

Kroniek Pensioenrechtspraak 2015

Nr. 4

Kroniek Pensioenrechtspraak 2015

Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2015

Hennie de Graaf	<i>advocaat PAL advocatuur</i>
Derya Gunaydin	<i>manager pensioen bestuursbureau pensioenfonds Achmea</i>
Jurgen Holtermans	<i>vennoot Hendrikx + Bakker</i>
Maarten van de Kerkhof	<i>juridisch medewerker ASR Nederland N.V.</i>
Edwin Schop (eindredactie)	<i>directeur/adviseur arbeidsvoorwaarden Flexis Groep</i>
Petra van Straten	<i>advocaat Loyens & Loeff</i>

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.

Deze bijdrage is uitgebracht onder toezicht van het Wetenschappelijke Orgaan van de Vereniging van Pensioenjuristen. Dit orgaan bestaat uit:

prof. dr. E. Luttjens

mevr. mr. H. de Graaf CPL

mevr. mr. S. Mevissen CPL

mevr. mr. C.M.C.P. van Herpen-Thuring CPL

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*.

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

©2016 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	15
2.	Wijziging pensioenregeling..... <i>Hennie de Graaf</i>	17
3.	Uitleg uitvoeringsovereenkomst	25
	<i>Petra van Straten</i>	
4.	Beëindiging arbeids- en/of pensioen.....	39
	<i>Edwin Schop</i>	
5.	Bedrijfstakpensioenfondsen.....	51
	<i>Derya Gunaydin</i>	
6.	Verjaring.....	63
	<i>Petra van Straten</i>	
7.	Echtscheiding.....	69
	<i>Derya Gunaydin & Jurgen Holtermans</i>	
8.	Gelijke behandeling en pensioen	83
	<i>Edwin Schop</i>	
9.	Zorgplicht en Vertrouwensleer.....	93
	<i>Maarten van de Kerkhof</i>	
10.	Fiscaal pensioenrecht	99
	<i>Jurgen Holtermans</i>	

Voorwoord

Het bestuur van de VvPj is verheugd dat de vierde uitgave van de Kroniek voor u ligt.

Deze Kroniek geeft een beeld van de ontwikkelingen in rechtspraak over pensioen in 2015. Waar mogelijk met een terugblik naar de Kroniek van 2014.

Pensioen is net als in voorgaande jaren een onderwerp dat volop in de belangstelling staat. Bij de lage rentestanden blijft de houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel onder druk staan. Een belangrijke aanzet in de maatschappelijke discussie daarover vormt het rapport over de toekomst van het pensioenstelsel dat de SER aan het begin van 2015 uitbracht. Kernbegrippen daarbij zijn onder meer keuzemogelijkheden voor de deelnemer (maatwerk) en transparantie van het gespaarde pensioen.

Ook wordt de uitlegbaarheid van de pensioenafspraken tegenover belanghebbenden steeds belangrijker. De implementatie van Pensioen 1-2-3 vormt daarbij een belangrijke ontwikkeling. De voorgestelde invoering van het Algemeen Pensioenfonds (APF) werd eind 2015 opgeschoven. Bij de verdere uitwerking van afspraken over het pensioenstelsel en de advisering daarover richting ondernemingen en in bedrijfstakken spelen pensioenjuristen en pensioenconsultants een belangrijke rol. Velen van hen zijn lid van de VvPj en zullen in andere uitgaven van de VvPj daarover publiceren.

Tot het moment van totstandkoming van een nieuw pensioenstelsel moeten we het doen met het huidige stelsel en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Deze Kroniek is geschreven door een daartoe speciaal samengestelde werkgroep van leden van de VvPj. Het bestuur bedankt hen voor de getoonde inzet en het enthousiasme en de tijd die de leden, vaak naast een drukke baan, hebben besteed aan het opstellen van deze Kroniek.

Het bestuur van de VvPj verwacht dat deze vierde Kroniek een waardevol naslagwerk zal zijn voor allen die in de pensioenpraktijk werkzaam zijn.

Namens de VvPj,
Hennie de Graaf
Saskia Mevissen

LIJST MET AFKORTINGEN

ABP	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene ouderdomswet
Apf	Algemeen pensioenfonds
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 groootaandeelhouder
DNB	De Nederlandsche Bank
EG	Europese Gemeenschap
EHvJ	Hof van Justitie Europese Gemeenschap
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Ktr.	kantonrechter
MvT	Memorie van Toelichting
OK	Ondernemingskamer
OR	ondernemingsraad
Opf	ondernemingspensioenfonds
PFZW	Bedrijfstakpensioenfonds voor Zorg & Welzijn
PJ	Pensioenjurisprudentie
PM	PensioenMagazine
PME	Bedrijfstakpensioenfonds voor Metaal & Electro
PMT	Bedrijfstakpensioenfonds voor Metaal & Techniek
PSW	Pensioen –en Spaarfondsenwet

PW	Pensioenwet
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
Svb	Sociale Verzekeringsbank
SZW	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
UPO	Uniform Pensioen Overzicht
UWV	Uitkeringsinstelling Werknemers Verzekeringen
VAP	Wet Aanpassing AOW- en pensioenleeftijd
VBB	Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000
VBI	Vrijgestelde Beleggingsinstelling
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
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wgbla	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WVPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
Wwz	Wet werk en zekerheid

1. Inleiding

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 2015 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2015 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2015.

De Kroniek 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.

2. Wijziging pensioenregeling

mr. Hennie de Graaf CPL, advocaat PAL advocatuur

De wijziging van de pensioenovereenkomst blijft een boeiend onderwerp in de jurisprudentie. Wie dacht dat met het *ECN*-arrest rust op dat vlak zou komen, had het mis. Het onderstaande overzicht is niet uitputtend bedoeld maar gaat in op de meest opvallende uitspraken.

Het ECN-arrest; het vervolg

In het *ECN*-arrest van 6 september 2013 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:2013:CAO566) geoordeeld dat de wijziging door *ECN* van de pensioenregeling onder de PSW viel en daarom niet getoetst diende te worden aan artikel 19 PW. Bij een wijziging van de pensioenregeling diende dan ook alleen te worden beoordeeld of sprake was van misbruik van recht of strijd met artikel 6:248 BW. Het hof oordeelt dat daarvan in deze zaak geen sprake was met name gezien de grote financiële belangen van *ECN*. Na verwijzing houdt het hof zich in zijn oordeel (**Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:608**) strikt aan de criteria zoals door de Hoge Raad in eerdergenoemd arrest genoemd. Het hof gaat dan ook voorbij aan toepasselijkheid van artikel 7:613 BW. Dit artikel had – in tegenstelling tot artikel 19 PW waarvan de Hoge Raad had geoordeeld dat dit artikel niet van toepassing was omdat de PSW nog gold – al wel gelding onder de PSW. Het hof oordeelt echter dat de Hoge Raad de norm van artikel 7:613 BW niet heeft genoemd en dat dat wel in de rede had gelegen wanneer de Hoge Raad van mening was geweest dat wel aan dit artikel had moeten worden getoetst. Overigens was de toepasselijkheid van dit artikel ook niet door de eisers gesteld volgens het hof.

In het *ECN*-arrest heeft de Hoge Raad ook geoordeeld dat er bij het einde van de arbeidsovereenkomst geen einde komt aan de pensioenovereenkomst. Er is geen uitgewerkte rechtstoestand. Dit is anders voor de arbeidsovereenkomst. Dit zou betekenen dat wanneer wel een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen artikel 7:613 BW bij het einde van de arbeidsovereenkomst niet meer van toepassing is omdat geen sprake is van een relatie tussen werkgever en werknemer. Dit zou er mogelijk tot leiden dat slapers en gepensioneerden minder rechtsbescherming hebben dan werknemers. Dit zou mogelijk onder de Pensioenwet

geen probleem meer zijn omdat dan artikel 19 PW geldt. Dit artikel spreekt echter ook van een relatie tussen werkgever en werknemer en zou dan dus ook toepassing missen wanneer de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

De conclusie van bovenstaande is dat er nog geen definitief antwoord is op de vraag of een wijziging van de pensioenovereenkomst na het einde van de arbeidsovereenkomst alleen getoetst mag worden op misbruik van recht of strijd met artikel 6:248 lid 2 BW of dat ook aan de minder zware toets van artikel 19 PW mag worden getoetst.

Wijziging pensioenpremieverdeling

In een uitspraak van **Rechtbank Limburg (25 februari 2015 ECLI:NL:RBLIM:2015:1607)** is geoordeeld dat de wijziging van de pensioenpremieverdeling tussen werkgever en werknemer geoorloofd was. Er was geen CAO van toepassing maar wel een reglement arbeidsvoorwaarden waarin was opgenomen dat de werkgever was aangesloten bij PMT. De pensioenpremie kwam geheel voor rekening van de werkgever. Het reglement was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst en kende een eenzijdig wijzigingsbeding. De rechter stelt vast dat sprake is van een collectieve regeling. Toetsing aan artikel 7:613 BW ligt dan in de rede. De OR heeft daarnaast ook ingestemd met een wijziging van de pensioenpremieverdeling.

De werkgever heeft als reden voor de wijziging de slechte bedrijfseconomische situatie opgegeven en overtuigt de rechter van de noodzaak tot wijziging van de pensioenpremieverdeling. De werkgever heeft ook in een overgangsregeling voorzien. Op het oog een tekstboek voorbeeld dus van hoe de pensioenpremieverdeling kan worden gewijzigd. Het kan echter ook heel anders. Dat blijkt uit de volgende uitspraak. In een uitspraak van **Rechtbank Oost-Brabant (28 mei 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:3873)** wordt ook geoordeeld over de wijziging van de pensioenpremieverdeling. In de arbeidsovereenkomst van de werknemers is opgenomen dat de pensioenpremie geheel voor rekening van de werkgever komt. In de algemene arbeidsvoorwaarden van 9 maart 2010 staat dat de werknemer wordt aangemeld als deelnemer in PME. De pensioenpremie komt voor 50% voor rekening van de werkgever en voor 50% voor rekening van de werknemer. Voor werknemers die voor 1 januari 2009 in dienst zijn getreden komt de premie volledig voor rekening van de werkgever. Van een eenzijdig wijzigingsbeding is geen sprake.

In 2013 komt de werkgever een versobering van de arbeidsvoorwaarden overeen met de OR. Een van de wijzigingen is de pensioenpremieverdeling. De meerderheid van de

werknemers heeft ingestemd met het akkoord. Onderdeel van de wijziging is een overgangsregeling. Eisers stellen echter dat de wijziging niet rechtsgeldig was.

De rechter toetst vervolgens aan de criteria zoals geformuleerd in het *Stoof/Mammoet*-arrest (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847). Op grond van dit arrest geldt – kort gezegd – dat de reden voor de werkgever tot wijziging van bepaalde arbeidsvoorwaarden, redelijk moet zijn. De werkgever moet voorts, ter uitvoering van het besluit, een redelijk voorstel doen aan de werknemer (dat getoetst moet worden aan alle omstandigheden van het geval) en de werknemer mag niet op onredelijke gronden het voorstel tot wijziging afwijzen.

De kantonrechter oordeelt dat wel sprake is van gewijzigde omstandigheden die een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden rechtvaardigt (het eerste criterium van de *Stoof/Mammoet*-leer). Het gaat voor de werkgever echter fout bij de toets of het voorstel van de werkgever tot wijziging redelijk is in het licht van alle omstandigheden van het geval. De rechter is van mening dat het hier een wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde betreft van (afhankelijk van het loon) 3,5% tot 6% van het nettoloon. Een substantiële verlaging volgens de rechter. De rechter stelt verder: “waar de rechter zich in het algemeen terughoudend dient op te stellen met betrekking tot het goedkeuren van een eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde door een werkgever, geldt dat temeer ten aanzien van een wijziging die een verlaging van het nettoloon ten gevolge heeft”. De werkgever mag dus niet wijzigen.

Deze uitspraak is om een aantal redenen interessant. In de eerste plaats omdat er geen eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen en er sprake is van een collectieve wijziging. Toch toetst de rechter aan de *Stoof/Mammoet*-leer die geënt is op artikel 7:611 BW waarin is bepaald dat de werkgever en de werknemer (enkelvoud) zich ten opzichte van elkaar als goed werkgever en goed werknemer hebben te gedragen. Een toets per individuele werknemer dus. De regel van 7:611 BW is de uitwerking in het arbeidsrecht van artikel 6:248 BW maar kent een minder strenge toets omdat niet vereist is dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de werknemer om de wijziging te aanvaarden. De kantonrechter past het artikel echter toe op het collectief.

Wat ook opvalt, is dat de kantonrechter vrij nadrukkelijk stelt dat een wijziging van de premiepensioenverdeling een primaire arbeidsvoorwaarde is. Bij het goedkeuren van de wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde dient de rechter zich dus nog

nadrukkelijker terughoudend op te stellen dan bij andere wijzigingen van arbeidsvoorwaarden. Dit element wordt later in deze bijdrage bij de instemming van de OR bij wijziging van de pensioenregeling nader besproken.

De conclusie van bovenstaande is dat bij een wijziging van de pensioenpremieverdeling een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeids-/pensioenovereenkomst de meeste kans op succes voor de werkgever lijkt te hebben. Een werkgever moet echter te allen tijde een goede afweging maken voor wat betreft de impact van de wijziging op het nettoloon van de werknemers en het bedrijfsbelang. Over de bevoegdheid tot wijziging van de premiepensioenverdeling door een bedrijfstakpensioenfonds dat een verplichte regeling uitvoert is in 2015 ook geprocedeerd door de BOVAG en PMT. De uitspraak in deze procedure van **Hof Den Haag (31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:711)** is een arrest in hoger beroep van een kortgedingprocedure. Inzet van de procedure was de vraag van BOVAG of PMT als uitvoerder van de verplichte pensioenregeling gerechtigd was de premieverdeling tussen werkgever en werknemer vast te stellen. De Vakraad (een samenwerkingsverband tussen partijen die de cao's voor de bedrijfstak Metaal en Techniek afsluiten) en waarvan BOVAG lid was, heeft – als het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak Metaal en Techniek – de verplichtstelling destijds aangevraagd. BOVAG is in 2010 uit de Vakraad gestapt en voert sindsdien zelfstandig onderhandelingen met de vakverenigingen over de cao voor de sector Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijf (MvT). Nadat BOVAG uit de Vakraad is gestapt wordt de pensioenpremieverdeling door PMT ten gunste van de werknemers aangepast. Onderdeel van de onderhandelingen in de sector MvT was compensatie voor de verhoging van de werkgeverslasten door de aanpassing van die pensioenpremieverdeling. Het overleg op dat punt heeft echter geen resultaat opgeleverd. BOVAG eist vervolgens in kort geding dat PMT voor wat betreft de pensioenpremieverdeling in de MvT in haar communicatie meldt dat de oorspronkelijke premieverdeling voor de BOVAG-leden gehandhaafd blijft. De rechter wijst de vordering af maar het hof wijst in hoger beroep de vordering toe. Het hof redeneert als volgt. Op 25 september 2014 is er een principeakkoord gesloten tussen de Vakraad en de ROM (Raad van Overleg in de Metalektro) over de wijziging van de pensioenregeling voor de sector. Deze wijziging bestaat er onder meer in de aanpassing van de pensioenpremieverdeling en de vaststelling van een VPL-premie die de werkgevers in de sector niet kunnen verhalen op de werknemers. De partijen bij dit

principe-akkoord komen vervolgens overeen dat met PMT een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst (BUO) wordt gesloten. In de BUO zal worden omschreven wat de verhouding is tussen sociale partners in de Vakraad en het bestuur van PMT en waarin door de sociale partners – die verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de regeling – duidelijke uitvoeringsregels worden vastgelegd ten behoeve van het bestuur van PMT. De BUO geeft vervolgens een mandaat aan PMT waar het de pensioenpremieverdeling en de vaststelling van de VPL-premie en de financiering daarvan betreft.

Het hof oordeelt dat nu de BOVAG geen lid meer is van de Vakraad (een van de partijen bij de BUO) de BOVAG ook niet gebonden is aan de BUO en derhalve geen mandaat aan PMT heeft verstrekt waar het de vaststelling van de pensioenpremieverdeling betreft en de vaststelling en financiering van de VPL-premie. Door het besluit van PMT om de betreffende bepalingen ook voor de leden van de BOVAG van toepassing te verklaren, zijn deze leden geschaad in hun fundamentele recht om op basis van collectieve onderhandelingen een pensioenpremieverdeling voor de sector MvT overeen te komen. Het hof verwijst naar artikel 6 ESH en hecht – zo lijkt het – weinig waarde aan de Wet Bpf 2000.

Het oordeel van het hof houdt het overigens niet in de bodemprocedure die PMT start. Zie daarover de uitspraak van Hof Arnhem van 17 mei 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:3725). De verhouding (en een conclusie daarover) tussen artikel 6 ESH en de Wet Bpf 2000 wordt uitgewerkt in de Kroniek van 2016.

Wijziging van de pensioenregeling met of zonder instemming van de OR

Rechtbank Rotterdam (15 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2988) heeft geoordeeld over de vraag of een werkgever vervangende instemming toekomt nu de OR geen instemming heeft verleend aan een voorgenomen besluit tot wijziging van de pensioenregeling.

De werkgever wilde tot wijziging komen op basis van budgetneutraliteit. De OR heeft uiteindelijk niet ingestemd omdat hij oordeelde dat er onvoldoende compensatie werd gegeven voor de wijziging van een bruto beschikbare premiestaffel met 4% rekenrente naar een netto beschikbare premiestaffel met 3% rekenrente voor met name de groep werknemers met leeftijd 45+. Dit vooral in verhouding tot de compensatie die de werknemers met een pensioengevend salaris boven de €100.000 zouden ontvangen. Deze groep krijgt gedurende de gehele duur van het dienstverband de vrijvallende

premie als brutoloon uitgekeerd. De compensatie voor de groep 45+ geldt maar voor vijf jaar.

De meest verstekkende stelling van de werkgever is dat de OR geen instemmingsrecht toekomt bij de compensatiemaatregelen omdat het hier een primaire arbeidsvoorwaarde betreft. De kantonrechter gaat – helaas – niet in op de juistheid van deze stelling maar volstaat ermee te oordelen dat de werkgever er zelf voor heeft gekozen om de compensatieregeling onderdeel te laten zijn van het instemmingsverzoek. De kantonrechter verleent voorts geen vervangende instemming omdat het verschil in aanpak tussen de groep werknemers met een pensioengevend salaris boven de €100.000 en de 45+ werknemers dermate groot is dat niet kan worden gesteld dat de OR zijn instemming ten onrechte heeft onthouden.

Conclusie: wanneer de lijn in de jurisprudentie wordt gevolgd die erop neerkomt dat de OR geen instemmingsbevoegdheid toekomt bij compensatiemaatregelen wanneer de inhoud van de pensioenregeling wijzigt, zou er een probleem kunnen ontstaan bij verdere versobering van het Witteveen kader. Immers; de pensioenovereenkomst moet dan worden aangepast aan de fiscale kaders (op straffe van een fiscaal onzuivere pensioenregeling). Wanneer de pensioenregeling binnen die versobering zelf geen mogelijkheden tot verbetering meer kent en de compensatie dus op andere wijze moet worden gevonden, zou de OR over een mogelijke compensatie in loon (een primaire arbeidsvoorwaarde) geen instemming meer toekomen. Een aandachtspunt in de onderhandelingen tussen werkgever en ondernemingsraad wanneer de wet die de bevoegdheden van de OR wijzigt waar het de arbeidsvoorwaarde pensioen betreft gelding krijgt.

Wijzigen van de pensioenregeling na portefeuilleoverdracht

Tot slot een opvallende uitspraak van **Rechtbank Midden-Nederland (25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8275)**. Eiser heeft een dienstverband gehad met de Onderlinge Levensverzekering Maatschappij voor Artsen (OLMA). Zijn pensioenregeling is vastgelegd in een pensioenreglement dat door verwijzing onderdeel was geworden van zijn arbeidsovereenkomst. Op enig moment zijn alle verplichtingen van OLMA (na omzetting naar een N.V.) jegens eiser via een juridische fusie overgegaan van OLMA naar VvAA Levensverzekeringen N.V. (VvAA). Vervolgens brengt VvAA de pensioenen van de eigen werknemers en die van eiser middels een fusie onder bij Nationale Nederlanden. Dit gebeurt door overdracht van haar volledige

pensioenportefeuille overeenkomstig artikel 112 e.v. Wft. VvAA heeft per 1 januari 2011 voor de overdracht toestemming gekregen van DNB. Volgens opgave aan DNB had VvAA 12 premievrije polissen waarin een aanspraak op toeslag conform de cao-loonindex was opgenomen. Dit was een voorwaardelijke toeslag. VvAA meldt aan DNB dat de koppeling met de cao-loonindex wordt losgelaten en dat de polishouders een vaste gegarandeerde jaarlijkse indexatie krijgen aangeboden. Een indexatie gebaseerd op het gemiddelde van de afgelopen 10 jaar met een afslag omdat in de toekomst van een gegarandeerde indexatie sprake zal zijn.

Over de achtergrond van de portefeuilleoverdracht en de wijzigingen die dit met zich brengt (o.a. een vaste indexatie van 1.7% per jaar), wordt eiser op 24 oktober 2011 geïnformeerd. Wanneer hij bezwaar zou hebben, moest hij dat binnen 30 dagen bij DNB melden. Eiser heeft zijn bezwaar via een koerier vanuit Dubai op 21 november 2011 verzonden. Deze brief bereikt DNB naar eigen zeggen pas op 30 november 2011 dus is eiser te laat met zijn protest. Daarna wordt de portefeuille ook daadwerkelijk overgedragen met melding daarvan in de Staatscourant.

Eiser laat het er niet bij zitten en start een procedure waarin hij onder andere stelt dat eenzijdige wijziging door VvAA niet mogelijk is. Het oordeel daarover door de kantonrechter kan verrassend worden genoemd. De kantonrechter oordeelt namelijk dat voor een wijziging van een voorwaardelijke aanspraak op toeslag/indexatie de wijziging van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer niet noodzakelijk is. Dit omdat de verzekeringsovereenkomst de voorwaarden voor indexatie bevat en deze (door de instemming van DNB) rechtsgeldig is gewijzigd. De kantonrechter baseert zich daarbij op artikel 95 PW dat zich (immers) alleen richt tot de pensioenuitvoerder en niet tot de werkgever.

Het is de vraag of dit oordeel van de kantonrechter juist is. Op zich is het goed te verdedigen dat artikel 95 PW zich (door de plaatsing in hoofdstuk 4 van de Pensioenwet) alleen tot de pensioenuitvoerder richt (en na de inwerkingtreding van het nieuw financieel toetsingskader alleen nog maar tot verzekeraars). Dat daarmee ook de bevoegdheid van de uitvoerder zou zijn gegeven om de bepalingen over de voorwaardelijke toeslagverlening in de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen is echter (naar mijn mening) niet per definitie juist. Artikel 95 PW is geschreven voor de situatie dat er een voorwaardelijke indexatie is overeengekomen maar beperkt nu juist de vrijheid van de uitvoerder in de vaststelling van de indexatie. Er moet immers consistentie zijn tussen het geheel van gewekte verwachtingen, de financiering en het

realiseren van de voorwaardelijke toeslagen. Wanneer die consistentie ontbreekt, dient ofwel de pensioenovereenkomst te worden aangepast of moet de uitvoerder meer middelen ter beschikking krijgen van de werkgever om aan de eis van artikel 95 PW te kunnen voldoen. Dit tenzij de pensioenovereenkomst de uitvoerder de mogelijkheid geeft de pensioenovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Dat daarvan in casu sprake was, blijkt niet uit het vonnis.

Of de kantonrechter toch ook niet zelf enige twijfel heeft aan de juistheid van zijn oordeel, zou kunnen volgen uit het feit dat hij – geheel ten overvloede – ook nog ingaat op de mogelijkheid van eenzijdige wijziging door de werkgever. De betreffende bepaling in het pensioenreglement legt de kantonrechter met toepassing van de cao-norm uit en komt dan tot de conclusie dat VvAA dat recht had maar bouwt ook hier een extra versterking van het vonnis in. Omdat de pensioenovereenkomst tot stand is gekomen onder de PSW, geldt artikel 19 PW niet en moet met inachtneming van de overwegingen in het ECN-arrest alleen worden getoetst op misbruik van recht (artikel 3:13 BW) en artikel 6:248 BW. Daartoe heeft eiser echter geen feiten of omstandigheden gesteld die een toetsing daarop mogelijk maakt.

Conclusie: de interpretatie van de kantonrechter over artikel 95 PW is een opvallende en zou – wanneer deze interpretatie de juiste zou zijn – jurisprudentie over de rechtmatigheid van een wijziging van een voorwaardelijke toeslagverlening aanzienlijk kunnen beperken. Wellicht ook voor pensioenfondsen. Voor hen is artikel 95 PW niet meer van belang door de eis van de haalbaarheidstoets. Zou een pensioenfonds dan ook eenzijdig de pensioenovereenkomst kunnen wijzigen waar het de voorwaardelijke indexatie betreft? Wellicht meer hierover in de Kroniek 2016.

3. Uitleg uitvoeringsovereenkomst

Petra van Straten MSc LL.M. CPL, advocaat Loyens & Loeff

Een uitvoeringsovereenkomst is een overeenkomst tussen twee partijen; de werkgever enerzijds en de pensioenuitvoerder anderzijds. Bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst worden dan in beginsel zodanig uitgelegd dat de bedoeling van partijen en de zin die zij over en weer van hun verklaringen konden afleiden voor gaat op de letterlijke, zuiver taalkundige, tekst van de overeenkomst. Deze *Haviltex*-norm¹ is door de Hoge Raad als volgt omschreven: *“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”*

Afhankelijk van de betrokkenheid bij de totstandkoming van de overeenkomst en de kennis over de bedoeling ervan wordt de *Haviltex*-norm verzacht. Bij geen betrokkenheid is een taalkundige uitleg het uitgangspunt (de *cao*-norm²), bij meer kennis over de bedoeling van de overeenkomst spelen de omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen meer een rol.³ Maar na deze arresten zijn er nog vele arresten geweest over de uitleg van overeenkomsten.⁴

Onduidelijkheid over bepalingen in uitvoeringsovereenkomsten komt vooral bij de beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst aan bod.⁵ Over 2015 is er dan ook

¹ Hoge Raad 13 maart 1981, LJN AG4158, NJ 1981, 635.

² NJ 2000,473.

