waarin de werknemer de pensioenleeftijd bereikt. Voor de mannelijke werknemers bedraagt de pensioenleeftijd 65 jaar, voor de vrouwelijke werknemers bedraagt deze 60 jaar. De arbeidsovereenkomst is gesloten vóór de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Unie en na de toetreding ten einde gelopen. Wanneer Kuso in 2008 de leeftijd van 60 jaar bereikt, wordt haar arbeidsovereenkomst geacht te zijn ontbonden. Zij betwist de rechtmatigheid van de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst. Het Oberste Gerichtshof in Oostenrijk schorst de behandeling van de zaak en heeft het Europese Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld over de uitleg van artikel 3 lid 1 onder a en c Richtlijn 76/207/EG. Het **Europese Hof van Justitie (12 september 2013, nr C-614/11)** beantwoordt deze vraag als volgt: artikel 3 lid 1 onder c moet aldus worden uitgelegd dat een nationale regeling zoals welke in het hoofdgeding aan de orde is (verschil in pensioenleeftijd tussen mannen en vrouwen), die deel uitmaakt van een vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de Europese Unie gesloten arbeidsovereenkomst, een door de Richtlijn verboden directe discriminatie oplevert wanneer de betrokken werknemer deze leeftijd bereikt na deze toetreding.

Leeftijd: premiestaffel

Tot dusver was vooral discussie over de vraag of een werknemersbijdrage kon worden afgeleid van de totale premie gebaseerd op een premiestaffel. Het wachten was al die tijd op een uitspraak van het **Europese Hof van Justitie (26 september 2013, nr. C-476/11)**.⁵⁶ In dit arrest laat het hof zich uit over de leeftijdsgerelateerde, progressief stijgende *werkgeversbijdrage*:

⁵⁶ PJ 2013/176 met noot M.J.C.M. van der Poel.

leeftijdscategorie werkgemersbijdrage

tot 35 jaar	6%
35-45 jaar	8%
vanaf 45 jaar	10%

De werknemersbijdrage bedraagt de helft van de werkgeversbijdrage (dus eenderde van de totale premie). Voor Nederland betekent dit arrest dat het gebruik van actuariële berekeningen op grond van Richtlijn 2001/78/EG beperkter is dan vooralsnog werd verondersteld. De Nederlandse regering is bij de implementatie van de Richtlijn uitgegaan van het bestaan van drie zelfstandige uitzonderingsgronden op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid: bij de vaststelling van (a) de toetredingsleeftijd, (b) de pensioenleeftijd en (c) bij het gebruik van actuariële berekeningen. Uit de overwegingen van het hof in dit arrest volgt echter dat er geen drie, maar twee zelfstandige uitzonderingsgronden zijn: de vaststelling van toetredingsleeftijden en pensioenleeftijden. Het hof legt, anders dan de A-G, artikel 6 lid 2 van de Richtlijn beperkt uit en stelt dat de leeftijdsafhankelijke premiestaffel hier niet onder valt. Overigens is de actuariële uitzondering als zelfstandige uitzonderingsgrond al eerder door Heemskerk in twijfel getrokken.⁵⁷

De conclusie is in ieder geval dat Nederland met artikel 8 lid 3 WGBL artikel 6 lid 2 van de Richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd. Voor een toelaatbaar gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen in bestaande en toekomstige pensioenregelingen zal derhalve sprake moeten zijn van werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën (artikel 7 lid 1 onder a WGBL), of er zal een objectieve rechtvaardiging moeten bestaan (artikel 7 lid 1 onder c WGBL). Er moet dan sprake zijn van een legitiem doel, de middelen voor het bereiken van dat doel moeten dan passend en noodzakelijk zijn.⁵⁸ Voor het doel van een maatregel heeft het hof eerder geoordeeld dat de lidstaten en in voorkomende gevallen de sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de beslissing welke

⁵⁷ M. Heemskerk, *Gelijke Behandeling*, in E. Lutjens, *Pensioenwet: Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 460.

⁵⁸ HvJ EG 13 mei 1986, *Bilka Kaufman* 70/84, Jurispr. 1986, p. 1607.

doelstellingen van werkgelegenheids- en sociaal beleid zij specifiek willen nastreven. In het licht van deze ruime beoordelingsbevoegdheid vindt het hof de door de Deense overheid en de werkgever (Experian) gevoerde argumentatie 'niet onredelijk'. Het Hof verwijst, juist gezien de ruime beoordelingsvrijheid, voor de noodzakelijkheidstoets terug naar een Deense rechtbank om uitspraak te doen. Het hof geeft de Deense rechtbank nog wel een richtsnoer mee: in het bijzonder moet de nationale rechter rekening houden met de omstandigheid dat aan de ene kant deze verzekering voordelig was voor werknemer Kristensen aangezien Experian bijdragen voor haar heeft betaald. Aan de andere kant stemmen de lagere werkgeversbijdragen met de lagere werknemersbijdragen overeen, zodat het percentage van het basissalaris dat Kristensen zelf op haar pensioenspaarrekening moest storten, lager was dan het percentage van een werknemer die ouder is dan 45. Het is aan de verwijzende rechter om deze elementen tegen elkaar af te wegen.

Wanneer kan er nu voor Nederland sprake zijn van een rechtvaardiging in de zin van artikel 7 lid 1 onder c WGBL? De lat bij een dergelijke toets ligt hoog. Vooral het noodzakelijkheidsvereiste is blijkens rechtspraak een niet te onderschatten drempel. De premiestaffel die door Experian is/wordt gehanteerd is een willekeurige, en is in Nederland niet toegestaan. Premiestaffels in Nederland zijn gebaseerd op de ministeriële staffels.⁵⁹ De beschikbare premie is daarbij zo vastgesteld dat de (geprognosticeerde) pensioenuitkomst op de pensioendatum voor iedere leeftijdscategorie dezelfde is. Dat kan een belangrijke objectieve rechtvaardigingsgrond zijn voor een stijgende *werkgeversbijdrage*. Er is immers geen andere manier om ervoor te zorgen dat in een beschikbare premieregeling iedere werknemer een gelijk(waardig) pensioen opbouwt. Aanvullende argumenten kunnen zijn:⁶⁰

- bescherming van de werknemer om een adequaat pensioenniveau te bereiken;
- de pensioenwaarde kan mogelijk als beloningsvoordeel worden gezien in de zin van artikel 157 lid 2 VWEU. Dit betreft namelijk ook toekomstig voordeel indirect door de werkgever toegekend.⁶¹ Bij een gelijke pensioenpremie is de

⁵⁹ Beleidsbesluit van 12 februari 2013, nr. BLKB 2013/43M.

⁶⁰ Zie ook: M. Heemskerck, *Gelijke Behandeling*, in E. Lutjens, *Pensioenwet: analyse & commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 467.

⁶¹ Zie onder meer: HvJ EG 25 mei 1971 *Defrenne* 80/70, Jurispr. p. 445, punt 6.

pensioenwaarde (de contante waarde van de toekomstige uitkering) ongelijk, en andersom;

- bij het doorlopen van de staffel is de pensioenuitkomst voor iedereen (jong en oud) dezelfde. En wie ooit jong is wordt ook oud(er).

Gegeven de beoordelingsruimte en de specifieke kenmerken van de Nederlandse pensioenstaffel lijkt een objectieve rechtvaardiging niet het probleem.

De Deense overheid en Experian droegen vervolgens de volgende argumenten aan om een stijgende *werknemers*bijdrage te rechtvaardigen:

- oudere werknemers kunnen met de voor hen geldende hogere werknemersbijdragen een redelijk pensioenbedrag bijeen sparen, ook wanneer zij pas op latere leeftijd gaan deelnemen;
- de financiële last voor jongere werknemers is beperkter omdat de door hen te betalen bijdragen lager zijn dan de door oudere werknemers te betalen bijdragen;
- hogere werknemersbijdragen voor oudere werknemers zijn passend vanwege de verzekering van de risico's van overlijden en arbeidsongeschiktheid. De kosten zijn voor ouderen hoger dan voor jongeren.

Deze argumenten lijken minder sterk. Een beperkte financiële last voor jongere werknemers kan namelijk ook (minder ingrijpend) worden gerealiseerd door (in ruil voor een lagere werkgeversbijdrage voor alle werknemers) bijvoorbeeld een leeftijdsafhankelijke eigen bijdrage (percentage van de grondslag). En de risicopremies kunnen buiten de netto staffelbijdrage voor het ouderdomspensioen om door de werkgever worden betaald (in ruil voor een lagere werkgeversbijdrage voor alle werknemers). Het hof ziet een leeftijdsafhankelijke werknemerspremie als een legitiem doel en passend om dit doel te bereiken. Hoewel ook hier geldt dat in de tijd de bijdrage van iedereen (jong en oud) dezelfde is, zijn (minder discriminerende) alternatieven voorhanden. De noodzakelijkheidstoets lijkt daarom lastig te nemen. Aangetoond moet dan worden dat het niet mogelijk is om tegen economisch redelijke kosten andere, even geschikte maatregelen ter verwezenlijking van die doelstellingen te nemen, die minder nadelige gevolgen voor jongere werknemers hebben, en voor zover de aan een verschil verbonden nadelen in een passende verhouding staan tot de voordelen van het systeem. Met belangstelling wordt gewacht op de weging van de argumenten door de Deense rechter en het vervolg van dit arrest voor de Nederlandse staffel.

Leeftijd:30+ regeling

In geschil was of Stichting beroepspensioenfonds Loodsen ("Bpf Loodsen") onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd met artikel 110 lid 2 Wet Vervoer Binnenvaart ("WVB") en in strijd met het gelijkheidsbeginsel niet in een juiste pensioenregeling voor de deelnemers voorzien te hebben, waardoor zij schade lijden. Gevorderd werd dat een zodanig besluit wordt genomen c.q. een zodanige regeling wordt getroffen dat de ongelijkheid tussen eisers en de groep deelnemers die óp hun 30ste in dienst zijn getreden bij het loodswezen wordt opgeheven (de zogenaamde 30+ regeling). Rechtbank Rotterdam (30 oktober 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:8734**) oordeelt dat geen sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De grenzen van de definitie gelijke 'gevallen' moeten eng worden getrokken. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Bpf Loodsen de norm van artikel 110 lid 2 WVB niet overschreden. Bpf Loodsen kon, staande voor de keuze van het toepassen van de uitzonderingsbepaling en daarmee het nemen van een maatregel om ongelijke gevallen te behandelen die het meest recht doet aan de mate van ongelijkheid, in redelijkheid en billijkheid tot deze beslissing komen. De van toepassing zijnde statuten gaven hiertoe immers een zekere beleidsruimte. De rechtbank oordeelt vervolgens dat Bpf Loodsen niet onrechtmatig heeft gehandeld door de voorziene uitzonderingsbepaling als opgenomen in de statuten toe te passen. De schade die de deelnemers lijden is niet ontstaan uit onrechtmatige daad, maar is het gevolg van de omstandigheid dat de stichting, zoals dat haar vrijstond, ongelijke gevallen ongelijk behandelt.

