

## Kroniek Pensioenrechtspraak 2020





Nr. 9

**Kroniek Pensioenrechtspraak 2020**

*Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2020*

mr. Annemiek Cramer CPL	<i>advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl</i>
mr. Bas Degelink CPL	<i>advocaat pensioenrecht DLA Piper</i>
mr. drs. Edwin Schop CPL	<i>partner pensioenrecht Sprenkels &amp; Verschuren</i>
mr. Inge Renes CPL	<i>senior pensioenjurist Achmea Pensioenservices</i>
mr. Jos Gielink CPL	<i>advocaat pensioenrecht Gielink Pensioenrecht</i>
mr. Laurie Kuijpers CPL	<i>advocaat arbeids- en pensioenrecht Loyens &amp; Loeff</i>
mr. drs. Petra van Straten CPL	<i>Senior Beleidsmedewerker pensioenbeleid bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid</i>
mr. drs. Ralph van 't Hoff	<i>wetenschappelijk medewerker VvPj (eindredactie)</i>
mr. Sjoerd van der Vegt CPL	<i>advocaat pensioenrecht JPR Advocaten</i>

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

prof. dr. Erik Lutjens  
mr. Derya Akbiyik-Gunaydin CPL  
mr. Teun Huijg CPL  
mr. Paulus van den Bos 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

©2021 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.



**Inhoudsopgave**

Voorwoord

Lijst met afkortingen

Inleiding .....	15
1. Pensioenovereenkomst.....	17
<i>Inge Renes</i>	
2. Wijziging van de pensioenregeling .....	35
<i>Edwin Schop</i>	
3. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen .....	63
<i>Bas Degelink</i>	
4. Uitvoeringsovereenkomst.....	75
<i>Petra van Straten</i>	
5. Toezichtuitoefening .....	85
<i>Laurie Kuijpers</i>	
6. Pensioen en scheiding .....	93
<i>Sjoerd van der Vegt</i>	
7. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen .....	109
<i>Annemiek Cramer</i>	
8. Fiscaal pensioenrecht .....	121
<i>Jos Gielink</i>	

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2020





## Voorwoord

Voor u ligt de Kroniek 2020. Het is al weer de negende editie van deze jaarlijks door leden van de VvPJ verzorgde uitgave. Het betreft een selectie van belangwekkende rechterlijke uitspraken gedaan in 2020 die in 8 thematische hoofdstukken zijn geanalyseerd, beschreven en waar zinvol voorzien van achtergrond, duiding en/of commentaar. Hopelijk heeft de lezer er veel aan, in de praktijk, of zomaar ter reflectie. Naast deze uitgave zal de Kroniek ook weer als e-book aan onze VvPJ leden ter beschikking worden gesteld.

Het bestuur van de VvPJ dankt hartelijk de leden die in welke vorm dan ook een bijdrage aan de totstandkoming van deze Kroniek hebben geleverd. Een aantal van de schrijvers doet dat al meerdere of zelfs vele jaren. Het is fantastisch dat zij dat belangeloos doen. De VvPJ mag blij zijn met haar actieve leden!

Dit zal de laatste Kroniek zijn. Aan een mooie traditie komt een eind. De duiding van jurisprudentie is belangrijk voor pensioenjuristen. Als De VvPJ-bestuur hebben wij echter geconcludeerd dat nieuwe paden ingeslagen moeten worden wat betreft de inhoudelijke communicatie met en door onze leden. Dit mede gegeven de beschikbaarheid van meer actuele en digitale bronnen van annotaties bij rechtspraak. Op het hoe en wat daarvan komt het bestuur snel terug. Wij danken nogmaals Ralph van 't Hoff die de afgelopen jaren veel coördinerende taken rond de totstandkoming, productie en verzending van de Kroniek vervulde.

Het is met een bezwaard gemoed dat ik dit voorwoord schrijf. Paulus van den Bos had dat zullen doen, als verantwoordelijke in het bestuur voor de Kroniek, net als vorig jaar. Paulus is echter op 1 juni zeer onverwacht overleden. Woorden schieten tekort. Deze laatste Kroniek dragen wij op aan Paulus, een kundig en scherp pensioenjurist, maar bovenal een prettig mens en bestuurder.

Namens het bestuur van de VvPJ,

Albert van Marwijk Kooy CPL

Juni 2021



**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 grootaandeelhouder
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	Stichting Pensioenfonds van de Metalektro
PMT	Stichting Pensioenfonds 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 Boetesluit 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





## Inleiding

De werkgroep Pensioenrechtspraak 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 2020 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2020 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2020.

De Kroniek is het resultaat van gemeenschappelijke bevindingen en inspanningen van de leden van de werkgroep. De 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.





## 1. Pensioenovereenkomst

*mr. Inge Renes CPL, senior pensioenjurist Achmea*

### *Inleiding*

In deze bijdrage bespreek ik een selectie van de uitspraken die in 2020 zijn verschenen op het gebied van de vaststelling, inhoud en uitleg van de pensioenovereenkomst. Daarnaast besteed ik ook aandacht aan een aantal uitspraken met betrekking tot gelijke behandeling.

In het eerste onderdeel komen vier uitspraken aan de orde die gaan over de totstandkoming en uitleg van de pensioenovereenkomst. In het tweede onderdeel worden drie uitspraken behandeld die meer in het bijzonder gaan over het beoogde karakter van de pensioenregeling. En tot slot behandel ik in het derde onderdeel twee uitspraken die gaan over gelijke behandeling.

### *Onderdeel 1: Totstandkoming pensioenovereenkomst*

#### *Inleiding*

Artikel 7 lid 1 PW schrijft voor dat de werkgever binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden schriftelijk of elektronisch informeert over het al dan niet doen van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. Er zijn daarbij geen vormvoorschriften opgenomen. Hiervoor gelden de algemene regels met betrekking tot aanbod en aanvaarding. In het verlengde van het vormvrije karakter van de pensioenovereenkomst, is een vormvrije afstand van deelname aan de pensioenregeling ook mogelijk.<sup>1</sup>

Door middel van een afstandsverklaring wordt vastgelegd dat er geen pensioenovereenkomst is gesloten dan wel dat het aanbod voor een pensioenovereenkomst niet wordt aanvaard. De afstandsverklaring van de werknemer dient gebaseerd te zijn op juiste en toereikende informatie met betrekking tot de gevolgen van het doen van afstand.

---

<sup>1</sup> Om bewijsproblemen te voorkomen, is het uiteraard raadzaam om de afstand nadrukkelijk schriftelijk vast te leggen.

Goede informatieverstrekking door de werkgever is daarom essentieel. Mocht hier geen sprake van zijn, dan kan dit leiden tot een schending van de zorgplicht door de werkgever op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) of een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Ook kan de werknemer een beroep doen op dwaling (6:228 BW).<sup>2</sup>

*Niet ondertekende arbeidsovereenkomst, wel een pensioenovereenkomst?*

De Rechtbank Oost-Brabant (**14 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2504**) heeft zich gebogen over de vraag of een pensioenovereenkomst tot stand is gekomen en indien dit het geval is, of er dan ook sprake is van geleden schade aan de zijde van de werknemer door de niet-nakoming hiervan.

De feiten waren als volgt: in de arbeidsovereenkomst, die niet door de werknemer is ondertekend, is opgenomen dat er een pensioenregeling bij ASR van kracht is, waarvan op uitdrukkelijk verzoek van de werknemer kan worden afgezien. De werknemer, werkzaam als oproepkracht, is op een gegeven moment volledig arbeidsongeschikt geraakt en verzocht de werkgever om het pensioenreglement aan hem te verstrekken. Daarop gaf de werkgever aan dat er geen pensioenregeling voor de werknemer geldt en het pensioenreglement dus niet verstrekt wordt.

De werknemer stelt een rechtmatig belang te hebben bij de afgifte van het pensioenreglement, omdat hij aan de hand daarvan kan bepalen of hij recht heeft op premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid en zijn schade kan berekenen.

Volgens de werkgever is de bepaling in de arbeidsovereenkomst ten aanzien van de pensioenregeling in zijn algemeenheid opgenomen en kan hieruit geen aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst worden afgeleid. De bepaling is daarvoor onvoldoende bepaald en van incorporatie van het pensioenreglement is geen sprake. Voor zover er wordt aangenomen dat er wel een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst zou zijn gedaan, geldt volgens de werkgever dat de werknemer dit aanbod niet heeft aanvaard. De werknemer heeft de arbeidsovereenkomst namelijk niet ondertekend. Tot slot geeft de werkgever aan dat op het salaris van de werknemer nooit pensioenpremies zijn ingehouden, zodat er ook geen sprake kan zijn van stilzwijgende aanvaarding.

---

<sup>2</sup> Zie ook: Asser/Lutjens, 'Afstand', 7–XI 2019/143.