³ Hoge Raad 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005,493.

⁴ *Chubb/Dagestaed* NJ 2008,284, *Meyer/Europe* NJ 2007,575, *Lundiform/Mexx* NJ 2013,214.

⁵ Zie ook: T. Huijg en J.M. van Slooten, ‘De opzegging van de uitvoeringsovereenkomst’, TPV 2013/22.

genoeg meldenswaardige jurisprudentie. Ik heb zeker niet de indruk dat het aantal procedures over de uitleg van de uitvoeringsovereenkomst afneemt.

Vergoeding bij einde uitvoeringsovereenkomst

In de eerdere kronieken pensioenrechtspraak werden de procedures in eerste aanleg en hoger beroep van Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. ("Nozema")/KPN jegens het niet-verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO ("PNO") besproken.⁶ Nozema heeft haar pensioenovereenkomsten ondergebracht bij PNO. Na de juridische fusie van Nozema met KPN wordt de deelname aan de pensioenregeling bij PNO per 1 oktober 2006 beëindigd en ontvangt KPN een factuur voor het te vergoeden verzekeringstechnisch nadeel dat als gevolg van de beëindiging door Nozema/KPN is ontstaan. De uitvoeringsovereenkomst bepaalde 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 verzekeringstechnisch nadeel. Het verzekeringstechnisch nadeel wordt vastgesteld door de actuaris van het pensioenfonds."*

De discussie spitst zich toe op de vraag wat onder verzekeringstechnisch nadeel moet worden verstaan nu dit niet in de overeenkomst is gedefinieerd. De rechtbank hechtte veel waarde aan het gebruik van het woord "schadeloos stellen" in de uitvoeringsovereenkomst. Dat gaf ruimte om de daadwerkelijke schade te vergoeden. Volgens de rechtbank moest hieronder dus elke vorm van door PNO te leiden nadeel worden verstaan, waaronder zelfs de premies voor een voorwaardelijke toeslagverlening. Het hof volgde de rechtbank niet in haar oordeel. Het hof beoordeelde de uitleg van het begrip verzekeringstechnisch nadeel aan de hand van de omstandigheden van het geval. Van belang achtte het hof dat als PNO de bedoeling had gehad het begrip verzekeringstechnisch nadeel zo ruim mogelijk uit te (kunnen) leggen, dat dat dan aan Nozema gecommuniceerd had moeten zijn. Dat was niet gebeurd dus had Nozema niet hoeven te begrijpen dat de uitleg ruimer zou zijn dan de uitleg op grond van de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel voor bedrijfstakpensioenfonds. Welke rekenregels overigens ook niet golden voor niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds zoals PNO. Nozema hoefde dus ook niet

⁶ Pensioenfonds PNO Media is overigens sinds 2012 wel een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak Film- en Bioscoopbedrijven.

te begrijpen dat dit ook de herstellpremies zou betreffen. Bovendien volgde uit de uitvoeringsovereenkomst niet dat de actuaris naar eigen inzicht en bindend het verzekeringstechnisch nadeel vaststelde. De vaststelling van het nadeel door de actuaris moest, aldus het Hof, geschiedde in overeenstemming met de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip verzekeringstechnisch nadeel mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Dat leidde ertoe dat voor de ruime uitleg die door PNO werd bepleit geen plaats was.

In 2015 oordeelde de Hoge Raad over dit dossier (**Hoge Raad 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3242**). In cassatie gaat het vooral nog over de te missen herstellpremies als onderdeel van het eerder genoemde 'verzekeringstechnische nadeel'. Het Hof was van oordeel dat de herstellpremies alleen verschuldigd waren (1) als al sprake was van onderdekking waardoor achterblijvende werkgevers dienen bij te dragen aan het inhalen van de achterstand of (2) als er daadwerkelijk pensioenaanspraken voor de niet-actieven waren ingekocht. Van beide omstandigheden was geen sprake.

De eerste klacht van PNO richt zich tegen de door het hof gehanteerde definitie van onderdekking. De Hoge Raad overweegt dat door het hof is geoordeeld dat het verzekeringstechnisch nadeel in ieder geval niet ruimer zou moeten worden uitgelegd dan in de Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel⁷. De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel vormen recht in de zin van artikel 79 lid 1 RO. De herstellpremies waren verschuldigd bij onderdekking. Onderdekking is verder niet gedefinieerd in de Rekenregels of aanverwante regelgeving, maar PNO was daarbij uitgegaan van haar streefdekkingsgraad (125,5%). De dekkingsgraad van PNO was op dat moment lager (ruim 118%) dus waren de herstellpremies verschuldigd, aldus PNO. De Hoge Raad zoekt aanknopingspunten in de Richtlijn 2003/41/EG.⁸ De Richtlijn schrijft voor dat iedere pensioeninstelling voldoende en passende activa heeft om haar verplichtingen te dekken en daar bovenop een buffer aanhoudt. De berekening daarvan wordt gegeven in artikel 27 en 28 van die Richtlijn wat volgens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitkomt op circa 5% van de technische

⁷ Bijlage 2 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

⁸ Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen van bedrijfspensioenvoorziening, PbEU 2003, L 235/10.

voorziening.⁹ Een dekkingsgraad van 105% dus. De Hoge Raad vervolgt dat de Richtlijn de basis is van de financiële verplichtingen die gelden voor pensioenfondsen in Nederland, allereerst in de Pensioen- en spaarfondsenwet en nadien in de Pensioenwet. In die wetten en in het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen¹⁰ wordt gesproken van 'onderdekking' bij een dekkingsgraad lager dan 105% en over een 'vermogenstekort' bij een dekkingsgraad lager dan maximaal 130%. Het begrip 'onderdekking' hoort dus bij het niet voldoen aan de minimale vereiste dekkingsgraad en niet bij de veel hogere dekkingsgraad van het vereiste eigen vermogen. Nu het hof has vastgesteld dat de dekkingsgraad 118% bedroeg was er geen sprake van onderdekking en waren er dus geen herstellpremies verschuldigd.

Voorts had PNO bij de Hoge Raad nog geklaagd dat het hof ten onrechte had geoordeeld dat er geen pensioenaanspraken voor niet-actieven waren ingekocht waardoor ook geen herstellpremie kon worden gevorderd. Volgens PNO valt ook (het) indexering(srisico) onder de inkoop van pensioenaanspraken. De Advocaat-Generaal heeft in zijn conclusie al geconcludeerd dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels volgde dat om praktische en uitvoeringstechnische redenen is gekozen om niet het indexeringsrisico in algemene zin te scharen onder de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel. Het hof heeft dan ook terecht geconstateerd dat er geen pensioenaanspraken zijn ingekocht in de referentieperiode en het indexatierisico mocht buiten beschouwing worden gelaten.

Dit arrest heeft een uitkomst die goed gevolgd kan worden bij het ontbreken van een definitie in de overeenkomst. De invulling die de Hoge Raad geeft is een meer geobjectiveerde uitleg. De Hoge Raad geeft aan het begrip 'onderdekking' is mijns inziens logisch door aan te sluiten bij de Europese en Nederlandse wetgeving en totstandkoming ervan. Bedacht moet wel worden dat, omdat het hof had vastgesteld dat de interpretatie van het verzekeringstechnisch nadeel in ieder geval niet ruimer mocht zijn dan in de Rekenregels, de uitleg aan de hand van die Rekenregels en de wetsgeschiedenis daarbij een logische was. Had PNO ook geklaagd over die vaststelling door het hof dan had de uitkomst mogelijk een andere kunnen zijn.

⁹ Kamerstukken II 2004-2005, 28 294, nr. 21, bijlage, p.2

¹⁰ Besluit van 18 december 2006, houdende regels met betrekking tot het financiële toetsingskader op grond van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, Stb 2006, 710.

De uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar als pensioenuitvoerder (PSW)

Een arrest dat in 2015 werd gewezen maar nog betrekking had op de Pensioen- en spaarfondsenwet betrof navolgende casus. Een werkgever had zijn pensioenregeling ondergebracht bij een verzekeraar. Onderdeel van de pensioenregeling was een onvoorwaardelijke indexatie voor gewezen deelnemers en pensioengerechtigden, te financieren uit het saldo van een depotrekening. Aan de depotrekening lag een depotovereenkomst ten grondslag welke overeenkomst bepaalde dat de werkgever verplicht was te zorgen dat het depot een bepaald minimumsaldo bezat. Per 1 januari 2005 werden de uitvoeringsovereenkomst (verzekeringsovereenkomst) en de depotovereenkomst opgezegd. Maar de verzekeraar vorderde dat de werkgever nog betalingen bleef verrichten voor het in stand houden van het minimumniveau van het depot. De kantonrechter oordeelt in 2012 dat de werkgever de kosten moest blijven voldoen omdat de verzekeraar gehouden is jegens de gewezen deelnemers en gepensioneerden zorg te dragen voor nakoming van de toeslagverlening. In hoger beroep wordt de vordering echter alsnog afgewezen (**Hof Den Haag, 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2120**) omdat de verplichting tot toeslagverlening, zo die er is, op grond van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW, niet bij de verzekeraar tot aansprakelijkheid zouden kunnen leiden indien de werkgever de verschuldigde premies niet zou betalen.

De werkgever in deze casus had een pensioenregeling ondergebracht bij Zürich Leven, daarna Reaal (thans SRLEV N.V.) op basis van een verzekeringsovereenkomst met een vooraf overeengekomen looptijd. De depotovereenkomst was qua looptijd gekoppeld aan de hoofdovereenkomst (verzekeringsovereenkomst). Als extra bepaling bij de depotovereenkomst was bepaald dat partijen met elkaar in overleg zouden treden als de verzekeringsovereenkomst zou eindigen over de aanwending van het saldo van het depot. Eind 2004 wordt de verzekeringsovereenkomst beëindigd en de werkgever gaat met ingang van 1 januari 2005 deelnemen aan de pensioenregeling van het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid. Er heeft geen waardeoverdracht plaatsgehad. Tot en met 2006 heeft Reaal de pensioenen van de gewezen deelnemers en de gepensioneerden geïndexeerd. Daarna was het saldo ontoereikend en heeft Reaal nota's gestuurd naar de werkgever. Deze bleven onbetaald waarop Reaal de gewezen deelnemers en gepensioneerden heeft geïnformeerd dat hun pensioenen vanaf 1 januari 2007 niet meer (volledig) geïndexeerd zouden worden. Een of meerdere belanghebbenden heeft hierover zijn beklag gedaan bij de Ombudsman

Pensioenen. Die oordeelde dat de toeslagverlening onvoorwaardelijk was, dus moest worden toegekend en dat Reaal de rekening daarvoor maar bij de werkgever moest indienen. Reaal heeft de pensioenen vervolgens alsnog geïndexeerd. Vervolgens probeert Reaal via een gerechtelijke procedure de kosten voor de toekenning van de indexatie alsnog op de werkgever te verhalen.

Het hof stelt vast dat op de werkgever de verplichting rustte de pensioenen te blijven indexeren ook na het einde van de looptijd van de verzekeringsovereenkomst. Echter, op basis van de verzekeringsovereenkomst en de depotovereenkomst kon de pensioenregeling premievrij worden gemaakt. Uitgangspunt onder de PSW en de Regelen PSW was dat de werkgever verantwoordelijk was en bleef voor nakoming van de pensioenovereenkomst. Een (ex-)werknemer kan zijn werkgever hierop aanspreken. De verzekeraar is echter niet aansprakelijk voor betalingsverzuimen van de werkgever. Als machtsmiddel had Reaal de verzekering premievrij kunnen maken als gevolg van het niet betalen van de extra bedragen voor het indexatiedepot. Reaal was dus niet verplicht tot nakoming van de indexatie na het niet bindende advies van de Ombudsman Pensioenen. Dat Reaal hier toch toe is overgegaan kan niet aan de werkgever worden tegengeworpen door hem nu te verplichtingen de rekening hiervoor te betalen. Het (deel)vonnis van de kantonrechter wordt vernietigd voorzover het betreft het oordeel dat de werkgever gehouden zou zijn de koopsommen voor indexatie te voldoen aan Reaal.

Overname pensioenverplichtingen na liquidatie pensioenfonds

Niet de echte uitvoeringsovereenkomst, maar de achterliggende (her)verzekeringsovereenkomst kan ook voorwerp van uitlegdiscussie zijn. Juridisch gezien is er geen sprake van een 'herverzekerd' pensioenfonds maar van een verzekerd fonds. De Europese Commissie heeft in 2010 een overeenkomst tussen een fonds en een verzekeraar als directe verzekering en niet als herverzekering gekwalificeerd.¹¹ In de zomer van 2015 kreeg **Rechtbank Rotterdam (8 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5184)** een zaak ter behandeling over de overname van de pensioenverplichtingen van de Stichting Bouwcentrum pensioenfonds in liquidatie door een verzekeringsmaatschappij (Nationale-Nederlanden). Het pensioenfonds voert de pensioenregeling uit voor haar aangesloten werkgever en heeft daartoe de

¹¹ <http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-202412.jsp>

verplichtingen in 2008 verzekerd bij Nationale-Nederlanden. Later is hiertoe nog een Aanvullingsovereenkomst en een Tweede Aanvullingsovereenkomst gesloten. Onderdeel van de pensioenregeling is een voorwaardelijke toeslagverlening die uit de overrente wordt gefinancierd. Per 31 december 2011 is het pensioenfonds geliquideerd en heeft Nationale-Nederlanden de verplichtingen van het pensioenfonds, tot 31 december 2011, overgenomen. Een jaar later neemt het bestuur een besluit over de vrije reserves van het pensioenfonds waarbij wordt bepaald dat 58% van het depot ten goede zal komen aan gewezen deelnemers en gepensioneerden. Dat deel van het depot zal aan Nationale-Nederlanden worden overgemaakt zodat de verzekeraar dat om kan zetten in de vorm van een eenmalige indexatie. Kennelijk werkt Nationale-Nederlanden daar niet (geheel naar wens) aan mee want het pensioenfonds vordert voor de Rechtbank Rotterdam dat Nationale-Nederlanden gehouden is om het bedrag dat het pensioenfonds overmaakt te accepteren als premie voor toeslagverlening (conform voorwaarden en tarieven van de verzekeringsovereenkomst) en de gewezen deelnemers en gepensioneerden dienovereenkomstig te informeren. Nationale-Nederlanden wenst dat de rechtbank verklaart dat de extra toeslagverlening mag worden uitgevoerd overeenkomstig de huidige tarieven van de verzekeraar (het is immers 2012). De rechtbank oordeelt dat uit de verzekeringsovereenkomst niet volgt dat Nationale-Nederlanden zomaar iedere storting hoefde te accepteren en tot verzekering zou moeten overgaan onder de tarieven van de verzekeringsovereenkomst. Vaststaat dat tijdens een bespreking op 23 september 2003 door Nationale-Nederlanden is aangegeven dat extra toeslagverlening niet op basis van tarieven en voorwaarden van de herverzekeringsovereenkomst zal geschieden. De overdrachtsovereenkomst is 19 oktober 2011 getekend en ook daarin is over extra toeslagverlening niets opgenomen in de overeenkomst. Een jaar later besluit het bestuur van het pensioenfonds het liquidatiesaldo aan te wenden voor extra indexatie. Het pensioenfonds acht zich hier ook toe gehouden op grond van het pensioenreglement en andere juridische documenten tussen werkgever, (ex-)werknemer en pensioenfonds, allemaal documenten waar Nationale-Nederlanden geen partij bij is/was. De verzekeraar heeft ook geen gerechtvaardigd vertrouwen gewekt en is dus niet tekortgeschoten in de nakoming van de pensioenverzekeringsovereenkomst. De tegenvordering van de verzekeraar, namelijk dat zij uit mag gaan van marktconforme tarieven en voorwaarden, hoeft niet meer besproken te worden.

Wat mij betreft geen verrassende uitspraak. Uitleg van een overeenkomst is meer dan interpretatie van een letterlijke tekst, maar die uitleg kan niet zover gaan dat er afspraken in gelezen kunnen worden waar partijen niet over gesproken hebben en/of waarover geen overeenstemming is bereikt.

Uitleg van uitvoeringsreglement

Ook de uitleg van een uitvoeringsreglement was aan de orde in 2015 (**Hof Den Bosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1856**). Een werkgever valt onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de Metaal en Techniek (PMT) en ontvangt premienota's. Vanwege het niet tijdig betalen van die premienota's is de werkgever ook een boete verschuldigd. Achteraf blijkt dat de premienota's te hoog zijn vastgesteld. Het uitvoeringsreglement bepaalt dat de boete kan worden opgelegd bij premieachterstand, ook als de premieachterstand het gevolg is van het niet tijdig aanmelden van deelnemers. De boete bedraagt 15% van het achterstallige bedrag aan premies. De werkgever betoogt dat het niet terecht is dat de boete ook (over het oorspronkelijke bedrag aan premieachterstand) verschuldigd is als de premienota achteraf naar beneden wordt bijgesteld. Het hof is daar niet gevoelig voor. De werkgever heeft onjuiste gegevens aangeleverd bij PMT en de op basis van die onjuiste gegevens opgelegde premienota ook niet betaald. In lijn met regels omtrent uitleg van overeenkomsten legt het hof het uitvoeringsreglement uit conform de cao-norm, dus een objectieve uitleg aan de hand van de letterlijke tekst. Uit de tekst volgt dat de premie is verschuldigd aan de hand van door de werkgever gedane opgaven, zelfs als die berusten op onjuiste gegevens. Bovendien had de werkgever de boete kunnen voorkomen door tijdig het onjuiste bedrag te betalen. Een logische uitspraak die volledig in lijn is met de uitlegeregels.

Uitleg van (derde pijler) verzekeringsovereenkomst

Een consument heeft in het kader van een financiering van een appartement een gesprek gehad bij de ABN Amro Bank. Daar is ook een persoonlijk financieel plan gemaakt waarbij de uitdrukkelijke wens van de consument is besproken dat zijn nabestaanden het bestedingspatroon konden continueren na zijn overlijden. Door ABN Amro Bank is geconcludeerd dat de consument een minimaal pensioentekort zou hebben wat zou kunnen worden opgevangen uit zijn vermogen.

Na het advies zijn in november 2009 nog twee overlijdensrisicoverzekeringen afgesloten indien consument voor een bepaalde einddatum zou overlijden. Per jaar dat het overlijden dichterbij de einddatum zit wordt het uit te keren bedrag lager, in een schematisch overzicht zijn de bedragen op het polisblad onder elkaar gezet. Op beide risicoverzekeringen zijn ook algemene voorwaarden van toepassing. In 2013 blijkt de consument ernstig ziek. Consument en zijn echtgenoot hebben vervolgens hun financiële planning nogmaals in kaart gebracht en geconcludeerd dat de risicoverzekeringen verschillend uitgelegd kunnen worden. Consument bepleit een wel heel bijzondere uitleg van de verzekering door te stellen dat uit het schematisch overzicht zou volgen dat de nabestaande ieder jaar het bedrag uit het schema zou ontvangen en niet eenmalig zoals de bank bepleit. Nu de overeenkomst voor tweeërlei uitleg vatbaar is zou, op grond van de contra proferentemregel¹², de voor de consument meest gunstige uitleg moeten worden gevolgd. Subsidiair stelt de consument dat ABN Amro Bank onjuist heeft geadviseerd doordat al van meet af aan duidelijk was dat de financiële doelstelling (gelijkblijvend bestedingspatroon) na overlijden nooit zou kunnen worden bereikt.

De rechtbank oordeelt dat ook een verzekeringsovereenkomst niet puur taalkundig wordt uitgelegd (**Rechtbank Amsterdam, 29 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4756**). Ook hier geldt dat de verwachtingen van partijen een rol spelen, maar voor polisvoorwaarden heeft de Hoge Raad al in 2008¹³ bepaald dat deze worden uitgelegd aan hand van objectieve factoren gezien in het licht van de gehele polisvoorwaarden. De reden hiervoor is dat over polisvoorwaarden over het algemeen niet wordt onderhandeld. Het is een pakket voorwaarden dat eenzijdig door de verzekeraar wordt opgesteld en van toepassing verklaard. De rechtbank komt desondanks toch tot de conclusie dat de objectieve uitleg van de algemene voorwaarden ertoe leidt dat sprake is van een eenmalige uitkering. De uitleg van de consument is veel minder aannemelijk. Ook al bestaan er verzekeringen die jaarlijkse uitkeringen doen, de maandelijkse premie daarvoor is wel ruim twee keer zo hoog. Nu er geen twijfel bestaat over de uitleg van het beding is er dus geen verplichting om de overeenkomst zo uit te leggen zoals die door de consument wordt voorgestaan. Naast de uitlegdiscussie speelde ook de vraag naar tekortschieten van de bank als adviseur van

¹² Artikel 6:238 lid 2 BW.

¹³ HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793 (*Chubb/Dagenstaed*).

de consument maar dat onderdeel zal hier niet worden besproken. Overigens werd schending van de zorgplicht niet aangenomen.

Verplichting tot betaling resterend financieringstekort

Pensioenfonds Campagne is een ondernemingspensioenfonds verbonden aan Cebeco Groep B.V. Sinds de jaren '90 maken ook enkele Plukon bedrijven onderdeel uit van deze groep. Tot 2002 had Plukon een eigen pensioenfonds, daarna is de pensioenregeling ondergebracht bij Pensioenfonds Campagne. Toen zijn ook afspraken gemaakt over het herstel van het financieringstekort ontstaan uit het vermogenstekort (circa € 7,2 miljoen) bij het Plukon Pensioenfonds. Een deel zou voldaan worden vanuit een bestemmingsreserve, het restant zou worden verrekend met toekomstige premiekortingen. De onttrekking aan de bestemmingsreserve zou tot 2007 ook verrekend kunnen worden met premiekortingen. Verder was ook een additionele koopsom verschuldigd die slechts opeisbaar was bij een uitgaande collectieve waardeoverdracht.

Per 1 januari 2014 brengt Plukon haar pensioenregeling voor de toekomstige opbouw onder bij het bedrijfstakpensioenfonds VLEP. Plukon verzoekt niet om een collectieve waardeoverdracht van de tot en met 2013 opgebouwde pensioenen. Pensioenfonds Campagne kort per 1 januari 2014 alle pensioenaanspraken en rechten met 10,8% en draagt haar waarde over aan het Pensioenfonds voor de grafische bedrijven (PGB). Pensioenfonds Campagne had eerder geprobeerd de additionele koopsom te verrekenen met de overdrachtswaarde naar PGB, maar dat was door DNB verboden. In een procedure probeert Pensioenfonds Campagne nu alsnog de betaling van de additionele koopsom af te dwingen stellende dat het, ondanks de schriftelijke afspraken dat het bedrag alleen opeisbaar was bij een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever, het bedrag ook opeisbaar was bij collectieve waardeoverdracht als gevolg van de liquidatie van het pensioenfonds. Pensioenfonds Campagne voert meerdere gronden voor een verplichting tot betaling aan, waaronder de grond dat het altijd de bedoeling was geweest dat de additionele koopsom zou worden betaald bij een vorm van collectieve waardeoverdracht. Het was immers mede het gevolg van de opzegging door Plukon, als grootste aangesloten werkgever, dat het pensioenfonds in liquidatie moest gaan. Vasthouden aan de oorspronkelijke afspraak zou dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Voor de uitleg van de afspraken voert Pensioenfonds Campagne de DSM/Fox-maatstaf

aan omdat de afspraken ook gevolgen hebben voor de rechten van niet bij de overeenkomst betrokken derden. Terecht past de kantonrechter de *Haviltex*-norm toe omdat Plukon en het pensioenfonds beiden betrokken waren bij de totstandkoming van de overeenkomsten, maar houdt ook rekening met de nadere invulling ervan door het arrest *Lundiform/Mexx*¹⁴ zodat het aankomt op de bedoeling en op wat zij van elkaar mochten verwachten. De letterlijke tekst van de overeenkomsten is duidelijk. Het bedrag is alleen verschuldigd als er op verzoek van Plukon een collectieve waardeoverdracht had plaatsgevonden. Als het pensioenfonds had gewild dat meerdere situaties werden gedekt dan had ze dat moeten bedingen, zeker omdat zij als professionele partij met de mogelijkheid serieus rekening had moeten/kunnen houden. De overeenkomst bevat dus geen leemte die moet worden opgevuld. Tot slot oordeelt de rechtbank dat het pensioenfonds onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat het onaanvaardbaar is dat Plukon de additionele koopsom niet betaalt. In reconventie vraagt Plukon om een verklaring voor recht dat het pensioenfonds aansprakelijk is voor het niet nakomen van haar contractuele verplichting tot dekking van het uitlooprisico. Op basis van de geldende cao en de pensioenreglementen had het uitlooprisico, het risico dat een uitkering moet worden verstrekt aan een zieke deelnemer die na einde van de verzekering ziek wordt als gevolg van een oorzaak die plaatsthad toen de verzekering nog liep, gedekt moeten zijn. De vordering van Plukon komt hier voort uit de potentiële claims van werknemers uit hoofde van het pensioenreglement. De uitlegmethode is in dat geval de cao-norm c.q. de *DSM/Fox*-norm. Op basis van het reglement concludeert de rechtbank dat bij de deelnemer de indruk kan ontstaan dat het uitlooprisico gedekt is maar daarmee is een potentiële claim op Plukon nog niet bewezen. De vordering van Plukon wordt dan ook afgewezen. De rechtbank laat hierbij doorschemeren dat als Plukon een verklaring voor recht had gevraagd dat het uitlooprisico gedekt was door het pensioenfonds, deze waarschijnlijk wel was toegewezen.

Rol OR bij de uitvoeringsovereenkomst

Over het voorgenomen plan van Aon Groep Nederland B.V. (Aon) om haar pensioenregeling over te brengen naar België is in de media veel gezegd en geschreven. Eind 2015 deed Rechtbank Rotterdam uitspraak in een geschil tussen Aon

¹⁴ NJ 2013, 214.

en haar ondernemingsraad (**23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9803**). Op 26 juni 2013 heeft Aon de uitvoeringsovereenkomst met haar pensioenfonds opgezegd onder voorbehoud van totstandkoming van een nieuwe pensioenregeling of de overgang naar een Belgische pensioenuitvoerder. Per 1 januari 2014 wordt een nieuwe pensioenregeling, met instemming van de ondernemingsraad, uitgevoerd door Delta Lloyd. De tot 1 januari 2014 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten blijven (vooralsnog) bij het pensioenfonds. Aon sluit een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met haar pensioenfonds vanaf 1 januari 2014, maar in tegenstelling tot de eerdere uitvoeringsovereenkomst bevat deze uitvoeringsovereenkomst geen bijstortverplichting meer. Vervolgens heeft Aon de ondernemingsraad om instemming verzocht om de uitvoering van de tot 2014 geldende pensioenregeling onder te brengen bij de Belgische pensioenuitvoerder van Aon, Aon European Pension Fund. De ondernemingsraad heeft hier niet mee ingestemd.