Leeftijd: seniorendagen

Hoewel geen pensioen, het afschaffen van seniorendagen is/blijft interessant om te noemen. Hof Leeuwarden (18 december 2012, **ECLI:NL:GHLEE:2012:BY7504**) overweegt in lijn met de rechtspraak en de eerdere oordelen van het CRvM dat seniorendagen alleen zijn gerechtvaardigd als een dergelijke regeling deel uitmaakt van een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid. De regeling ziet op de volgende extra verlofuren:

- van 45 t/m 49 jaar: 17,5 uur per jaar
- van 50 t/m 54 jaar: 35 uur per jaar
- van 55 t/m 56 jaar: 105 uur per jaar
- van 57 t/m 58: 227,5 uur per jaar

- bij 59 jaar tot 60 jaar: 332,5 uur per jaar

Op 14 januari 2010 is een werknemster van FNV 60 jaar geworden. Bij het bereiken van die leeftijd is de werknemster niet met pensioen gegaan, en heeft er bij haar werkgever tegen geprotesteerd dat aan haar sedert 1 januari 2010 geen seniorenuren meer worden toegekend. Niet is komen vast te staan dat, aldus het hof, de Regeling Seniorenverlof deel uitmaakt van een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid. Andere redenen waarom de Regeling Seniorenverlof objectief gerechtvaardigd zou zijn, heeft de werknemster, die de regeling an sich niet maar het onderscheid binnen de regeling wel in strijd met de WGBL achtte, niet gesteld, zodat het hof oordeelt dat de Regeling Seniorenverlof een verboden leeftijdsonderscheid maakt.

De werknemster heeft verder aangevoerd dat zij tussen de wal en het 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 zou treffen. Het Hof overweegt dat FNV door toepassing van de Regeling Seniorenverlof in strijd handelt met het verbod van artikel 3 aanhef en onder e WGBL. Dat dit een gegronde reden zou kunnen zijn om uitvoering van de regeling zondig éézijdig te beëindigen (zie ook Hof Arnhem 27 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6310), betekent volgens het hof echter niet dat FNV, zolang zij uitvoering blijft geven aan de Regeling Seniorenuren (die de status van Cao heeft) 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 werknemster toe zou leiden, aangezien deze toekenning van seniorenuren evenmin is ingebed in een levensfasebewust personeelsbeleid of anderszins objectief gerechtvaardigd is. De vordering van de werknemster wordt daarom afgewezen.

Arbeidsongeschiktheid

Het CRvM (29 maart 2013, **Oordeel 2013-40**) mag zich uitspreken over verschillende ‘groepen’ arbeidsongeschikte deelnemers in een pensioenfondsregeling. De regeling heeft wijzigingen ondergaan in de periode waarin de verzoeker pensioen heeft opgebouwd. Tot 15 april 1991 gold de Dag Afhankelijke Pensioenregeling (“DAP-regeling”). Op grond van de DAP-regeling werd geen pensioen opgebouwd op grond

van het loon, maar op grond van een vast bedrag per gewerkte dag, onafhankelijk van het individuele loon van de werknemer. Vanaf 15 april 1991 geldt de Loon Afhankelijke Pensioenregeling ("LAP-regeling"). Dit is een zogenoemde middelloonregeling, waarbij de hoogte van het op te bouwen pensioen afhankelijk is van de diensttijd en het loon. Met ingang van 1 januari 2006 is voor de LAP-regeling in de plaats getreden het Pensioenreglement 2006. In dit pensioenreglement is de hoogte van het op te bouwen pensioen eveneens afhankelijk van de diensttijd en het loon. De verweerster heeft bij de overgang van de DAP-regeling naar de LAP-regeling besloten om voor de toenmalige gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemers, die voor het deel dat zij arbeidsongeschikt waren premievrije voortzetting van de pensioenopbouw genoten, de premievrije voortzetting bij toename van hun arbeidsongeschiktheid te baseren op het minimumpensioenloon van de LAP-regeling. Het minimumpensioenloon werd vastgesteld op € 15.778,39 en werd niet gebaseerd op de hoogte van het daadwerkelijk verdiende loon. Dit bedrag wordt jaarlijks verhoogd met de loonindex. De verweerster is in 1988 arbeidsongeschikt geworden. In verband hiermee ontving zij met ingang van 22 augustus 1989 een WAO-uitkering. Ze is vervolgens gereïntegreerd. Hierbij verrichtte zij voor het overige percentage arbeid. De verweerster werkte in de praktijk niet naar de mate waarin ze arbeidsgeschikt was, maar voor 100%. Over haar verdiensten heeft ze pensioenpremie betaald. Per 24 januari 1997 is de arbeidsongeschiktheid toegenomen en is de WAO-uitkering verhoogd naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80–100%. Met ingang van 22 augustus 1989 was er recht op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw voor 50% en met ingang van 24 januari 1997 voor 100%. Bij pensionering blijkt de pensioenopbouw tot 15 april 1991 gebaseerd te zijn op de pensioengrondslag zoals die gold direct voorafgaand aan de eerste ziekte dag, dat wil zeggen de pensioengrondslag in 1988. Vanaf 15 april 1991 heeft het fonds de grondslag vastgesteld op een vast bedrag van € 15.778,39, jaarlijks verhoogd met de loonindex. De verweerster stelt dat ze na de reïntegratie voor 50% pensioen heeft opgebouwd op basis van de verdiensten uit arbeid, welke pensioenopbouw aanzienlijk hoger is dan het bedrag waarvan fonds uitgaat op basis van de per 15 april 1991 op een vast bedrag gefixeerde pensioengrondslag. Het fonds heeft aangevoerd dat de groepen werknemers die met elkaar worden vergeleken geen gelijke gevallen zijn nu de verweerster een gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer vergelijkt met een arbeidsgeschikte deelnemer.

Volgens het fonds heeft het CvRM diverse malen geoordeeld dat arbeidsgeschikte en arbeidsongeschikte personen geen gelijke gevallen zijn.⁶²

Het CvRM is van oordeel dat sprake is van gelijke gevallen nu niet valt in te zien in welk juridisch relevant opzicht de situatie van de verweerster, voor het percentage dat zij na 15 april 1991 arbeidsgeschikt was, anders zou zijn dan de situatie van de werknemers met wie zij zich vergelijkt. Voor allen geldt immers dat zij werken en pensioenpremie betalen naar rato van wat zij met dit werk verdienen. Het enige verschil is de pensioengrondslag op basis waarvan de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw wordt berekend bij toename van de arbeidsongeschiktheid en bij ontstaan van arbeidsongeschiktheid. Dit verschil vindt zijn oorsprong in het pensioenreglement en is dus aan één en dezelfde bron toe te schrijven.⁶³ De oordelen waar naar verwezen is en waarin het CRvM heeft geoordeeld dat geen sprake is van vergelijkbare gevallen, hebben geen relevante overeenkomsten met deze zaak. In die oordelen ging het om de vraag of volledig arbeidsongeschikte werknemers in dezelfde positie verkeerden als (volledig) arbeidsgeschikte werknemers. Dat is in deze zaak niet aan de orde. Vervolgens oordeelt het CRvM dat het onderscheid niet objectief is gerechtvaardigd.

⁶² Zie ook: oordelen 17 juli 2006, 2006-150, 29 augustus 2006 2006-190, 22 juli 2008, 2008-96.

⁶³ Vergelijk: Oordeel 10 juli 2008, 2008-86.

9. Fusie & overname en pensioen

mr. Simone Schraders CPL, advocaat Hogan Lovells International LLP

Fusies en overnames kunnen belangrijke juridische gevolgen hebben voor de pensioenregeling van de werknemers van de vervreemder en op de wijze van uitvoering van de regeling. De transactievorm of fusievariant speelt hierbij eveneens een rol. In 2013 zijn de volgende relevante uitspraken verschenen. Deze uitspraken zien met name op een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW.

Garanties overnameovereenkomst

In het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2013 (**ECLI:NL:HR:2013:CA3996**) speelde de verkoop van de aandelen van Fuel Investments B.V. ("FL") in Tozzi Mozzarella B.V. (de "Vennootschap") aan Bettinehoeve Holding B.V. ("Bettinehoeve"). In de overnameovereenkomst van 29 januari 2008 garandeerde FL het in de overnamebalans weergegeven eigen vermogen onvoorwaardelijk. Bij brief van 10 maart 2008 bracht Avéro Achmea Pensioen (naar aanleiding van een op 1 augustus 2008 ingediend verzoek) aan een voormalig werknemer van de Vennootschap (in dienst tot 31 december 2007), een offerte uit voor waardeoverdracht van zijn opgebouwde pensioen. Hieruit vloeyde voor de Vennootschap de verplichting voort tot voldoening van een additionele koopsom van ongeveer € 56.000.

Wegens schending van de garanties uit de overnameovereenkomst sprak Bettinehoeve vervolgens FL aan tot betaling van het betreffende bedrag. Zowel de rechtbank als het hof wijzen de vordering van Bettinehoeve af. In cassatie voert Bettinehoeve aan dat FL de garantie ter zake van het eigen vermogen in de overnamebalans per 31 december 2007 schendt omdat het een onvoorwaardelijke garantie betreft en het eigen vermogen de facto uiteindelijk niet aanwezig blijkt te zijn. Hierbij is niet van belang of FL al dan niet van het latente risico (de waardeoverdracht) op de hoogte is. Hierover oordelen rechtbank en hof anders. De waardeoverdracht was destijds onder meer geregeld in artikel 3 lid 1 aanhef en onder 1 van het toenmalige Besluit reken- en procedureregels waardeoverdracht, dat strekte tot uitvoering van het destijds geldende artikel 32b PSW. Volgens artikel 3 lid 1 aanhef en onder 1 is voorwaarde voor waardeoverdracht dat de aanvraag daartoe aan de overnemende pensioenuitvoerder is gedaan binnen zes maanden na de aanvang van de deelname aan de pensioenregeling bij die uitvoerder (het huidige artikel 71 lid 3 PW bevat eenzelfde

regeling). De betreffende werknemer heeft zijn offerteaanvraag vóór de overnamedatum van 1 januari 2008 gedaan. Voor de Vennootschap zijn hieruit pas verplichtingen na de overnamedatum ontstaan, omdat Avéro Achmea Pensioen pas nadien aan de werknemer een offerte heeft gestuurd ter zake van de waardeoverdracht. Hierop doet de betreffende werknemer het thans in artikel 71 lid 3 PW bedoelde verzoek tot waardeoverdracht aan de ontvangende pensioenuitvoerder. Het hof heeft de garanties in de overnameovereenkomst onjuist beoordeeld. Nu het eigen vermogen door FL is gegarandeerd dient zij voor het lagere eigen vermogen op te draaien en Bettinehoeve te compenseren. Hetgeen het hof heeft overwogen vormt geen begrijpelijke weerlegging van dit standpunt. Dat standpunt behelst immers, anders dan het hof overweegt, niet dat per se een voorziening in de overnamebalans had moeten worden getroffen. In ieder geval is duidelijk dat pensioenen bij overnames tot additionele kosten kunnen leiden, hetgeen het belang van garanties, ook daar waar het de pensioenen aangaat, onderstreept.