De Rechtbank legt de bepalingen in de arbeidsovereenkomst uit aan de hand van de Haviltex-maatstaf.<sup>3</sup> Naar het oordeel van de Rechtbank mocht de werknemer ervan uitgaan dat voor hem een pensioenregeling bij ASR van kracht was, tenzij hij daarvan zelf uitdrukkelijk zou afzien. In de tekst is namelijk geen enkel voorbehoud opgenomen. Uit de bewoordingen kan ook niet worden afgeleid dat de bepalingen niet op de werknemer van toepassing zijn. Bovendien is er door de werknemer niet van de pensioenregeling afgezien. Het gaat derhalve om een onherroepelijk aanbod (artikel 6:219 lid 3 BW). Met de verwijzing naar een pensioenregeling bij ASR is het aanbod ook voldoende bepaald om op grond van artikel 7 lid 1 PW een pensioenovereenkomst tot stand te kunnen laten komen.<sup>4</sup> Voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst gelden geen vormvereisten, zodat niet relevant is of de werknemer de arbeidsovereenkomst al dan niet heeft ondertekend. Tussen partijen is volgens de Rechtbank namelijk niet in geschil dat de schriftelijke arbeidsovereenkomst een juiste weergave is van de afspraken die zijn gemaakt. Dit is mijns inziens overigens wel opmerkelijk, aangezien er juist wel een verschillende perceptie is over de pensioenregeling, zoals verwoord in de arbeidsovereenkomst.

De Rechtbank overweegt tot slot dat er geen aparte pensioenovereenkomst hoeft te worden overeengekomen, omdat uit de arbeidsovereenkomst al volgt dat er een pensioenregeling is.

Hoewel de werknemer er dus op mocht vertrouwen dat voor hem een pensioenregeling bij ASR van kracht was, heeft deze uitspraak voor hem echter geen voordelige financiële consequenties. De werknemer heeft namelijk alleen belang bij zijn vordering, wanneer hij aannemelijk kan maken dat hij enige schade heeft geleden. En daarvan is volgens de Rechtbank geen sprake: er is geen gemiste pensioenopbouw, omdat het salaris van de werknemer niet boven de franchise uitkomt en de werknemer bij het einde van zijn dienstverband nog niet in aanmerking kwam voor premievrije voortzetting van pensioenaanspraken bij arbeidsongeschiktheid.

Het is daarbij echter de vraag of er daadwerkelijk geen sprake is van gemiste pensioenopbouw. Uit artikel 8 lid 2 PW volgt namelijk dat voor de toepassing van

---

<sup>3</sup> Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

<sup>4</sup> Zie ook: Kamerstukken II 2005/2006, 30413, 3, p 27.

de loongrens van de franchise het loon van een deeltijder moet worden herleid naar het bij volledige arbeidstijd geldende loon. Onduidelijk is of dit door de Rechtbank is toegepast. Mocht de Rechtbank dit niet hebben toegepast, dan is dat naar mijn mening onterecht.

*Wel of geen mondeling aanbod?*

Ondanks dat er geen vormvoorschriften gelden voor de totstandkoming van een pensioenovereenkomst, blijkt uit het tussenarrest van het Hof Den Haag (**4 februari 2020 ECLI:NL:GHDHA:2020:78**) dat een mondeling aanbod wel aantoonbaar moet zijn, voordat er ook daadwerkelijk een pensioenovereenkomst tot stand is gekomen.

In deze zaak nam de werknemer in eerste instantie deel aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds Metaal & Techniek.

Op enig moment viel hij niet langer onder deze verplichtstelling als gevolg van een herstructurering van de werkzaamheden van de werkgever. De werknemer stelt dat hij vervolgens (op of omstreeks 1984) mondeling met de werkgever is overeengekomen dat hij aanspraak heeft op een premievrij pensioen en 70% uitkering van een eindloonregeling. De werknemer stelt tevens dat de werkgever dit vanaf 1985 regelmatig mondeling rechtstreeks aan de werknemer heeft erkend.

De kantonrechter oordeelt dat dit niet bewezen is en het Hof gaat hier vooralsnog in mee. Het Hof geeft daarbij aan dat deze stelling alleen steun vindt in de verklaring van de werknemer. Het feit dat de werknemer offertes heeft aangevraagd voor pensioenverzekeringen werpt geen ander relevant licht op het bewijs. Er is niet bevestigd dat deze offertes in overleg met de werkgever zijn aangevraagd of besproken, zoals de werknemer stelt. Dat het pensioen daarnaast een aantal keer aan de orde is gekomen tijdens reguliere overleggen met de accountant en/of zijn assistent, is evenmin van betekenis. Er is niet gebleken dat het recht op pensioen van de werknemer bij die gelegenheden op enigerlei wijze door de werkgever is erkend.

*Afstand gedaan van deelname, toch deelnemer?*

Het komt natuurlijk ook geregeld voor dat een werknemer juist niet wil deelnemen aan de pensioenregeling van de werkgever. Het Hof 's-Hertogenbosch (**10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:877**) heeft zich gebogen over de vraag of er rechtsgeldig afstand is gedaan van deelname aan de pensioenregeling en of de weduwe van de inmiddels overleden werknemer recht heeft op partnerpensioen.

In deze zaak had de werknemer schriftelijk afstand gedaan van deelname aan de pensioenregeling van de werkgever. De weduwe van de werknemer stelt dat er op grond van het pensioenreglement geen afstand van de pensioenregeling gedaan kan worden en vordert partnerpensioen.

Het Hof oordeelt, net als de kantonrechter, dat er sprake is van een deelnemingsplicht aan de pensioenregeling, omdat er op basis van het pensioenreglement geen afstand gedaan kan worden van de pensioenregeling. De werknemer is derhalve deelnemer aan de pensioenregeling.

Het Hof geeft hierbij echter wel aan dat de kantonrechter bij haar oordeel voorbij is gegaan aan de stelling van de werkgever dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) onaanvaardbaar is om de vordering van de weduwe toe te wijzen. Het Hof volgt de werkgever in deze stelling.

Het Hof geeft onder andere aan dat:

- de werknemer in ruil voor betere arbeidsvoorwaarden afstand heeft gedaan van het pensioen;
- er gedurende ruim twaalf jaar voor en door de werknemer geen pensioenpremie is afgedragen en niet is gebleken dat de werknemer op enig moment daartegen heeft geprotesteerd;
- de werknemer uit hoofde van zijn functie nauw betrokken is geweest bij de totstandkoming van de pensioenregeling; en
- er geen aanwijzingen zijn dat de werknemer nooit afstand had gedaan als hij de omvang en de reikwijdte van de pensioenregeling zou hebben begrepen.

Aan het beroep van de weduwe wordt door het Hof voorbijgegaan. De weduwe stelde zich op het standpunt dat het van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij de werknemer duidelijk had moeten informeren over de gevolgen van zijn voorgenomen besluit en dat de werkgever deze zorgplicht uit hoofde van

goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) heeft verzuimd. Het Hof overweegt dat het risico dat de weduwe heeft gelopen door er vanuit te gaan dat er een pensioenregeling van kracht was en zij en haar partner er nooit aan hebben gedacht om over pensioen te spreken, op haar rust.

Het Hof komt tot de slotsom dat het in de bijzondere omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de weduwe zich erop beroept dat de werkgever ten opzichte van haar de pensioenregeling moet nakomen.

De redenering van het Hof kan ik niet goed volgen: er is afstand gedaan, maar deze is niet rechtsgeldig waardoor er toch sprake van deelname is, maar gezien de bijzondere omstandigheden hoeft de werkgever de pensioenregeling niet na te komen. Naar mijn mening kon de werknemer er niet voor kiezen niet deel te nemen aan de pensioenregeling. Het doen van afstand was per slot van rekening expliciet uitgesloten in het pensioenreglement. De werkgever had de werknemer derhalve de afstandsverklaring niet kunnen laten ondertekenen. In een andere uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West Brabant was daarom ook de conclusie dat de gevolgen van het doen van afstand door de werknemer voor rekening van de werkgever kwamen.<sup>5</sup>

Een andere redenering is dat de werkgever de werknemer een aanbod doet, dit aanbod niet door de werknemer wordt aanvaard en er derhalve geen pensioenovereenkomst tot stand komt. Daarmee wordt dan niet toegekomen aan (de bepaling in) het pensioenreglement. Deze redenering schuurt mijns inziens in dit geval. Hiermee wordt de bepaling in het pensioenreglement, welke het op voorhand niet toestaat om afstand te doen van deelname, namelijk een dode letter. Immers, waar ziet deze bepaling dan op?

#### *Heeft de werkgever een zorgplicht bij premievrije pensioenopbouw?*

In het kader van goed werkgeverschap is de uitspraak van het Hof Den Haag (**12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:888**) nog interessant om te benoemen. In die zaak was de werknemer niet bekend met de mogelijkheid tot premievrije pensioenopbouw bij het pensioenfonds. Het pensioenfonds hanteert een termijn van een jaar na het bereiken van de maximum-uitkeringstermijn, waarbinnen het

---

<sup>5</sup> Rechtbank Zeeland-West Brabant 2 augustus 2017, niet gepubliceerd, zaak/rolnr. 5628571 CV EXPL 17-52.

verzoek moet zijn gedaan. Bijna 15 jaar later dient de werknemer alsnog een aanvraag in, waarbij het pensioenfonds coulance halve gedeeltelijke premievrije pensioenopbouw toekent.