Bij brief van 13 mei 2014 heeft de ondernemingsraad van Aon ook de nietigheid ingeroepen van het vervallen van de bijstortverplichting in de thans geldende uitvoeringsovereenkomst. In de onderhavige procedure verzoekt Aon een verklaring voor recht dat de ondernemingsraad helemaal geen instemmingsrecht heeft op het besluit om de uitvoeringsovereenkomst te wijzigen. De ondernemingsraad stelt op haar beurt dat dit besluit de pensioenovereenkomst raakt omdat het tot vermindering van de pensioenaanspraken kan leiden. Subsidiair stelt de ondernemingsraad dat hem een bovenwettelijk instemmingsrecht toekomt omdat hem ook een instemmingsrecht is gegeven ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd voor de pensioenopbouw vanaf 1 januari 2014.

De rechtbank erkent dat de aanpassing van de uitvoeringsovereenkomst onmiskenbaar gevolgen kan hebben voor de pensioenovereenkomst. Maar dat neemt niet weg dat het twee verschillende documenten zijn en waarbij het eveneens overduidelijk is dat de ondernemingsraad op grond van de Wet op de ondernemingsraden alleen een instemmingsrecht heeft ten aanzien van de pensioenovereenkomst. Ook is er geen sprake van een bovenwettelijk instemmingsrecht omdat daarvoor de medewerking van Aon is vereist en die ontbreekt nu juist. Aan de ondernemingsraad kwam dan ook geen instemmingsrecht toe ten aanzien van de aanpassing van de uitvoeringsovereenkomst. Het beroep op de nietigheid is dan ook ten onrechte gedaan.

4. Beëindiging arbeids- en/of pensioen

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

Indexatie na einde pensioenovereenkomst door opzegging uitvoeringsovereenkomst

In 2013 stond in de rechtspraak de rechtsvraag centraal of sprake kan zijn van een uitgewerkte rechtsverhouding (zie ook uitvoerig de voorgaande kronieken). Voor dezelfde vraag sluit **Hof Den Haag (11 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2120**, m. nt. B. Degelink) aan bij het *ECN*-arrest van de Hoge Raad: de pensioenovereenkomst eindigt niet door het einde van de uitvoeringsovereenkomst. In dit geval speelde dit in een andere context dan tot dusver in rechtspraak aan de orde was. Wat was de casus? Een werkgever heeft zijn pensioenregeling ondergebracht bij een verzekeraar (Reaal) op basis van een verzekeringsovereenkomst. Op grond van de pensioenregeling hebben de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden recht op een onvoorwaardelijke indexatie. De onvoorwaardelijke indexatie wordt gefinancierd uit het saldo van een depotrekening bij de verzekeraar. Voor deze depotrekening hebben de werkgever en verzekeraar een aparte depotovereenkomst gesloten. Op grond van de depotovereenkomst is de werkgever verplicht ervoor zorg te dragen dat de depotrekening een bepaald minimum saldo bevat. De verzekeringsovereenkomst is per 31 december 2004 opgezegd door Reaal. Met ingang van 1 januari 2005 nemen de werknemers van deze werkgever deel in de pensioenregeling van de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouw- en Nijverheid (Bpf Bouw). Er heeft geen collectieve waardeoverdracht plaatsgevonden naar Bpf Bouw, zodat de tot 1 januari 2005 opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten zijn achtergebleven bij Reaal. De pensioenregeling (pensioenovereenkomst) is per 1 januari 2015 gewijzigd, de betreffende verzekeringsovereenkomst en depotovereenkomst zijn per 1 januari 2005 geëindigd. Dus vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet. De werkgever stelt zich op het standpunt dat het feit dat de werknemers per 1 januari 2005 volledig zijn gaan deelnemen aan de pensioenregeling van Bpf Bouw, betekent dat het pensioenreglement (de pensioenovereenkomst) is beëindigd. Het hof is echter van oordeel dat geen sprake is van een regeling die in de plaats is gekomen van de pensioenregeling ten aanzien van de pensioenrechten die zijn opgebouwd tot 1 januari 2005, aangezien geen waardeoverdracht van die pensioenrechten heeft

plaatsgevonden. Deze opgebouwde pensioenrechten zijn achtergebleven bij Reaal als pensioenverzekeraar. Het pensioenreglement is dan ook niet geëindigd.

De verzekeraar vordert dat de werkgever de kosten voor indexatie blijft voldoen. De kantonrechter wijst de vordering van de verzekeraar toe met de motivering dat de verzekeraar jegens de gewezen deelnemers en pensioengerechtigden verplicht is te indexeren, zodat de werkgever daarvoor de kosten moet dragen. In hoger beroep wijst het hof de vordering van de verzekeraar af. Het hof is van oordeel dat een pensioenovereenkomst niet is 'uitgewerkt' bij het ingaan van het pensioen en/of het stoppen van premiebetalingen, maar pas bij het stoppen van de betalingen van de pensioenuitkering. Het hof is dan ook van oordeel dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat de werkgever de pensioentoezegging voor wat betreft de indexatie van de opgebouwde aanspraken (ook) niet bij een andere pensioenuitvoerder heeft ondergebracht, de pensioentoezegging van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken (inclusief onvoorwaardelijke indexering) moet worden nagekomen, en feitelijk ondergebracht is gebleven bij Reaal. De strekking van de PSW en de Regelen PSW is echter dat de verantwoordelijkheid voor de onderbrenging van de pensioenovereenkomst en de correcte naleving daarvan is neergelegd bij de werkgever, evenals de informatieplicht met betrekking tot premieachterstanden. Ook de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het pensioenreglement (de schriftelijke pensioentoezegging ex artikel 2 lid 1 PSW) ligt onder de PSW bij de werkgever. Indien een werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst niet nakomt, kan hij daar door de werknemer op worden aangesproken, waarbij de werknemer kan verlangen dat alsnog nakoming van de overeenkomst door middel van correcte onderbrenging plaatsvindt. Artikel 2 lid 1 jo. lid 5 PSW schept een verplichting voor de werkgever jegens haar (ex-)werknemers, waarvoor de betrokken deelnemers de werkgever rechtstreeks dienen aan te spreken. De pensioenverzekeraar (Reaal) is niet aansprakelijk voor betalingsverzuim van de verzekeringsnemer (in dit geval de werkgever), zo volgt uit artikel 4 lid 2 Regelen PSW. Voorts heeft de pensioenverzekeraar de mogelijkheid om de pensioenverzekering te laten vervallen c.q. premievrij te maken (in casu: de pensioenuitkeringen niet te indexeren) indien de werkgever de premie niet betaalt (artikel 3a lid 4 PSW jo. artikel 12 Regelen PSW). De (ex-)werknemers zullen zich derhalve tot hun (ex)werkgever moeten wenden en nakoming van de pensioenovereenkomst of een schadevergoeding moeten vorderen op grond van onrechtmatige daad.

Mogelijk baseert het hof zijn oordeel baseert op onjuiste wetstoepassing. Zie ook de kanttekening van annotator B. Degelink: dient hier het overgangsrecht vanaf 1 januari 2008 voor artikel 29 PW (*Melding door verzekeraar bij premieachterstand en gevolgen van premieachterstand*) niet te worden toegepast? In dat geval zou bij uitblijven van premiebetaling en verdere actie van de verzekeraar de financiering van de te betalen premies (voor de indexatie van de premievrijgemaakte aanspraken) voor rekening komen van Reaal.

Dwaling

Het komt regelmatig voor dat een werknemer (achteraf) stelt te hebben gedwaald bij het aangaan van een beëindigingsovereenkomst (zie ook de vorige kronieken). **Hof Den Bosch (12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1672**, tezamen met tussenvonnis ECLI:NL:GHSHE:2014:1641) oordeelt dat hier in de betreffende zaak geen sprake van is. Bij genoemd tussenarrest heeft het hof de betrokken werknemer toegelaten feiten en omstandigheden te bewijzen die de conclusie rechtvaardigen dat de werkgever wist dat voor de werknemer van doorslaggevend belang was dat de vroegpensioenregeling niet tot uitkering zou komen (dat wil zeggen dat deze niet tot 65 jarige leeftijd kon worden uitgesteld en kon worden omgezet in een hoger levenslang pensioen) en dat de werkgever hem daarover onvoldoende heeft geïnformeerd. Op grond van de van toepassing zijnde cao geldt voor werknemers geboren vóór 1 januari 1950 en op 31 maart 2000 werkzaam in de Technische Groothandel, een VUT-regeling. Hiervoor geldt een omslagstelsel. De werknemer nam daarnaast op grond van de cao deel aan een vroegpensioenregeling (met kapitaaldekking), waarvan de voorwaarden zijn vastgelegd in het Vroegpensioenreglement van de Stichting Vroegpensioenfonds Technische Groothandel. Volgens artikel 3 lid 4 van het Vroegpensioenreglement gaat het vroegpensioen onmiddellijk in, indien de deelnemer na de vroegpensioendatum niet langer in dienst is van een werkgever zijnde een Technische Groothandel. Onder vroegpensioendatum wordt volgens artikel 1 lid 4 onder 2 verstaan de eerste dag van de maand, waarin de deelnemer of gewezen deelnemer 61 jaar wordt. Het hof oordeelt dat de arbeidsovereenkomst – zoals overeengekomen – toch eindigt vòór de 65-jarige leeftijd van de werknemer omdat, zo blijkt uit de getuigenverklaringen, het voor de werkgever niet kenbaar was dat de werknemer slechts akkoord wilde gaan indien het vroegpensioen kon worden uitgesteld tot 65 jaar en zijn levenslange pensioenuitkeringen daardoor hoger zouden worden.

Verschuiving AOW-leeftijd

Rechtbank Noord-Holland (9 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2878) oordeelt dat de wachtgeldregeling niet mag stoppen bij 65 jaar nu de AOW-leeftijd is verhoogd. Bij besluit van 24 februari 2014 is de eiser met ingang van 1 juni 2014 eervol ontslagen en is hem meegedeeld dat het Sociaal Beleidskader 2004 hierbij van toepassing is. Op 8 maart 2014 heeft de eiser een aanvraag voor wachtgeld ingediend. Dit wachtgeld is hem toegekend. De eiser is het echter niet eens met de einddatum van het wachtgeld. De rechtbank heeft kennis genomen van de uitspraak van **Rechtbank Overijssel (24 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:974)** in een soortgelijk geschil en oordeelt dat op grond van artikel 17 lid 1, aanhef en onder a. van het Wachtgeldbesluit, het recht op wachtgeld eindigt met ingang van de eerste dag van de kalendermaand volgend op die waarin de betrokkene de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. De rechtbank stelt vast dat het College voor de Rechten van de Mens (CRvM) op 1 september 2014 heeft geoordeeld (Oordeel 2014-105) dat verweerder verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door de wachtgelduitkering van medewerkers op wie het Sociaal Beleidskader 2004 van toepassing is, te beëindigen bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Het CRvM heeft daarbij overwogen dat ambtenaren die tijdens de looptijd van de wachtgelduitkering 65 jaar worden, vanwege hun leeftijd geen wachtgelduitkering meer krijgen, terwijl jongere ambtenaren wel voor de volledige duur (artikel 8 en 9 van het Wachtgeldbesluit) een wachtgelduitkering ontvangen. Omdat de ambtenaren na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar geen wachtgelduitkering en door de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd tot aan die leeftijd ook geen AOW-uitkering krijgen, krijgen zij te maken met een inkomstenterugval en worden zij naar het oordeel van het CRvM benadeeld. De verweerder maakt hiermee dan ook onderscheid op grond van leeftijd. De rechtbank sluit zich bij het oordeel van het CRvM aan. Ook naar het oordeel van de rechtbank, gelijk de rechtbank Overijssel in een soortgelijke procedure heeft overwogen, valt geen rechtvaardiging te vinden voor het feit dat de duur van het wachtgeld varieert en afhangt van het moment waarop de 65-jarige leeftijd wordt bereikt. Mede gelet op het feit dat onder meer het Algemeen Rijkambtenarenreglement (ARAR) ten aanzien van de ontslagleeftijd inmiddels is aangepast van 65 jaar naar de AOW-gerechtigde leeftijd, is de rechtbank van oordeel dat het bestreden besluit, voor zover het ziet op de toegekende einddatum wegens strijd met artikel 3 van de WGBLA en artikel 26 van het

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 1 van de Grondwet geen stand houdt en dat artikel 17, eerste lid, aanhef en onder a. van het Wachtgeldbesluit, in het onderhavige geval buiten toepassing dient te blijven. De rechtbank is in dit verband van oordeel dat evenmin rechtvaardiging kan worden gevonden voor een verschil in behandeling van ambtenaren zoals eiser, die onder het Wachtgeldbesluit vallen en ambtenaren die vallen onder het ARAR.

De **Centrale Raad van Beroep (26 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:912)** oordeelt dat de einddatum van de arbeidsovereenkomst niet met twee jaar hoeft te worden opgeschoven door het opschuiven van de AOW-leeftijd. In deze casus heeft de appellant heeft aangevoerd dat hij geen aanvraag tot ontslag op eigen verzoek heeft ingediend. De verweerder (de korpschef) heeft zich echter terecht op het standpunt gesteld dat met de appellant een afspraak is gemaakt over de beëindiging van zijn dienstverband en dat deze afspraak tevens een verzoek inhield voor het verlenen van ontslag. Uit de e-mail van de appellant aan zijn bureauchef van 11 april 2010 blijkt dat de appellant in gesprek was met zijn bureauchef over “de afronding van zijn loopbaan” en dat hij vanwege de onzekerheid over de kabinetsplannen met betrekking tot de AOW-leeftijd nog aarzelde over de datum waarop hij zijn werkzaamheden zou beëindigen. Door het indienen van een aanvraag voor eindloopbaanverlof heeft appellant te kennen gegeven dat hij na opname van dit verlof de dienst wilde verlaten. Eindloopbaanverlof is volgens artikel 1, aanhef en onder j. van de Regeling levensloop politie (*Stc.* 2013, nr. 25273) namelijk het verlof dat de ambtenaar wordt verleend direct voorafgaand aan zijn ontslag. De vermelding in het besluit van 23 juni 2011 dat de appellant aansluitend aan het eindloopbaanverlof gebruik zal maken van ABP keuzepensioen, geeft aan dat de korpschef er vanuit ging dat appellant met ontslag zou gaan. Daarbij komt dat de korpschef al voor het vertrek van de appellant een vervanger voor zijn functie had aangesteld. Ook dit duidt op een afspraak van partijen dat appellant niet meer zou terugkeren in zijn functie.

Appellant heeft verder aangevoerd dat hij zijn ontslagverzoek heeft ingetrokken voordat hem bij besluit van 19 juli 2012 ontslag is verleend. Naar vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 13 oktober 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BT8812) worden afspraken over de beëindiging van het ambtelijk dienstverband, neergelegd in een overeenkomst tussen een ambtenaar en zijn bevoegde gezag, aangemerkt als een nadere regeling van de uitoefening van de aan het bevoegde gezag toekomende ontslagbevoegdheid. Aan zo’n ontslagregeling zijn partijen gebonden op grond van het

beginsel van rechtszekerheid dat niet alleen geldt voor het bestuursorgaan maar ook voor de ambtenaar. Appellant was gebonden aan de afspraak die hij met de korpschef had gemaakt over de beëindiging van zijn dienstverband. Vanwege het ook voor de korpschef geldende beginsel van rechtszekerheid had appellant niet meer de mogelijkheid om zonder instemming van de korpschef zijn ontslagverzoek in te trekken. Te minder omdat de korpschef afgaande op het overeengekomen vertrek van appellant een vervanger voor zijn functie had aangetrokken. De verhoging van de AOW-leeftijd waarover tijdens de opname van het eindeloopbaanverlof van appellant meer duidelijk is gekomen, levert geen grond op appellant niet gebonden te achten aan zijn afspraak met de korpschef over de beëindiging van zijn dienstverband. De wijziging van de AOW-leeftijd was voor appellant geen onvoorziene omstandigheid. Uit de e-mail van 11 april 2010 blijkt dat appellant zich heeft gerealiseerd dat een verhoging van de AOW-leeftijd tot de mogelijkheden behoorde.

Pensioenontslag

In het arrest van **Hof Amsterdam (23 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2209)** speelt de volgende casus. De werknemer is op 1 januari 2006 bij de werkgever in dienst getreden als beleggingsadviseur op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In november 2011 is de werknemer 65 jaar geworden. Vanaf 1 november 2011 ontvangt hij een ouderdomspensioen op basis van de pensioenregeling van de werkgever. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst is onder meer bepaald: *“Het dienstverband zal uiterlijk eindigen op de dag voorafgaand aan de pensioendatum, zoals die voor de medewerker op basis van artikel 19 van het pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds van de ABN AMRO Bank N.V. is vastgesteld dan wel volgens artikel 21 van dat reglement is gesteld.”* Het pensioenreglement hanteert het begrip pensioenrichtdatum, de eerste dag van de maand waarin de 65e verjaardag van de (gewezen) deelnemer valt. De werknemer kan verzoeken om uitstel van de pensioenrichtdatum. Bij brief van 7 oktober 2011 heeft de werkgever aan de werknemer bevestigd dat 31 oktober 2011 zijn laatste werkdag zal zijn.

De kantonrechter oordeelde eerder dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen ABN Amro en de werknemer een zogenoemd pensioenontslagbeding bevat, dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioendatum (zijnde 65 jaar) zoals bepaald in het door incorporatie toepasselijke

pensioenreglement. De arbeidsovereenkomst eindigde daarmee bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zonder dat daartoe opzegging was vereist. Het hof sluit zich hierbij aan. Tevens was er geen verboden leeftijdsonderscheid. In 2011 was de AOW-leeftijd 65 jaar dus was ontslag toegestaan volgens artikel 7 lid 1, sub b. Wgbla.

Geen opvallende uitspraak, maar wel interessant in het licht van mogelijke discussie over de pensioenontslagdatum na 1 juli 2015. Het formele einde van de arbeidsovereenkomst in verband met pensionering was tot 1 juli 2015 namelijk niet wettelijk geregeld. Er was daarbij een verschil tussen de situatie of een pensioenontslagbeding is overeengekomen (een beding waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt op – meestal – de AOW-gerechtigde leeftijd) of niet. Hierover is veel geprocedeerd, met name in het geval dat er geen beding was overeengekomen (zie ook voorgaande kronieken). De Wet Werk en Zekerheid (Wwz) heeft hierin verandering gebracht.¹⁵ Door deze wet zijn de mogelijkheden rondom het pensioenontslag verruimd. De werkgever kan nog steeds de arbeidsovereenkomst niet opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer. Uitzondering hierop is art. 7:669 lid 4 BW (tekst op 26 oktober 2015): *“Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen kan de werkgever de arbeidsovereenkomst eveneens opzeggen tegen of na de dag waarop de werknemer de in artikel 7 lid 1 van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of, indien voor hem een afwijkende pensioenleeftijd geldt, de leeftijd heeft bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor het bereiken van die leeftijd.”* Niet langer is bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd toestemming nodig van het UWV. En de mogelijkheid tot opzegging is niet meer uitsluitend beperkt tot het moment van het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, maar geldt ze ook voor daarvoor en daarna. Voorwaarde is wel dat de arbeidsovereenkomst al bestond voor de hem geldende pensioenleeftijd. De werkgever mag echter slechts eenmaal gebruik maken van deze mogelijkheid van opzegging zonder toestemming. Is de werknemer na de pensioengerechtigde leeftijd in dienst getreden, dan gelden de gebruikelijke regels voor ontslag en ontbinding. Van belang daarbij is dat een willekeurig moment na het bereiken van de

¹⁵ Stb. 2014, 216.

pensioengerechtigde leeftijd opzeggen zonder toestemming niet wordt gezien als een verboden leeftijdsonderscheid.

Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de Wwz met de pensioengerechtigde leeftijd bedoelt de leeftijd waarop voor de werknemer recht op pensioen ontstaat, ongeacht of dat recht is gebaseerd op de AOW of op een aanvullende pensioenregeling.¹⁶ Met het begrip pensioenleeftijd doelt de Wwz op de leeftijd waarop voor de werknemer recht op aanvullend pensioen ontstaat. Dit is anders wanneer er geen pensioenontslagbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Op basis van een dergelijk beding zal het dienstverband immers van rechtswege eindigen bij het bereiken van de AOW- of de pensioenleeftijd (art. 7:669 lid 4 BW). Deze formulering liet, aldus de wetgever, onduidelijkheid bestaan over de vraag wat onder 'afwijkende pensioenleeftijd' moet worden verstaan, doordat het begrip lijkt te verwijzen naar het moment waarop recht op pensioen ontstaat. Dat is in veel gevallen geen eenduidig vast te stellen moment. Bedoeld is de leeftijd waarop arbeidsrechtelijk ontslag volgt wegens het bereiken van een bepaalde (pensioen)leeftijd. Die leeftijd zal veelal de AOW-leeftijd zijn, maar soms geldt er op grond een (collectieve of individuele) overeenkomst een andere (hogere of lagere) leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Een voorbeeld is de 'pensioenleeftijd' van KLM-piloten, die op grond van de voor hen geldende cao lager ligt dan de AOW-gerechtigde leeftijd. Via de Verzamelwet SZW 2016¹⁷ is in artikel 7:699 lid 4 BW een wijziging aangebracht wat betreft de 'afwijkende pensioenleeftijd'. Wanneer er nu op grond van een overeenkomst een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd geldt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, kan de arbeidsovereenkomst reeds wegens het bereiken van die lagere leeftijd worden opgezegd op grond van artikel 7:669 lid 4 BW. Wanneer er op grond van een overeenkomst een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd geldt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, dan kan de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 4 BW pas wegens het bereiken van die hogere leeftijd worden opgezegd. In dat geval zijn partijen namelijk bij aanvang van het dienstverband reeds uitgegaan van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst op een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2014-15, 33 818, nr. 3, p. 30, p. 40 en p. 93.

¹⁷ Voorstel van wet tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2016, Stb. 201, 464), MvT p. 49-50.

Dat wil niet zeggen dat alles nu klip en klaar is. De eerste gerechtelijke uitspraak onder de Wvz over een pensioenontslag(beding) was er snel (**Rechtbank Oost-Brabant 4 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5550**). Aangezien de arbeidsovereenkomst tussen partijen op 1 juli 2015 nog bestond en niet voordien is opgezegd, is hier het sinds 1 juli 2015 geldende recht van toepassing. In de arbeidsovereenkomst was opgenomen *“De arbeidsovereenkomst eindigt echter in elk geval van rechtswege bij het bereiken van de op dat moment geldende pensioengerechtigde leeftijd.”* en via toepassing van het Arbeidsreglement waarin ooit de bepaling was opgenomen was bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 65 jaar. Deze bepaling in het Arbeidsreglement is later geschrapt, en is er voor de pensioenleeftijd verwezen naar het pensioenreglement. Met de aanpassing van de pensioenregeling aan de Wet Verhoging AOW- en pensioenleeftijd (Wet VAP) is de “pensioenleeftijd” 67 jaar geworden. In het betreffende (nieuwe) pensioenreglement komt het begrip “pensioengerechtigde leeftijd” niet voor. Wel komt daarin het begrip “pensioendatum” voor: *“Uw pensioendatum is de eerste dag van de maand, waarin u 67 jaar wordt”*. De werkneemster wil doorwerken en stelt dat de pensioen(ontslag)leeftijd nu 67 jaar is geworden, omdat nu niet de AOW-gerechtigde leeftijd meer geldt maar 67 jaar, zijnde de “afwijkende” pensioenleeftijd als bedoeld in art. 7:669 lid 4 BW (voor aanpassing van dit lid per 1 januari 2016).

Volgens de rechtbank moet er, in aansluiting op de terminologie van de AOW, van worden uitgegaan dat met ‘pensioengerechtigde leeftijd’ in het pensioenbeding hier is bedoeld: de leeftijd waarop het wettelijk recht op ouderdomspensioen ontstaat. Dat is slechts anders indien partijen andere afspraken hebben gemaakt, dan wel de werkneemster er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat voor haar een andere pensioengerechtigde leeftijd – namelijk 67 jaar – is gaan gelden. Van uitdrukkelijke andere afspraken tussen partijen is geen sprake. Het komt, aldus de rechtbank, derhalve aan op hetgeen de werkneemster heeft mogen begrijpen uit de uitlatingen van de kant van de werkgever, een en ander volgende de objectieve uitlegmethode (cao-norm). Het begrip “pensioendatum” is niet, en zeker niet zonder meer, hetzelfde als “pensioengerechtigde leeftijd”. De pensioenregeling die in het pensioenreglement is opgenomen ziet op het aanvullende pensioen. In het reglement wordt op verschillende plaatsen gesproken over “het (laten) ingaan van het pensioen” en de keuze die de deelnemer daarbij heeft. Het gaat daarbij steeds en uitsluitend over het aanvullende pensioen. In het reglement is ook aangegeven dat de AOW niet voor

iedereen op dezelfde leeftijd ingaat. Met “pensioendatum” in het pensioenreglement is daarom bedoeld: ‘de datum waarop het aanvullende pensioen ingaat’. Deze is, conform de betekenis van “pensioendatum” in de begrippenlijst van het pensioenreglement, in beginsel de eerste dag van de maand, waarin de deelnemer 67 jaar wordt. Dat deze pensioendatum in het pensioenreglement wordt genoemd betekent volgens de rechtbank niet, althans niet zonder meer, dat de (tussen partijen geldende) pensioengerechtigde leeftijd deze leeftijd is (geworden). De pensioendatum moet daarom worden uitgelegd als een rekendatum: het aanvullende pensioen gaat in ieder geval in op de eerste van de maand waarin de deelnemer 67 jaar wordt, maar kan eerder ingaan als de deelnemer dat wenst. De wijze waarop deze regeling is verwoord doet echter niet af aan hetgeen tussen partijen geldt, als dat inhoudt dat de arbeidsovereenkomst eerder (op de pensioengerechtigde leeftijd) eindigt. Gelet op deze bewoordingen heeft, aldus de rechtbank, de werkneemster niet op basis van het pensioenreglement mogen concluderen dat de voor haar geldende pensioengerechtigde leeftijd is gewijzigd in “de eerste dag van de maand waarin zij 67 jaar wordt”. Het pensioenreglement wijzigt niets aan de voor haar geldende pensioengerechtigde leeftijd (65 jaar en 3 maanden).