Overgang van onderneming

Na een overgang van onderneming per 1 januari 2006 heeft werkgever LTO Noord de arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming geharmoniseerd (Hof Amsterdam 21 mei 2013, **ECLI:NL:GHAMS:2013:1547**). Onderdeel van deze harmonisatie is een nieuwe collectieve pensioenregeling. Ter uitvoering hiervan is op 6 juli 2007 voor alle werknemers met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 een pensioenregeling bij Centraal Beheer Achmea overeengekomen. Deze regeling voorziet in een middelloonregeling. Een werknemer, de voormalig statutair directeur, verzette zich hiertegen, onder meer met een brief van zijn juridisch adviseur d.d. 23 december 2008. Hij maakte aanspraak op zijn oorspronkelijke pensioenovereenkomst (eindloonregeling). Dit resulteerde uiteindelijk in een arbeidsconflict. De arbeidsovereenkomst kwam vervolgens tot een einde. In dit geschil vordert de werknemer in hoger beroep onder meer herstel van zijn oorspronkelijke pensioenovereenkomst vanaf 1 januari 2006 tot de einddatum van de arbeidsovereenkomst (1 januari 2010). Het hof overweegt dat de werknemer bij overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) aanspraak kan maken op behoud van zijn arbeidsvoorwaarden, waaronder pensioen. De enkele wens van de werkgever de arbeidsvoorwaarden van de bij de fusie betrokken ondernemingen te harmoniseren kan niet afdoen aan de in genoemde wetsartikelen verankerde rechtsbescherming. Ingeval van een overgang van onderneming geldt als hoofdregel dat rechten en

verplichtingen uit pensioentoezeggingen overgaan op de verkrijger van een onderneming. Er geldt echter een aantal uitzonderingen op deze regel. Zo staat artikel 7:664 BW onder bepaalde voorwaarden toe dat de verkrijger vóór de overgangdatum een in zijn onderneming reeds geldende pensioenregeling op de over te nemen werknemers van toepassing verklaart. Het gaat hier om de zogenaamde "opt out" waarvan hier geen gebruik was gemaakt.

Hof Den Bosch (13 augustus 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:3727**) ziet zich met de volgende zaak geconfronteerd. Een werknemer vorderde, kort gezegd, dat de Vereniging van Eigenaars 'Eeckenrhode' ("VVE") over de periode 1 december 2008 tot 1 januari 2010 achterstallige pensioenpremies voor hem afdraagt bij de pensioenuitvoerder Aegon. Op 28 november 2008 is tussen de VVE en de Stichting VVS-diensten ("VVSD") een dienstverleningsovereenkomst betreffende verschillende facilitaire- en servicediensten gesloten. Op 29 november 2009 is tussen VVSD en Stichting Dienstverlening Eeckenrhode ("SDE") een overeenkomst gesloten over de uitvoering van de tussen de VVE en VVSD gesloten dienstverleningsovereenkomst. SDE is opgericht met het uitsluitende doel om servicediensten aan de bewoners van de serviceflat Eeckenrhode te verlenen. De betreffende werknemer was op enig moment als facilitair medewerker bij SDE of VVSD in dienst getreden. VVE zei vervolgens per 1 december 2009 de dienstverleningsovereenkomst met VVSD op. Op 25 november 2009 vond een gesprek plaats tussen de werknemer en de VVE. De VVE bood de werknemer een parttime (in plaats van fulltime) dienstverband aan, maar laatstgenoemde weigerde. In de tussentijd besloot VVE de betreffende diensten zelf te gaan uitvoeren. Vervolgens was al het personeel van SDE door de VVE overgenomen, met uitzondering van deze werknemer. Wel was de werknemer op dezelfde werkplek als voorheen tot 1 januari 2010 enkele werkzaamheden blijven verrichten. Per 1 januari 2010 was de werknemer elders werkzaam. Allereerst beantwoordt het hof de vraag of sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. SDE heeft als uitvoerder van de overeenkomst tussen VVE en VVSD collectieve diensten verricht ten behoeve van VVE die gericht zijn op het verlenen van service aan de bewoners van de service flat. Naar het oordeel van het hof staat het feit dat vanaf 1 december 2009 geen contractuele relatie meer bestaat tussen de VVE en VVSD niet in de weg aan het aannemen van een overgang van onderneming, omdat het begrip 'overeenkomst' in de zin van artikel 7:662 BW ruim dient te worden uitgelegd. Er is

sprake van een georganiseerd geheel van personen waarmee een economische activiteit wordt verricht met een eigen doel en dat dit georganiseerde geheel met behoud van identiteit naar de VVE is overgegaan krachtens contractuele betrekkingen. De volgende vraag die het hof zich stelt is of de werknemer op 1 december 2009 nog in dienst is. Een bevestigend antwoord volgt nu de werknemer immers na 1 december 2009 nog werkzaamheden verricht. De VVE dient daarom de door SDE toegezegde pensioenregeling met terugwerkende kracht uit te voeren, een en ander op basis van de overgang van onderneming. Deze uitspraak onderstreept dat er ook bij wijzigingen van contractuele verhoudingen, zoals bijvoorbeeld ingeval van insourcing en outsourcing aan de Wet overgang van onderneming ("WOO") dient te worden getoetst.

De rechtbank te Utrecht (Rechtbank Midden-Nederland Utrecht, 12 juni 2013, **ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506**)⁶⁴ oordeelt eveneens over een aan overgang van onderneming gerelateerd vraagstuk. GOM Schoonhouden B.V. ("GOM") is een schoonmaakbedrijf waarvoor deelneming van de werknemers in het Bedrijfstakpensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf (het "Bpf") is verplicht gesteld. Op 21 mei 2008 sloot GOM als koper met Van Berkel Holding B.V. en VBG Holding B.V. (hierna gezamenlijk: "VBG") als verkopers een overeenkomst tot koop en verkoop van activa (de "Koopovereenkomst"). Ook VBG nam wettelijk verplicht deel aan het Bpf. Uit de koopovereenkomst volgde dat per datum van de overgang een betalingsachterstand inzake de pensioenen bestond. Deze betalingsachterstand zou in de verkoopprijs worden verdisconteerd.

GOM meldde de werknemers die zij van VBG heeft overgenomen vervolgens aan bij het Bpf. Per 19 mei 2008 betaalde GOM de pensioenpremie voor deze werknemers aan het Bpf. Bij brief van 6 april 2011 deed het Bpf opgaaf van het totaalbedrag aan premieachterstand voor de door GOM van VBG overgenomen werknemers (€ 2 miljoen). Bij aangetekend schrijven van 25 november 2011 sommeerde het Bpf GOM om de achterstallige pensioenpremies te voldoen. Kennelijk was VBG in 2011 gefailleerd. GOM vorderde in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat zij niet is gehouden de achterstallige pensioenpremies, betreffende de van VBG overgenomen werknemers, van vóór de overgang van onderneming aan het Bpf te

⁶⁴ PJ 2013/143 met noot van E. Schop.

voldoen. Derden, zoals het Bpf, konden volgens GOM geen vorderingsrecht ontlenen aan de WOO. De rechtbank oordeelt dat het doel van de WOO en een redelijke wetsuitleg de conclusie rechtvaardigen dat een Bpf een vorderingsrecht aan de WOO kan ontlenen voor inning van onbetaald gebleven premies. Deze uitleg kan meebrengen dat derden, zoals bijvoorbeeld de Belastingdienst, het UWV, de ziektekostenverzekeraar aan de WOO een vorderingsrecht zouden kunnen ontlenen jegens de verkrijgende onderneming.

10. Zorgplicht en Vertrouwensleer

mr. drs. Maarten van de Kerkhof MFP CPL, juridisch medewerker ASR Nederland NV

Zorgplicht

Wat exact te verstaan onder de open norm zorgplicht is niet afgebakend. Inmiddels is via rechtspraak wel een aantal handvatten aangereikt. Ook in 2013 is een aantal, zij het geen opvallende, uitspraken gedaan die nadere invulling geven aan de zorgplicht van de werkgever en adviseurs. Uit een uitspraak van Rechtbank Noord-Holland (3 april 2013, **ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8543**) blijkt dat het niet voldoen aan de zorgplicht zou kunnen resulteren in een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. En deze tekortkoming kan op grond van artikel 6:74 BW verplichten tot schadevergoeding. In dit geval oordeelt de rechtbank dat er geen sprake is van een tekortkoming. Achtergrond van deze procedure is een weduwe die zich geconfronteerd ziet met een nabestaandenpensioen gebaseerd op 90% van de tegenwaarde van de beleggingen op het moment van overlijden van haar partner. En dat de uitkomst nu een lager pensioen is dan onder de vorige pensioenregeling het geval zou zijn geweest. De weduwe stelde dat de werkgever is tekortgeschoten in de op de werkgever rustende zorgplicht voor haar werknemers. De werkgever had er volgens haar voor moeten zorgen dat de verzekeringsmaatschappij en/of assurantietussenpersoon uitvoerig en ondubbelzinnig aan haar en haar partner hadden uitgelegd wat de verschillen tussen de diverse pensioenregelingen zijn en wat de gevolgen van de door haar en haar partner gekozen regeling zouden zijn, indien haar partner vroegtijdig zou overlijden. Die zorgplicht drukte des te zwaarder op de werkgever, nu haar partner een gezin met kinderen achterlaat, aldus de weduwe. Aan haar en haar partner is nooit goed uitgelegd wat de risico's van de nieuwe verzekering waren bij vroegtijdig overlijden van haar partner. Indien de weduwe en haar partner die risico's hadden gekend, dan hadden zij gekozen voor de zekerheid van de oude pensioenregeling. Het is nooit hun bedoeling geweest het partnerpensioen te laten vallen. Nu de weduwe en haar partner hebben gedwaald over de inhoud van de nieuwe pensioenovereenkomst, dient deze te worden vernietigd. In dat geval zijn de oorspronkelijke aanspraken, zoals overeengekomen in 2003, nog steeds van kracht en behoort de werkgever deze na te komen, aldus nog steeds de weduwe. De werkgever heeft gemotiveerd betwist dat zij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Ten aanzien van

het beroep op de zorgplicht oordeelt de rechtbank dat in het onderhavige geval geen schadevergoeding is geëist, maar nakoming van een inmiddels beëindigde pensioenregeling. De rechtbank ziet niet in welke juridische grondslag er is om de werkgever wegens een (beweerde) tekortkoming in zijn zorgplicht te veroordelen tot nakoming van een (reeds beëindigde) pensioenregeling.

Aan het beroep op dwaling komt de rechtbank overigens ook niet toe. Een onder invloed van dwaling tot stand gekomen overeenkomst is in beginsel vernietigbaar. De weduwe heeft echter geen vordering tot vernietiging van de nieuwe pensioenregeling ingesteld. Zij heeft evenmin buiten rechte een tot vernietiging van de nieuwe pensioenregeling strekkende verklaring uitgebracht. Dit leidt ertoe dat de rechtbank niet toekomt aan de vraag of de weduwe een beroep op dwaling toekomt en derhalve ook niet toekomt aan een inhoudelijke bespreking van de vorderingen, voor zover deze zouden zijn gebaseerd op dwaling.