Het Hof oordeelt dat de werkgever de werknemer had moeten wijzen op de mogelijkheid van premievrije pensioenopbouw toen de werknemer arbeidsongeschikt raakte. Deze verplichting had de werkgever op grond van goed werkgeverschap, ook als het gaat om een kleine werkgever die zelf ook niet van deze mogelijkheid wist. De werkgever is daarom aansprakelijk voor de pensioenschade van de werknemer.

## *Onderdeel 2: Uitleg pensioenovereenkomst*

### *Inleiding*

Zoals bekend, zijn er twee uitlegmethoden: De Haviltex-maatstaf en de cao-norm.<sup>6</sup> Bij de Haviltex-maatstaf wordt de verhouding tussen partijen niet alleen bepaald door een zuiver taalkundige uitleg, maar ook door de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De cao-norm is een meer objectieve uitlegmethode, waarbij de bedoeling van de betrokken partijen niet aan derden kan worden tegengeworpen.

De tegenstelling tussen deze twee uitlegmethoden heeft de Hoge Raad in 2004<sup>7</sup> genuanceerd: er bestaat een vloeiende overgang tussen de twee uitlegmethoden en *“van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.”*<sup>8</sup>

Voor pensioenovereenkomsten betekenen deze uitlegmethoden dat in alle gevallen de tekst van groot belang is, maar dat op de individuele pensioenovereenkomst tussen een werkgever en werknemer in beginsel de Haviltex-maatstaf van toepassing is. Voor de uitleg van de pensioenregeling

---

<sup>6</sup> Hoge Raad 17 september 1993, NJ 1994/173 en Hoge Raad 24 september 1993, NJ 1994/174.

<sup>7</sup> Hoge Raad 20 februari 2004, NJ 2005/493.

<sup>8</sup> Hoge Raad 20 februari 2004, NJ 2005/493, r.o. 4.5.

gebaseerd op een cao en op het pensioenreglement, waar de pensioenovereenkomst naar verwijst, is de cao-norm van toepassing.<sup>9</sup>

Onderhavige uitspraken zien met name op het renterisico en bij wie dit risico ligt: de werkgever of de werknemer? Over deze vraag wordt uiteenlopend geoordeeld, waarbij onder andere wordt gekeken naar de totstandkoming en de uitvoering van de pensioenregeling en communicatie uitingen.<sup>10</sup>

#### *Uitkeringsovereenkomst of kapitaalovereenkomst?*

In de zaak van het Hof Den Haag (**18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:211**) ging het om een werkgever en werknemer die het niet eens zijn over het karakter van de pensioenregeling, nadat de pensioenovereenkomst diverse malen is gewijzigd.

Er zijn 3 verschillende momenten van belang voor de totstandkoming van de (gewijzigde) pensioenovereenkomst:

1. De indiensttreding in 1977;
2. De verbetering van de pensioenregeling in 1984; en
3. De wijziging van de pensioenregeling in 2004.

Bij de indiensttreding in 1977 is er een pensioenovereenkomst gesloten, inhoudende een kapitaalverzekering bij Nationale-Nederlanden. In 1984 heeft de werkgever een verbetering van de pensioenregeling aangeboden, waarbij het pensioen van de werknemer voortaan zou meegroeien met de salarisstijgingen. Per 1 juni 1999 is de Wet fiscale behandeling van pensioenen (hierna: Witteveenkader) in werking getreden. Op grond van het overgangsrecht dienden bestaande polissen voor 1 juni 2004 te zijn aangepast. In 2008 heeft Nationale-Nederlanden geïnformeerd over de wijziging van de pensioenregeling per 1 juni 2004 als gevolg van het Witteveenkader.

De werknemer stelt dat er een toezegging door de werkgever is gedaan van gegarandeerde pensioenuitkeringen dan wel dat er sprake is van een streefregeling die bij einde dienstverband adequaat afgefinancierd had moeten

---

<sup>9</sup> Zie ook: Asser/Lutjens, 'Uitlegmethoden.', 7-XI 2019/185.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld ook: Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:306; Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3365; Hof Den Haag 24 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2455; en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9674.



zijn. Volgens de werkgever gaat het niet om gegarandeerde pensioenuitkeringen, maar om de toezegging van een verzekerd kapitaal.

Het Hof overweegt allereerst dat zij met betrekking tot de pensioenovereenkomst uit 1977 niet kan vaststellen wat partijen destijds zijn overeengekomen. Naar het oordeel van het Hof maakt dit echter geen verschil, omdat de pensioenovereenkomst in 1984 is gewijzigd.

Het Hof concludeert vervolgens dat de gewijzigde pensioenovereenkomst uit 1984, aan de hand van de Haviltex-maatstaf, is te kwalificeren als een streefregeling.

Het Hof overweegt samengevat, dat uit de verstrekte informatie blijkt dat de uiteindelijke pensioenbedragen afhankelijk zijn van de toekomstige koopsomtarieven voor lijfrente, de winstuitkeringen en de voorwaarden van Nationale-Nederlanden. Met zoveel woorden is bepaald dat indien als gevolg daarvan uiteindelijk hogere of lagere pensioenbedragen door Nationale-Nederlanden kunnen worden uitgekeerd dan elders in communicatie omschreven bedragen de werknemer, echtgenote en kinderen recht hebben op die hogere of lagere pensioenbedragen. Daarnaast betekent de forse financiële verbetering ten opzichte van de pensioenovereenkomst uit 1977 nog niet dat de werknemer mocht begrijpen dat in de nieuwe pensioenregeling sprake was van gegarandeerde pensioenuitkeringen, ook als dat wel het geval zou zijn geweest in de pensioenovereenkomst uit 1977.

Het Hof oordeelt voorts dat de wijziging van de pensioenovereenkomst in 2004 niet rechtsgeldig tussen partijen is overeengekomen en dus niet tussen partijen geldt. Het Hof overweegt dat deze wijziging van de pensioenregeling onder meer zag op het rekenen met een vaste rekenrente van 5,5%, maar dat de invoering daarvan niet noodzakelijkerwijs voortvloeide uit het Witteveenkader. Op dit punt gaat de wijziging van de pensioenregeling dus verder dan nodig was in het kader van de aanpassing aan de gewijzigde fiscale eisen.

De invoering van een vaste rekenrente van 5,5% bracht het aanmerkelijke financiële risico met zich mee dat het verzekerde kapitaal op de pensioendatum onvoldoende zou blijken te zijn om de beoogde pensioenbedragen te kunnen aankopen en een potentieel forse verslechtering van de pensioenregeling zou zijn

ten opzichte van de pensioenovereenkomst uit 1984. Er is niet gebleken dat de werknemer heeft ingestemd met deze essentiële wijziging van de bestaande pensioenovereenkomst.<sup>11</sup>

Dit betekent dat de pensioenaanspraken beoordeeld moeten worden aan de hand van de pensioenovereenkomst uit 1984. Hieruit vloeit voort dat op de werkgever de verplichting rustte om er gedurende de opbouwfase, en derhalve tot aan het einde van het dienstverband van de werknemer, zorg voor te dragen dat voldoende kapitaal was verzekerd om op de einddatum de toegezegde pensioenbedragen te kunnen aankopen.

Dit is in lijn met een andere uitspraak van het Hof Den Haag (**eindarrest 14 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2019:2455**) waar in essentie dezelfde rechtsvraag speelde. In die zaak werd ook geoordeeld dat er sprake was van een streefregeling en daarnaast wat de betekenis van de rekenrente is. In de uitspraak komt naar voren dat een redelijke uitleg van de pensioenovereenkomst met zich meebracht dat de werkgever tijdens het dienstverband van de werknemer in beginsel steeds gehouden was om aan Nationale-Nederlanden pensioenpremies af te dragen die in overeenstemming waren met een op dat moment reële rekenrente en het bijbehorende doelvermogen dat naar de inschatting van dat moment, nodig zou zijn om op pensioendatum het toegezegde ouderdoms- en partnerpensioen te kunnen aankopen.

Uit beide uitspraken van het Hof Den Haag valt dus af te leiden dat er bij een streefregeling ook sprake kan zijn van een verplichting om een rekenrente te (blijven) hanteren die tot het beoogde doel zal leiden en er dus *voldoende* premie wordt betaald.

#### *Garantie op een uitkering of een kapitaal?*

Het renterisico werd door het Hof 's-Hertogenbosch (**21 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2272**) in de onderhavige zaak bij de werknemer neergelegd. De werknemer nam deel aan een, nadien premievrije, pensioenregeling bij de rechtsvoorganger van de werkgever.

Vervolgens werd er een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten, met twee aanvullende pensioenregelingen (de B-basisregeling en de B-excedentregeling)

---

<sup>11</sup> Hoge Raad 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570.

ondergebracht bij AMEV, inmiddels ASR, door middel van kapitaalverzekeringen met pensioenclausule, waarvan de inhoud aan de werknemer bekend was.

De eerste aanvullende regeling betrof de basispensioenregeling. In deze basispensioenregeling was met betrekking tot het ouderdomspensioen onder andere opgenomen: *“het jaarlijks beoogde ouderdomspensioen bedraagt evenveel malen 1,75% van de voor de werknemer het laatst voor de pensioendatum vastgestelde pensioengrondslag als er jaren liggen tussen de aanvangsdatum van zijn dienstbetrekking en de pensioendatum.”* Ook was bepaald dat op de pensioendatum het verzekerde kapitaal in de plaats van de beoogde pensioenen treedt en uitsluitend dit kapitaal bepalend was voor de hoogte van de aan te kopen pensioenuitkeringen, zodat de werknemer aan de hoogte van de beoogde pensioenen geen aanspraak kon ontlenen.