Op deze uitspraak is volgens mij wel wat af te dingen. In onderliggende casus is een afwijkende pensioenontslagbeding overeengekomen via incorporatie van het pensioenreglement. Met het schrappen van het pensioenontslagbeding in het Arbeidsreglement en de verwijzing voor de pensioenleeftijd naar het pensioenreglement leidt zuivere toepassing van artikel 7:669 lid 4 BW (van voor of na 1 januari 2016) tot een pensioenontslagbeding van leeftijd 67. Los van het feit dat leeftijd 67 (ook) de fiscale pensioenrekenleeftijd is.

In deze zaak is in hoger beroep gegaan, het betreffende hof heeft reeds vonnis gewezen. Hierover in de Kroniek 2016 meer, tezamen met reeds andere gepubliceerde uitspraken over dit onderwerp.

Transitievergoeding

De vraag die voorlag bij het **Europese Hof van Justitie (26 februari 2015, zaak C-515/13)** was of de ontslagvergoeding mag worden onthouden aan de werknemer die recht heeft op ouderdomspensioen. Dit is een uitspraak die ook relevant is voor de transitievergoeding zoals deze in Nederland geldt vanaf 1 juli 2015. De artikelen 2, leden 1 en 2, onder a. en 6, lid 1 van de ‘Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van

27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep' moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling. Zoals de regeling die in de onderliggende casus aan de orde is. De regeling bepaalt dat, in het geval van het ontslag van een werknemer die gedurende een ononderbroken periode van 12, 15 of 18 jaar in dienst van dezelfde onderneming is geweest, de werkgever bij beëindiging van de arbeidsverhouding met deze werknemer een vergoeding ter hoogte van respectievelijk één, twee of drie maanden salaris betaalt, maar dat deze vergoeding niet wordt uitgekeerd als de desbetreffende werknemer ten tijde van de beëindiging van de arbeidsverhouding aanspraak kan maken op het algemeen ouderdomspensioen, voor zover deze regeling enerzijds objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van beleid op het terrein van de werkgelegenheid en arbeidsmarkt en anderzijds een passend en noodzakelijk middel vormt voor het verwezenlijken van deze doelstelling. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit het geval is.

Onder de Wwz geldt overigens dat de werkgever geen transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd of afwijkende pensioenleeftijd (artikel 7:673 lid 7 BW).

5. Bedrijfstakpensioenfondsen

mr. Derya Gunaydin CPL, manager Pensioen bestuursbureau pensioenfondsen Achmea

Een selectie van rechtspraak uit 2015 over bedrijfstakpensioenfondsen (hierna: Bpf'en). De hierna uitgewerkte uitspraken zijn op onderwerp gecategoriseerd.

Werkingsfeer

Deelname aan een Bpf is kortgezegd verplicht als de werkgever en/of zijn werknemers onder de werkingssfeer van het betreffende Bpf vallen. In de praktijk blijkt dat de werkingssfeer niet altijd duidelijk is omschreven, terwijl juist die bepalingen duidelijkheid moeten bieden over de afbakening, omschrijving en uitleg van het antwoord op de vraag of sprake is van verplichte deelname. Dat die uitleg heel nauw luistert, blijkt maar weer uit de conclusie van de Procureur-Generaal¹⁸ bij het arrest van de **Hoge Raad (11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3550)**. In deze zaak staat de vraag centraal of de onderneming onder de verplichtstelling van de Stichting Groothandel in Levensmiddelen (Bpf GIL) valt. In het bijzonder gaat het om de woorden “aanverwante artikelen” uit het verplichtstellingsbesluit van 1999 en “groothandel in levensmiddelen gericht op de binnen- en buitenhuishoudelijke markt” uit de verplichtstellingsbesluiten 2005 en 2009. De Procureur-Generaal concludeert tot verwerping van het cassatieberoep van Bpf GIL, omdat:

- 1) het hof een juiste uitleg geeft aan de woorden “aanverwante artikelen”, inhoudende dat het gaat om artikelen die verwant zijn aan de artikelen die daarvóór zijn opgesomd; en
- 2) het hof weliswaar een onjuiste uitleg geeft aan de woorden “groothandel in levensmiddelen gericht op de binnen- en buitenhuishoudelijke markt”, maar dat het eindoordeel (er wordt hier niet aan voldaan) wel juist is.

De HR verwerpt het cassatieberoep van Bpf GIL, waardoor de onderneming niet aansluitplichtig is.

¹⁸ Zie voor conclusie: ECLI:NL:PHR:2015:2085.

Onder omstandigheden kan een rechter een deskundigenonderzoek inlasten.¹⁹ In de uitspraak van **Rechtbank Amsterdam (4 mei 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:3234)**, concludeert de rechtbank dat de werkgever niet onder de verplichtstelling van de Stichting Pensioenfonds voor de Bouwnijverheid (Bpf Bouw) valt. De twee eerdere andersluidende werkingssfeeronderzoeken van de pensioenuitvoerder worden door de onderneming gemotiveerd weerlegd.²⁰ Bpf Bouw stelt tevergeefs - en naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gemotiveerd - de juistheid van het onderzoeksrapport ter discussie. De rechtbank ziet geen aanleiding om te twifelen aan de juistheid van zowel het deskundigenrapport als de door de werkgever verstrekte informatie. Ook wordt het aanbod van Bpf Bouw om getuigen op te roepen ter zijde geschoven, omdat het aanbod naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende bepaald is.

Hof Den Haag (2 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:3989), oordeelt dat de werkgever onder de verplichtstelling van PMT valt – waar Hof Amsterdam tot de conclusie kwam dat de werkgever onder Bpf Bouw valt.²¹ De vordering tot premiebetaling aan PMT wijst Hof Den Haag af. Hof Den Haag acht premiebetaling aan PMT onaanvaardbaar nu de wederprestatie niet of niet zonder nadelige gevolgen kan worden nagekomen. Een voor de werkgever zeer gunstige uitspraak. De werkgever in kwestie wordt niet de dupe van gevolgen uit een geschil over onduidelijke afbakeningsafspraken tussen twee verplichtgestelde Bpf'en. De uitspraak roept wel vragen op nu de werkgever formeel gezien onder PMT valt, maar premie heeft afgedragen aan Bpf Bouw. Waar ligt het zogenaamde 'geen premie, wel recht' risico voor bijvoorbeeld niet aangemelde werknemers? Kunnen werknemers pensioen claimen bij PMT omdat Bpf Bouw een mindere pensioenregeling heeft? De pensioenpremie van PMT is namelijk hoger dan de pensioenpremie van Bpf Bouw.

¹⁹ Zie in dit kader Kroniek 2013 p. 28 bij de uitspraak Rechtbank Zeeland-West Brabant (12 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5351).

²⁰ Cordares had zich bij de bepaling van de omvang van activiteiten van de onderneming gericht op de omzet van de onderneming, waar dat juist de loonsom had behoren te zijn.

²¹ Dit arrest is het vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 27 mei 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ0010), waarin de Hoge Raad het oordeel van Hof Amsterdam van 3 november 2009 vernietigt en voor verdere behandeling naar Hof Den Haag verwijst.

In de verklaring voor recht procedure bij **Hof Amsterdam (13 januari 2015, ECLI:NL:GHAM:2015:41)**, is het hof – net als Rechtbank Amsterdam – de werkgever minder goed gezind. Ondanks dat in de verplichtstelling van Bpf Tex niet uitdrukkelijk is opgenomen dat onder het begrip “textielgoederen en aanverwante artikelen” ook gedragen kleding valt, oordeelt het hof dat – gelet op het in de definitie kennelijk beoogde ruime toepassingsbereik van de verplichtstelling – “gedragen kleding” ook onder deze definitie dient te vallen. Het hof stelt dat een uitdrukkelijke vermelding van dit laatste niet nodig is. Het feit dat de werkgever sinds 2008 is aangesloten bij Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Herwinning Grondstoffen (Bpf HEGRO) en jaar en dag premie betaalt mocht de werkgever niet baten, nu in de verplichtstelling van Bpf HEGRO een eerbiedigingsclausule is opgenomen.²² Kennelijk is in deze uitspraak geen beroep gedaan op de eventuele nadelige gevolgen van het met terugwerkende kracht aanpassen van de verplichte pensioenregeling. Ook al is er sprake van een recht, dergelijke uitspraken brengen in de praktijk veel uitvoeringsproblemen met zich mee en kunnen naar mijn idee veel praktischer opgelost worden in het belang van alle partijen.

Onverplichte aansluiting

In de uitspraak van het **College van Beroep voor het Bedrijfsleven (17 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:215)** is een werkgever het onder meer niet eens met de datum waarop Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel (Bpf Detailhandel) de aansluiting onverplicht heeft beëindigd (i.c. per 1 januari 2007). De werkgever trekt aan het kortste eind. Het college oordeelt allereerst dat het enkele tijdsverloop een bestuursorgaan niet onbevoegd maakt om een beslissing op bezwaar te nemen. Daarnaast geeft het college aan dat een bestuursrechter ook over aansluitkwesties kan oordelen.²³ Tot slot stelt het college dat Bpf Detailhandel de onverplichte beëindiging van de aansluiting op grond van coulance niet per een eerdere datum had hoeven te beëindigen dan dat zij per beleidsbeslissing heeft gedaan. Ook bij **Hof Den Haag (14 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1871)** werd de aansluiting niet met terugwerkende

²² De verplichtstelling van Bpf HEGRO geldt niet voor diegenen die kortgezegd onder een ander verplichtgesteld Bpf vallen.

²³ Zie in dit kader ook Cbb van 13 maart 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:113) vs. Cbb van 31 maart 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:106) en het artikel ‘Bevoegdheidsproblemen bij procedures tegen verplichtgestelde Bpf’, TPV 2015/6.

kracht beëindigd. Een tweetal ondernemingen hebben zich in 2008 resp. 2009 via het ingevulde formulier 'aanmelden werkgever' aangemeld bij Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Landbouw (BPL). In de loop van 2011 wordt bezwaar gemaakt tegen de verplichte aansluiting bij BPL en BPL stelt een buitendienstonderzoek in. Hieruit volgt dat de bedrijfsactiviteiten - zoals die op dat moment zijn gekwalificeerd - niet onder de werkingssfeer van het fonds vallen. Per wanneer de ondernemingen niet meer aansluitplichtig zijn, wordt niet duidelijk. BPL beëindigt de verplichte aansluiting dan ook per 1 januari 2011. De werkgevers maken hiertegen bezwaren wegens het ontbreken van terugwerkende kracht en achten dat zij onverschuldigd premies hebben betaald aan BPL. Het hof wijst het beroep van de werkgevers terecht af. Het niet-tijdig melden van de gewijzigde bedrijfsactiviteiten waardoor er geen sprake meer zou kunnen zijn van verplichte aansluiting komt voor rekening en risico van de werkgevers. Een verdere terugwerkende kracht dan het lopend boekjaar verenigd zich niet met de redelijkheid en billijkheid.

Stelplicht en bewijslast

De Wet Bpf 2000 bevat geen regels over de bewijslastverdeling. Wie stelt moet dan ook op grond van de hoofdregel van artikel 150 RO bewijzen. Toch oordeelt **Rechtbank Amsterdam (23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:886)** dat de bewijslast bij het Bpf (i.c. StiPP) rust, terwijl de werkgever degene is die StiPP in rechte betreft, omdat StiPP degene is die initieel stelt premievorderingen te hebben op de werkgever. Tegelijk oordeelt de rechtbank dat de werkgever openheid van zaken over de bedrijfsvoering dient te geven.²⁴ De werkgever weet als geen ander wat haar bedrijfsvoering is. De conclusie van rechtbank is uiteindelijk dat er geen sprake is van een uitzendovereenkomst waardoor de werkgever niet onder de verplichtstelling van StiPP valt. Doordat de werkgever niet onder de verplichtstelling valt, is het beroep tegen de niet-verleende vrijstelling van verplichte deelneming niet ontvankelijk verklaard door **Rechtbank Rotterdam (15 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7274)**.

Waar de **Rechtbank Rotterdam (12 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4083)** stelt dat een onderneming niet onder de verplichtstelling van Stichting Bedrijfstakpensioenfonds

²⁴ Zie ook Rechtbank Amsterdam van 18 november 2013 (ECLI:NL:RBAMS:2013:9897) en Hof Den Bosch van 12 augustus 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:2769).

voor het beroepsvervoer over de weg (Bpf Vervoer) valt terwijl het ingevulde vragen formulier volgens Bpf Vervoer leidt tot verplichte aansluiting, concludeert twee maanden later **Hof Amsterdam (11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3250)**, dat datzelfde Bpf in een andere zaak mag afgaan op de bij het fonds bekende informatie (en het – na meermalen rappel – ingevulde vragen formulier). Verschil tussen beide uitspraken is dat het vragenformulier in de eerste uitspraak tegenstrijdige informatie bevat (dit zou aanleiding moeten zijn voor nader onderzoek), terwijl in de tweede uitspraak sprake is van ambtshalve aansluiting op grond van eigen onderzoek van het fonds en het niet reageren van de werkgever. Pas na protest op de ambtshalve aansluiting vult de werkgever het vragenformulier in. Met deze informatie bevestigt de werkgever jegens het fonds hetgeen het fonds uit eigen onderzoek heeft geconstateerd. Daar er geen sprake is van tegenstrijdigheden, maar juist bevestiging van, mag het Bpf afgaan op hetgeen een werkgever op het vragenformulier stelt.

In de praktijk zien we dat als het Bpf – soms te snel – vermoedt dat de werkgever onder de verplichtstelling valt, het Bpf gebruik maakt van de handhavingsbevoegdheden uit de Wet Bpf 2000. Het is van belang dat het Bpf geen misbruik maakt van deze bevoegdheden en misschien wel nog belangrijker, met gezond verstand blijft handelen. De uitspraak van **Rechtbank Limburg (11 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:929)** is naar mijn idee een goed voorbeeld van hoe het niet moet. Het onzorgvuldig handelen van het Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Bakkersbedrijf (Bpf Bakkers) en de incassogemachtigde leidt ertoe dat het Bpf onnodige kosten heeft moeten maken. Wie betaalt dat? De wel betalende werkgever en deelnemer? Dat het Bpf bepaalde handhavingsbevoegdheden heeft betekent nog niet dat deze te pas en te onpas kunnen worden gebruikt. Hier dient zorgvuldig mee te worden omgegaan. Een simpele controle bij de GBA op juistheid van het adres, dan wel opvraag van informatie bij het UWV of er wel premieplichtige werknemers zijn, had i.c. Bpf Bakkers naar mijn idee deze uitspraak bespaart.

Premie

In een wel zeer gunstig arrest voor Bpf'en (waarover de meningen verdeeld zijn) oordeelt **Hof Arnhem-Leeuwarden (1 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6384)** – naar mijn mening geheel terecht – dat de werkgever i.c. GOM door Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (Bpf

Schoonmaak) verplicht kan worden om de onbetaald gebleven pensioenpremies te betalen van de overgenomen onderneming die zijn ontstaan voor de overgang van onderneming. GOM heeft Van Berkel overgenomen. Beide werkgevers vallen onder Bpf Schoonmaak. Van Berkel heeft een aanzienlijk bedrag aan pensioenpremies niet afgedragen aan Bpf Schoonmaak. Bpf Schoonmaak stelt dat door de overgang van onderneming de verplichting tot betaling van de onbetaald gebleven pensioenpremies is overgegaan op GOM. Zowel de rechtbank als het hof veroordeelt GOM tot het betalen van de achterstallige pensioenpremies. In dit arrest beantwoordt het hof drie wezenlijke vragen:

- 1) Behoort een op de Wet Bpf gebaseerd pensioen tot de “rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst” als bedoeld in artikel 7:663 BW?
- 2) Zo ja, gaat op grond van artikel 7:663 BW de verplichting van Van Berkel tot betaling van de voor de datum van overgang van onderneming onbetaald gebleven pensioenpremies over de overgegane werknemers dan over naar GOM?
- 3) Zo ja, heeft het Bpf op grond van artikel 7:663 BW dan een zelfstandig vorderingsrecht terzake achtergestelde premies jegens GOM?

Hethof beantwoordt alle drie de vragen bevestigend. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde, dan wel volgt uit een overeenkomst gekoppeld aan de arbeidsrelatie. Ingeval van verplichte deelname aan een verplicht gesteld Bpf gaat de Pensioenwet uit van de fictie dat de werkgever en de werknemer een pensioenovereenkomst hebben gesloten, waardoor voldaan wordt aan de hiervoor genoemde arbeidsrelatie. Daarnaast volgt uit de wetsgeschiedenis bij de Wijzigingswet en de Pensioenwet dat onbetaald gebleven pensioenpremies die zijn ontstaan voor de overgang van onderneming, bij de overgang overgaan op de verkrijgende onderneming. Hierbij overweegt het hof dat op grond van artikel 7:664 lid 2 BW de verplichte pensioenovereenkomst van Van Berkel overgegaan is op GOM. Hierbij hoort ook de verplichting om voor de werknemers pensioenpremie af te dragen. Tot slot oordeelt het hof dat Van Berkel tot datum overgang van onderneming de verplichting heeft premie te betalen op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 jo. artikel 6 uit het Uitvoeringsreglement van Bpf Schoonmaak uit 2008. Bpf Schoonmaak had een zelfstandig en wettelijk recht om nakoming van Van Berkel te vorderen en betaling van de premie af te dwingen. Door de overgang van onderneming is de verplichting tot betaling van achterstallige pensioenpremies overgegaan op GOM met daaraan gekoppeld het recht van Bpf Schoonmaak om deze premies te innen bij GOM.

Een Bpf dient voor een geslaagde vordering tot nakoming van niet-betaalde premies, de grondslag en totstandkoming van die premies inzichtelijk te maken. Zo oordeelt ook **Hof Amsterdam (19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1921)**. Waar dat niet heeft plaatsgevonden, kunnen partijen in de gelegenheid worden gesteld alsnog inzicht te geven. In de uitspraak van **Hof Den Bosch (1 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3423)** wordt zowel de werkgever als het Bpf Vervoer in de gelegenheid gesteld nader bewijs te leveren voor de bepaling van de hoogte van de premies, rente en kosten die de werkgever aan het Bpf verschuldigd zou zijn.²⁵ Ook bij **Hof Den Bosch (10 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:441)** werd het Bpf Vervoer in de gelegenheid gesteld nader bewijs aan te dragen op grond waarvan de werkgever verplicht zou zijn premie te moeten betalen.

Bij **Hof Den Bosch (26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1856)** gaat het om de verschuldigdheid van een boete wegens te late betaling. De werkgever stelt dat PMT ten onrechte een boete in stand houdt over een kwijtscholden vordering. PMT erkent dat zij bij de creditering van de vordering de boete niet hebben laten vervallen. Zowel de rechtbank als het hof zijn van oordeel dat PMT terecht aanspraak maakt op de boete. De werkgever valt onder de verplichtstelling van PMT en dient op grond van de pensioenwet de statuten en reglementen van het fonds na te leven. In het uitvoeringsreglement is de verantwoordelijkheid van de werkgever opgenomen voor het juist, tijdig en volledig aanleveren van gegevens c.q. betaling van de premie. In het uitvoeringsreglement zijn ook de boetebepalingen opgenomen. Als een werkgever onjuiste gegevens verstrekt is het niet vreemd dat PMT een verkeerde (i.c. te hoge) premievordering vaststelt. Doordat de werkgever deze nota niet betaalt, heeft PMT het recht een boete op te leggen. Het feit dat de werkgever later wel de juiste gegevens heeft verstrekt, en PMT de vordering crediteert, houdt niet in dat de boete ineens ten onrechte is opgelegd. De rechter geeft nog aan *“dat de werkgever de opgelegde boete had kunnen voorkomen door tijdig de onjuiste nota te betalen, omdat PMT crediteert wanneer blijkt dat een wijziging dient plaats te vinden in de premienota vanwege een onjuiste informatieverstrekking”*.

²⁵ Zie voor ambtshalve vaststelling premies en vordering wettelijke rente: Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, PJ 2014/115, Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, PJ 2014/85 en Hof Amsterdam 20 mei 2014, PJ 2014/177.

Een beherend vennoot die na het ontstaan van de premieschuld toetreedt tot de commanditaire vennootschap kan ook voor die premieschuld hoofdelijk verbonden worden, zo wordt geoordeeld in het arrest van de **Hoge Raad (13 maart 2015 ECLI:NL:HR:2015:588)**.²⁶ De strekking van artikel 18 en 19 lid 1 Wetboek van Koophandel (WvK) brengt met zich mee dat beherend vennoten van een commanditaire vennootschap hoofdelijk verbonden zijn voor alle schulden van de vennootschap die op moment van toetreding bestaan of later ontstaan. De aansprakelijkheid van een stille vennoot is op grond van artikel 20 lid 2 WvK beperkt tot zijn inbreng in de vennootschap. Dit is anders als de stille vennoot daden van beheer verricht of werkzaam is in de vennootschap.²⁷ Deze bepalingen beogen de schuldeisers te beschermen als het afgescheiden vermogen van een der vennoten ontoereikend is.

Buitenlandse werknemer

Grensoverschrijdende arbeid en verplichtgestelde Bpf'en komt uitvoerig aan de orde bij **Rechtbank Midden-Nederland (22 juli 2015 ECLI:NL:RBMNE:2015:5393)**.²⁸ De vraag of de verplichtstelling van i.c. Bpf Bouw op de buitenlandse werkgever en diens werknemers van toepassing is, is onder andere afhankelijk van de vraag of Nederlands (pensioen)recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en diens werknemers. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I; EG-verordening nr 593/2008, hierna: de verordening). De relevante bepalingen uit deze verordening zijn artikel 3 tot en met 8. Kort samengevat komt het op het onderstaande neer:

1. In beginsel wordt een individuele arbeidsovereenkomst beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen (rechtskeuze).
2. Indien er géén rechtskeuze is gemaakt, wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land van waar de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht (werkland).

²⁶ Zie conclusie Procureur-Generaal Hoge Raad (ECLI:NL:PHR:2015:8).

²⁷ Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt ook voor schulden die zijn ontstaan voordat de vennoot in strijd met het beheersverbod handelde (HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, NJ 1970/406).

²⁸ In deze zaak is eerder een vergelijkbare uitspraak in kortgeding gedaan, zie ECLI:NL:RBMNE:2015:1752, *PJ* 2015/81.

3. Is er géén werkland aan te wijzen, dan geldt het recht van het land waar de werkgever is gevestigd (vestigingsland).
4. Maar als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan in het hiervoor bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing.

Indien een rechtskeuze is gemaakt voor een bepaald land, dan geldt daarop een belangrijke uitzondering, namelijk dat de rechtskeuze er niet toe leidt dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van dwingendrechtelijke bepalingen die op grond van de stappen 2 tot en met 4 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze. De rechtbank oordeelt dat weliswaar een rechtskeuze is gemaakt voor Portugees of Engels recht, maar dat de bepalingen van de Wet Bpf 2000 als dwingend recht zijn aan te merken waardoor het er niet toe doet of er al een rechtskeuze is gemaakt. Er dient dan eerst beoordeeld te worden of er sprake is van een werkland, bij gebreke daarvan dient vervolgens gekeken te worden naar het vestigingsland. Maar als uit het geheel blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is met het andere land dan het werkland dan wel vestigingsland, dan dient het recht van dat andere land waarmee de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden, van toepassing te zijn. In casu is Nederland aan te merken als werkland. Hierdoor zijn de rechtsbeschermingsregels uit de Nederlandse wet van toepassing. Op grond van de WAADI hebben deze werknemers recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden die geregeld zijn in de cao Bouwnijverheid als de werknemers die in dienst zijn van de Nederlandse werkgevers waarmee een samenwerkingsverband is aangegaan. De werkgever moet de ingehouden bedragen alsnog uitbetalen. Omdat de werkgever ook onder de verplichtstelling van Bpf Bouw is komen te vallen, dient hij de verschuldigde pensioenpremies te betalen.

Vrijstellingen

Indien een werkgever het niet eens is met de verplichte aansluiting en denkt te beschikken over een gelijke c.q. gelijkwaardige pensioenregeling, is het aan te bevelen voorwaardelijk vrijstelling aan te vragen. De uitspraak van **Rechtbank Rotterdam (19 maart 2015 ECLI:NL:RBROT:2015:1814)** geeft aan dat als een werkgever wacht totdat duidelijkheid is verkregen over de verplichte deelname, hij het risico loopt dat niet aan

het tijdigheidsvereiste wordt voldaan.²⁹ Bpf Vervoer sluit de werkgever in 2010 ambtshalve aan. In de tussentijd vindt over en weer correspondentie over de aansluitplicht plaats. Pas in 2013 oordeelt de rechtbank dat de werkgever onder Bpf Vervoer valt. De werkgever dient 1 maand later een vrijstellingsverzoek in. Dit verzoek wordt door het fonds afgewezen. De rechtbank gaat hierin mee en verklaard het beroep van de werkgever ongegrond. Volgens de rechtbank had met de aansluitbrief van 2010 voor de werkgever duidelijk moeten zijn dat er sprake is van verplichte deelneming. De over en weer correspondentie onder overlegging van stukken, laat de toetsing aan de tijdigheid van het verzoek om vrijstelling onverlet, aldus de rechtbank. Bij het **College van Beroep voor het Bedrijfsleven (31 maart 2015 ECLI:NL:CBB:2015:106)** haalt een aantal werkgevers bakzeil. De betreffende werkgevers waren aangesloten bij Bpf Landbouw en zijn door wijziging van de bedrijfsactiviteiten komen te vallen onder Bpf Bouw. Zij hebben vrijstelling gevraagd op grond van artikel 2, 3 en 6 VBB. Alle verzoeken zijn in hoger beroep afgewezen. Het beroep op artikel 2 VBB slaagt niet omdat aansluiting bij een Bpf niet kwalificeert als het hebben van een eigen pensioenregeling.³⁰ Het beroep op artikel 3 VBB slaagt niet omdat de werkgevers niet de betrokkenheid van de vakorganisaties bij onder meer de concernvorming hebben aangetoond. Het beroep op artikel 6 VBB is afgewezen omdat er (a) geen sprake is van overlappende werkingssfeerbepalingen waarvoor een praktische oplossing benodigd is³¹, (b) het Bpf een terughoudend beleid mag voeren bij het verlenen van onverplichte vrijstelling en daarbij de eigen solidariteit en collectiviteit zwaarder mag laten wegen.