Adviseur

Een financieel adviseur die een risicovol advies geeft, maar suggereert dat het advies niet risicovol is en geen openheid van zaken geeft als hij (in)direct belang heeft bij het door hem gegeven advies, handelt onrechtmatig (Rechtbank Rotterdam 2 januari 2013, **ECLI:NL:RBROT:2013:BY8482**). Onderdeel van het advies is de verkoop van een woning aan een bedrijf waarin de adviseur ook een belang heeft. Waarbij de adviseur voorstelde om uit te gaan van de zogenaamde WOZ-waarde, terwijl de adviseur wist dat deze voor een te laag bedrag was vastgesteld. De rechtbank is van oordeel dat de adviseur tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting te handelen als een goed financieel adviseur. Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur had immers verwacht mogen worden, gegeven de opdracht van de klant, terughoudend te adviseren met het oog op de te lopen financiële risico's. Het uitgebrachte advies suggereert dat die terughoudendheid is betracht, maar dat is in werkelijkheid niet het geval. Ook mag van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur worden verwacht helder te zijn over de grondslag van de geadviseerde bedragen en daarbij van correcte cijfers uit te gaan. Met betrekking tot de koopsom voldoet het advies ook aan die norm niet.

Ook in het geval waarin een adviseur zijn cliënt het advies heeft gegeven om voor de financiering van het nabestaandenpensioen uit te gaan van een gelijkblijvende risicopremie in plaats van éénjarige risicopremies, oordeelt Hof Amsterdam (9 april

2013, **ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3124**)⁶⁵ dat er sprake is van een ondeugdelijk advies. En veroordeelde de adviseur tot vergoeding van de schade die is vastgesteld op het verschil in premie tussen het totaal aan premie op basis van een gelijkblijvende risicopremie en de éénjarige risicopremie. Om tot dit oordeel te komen heeft de rechtbank gebruik gemaakt van deskundigenonderzoek. In het onderzoek gaat het erom of kan worden vastgesteld of het stelsel van gelijkblijvende risicopremies in de gegeven omstandigheden ongeschikt was voor de werkgever. Volgens de deskundigen was dit het geval, omdat het systeem niet voldoet aan de vereisten van artikel 7a PSW (evenredige verwerving) en er mogelijke complicaties te verwachten waren in verband met ontwikkelingen op het punt van gelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht.⁶⁶ Het hof constateert dat op zichzelf wel duidelijk is dat de beschikbare premieregeling met gelijkblijvende risicopremies in de vorm zoals deze voor de werkgeefster is gaan gelden, ongelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht opleverde. Geconstateerd kan voorts worden dat dit onderwerp (ook al in 1999) sterk in de belangstelling stond, en aanleiding gaf en had gegeven tot wetgeving die ertoe strekte dergelijke ongelijke behandeling zo veel mogelijk in te perken. De artikelen 12a to en met 12c WGB (1998) in werking zijn getreden, en de genoemde artikelen 2b en 2c PSW (2001) zijn in dat verband illustratief. Dit brengt mee dat de adviseur niet kon verwachten dat een regeling die ongelijke behandeling meebracht geruime tijd ongewijzigd gehandhaafd zou kunnen blijven. Dit maakte de regeling, aldus de deskundige, ongeschikt voor de werkgever. Bij het vorenstaande komt dat de uitvoeringsovereenkomst niet voorziet in verzachting van de nadelige effecten bij tussentijdse beëindiging of aanpassing door teruggave of verrekening van de premiereserve. Het hof volgt het oordeel van de deskundigen. Het hof oordeelt dat de advisering van de pensioenadviseur slechts verantwoord is als kan worden uitgegaan van continuïteit. Van continuïteit is volgens het hof geen sprake als er op voorhand ernstig rekening mee moet worden gehouden dat het stelsel van gelijkblijvende risicopremies binnen afzienbare termijn niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd. Het stelsel is dan in beginsel ongeschikt, gelet op de nadelige effecten daarvan voor de pensioenopbouw. Uit deze uitspraak blijkt dat een adviseur rekening moet houden

⁶⁵ PJ 2013/137 met noot van M.J.C.M. van der Poel.

⁶⁶ Zie over de uitleg en toepasselijkheid van artikel 7a PSW het arrest van de Hoge Raad, 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4454, PJ 2011/ 61 met noot van S.H. Kuiper.

met toekomstige ontwikkelingen en zijn klanten moet wijzen op eventuele risico's bij de keuze voor een pensioenregeling. Doet de pensioenadviseur dat niet, dan loopt deze, het risico te worden veroordeeld tot vergoeding van de pensioenschade.

Vertrouwensleer

Over het verstrekken van onjuiste informatie door pensioenuitvoerders is al veel geprocedeerd.⁶⁷ Uitgangspunt in deze zaken is artikel 3:35 BW:

'Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep gedaan worden op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil'.

Gewekte verwachtingen worden dus beschermd als men er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat de verklaring van de andere partij juist was. Ten aanzien van de vertrouwensleer laat rechtspraak ook in 2013 zien dat hier vaak een beroep wordt gedaan maar een opgewekt vertrouwen niet snel wordt aangenomen. De meest opvallende uitspraak is van Rechtbank Noord Holland (5 juni 2013, **ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3804**). Een onjuist UPO heeft niet tot gevolg dat het aanspraken schept voor een pensioengerechtigde.⁶⁸ In deze zaak gaat het om UPO's waarin in 2008 een bedrag aan nabestaandenpensioen vermeld stond van € 29.068, in 2009 van € 15.293 dat later gecorrigeerd werd naar € 30.533, in 2010 van € 31.439 en in 2011 van € 21.571. Dit bedrag wordt later weer gecorrigeerd naar € 20.454. Na het overlijden van de deelnemer in 2011 vorderde de nabestaande een nabestaandenpensioen van € 31.439 zijnde het bedrag dat vermeld stond op het UPO van 2010. De argumentatie daarvoor was dat vanaf 2008 bedragen op UPO's genoemd zijn van rond de € 30.000 en bovendien dat het bedrag op het UPO in 2009 door het pensioenfonds gecorrigeerd is naar een bedrag van rond de € 30.000. Op basis daarvan was eiser van mening dat het gerechtvaardigde vertrouwen is gewekt dat het

⁶⁷ Vgl. de annotatie van S.H. Kuiper bij de uitspraak van Rb. Rotterdam 16 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2010:BO6465, PJ 2011/2.

⁶⁸ PJ 2013/152 met noot van H.P. Breuker.

nabestaandenpensioen in de orde van grootte van die € 30.000 zou liggen. Bijzonder is dat de rechtbank overweegt dat artikel 3:35 BW hier helemaal niet speelt nu er geen sprake is van een verklaring of gedraging van het fonds die aanleiding zou kunnen geven tot het gerechtvaardigde vertrouwen. Artikel 3:35 BW moet gelezen worden in combinatie met artikel 3:33 BW. Dat artikel bepaalt dat een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil vereist die zich door een verklaring openbaart. Het UPO is volgens het fonds niet een op een rechtsgevolg gerichte verklaring van het fonds. Het is niet meer dan een informatiedocument dat op grond van artikel 38 PW jaarlijks verstrekt dient te worden. De rechtbank volgt dit betoog van het fonds en oordeelt dat aanspraken uitsluitend gebaseerd kunnen worden op het geldende pensioenreglement. De informatie op een UPO is volgens de rechtbank geen verklaring of gedraging gericht op een rechtsgevolg zoals bedoeld in artikel 3:33 BW. Een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen (artikel 3:35 BW) faalt hierdoor. Het UPO is, aldus de rechtbank, niet bedoeld als een document op basis waarvan men rechten kan claimen. De tekst van de disclaimer benadrukt dat volgens de rechtbank. Het verstrekken van pensioenoverzichten met onjuiste bedragen betekent volgens deze uitspraak dat pensioenuitvoerders daaraan niet gebonden zijn. Een uitspraak geheel tegen de opvatting van de AFM in.⁶⁹

⁶⁹ AFM: Rapport Juistheid UPO. Oktober 2010, p. 22.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

11. Fiscaal pensioenrecht

drs. Jurgen Holtermans CPC, vennoot Hendrixx+Bakker Fiscaal en pensioenadviseurs

In 2013 zijn weer veel interessante uitspraken gepubliceerd op het gebied van fiscaal pensioenrecht. De uitspraken zijn opgedeeld in DGA algemeen, DGA waardeoverdracht, Sociaal Akkoord 2004 en Grensoverschrijdende gevallen.

DGA algemeen

Verrekening (in rekening courant)

Hof Amsterdam (15 november 2012, **ECLI:NL:GHAMS:2012/BY4571**) beslist dat een vroegpensioenuitkering reeds is genoten, doordat deze uitkering is verrekend in de rekening courant van de pensioengerechtigde DGA met zijn B.V. Dat de vroegpensioenuitkering, althans naar de mening van de pensioengerechtigde, nog niet vorderbaar en inbaar zou zijn geweest, doet daar volgens het hof niet aan af. De in artikel 3.146 Wet IB 2001 opgenomen rangorde brengt voor wat betreft het genieten van inkomsten met zich mee dat indien is voldaan aan één van de in voormeld artikel opgenomen voorwaarden (in casu artikel 3.146 lid 1 letter b Wet IB 2001: het verrekend zijn) niet meer wordt toegekomen aan de vraag of aan een van de daarop volgende voorwaarden is voldaan (in casu artikel 3.146 lid 1 letter e Wet IB 2001: het vorderbaar en inbaar zijn).

In de uitspraak van Hof Den Bosch (18 januari 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ0362**), stond eveneens het begrip verrekenen (in rekening courant) centraal. In deze uitspraak ging het niet om het genieten van een pensioenuitkering, maar om de vraag of inhouding van een eigen bijdrage aan de pensioenregeling heeft plaatsgevonden. De DGA heeft in 2006 een aantal uitkeringen (expiratiekapitalen) uit hoofde van kapitaalverzekeringen met een lijfrenteclausule ontvangen, waarvoor de DGA niet daadwerkelijk lijfrenten heeft aangekocht. De DGA stelde dat hij de expiratiekapitalen bij zijn B.V. kan onderbrengen, omdat de kapitaalverzekeringen met lijfrenteclausule materieel kunnen worden gelijkgesteld met een pensioenverzekering als bedoeld in artikel 2 lid 4 letter c PSW. Deze stelling werd door het hof verworpen omdat eenvoudigweg geen sprake is van een C-polis. Aangezien de kapitaalverzekeringen met lijfrenteclausule dateren uit een periode dat de DGA nog niet voldeed aan de criteria

voor het in eigen beheer kunnen uitvoeren van een pensioenregeling, kwalificeerde de B.V. voor de kapitaalverzekeringen met lijfrenteclausule sowieso niet als een toegelaten verzekeraar. Kortom, de genoten expiratiekapitalen zijn bij de DGA belast, nu deze geacht worden te zijn afgekocht omdat de lijfrenteclausule niet is uitgevoerd. De DGA bracht verder in stelling dat hij een eigen bijdrage heeft laten inhouden op zijn loon, en dat de inspecteur ten onrechte, althans tot een te hoog bedrag, fictief loon in aanmerking heeft genomen. Deze stelling snijdt voor het jaar 2006 hout (voor de jaren 2005 en 2007 overigens niet), omdat in het jaar 2006 de administratieve verwerking van een eigen bijdrage aan de pensioenregeling heeft plaatsgevonden. Op 1 april 2006 heeft namelijk een boeking in rekening courant plaatsgevonden voor de verwerking van de inhouding van de eigen bijdrage aan de pensioenregeling over het jaar 2005. Uit deze uitspraak volgt dat het er dus op aankomt op welke feitelijke datum de administratieve verwerking van ontvangsten en uitgaven in de rekening courant plaatsvindt. In de praktijk is dit veelal een datum die is gelegen ná het jaar waarover de ontvangst of uitgave plaatsvindt. Voor reguliere ontvangsten en uitgaven geldt dan dat deze rentedragend zijn geworden, zodat de ontvangst of uitgave dan toch in het jaar waarop deze betrekking heeft is genoten of aftrekbaar is. Echter, voor een inhouding die via rekening courant wordt verwerkt, geldt niet dat deze rentedragend wordt. En dan schuift het moment waarop de inhouding in aanmerking wordt genomen naar een toekomstig moment door, namelijk het moment waarop de administratieve verwerking plaatsvindt.