De tweede aanvullende pensioenregeling was een excedent-regeling (beschikbare premiereregeling). ASR heeft vervolgens de B-basisregeling en de B-excedentregeling gewijzigd, omdat zij geen streefregelingen meer uitvoerde. Zij heeft daarom voorgesteld deze regelingen om te zetten naar een beschikbare premiereregeling met als toezegging een vaste premie en handhaving van minimaal het verzekerd kapitaal.

De werknemer vordert kortgezegd dat de wijzigingen in de B-regeling in strijd zijn met artikel 19 PW en derhalve ongedaan gemaakt dienen te worden. De werknemer vordert primair dat de B-basisregeling kwalificeert als een salarisdiensttijdregeling of uitkeringsovereenkomst, omdat dat is wat partijen beoogden te sluiten en hiervan ook jarenlang uitgingen.

Indien er geen sprake is van een salarisdienstregeling of uitkeringsovereenkomst, vordert de werknemer subsidiair dat het doelkapitaal jaarlijks geactualiseerd en af gefinancierd had moeten worden, zodat het beoogde pensioen gerealiseerd kan worden en dat dit feitelijk niet is gebeurd.

Met betrekking tot het zwaarwichtig belang van de werkgever slaagt het verweer van de werkgever bij de kantonrechter. De werkgever heeft als verweer aangegeven dat ASR de polis niet langer wilde voeren. De kantonrechter oordeelde dat dit kan worden aangemerkt als een zwaarwichtig belang. In hoger

beroep is dit door de werknemer onvoldoende betwist, waardoor een wijziging op grond van artikel 19 PW stand houdt.

Voor zover de werknemer ook in hoger beroep bedoelt dat hem een gegarandeerd pensioen is toegezegd gelijk aan 1,75% van het eindloon maal het aantal in aanmerking genomen dienstjaren en/of dat hem een pensioen is toegezegd dat gekwalificeerd moet worden als uitkeringsovereenkomst, faalt die stelling. Met toepassing van de Haviltex-maatstaf is het Hof van mening dat het weliswaar lijkt te gaan om een garantie, maar dat het dan gaat om een garantie op een kapitaal en niet op een garantie op een uitkering. Daarbij overweegt het Hof dat de pensioenregeling nu eenmaal inhield dat op het tijdstip van het inkopen van het pensioen de rente laag zou kunnen zijn (en dus ongunstig voor de werknemer), hoewel ook niet viel uit te sluiten dat op dat moment sprake zou zijn van een hoge (en dus voor de werknemer gunstige) rentestand. Dit risico is voor de werknemer en niet valt in te zien waarom de werkgever dat risico moest overnemen.

### *Onderdeel 3: Gelijke behandeling*

#### *Inleiding*

Bij de beoordeling of (indirect) leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, dient afgewogen te worden of er sprake is van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel. Conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dient de nationale rechter bij de beoordeling of een maatregel *passend en noodzakelijk* is, in redelijkheid de gestelde, ter zake dienende omstandigheden af te wegen.<sup>12</sup> Met betrekking tot de passendheid, dient de rechter te onderzoeken of de bestreden maatregel niet kennelijk ongeschikt is om het daarmee nagestreefde legitieme doel te bereiken.<sup>13</sup> Wat de noodzakelijkheid betreft, dient de rechter te onderzoeken of de bestreden maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelen en op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de betrokkenen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Hoge Raad 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367.

<sup>13</sup> HvJ-EU 12 oktober 2010, zaak C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600.

<sup>14</sup> HvJ-EU 12 oktober 2010, zaak C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601.

*Aftoppingsregeling verboden leeftijdsdiscriminatie?*

De Hoge Raad heeft voor de derde keer in korte tijd arrest gewezen over onderscheid naar leeftijd bij ontslagregelingen voor oudere werknemers.<sup>15</sup> In dit arrest van de Hoge Raad (**24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114**) ging het om een werknemer van ABN AMRO die boventallig was verklaard, omdat zijn functie was vervallen als gevolg van een reorganisatie. Op grond van het sociaal plan werd de stimuleringsregeling voor de werknemer afgetopt, omdat hij aanspraak kon en heeft gemaakt op een vroegpensioenuitkering. De werknemer stelde dat deze aftoppingsregeling nietig was wegens verboden leeftijdsdiscriminatie.

De kantonrechter en het Hof volgden de werknemer en achten de aftoppingsregeling van het sociaal plan in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Het Hof overweegt dat door de aftoppingsregeling oudere werknemers met een lang dienstverband zonder aanwijsbare noodzaak onevenredig hard worden getroffen. Zij krijgen een lagere of geen stimuleringspremie, terwijl zij slechte kansen hebben op de arbeidsmarkt. Als zij niet ontslagen waren, hadden zij nog enkele jaren kunnen werken. Zij missen, indien zij geen ander werk vinden, in die jaren in ieder geval 30% van hun inkomen, terwijl ook hun pensioen niet verder wordt opgebouwd.

Het Hof overweegt dat de aftoppingsregeling niet een passend en noodzakelijk middel is om het door ABN AMRO geformuleerde doel, het bewerkstelligen van een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen, te bereiken. De omstandigheid dat ABN AMRO in het verleden maatregelen heeft genomen om haar werknemers niet de dupe te laten worden van de verhoging van de pensioenleeftijd door extra geld in de “pensioenpot” te storten, maakt dit niet anders. De extra pensioenstorting rechtvaardigt niet het aftoppen van de stimuleringspremie van de werknemers, die wegens een reorganisatie worden ontslagen en die hun individuele pensioengerechtigde leeftijd al (bijna) hebben bereikt. Het feit dat de onderhavige regeling in overleg met de representatieve vakbonden tot stand gekomen is, kan tot slot niet tot gevolg hebben dat de rechter de noodzakelijkheid en passendheid van de regeling niet mag toetsen.

---

<sup>15</sup> Zie eerder: Hoge Raad 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647 en Hoge Raad 20 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:2037.

ABN AMRO stelt dat het Hof met terughoudendheid had moeten onderzoeken of de aftoppingsregeling een passend en noodzakelijk middel is om de daarmee nagestreefde doelen te bereiken, omdat het uitgangspunt is dat de aftoppingsregeling met de representatieve vakbonden is overeengekomen en het Hof had moeten beoordelen of de sociale partners in redelijkheid tot de betrokken aftoppingsregeling hadden kunnen komen.

Dat heeft het Hof miskend door zelf te beoordelen wat redelijk is. Daarnaast stelt ABN AMRO dat het Hof de aftoppingsregeling geïsoleerd heeft beoordeeld en heeft miskend dat het de geoorlooftheid van de regeling in de bredere context van het sociaal plan als geheel en de door ABN AMRO getroffen en bekostigde pensioenmaatregelen had moeten beoordelen.

De Hoge Raad oordeelt dat de klachten van ABN AMRO slagen, omdat het oordeel van het Hof over de passendheid en de noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling niet berust op een afweging in redelijkheid van de gestelde, ter zake dienende omstandigheden. De Hoge Raad overweegt dat de ruime beoordelingsmarge van sociale partners aan wie het is overgelaten om een evenwicht te bepalen tussen hun respectieve belangen, en de flexibiliteit die zij hebben om een genomen maatregel zo nodig aan te passen, met zich meebrengen dat de rechter de door de sociale partners gemaakte keuzes met terughoudendheid moet beoordelen. Het Hof had in dat verband de passendheid moeten beoordelen of de aftoppingsregeling niet kennelijk ongeschikt was voor het bereiken van de legitieme doelen die daarmee worden nagestreefd. Met betrekking tot de noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling had het Hof moeten beoordelen of zij op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de daardoor benadeelden, waarbij het de regeling in haar eigen regelingscontext had dienen te plaatsen. In dat verband had het Hof rekening moeten houden met zowel het nadeel dat voor de betrokken personen aan de aftoppingsregeling kleefde als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.<sup>16</sup>

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het Hof de passendheid en noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling had moeten onderzoeken in het licht van *alle* legitieme doelen die daarmee worden nagestreefd.

---

<sup>16</sup> HvJ-EU 12 oktober 2010, zaak C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601, punt 73; Hoge Raad 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, r.o. 5.8 en Hoge Raad 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647, r.o. 4.1.5.

ABN AMRO had namelijk als legitiem geoordeelde doelen niet alleen het bewerkstelligen van een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen, maar ook:

- het beperken van de financiële gevolgen van de reorganisatie voor ABN AMRO en het personeel dat in dienst blijft; en
- het beperken van het economisch nadeel van de werknemers die hun baan verliezen, in het bijzonder de achteruitgang in inkomen.