²⁹ Van een werkgever mag namelijk worden verwacht dat hij kort nadat duidelijk is geworden dat er sprake is van verplichte deelname bij het fonds een verzoek tot vrijstelling met terugwerkende kracht moet indienen. Zie ook Rechtbank Rotterdam 27 september 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:5530).

³⁰ CBb van 5 september 2002, PJ 2003/16 (*Maiburg/Bpf Houthandel*).

³¹ CBb van 11 november 2004, PJ 2007/96 (ECLI:NL:CBB:2004:AR5680).

6. Verjaring

Petra van Straten MSc LL.M. CPL, advocaat Loyens & Loeff

Een vordering tot nakoming van een pensioenverplichting kan op allerlei manieren worden ingestoken.³² Afhankelijk van de vordering, en tegen wie, geldt een andere verjaringstermijn.³³ Dat leidt ertoe dat in de driehoeksrelatie werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder verschillende verjaringstermijnen van toepassing zijn. Tussen werknemer en pensioenuitvoerder geldt ten aanzien van het recht op uitkering dat deze niet verjaart bij leven.³⁴ De verjaringstermijn van een vordering tot nakoming van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer is maximaal 20 jaar. Maar de verjaringstermijn op een vordering tot betaling van de verschuldigde pensioenpremie van een pensioenuitvoerder op een werkgever is over het algemeen vijf jaar.³⁵

Verjaring is een vaak ingezet verweer tegen een pensioenvordering. Een overzicht van de jurisprudentie uit 2015 is hieronder gegeven, met uitsluiting van de verjaringsverweren die gevoerd zijn in echtscheidingsdiscussies zullen. Voor een uitgebreide behandeling van deze jurisprudentie wordt verwezen naar het hoofdstuk echtscheiding. Nog los van de verjaringsdiscussie wordt ook nogal eens een beroep op rechtsverwerking ex artikel 6:89 BW gedaan. Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen indien hij niet binnen bewakende tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Artikel 6:89 BW legt dus een 'klachtplicht' en ook een 'onderzoeksplicht' op de schuldeiser. De periode waarin nog tijdig geklaagd kan worden zou korter moeten zijn dan de verjaringstermijn.

Aan het niet nakomen van de klachtplicht wordt de sanctie van een algeheel verval van rechten verbonden. In de pensioenjurisprudentie blijkt een beroep op rechtsverwerking echter niet snel te worden gehonoreerd.

³² Artikel 3:306 BW tot en met 3:311 BW, 7:942 en 7:985 BW en artikel 59 PW.

³³ Zie ook B. Degelink in Maandblad Arbeidsrecht 2013/3.

³⁴ Artikel 59 PW.

³⁵ Artikel 3:307 BW.

Geen verjaring van vordering tot sluiten pensioenverzekering

Een werknemer is op 4 december 1990 in dienst getreden bij de werkgever in de functie van bedrijfsleider. In de arbeidsovereenkomst is hem de toezegging gedaan dat hij uiterlijk binnen twee jaar nadat hij als bedrijfsleider in dienst is gekomen gaat deelnemen aan een pensioenregeling. De inhoud van die pensioenregeling is expliciet omschreven in de arbeidsovereenkomst. In 2000 verkeert de werkgever in zwaar weer en worden er diverse betalingsregelingen getroffen met schuldeisers. Er wordt in dat jaar ook gesproken over de pensioenvoorziening van de werknemer en tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders wordt genotuleerd dat indien bedrijfspanden worden verkocht en er na betaling aan schuldeisers nog gelden resterende, er nog aandacht moet worden besteed aan het pensioen van werknemer. Ruim 10 jaar later wordt het bedrijfspand daadwerkelijk verkocht. De werknemer heeft voor de kantonrechter nakoming van zijn pensioenovereenkomst door middel van storting van een koopsom bij een verzekeraar, gevorderd. De kantonrechter heeft dit toegewezen. In hoger beroep (**Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:848**) spitst de discussie zich onder andere toe op de vaststelling van de omvang van de vordering, maar ook op de verjaring. Waar de werkgever in eerste aanleg had gesteld dat de vordering prematuur was ingesteld, stelt hij zich nu op het standpunt dat de vordering verjaard is. De werkgever stelt dat, onder verwijzing naar het Bijenkorf-arrest³⁶, het hier een vordering tot vergoeding van schade wegens niet nakomen van een wettelijke verplichting (om geen onderscheid te maken) betreft die onder het bereik van artikel 3:310 BW valt. De verjaringstermijn is in dat geval 5 jaar nadat de werknemer bekend is geworden met de schade en de daarvoor aan te spreken persoon.

Het hof oordeelt allereerst dat de werknemer een vordering tot nakoming van de financiering van de pensioentoezegging heeft gedaan, het verjaringsverweer uit het Bijenkorf-arrest gaat dan ook niet op. In het Bijenkorf-arrest was sprake van een pensioenregeling in strijd met Europees recht doordat daar alleen voor hulpkrachten en parttimers een vrijwillige pensioenregeling met lange wachttijd gold, terwijl fulltimers wel direct gingen deelnemen aan de pensioenregeling. Het hof oordeelt ook dat geen sprake is van verjaring in de zin van artikel 3:307 BW (nakoming van een verbintenis verjaart na verloop van 5 jaar vanaf het moment van

³⁶ HR 5 januari 2007, NJ 2007, 320.

opeisbaarheid). Het hof verwijst hierbij naar een arrest van de Hoge Raad uit 2012³⁷, waaruit volgt dat een deelnemer rechtstreeks rechten ontleent aan het pensioenreglement en dat daarvoor geen handeling nodig is zoals toekenning of administratie van de betreffende rechten. Het betreffende arrest is overigens gewezen in een procedure tussen een werknemer en een pensioenuitvoerder (verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds). In deze casus is er nog niet eens een pensioenreglement, maar wel een toezegging in de arbeidsovereenkomst waaraan de werknemer rechten kan ontleen. Het beroep op verjaring is dan dus ook niet aan de orde. Omdat de toezegging leidend is, is ook het moment van klagen over nakoming niet relevant nu dit niet kan leiden tot verval van het recht op het vorderen van nakoming van de pensioentoezegging.

Dat het hof hier voor wat betreft de verjaring de vergelijking maakt met het arrest van de Hoge Raad dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds betrof gaat wel wat ver. Voor pensioenuitvoerders is expliciet in de Pensioenwet bepaald dat het recht op uitkering niet verjaart bij leven, in afwijking van de algemene verjaringsregels uit het Burgerlijk Wetboek. In deze procedure wordt echter tussen een werkgever en een werknemer geprocedeerd. De verjaringstermijn zou dan moeten gaan lopen vanaf de opeisbaarheid. Degelink meent dat dat in 1990 is, het moment waarop de afspraak is gemaakt.³⁸ Ik meen dat de jurisprudentie ook aanknopingspunten biedt om te stellen dat de opeisbaarheid pas begint te lopen vanaf de pensioendatum.³⁹ Welke datum dat is, is mij uit het arrest van het hof niet gebleken. Maar ook verdedigbaar is dat de opeisbaarheid inging op het moment dat de nadere voorwaarde, de verkoop van het bedrijfspand, werd vervuld. In dat geval is de vordering ook nog niet verjaard, nu daar binnen de verjaringstermijn van 5 jaar een rechtsvordering tegen is ingesteld.⁴⁰

Vordering tot betaling van premies aan verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds

Een werkgever is ten onrechte niet aangesloten bij het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (BPF) en de Stichting Raad voor Arbeidsverhoudingen Schoonmaak- en Glazenwassersbranche (SSG). BPF en SSG

³⁷ HR 3 februari 2012, ECLI: NL:HR:2012:BT8462, zie ook Kroniek pensioenrechtspraak 2012.

³⁸ Noot van B. Degelink in PJ 2015/65.

³⁹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3697 (Kroniek pensioenrechtspraak 2013).

⁴⁰ Artikel 3:316 BW.

vorderen betaling van de achterstallige premies. De werkgever stelt dat de vordering verjaard is voor wat betreft de jaren 2004 tot en met 2008. Premievorderingen verjaren immers op grond van artikel 3:308 BW, na verloop van vijf jaren. BPF en SSG stellen dat zij pas in augustus 2013 bekend zijn geworden met de werkgever en dus de opeisbaarheid van de premievordering. De kantonrechter oordeelt dat artikel 3:308 BW hier inderdaad van toepassing is omdat pensioenpremies betaalbaar zijn per jaar of een kortere periode ook al is het bedrag nog niet bepaalbaar vooraf (**Rechtbank Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7524**). Vast staat ook, zo overweegt de kantonrechter, dat de werkgever zijn werknemers niet heeft gemeld bij het BPF en SSG hoewel daartoe wel verplicht. Bovendien zijn BPF en SSG inderdaad pas vanaf augustus 2013 met deze werkgever bekend. Uit het uitvoeringsreglement zou volgen dat BPF inderdaad vanaf 2004 premies kan vorderen, zeker omdat BPF ook rechten moet toekennen vanaf die datum. De Werkgever heeft niet voldaan aan de op hem rustende aanmeldverplichting en dus zijn de vorderingen pas vanaf augustus 2013 opeisbaar geworden en dus nog niet verjaard.

Een uitkomst die aantoont dat een bedrijfstakpensioenfonds ook met het van toepassing zijn van de verjaringstermijn van vijf jaar nog een heel eind kan komen om premies over een periode van meer dan 5 jaar (in casu 9 jaar) in te vorderen. In de Kroniek Pensioenrechtspraak 2014 werd verwezen naar een uitspraak van PMT (alsmede de CAO-fondsen in deze bedrijfstak) dat ook premiebetaling probeerde af te dwingen.⁴¹ Ook daar oordeelde de rechtbank dat de vordering onder artikel 3:308 BW viel, maar daar was al eerder contact geweest tussen de werkgever en het fonds, waardoor de vordering al opeisbaar was. Alleen kon nog de vraag aan de orde komen of de verjaringstermijn was gestuit. De rechtbank concludeerde toen dat de vorderingen tot betaling over de periode 2001 tot en met 2007 niet tijdig zijn gestuit en derhalve verjaard.

Verjaringstermijn nakoming pensioenovereenkomst (betaling pensioenpremies)

Een werknemer werkt al vanaf 1978 bij de Nederlandse Publieke Omroep (NPO). Vanaf 1981 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Na het einde van de arbeidsovereenkomst vordert de werknemer bij de rechtbank nakoming van de pensioentoezegging over de periode 1978-1981 (**Rechtbank Midden-Nederland 3 juni**

⁴¹ Rechtbank Limburg 23 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM, 2014:6684.

2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5365). NPO stelt dat deze vordering verjaard is. De werknemer heeft niet op dit beroep op verjaring gereageerd. De rechter kwalificeert de vordering als een vordering tot nakoming van een verbintenis (artikel 3:307 BW). Deze vordering verjaart na vijf jaar vanaf opeisbaarheid (1978) en zonder nadere onderbouwing door de werknemer kan deze vordering niet worden toegewezen. Ten overvloede overweegt de rechter nog dat ook de verjaringstermijn van 20 jaar van 3:310 BW hier geen soelaas had geboden. Anders dan de eerder genoemde zaak van Hof Leeuwarden oordeelt deze rechter dat het arrest van de Hoge Raad uit 2012⁴² hier niet van toepassing is omdat het daar een wettelijke pensioenregeling betrof die al van rechtswege tot stand was gekomen. De pensioenregeling van PNO (bij pensioenfonds PNO Media) betrof geen wettelijk verplichte regeling.

Korting wegens grootleeftijdsverschil

Een huisarts is deelnemer aan het beroepspensioenfonds voor huisartsen (SPH). Hij heeft een partner die twintig jaar jonger is. Vanwege een kortingsregeling in het pensioenreglement leidt dit tot een aanzienlijk lager partnerpensioen. Vanaf 2007 staat de kortingsregel niet meer in het pensioenreglement maar in de tot en met 2006 opgebouwde rechten is de kortingsmaatregel wel doorgevoerd op zijn rechten. De huisarts vordert ongedaanmaking van de korting in verband met groot leeftijdsverschil wegens strijd met de Algemene wet gelijke behandeling en de Grondwet (**Rechtbank Midden-Nederland, 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5377**). SPH verweert zich door te stellen dat de vorderingen zijn verjaard. Daar is de rechter snel klaar mee. Vorderingen jegens een pensioenuitvoerder verjaren op grond van artikel 59 Pensioenwet en artikel 70 Wet verplichte beroepspensioenregeling niet zolang de pensioengerechtigde leeft. Niet valt in te zien dat er voor het vaststellen van het recht op een uitkering wel een verjaringstermijn zou gelden. Het beroep van SPH op verjaring sneuvelt. Dat mag de huisarts overigens niet baten want de rechter oordeelt dat de kortingsmaatregel wel toelaatbaar is (zie hiervoor hoofdstuk 8. Gelijke behandeling).

⁴² HR 3 februari 2012, ECLI: NL:HR:2012:BT8462, zie ook Kroniek pensioenrechtspraak 2012.

7. Echtscheiding

mr. Derya Gunaydin CPL, manager Pensioen bestuursbureau pensioenfonds Achmea
drs. Jurgen Holtermans CPC, vennoot Hendriks + Bakker

Over de gevolgen van pensioen bij echtscheiding wordt door (ex-)partners veel geprocedeerd. Hierna hebben wij een selectie opgenomen van de meest interessante uitspraken.

Algemeen

Bij **Hof Arnhem-Leeuwarden (7 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2644)** verzet een vrouw zich tevergeefs in hoger beroep tegen het uitspreken van de echtscheiding met een beroep op pensioenverweer als bedoeld in artikel 1:153 lid 2 BW. Volgens de wet kan een echtscheiding worden tegengehouden of uitgesteld als door de verzochte echtscheiding een bestaand vooruitzicht op nabestaandenpensioen bij overlijden van de echtgenoot die het verzoek tot echtscheiding heeft gedaan zou wegvallen of in ernstige mate zou verminderen. Daar is in casu geen sprake van.

Bij **Hof Amsterdam (7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1283)** stelt een man de notaris betrokken bij de scheiding aansprakelijk voor de door de man geleden schade. Het Hof verklaart het beroep van de man niet-ontvankelijk. Formeel omdat de tuchtprocedure niet in die mogelijkheid voorziet en inhoudelijk omdat de notaris gemotiveerd heeft aangetoond dat de man en zijn ex-partner voldoende zijn geïnformeerd over de door de notaris gepasseerde akten en de gevolgen die hieruit voor partijen voortvloeiden. Het is de notaris niet te verwijten dat de man nu wordt geconfronteerd met een verlaging van zijn pensioen.

Uitsluiting WVPS

Bij het **Hof Arnhem-Leeuwarden (27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:618)** staat de vraag centraal of hetgeen partijen in de akte van verdeling zijn overeengekomen inhoudt dat zij afstand doen van pensioenverevening conform de Wet Verevening Pensioen bij Scheiding (WVPS). Waar de rechtbank uitgaat van pensioenverevening, oordeelt het hof dat partijen zijn overeengekomen dat de pensioenen niet zullen worden verevend. Bij de **Rechtbank Noord-Nederland (22 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2531)** komt het aan op uitleg van bepalingen in het

echtscheidingsconvenant. Daarin is vastgelegd: “in ruil voor het afzien van deze € 6.000 zal [de vrouw] afzien van de pensioenverevening van [de man]...”. Volgens de vrouw wordt hiermee alleen afstand van het partnerpensioen gedaan. De rechter is het hier niet mee eens. Uit het echtscheidingsconvenant kan worden afgeleid dat afstand van verevening is gedaan en dat is niet het partnerpensioen. Opvallend bij deze uitspraak is dat de rechtbank ervoor kiest deze zaak inhoudelijk zelf af te doen omdat zich bijzondere feiten en omstandigheden voordoen.

Verdeling conform Boon/VanLoon

Rechtbank Rotterdam (5 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5697) veroordeelt een man tot pensioenverrekening volgens het *Boon/Van Loon*-arrest (HR, 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG42271) vanaf het moment dat de man zijn ouderdomspensioen ontvangt. Het feit dat de man over onvoldoende financieel vermogen zou beschikken doet daar niets aan af. Deze stellingname is bovendien onvoldoende met stukken onderbouwd.

Verjaring en rechtsverwerking

Een vordering tot het alsnog verdelen van pensioenrechten bij scheiding volgens het *Boon/Van Loon*-arrest verjaart niet, aldus **Rechtbank Noord-Nederland (25 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:649)**, de **Hoge Raad (27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:762)** en later **Hof Den Bosch (7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1272)**. Op grond van het bepaalde in artikel 3:178 lid 1 BW, (te allen tijde kan verdeling van een gemeenschappelijk goed worden gevorderd) kan de vordering van de ex-partner gezien worden als een vordering in de zin van artikel 3:185 BW en dus niet verjaren.⁴³ Het beroep op rechtsverwerking faalt ook in de onderhavige uitspraken. Bij **Rechtbank Rotterdam (11 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2270)** staat de vraag centraal of het ‘stilzitten’ van de vrouw aangemerkt kan worden als rechtsverwerking. Het beroep op rechtsverwerking door de man wordt verworpen: het enkele tijdsverloop is onvoldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Daarvoor moeten bijzondere omstandigheden zijn als gevolg waarvan bij i.c. de man het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de ex-partner i.c. de vrouw geen aanspraak (meer) wenst te

⁴³ Zie ook Hof Den Bosch 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4995 en Hof Den Haag 21 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:87.

maken op het pensioen van de man, of als gevolg waarvan de positie van de man onredelijk zou zijn benadeeld. De vrouw heeft al haar rechten expliciet voorbehouden. De man heeft zijn financiële positie onvoldoende gemotiveerd toegelicht, waardoor niet vast staat dat de man in zijn positie onredelijk wordt benadeeld.

Indexatie

Bij **Hof Arnhem-Leeuwarden (15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6811)** staat de vraag centraal of bij een verdeling volgens *Boon/Van Loon* ook de indexatie doorbetaald dient te worden. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend: *“Gelet op de bedoeling van indexering van een ouderdomspensioen – welvaartsvastheid mogelijk maken – dient de man het voor de vrouw bestemde deel te indexeren, nu hij het daarvoor bestemde bedrag ook daadwerkelijk ontvangt en de indexering deel uitmaakt van het tijdens het huwelijk van partijen opgebouwd pensioen”*. Een deel van de niet-betaalde indexatie is echter verjaard door het verstrijken van vijf jaar.

Partneralimentatie

Bij **Hof Amsterdam (27 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:648)**, verzoekt een vrouw om verlening van de alimentatieverplichting. Op grond van artikel 1:157 lid 4 BW eindigt de verplichting tot alimentatie kortgezegd 12 jaar na scheiding. In beginsel heeft dit een definitief karakter, tenzij het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden gevegd dat de alimentatieverplichting wordt stopgezet. Dan kan de rechter op grond van artikel 1:157 lid 5 BW een nieuwe termijn vaststellen. In de onderhavige situatie is niet aannemelijk gemaakt dat de beëindiging van zo een ingrijpende aard is dat ongewijzigde handhaving gevraagd kan worden.

DGA / afstorten eigen beheer pensioen

In **Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:123** vordert de vrouw afstorting van haar vereveningsaanspraken en aanspraken op partnerpensioen. Daarmee is een bedrag van ongeveer € 360.000 gemoeid. De man stelt dat de B.V niet in staat is om aan een dergelijke afstortingsverplichting te voldoen en wordt door het hof in het gelijk gesteld. Het hof maakt uit de jaarrekeningen van de B.V. op dat deze structureel een negatief vernogen heeft, terwijl de activa bestaan uit een beperkt bedrag aan liquide middelen en voor het overige nagenoeg uitsluitend vorderingen op de man. De man heeft in privé een beperkt positief vermogen en kan in staat worden

geacht zijn rekening courant schuld aan de B.V. af te lossen. De bedrijfsvoering van de vennootschap bestaat thans uit het beheer van de voor het opgebouwde pensioen gereserveerde gelden en het doen van uitkeringen daaruit; het ouderdomspensioen van de man is reeds ingegaan. Niet alleen zijn de activa – ook wanneer de vorderingen van de vennootschap zouden zijn voldaan – verre van toereikend om het met de afstorting gemoeide bedrag van ongeveer € 360.000 te kunnen voldoen, na afstorting zouden er geen middelen meer in de vennootschap overblijven voor uitkering van pensioen aan de man. Voor zover de vennootschap in de jaren nadat de pensioenuitkering van de man is ingegaan nog winst heeft behaald, betreft deze de opbrengst van beleggingen. Niet te verwachten valt dat de man in deze omstandigheden extern kapitaal zal kunnen aantrekken, zoals door de vrouw betoogd. Ook zullen geen liquide middelen van de man privé kunnen worden verkregen teneinde aan de afstortingsverplichting te voldoen, gelet op het vermogen dat de man thans in privé heeft en het bedrag dat hij uit hoofde van verrekening aan de vrouw is verschuldigd. Dit alles leidt tot de conclusie dat de man voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat binnen de vennootschap onvoldoende liquide middelen aanwezig zijn om de afstorting te effectueren en de benodigde liquide middelen niet kunnen worden vrijgemaakt of van elders verkregen zonder de continuïteit van de bedrijfsvoering van de vennootschap in gevaar te brengen. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen partijen als ex-echtgenoten beheersen, brengen in deze omstandigheden mee dat geen afstorting zal plaatsvinden.

In **Rechtbank Noord-Nederland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1158** heeft de rechtbank de man de opdracht gegeven te onderbouwen wat de fiscale en de commerciële waarde is van de het door hem in zijn B.V. opgebouwde pensioen en in te gaan op de afstortingsmogelijkheden. Ter uitvoering van deze opdracht heeft de man een achttal producties in het geding gebracht, maar heeft deze niet nader toegelicht, behoudens dat hij deugdelijke stukken in het geding heeft gebracht afkomstig van een pensioenskundige en een accountant/fiscalist. Daarnaast is de man ingegaan op de (privé) onttrekkingen aan de rekening courant van de B.V. Dit volstaat volgens de rechtbank niet om als adequate uitvoering van de door de rechtbank gegeven opdracht te gelden. De vrouw heeft laten berekenen wat volgens haar het bedrag is dat door de B.V. ten behoeve van haar dient te worden afgestort en de man heeft daarop gereageerd met een eigen berekening. Volgens de vrouw bedraagt de fiscale waarde van haar aanspraak € 94.314, wat overeenkomt met een commerciële waarde

van € 349.626, waarbij een rekenrente van 1,18% is gehanteerd. Onder verwijzing naar (het banksaldo genoemd in) de jaarrekening 2013 is de vennootschap in staat dit vermogen af te storten, aldus de vrouw. Volgens de man gaan verzekeraars echter uit van een rekenrente van 2,5% en is de deskundige van de vrouw - ten onrechte - uitgegaan van een lager percentage. Als het door de man genoemde percentage van 2,5% wordt gehanteerd, dient de commerciële waarde van het af te storten pensioen op een bedrag van € 213.000 te worden vastgesteld. Volgens de man is de vennootschap ook in staat dit bedrag af te storten, zonder dat de continuïteit van de B.V. in gevaar komt. De rechtbank stelt vervolgens als onweersproken vast dat:

- de fiscale waarde van de pensioenaanspraak van de vrouw € 94.314 bedraagt;
- de continuïteit van de B.V. niet in gevaar komt door afstorting van een bedrag van € 349.626.

Kern van het geschil van partijen blijft van welke rekenrente moet worden uitgegaan bij de vaststelling van de commerciële waarde van het door de vennootschap af te storten pensioen. De rechtbank overweegt dat de (door) partijen (ingeschakelde deskundigen) slechts een summiere toelichting hebben gegeven op de door hen gehanteerde rekenrente. De rechtbank ziet daarom aanleiding om de vrouw en de man op te dragen hun stellingen, dat moet worden uitgegaan van een rentepercentage van respectievelijk 1,18% en 2,5%, nader toe te lichten, alvorens een nadere beslissing te kunnen nemen.

In **Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:527** is in geschil of de stamrechtverplichting van de B.V. van de man – deze stamrechtverplichting is ontstaan door omzetting van de (fiscale) oudedagsreserve van de man in een stamrecht bij de B.V. – onder de WVPS valt en aldus dient te worden verevend, zoals Rechtbank Midden-Nederland (Utrecht) eerder besliste. De man voert aan dat een dergelijke stamrechtverplichting geen pensioen is in de zin van de WVPS en dat tegenover de (fiscale) oudedagsreserve ook geen “harde valuta” staan nu dit enkel een fiscale voorziening is. Het stamrecht is door de man enkel gebruikt om belastingheffing vooruit te schuiven. Zelfs al zou het stamrecht op een zeker moment tot uitkering komen, dan nog is die uitkering niet te kwalificeren als pensioen als bedoeld in de WVPS. De vrouw stelt dat het er niet toe doet of de pensioenreserve al dan niet in de vorm van een stamrecht is gegoten. Volgens de vrouw dient elke betaling die zijn grond vindt in een toezegging van betaling van ouderdomspensioen in de verevening te worden betrokken. Het hof stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat de man

in het kader van het staken van zijn eenmanszaak een stamrecht heeft bedongen bij zijn B.V. Artikel 4 WVPS geeft een limitatieve opsomming van de pensioenregelingen en pensioenen die onder de werkingssfeer van deze wet vallen. Een stamrechtverplichting als de onderhavige wordt daarin niet vermeld. Ook uit de memorie van toelichting op de WVPS blijkt niet dat een stamrechtverplichting als de onderhavige heeft te gelden als te verevenen pensioen in de zin van die wet. Veeleer volgt hieruit het tegendeel nu met zoveel woorden in de memorie van toelichting staat vermeld dat pensioenvoorzieningen die niet in het kader van een arbeidsovereenkomst zijn opgebouwd (te weten lijfrenten) buiten de regeling vallen. Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank op dit punt.