Te late aanpassing aan Witteveen-kader

Op grond van een overgangsregeling dienen op 1 juni 1999 bestaande pensioenregelingen uiterlijk op 31 mei 2004 te zijn aangepast aan het Witteveen-kader. Rechtbank Gelderland (5 november 2013, **ECLI:NL:RBGEL:2013:4262**) oordeelt belangwekkend ten aanzien van de pensioenregeling van een DGA welke feitelijk ná 31 mei 2004 is aangepast aan het Witteveen-kader (wat naar aanleiding van een FIOD-onderzoek is komen vast te staan). De rechtbank beslist (op de argumenten van de DGA):

- dat de pensioenregeling niet reeds op grond van een mondelinge overeenkomst vóór 1 juni 2004 is aangepast, nu dit onder meer niet in overeenstemming is met uittalingen van de DGA omtrent een offerte tot aanpassing van de pensioenregeling;

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

- dat niet gebleken is van een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling, nog afgezien van de vraag of de invoering van het Witteveen-kader een omstandigheid is die een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling rechtvaardigt;
- dat geen succesvol beroep kan worden gedaan op een in de reeds geldende (dus aangepaste) pensioenregeling opgenomen glijclausule;
- dat geen sprake is van ongelijke behandeling ten opzichte van belastingplichtigen die hun pensioenregelingen hebben ondergebracht bij een zogenoemde professionele verzekeraar, en met name bij Nationale Nederlanden (hierna: NN) bij wie de DGA een pensioenverzekering had lopen, en overweegt daarbij:
 - dat de pensioenregelingen bij NN als gevolg van een mutatiestop geen te hoge opbouw na 31 mei 2004 kennen;
 - dat NN tijdig acties heeft ondernomen om te voorkomen dat binnen de onzuivere pensioenregelingen alsnog aanspraken werden opgebouwd;
 - de klanten/pensioengerechtigden van NN niet traceerbaar waren; en
 - NN uitvoerder van de verzekerde regeling is en als zodanig geen mogelijkheid had om de regeling tussen werkgever en werknemer zelfstandig aan te passen.

Hierbij speelt verder een rol dat de adviseur heeft verzuimd om tijdig actie te ondernemen en er voor heeft gekozen om door middel van antedateren pensioenregelingen van relaties aan te passen. Tot zover ziet het er voor de DGA niet erg rooskleurig uit en lijkt een aanzienlijke belastingheffing over de reeds opgebouwde pensioenaanspraken onvermijdelijk. Uiteindelijk valt dit erg mee, omdat de rechtbank beslist:

- dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat pas sprake is van een gewraakte handeling in de zin van artikel 19b lid 1 onderdeel a Wet LB, indien het feit dat de pensioenregeling niet langer aan bedoelde wettelijke vereisten voldoet wordt veroorzaakt door handelingen van één of van beide bij die regeling betrokken partijen. Er dient aldus sprake te zijn van een actief handelen door contractpartijen in strijd met de fiscale wetgeving. Dit leidt de rechtbank tevens af uit het karakter van de overige handelingen die in het kader van artikel 19b lid 1 Wet LB als verboden zijn aangemerkt, namelijk het afkopen, vervreemden, belenen en prijsgeven van de aanspraak. Voor wat betreft al deze categorieën handelingen geldt als start en verder aanknopingspunt voor de toepassing van de sanctie een initiële handeling van de contractpartijen zelf;

- dat in het onderhavige geval de oorzaak van het niet langer kwalificeren als wettelijke pensioenregeling oorspronkelijk niet is gelegen in een handeling van de contractpartijen, maar in een wijziging van de wettelijke vereisten met de invoering van het Witteveenkader in 1999. Ondanks dat belastingplichtigen tot 1 juni 2004 de mogelijkheid is geboden om hun pensioenregeling aan te passen en met artikel 18 lid 3 Wet LB (tekst 2004) is voorzien in de mogelijkheid om uiterlijk op het eerste moment van overschrijding het zuivere deel te laten vaststellen, brengt naar het oordeel van de rechtbank een redelijke, aan doel en strekking beantwoordende, uitlegging van artikel 19b Wet LB mee dat als sprake is van een niet-tijdige aanpassing van de pensioenregeling slechts loon- en inkomstenbelasting wordt geheven over het deel van de aanspraak dat bovenmatig is. Maar alleen als er geen sprake is van een door de belastingplichtige in kwestie bewust achterwege laten van de aanpassing. Wat bijvoorbeeld tot uitdrukking kan komen in een vergaande overschrijding van de termijn daartoe. De rechtbank acht die uitlegging mede in lijn met de uitzonderingsregeling die de wetgever met artikel 18 lid 3 Wet LB als zodanig heeft willen scheppen;
- dat een medewerker van het adviesbureau voor haar cliënten met een pensioen in eigen beheer, waaronder de DGA, vóór 1 juni 2004 is begonnen met het aanpassen van deze pensioenregelingen aan het Witteveen-kader. De daadwerkelijke aanpassing daarvan heeft voor wat betreft de DGA echter pas ná 1 juni 2004 plaatsgevonden. Met een andere medewerker van het adviesbureau zou zijn afgesproken dat deze werkzaamheden in de loop van juni dan wel begin juli 2004 afgerond zouden worden.

Gelet op al deze feiten en omstandigheden acht de rechtbank het aannemelijk dat geen sprake is geweest van een bewust achterwege laten van een aanpassing van de pensioenregeling door de DGA en de B.V. De rechtbank komt het derhalve redelijk voor om de sanctie van voormeld artikel 19b Wet LB beperkt toe te passen. Wat ertoe leidt dat alleen voor zover sprake is van een bovenmatige aanspraak vanaf 1 juni 2004 loon- en inkomstenbelasting is verschuldigd. Na publicatie van de uitspraak heeft de staatssecretaris van Financiën aangekondigd dat de hij zich niet kan verenigen met de uitspraak van de rechtbank.

DGA waardeoverdracht

In dit onderdeel komt een aantal uitspraken aan bod waarbij onder meer de complexe waarderingsproblematiek van in eigen beheer uitgevoerde pensioenregelingen in verband met waardeoverdracht van de desbetreffende pensioenverplichtingen zichtbaar wordt. Allereerst het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden (23 april 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8583**). Deze procedure draaide om een DGA die aanvankelijk pensioenaanspraken opbouwt volgens een eindloonregeling waarvan de uitvoering is ondergebracht bij een pensioen B.V. De overdracht van de pensioenverplichtingen heeft in het verleden kennelijk tegen de fiscale waarde plaatsgevonden, althans zo is uit de vastgestelde feiten af te leiden. Op 29 december 2006 werd de pensioenregeling omgevormd naar een beschikbaar premieregeling en werd in dat kader de waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken als eerste storting ingebracht. Daartoe werd de pensioenverplichting op de balans van de pensioen B.V. herrekend tegen op dat moment geldende commerciële grondslagen. Dit bracht een verhoging van de pensioenverplichting van € 1.149.541 met zich mee, waarvan € 711.613 betrekking had op een lagere rekenrente dan 4%, namelijk 3,74%, en een vaste na-indexatie van 2%. Aanvankelijk stelde de inspecteur dat deze last op grond van de artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001 (kosten en lasten in verband met toekomstige loon- en prijsstijgingen) niet ten laste van de winst van de werkgever B.V. kon worden gebracht. In hoger beroep stelde de inspecteur zich nader op het standpunt dat sprake is van een onttrekking (lees: uitdeling aan de DGA), omdat de verhoging van de pensioenverplichting tot een onverplichte bijdrage door de werkgever B.V. leidt. De inspecteur betoogde:

- dat de werkgever B.V. in ieder geval vóór het jaar 2006 de (oude) pensioenverplichting jegens de DGA heeft overgedragen aan de pensioen B.V.;
- dat de werkgever B.V. en de pensioen B.V. dienaangaande over en weer volledig zijn gekweten;
- dat de de pensioen B.V. zelfstandig drager is van de verplichtingen uit hoofde van de (oude) pensioenverplichting;
- dat de DGA sindsdien zijn pensioenrechten uitsluitend nog geldend kan maken ten opzichte van de pensioen B.V.;
- dat de werkgever B.V. niet gehouden was om in 2006 een extra pensioendotatie van € 711.613 te doen aan de pensioen B.V.;

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

- dat door deze dotatie de nominale waarde van de pensioenaanspraak van de DGA niet toeneemt;
- dat daarentegen door deze dotatie de reële waarde van de pensioenaanspraak wel is toegenomen nu de dekkingsgraad daarvan door de dotatie is gestegen;
- dat de DGA in zoverre in de hoedanigheid van aandeelhouder is bevoordeeld; en,
- dat zowel de werkgever B.V. als de DGA zich van de bevoordeling bewust moeten zijn geweest.

Volgens de inspecteur is derhalve sprake van een onttrekking die niet ten laste van de winst van de werkgever B.V. kan worden gebracht. Naar het oordeel van het hof heeft de inspecteur aannemelijk gemaakt dat de werkgever B.V. de (oude) pensioenverplichting jegens de DGA vóór 2006 heeft overgedragen aan de pensioen B.V. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat deze pensioenverplichting bij de pensioen B.V. op de balans ultimo 2005 was gepassiveerd, dat de werkgever B.V. in 2005 een pensioendotatie aan de pensioen B.V. heeft gedaan die in rekening courant is verrekend, en dat in artikel 3 van de overeenkomst over pensioenfinanciering is bepaald dat de pensioen B.V. gehouden is vanaf 29 december 2006 de pensioenverplichting jegens de DGA voort te zetten op tenminste gelijke wijze als voorheen.

Het hof acht eveneens aannemelijk dat de werkgever B.V. destijds de (oude) pensioenverplichting heeft overgedragen aan de pensioen B.V. tegen volledige kwijting. Redengevend daarvoor is dat de nieuwe pensioenregeling in feite een voortzetting is van de oude pensioenregeling en dat blijkens artikel 5 van de overeenkomst inzake de pensioenfinanciering de nieuwe pensioenverplichting tegen volledige kwijting is overgedragen aan de pensioen B.V. Gelet op de volledige kwijting was de werkgever B.V. niet gehouden om uit hoofde van de (oude) pensioenregeling in 2006 een extra pensioendotatie te doen aan de pensioen B.V. Het vermogen van de pensioen B.V. was onvoldoende om de aan haar overgedragen (oude) pensioenverplichting te dekken. Als gevolg van de onverplichte pensioendotatie in 2006 is de dekkingsgraad van de pensioenaanspraak van de DGA gestegen, wat meebrengt dat de reële waarde van deze pensioenaanspraak is toegenomen met het bedrag van de pensioendotatie. De DGA is in zoverre in de hoedanigheid van aandeelhouder bevoordeeld. Het hof acht verder aannemelijk dat zowel de werkgever B.V. als de DGA – als directeur en middellijk (groot)aandeelhouder van de werkgever B.V. – zich daarvan bewust moet zijn geweest. Gelet daarop kan de pensioenlast ten

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

bedrage van € 711.613 als een (niet-afrekbare) onttrekking worden aangemerkt. Het gelijk is derhalve aan de inspecteur.