Het Hof heeft bij zijn oordeel alleen rekening gehouden met het doel om de beschikbare middelen eerlijk te verdelen onder de bij het ontslag betrokkenen. Het Hof heeft de andere twee legitieme doelen niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken. De Hoge Raad oordeelt dat de toets niet voldoende nauwkeurig en volledig genoeg heeft plaatsgevonden en de toets daarom over gedaan moet worden.<sup>17</sup>

*Leidt aftoppingsregeling tot onrechtmatige pensioenschade?*

De Rechtbank Amsterdam (**21 januari 2020 ECLI:NL:RBAMS:2020:142**) oordeelde in een andere zaak dat de aftoppingsregeling objectief gerechtvaardigd is. Hierbij ging het om een aftoppingsregeling uit het sociaal plan, overeengekomen tussen sociale partners.

De aftoppingsregeling hield in dat de beëindigingsvergoeding nooit meer bedraagt dan het inkomen dat een werknemer zou kunnen verdienen als hij tot aan de AOW-leeftijd bij Delta Lloyd was blijven werken, verminderd met de pensioenaanspraken tot aan de AOW-leeftijd.

De werknemer stelt dat de aftoppingsregeling in strijd is met artikel 1 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, terwijl er geen objectieve rechtvaardiging voor bestaat en het middel bovendien niet geschikt en proportioneel is. Daarnaast is de werknemer van mening dat door de vroegtijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst zijn pensioenopbouw is gestaakt, waardoor zijn pensioenresultaat is beperkt en er sprake is van pensioenschade.

De kantonrechter overweegt, in lijn met het standpunt van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat sociale partners een ruime beoordelingsmarge hebben bij

---

<sup>17</sup> Zie vervolg: Hof Den Haag 23 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:303.

het bepalen van de maatregelen waarmee gekozen doelstellingen van sociaal beleid kunnen worden verwezenlijkt. Vanwege die ruime beoordelingsmarge heeft de kantonrechter zich terughoudend op te stellen bij de toetsing van (de toepassing van) de aftoppingsregeling.

De kennelijke bedoeling van de aftoppingsregeling is om te voorkomen dat de beëindigingsvergoeding hoger is dan de redelijkerwijs te verwachten inkomstenderving tussen ontslagdatum en de verwachte AOW-gerechtigde leeftijd, waarbij de achterliggende gedachte van het gehele sociaal plan is om het beschikbare budget evenwichtig te verdelen over de verschillende groepen werknemers die zijn ontslagen. De kantonrechter wijst erop dat het sociaal plan voor wat betreft het (indirect) rekening houden met leeftijd, twee kanten heeft. Tegenover de voor de werknemer nadelige kant van de aftoppingsregeling, staat dat een hogere leeftijd juist tot een hogere beëindigingsvergoeding leidt: direct doordat dienstjaren zwaarder tellen naarmate ze op oudere leeftijd zijn gemaakt en indirect doordat ouderen een grotere kans hebben veel jaren bij Delta Lloyd gewerkt te hebben.

De kantonrechter ziet geen duidelijk alternatief voor de aftoppingsregeling, waarbij hetzelfde doel wordt bereikt zonder onderscheid naar leeftijd te maken.

Ten aanzien van de aftrek van de pensioenaanspraken, merkt de kantonrechter op dat een sociaal plan een optelsom is van plussen en minnen. De kantonrechter overweegt dat het sociaal plan onderkent dat oudere en jongere werknemers uiteenlopende belangen hebben. Oudere werknemers hebben in het algemeen een slechtere positie op de arbeidsmarkt dan jongere werknemers. Daarom geldt voor hen een langere herplaatsingstermijn. Daarnaast wordt bij de berekening van de beëindigingsvergoeding rekening gehouden met hun langere dienstverband en hogere leeftijd. De aftopping met de pensioenaanspraken tot aan de AOW-leeftijd is naar het oordeel van de kantonrechter gerechtvaardigd door het feit dat dit bronnen van inkomsten zijn, waar oudere werknemers vanaf hun 62ste aanspraak op kunnen maken.

Ook kan niet worden gezegd dat op excessieve wijze afbreuk is gedaan aan de belangen van de werknemer. Voor de kantonrechter is in dit kader van belang in hoeverre er sprake is van daadwerkelijke inkomstenderving. Uit berekeningen blijkt kortgezegd dat per saldo het daadwerkelijke inkomen (WW-uitkering en



beëindigingsvergoeding) hoger uitkomt dan wanneer de werknemer tot aan zijn AOW-gerechtigde leeftijd in dienst was gebleven. Hierbij zijn de pensioenaanspraken nog buiten beschouwing gebleven.

De conclusie van de kantonrechter is dat het onderscheid naar leeftijd dat het sociaal plan maakt objectief gerechtvaardigd is. Het beroep van de werknemer op verboden onderscheid wegens leeftijd treft dus geen doel.

Tot slot vordert de werknemer schadevergoeding in verband met gemiste pensioenopbouw. De opbouw van zijn pensioen is gestaakt als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en verwijt hierbij Delta Lloyd tevens dat hij niet in de gelegenheid is gesteld zelf door te gaan met de betaling van de verschuldigde premies, terwijl de pensioenregeling hier wel in voorziet.

De kantonrechter is van oordeel dat de vordering zich niet verdraagt met het finale kwijtingsbeding dat partijen zijn overeengekomen in de vaststellingsovereenkomst en dit dus sowieso de vordering van pensioenschade van de werknemer in de weg staat. Ten overvloede overweegt de kantonrechter dat er sprake is van een rechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dat inherent aan een dergelijke pensioenovereenkomst is, dat verbintenissen zoals hier aan de orde eindigen bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Die beëindiging is onbetwist rechtmatig geweest. Daarnaast is er bij toepassing van de aftoppingsregeling weliswaar sprake geweest van leeftijdsonderscheid, maar daarvoor bestaat voldoende rechtvaardiging. Van onrechtmatig handelen of niet goed werkgeverschap dat moet leiden tot het vergoeden van schade in verband met het niet verder opbouwen van pensioen, kan dan ook niet worden gesproken.

Deze uitspraken onderstrepen naar mijn mening (nogmaals) de ruime onderhandelingsvrijheid die aan sociale partners toekomt en dat deze vrijheid betrokken moet worden bij de beoordeling voor gemaakt onderscheid. Bij de beoordeling van gekozen maatregelen dient vervolgens niet alleen gekeken te worden naar de nadelen voor de belanghebbenden, maar dient ook met de voordelen rekening gehouden te worden.



## 2. Wijziging van de pensioenregeling

*mr. drs. Edwin Schop CPL, partner pensioenrecht Sprenkels & Verschuren*

### *Inleiding*

Geen onderwerp waar zoveel pensioenrechtspraak over bestaat als over het onderwerp Wijzigen van de pensioenregeling. En met de Corona-crisis is het eenzijdig wijzigen van een pensioenovereenkomst actueler dan ooit. Werkgevers die door de crisis in financiële problemen raken, zullen wellicht ook naar (de kosten van) de pensioenregeling kijken en de pensioenregeling waar mogelijk willen wijzigen. Wellicht geeft de aanstaande invoering van het nieuwe pensioenstelsel extra voeding aan het voeren van rechtszaken.

Ook 2020 heeft weer een aantal interessante uitspraken van rechters opgeleverd. Zelfs uitspraken die in de Tweede Kamer tot vragen aan de betrokken Minister hebben geleid. Hierna geef ik een overzicht van de - naar mijn idee - meest in het oog springende uitspraken, verdeeld naar de volgende onderwerpen:

- de (on) mogelijkheid om onvoorwaardelijke toeslagen te wijzigen
- voorwaarden voor het invoeren van een werknemersbijdrage
- de vraag of een incorporatiebeding statisch of dynamisch is
- hoe ver reikt voor de werkgever een inspanningsverplichting tot indexeren
- zijn werknemers gebonden aan de instemming van de OR
- de voorwaarden voor een welbewuste instemming

### *1. Is het mogelijk onvoorwaardelijke toeslagen te wijzigen?*

#### Artikel 20 PW blokkeert wijziging toekomstige toeslagen voor actieven

Wijziging van onvoorwaardelijke naar voorwaardelijke toeslag laat de indexatie over de reeds opgebouwde aanspraken en rechten onverlet en beperkt deze niet tot de indexatie tot het moment van wijziging. Aldus oordeelt Hof Den Haag (20 januari 2020, **ECLI:NL:GHDHA:2020:20**). Dat de cao in de wijziging voorziet, betekent niet dat gehandeld mag worden in strijd met artikel 20 Pensioenwet. Wat is het geval? De werknemer bouwde in eerste instantie pensioen op bij een

pensioenverzekeraar op basis van een zogenoemde gemitigeerde eindloonregeling. De pensioenregeling voorziet na beëindiging van de deelneming in een onvoorwaardelijke indexatie van de opgebouwde pensioenen (maximum 3% per jaar). Vanaf enig moment (2001) brengt de werkgever de pensioenovereenkomst onder bij zijn ondernemingspensioenfonds. De werknemer gaat niet akkoord met de waardeoverdracht van zijn bij de pensioenverzekeraar opgebouwde aanspraken naar het ondernemingspensioenfonds.