In **Hof Den Bosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1101** is in geschil of door de man in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken dienen te worden verevend nu partijen in 1993 bij huwelijkse voorwaarden het volgende zijn overeengekomen: *“Aanspraken op pensioen en hetgeen daarvoor is opgeofferd worden niet verrekend overeenkomstig artikel 11 (van de huwelijkse voorwaarden; periodiek verrekenbeding), echter met uitzondering van periodieke uitkeringen die vervallen ingevolge een recht op ingegaan pensioen.”* De man trekt hieruit de conclusie dat hij en de vrouw bij huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk pensioenverevening conform de WVPS dan wel pensioenverrekening hebben uitgesloten, zodat Rechtbank Breda ten onrechte heeft beslist dat de huwelijkse voorwaarden geen uitdrukkelijke bepaling bevatten dat bij echtscheiding van partijen de vrouw geen aanspraak kan maken op een deel van het ouderdomspensioen van de man.

Het hof oordeelt dat met de bepaling van artikel 11 WVPS, inhoudende dat slechts dan geen pensioenverevening overeenkomstig die wet plaatsvindt, indien de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding "uitdrukkelijk" anders hebben bepaald, bedoeld wordt op een bepaling die expliciet op het verevenen van pensioenrechten betrekking heeft, met dien verstande dat niet is vereist dat partijen in een zodanige bepaling met zoveel woorden de pensioenverevening als voorzien in de WVPS hebben uitgesloten. Van een "uitdrukkelijk" uitsluiten in de zin van artikel 11 WVPS kan daarom eveneens sprake zijn ingeval partijen in hun huwelijkse voorwaarden met het oog op een eventuele scheiding hebben bepaald dat (bepaalde) pensioenrechten niet worden verrekend (zie HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7893). Naar het oordeel van het hof is niet gebleken dat partijen hebben beoogd een regeling te treffen "met het oog op een

eventuele echtscheiding”. De huwelijkse voorwaarden sluiten verrekening in de zin van het overeengekomen periodieke verrekenbeding van aanspraken op nog niet ingegaan pensioen en van de betaalde premies uit. Deze bepaling sluit derhalve uit dat op grond van het overeengekomen periodieke verrekenbeding aanspraak gemaakt kan worden op verrekening van betaalde pensioenpremie of de waarde van het pensioen voor zover dit nog niet opeisbaar is. Uit deze bepaling kan niet worden afgeleid dat partijen de – toen nog toekomstige, maar al wel bekende – WVPS uitdrukkelijk hebben willen uitsluiten. Terecht heeft de rechtbank geoordeeld dat de man moet worden belast met het bewijs van zijn stelling dat partijen een afwijkende bedoeling voor ogen hebben gehad bij het opmaken van de huwelijkse voorwaarden. Eveneens terecht heeft de rechtbank geoordeeld dat de man niet in deze bewijslevering is geslaagd.

Het hof verwijst de zaak terug naar de rechtbank zodat een deskundigenonderzoek kan plaatsvinden naar het aandeel van de vrouw in de pensioenaanspraken die in de onderneming van de man zijn opgebouwd en naar het kapitaal dat nodig is voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar. Omtrent dit laatste overweegt het hof verder nog dat, mogelijkerwijs afstorting bij een externe verzekeraar in redelijkheid niet van de man kan worden gevergd, omdat er een aanmerkelijk verschil is ontstaan tussen enerzijds de rekenrente die is gehanteerd bij de pensioenopbouw en anderzijds de rekenrente die externe pensioenverzekeraars hanteren bij afstorting.

In **Hof Amsterdam 4 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:2254** vordert de man afstorting van pensioenkapitaal door de B.V. van de vrouw. De vrouw verzet zich hiertegen en stelt dat vanwege procedures tegen de maatschap waarin zij deelnam, de gelden van de B.V. zijn opgegaan aan advocaatkosten en zodoende niet aan enige afstortingsverplichting kan voldoen. Het hof benoemt een deskundige, welke antwoord dient te geven op de vraag hoe hoog het aandeel van de man in de in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening bedraagt, alsmede onderzoek te doen naar de mogelijkheid van de B.V. om het aandeel van de man in de in eigen beheer opgebouwde pensioenvoorziening af te storten, waarbij alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen. Het hof denkt daarbij onder meer aan de omstandigheid, dat niet alleen de pensioenaanspraken van de man, maar ook die van de vrouw in dezelfde mate als die van de man zeker gesteld moeten (kunnen) worden. Daarnaast heeft de vrouw pensioen verzekerd bij Interpolis. Deze twee pensioenverzekeringen zijn gesloten ter uitvoering van een pensioenovereenkomst

van een directeur-groootaandeelhouder in de zin van artikel 1 PW. Op grond van die wettelijke bepaling vallen deze verzekeringen niet onder de werking van de PW.

Het hof concludeert vervolgens – en nu komt het merkwaardige van deze uitspraak; *JH* – dat *“derhalve vaststaat dat het middels deze polissen ondergebrachte pensioen van de vrouw niet kan worden verevend op grond van de WVPS”*. Dat betekent echter naar het oordeel van het hof niet dat de man daarin niet kan delen zoals de vrouw lijkt te stellen, nu partijen immers in gemeenschap van goederen waren gehuwd. Bovendien maakt de vrouw wel aanspraak op verevening van de door de man tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten. Of de polissen bij Interpolis gesplitst kunnen worden in die zin dat ook de man aanspraak kan maken op de helft van het tijdens het huwelijk door de vrouw opgebouwde pensioen, is voor het hof niet duidelijk. Het hof draagt de vrouw op aan Interpolis de schriftelijke vraag voor te leggen of de pensioenpolissen kunnen worden gesplitst en, zo nee, welke waarde per echtscheidingsdatum aan de pensioenpolissen kan worden toegekend en wat de fiscale consequenties voor de vrouw zijn, indien zij de helft van de waarde met de man dient te verrekenen.

In **Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6713** verzoekt de man het hof om de aan zijn B.V. opgelegde afstortingsverplichting ten bedrage van € 160.000 te schorsen. Het hof loopt de regels voor schorsing af en beslist dat hetgeen de man aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd niet tot toewijzing van zijn verzoek leidt. Voor het hof weegt in de onderhavige procedure het belang van de vrouw bij (voortzetting van) de tenuitvoerlegging van de beschikking, te weten haar belang bij afstorting van € 160.000 bij een externe pensioenverzekeraar ter zake van het aan de vrouw toekomende deel van de pensioenaanspraken, zoals die bij de B.V. ten behoeve van haar zijn opgebouwd, zwaarder dan het belang van de man bij schorsing van de tenuitvoerlegging.

Het hof onderkent het door de man gestelde restitutierisico ten aanzien van de afstorting van de gelden bij een externe pensioenverzekeraar. Ook heeft de man terecht erop gewezen dat de vrouw na afstorting geen directe aanspraak op de pensioenverevening zal hebben, aangezien dat eerst ingaat op de pensioengerechtigde leeftijd van de man, te weten eerst op 11 december 2022. Daartegenover staat echter dat de vrouw zich niet geheel ongegrond zorgen maakt over het risico dat de B.V. te zijner tijd geen of onvoldoende verhaal zal kunnen bieden voor haar vordering. De man heeft immers als enig aandeelhouder en bestuurder van de B.V. directe zeggenschap over de wijze van bedrijfsvoering en over de bestemming van de

resultaten. De man is in die positie in staat om zich de winst voor belastingen uit te (doen) keren in de vorm van een tantième en/of salaris(verhoging) dan wel in de vorm van dividend. Verder heeft de man de beschikking over een rekening courant faciliteit met de vennootschap. Het hof betreft voorts bij zijn overweging dat de man de vrouw ter zake van afstorting van het aan haar toekomende deel van de pensioenaanspraken, zoals door de man in eigen beheer opgebouwd geen voor de vrouw aanvaarbare zekerheid heeft geboden. De door de man aan de vrouw (voor de duur van het hoger beroep) geboden zekerheid door zijn deel van het uit arbeid opgebouwde ouderdomspensioen aan te bieden van € 4.000 per jaar, biedt naar de omvang onvoldoende dekking voor het risico dat de vrouw loopt.

In **Hof Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3875** komen beide partijen in beroep tegen het oordeel van de rechtbank dat de man € 211.743 dient af te storten bij een in Nederland erkende levensverzekeringsmaatschappij ter verzekering van de ten behoeve van de vrouw in eigen beheer bij de B.V. van de man opgebouwde pensioenaanspraken met inbegrip van het nabestaandenpensioen. De man wenst dat het pensioen in eigen beheer in zijn B.V. blijft staan, omdat de B.V. over onvoldoende middelen beschikt om tot afstorting over te gaan. De vrouw wenst afstorting van het bedrag van € 211.743 in een door haar op te richten pensioen B.V. Zij is bereid tot conversie van de pensioenrechten voor een iets lager bedrag.

Het hof overweegt dat uit de conceptjaarrekening 2014 volgt dat er een pensioenvoorziening is opgenomen voor een bedrag van € 167.470. Uit de toelichting op de jaarrekening volgt dat bij de berekening van de voorziening rekening is gehouden met een rekenrente van 3,034%. Volgens de advocaat van de man dient te worden uitgegaan van de huidige zeer lage rentetarieven, die zich tussen de 1% en 1,5% bewegen. De in de jaarrekening getroffen pensioenvoorziening voor de man en de vrouw is derhalve onvoldoende. De voorziening dient ten minste het dubbele te zijn van het bedrag dat in de conceptjaarrekening 2014 is opgenomen. Het bedrag aan liquiditeiten dat per 31 december 2014 aanwezig is, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om de pensioenvoorziening voor de man en de vrouw af te storten onder een levensverzekeringsmaatschappij. De postrelationele solidariteit tussen ex-echtgenoten brengt met zich dat het effectief aanwezige pensioen tussen partijen in gelijke mate moet worden verevend. Nu een voorziening van ruim € 340.000 op de balans nodig is om de totale pensioenrechten van partijen te dekken, kan van de man in redelijkheid niet worden verwacht dat hij daarvan ten behoeve van de vrouw €

211.743 in liquiditeiten afstort, waarbij hij geen zekerheid meer heeft over de dekking van zijn eigen pensioen. In het kader van het vennootschappelijk belang dient de vennootschap ook over voldoende liquiditeiten te kunnen beschikken om aan haar lopende verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Het volledig aanwenden van de liquiditeiten voor het afstorten van de pensioenrechten acht het hof in strijd met de belangen van de vennootschap. Voorts is het hof van oordeel dat de man ook overigens onvoldoende eigen vermogen heeft om zorg te dragen voor de afstorting van de pensioenrechten, waarbij het hof het redelijk en billijk acht dat een pensioenafstorting dan ook plaatsvindt voor beide partijen en niet slechts voor één partij. De desbetreffende grief van de man treft derhalve doel. De bestreden beschikking dient derhalve in zoverre te worden vernietigd.

In **Hof Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3765** draait het geschil onder meer om de toedeling van de aandelen in een pensioen/stamrecht B.V. en de afstorting van pensioenaanspraken ten behoeve van de vrouw. De rechtbank heeft de aandelen in de pensioen/stamrecht B.V. aan de man toebedeeld onder de verplichting de helft van de waarde aan de vrouw te vergoeden. Hiertegen komt de man in beroep. De vrouw is daarnaast van mening dat de rechtbank de man had moeten veroordelen tot afstorting van het haar toekomende deel aan stamrecht- en pensioenaanspraken bij een door de vrouw aan te wijzen externe pensioenverzekeraar.

Het hof overweegt dat nu de aandelen in de pensioen/stamrecht B.V. een onderdeel vormen van de te verdelen huwelijksgemeenschap en hieromtrent complexe vraagstukken spelen, zoals de mogelijkheid tot afstorten van de pensioen/stamrechten en het geschil omtrent de waarde van de aandelen, en kan de man naar het oordeel van het hof niet gehouden worden aan de overeenkomst die partijen in eerste aanleg hebben gesloten omtrent toedeling van de aandelen aan de man. Er is pas sprake van een volledige verdeling indien partijen ook overeenstemming hebben over alle financiële gevolgen met betrekking tot dat goed. Nu partijen geen volledige overeenstemming hebben bereikt omtrent alle financiële gevolgen met betrekking tot dit goed, zijnde de aandelen, heeft er geen verdeling plaatsgevonden.

De aandelen in de vennootschap behoren tot het te verdelen vermogen. Partijen hebben in privé een vordering op de B.V. uit hoofde van de door de B.V. aan partijen gedane pensioen/stamrechttoezeggingen. Als gevolg van het pensioen in eigen beheer/stamrecht rust er op de vennootschap een aanzienlijke claim. Daarnaast heeft het hof ernstige twijfel of de vennootschap haar vordering op de zoon van partijen ook

daadwerkelijk kan incasseren. Voorts is het hof ervan overtuigd dat de vennootschap haar ondernemingsactiviteiten heeft gestaakt en dat de vennootschap een pensioen/stamrecht B.V. is geworden. Vanuit de vennootschap bezien, is het voor de vennootschap van belang dat zij over voldoende financiële middelen kan beschikken om aan haar pensioen/stamrechtverplichtingen te kunnen voldoen. Gezien de aard van de vennootschap (pensioen/stamrecht B.V.) acht het hof het redelijk en billijk om de aandelen tussen partijen gelijkelijk te verdelen. Gezien het feit dat de man heeft verzocht om de verdeling vast stellen en de vrouw daar geen bezwaar tegen heeft, maakt het hof gebruik van haar discretionaire bevoegdheid. In het kader van een ruziesplitsing kunnen partijen nadien nog overgaan tot splitsing van de vennootschap, dan kan ieder der partijen zijn eigen beleid formuleren met betrekking tot de onderneming. Het hof is verder van oordeel dat de pensioen- en stamrechten van de vrouw op dit moment niet kunnen worden afgestort aangezien binnen de vennootschap onvoldoende liquiditeiten aanwezig zijn om pensioen- en stamrechten voor beide partijen uit te kunnen keren. Ook beschikt de man overigens over onvoldoende vermogensbestanddelen om aan dit verzoek van de vrouw te kunnen voldoen. Voorts heeft de vrouw geen belang meer bij haar vordering nu de helft van de aandelen aan haar worden toegedeeld. Indien de vrouw het wenselijk vindt, kan zij overgaan tot een ruziesplitsing van de B.V. Zij kan dan haar eigen pensioen/stamrechten gaan beheren. Voorts is het hof van oordeel dat de postrelationele solidariteit meebrengt dat, indien tot afstorting wordt overgegaan, ook de man zijn aanspraken op pensioen- en stamrechten in gelijke mate geldend moet kunnen maken. Het verzoek van de vrouw tot afstorting zal derhalve worden afgewezen.

Verevening / uitruil partnerpensioen

In Rechtbank Zeeland-West-Brabant 4 december 2013, nr. C/12/87598 / HA ZA 13-46, ECLI:NL:RBZWB:2013:11273 (publicatie 3 maart 2015) zijn partijen het erover eens dat het ouderdomspensioen onder de WVPS valt, maar verschillen zij van mening over de einddatum voor de vereveningsperiode (in de uitspraak is overigens ten onrechte vermeld: “ingangsdatum”). Volgens de man moet dit de datum van feitelijk uiteengaan zijn, volgens de vrouw de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking.

De rechtbank overweegt dat de WVPS uitgaat van de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking. Er is tussen partijen geen andersluidende afspraak gemaakt zodat deze datum moet worden aangehouden.

Volgens de man heeft de vrouw geen recht op het bijzonder partnerpensioen. In tweede instantie heeft hij gevorderd het bijzonder partnerpensioen voor te dragen voor uitruil. De vrouw heeft daar niet mee ingestemd. Het bijzonder partnerpensioen valt onder het te verdelen vermogen overeenkomstig de WVPS. De vrouw heeft ook recht op haar deel over de huwelijkse periode. Als zij niet meewerkt aan de uitruil zoals de man wil, blijft het bijzonder partnerpensioen bestaan tenzij alsnog wordt ingestemd met zo'n uitruil. De rechtbank bepaalt dat de verevening van de pensioenrechten inclusief het bijzonder partner pensioen zal plaatsvinden overeenkomstig de WVPS.

Bij deze uitspraak valt op dat de rechtbank zowel de aanspraken op ouderdomspensioen als de aanspraken op partnerpensioen op een en dezelfde manier lijkt af te wikkelen. Dat is natuurlijk niet correct. Aanspraken op ouderdomspensioen worden op grond van de WVPS (in beginsel) bij helfte verevend voor zover tijdens de huwelijkse periode opgebouwd, terwijl (opgebouwde) aanspraken op partnerpensioen op grond van artikel 57 PW – in casu was de man geen DGA – zowel over de huwelijkse als vóór-huwelijkse periode ten gunste van de ex-partner worden afgesplitst en verzelfstandigd. Je zou verwachten dat de rechtbank op de hoogte is van de basale wettelijke bepalingen rondom pensioenverevening en bijzonder partnerpensioen. Die verwachting moeten we kennelijk bijstellen en noodzaakt tot alertheid.

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 behandelingsnormen. Hierover wordt veel geprocedeerd. Hieronder volgt een selectie van de rechtspraak gepubliceerd in 2015.

Korting nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil verboden onderscheid?

Een deelnemer aan de pensioenregeling van de Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor de Waterbouw (Bpf Waterbouw) vordert bij **Hof Den Haag (9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1284)** (onder meer) dat het bestaandenpensioen ten behoeve van zijn huidige echtgenote niet wordt verlaagd als gevolg van de kortingsregeling (zie hierna). De deelnemer is vanaf 1 september 1975 deelnemer, op 1 februari 2007 is de deelnemer met (vroeg)pensioen gegaan. De deelnemer is gehuwd met een partner (vrouw) die meer dan 10 jaar jonger is. In het pensioenreglement is bepaald dat de partner van de deelnemer recht heeft op een partnerpensioen dat aanvangt met ingang van de eerste dag van de maand volgende op die waarin de (gewezen) deelnemer of gepensioneerd deelnemer is overleden. Het partnerpensioen eindigt met ingang van de maand volgende op die waarin de partner overlijdt. Verder is in het reglement geregeld dat de hoogte van het partnerpensioen wordt verminderd met een recht op bijzonder partnerpensioen dat is toegekend aan een gewezen partner van de deelnemer. Dit geldt ook indien de eerdere partner, die een recht op bijzonder partnerpensioen had, inmiddels is overleden.

Het pensioenreglement kent een kortingsregeling vanwege een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en diens partner; het partnerpensioen wordt verminderd met 3% van het oorspronkelijke bedrag voor elk jaar dat de partner meer dan 10 jaar jonger is dan de deelnemer. De kantonrechter heeft in het midden gelaten of de kortingsregeling indirect onderscheid naar geslacht oplevert, omdat – zo van indirect onderscheid sprake is – dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De deelnemer onderbouwt zijn stelling dat er sprake is van een indirect onderscheid op een uitspraak van het (thans) CRvM, waarin de zogenoemde correlatie- en chikwadraattoets (om te bepalen of de kortingsregeling wel leidt indirect onderscheid) niet kon worden

uitgevoerd. Het CRvM concludeerde echter tot een vermoeden van indirect onderscheid. Bpf Waterbouw stelt dat het CRvM onjuist heeft geoordeeld. Het hof oordeelt dat niet valt in te zien waarom de – door deskundigen, maar ook het CRvM zelf – als adequaat aangemerkte statistische toets moet wijken voor een niet onderbouwde aanname van het CRvM.

In onderhavige kwestie is niet in geschil dat voor de vraag of sprake is van indirecte discriminatie gekeken moet worden naar de deelnemerspopulatie van *dit* pensioenfonds. Nu vaststaat, dat de daartoe geëigende statistische toets als uitkomst heeft gegeven dat er geen aanwijzingen zijn dat de toepassing van de kortingsregeling binnen de populatie van deelnemers van Bpf Waterbouw leidt tot een (significant) onderscheid naar geslacht, is er naar het oordeel van het hof geen ruimte voor een bewijsvermoeden. Het enkele feit dat uit CBS-cijfers blijkt dat in Nederland mannen vaker zijn gehuwd met een vrouw die tien jaar jonger is dan andersom, en dit ook binnen de populatie van Bpf Waterbouw het geval is, doet hieraan niet af. Het hof concludeert dat de deelnemer, onvoldoende feiten of omstandigheden heeft aangevoerd die kunnen leiden tot de conclusie dat met betrekking tot de kortingsregeling sprake is van een indirect onderscheid naar geslacht.

Als er al sprake zou zijn van een indirect onderscheid naar geslacht, dan is er mogelijk sprake van een objectieve rechtvaardiging. Dit doet zich voor als er sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Bpf Waterbouw heeft als doel van de kortingsregeling onder meer aangevoerd de begrenzing van de solidariteit, welke nodig is om het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening in stand te houden. Het hof is van oordeel dat de kortingsregeling een passend en noodzakelijk middel is om het gerechtvaardigde doel, de begrenzing van de solidariteit teneinde het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening te bewaken, te bereiken. Het hof overweegt verder dat de in het Pensioenreglement opgenomen kortingsregeling het resultaat is van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de CAO-partijen. Gegeven de geschiktheid van de leeftijdskorting als middel om het gerechtvaardigde doel (begrenzing van de solidariteit) te bereiken en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt begrensd, is een terughoudende toetsing door het hof van deze grenzen op zijn plaats. Nu zeer wel te verdedigen valt dat de grens van de solidariteit dient te worden gelegd bij 10 jaar leeftijdsverschil, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van verboden onderscheid.

Vervolgens gaat het hof in op de vraag of er sprake is van indirect onderscheid op basis van leeftijd bij arbeidsvoorwaarden. Volgens het hof vormt de enkele stelling dat aannemelijk is dat de kans dat een deelnemer een (veel) jongere partner krijgt, toeneemt met de jaren, onvoldoende basis voor het oordeel dat ten aanzien van de kortingsregeling sprake is van een verboden onderscheid naar leeftijd. Nu de grondslag van de toepassing van de kortingsregeling op het opgebouwde nabestaandenpensioen gelegen is in de (gemiddeld) hoge levensverwachting van een veel jongere partner ten opzichte van het opgebouwde nabestaandenpensioen, hetgeen een actuariële grondslag betreft, en niet is komen vast te staan dat sprake is van onderscheid naar geslacht, betekent dit dat het hof het ervoor moet houden dat de onderhavige kortingsregeling niet leidt tot een verboden indirect onderscheid naar leeftijd.

Maar wanneer het deelnemersbestand op grond van een gedegen analyse laat zien dat er onvoldoende correlatie is, lijkt de conclusie 'geen onderscheid, dus geen discriminatie' gerechtvaardigd. **Rechtbank Midden-Nederland (15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5377)** oordeelde over het pensioenreglement van het beroepspensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor Huisartsen (SPH) dat geen sprake was van indirect onderscheid naar geslacht, omdat uit de correlatietoets bleek dat de kortingsregeling binnen het deelnemersbestand van het pensioenfonds niet leidde tot een (significant) onderscheid naar geslacht. Evenmin werd leeftijdsonderscheid aannemelijk geacht.

Op 18 december 2015 casseerde de Hoge Raad (**ECLI:NL:HR:2015:3628**) in het belang der wet het *ING*-arrest van Hof Amsterdam (31 augustus 2006, **ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535**) waarin de korting van het nabestaandenpensioen objectief gerechtvaardigd werd geoordeeld. Bij de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil was de oordelenlijn van het CRvM afwijkend van de rechtspraak. Bovendien was de uitkomst bij Hof Amsterdam en Hof Den Haag (9 juni 2015, **ECLI:NL:GHDHA:2015:1284**; zie de hiervoor besproken uitspraak) een andere dan bij Hof Den Bosch (8 november 2005, **ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564**). Het is daarom dat de Procureur-Generaal verzocht tot cassatie.

Het oordeel van de Hoge Raad betekent overigens niet dat een korting van het nabestaandenpensioen per definitie discriminatie naar geslacht (van vrouwen) is. De Hoge Raad heeft 'slechts' geoordeeld dat de objectieve rechtvaardigingstoets niet goed is toegepast. De in de verschillende procedures aangevoerde begrenzing van de

solidariteit is een legitiem doel. Dat doel wordt bereikt door de korting (zijnde passende maatregeling, vergelijk r.o. 3.3.2 in het arrest). Het probleem is echter de (toetsing van de) noodzakelijkheid van de korting: is de korting proportioneel en is er geen alternatief met minder of geen onderscheid? Daarbij is de Hoge Raad kritisch over het gewicht dat het hof geeft aan de kortingsregeling als uitkomst van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen. Volgens het hof past het de rechter om terughoudend te zijn met een oordeel over de solidariteitsgrenzen in het pensioenreglement. De Hoge Raad vindt dit echter een miskennen van de noodzakelijkheidstoets. De rechter moet zich zelfstandig een oordeel vormen over de vraag of de kortingsregeling voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarbij is de Hoge Raad van oordeel dat het hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijds-korting in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds: *“Het Hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.”* De bewijslast voor de objectieve rechtvaardiging rust tenslotte op het pensioenfonds. Volgens de Hoge Raad zijn – onder verwijzing naar het oordeel van het CRvM in deze zaak – algemene gezichtspunten over de verhouding tussen afschaffingskosten van de kortingsregeling en de omvang van het pensioenfonds daarbij niet van belang. Concrete cijfermatige onderbouwing is vereist. Bij het CRvM bleek het doorlopen van de drie stadia van de objectieve rechtvaardigingstoets al een standaard toepassing. Het kan zo maar zijn dat de civiele rechter na dit arrest zal doorvragen naar gedetailleerde onderbouwing.⁴⁴

Nietig, niet vernietigbaar

In het tussenarrest van 27 november 2012 heeft het hof overwogen dat KLM een verboden onderscheid naar leeftijd heeft gemaakt door het bereiken van de 63-jarige leeftijd als pensioendatum te hanteren en een verzoek tot doorwerken niet te honoreren, en dat bij strijdigheid de desbetreffende bedingen op grond van artikel 13 Wgbla nietig zijn. Het hof heeft in dat tussenarrest voorts overwogen dat de arbeidsovereenkomsten hebben voortgeduurd tot de 65-jarige leeftijd. In de

⁴⁴ M. Heemskerk en S. Kali, ‘Korting nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil geen discriminatie: bewijs het maar’, *PensioenMagazine* 2016, nr. 3.

antwoordakte na het tussenarrest heeft KLM echter gesteld dat de sanctie op het door KLM gemaakte verboden onderscheid naar leeftijd (een verboden opzegging van de arbeidsovereenkomst) op grond van artikel 11 lid 1 Wgbla vernietigbaar is. **Hof Amsterdam (2 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2133)** volgt hier KLM niet.⁴⁵ Op grond van het bepaalde in artikel 5.4 lid 1 van de toepasselijke cao *“neemt de arbeidsovereenkomst in ieder geval een einde - zonder dat daartoe opzegging is vereist (onderstreping hof) - op de (norm)pensioendatum...”*. Wat die datum voor een werknemer is, volgt uit het op die werknemer toepasselijke reglement en was het bereiken van de 63-jarige leeftijd, tenzij een verzoek te mogen doorwerken zou worden gehonoreerd. Er is sprake van een verboden onderscheid naar leeftijd; de in de cao getroffen regeling over het einde van de arbeidsovereenkomst heeft aldus een discriminatoir karakter. Een dergelijk beding is, aldus het hof, nietig op grond van artikel 13 Wgbla. Het bereiken van de pensioenleeftijd heeft het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg zonder dat daarvoor nog een rechtshandeling (een opzegging) vereist is. Er behoefde geen opzegging plaats te vinden, en er heeft ook geen opzegging plaatsgevonden. Alleen een discriminatoire opzegging is (op grond van artikel 11 lid 1 Wgbla) vernietigbaar. Het feit dat KLM de mogelijkheid had een verzoek om door te werken te honoreren, maakt, anders dan KLM heeft bepleit, het vorenstaande niet anders. De weigering van KLM om de werknemers later (dan op de ‘normpensioendatum’) met pensioen te laten gaan kan niet aangemerkt worden als een discriminatoire en dus vernietigbare opzegging, zoals KLM bepleit, maar moet worden gezien als een weigering om een uitzondering te maken op het discriminatoire pensioenbeding. Dat beding strekte tot het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomsten en is, zoals in het tussenarrest is overwogen, nietig. Het hof ziet dus geen aanleiding terug te komen van zijn onderhavige beslissing.