De uitspraken van Hof Den Haag op 8 mei 2013 (**ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1431** (uitspraak inzake de overdragende B.V.), **ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1430** (uitspraak inzake de overnemende stichting) en **ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1432** (uitspraak inzake de overdragende B.V.)' en op 17 juli 2013 (**ECLI:NL:GHDHA:2013:2709** (uitspraak inzake de overdragende B.V.) en **ECLI:NL:GHDHA:2013:2710** (uitspraak inzake de overnemende B.V.)) en het Hof Den Bosch (13 juni 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:CA3888** (uitspraak inzake de overdragende B.V.)) betreffen alle min of meer dezelfde problematiek: waardeoverdracht van pensioenverplichtingen tegen een lagere dan 4% rekenrente en inachtneming van na-indexatie. En geven per saldo eenzelfde uitkomst:

- de in de overdrachtswaarde begrepen lasten in verband met na-indexatie zijn bij de overdragende B.V. op grond van de artikelen 3.26 tot en met 3.28 Wet IB 2001 niet aftrekbaar, tenzij de overdrachtswaarde daadwerkelijk is afgefinancierd naar een lichaam als bedoeld in artikel 10 lid Uitv.reg. IB 2001;
- de in de overdrachtswaarde begrepen lasten in verband met een lagere dan 4% rekenrente zijn bij de overdragende B.V. wel aftrekbaar, maar daar staat tegenover dat de overnemende B.V. of stichting de overgenomen pensioenverplichtingen op grond van artikel 3.29 Wet IB 2001 tegen ten minste 4% rekenrente dient te waarderen en dientengevolge (vrijval)winst moet nemen.

In twee van de uitspraken (Hof Den Haag 17 juli 2013, **ECLI:NL:GHDHA:2013:2709**) en (Hof Den Haag 8 mei 2013, **ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1431**) zijn de belanghebbende en de inspecteur beiden van oordeel dat de overnemende B.V. een lichaam is als bedoeld in artikel 10 lid 2 Uitv.reg. IB 2001, maar dat de overdrachtswaarde niet in het jaar van de waardeoverdracht is afgefinancierd. En daarmee valt het doek voor de belanghebbende.

Ook in de uitspraak van Hof Den Bosch (13 juni 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:CA3888**) komt de beoordeling van het al dan niet voldoen aan de criteria van artikel 10 lid 2 Uitv.reg. IB 2001 aan bod. Van belang in deze procedure is dat de twee dochters van de DGA een zogenoemde contraverzekering bij de overnemende stichting hebben afgesloten, op grond waarvan zij ten gevolge van het overlijden van hun vader een (belastingvrije) uitkering ontvangen. Vanwege een dergelijke uitkering blijft er minder vrij vermogen (winst) in de stichting achter, dat ten behoeve van een ander

pensioenfonds of algemeen maatschappelijk belang dient te worden aangewend. Het hof is van mening dat juist vanwege het afsluiten van de contraverzekeringen de stichting niet is aan te merken als een lichaam als bedoeld in artikel 10 lid 2 Uitv.reg. IB 2001, omdat pensioenfondsen normaliter geen contraverzekeringen afsluiten en dergelijke werkzaamheden geen verband houden met activiteiten in de zin van de (destijds nog geldende) PSW.

Uit beide uitspraken van het Hof Den Haag (17 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2709 en 8 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1431) wordt niet in detail duidelijk op welke gronden de overnemende pensioen B.V. respectievelijk stichting kwalificeert als een lichaam als bedoeld in artikel 10 lid 2 Uitv.reg. IB 2001. De praktijk zal daar ongetwijfeld met belangstelling kennis van willen nemen. In ieder geval zal aan de voorwaarde moeten zijn voldaan dat de B.V. respectievelijk stichting haar winst uiteindelijk zal moeten aanwenden ten behoeve van een ander pensioenfonds of een algemeen maatschappelijk belang.

In de uitspraak van Hof Den Bosch (13 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA3888) voldeed de stichting kennelijk aan deze voorwaarde, maar gaat het uiteindelijk toch mank op de contraverzekering.

In beide uitspraken van het Hof Den Haag (17 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2709 en 8 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA: 2013:CA1431) loopt het (vooralsnog) stuk op het niet afgefinancierd zijn van de overdrachtswaarde. De vraag komt dan op of de lasten alsnog ten laste van de winst kunnen worden gebracht, zodra de overdrachtswaarde wel is afgefinancierd. Nu buiten discussie is dat de overnemende pensioen B.V. respectievelijk stichting kwalificeren als een lichaam als bedoeld in artikel 10 lid 2 Uitv.reg. IB 2001 lijkt deze conclusie met recht te kunnen worden getrokken.

Tot slot de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant (17 september 2013, **ECLI:NL:RBZWB:2013:7133**) waarin de vraag aan de orde kwam of de inspecteur de aanvankelijk wel (in 2006) in aftrek gebrachte lasten uit hoofde van na-indexatie op grond van de foutenleer (in 2010) kan corrigeren en activeren. (In het arrest van Hof Den Haag (8 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA1431) kwam het leerstuk van de foutenleer overigens ook aan de orde, maar corrigeerde de inspecteur reeds in het direct op het jaar van waardeoverdracht volgende jaar). De rechtbank beslist met de volgende overwegingen dat de inspecteur tot een dergelijke correctie kon overgaan:

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

- partijen waren het er met elkaar over eens dat de inspecteur voor het jaar 2006 niet over een nieuw feit beschikte dat navordering rechtvaardigde en derhalve over het jaar 2006 geen navorderingsaanslag Vpb 2006 kon opleggen;
- indien herstel van de fout in het jaar waarin de fout is gemaakt niet meer mogelijk is door het opleggen van een navorderingsaanslag, kan de fout door toepassing van de foutenleer in het oudste nog openstaande jaar worden hersteld (vgl. HR 28 april 1999, nr. 34 589, BNB 1999/283, ECLI:HR:1999:AA2746);
- belanghebbende stelde dat zij weliswaar het bedrag van € 594.375 in 2006 niet ten laste van haar belastbare winst (jaarwinst) had mogen brengen, maar dat zij dat bedrag in dat geval wel in de toekomst naar mate zich prijsstijgingen voordoen in mindering had kunnen brengen op haar belastbare winst. Derhalve is volgens belanghebbende de totaalwinst van haar onderneming juist en blijft geen voordeel onbelast, zodat weliswaar sprake is van een fout, maar niet van een fout in de zin van de foutenleer.

De rechtbank overweegt vervolgens als volgt. De belanghebbende had, gelet op de wettelijke regeling van artikel 3.26 Wet IB 2001, het bedrag van € 594.375 in 2006 moeten activeren op haar fiscale balans. Nu zij dat heeft nagelaten, is sprake van een fout in de zin van de foutenleer, welke fout in het onderhavige jaar dient te worden hersteld. De omstandigheid dat in dit geval geen inbreuk plaatsvond op de totaalwinst doch slechts op de verdeling van de totaalwinst over de jaarwinsten, doet hieraan niet af. De rechtbank verwijst hiervoor naar het arrest van 25 juli 2000, nr. 35251, BNB 2001/3, waarin de Hoge Raad heeft beslist dat de zogenoemde foutenleer ook van toepassing is op afschrijvingsfouten. Met herstel van dergelijke fouten hoeft volgens de Hoge Raad niet gewacht te worden tot het einde van de levensduur van het bedrijfsmiddel, maar het herstel kan op grond van de foutenleer plaatsvinden in het oudst openstaande jaar. Ook hier was de totaalwinst niet in het geding.

Toerekening pensioenlasten Sociaal Akkoord 2004

In haar arrest (28 maart 2013, **ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6105**), oordeelt Hof Amsterdam dat toekenning van voorwaardelijke pensioenaanspraken in verband met het Sociaal Akkoord 2004 (de zogenaamde “zachtpensioenregeling”) niet tot gevolg heeft dat de daaruit voortvloeiende lasten ineens en volledig in het jaar 2005 ten laste

van de winst kunnen worden gebracht (standpunt belanghebbende). Echter, toerekening van de lasten aan uitsluitend toekomstige jaren (standpunt inspecteur) wijst het hof ook van de hand. Het hof overweegt vervolgens dat voor een toerekening van de uit de zachtpensioenregeling voortvloeiende lasten aan ten tijde van de toekenning van het zachtpensioen reeds verstreken jaren sprake dient te zijn van een voldoende nauwe band tussen het recht op zachtpensioen en de uitoefening van de dienstbetrekking in die jaren. Een variant waarover partijen zich hebben uitgelaten is die waarin de lasten ter zake van het zachtpensioen (per werknemer) worden toegerekend aan de periode dat daadwerkelijk een dienstbetrekking moet hebben bestaan om in aanmerking te komen voor zachtpensioen. In artikel 25.6 letter a van het Pensioenreglement 2006 is de voorwaarde opgenomen dat de werknemer, om in aanmerking te komen voor zachtpensioen, uitzicht moet hebben gehad op een van de vervallen regelingen. Dit heeft tot gevolg dat daarvoor uitsluitend werknemers in aanmerking komen die (wat betreft de PPB- en PA-regelingen) tenminste vanaf 31 december 2000, respectievelijk (wat betreft de VUT-regeling) tenminste vanaf 31 december 1996 ononderbroken bij belanghebbende in dienst zijn geweest. Per betrokken werknemer is daarmee het in deze variant relevant te achten aanvangstijdstip van de toerekenperiode gegeven. De toerekenperiode eindigt ook in deze variant op de voor de desbetreffende werknemer geldende pensioeningangsdatum, doch uiterlijk op 31 december 2020.

Naar het oordeel van het hof voldoet ook deze variant aan maatstaven van goed koopmansgebruik. In een toerekening van de uit de zachtpensioenregeling voortvloeiende lasten aan per ultimo 2005 verstreken jaren, waarin de werknemers die voor zachtpensioen in aanmerking komen bij belanghebbende in dienst moeten zijn geweest, komt voor die jaren een voldoende nauwe band tussen het recht op zachtpensioen en de uitoefening van de dienstbetrekking tot uiting.