Daarna (2011) wijzigt de cao waarbij de toeslagverlening van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk gaat. Tot 1 januari 2013 is het pensioen van de werknemer volledig geïndexeerd. De werknemer stapt naar de Kantonrechter om ook voor de toekomst indexatie af te dwingen. De Kantonrechter wijst de vorderingen af, vooral omdat de werknemer zich beriep op een artikel in het pensioenreglement dat van toepassing was op gewezen deelnemers, terwijl hij nog actieve deelnemer was. Het Hof oordeelt dat niet ter discussie staat dat de cao met ingang van 1 januari 2013 is gewijzigd in die zin dat de toeslagverlening ook voor gewezen deelnemers van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk is gegaan. Anders dan X betoogde, wordt zijn recht op zijn bij de pensioenverzekeraar opgebouwde pensioenaanspraken en de indexatie daarvan wel degelijk beheerst door de achtereenvolgende cao's. De pensioenovereenkomst die geldt tussen X en zijn werkgever is in de achtereenvolgende cao's neergelegd. Het Hof verwijst daarbij naar de definitie van pensioenovereenkomst in de Pensioenwet ("hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen") en stelt vast dat de pensioenovereenkomst neergelegd in de achtereenvolgende cao's dus ook geldt voor het pensioen dat de werknemer in dienst van zijn werkgever bij de pensioenverzekeraar heeft opgebouwd.

Het Hof volgt de werknemer, ondanks het feit dat hij geen gewezen deelnemer is, echter wel in zijn standpunt dat artikel 20 Pensioenwet tot gevolg heeft dat een onvoorwaardelijk recht op indexatie, zijnde een pensioenaanspraak, niet (zonder instemming van de werknemer) kan worden gewijzigd in een voorwaardelijk recht op indexatie. Artikel 20 Pensioenwet luidt: "In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134."

Dat de cao voorziet in deze wijziging betekent volgens het Hof niet dat gehandeld mag worden in strijd met het verbod van artikel 20 Pensioenwet en laat de rechten en aanspraken van de werknemer uit hoofde van dit artikel in stand.

Het standpunt van de werkgever, de pensioenverzekeraar en het ondernemingspensioenfonds dat het wijzigingsverbod van artikel 20 beperkt is tot de onvoorwaardelijke indexatie over het opgebouwde pensioen tot het moment van wijziging, wijst het Hof af. Continuering van onvoorwaardelijke toeslagverlening over de reeds opgebouwde aanspraken of rechten behoort volgens het Hof op grond van artikel 1 van de Pensioenwet tot die opgebouwde aanspraken en rechten. Dat de indexatie wordt gefinancierd uit de overrente die de werkgever van de pensioenverzekeraar ontvangt, kan aan de werknemer niet worden tegengeworpen.

Het Hof is van oordeel dat de opgebouwde pensioenaanspraken bij de pensioenverzekeraar onvoorwaardelijk geïndexeerd moeten worden volgens de indexatievoorschriften uit het pensioenreglement en de werkgever deze indexatie moet (af)financieren.

#### *Commentaar*

Waardeoverdracht was hier niet het geval. Een onvoorwaardelijke toeslag is een pensioen in de zin van de Pensioenwet en kan dus niet meer worden gewijzigd voor tot het moment van wijziging van de pensioenregeling opgebouwde aanspraken. Wél voor de vanaf dat moment op te bouwen aanspraken. De opgebouwde aanspraken moeten dus tot in lengte van jaren worden geïndexeerd op basis van de indertijd overeengekomen onvoorwaardelijke toeslag. Voor zover de overrente daarvoor onvoldoende is, moet de werkgever voor de financiering opdraaien. En strikt genomen, moet hij de toekomstige onvoorwaardelijke indexatie voor alle deelnemers in één keer affinancieren. De werkgever en het ondernemingspensioenfonds realiseerden zich dit terdege, gezien het verweer dat dit leidt tot ernstige financiële gevolgen, een enorme daling van de dekkingsgraad van het pensioenfonds, korting van het pensioen voor alle betrokkenen, instabiel arbeidsvoorwaardenoverleg, mogelijke faillissementen en grote gevolgen voor alle pensioenuitvoerders met onvoorwaardelijke indexatie op 1 januari 2007. Het Hof vindt dit echter onvoldoende toegelicht en gaat hier dus niet in mee.

Ik verwijs ook naar de Kroniek 2019 voor een soortgelijke zaak met eenzelfde oordeel van de rechter. De hiervoor genoemde passage uit het vonnis van het Hof “...niet (zonder instemming van de werknemer) kan worden gewijzigd....” roept vragen op. Wordt hier bedoeld dat het wijzigingsverbod van 20 PW met iedere vorm van instemming kan worden doorbroken? Zo ja, waarom dan niet – zoals hier het geval is - bij Cao? Zo nee, bedoelt het Hof dan vetorecht van artikel 83 lid 2 PW)? Het arrest is ook van belang voor de herziening van het pensioenstelsel. In het pensioenakkoord tussen het kabinet en sociale partners (werkgevers- en werknemersorganisaties) is afgesproken om bestaande pensioenaanspraken en nieuwe pensioenopbouw bij elkaar te houden en over te dragen naar de nieuwe regeling (oftewel: het invaren van pensioenaanspraken en -rechten). In het voorgestelde nieuwe pensioencontract zal echter de nominale (pensioen)garantie komen te vervallen. Dit zou betekenen dat de reeds opgebouwde pensioenaanspraken worden gewijzigd. Het huidige artikel 20 Pensioenwet verzet zich hiertegen, tenzij een deelnemer instemt met de wijziging middels een collectieve waardeoverdracht (met vetorecht). Het kabinet heeft inmiddels laten weten de wet te zullen aanpassen om ‘invaren’ zonder bezwaarrecht van de deelnemer maar met een versterkt bezwaarrecht van het Verantwoordings- dan wel Belanghebbendenorgaan mogelijk te maken.

*Geen onbedoeld onvoorwaardelijke indexatie*

Rechtbank Den Haag (13 augustus 2020, **ECLI:NL:RBDHA:2020:7813**) buigt zich over een zelfde situatie: een werkgever wijzigt de onvoorwaardelijke toeslag eenzijdig in een voorwaardelijke toeslag. Ook hier is het oordeel dat een dergelijke wijziging in strijd is met artikel 20 Pensioenwet omdat een onvoorwaardelijke toeslag valt onder het begrip pensioenaanspraak in de zin van artikel 1 PW. Daaronder vallen ook de toekomstige onvoorwaardelijke toeslagen over de tot het moment van wijziging opgebouwde aanspraken. Wat was hier het geval?

Vast staat dat er sprake is van een pensioentoezegging met een onvoorwaardelijke toeslag. In eerste instantie was dit een premievrije eindloonregeling met een onvoorwaardelijke toeslagregeling voor zowel actieve als inactieve deelnemers. In 2013 wijzigt de pensioenregeling in een middelloonregeling.

Het pensioen-reglement bevat een toeslagregeling op grond waarvan de werkgever jaarlijks per 1 januari toeslagen (op basis van de cao-lonen) verleent op het tot 1 januari opgebouwde gedeelte van de deelnemers. De werkgever betaalt de toeslagen eerst uit de rentestandskorting die op grond van de uitvoeringsovereenkomst beschikbaar komt en later, bij onvoldoende rentestandskorting, op grond van het pensioenreglement via een aanvullende koopsom. Het pensioenreglement bevat verder een wijzigingsvoorbehoud. In het pensioenreglement is opgenomen dat dit voorbehoud kan worden toegepast als de financiële omstandigheden van de werkgever daartoe noodzaken. Ook is in het pensioenreglement opgenomen dat de opgebouwde pensioenaanspraken in een dergelijk geval niet worden aangetast.

De werkgever vraagt in november 2016 aan de OR om in stemmen met een wijziging van de pensioenregeling per 1 januari 2017, omdat als gevolg van de structureel lage rente en de toegenomen levensverwachting de pensioenlasten met ongeveer 89% stijgen bij een ongewijzigde voortzetting. Een van de voorgestelde wijzigingen betreft het vervangen van de onvoorwaardelijke toeslag voor actieven door een voorwaardelijke toeslag. Naast de genoemde financiële overwegingen, geeft de werkgever aan dat de pensioenverzekeraar niet meer bereid is om een onvoorwaardelijke toeslag uit te voeren in de nieuwe regeling.

Daarom stelt de werkgever voor over te gaan naar een voorwaardelijke toeslag op basis van de beschikbare middelen, waarbij de werkgever zelf geen middelen meer beschikbaar stelt. De OR stemt in met de voorgestelde wijzigingen, met dien verstande dat de werkgever toezegt ter financiering van de voorwaardelijke toeslagverlening jaarlijks een bedrag in het toeslagdepot te storten ter grootte van 3,7% van de totale pensioengevende loonsom. De werkgever vraagt daarop instemming van alle deelnemers, deze werknemer stemt niet in. De werkgever besluit vervolgens om de regeling eenzijdig te wijzigen, ook voor deelnemers die niet instemden. De werknemer stelt dat artikel 20 PW aan wijziging van opgebouwde pensioenaanspraken in de weg staat, zodat de tot 1 januari 2017 opgebouwde pensioenaanspraken in ieder geval voorzien zijn en blijven van een onvoorwaardelijke toeslagverlening. De werkgever stelt dat de werknemer hooguit een vordering heeft over de periode 1 januari 2017 tot het moment van uitdiensttreding, te weten 1 juli 2019. De Kantonrechter concludeert dat allereerst de vraag aan de orde is of de toeslagverlening over de tot 1 januari 2017

opgebouwde pensioenaanspraken überhaupt kan worden gewijzigd gelet op artikel 20 PW.