Compensatie jongeren is ongeoorloofd leeftijdsonderscheid

Hof Amsterdam (30 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:188) kon zich buigen over een bijzondere zaak. De Stichting Nationaal Lucht- en ruimtevaartlaboratorium (NLR) zag zich gevangen door de Wgbla. In verband met de invoering van de Wet VPL was de bestaande VUT-regeling (via een overgangsregeling) gehandhaafd voor werknemers geboren voor 1950. In 2010 heeft Hof Amsterdam (27 juli 2010,

⁴⁵ Zie ook JAR 2015/84 m.n.t. M.S.A. Vegter.

ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9262) op vordering van de ‘jongere’ deelnemers geoordeeld dat er sprake was van verboden leeftijdsonderscheid omdat de compensatie(regeling) voor de jongeren onvoldoende in verhouding stond tot het voortzetten van de VUT-regeling. Daarop heeft NLR de compensatie verhoogd voor de jongeren (zijnde een geboortajaarafhankelijke eindejaarsuitkering, de zogenaamde afhandelingsregeling). Op grond hiervan procederen de ouderen (geboren voor 1950) vervolgens voor de stelling dat de compensatie in de afhandelingsregeling dusdanig beter is voor de jongeren dat er verboden onderscheid wordt gemaakt jegens de ouderen. De ouderen hebben slechts VUT-aanspraken en als zij daar geen gebruik van maken dan hebben zij geen VUT-uitkeringen maar ook geen compensatie. Het wederom aanpassen van de regeling zodat iedereen een betere regeling heeft ziet NLR als een (in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW) onbillijke uitkomst, maar het hof stelt dat NLR dat volledig aan zich zelf heeft te wijten door een regeling te treffen met verboden leeftijdsonderscheid. Ook de omstandigheid dat NLR bij toewijzing van de vorderingen het (volgens NLR bestaande) beginsel van kostenneutraliteit (opbrengst van de afschaffing van de VUT-regeling afgezet tegen de kosten van de nieuwe regeling en de afhandelingsregeling) niet kan handhaven, moet volgens het hof voor haar rekening blijven. Zij had dit namelijk kunnen voorkomen indien zij de procederende werknemers gelijk zou hebben behandeld door ook aan hen een geboortajaarafhankelijke eindejaarsuitkering toe te kennen, indien en voor zover zij ervoor zouden kiezen niet met VUT te gaan, en de kosten daarvan in haar berekeningen had betrokken, zoals zij had moeten doen. Daarbij kom ik tot de (in het kader van gelijke behandeling interessante) vraag of de eigen (dus individuele) keuze van de werknemer om niet van de VUT-regeling gebruik te maken betekent dat hij vervolgens moet worden vergeleken met een werknemer die helemaal geen VUT-aanspraken meer heeft. Dit is nog wel ingebracht door NLR. Zij voert aan dat de werknemers die geboren zijn vóór 1 januari 1950, onder wie de procederende werknemers, in een andere positie verkeren dan de werknemers die na die datum geboren zijn omdat de laatste, anders dan de betrokken werknemers, geen gebruik kunnen maken van een VUT-regeling, ook niet op hun 62-ste of 63-ste jaar. Er is sprake van ongelijke gevallen en die mogen, aldus NLR, ongelijk behandeld worden. Maar volgens het hof brengt de enkele omstandigheid dat de betrokken werknemers nog wel op een VUT-regeling aanspraak kunnen maken maar jongeren in het geheel niet meer, nog niet mee dat zij in een geheel andere positie verkeren.

Einde uitkering op 65 jaar na verhoging AOW-leeftijd is leeftijdsdiscriminatie

In artikel 17, eerste lid, aanhef en onder a, van het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie (Wbad) is bepaald dat het recht op wachtgeld eindigt met ingang van de eerste dag van de kalendermaand volgend op die waarin de betrokkene de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. **Rechtbank Den Haag (21 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5939)** stelt vast dat verweerder onderscheid op grond van leeftijd maakt door de wachtgelduitkering van medewerkers bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te beëindigen, terwijl jongere ambtenaren wel voor de volledige duur een wachtgelduitkering ontvangen. De ambtenaren die na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar geen wachtgelduitkering meer ontvangen en door de verhoging van de leeftijd waarop aanspraak kan worden gemaakt op een AOW-uitkering tot aan het bereiken van die leeftijd op die wet geen beroep kunnen doen, krijgen te maken met een inkomstenterugval waardoor zij worden benadeeld.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder b, gezien in samenhang met artikel 3, aanhef en onder d. en e. Wgbla is een dergelijk onderscheid verboden, met dien verstande dat dit onderscheid ingevolge artikel 7 lid 1 Wgbla in een aantal gevallen objectief gerechtvaardigd is te achten en het verbod dan niet geldt. Het CRvM heeft op 1 september 2014 (Oordeel 2014-105) in de zaak van de Vakbond voor Burger- en Militair defensiepersoneel tegen de minister van Defensie een niet bindend oordeel gegeven over de vraag of de minister van Defensie verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt door de wachtgelduitkering van medewerkers te beëindigen bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Het CRvM heeft geoordeeld dat het doel van het gemaakte leeftijdsonderscheid is het beschermen van alleen diegenen die beschikbaar zijn voor arbeid en onvoldoende inkomensvoorzieningen hebben. Het doel is naar het oordeel van het CRvM voldoende zwaarwegend en er is geen sprake van een discriminerend oogmerk. Het doel is dan ook legitiem. Met het hanteren van de leeftijdsgrens van 65 jaar, voor het recht op een wachtgelduitkering, wordt het doel naar het oordeel van het CVrM echter niet bereikt. Immers, ambtenaren die de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet hebben bereikt, worden door het hanteren van de leeftijdsgrens van 65 jaar juist niet beschermd tegen de inkomstenterugval. Integendeel, door het hanteren van de leeftijdsgrens van 65 jaar wordt de inkomsterugval juist veroorzaakt. Het CRvM oordeelt dan ook dat het middel niet passend is en dat er daarom geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor het gemaakte leeftijdsonderscheid. De minister van Defensie heeft dan ook verboden

onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. De rechtbank onderschrijft dit oordeel. De rechtbank voegt hieraan toe dat het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) inmiddels besloten heeft om vanaf 1 januari 2015 de pensioenregeling aan te sluiten op de AOW-leeftijd waardoor de inkomstenterugval nog groter is geworden. De rechtbank oordeelt verboden onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt en dat het bestreden besluit wegens strijd met artikel 3 Wgbla, artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 1 Grondwet dient te worden vernietigd.

Eenzelfde casus deed zich voor bij **Rechtbank Overijssel (8 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5356)**. Het betrof hier een politieambtenaar. Toen hij gestopt is met werken is hem een uitkering voor zogenoemd functioneel leeftijdsontslag op grond van de Regeling bijzondere ontslaguitkering politie (Rbop) toegekend. Eiser heeft tot en met januari 2015 een FLO-uitkering ontvangen tot zijn 65-jarige leeftijd, zijn AOW-gerechtigde leeftijd en de pensioenleeftijd voor het ABP-pensioen liggen na deze datum. De rechtbank stelt voorop dat het recht op de uitkering op grond van het bepaalde in artikel 14, eerste lid, aanhef en onder c, van de Rbop eindigt met ingang van de eerste dag van de maand volgende op die waarin de betrokkene de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. De rechtbank is ook hier van oordeel dat het beëindigen bij het bereiken de leeftijd van 65 jaar van de uitkering op grond van het Wachtgeldbesluit van medewerkers op wie het Sociaal Beleidskader 2004 van toepassing is, in strijd is met het bepaalde in artikel 3 sub e. Wgbla, welke bepaling het maken van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden verbiedt. De rechtbank is, mede gelet op het oordeel van het CRvM van 1 september 2014 (Oordeel 2014-105) in een vergelijkbare zaak, van oordeel dat het recht op een uitkering op grond van het Wachtgeldbesluit na beëindiging van het dienstverband van de voormalige ambtenaar zo zeer verweven is met het hieraan voorafgaande dienstverband, dat dit recht moet worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde in de zin van voornoemd artikel 3 sub e. Wgbla. De rechtbank overweegt voorts dat artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG bepaalt dat niettegenstaande artikel 2 lid 2 van deze richtlijn de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen van het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Deze bepaling

van unierecht, die duidelijk en onvoorwaardelijk is geformuleerd en die niet afhankelijk is van te treffen uitvoeringsmaatregelen, heeft naar het oordeel van de rechtbank rechtstreekse werking. De rechtbank is, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 26 september 2013 (C-546/11, *Toftgaard*), van oordeel dat artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan ambtenaren op de enkele grond dat zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt niet in aanmerking kunnen voor wachtgeld dat bestemd is voor ambtenaren die ontslagen zijn wegens schrapping van hun post. Nu het Wachtgeldbesluit een dergelijk onderscheid wel maakt is deze bepaling naar het oordeel van de rechtbank tevens in strijd met de hiervoor genoemde rechtstreeks werkende bepaling van unierecht.

Soortgelijk vraagstuk maar met een andere uitkomst speelt bij het beroep van een ambtenaar tegen de beëindiging van zijn uitkering ingevolge het Werkloosheidsbesluit Defensiepersoneel als gevolg van het bereiken van de leeftijd van 65 jaar (**Rechtbank Oost-Nederland 10 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6130**). Naar het oordeel van de rechtbank is het nadeel niet het gevolg van een in het Werkloosheidsbesluit besloten (verboden) onderscheid naar leeftijd. Het nadeel wordt in dit geval (alleen) veroorzaakt door de inwerkingtreding van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (Wet VAP). Op grond van artikel 11 van de Wet algemene bepalingen mag de rechter de innerlijke waarde of billijkheid van de wet (en/of wetswijzigingen) niet beoordelen.

Niet aanbieden arbeidsovereenkomst 66 jarige geen leeftijdsdiscriminatie

Een vrouw was 66 jaar toen zij op 1 juli 2012 bij haar werkgever in dienst trad. Zij is tot 1 januari 2014 op basis van twee opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst geweest. De eerste arbeidsovereenkomst was aangegaan voor de duur van één jaar. Deze is vervolgens verlengd voor de duur van zes maanden. Na anderhalf jaar besluit de werkgever haar contract niet te verlengen. Volgens de vrouw zei haar leidinggevende dat dit kwam omdat zij al ouder is dan 65 jaar. De werkgever zegt dat de leeftijd van de vrouw geen rol speelde. Een verrassende soepele opstelling van het **CRvM (2 februari 2015, Oordeel 2015-9)**, hoewel het hier niet om een pensioenontslag gaat maar om het niet aanbieden van een arbeidsovereenkomst wegens leeftijd na het bereiken van de pensioenleeftijd. Het CRvM ziet namelijk de wettelijke uitzondering van beëindiging wegens het bereiken van de AOW-leeftijd van toepassing. Waar het CRvM in eerdere soortgelijke zaken haar oordelen mede

baseerde op uitleg van het EU-recht, gaat het CRvM daar in dit oordeel geheel aan voorbij en er dus ook aan voorbij gaat dat de Richtlijn hier geen rechtvaardiging voor kent en de Nederlandse wet ook niet. Het CRvM baseert haar oordeel (alleen) op een enkele passage in de wetsgeschiedenis. De wetgever heeft, aldus het CRvM, bepaald dat deze uitzondering ook van toepassing is op leeftijdsonderscheid bij de aanname van personeel boven de AOW-gerechtigde leeftijd. In de memorie van toelichting zegt de regering hierover: *“Aangezien ontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd ingevolge artikel 7, eerste lid, onderdeel b WGBL objectief gerechtvaardigd is, is het evident dat met deze leeftijdsgrens ook rekening kan worden gehouden bij de werving van personeel”*.⁴⁶

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 20 en p. 31, en in navolging daarvan CRvM 19 november 2009, Oordeel 2009-110, overweging 3.5.

9. Zorgplicht en Vertrouwensleer

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

Vertrouwensleer

In het arrest van de **Hoge Raad (30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:163)** verwerpt de Hoge Raad het beroep ingesteld tegen het afschaffen van de werkgeversbijdragen in de particuliere ziektekosten voor gepensioneerden door (destijds) Fortis. De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is en dat er geen sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen op doorbetaling van de werkgeversbijdrage: *“Het hof heeft verder geoordeeld dat het verstrekken van een bijdrage aan oud-werknemers was gekoppeld aan de aanspraak op een bijdrage van actieve werknemers overeenkomstig de toepasselijke CAO en dat dit voor de oud-werknemers voldoende duidelijk is geweest. Het daarop voortbouwende oordeel houdt in dat de oud-werknemers niet erop mochten vertrouwen dat de Bank haar bijdrage aan de kosten van een ziektekostenverzekering zou voortzetten in het nieuwe stelsel, waarin geen sprake meer was van een aanspraak van actieve werknemers krachtens de CAO op een bijdrage in de kosten van een collectieve ziektekostenverzekering, en dat dus niet op die grond een daartoe strekkende verbintenis jegens de oud-werknemers is ontstaan. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de in het onderdeel genoemde omstandigheden. De enkele omstandigheid dat de oud-werknemers kosten dienden te blijven maken voor een ziektekostenverzekering brengt immers niet mee dat de Bank deze kosten voor haar rekening moet blijven nemen. Het gebruik door de Bank van woorden als “stopzetten”, “opzeggen”, “afschaffen” en “afbouwen” van de regeling houdt naar het niet onbegrijpelijke oordeel van het hof geen erkenning van de Bank in dat zij bestaande rechten van de oud-werknemers eenzijdig heeft beëindigd.”*

In de kroniek van 2013 is de uitspraak van **Rechtbank Noord Holland (5 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3804)** besproken. Een onjuist UPO heeft niet tot gevolg dat het aanspraken schept voor een pensioengerechtigde. En in de kroniek van 2014 is de uitspraak van **Hof Den Bosch (26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2997)** besproken. Het hof oordeelde eveneens dat aan onjuiste pensioenoverzichten niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend dat aanspraak bestaat op de daarin opgenomen hogere jaarlijkse pensioenuitkering. **Hof Arnhem-Leeuwarden (10**

februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:855) oordeelde anders dan de Rechtbank Noord Holland en Hof Den Bosch dat het UPO wel kan worden aangemerkt als een rechtshandeling. *“Met deze, op grond van art. 43 lid 1 Pensioenwet verplichte, opgave beoogt de pensioenuitvoerder immers duidelijk te maken welk concrete bedrag de dan pensioengerechtigde daadwerkelijk gaat ontvangen, of anders gezegd: op welk bedrag de gepensioneerde jegens het pensioenfonds, gelet op het reglement, aanspraak heeft.”* Echter, voor de uitkomst van deze zaak maakte deze opvatting geen verschil. In deze zaak ging het om het feit dat het pensioenfonds in een eerder stadium heeft aangegeven dat er sprake is in het reglement van een anticumulatiebepaling (samenloop van een arbeidsongeschiktheidsuitkering en een pensioenuitkering), maar hiermee op het UPO geen rekening heeft gehouden. Het pensioenfonds heeft wel een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt voor het geval gegevens onjuist zijn verwerkt. Het hof oordeelt dan ook dat, hoewel aanvankelijk het pensioen is uitgekeerd zonder rekening te houden met de anticumulatiebepaling, de gepensioneerde geen gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontleen aan de gedane uitkeringen. Hierbij speelde wellicht ook een rol dat niet is gebleken dat de gepensioneerde op grond van de mededelingen onomkeerbare financiële verplichtingen is aangegaan. Voor een geslaagd beroep op gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen zijn het juist de feiten en omstandigheden die het verschil (kunnen) maken. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de anticumulatiebepaling zodanig is geformuleerd, dat het niet ziet op de uitbetaling van het pensioen, maar op de toekenning daarvan.

Dat het pensioenfonds daarbij nog een uitdrukkelijk voorbehoud heeft gemaakt voor het geval gegevens onjuist zijn verwerkt, ontnemt dit bericht niet het karakter van een toezegging, zij het een voorwaardelijke. Daarmee is, anders dan bij de eerdere berichten, sprake van een rechtshandeling.

In de uitspraak van **Rechtbank Noord Holland (26 februari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1839)** verklaart de kantonrechter voor recht dat de werknemer, wanneer hij bij Halliburton uit dienst treedt en pensioen gaat ontvangen, een onvoorwaardelijk recht heeft op indexatie van zijn tot 1 januari 2007 opgebouwde pensioenaanspraken in de zin dat deze aanspraken jaarlijks dienen te worden aangepast aan de gestegen kosten van levensonderhoud en veroordeelt Halliburton om de onvoorwaardelijke indexatie jaarlijks te financieren, in de zin dat Halliburton daartoe aan Zwitserleven jaarlijks het bedrag voldoet dat Zwitserleven nodig acht om de indexatie jaarlijks uit te kunnen voeren voor elk jaar vanaf het moment dat de

werknemer uit dienst is getreden en met pensioen is gegaan, tot zijn overlijden. De grondslag voor deze uitspraak is het feit dat in de communicatie naar de deelnemers niet (voldoende) naar voren is gekomen dat de toeslagvoorziening voorwaardelijk is geworden.

Hof Arnhem-Leeuwarden (31 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2326) oordeelde dat een werknemer er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zijn bonus meetelde voor de grondslag van het arbeidsongeschiktheidspensioen. Aan dit oordeel ligt ten grondslag dat een brochure bij de pensioenregeling eerder als voorlichtingsmateriaal dient te worden beschouwd dan als een schriftelijke toelichting op het reglement. Hierbij speelt mee dat in de brochure duidelijk vermeld staat dat aan deze brochure geen rechten kunnen worden ontleend en dat kort gezegd de inhoud van het pensioenreglement leidend is. En voorts geldt in casu dat, zonder nadere toelichting van de werknemer, die ontbreekt, niet kan worden aangenomen dat de werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het in de brochure gebruikte begrip “variabele inkomenselementen” ook de bonus was begrepen. Dat is niet in de aangehaalde citaten van de brochure vermeld, althans dat kan niet uit deze citaten worden afgeleid.

In een ander zaak oordeelde **Hof Arnhem-Leeuwarden (17 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2531)** eveneens dat de werknemer geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontleenen uit een ontvangen brief omdat in die brief slechts informatie is gegeven met betrekking tot de op dat moment geldende regeling van het (bijzonder) partnerpensioen.: *“Deze brief bevat niet een op een rechtsgevolg gerichte verklaring van SPF in die zin dat - kort gezegd - met deze brief aan de partner een onvoorwaardelijke aanspraak op het bijzonder nabestaanden/partnerpensioen van de ex-partner werd toegekend. Die aanspraak was immers afhankelijk van het (tijdstip van) overlijden van de ex-partner. De ex-partner was op dat moment nog in leven en de vraag of de voorwaarde in de toekomst zou worden vervuld was toen onzeker. Op grond van de inhoud en strekking van de brief van 16 januari 2003 en uitgaande van de door geïntimeerde niet bestreden bevoegdheid van SPF om de pensioenregeling te wijzigen, mocht de werknemer er dan ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat zeven jaar later, bij het overlijden van de ex-partner op 16 maart 2010, de “doorschuifmogelijkheid” van het bijzonder nabestaandenpensioen nog onverkort van toepassing was.”*

Kort weergegeven is de bepaling in het pensioenreglement vervallen die voorzag in het terugvloeien van het bijzonder nabestaandenpensioen naar een opvolgende partner, bij het vooroverlijden van de ex-partner. De werknemer was het hiermee niet eens. Oordeel van de rechter is dat de wijziging rechtsgeldig heeft plaatsgevonden en dat aan eiser geen onvoorwaardelijk recht is toegekend op de “doorschuifmogelijkheid”.

Zorgplicht

In vergelijking met voorgaande kronieken is er in 2015 minder een beroep gedaan op schending van de zorgplicht. Desalniettemin heeft **Rechtbank Amsterdam (10 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5813)** een uitspraak gedaan waarbij schending van de zorgplicht door de werkgever is aangenomen. In deze zaak ging het om een werknemer die op verzoek van de werkgever vervroegd met pensioen is gegaan. Alvorens met het verzoek van de werkgever in te stemmen heeft de werknemer zich laten informeren over de gevolgen voor zijn pensioen. Aan de werknemer is medegedeeld dat er met het vroegpensioen geen inkomstenderiving zal plaatsvinden. De werknemer heeft op basis hiervan besloten akkoord te gaan met het voorstel van de werkgever. Naar later is komen vast te staan is de opbouw van het ouderdomspensioen gestopt op het moment van uitdiensttreding in verband met het vroegpensioen. De werknemer heeft zijn werkgever hierop aangesproken wegens schending van de zorgplicht. Nu de werknemer niet op dit gevolg is gewezen en hij op grond van de eerdere mededeling hier ook niet vanuit hoefde te gaan. In die mededeling is ook geen onderscheid gemaakt tussen vroegpensioen en ouderdomspensioen. De rechtbank oordeelt dat gelet op de complexe materie die het betreft en de grote onomkeerbare gevolgen van ontslag voor de werknemer de zorgvuldigheid uit hoofde van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) met zich meebrengt dat de afspraken schriftelijk worden vastgelegd en dat daarbij expliciet wordt bericht dat de opbouw van het ouderdomspensioen van de werknemer bij de ingang van het vroegpensioen wordt stopgezet, wat de hoogte is van het te verwachten ouderdomspensioen per die datum en wat de hoogte van het ouderdomspensioen zou zijn geweest bij doorwerken tot een latere datum. Nu de werkgever hieraan niet heeft voldaan acht de rechtbank de werkgever aansprakelijk voor de door de werknemer als gevolg van de onjuiste inlichtingen geleden en nog te lijden schade.

Daarnaast heeft de **Hoge Raad (6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3229)** de uitspraak van **Hof Amsterdam (18 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:521)** bekrachtigd, welke uitspraak ook is beschreven in de Kroniek pensioenrechtspraak 2014. Het hof oordeelde dat de Stichting Pensioenfonds voor de Bouwnijverheid (Bpf Bouw) haar zorgplicht jegens een deelnemer heeft geschonden en onrechtmatig jegens heeft gehandeld. Bpf Bouw heeft eenmalig een brief verzonden. Die brief hield - naast de kennisgeving omtrent het vervallen van de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling - in dat indien een directeur-groootaandeelhouder vrijwillig wenste deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen (55-/55+) van Bpf Bouw, dit kenbaar gemaakt kon worden op een bijgevoegd formulier dat uiterlijk voor 1 mei 2006 aan Bpf Bouw diende te worden geretourneerd, en dat indien men niet wenste deel te nemen men niets hoefde te doen. Voornoemde wijze van aanmelding en registratie brengt het risico mee dat geadresseerden die de brief niet ontvangen en daardoor niet tijdig op de hoogte raken van zo'n aanbod, maar wel aan die regelingen willen deelnemen, door Bpf Bouw ten onrechte worden beschouwd als geadresseerden die niet willen deelnemen. Van Bpf Bouw kan niet worden gezegd dat door het eenmalig uitsturen van een brief waarin bovengenoemd aanbod was vervat, naar behoren aan haar zorgplicht ten aanzien van de kennisgeving heeft voldaan. Van Bpf Bouw had op dit punt redelijkerwijs meer mogen worden verwacht. Zij had het risico op het niet bereiken van belanghebbenden kunnen verkleinen door een ander systeem van registratie te hanteren, bijvoorbeeld een systeem waarbij ook van de geadresseerden die niet wensten deel te nemen een antwoord in die zin werd verlangd, en vervolgens diegenen die niet reageerden te rappelleren.

10. Fiscaal pensioenrecht

drs. Jurgen Holtermans CPC, vennoot Hendriks + Bakker

Internationaal

Rechtbank Den Haag 3 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2023 gaat over de belastbaarheid van een arbeidsongeschiktheidsuitkering, die een werknemer van het Europees Octrooibureau (EOB) ontving. Deze werknemer was in juli 2003 arbeidsongeschikt geraakt, waarna hij geen werkzaamheden meer voor het EOB had verricht. Vanaf juli 2003 tot 1 januari 2008 ontving de werknemer een 'invalidity pension' van het EOB op grond van de toen geldende pensioenregeling voor invaliden van het EOB. Dit 'invalidity pension' was niet onderworpen aan een belasting ten gunste van en geheven door de Europese Octrooi Organisatie (interne belastingheffing), zodat over het 'invalidity pension' in Nederland inkomstenbelasting werd geheven. Met ingang van 1 januari 2008 paste het EOB de interne regelgeving aan, waarna de werknemer een 'invalidity allowance' ontving. Anders dan het 'invalidity pension' werd deze 'invalidity allowance' wel onderworpen aan interne belastingheffing van het EOB. In geschil was of de 'invalidity allowance' van de werknemer desalniettemin aan Nederlandse inkomstenbelastingheffing was onderworpen. Rechtbank Den Haag oordeelde dat de 'invalidity allowance' niet aan Nederlandse inkomstenbelastingheffing is onderworpen, omdat deze onder artikel 16, eerste lid, van het Protocol on Privileges and Immunities van het EOB valt.