Grensoverschrijdende situaties

In de navolgende drie uitspraken betreft het grensoverschrijdende pensioenproblematiek, waarbij de vraag aan de orde is aan welk land de heffingsbevoegdheid toekomt. Uit de uitspraken wordt ook weer eens duidelijk dat men zich bewust dient te zijn van het antwoord op de vraag op wie de bewijslast rust, alvorens een (kostbare) procedure op te starten.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

In de uitspraak van Hof Leeuwarden (18 december 2012, **ECLI:NL:GHLEE:2012:BY7744**) betrof het een DGA die aanvankelijk in Nederland in eigen beheer pensioenaanspraken heeft opgebouwd en deze pensioenaanspraken ná zijn emigratie naar België (1987) heeft overgedragen aan een Belgische verzekeraar (1994). De pensioenverzekering liep af op 1 maart 2003. Dit was kort nadat het huidige Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en België op 1 januari 2003 in werking is getreden. Dit verdrag regelt dat de heffingsbevoegdheid ten aanzien van pensioenuitkeringen en afkoopsommen niet meer exclusief aan het woonland is toegewezen. Dit laatste zal ongetwijfeld de reden zijn geweest dat de Belgische verzekeraar in een brief gedateerd 30 december 2002 heeft bevestigd dat de op de polis geplaatste (Nederlandse) pensioenclausules niet meer van toepassing waren. Enkele jaren daarvoor (1996) lijkt hierover reeds te zijn gecorrespondeerd, maar de DGA kon hiermee niet aannemelijk maken dat reeds toen de pensioenclausules zijn geschrapt. Dat lukte evenmin op grond van de brief van de Belgische verzekeraar gedateerd 30 december 2002. Ondanks de inhoud en bewoordingen van de brief kan niet bewezen worden dat de polis daadwerkelijk is aangepast en de pensioenclausules daadwerkelijk zijn geschrapt. Dit leidt tot de conclusie van het hof dat ten tijde van expiratie van de Belgische verzekering nog steeds sprake is van een verzekering van pensioenaanspraken waarop de Nederlandse wet van toepassing is. Zodat op grond van het op dat moment geldende van het verdrag (artikel 18) het heffingsrecht volledig aan Nederland is toegewezen.

In de uitspraak van de Hoge Raad (17 mei 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BZ8599**) slaagde belanghebbende evenmin in zijn bewijslast. Daar was het volgende aan de orde. Belanghebbende heeft onder meer in Venezuela en Brunei gewerkt. Tijdens deze perioden is belanghebbende aan de Nederlandse pensioenregeling van zijn Nederlandse werkgever blijven deelnemen. Inmiddels ontvangt belanghebbende (woonachtig in Nederland) een pensioenuitkering en stelt hij dat een gedeelte van de pensioenuitkering onbelast dient te blijven. Belanghebbende beroept zich namelijk op het besluit van 26 maart 1997, nr. DB97/596M, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 31 januari 2008, CPP2007/98M. Hierin keurt de staatssecretaris van Financiën goed dat een deel van de pensioenuitkeringen buiten de heffing van loon- en inkomstenbelasting blijft, mits de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat in verband met de verkrijging van de pensioenaanspraken in het buitenland daadwerkelijk belasting is geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de

loonbelasting of de inkomstenbelasting. Onder een daadwerkelijke heffing wordt ook verstaan het achterwege zijn gebleven van premieaftrek bij de werknemer. Belanghebbende stelt dat hij gedurende zijn diensttijd in Venezuela en Brunei de pensioenpremies heeft betaald uit zijn nettosalaris, wat er op neerkomt dat belanghebbende in het buitenland geen aftrek heeft genoten voor de door hem betaalde werknemerspremies. Indien dit juist is, is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de hiervoor vermelde goedkeuring. Belanghebbende dient dan wel aannemelijk te maken dat, en tot welk bedrag, hij gedurende zijn diensttijd in het buitenland pensioenpremies heeft betaald waarvoor hij geen aftrek heeft genoten. In deze bewijslast slaagt belanghebbende niet. De door hem overgelegde loonstrookjes uit de periode februari 1973 tot en met januari 1974 zijn daartoe onvoldoende, en andere bewijsstukken zijn niet overgelegd. De Hoge Raad is uiteindelijk van oordeel dat verdrag, wet en overige regelgeving niet vergen dat de Nederlandse belastingheffer een tegemoetkoming verleent als door belanghebbende gewenst in andere gevallen dan waarin voornoemd besluit voorziet.

Met ingang van 11 augustus 2000 geldt tussen Nederland en Portugal het huidige Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Daarin is een pensioenartikel opgenomen dat de heffingsbevoegdheid in meer gevallen aan het bronland toewijst dan in plaats van aan het woonland (voorheen was de heffingsbevoegdheid exclusief aan het woonland toegewezen). Nederland heeft op grond van artikel 18 van voormeld Verdrag een heffingsrecht, indien cumulatief aan drie voorwaarden is voldaan. Het pensioen moet:

- a) met fiscale faciëring in Nederland zijn opgebouwd;
- b) het pensioen moet in Portugal slechts voor minder dan 90% in de belastingheffing worden betrokken (of aldaar niet worden belast overeenkomstig inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid); en
- c) het relevante pensioen moet meer dan € 10.000 bedragen.

In de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (11 september 2013, **ECLI:NLRBZWB:2013:6550**) spitste de procedure zich toe op de vraag of is voldaan aan punt (b), ter zake van de door belanghebbende vanuit Nederland ontvangen pensioenuitkering. Belanghebbende, op wie de bewijslast rustte aannemelijk te maken dat de pensioenuitkering niet voor minder dan 90% in de belastingheffing is betrokken, heeft daartoe aan de rechtbank en aan de inspecteur een afschrift gezonden van de door hem van de Portugese belastingdienst ontvangen belastingaanslag over het jaar

2012. Uit deze belastingaanslag kan naar het oordeel van de rechtbank worden afgeleid dat belanghebbende het totale bedrag van zijn (pensioen)inkomsten over 2012 in Portugal heeft aangegeven en dat deze, naar mag worden aangenomen, in de Portugese belastingheffing zijn betrokken. De inspecteur wees er wel op dat de Portugese wetgeving in de mogelijkheid voorziet om pensioeninkomsten slechts voor 35% in de belastingheffing te betrekken, namelijk in die gevallen waarin van een fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw geen sprake is geweest. Het 35%-regime zou in gevallen als het onderhavige, waarin de pensioenpremie in Nederland ten laste van het belastbaar inkomen is gebracht, niet van toepassing mogen zijn. Een garantie dat in voorkomende gevallen toepassing van de faciliteit mogelijk ten onrechte wordt ingeroepen is er echter niet. Naar het oordeel van de rechtbank heeft belanghebbende met de hiervoor genoemde stukken aannemelijk gemaakt dat zijn pensioeninkomsten in 2012 niet voor minder dan 90% in de Portugese belastingheffing zijn betrokken en dat Nederland derhalve over het onderhavige tijdvak daarover van heffing dient af te zien. Aan dit oordeel doet niet af dat, zoals de inspecteur heeft gesteld, de pensioeninkomsten mogelijk uiteindelijk slechts voor 35% worden belast, indien belanghebbende bijvoorbeeld in Portugal alsnog bezwaar zou maken, dan wel een suppletieaangifte zou indienen. Het is naar het oordeel van de rechtbank aan de inspecteur om die mogelijkheid te minimaliseren, bijvoorbeeld door in voorkomende gevallen spontaan informatie uit te wisselen met de Portugese autoriteiten.

Kroniek Pensioenrechtspraak 2013

11. Overig

mr. drs. E. Schop CPL, partner/adviseur arbeidsvoorwaarden Flexis groep

Tot slot is onderstaand een aantal uitspraken opgenomen die niet direct vallen onder één van de thema's die in de voorgaande hoofdstukken zijn behandeld maar wel de moeite van het vermelden waard zijn.

Wijziging of toepassing?

De uitspraak van Rechtbank Den Bosch (11 april 2013, **ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6592**)⁷⁰ maakt (nogmaals) duidelijk waar de risico's van een beschikbare premiereregeling liggen: bij de deelnemers. De toepasselijke Cao schrijft vanaf 2001 een zuivere premieovereenkomst voor. De regeling wordt uitgevoerd door een Opf. De Cao verwijst voor de inhoud van de pensioenregeling naar het pensioenreglement. Het pensioenreglement bevat de bepaling dat het fondsbestuur de grondslagen voor omzetting van het pensioenkapitaal in pensioen (de inkoopfactoren) vaststelt. Het bestuur gebruikt deze bevoegdheid in 2010 door de inkoopfactoren te verzwaren (zwaardere sterftetafel en hogere opslagen). Voor de deelnemers levert dit in de toekomst (dus) minder pensioen op. De Personeelsvereniging en individuele eisers spreken de werkgever hierop aan. Zij menen dat deze aanpassing in 2010 door het fonds niet voor hun rekening zou moeten komen, en dat de werkgever voor de nadelige effecten daarvan aansprakelijk is. De rechtbank wijst de vordering af: een wijziging in waarderingsgrondslagen als gevolg van een gestegen levensverwachting, met een lager eindresultaat tot gevolg betreft (uitsluitend) de deelnemer. De werkgever was niet tekortgeschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst, evenmin was sprake van (de gestelde) strijd met informatieverplichtingen en het goed werkgeverschap.

Een werkgever kan altijd aangesproken worden op nakoming van de pensioenovereenkomst. De vraag is echter of de nakomingsvordering wordt toegewezen. Hier stelt de rechtbank vast dat de werkgever het pensioenreglement van het fonds heeft doorgecontracteerd in de pensioenovereenkomst en dat de werkgever *dus* op de nakoming van het pensioenreglement kan worden aangesproken. Dat is

⁷⁰ PJ 2013/142 met noot van A.G. van Marwijk Kooy.

echter niet een algemeen toepasbare regel. Het gaat namelijk om de vraag wat tot de uitvoering van de pensioenregeling behoort en wat tot de inhoud van de pensioenovereenkomst. Het antwoord op deze vraag bepaalt wie waarop aanspreekbaar is. Het vaststellen van de inkoopfactoren is (in ieder geval in dit geval) zo'n bevoegdheid die toekomt aan het fondsbestuur. De inkoopfactoren maken in een zuivere premieovereenkomst geen deel uit van de pensioenovereenkomst. Ook niet als het pensioenreglement waar die factoren in zijn bepaald aan de uitvoerder (dat kan een fonds zijn maar ook een verzekeraar) de bevoegdheid is toegekend tot vaststelling van de inkoopfactoren. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het vaststellen van waarderingsgrondslagen (of het nu een DB- of een DC-regeling betreft) is voorbehouden aan het pensioenfondsbestuur.⁷¹

Geen oprenting VUT bij doorwerken na 65

De volgende uitspraak betreft de gevolgen van het bij introductie van de Wet VPL in artikel 38c Wet LB 1964 vastgelegde regel inzake het herrekenen (actuarieel oprenten) van de VUT-uitkering ingeval de uitkering later ingaat dan op de in de VUT-regeling vastgelegde ingangsdatum. Een groep rechters mag doorwerken tot 70-jarige leeftijd. Een rechter die dat doet, spreekt zijn werkgever, de Nederlandse Staat, aan, en maakt aanspraak op de (actuarieel opgerente) VUT-uitkering op grond van het betreffende artikel. Dit was een bepaling van overgangsrecht, bedoeld om voor werknemers die voor 1 januari 2005 de leeftijd van 55 jaar hadden bereikt, de VUT-regeling te kunnen handhaven. 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 vòòr 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 zou worden. Aan de vordering wordt ten grondslag gelegd dat er verboden leeftijdonderscheid wordt gemaakt doordat degene die voor 65 jaar uittreedt wel VUT krijgt en iemand die na 65 jaar uittreedt niet.

⁷¹ Zie ook Pensioenfederatie, Verantwoordelijkheidsverdeling sociale partners – pensioenfondsbestuur. November 2011, p. 10.