De Kantonrechter meent van niet: als dit mogelijk zou zijn, dan zou er volgens de Kantonrechter namelijk geen verschil meer bestaan met voorwaardelijke toeslagen waarvoor het wijzigingsverbod niet geldt. Wel toegekende voorwaardelijke toeslagen zijn immers een pensioenaanspraak geworden en kunnen niet meer worden gewijzigd, maar de nog niet toegekende voorwaardelijke toeslagen kunnen wel worden gewijzigd.

Als de nog niet toegekende onvoorwaardelijke toeslagen ook konden worden gewijzigd, begrijpt de Kantonrechter niet wat het verschil is met voorwaardelijke toeslagen en welk onderscheid dan is gemaakt met het wijzigingsverbod. Die uitleg kan volgens de Kantonrechter dan ook niet juist zijn.

De Kantonrechter verwerpt ook het betoog van de werkgever dat sprake is van een 'onbedoeld onvoorwaardelijke' toeslagverlening en dat de invoering van de Pensioenwet niet beoogde de positie van de pensioengerechtigde te verbeteren, maar er volgens de wetsgeschiedenis in voorzag dat deze toeslagen zouden (kunnen) worden omgezet in voorwaardelijke toeslagen. Deze uitleg miskent volgens de Kantonrechter dat de Pensioenwet beoogt duidelijkheid te bieden aan de pensioengerechtigde over wat hij kan verwachten. Om die reden is een toeslag alleen voorwaardelijk indien dit duidelijk blijkt uit een zogenaamde voorwaardelijkheidsverklaring. De Kantonrechter merkt op dat de werkgever zelf terecht opmerkt dat de toeslagverlening met uitstelfinanciering door wetsduiding onvoorwaardelijk is geworden. Indien de werkgever dat anders had willen zien, had zij actie moeten ondernemen, vervolgt de Kantonrechter. Artikel 20 PW is van dwingend recht. Dit betekent volgens de Kantonrechter dat wijziging van de onvoorwaardelijke toeslagverlening over de tot 1 januari 2017 opgebouwde aanspraken op grond van artikel 19 PW of artikel 7:611 (goed werkgever- en goed werknemerschap) of 7:613 BW (eenzijdige wijziging bij zwaarwichtig belang) niet mogelijk is.

Voor de werkgever stond nog open de vordering dat ongewijzigde instandhouding van het pensioen onaanvaardbaar zou zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248, lid 2 BW). De werkgever betoogt dat onvoorwaardelijke toeslagverlening met uitstelfinanciering in strijd is met de wet. Daarnaast wijst hij



op het feit dat de pensioenverzekeraar niet langer bereid zou zijn om een onvoorwaardelijke toeslagverlening met uitstelfinanciering uit te voeren. De Kantonrechter overweegt dat dit in zoverre juist is dat onvoorwaardelijke toeslagen in het algemeen in de opbouwfase moeten worden gefinancierd. De Kantonrechter constateert echter dat uit de parlementaire geschiedenis<sup>18</sup> volgt dat dit niet geldt voor onvoorwaardelijke toeslagverlening die alleen plaatsvindt bij actieve deelnemers. Hij verwerpt het standpunt dat continuering van de regeling om deze reden – financiering tijdens opbouwfase vereist - onaanvaardbaar zou zijn. Ook het argument dat de pensioenverzekeraar niet langer bereid zou zijn om een dergelijke regeling uit te voeren, gaat volgens de Kantonrechter niet op. De werkgever maakte hiervan geen melding in de brief aan de werknemer waarin wordt gevraagd om instemming. De Kantonrechter verbindt hieraan de conclusie dat dit argument geen rol heeft gespeeld bij het voornemen en het besluit tot wijziging van de pensioenregeling.

#### *Commentaar*

De ‘onbedoeld onvoorwaardelijke’ toeslagverlening bracht al heel wat pennen in beweging. Niet alleen tijdens en kort na de totstandkoming van de Pensioenwet, maar inmiddels ook in een toenemend aantal rechterlijke uitspraken. In deze zaak was, naast de wijziging van de toeslagverlening, nog een aantal andere wijzigingen aan de orde. Van belang is met name dat de Kantonrechter constateert dat een onvoorwaardelijke toeslagverlening op grond van artikel 20 PW überhaupt niet gewijzigd kan worden. De vraag of dat eenzijdig kan, is dan dus totaal niet relevant. Is de strekking van de opmerking dat de Kantonrechter meent dat 20 PW ook in de weg staat aan wijziging mét instemming? Dat staat niet zo specifiek in het vonnis, slechts dat 20 PW ook een blokkade opwerpt voor wijziging van onvoorwaardelijke toekomstige indexatie. De vraag is ook of er in dit kader sprake is van een andere lezing dan de hiervoor genoemde uitspraak van Hof DH van 20/1, waar de stelling lijkt te worden ingenomen dat het verbod van 20 PW niet aan wijziging met instemming in de weg staat.

Een tweede belangrijk aspect is de constatering van de Kantonrechter dat bij een onvoorwaardelijke toeslagverlening die alleen geldt voor actieve deelnemers en niet (ook) voor gewezen deelnemers, geen sprake is van

---

<sup>18</sup> Kamerstukken I 2006/2007, 30413, C, p. 30-31.

een directe affinancieringsplicht door de werkgever, maar van een jaarlijkse betalings-verplichting. Waarom de pensioenverzekeraar in dit geval de regeling niet meer wilde uitvoeren, is daarom onduidelijk.

*Wijziging onvoorwaardelijke toeslag alleen via artikel 83 PW*

Hof Amsterdam (3 november 2020, **ECLI:NL:GHAMS:2020:2929**) deed uitspraak over het bereik van een wijziging van afspraken over financiering van de toekomstige opbouw. In eerste aanleg heeft de werknemer bot gevangen: de gestelde onredelijke uitkomst van de wijziging levert onvoldoende grond op om vast te stellen dat het belang van de werkgever (de AFM) zou moeten wijken voor het belang van de werknemer (ongewijzigde voortzetting van de regeling).

Het Hof is een andere mening toegedaan en oordeelt dat (a) afspraken met werknemers over de financiering van de toekomstige opbouw (kunnen) leiden tot een wijziging van opgebouwde aanspraken in de zin van artikel 20 PW en (b) een onvoorwaardelijke toeslag over opgebouwde aanspraken en ingegane rechten een aanspraak is die op basis van artikel 20 PW niet kan worden gewijzigd. Op dit vonnis valt naar mijn mening het nodige af te dingen.

Wat zijn in deze uitspraak de relevante omstandigheden? Gegeven het feit dat:

- de voorgestelde pensioenovereenkomst gebaseerd is op een beschikbare premie heeft de eenzijdige beëindiging van de herstellpremieopslag;
- de gegarandeerde bijdrage aan kostenoverschrijdingen;
- de afschaffing van de verplichting om bij te storten bij wijzigingen in de grondslagen anders dan de rekenrente;
- wijziging van de premiesystematiek voor de toekomstige opbouw (demping premie),

in feite alleen effect op de tot 2016 opgebouwde pensioenaanspraken van alle (gewezen) deelnemers en pensioenrechten van gepensioneerden en vergroot de kans op korten of verlaagt de kans op prijsindexatie van die in het verleden onder eerdere pensioenovereenkomsten opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.

Het Hof oordeelt dat een wijziging van de pensioenregeling alleen kan ten aanzien van de werknemers, omdat het eenzijdig wijzigingsbeding op grond van de letterlijke tekst alleen tegenover werknemers kan worden ingeroepen. En niet,

zoals in het onderhavige geval, voor wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst tussen AFM en haar pensioenfondsen die effect hebben op de door gewezen deelnemers en gepensioneerden onder eerdere pensioenovereenkomsten opgebouwde pensioenaanspraken en –rechten. Voor deze wijzigingen is de medewerking nodig van alle gerechtigden op pensioen opgebouwd vóór 2016. (Wel zou AFM in rechte een beroep kunnen doen op artikel 6:248 BW om tot een eenzijdige wijziging te komen van de uitvoeringsovereenkomst. Hiervan is echter geen gebruik gemaakt.)

*Commentaar*

Dat is een strikte uitleg. Uit eerdere rechtspraak is op te maken dat ook slapers en gepensioneerden vallen binnen het bereik van artikel 7:613 BW dan wel 19 PW.

Om een nieuwe kostenafspraken te kunnen maken voor de al opgebouwde pensioenen, moet er – aldus het Hof – eerst een interne collectieve waardeoverdracht ex artikel 83 PW plaatsvinden, inclusief alle voorwaarden die daarbij gelden. Daarvan zou alleen geen sprake zijn in het geval van een collectieve waardeoverdracht. Deze heeft niet plaatsgevonden. Een rechtsgeldige wijziging kan daarom alleen van toepassing zijn op de pensioenaanspraken opgebouwd vanaf 1 januari 2016.