Hof Den Bosch 13 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:869 betreft een procedure inzake de navordering van inkomstenbelasting over een restbegunstigingsuitkering. Belanghebbende, inwoner van Duitsland, had na het overlijden van zijn vader een restbegunstigingsuitkering ontvangen, waarop de Nederlandse pensioenverzekeraar loonheffing had ingehouden en afgedragen. Via de aanslag inkomstenbelasting had belanghebbende de ingehouden loonheffing aanvankelijk teruggekregen. De inspecteur stelde zich nadien op het standpunt dat de loonheffing ten onrechte was teruggegeven en vorderde vervolgens na. Vaststond dat Nederland bevoegd was om de restbegunstiging in de heffing te betrekken. In de procedure was uiteindelijk nog in geschil of de inspecteur kon navorderen.

Het hof was van oordeel dat de feiten en omstandigheden van de loonheffingenprocedure voor de inspecteur aanleiding hadden moeten zijn om de

aanslagregeling voor de inkomstenbelasting te blokkeren. Dat dit niet was gebeurd, was het gevolg van het feit dat de systemen van de Belastingdienst niet voorzien in dergelijke mogelijkheden. Deze tekortkoming was ten tijde van het vaststellen van de primitieve aanslag inkomstenbelasting bij de inspecteur bekend. De gevolgen daarvan komen op basis van bestaande jurisprudentie voor rekening van de inspecteur. Nu de inspecteur niet heeft gesteld dat sprake is van kwade trouw aan de zijde van belanghebbende is navordering op grond van artikel 16 AWR niet gerechtvaardigd. Het hoger beroep van de inspecteur werd ongegrond verklaard. Hoewel de restbegunstigingsuitkering weliswaar in Nederland mocht worden belast, bleef deze dus uiteindelijk onbelast.

Ook **Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 maart 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:1606)**, ging over de belastbaarheid in Nederland van een arbeidsongeschiktheidsuitkering. In dit geval ontving belanghebbende een arbeidsongeschiktheidsuitkering van de NATO. Naar het oordeel van de rechtbank had belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat over de aanspraken ingevolge de pensioenregeling een heffing naar het inkomen had plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkwam met de loon- of inkomstenbelasting. Derhalve mocht de uitkering in Nederland als loon worden belast. In **Hof Den Haag 25 maart 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:965)** was in geschil of Nederland belasting mocht heffen over de pensioenuitkering van een inwoner van Portugal. Belanghebbende woonde in 2008 in Portugal en werd ook voor de toepassing van het Belastingverdrag Nederland-Portugal aangemerkt als inwoner van Portugal. Belanghebbende genoot in 2008 onder meer looninkomsten voor het in Nederland verrichten van arbeid en een uit Nederland ontvangen pensioen ter zake waarvan destijds de premies in Nederland op het inkomen in mindering waren gebracht. Dit pensioen was als gevolg van een door de inspecteur afgegeven zogenoemde Vrijstellingsverklaring zonder inhouding van loonbelasting aan belanghebbende uitgekeerd. Belanghebbende had in Portugal aangifte gedaan van het loon en van het pensioen. Daarbij had belanghebbende het pensioen voor slechts 15 procent van de bruto pensioenuitkering aangegeven. Overeenkomstig die aangifte is aan belanghebbende een aanslag in de Portugese inkomstenbelasting opgelegd. Tussen partijen was niet meer in geschil dat de pensioenuitkering krachtens de nationale wetgeving van Portugal voor het geheel in Portugal belastbaar was. Naar het oordeel van het hof stond daarmee vast dat de pensioenuitkering in Portugal voor meer dan 90% in de belastingheffing werd betrokken. Derhalve wijst het Belastingverdrag

Nederland-Portugal de heffingsbevoegdheid niet toe aan Nederland. Anders dan de inspecteur betoogde, was daarbij niet relevant of in Portugal over nagenoeg de gehele pensioenuitkering daadwerkelijk belasting was geheven. Het hof sloot zich vervolgens aan bij het standpunt dat de staatssecretaris van Financiën innam in zijn toelichting bij de uitspraak van Hof Arnhem van 3 oktober 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB6073: *“Het hof heeft geoordeeld dat met de woorden “in de belastingheffing wordt betrokken” zoals deze zijn opgenomen in art. 18, tweede lid, onderdeel b, van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Portugal tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, gesloten te Oporto op 20 september 1999, Trb. 1999, 180 (hierna: het Verdrag), een onderworpenheidseis is neergelegd en dat niet relevant is of in Portugal daadwerkelijk feitelijk belasting wordt geheven of dat een aanslag is opgelegd. Dit oordeel acht ik juist.”*, en besliste dat de pensioenuitkering van belanghebbende niet in Nederland mocht worden belast.

In **Hof Den Bosch 27 maart 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1300)** stelde belanghebbende zich op het standpunt dat zijn Roemeense pensioen niet in de grondslag van de Nederlandse belastingheffing mocht worden betrokken, omdat dat pensioen op grond van het Belastingverdrag Nederland-Roemenië ter heffing aan Roemenië was toegewezen. Het Belastingverdrag Nederland-Roemenië bepaalt echter ook dat Nederland bevoegd is bij het heffen van belasting van zijn inwoners in de belastinggrondslag de bestanddelen van het inkomen te begrijpen, die overeenkomstig de bepalingen van het Belastingverdrag Nederland-Roemenië in Roemenië mogen worden belast. In het Belastingverdrag Nederland-Roemenië zijn tevens bepalingen opgenomen over de vermindering van de Nederlandse belastingheffing over deze inkomensbestanddelen. Het hof kwam derhalve uiteindelijk tot het oordeel dat de inspecteur het Roemeense pensioen van belanghebbende op juiste wijze in de Nederlandse belastingheffing had betrokken.

In **Hoge Raad 10 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:850)** was de vraag aan de orde of de door een ondernemer betaalde Belgische zogenaamde RSVZ-bijdrage, voor zover die betrekking hadden op rust- en overlevingspensioen, in aftrek op de winst kon worden gebracht, nu deze bijdrage aan Belgische overheidsfondsen werd betaald. De Hoge Raad besliste dat aan de aftrekbaarheid niet in de weg staat dat die bijdrage wordt betaald aan Belgische overheidsfondsen.

In **Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:4789)** had belanghebbende die in 2009 gedurende het gehele jaar in Nederland woonde, zowel de Nederlandse als de Australische nationaliteit. Belanghebbende ontving in 2009 uitsluitend een pensioen uit Australië dat hij in overheidsdienst had opgebouwd. Belanghebbende had deze pensioenuitkering in zijn belastingaangifte 2009 aangegeven. De Sociale Verzekeringsbank had belanghebbende op zijn verzoek in 2007 vrijstelling verleend voor de verzekeringsplicht op grond van de AOW, de Anw en de AKW. Voor de verzekeringsplicht op grond van de AWBZ was geen vrijstelling verleend. Bij het vaststellen van de onderhavige aanslagen had de Inspecteur de aangifte gevolgd en het belastbare inkomen uit werk en woning, het premie-inkomen als bedoeld in art. 8 Wfsv en het bijdrage-inkomen als bedoeld in art. 43 Zvw vastgesteld overeenkomstig de door belanghebbende ingediende aangifte. Voor het gehele bedrag aan verschuldigde inkomstenbelasting had de inspecteur tevens een aftrek ter voorkoming van dubbele belastingheffing verleend. Na aftrek van een gecombineerde heffingskorting bestond de aanslag IB/PVV 2009 in feite uitsluitend uit verschuldigde premie AWBZ. Tevens was een aanslag Zvw vastgesteld. In geschil waren de aanslagen IB/PVV en Zvw en was de vraag aan de orde of het door belanghebbende genoten Australische pensioen tot het premie-inkomen respectievelijk het bijdrage-inkomen behoorde. Het hof overwoog als volgt. Zoals blijkt uit de intitulé en art. 2 Belastingverdrag Nederland-Australië heeft het enkel betrekking op het vermijden van dubbele belastingheffing en het voorkomen van het ontgaan van belasting. De heffing in Nederland van premies voor de sociale verzekeringswetten, waaronder de premies voor de volksverzekeringen, op grond van de Wfsv en de daarop gebaseerde regelgeving kan niet als belastingheffing worden aangemerkt en evenmin als in wezen daaraan gelijk, zoals bedoeld in art. 2, lid 2, Belastingverdrag Nederland-Australië. Gelet op art. 2, lid 1, Socialezekerheidsverdrag kunnen de Australische regeling voor ziektekosten (Medicare) en de Nederlandse AWBZ en Zvw niet onder de materiële werkingssfeer van dat verdrag worden gebracht. Nu het Belastingverdrag noch het Socialezekerheidsverdrag van toepassing is op de heffing van premie op grond van de AWBZ en de Zvw kan Nederland niet worden verweten met die wetten zoals die in het onderhavige jaar luiden de goede verdragstrouw te schenden. De situatie van premieheffing is immers sedert de totstandkoming van die verdragen in 1976 respectievelijk 1991 niet wezenlijk gewijzigd. Daar komt bij dat ook sedert de wijziging van het Socialezekerheidsverdrag in 2001 de onderhavige regelgeving inhoudelijk niet

is gewijzigd. Aangenomen moet worden dat Nederland en Australië in 2001 volledig op de hoogte waren van elkaars toen geldende regelingen en kennelijk hebben gemeend niet in een situatie als die van belanghebbende te hoeven voorzien. Zowel voor de toepassing van art. 2.3, aanhef en onderdeel a, als voor onderdeel b (er is immers geen internationale regeling van toepassing) Regeling Wfsv geldt dat voor het buiten aanmerking laten van een gedeelte van het premie-inkomen als voorwaarde is gesteld dat dat gedeelte moet zijn onderworpen aan de premieheffing krachtens een wettelijke regeling inzake uitkeringen bij ouderdom en overlijden van een andere mogendheid. Daarbij moet naar het oordeel van het hof worden uitgegaan van een formeel premiebegrip. Van een dergelijke onderworpenheid is het hof echter niet gebleken. Dat Nederland en Australië bij het aangaan van het Socialezekerheidsverdrag hebben bedoeld uit te gaan van een materieel premiebegrip zodat belanghebbende, door de heffing van belasting door Australië ook geacht kan worden aldaar onderworpen te zijn aan een premieheffing, blijkt uit dat verdrag niet. Ook hier moet worden aangenomen dat de verdragsluitende mogendheden een dergelijke vergaande en van de gewoonlijke uitleg van gesloten verdragen afwijkende uitleg, uitdrukkelijk in de verdragsbepalingen tot uitdrukking zouden hebben gebracht. Belanghebbende heeft ook overigens niets aangevoerd waaruit een dergelijke bedoeling van de verdragsluitende partijen blijkt of kan worden afgeleid. Op grond van het vorenstaande werd het hoger beroep van belanghebbende ongegrond verklaard.

In **Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27 augustus 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:5629)** ontving belanghebbende in het jaar waarin hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikte, een afkoopsom vanwege een klein pensioen als bedoeld in artikel 66 PW. Dit bedrag werd volledig in het jaar van ontvangst belast. Belanghebbende was het hier niet mee eens, omdat hij daardoor tegen een hoger belastingtarief moest afrekenen dan in geval hij periodiek uitkeringen zou hebben ontvangen. De rechtbank stelde belanghebbende in het ongelijk. De regeling waarbij het premiepercentage wordt bepaald naar tijdsgelang, is niet in strijd met het EVRM en heeft ook niet geleid tot een voor belanghebbende buitensporige last.

In **Rechtbank Den Haag 14 september 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:12811)** genoot belanghebbende in 2007 een ESA ouderdomspensioen. Dit pensioen diende volgens belanghebbende vanwege de opbouw in het verleden in een aantal delen worden opgesplitst. In geschil was of een gedeelte van het ESA ouderdomspensioen onbelast diende te blijven, omdat de ESA pensioenregeling in de periode tot en met 31

december 1994 volgens belanghebbende ongebruikelijk was (deel I). Daarnaast was in geschil of de saldomethode (alsnog) kon worden toegepast op de pensioenuitkeringen, voor zover deze waren terug te voeren tot de opbouw gedurende de periode vanaf 1 januari 1995 tot en met 13 september 1999 plus een deel van de pensioenaanspraak opgebouwd in de periode vanaf 14 september 1999 tot het einde van het dienstverband van belanghebbende (deel II). De rechtbank achtte deze splitsing juist en in overeenstemming met het bepaalde in het arrest Hoge Raad 16 januari 2009, nr. 07/12243, ECLI:NL:HR:2009:BF7264. Ten aanzien van deel I van de pensioenuitkeringen kwam de rechtbank uiteindelijk tot het oordeel dat belanghebbende niet in de op hem rustende bewijslast was geslaagd om aannemelijk te maken dat de ESA pensioenregeling in de periode tot en met 31 december 1994 onzuiver was. Belanghebbende kon namelijk geen pensioenregeling uit die periode overleggen. De rechtbank hield het er daarom voor dat de pensioenregeling in die periode niet onzuiver was. Ten aanzien van deel II van de pensioenuitkeringen was tussen partijen niet in geschil dat de pensioenuitkeringen die waren terug te voeren op deze periode op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel g Wet IB 1964 via art. I, onderdeel O, Invoeringswet Wet IB 2001 met toepassing van de zogenoemde saldomethode tot het inkomen moesten worden gerekend. In dit verband had de inspecteur aangevoerd dat dit saldo op grond van de letterlijke tekst van artikel 25 lid 1 onderdeel g Wet IB 1964 reeds in de eerste jaren van de pensioenuitkering verrekend had moeten worden. Vaststond dat belanghebbende reeds vanaf 1 september 2000 het ESA ouderdomspensioen ontving. De rechtbank achtte het daarom niet aannemelijk dat belanghebbende in 2007 nog een te verrekenen saldo had. Aangezien belanghebbende het tegendeel niet aannemelijk kon maken, oordeelde de rechtbank dat de inspecteur deel II van de pensioenuitkeringen op de juiste wijze in de heffing had betrokken.

In **Hof Amsterdam 24 september 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:3978)** had ook de in Nederland wonende belanghebbende een dubbele nationaliteit, te weten zowel de Britse als de Nederlandse. Naast looninkomsten ontving belanghebbende een uit het Verenigd Koninkrijk afkomstig "State Pension". In geschil was of dit "State Pension" in Nederland belastbaar is. Belanghebbende had in de jaren zeventig voor een tweetal overheidsinstellingen in het Verenigd Koninkrijk gewerkt. Gedurende de periode dat eiseres in het Verenigd Koninkrijk had gewerkt, was zij aldaar verzekerd ingevolge het National Insurance Scheme, dat haar recht gaf op een uitkering bij ouderdom, het "State Pension". Het hof bevestigde de uitspraak van de rechtbank. Die had eerder

beslist dat het “State Pension” geen pensioenregeling vormde als bedoeld in artikel 1.7 lid 2 Wet IB 2001. Er was wel sprake van een publiekrechtelijke regeling en de uitkeringen hadden ook een periodiek karakter, zodat het “State Pension” naar Nederlands nationaal belastingrecht in Nederland belastbaar was. Op een dergelijke uitkering is niet artikel 19 Belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk van toepassing, maar artikel 21, die de belastingheffing over het “State Pension” aan Nederland toewijst.

Goed koopmansgebruik

In **Hoge Raad 27 februari 2015 (ECLI:NL:HR:2015:467)** kende belanghebbende aan een bepaalde groep werknemers, in verband met de inwerkingtreding van de Wet VPL per 1 januari 2006, voorwaardelijke aanvullende pensioenaanspraken toe (een ‘zachtpensioen’), ter vervanging van de oude regelingen. Door de Wet VPL waren de pensioenen van de werknemers namelijk versoerd. De aanvullende aanspraak hield in dat de werknemers die een tekort hadden in hun pensioenopbouw, hun fiscale ruimte konden benutten zodat ze toch op 65-jarige leeftijd met pensioen konden gaan. Hierbij werd wel de voorwaarde gesteld dat de werknemer op 31 december 2020, of bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd, nog in dienst was van belanghebbende. Belanghebbende vormde een voorziening voor de verleende aanspraken en bracht deze in 2005 volledig in aftrek. De inspecteur was echter van mening dat de kosten aan de periode 2006 – 2020 moesten worden toegerekend. Rechtbank Haarlem oordeelde dat de kosten in 2005 volledig in aftrek kon brengen. Volgens de rechtbank konden de kosten namelijk geheel worden toegerekend aan het jaar 2005. Hof Amsterdam oordeelde dat goed koopmansgebruik vorming van een voorziening voor een voorwaardelijk toegekend pensioen toestond vanaf het moment waarop een redelijke verwachting bestond dat sprake zou zijn van lasten uit hoofde van dat voorwaardelijk toegekende pensioen. Het hof beoordeelde vervolgens de zes varianten die de werkgever en de inspecteur hadden voorgelegd en accepteerde een van deze varianten. De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat het niet mogelijk was om de verplichting uitsluitend toe te rekenen aan de verstreken diensttijd. Volgens de Hoge Raad moesten, in een geval zoals bij belanghebbende, de op de balansdatum toegekende rechten in beginsel ook aan de resterende diensttijd worden toegerekend. Ook de overige varianten, waaronder de bevroeringsvariant, waren volgens de Hoge

Raad in strijd met de regels van goed koopmansgebruik. De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het hof.

In **Hoge Raad 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3605)** verplaatst een pensioen B.V. op 1 januari 2009 haar feitelijke leiding van Curaçao naar Nederland. Bij het vaststellen van de aanslag in de vennootschapsbelasting voor het jaar 2008/2009 heeft de inspecteur een belaste gedeeltelijke vrijval van de pensioenverplichtingen in aanmerking genomen. Deze vrijval is berekend op het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de pensioenverplichtingen per 1 januari 2009 en de fiscale waarde van de pensioenverplichtingen per 28 februari 2009, het eind van het eerste boekjaar. Bij de bepaling van de pensioenvoorziening op de balans per 1 januari 2009 is een leeftijdsterugstelling van 5 jaar en een rekenrente van 3,9% in acht genomen; de voorziening op de eindbalans van het eerste boekjaar is vastgesteld zonder rekening te houden met een leeftijdsterugstelling en op basis van een rekenrente van 4,0%. Onder verwijzing naar zijn arrest van **16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3082**, beslist de **Hoge Raad** dat gezien de tekst en ontstaansgeschiedenis van artikel 3.29 Wet IB 2001 en artikel 8 lid 6 Wet Vpb 1969 geen grond aanwezig is om deze fiscale waarderingsregels buiten toepassing te laten indien dit tot gevolg heeft dat een gedeelte van een pensioenvoorziening verplicht ten gunste van de fiscale winst vrijvalt.

Overdracht verplichtingen pensioen in eigen beheer en aftrek indexatielasten

De procedure voor **Hof Den Bosch 9 april 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1289)** gaat over belanghebbende, een B.V., die ten behoeve van haar DGA in eigen beheer de pensioenovereenkomst uitvoerde. De bij belanghebbende opgebouwde pensioenverplichting was op 28 december 2006 overgedragen aan een stichting. De overdrachtswaarde werd berekend op basis van sterftetabel GBM/GBV 1995-2000, leeftijdsterugstelling van vijf jaar voor mannen en zes jaar voor vrouwen, een rekenrente van 3,74%, een na-indexatie van 2,11% en een vaste kostenopslag. De overdrachtswaarde was aldus bepaald op € 674.107, welk bedrag begin 2007 door belanghebbende aan de stichting werd betaald. De door belanghebbende ingediende aangifte, waarbij belanghebbende een bedrag van € 131.206 aan indexatielasten in aftrek bracht, werd administratief afgedaan en aldus gevolgd. De inspecteur vorderde vervolgens de in aftrek gebrachte indexatielasten na. In geschil was onder meer of de inspecteur beschikte over het voor navordering vereiste nieuwe feit als bedoeld in art.

16 AWR en of bij de navordering de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht waren genomen. Volgens het hof was dit wel het geval, waarbij vooral van belang was hoe de lasten ten gevolge van de waardeoverdracht door belanghebbende aan de stichting in de aangifte vennootschapsbelasting van belanghebbende waren verantwoord. De navorderingsaanslag bleef derhalve in stand.

In **Hoge Raad 16 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3079)** had belanghebbende een pensioenregeling in eigen beheer getroffen ten behoeve van haar DGA. Belanghebbende droeg haar pensioenverplichtingen per 31 december 2005 buiten fiscale eenheid over aan een dochtervennootschap. Bij het bepalen van de hoogte van de door die dochtervennootschap bedongen overnamevergoeding was rekening gehouden met na-indexatie. Het hof had geoordeeld dat op grond van het bepaalde in artikel 3.26 lid 1 Wet IB 2001 het aan de na-indexatie toe te rekenen deel van de overnamevergoeding niet ten laste van de winst van belanghebbende kon worden gebracht. Op grond van het arrest Hoge Raad van 28 februari 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AE6404) verwierp het hof belanghebbendes standpunt dat toepassing van artikel 3.26 lid 1 Wet IB 2001 niet op haar plaats was, omdat de DGA tot ten minste het bedrag van de met de na-indexatie verband houdende lasten als eigen bijdragen aan belanghebbende had voldaan. De Hoge Raad besliste dat het hof bij zijn hiervoor weergegeven oordelen terecht ervan was uitgegaan, dat artikel 3.26 Wet IB 2001 ook van toepassing is in een geval als het onderhavige, waarin een pensioenverplichting tegen vergoeding wordt overgedragen aan een zogeheten pensioenvennootschap (zie Hoge Raad 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9247). Het arrest **Hoge Raad 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3082**, betrof dezelfde belanghebbende als in het hiervoor besproken arrest Hoge Raad 16 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3079). In de onderhavige procedure stond echter de toepassing van artikel 3.29 Wet IB 2001 centraal. Het hof had geoordeeld dat artikel 3.29 Wet IB 2001 niet toestaat dat bij de waardering van een overgenomen pensioenverplichting een rekenrente van minder dan vier percent wordt gehanteerd. Voorts had het hof geoordeeld dat op grond van artikel 8 lid 6, tweede volzin, Wet Vpb 1969 bij de waardering van de pensioenverplichting ter bepaling van de sterftekans een leeftijdsterugstelling alleen kan worden toegepast ter correctie van het verschil tussen de gehanteerde overlevingstafel en een overlevingstafel van recentere datum. De Hoge Raad overwoog dat indien de in de markt gebruikelijke rekenrente voor de bepaling van de waarde van pensioenverplichtingen lager is dan het in artikel 3.29 Wet

IB 2001 genoemde percentage van vier, waardering van de pensioenverplichting met inachtneming van laatstbedoelde rekenrente tot een inbreuk op het realiteitsbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel leidt, welke beginselen deel uitmaken van goed koopmansgebruik als bedoeld in artikel 3.25 Wet IB 2001. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 3.29 Wet IB 2001 heeft de wetgever evenwel onder ogen gezien dat de in de markt gebruikelijke rekenrente voor de waardering van pensioenverplichtingen lager kan zijn dan 4%, zonder dat dit heeft geleid tot aanpassing van de voorgestelde wettekst. Dat de toepassing van het in artikel 3.29 Wet IB 2001 vermelde percentage van vier onder de hiervoor bedoelde marktomstandigheden ertoe leidt dat de jaarlijkse dotatie aan een voorziening voor een toegezegd pensioen lager is dan deze volgens goed koopmansgebruik met inachtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen zou moeten zijn, is door de wetgever aldus voorzien en aanvaard. In het onderhavige geval leidt de toepassing van artikel 3.29 Wet IB 2001 niet ertoe dat een lagere last in aanmerking wordt genomen, maar dat – onmiddellijk na de overname van de pensioenverplichting – een vrijval van een gedeelte van de overnamesom verplicht tot de winst wordt gerekend. Hoewel dit des te meer indruist tegen het realiteitsbeginsel en het voorzichtigheidsbeginsel, acht de Hoge Raad, gezien de tekst van artikel 3.29 Wet IB 2001 en de ontstaansgeschiedenis daarvan, geen grond aanwezig om voor dat geval anders te oordelen dan voor het geval waarin een pensioenlast slechts in aanmerking mag worden genomen tot een bedrag dat lager is dan het volgens die beginselen van goed koopmansgebruik zou moeten zijn. Het hiervoor overwogene heeft eveneens te gelden met betrekking tot de toepassing van art. 8 lid 6, tweede volzin, Wet Vpb 1969. Ook bij de invoering van die bepaling heeft de wetgever voorzien dat de bepaling kan leiden tot een voorziening die lager is dan deze zou zijn bij toepassing van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen.

Algemeen

In **Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:557)** was in geschil het moment waarop belanghebbendes FPU als lumpsum uitkering was belast. Belanghebbende had in 2006 met zijn werkgever een vaststellingsovereenkomst gesloten in verband met zijn uitdiensttreding per 31 december 2006. Op grond van de vaststellingsovereenkomst had belanghebbende recht op FPU. Belanghebbende

vorderde vervolgens bij de civiele rechter ontbinding van de vaststellingsovereenkomst. Ten gevolge van deze ontbindingsprocedure ontving belanghebbende geen FPU. De civiele rechter handhaafde echter in 2011 de vaststellingsovereenkomst hetgeen ertoe leidde dat belanghebbende het totaal van de uitkering over de periode 1 januari 2007 tot en met 31 december 2010 in één bedrag in 2011 ontving. De rechtbank besliste dat het hele bedrag in 2011 was belast, omdat ten gevolge van de civiele procedure de FPU niet eerder vorderbaar en inbaar was.

In **Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:5744)**, gaat het om belanghebbende, die in 2010 een AOW-uitkering voor een gehuwde/samenwonende, met een partnertoeslag genoot. Bij de berekening van de partnertoeslag was de door zijn partner genoten prepensioenuitkering in aftrek gebracht. Door deze aftrek daalde het netto inkomen van belanghebbende meer dan het bedrag dat zijn partner netto als prepensioen ontving. Belanghebbende stelde in deze procedure dat het Svb hem had geadviseerd in verband met de terugval in het netto inkomen in zijn aangifte IB/PVV een dienovereenkomstig negatief inkomen te vermelden, zoals belanghebbende heeft gedaan. Het hof oordeelde uiteindelijk dat belanghebbende geen recht had op een aftrek als negatief loon van de door zijn partner ontvangen prepensioenuitkering.

Dit is een uitgave van de Vereniging van Pensioenjuristen (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.

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. Een selectie van in 2015 gepubliceerde pensioenrechtspraak is opgenomen in deze kroniek.