Rechtbank Den Haag (28 november 2012, **ECLI:NL:RBSGR:2012:BY4671**) wijst de vordering van de rechter-werknemer af, en overweegt dat artikel 38c Wet LB 1964 een voorschrift van fiscale aard is en niet bepalend is voor de wijze waarop de sociale partners de VUT-overeenkomst inrichten. De uitspraak laat zien dat fiscale voorschriften niet leidend zijn voor civiele afspraken.⁷² Ook vindt de rechtbank dat er geen sprake is van gelijke gevallen. Er is immers een groep die voor de leeftijd van 65 uittreedt, en er is een andere groep die doorwerkt.

Samenloop WW en vroegpensioen

De regel is dat pensioeninkomsten en een WW-uitkering niet samengaan (artikel 34 lid 1 en lid 7 WW). Soms is in geschil wat moet worden verstaan onder pensioen. Nadat zijn arbeidsovereenkomst met ingang van 1 oktober 2001 was ontbonden ontving een uitkeringsgerechtigde vanaf 1 januari 2002 een WW-uitkering. Eind 2008 werd hem medegedeeld dat de aan hem betaalde WW-uitkering over de periode 1 december 2003 tot en met 28 september 2008 werd herzien en werd teruggevorderd in verband met de door hem ontvangen overbruggingsuitkering ("OBU"). Teruggevorderd werd € 115.540,96 plus een boete. De rechtbank heeft het beroep van de betrokkene tegen het bestreden besluit bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard. Daarbij is allereerst overwogen dat de OBU een met het ouderdomspensioen gelijk te stellen regeling is zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 aanhef en onder a van de regeling Gelijkstelling van uitkeringen met ouderdomspensioen van 12 december 1991, Stcrt. 1991, 244 ("de Regeling"). (De rechtbank heeft daarbij verwezen naar de uitspraken van de CRvB van 19 oktober 1999, ECLI:NL:CRVB:1999 en van 2 mei 2007, ECLI:NL:CRVB:2007.) Verder heeft de rechtbank overwogen dat het de betrokkene redelijkerwijs duidelijk moest zijn dat de OBU van invloed kon zijn op (de hoogte van) zijn WW-uitkering en dat hij het ontvangen van de OBU had moeten melden. Omdat de betrokkene dit heeft nagelaten is de inlichtingenplicht van artikel 25 WW geschonden en heeft het UWV als gevolg daarvan ten onrechte WW-uitkering betaald. Op grond van het bepaalde in artikel 36 lid 1 WW was het UWV gehouden tot terugvordering van de ten onrechte betaalde WW-uitkering over te gaan. Gelet op de vragen op de werkbriefjes en het aanvraagformulier voor de WW-uitkering, de inhoud van de WW-brochure, de informatie van de pensioenuitvoerder en de hoogte van de

⁷² E. Lutjens (red.), *Pensioenwet: Analyse en Commentaar*. Kluwer: Deventer 2013, p. 576.

inkomsten die de betrokkene vanaf 1 december 2003 ontving, achtte de rechtbank de stelling dat hij niet wist dat hij de OBU moest opgeven onaannemelijk. De boete is, gelet op het bepaalde in artikel 27a lid 1 WW, terecht opgelegd. De CRvB (9 november 2011, **ECLI:NL:CRVB:2011:BU6219**) bevestigt de uitspraak van de rechtbank en stelt dat er sprake is van onderzoekplicht door het UWV, maar ook schending van de verplichting om het UWV over de OBU-uitkeringen te informeren door de betrokkene zelf.⁷³

Een andere vraag is of een besluit van het UWV gerechtvaardigd met terugwerkende kracht kan worden toegepast. Een ex-werknemer die naast een WW-uitkering met terugwerkende kracht prepensioen ontving moest het UWV de ten onrechte ontvangen WW-uitkering over de periode 1 maart 2008 tot en met 21 maart 2010 (€ 38.875,13) terugbetalen. Een 'vormfout' van het UWV mag de ex-werknemer niet baten. De aanleiding is een brief van 18 oktober 2005 van de werkgever aan haar assurantietussenpersoon. Daarin is onder meer het volgende vermeld:

'[...] Bij het bereiken van zijn 62e leeftijd zal hij dus geen uitkering in het kader van de pre-pensioenregeling ontvangen, dit opgebouwde kapitaal wenst de heer [naam] volledig door te schuiven naar oudedagpensioen.'

De ex-werknemer heeft daarna niets meer vernomen en heeft evenmin met ingang van maart 2008, toen hij 62 jaar was geworden, uitkeringen van Nationale-Nederlanden ("NN") ontvangen. NN heeft hem op 8 april 2010 schriftelijk verzocht een formulier in te vullen in verband met een per 1 maart 2008 beschikbaar gekomen kapitaal, welk kapitaal conform het reglement dient te worden aangewend voor de aankoop van een tijdelijk ouderdomspensioen. De ex-werknemer heeft aan dat verzoek voldaan. Uit een bij de brief van 8 april 2010 gevoegd overzicht blijkt dat de ingangsdatum van het pensioen 1 maart 2008 is, dat het bedrag van de maandelijkse pensioentermijn € 1.653,75 is, dat de uitkeringsdatum van de eerste termijn 1 juni 2010 is en dat NN een nabetaling verschuldigd is over de periode van 1 maart 2008 tot 1 mei 2010 van € 41.343,75. De werknemer heeft het UWV hiervan op 13 april 2010 in

⁷³ Zie in gelijke zin CRvB 8 april 2009 ECLI:NL:CRVB:2009:BI2256, PJ 2009/104: ruil overbruggingsuitkering terecht in mindering gebracht op WW-uitkering in verband met vermindering arbeidsuren.

kennis gesteld. Het UWV heeft de werknemer daaropvolgend meegedeeld dat het ouderdomspensioen van NN met terugwerkende kracht tot 1 maart 2008 in mindering wordt gebracht op zijn WW-uitkering en een bedrag van €38.875,13 aan onverschuldigd betaalde WW-uitkering terugvordert. Het UWV en vervolgens de rechtbank hebben de bezwaren tegen de besluiten van het UWV ongegrond verklaard. In hoger beroep heeft de werknemer gesteld dat het hem pas na ontvangst van de brief van NN in april 2010 redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat hij teveel dan wel ten onrechte een WW-uitkering ontving, zodat zijn WW-uitkering op grond van het rechtszekerheidsbeginsel dan wel de Beleidsregels schorsing, opschorting, intrekking en herziening uitkeringen 2006 (beleid, laatst gewijzigd 17 april 2011 Stcrt. 2011, 12553) niet met terugwerkende kracht tot 1 maart 2008 kon worden herzien. De ex-werknemer heeft betoogd dat uitstel van het prepensioen mogelijk was, zodat hij mocht veronderstellen dat zijn verzoek om uitstel kon worden gehonoreerd en zijn verzoek was gehonoreerd door NN. De CRvB (2 oktober 2013, **ECLI:NL:CRVB:2013:1932**) oordeelt - mede aan de hand van de uitlatingen van de ex-werknemer ter terechtzitting - dat het de ex-werknemer duidelijk was dat als zijn prepensioen niet op een latere datum uitgekeerd zou worden, dit zich niet zou verdragen met de WW-uitkering. De bewoordingen van artikel 34 lid 1 aanhef en onder b WW staan er niet aan in de weg dat dit artikel met terugwerkende kracht wordt toegepast. Hoewel het genoemde beleid niet van toepassing is op artikel 34 WW, kan uit de stukken worden afgeleid dat het UWV aansluiting heeft gezocht bij dit beleid, en in het bijzonder bij artikel 3 lid 3 daarvan. Dit artikel bepaalt dat indien het de verzekerde redelijkerwijs duidelijk was of duidelijk kon zijn dat hem ten onrechte een uitkering werd verstrekt, de uitkering met terugwerkende kracht wordt ingetrokken of herzien. En wel tot en met de dag waarop het de verzekerde redelijkerwijs duidelijk was of duidelijk kon zijn dat hem deze uitkering ten onrechte werd verstrekt. Het beleid dient te worden aangemerkt als buitenwettelijk, begunstigend beleid. Volgens vaste rechtspraak⁷⁴ dient een dergelijk beleid door de bestuursrechter terughoudend te worden getoetst. Dit houdt in dat de aanwezigheid en de toepassing van dat beleid als een gegeven wordt beschouwd met dien verstande dat wordt getoetst of een zodanig beleid consistent is toegepast. Dat is hier het geval, aldus de Raad. Het had de ex-werknemer redelijkerwijs duidelijk kunnen zijn dat hij per

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld CRvB 19 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:2011.

1 maart 2008 een te hoge WW-uitkering ontving. In dat kader is van belang dat werkgever haar assurantieadviseur weliswaar 18 oktober 2005 schriftelijk heeft verzocht het prepensioen van de werknemer (eerst) bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar uit te laten keren, met het verzoek dit bij NN in gang te zetten. En dat NN tot de brief van 8 april 2010 niet op dat verzoek had gereageerd.

Het had, mede gelet op het voor de ex-werknemer onmiskenbaar grote belang, op zijn weg gelegen tijdig navraag te doen bij NN naar de beslissing op het verzoek van 18 oktober 2005. Tegen deze achtergrond kon de ex-werknemer aan het per 1 maart 2008 uitblijven van termijnuitkeringen van NN niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen dat NN positief op het verzoek van zijn werkgever had beslist. Bij het bestreden besluit heeft het UWV het prepensioen echter niet met toepassing van artikel 34 lid 1 aanhef en onder b WW in mindering gebracht op de WW-uitkering, maar de WW-uitkering met toepassing van artikel 22a van de WW herzien. Dit betekent dat het bestreden besluit niet op een juiste wettelijke grondslag berust. Gelet hierop dient de aangevallen uitspraak, waarbij het bestreden besluit in stand is gelaten, vernietigd te worden. De Raad verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit vernietigen, maar laat de rechtsgevolgen van het te vernietigen besluit in stand.

Dit is een uitgave van de Vereniging van Pensioenjuristen (hierna: de VvPJ). De VvPJ is opgericht in 2001 en heeft als doel het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening van het pensioenrecht door haar leden. Pensioenjuristen dragen de titel CPL (*certified pension lawyer*), pensioenconsultants de titel CPC (*certified pension consultant*). Ter waarborging van de kwaliteit moet, om deze titel te verwerven en te behouden, aan een aantal eisen worden voldaan. Onder meer het met succes afronden van de Leergang Pensioenrecht aan de Law Academy van de Vrije Universiteit Amsterdam en het jaarlijks onderhouden van kennis via een systeem van permanente educatie.

Als de niet aflatende aandacht voor pensioen in nagenoeg alle media daarvoor een indicatie is staat het volgende vast: pensioen is hip. Zo was 2013 het jaar waarin onder meer werd besloten om het reële pensioencontract minder ambitieus vorm te geven en het fiscale kader, in 'opdracht van de Eerste Kamer' minder vergaand te versoberen. Het was ook het jaar waarin de Algemene Pensioen Instelling sneuvelde, het Multi Pensioenfonds werd geboren en de ondernemingsraad instemmingsrechten kreeg in de situatie dat de pensioenovereenkomst wordt uitgevoerd door een Opf.

De werkgroep Pensioenjurisprudentie van VvPJ heeft zich mede als taak gesteld jaarlijks over pensioenrechtspraak te berichten. Onder meer door het vervaardigen van een kroniek. Hiermee is de werkgroep begonnen in 2012. Uiteraard leverde ook 2013 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van deze rechtspraak is opgenomen in deze kroniek.