*Commentaar*

Deze redenering is zeer opmerkelijk: gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zouden volgens het Hof nooit enig nadeel mogen lijden van een wijziging van de pensioenregeling (van in dit geval de aanpassing van de premie), tenzij artikel 83 PW wordt toegepast. Dat is erg vergaand, ik heb daar zeer sterke twijfels bij. Het gevolg zou dan bijvoorbeeld kunnen zijn dat wanneer een met de werknemers nieuw afgesproken CDC-premie ten opzichte van de oude premie lager (meer gedempt) is, deze premie nadelig kan zijn voor alle gerechtigden (een lage premie-inleg maakt dat een pensioenfonds voor het herstel van haar financiële positie afhankelijk wordt van beleggingsresultaten) een niet-rechtsgeldige wijziging is ten opzichte van alle deelnemers, dus ook pensioengerechtigden. Dit “verbod op nadeel-criterium” is volgens mij in ieder geval voor cassatie vatbaar. En belooft wat bij invoering van het pensioenakkoord.

Volgens het Hof beschouwt de Pensioenwet een onvoorwaardelijke indexatie op grond van artikel 1 PW (definitie van pensioenaanspraak) als een pensioenaanspraak, omdat in de definitie alleen de voorwaardelijke indexatie wordt uitgesloten van het begrip pensioenaanspraak. Volgens artikel 95 PW is een toeslag alleen voorwaardelijk indien in de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst, het pensioenreglement, de opgaven op grond van (...) alsmede in de overige, persoonlijke, informatieverstrekking over de toeslagverlening door de pensioenuitvoerder een voorwaardelijkheidsverklaring is opgenomen. In dit geval is er sprake van een onvoorwaardelijke indexatie voor de actieven die AFM heeft gewijzigd in een voorwaardelijke indexatie (wat niet ter discussie is gesteld). Het Hof knoopt aan bij artikel 1 van Pensioenreglement 2014 dat de deelnemer definieert als de werknemer die deelneemt aan deze pensioenregeling. Op grond van artikel 2 lid 3 van Pensioenreglement 2014 eindigt het deelnemerschap bij overlijden, door ingang van het ouderdomspensioen of op de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, anders dan door overlijden of pensionering. Op basis van het reglement worden de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, als bedoeld in artikel 20 PW, indien en zo lang (i) artikel 9 lid 3 van Pensioenreglement 2014 van toepassing blijft op de tot 1 januari 2016 opgebouwde pensioenaanspraken zolang de werknemer in dienst blijft, en (ii) zijn pensioenaanspraken vanaf uitdiensttreding of pensionering worden aangepast op basis van de voorwaardelijke toeslagregeling van artikel 22 van Pensioenreglement 2014. Het Hof constateert op basis hiervan dat de onvoorwaardelijke indexatie volgens het pensioenreglement pas bij uitdiensttreding voorwaardelijk wordt. De onvoorwaardelijkheid van de toeslag moet in stand blijven tot uitdiensttreding (inclusief pensionering) en kan, aldus nog steeds het Hof, niet tussentijds gewijzigd worden.

#### *Commentaar*

De (mijn) vraag is of er ten aanzien van de toekomstige onvoorwaardelijke indexatie wel sprake is van een op de wijzigingsdatum opgebouwde indexatieaanspraak, onder meer omdat de financiering nog in de toekomst moet plaatsvinden (AFM betaalt jaarlijks een koopsom voor de inkoop van de toeslag voor dat jaar). In feite is dit ook geen echte onvoorwaardelijke indexatie: de indexatie wordt namelijk alleen toegekend als de werkgever de daarvoor benodigde premie betaalt. En daarmee is er naar mijn mening sprake van een voorwaardelijke indexatie

(of eventueel een 'voorwaardelijk onvoorwaardelijke' indexatie) en strikt genomen niet van een zuivere onvoorwaardelijke indexatie.

*Overkoepelend commentaar*

Voornoemde uitspraken geven weer dat het niet mogelijk is om (zonder individuele of collectieve waardeoverdracht, een terechte korting of een rechtsgeldige wijziging op grond van de onaanvaardbaarheidstoets) toekomstig onvoorwaardelijk te verlenen toeslagen over opgebouwde aanspraken of ingegane rechten te wijzigen. De gevolgen van die uitspraken zijn verstrekkend. Niet alleen financieel, ook raken deze een groot aantal andere werkgevers. Is dit de juiste lezing dan zou iedere onvoorwaardelijke toeslagregeling in beginsel nooit meer te wijzigen zijn. Ook niet indien partijen dat via cao of individueel overeenkomen, zo lijkt het.

Het blijft wringen. Ik signaleerde eerder in 2007 in mijn boek 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen' (2007 Kluwer, p. 139 e.v.) en in het boek *Wijziging van de pensioenregeling* (2013 Vereniging voor pensioenjuristen, p. 293-295) moeite te hebben met deze lezing. Ook Huijg blijft zich verzetten, zie voor zijn uitgebreide analyse met argumenten T. Huijg, 'Onvoorwaardelijke toeslag wel degelijk te wijzigen', *PensioenMagazine* 2020/45 en T. Huijg, 'Nogmaals de kwestie van de onvoorwaardelijke toeslag', *PensioenMagazine* 2020/92. Lutjens blijft van mening dat een wijziging van overeengekomen onvoorwaardelijke toeslagverlening slechts mogelijk is met toepassing van een van de uitzonderingen uit artikel 20 PW of in het geval nakoming onder omstandigheden mogelijk onaanvaardbaar zou zijn (*Asser/Lutjens 7-X/* 2019/587 en 588; E. Lutjens, 'Een onvoorwaardelijke toeslag kan niet worden gewijzigd', *PensioenMagazine* 2020/74).

2. *Invoeren werknemersbijdrage mogelijk?*

Zwaarwichtig belang voldoende aangetoond

Rechtbank Oost-Brabant (van 10 december 2015 maar gepubliceerd op 22 januari 2020, **ECLI:NL:RBOBR:2015:7913**) kon zich buigen over de vraag of een werkgever een zwaarwegend belang heeft bij het eenzijdig invoeren van een werknemersbijdrage. En oordeelt dat de werkgever hierbij een zodanig zwaarwegend belang had dat het belang van de werknemers daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken. Er is een eenzijdig wijzigingsbeding van toepassing. In de pensioenregeling is opgenomen dat de pensioenpremie geheel voor rekening is van de werkgever. De werkgever voerde per 1 januari 2014, na instemming van de gemeenschappelijke ondernemingsraad (GOR), eenzijdig een werknemersbijdrage aan de pensioenpremie in, met toepassing van een overgangsregeling op grond waarvan die werknemersbijdrage in drie jaar tijd toegroeide naar een bijdrage van 30% van de premie. De werknemer accepteert de wijziging niet en stapt naar de Kantonrechter. Deze wijst de vordering af. Omdat een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, moet volgens de Kantonrechter worden beoordeeld of de werkgever bij de wijziging een zodanig zwaarwegend belang heeft dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken. De Kantonrechter vindt het aangevoerde argument dat de bestaande pensioenregeling “niet meer van deze tijd en ook niet marktconform was” daarvoor onvoldoende. “Niet meer van deze tijd” is volgens hem uiterst subjectief en nagenoeg inhoudsloos en het argument van de niet-marktconformiteit wordt niet toegelicht; maar als die argumenten al wel beoordeelbaar zouden zijn, acht de Kantonrechter ze onvoldoende dwingend.

Dat is wel het geval bij het argument dat de bedrijfsresultaten door verschillende oorzaken dusdanig verslechterden, dat zonder maatregelen de continuïteit van de onderneming in gevaar zou komen. De Kantonrechter vindt dat de financiële perspectieven die werkgever er destijds toe brachten de pensioenregeling te veranderen zoals zij heeft gedaan, een zodanig zwaarwichtig belang opleveren dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De werkgever heeft voldoende onderbouwd dat de resultaten structureel verslechteren en dat het nemen van maatregelen daardoor onontkoombaar is geworden, temeer omdat niet valt in te zien dat structureel betere resultaten in de toekomst voor de hand liggen. Het argument van de

werknemer dat de werkgever in ieder geval in 2013 hogewinst maakt overtuigt de Kantonrechter niet. Dat de GOR met het besluit van de werkgever instemde, is eveneens een indicatie dat een zwaarwichtig belang aanwezig is. Dat enkele werknemers het met dit besluit niet eens zijn, kan hieraan volgens de Kantonrechter niet afdoen. De kantonrechter wijst de vordering van de werknemers af en weegt in zijn oordeel mee dat vanuit de meeste medewerkers geen bezwaar hebben gemaakt tegen de gewijzigde arbeidsvoorwaarde, aan de werknemers een overgangsregeling is gegund om aan de nieuwe situatie te wennen en aan hen een eenmalige compensatie is toegekend.

#### *Commentaar*

Het wijzigen van de verdeling van de pensioenpremie tussen werkgever en werknemer is regelmatig onderwerp van discussie, al dan niet in procedures. Met wisselende uitkomsten. De vraag of sprake is van een zodanig zwaarwegend belang dat dit een eenzijdige wijziging rechtvaardigt, is sterk afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van het geval. Zie bijvoorbeeld eerdere uitspraken uit de Kroniek Pensioenrechtspraak 2018 en 2019 waarbij een wijziging van de werknemersbijdrage in de premie juist niet door een zwaarwegend belang werd gerechtvaardigd.

#### *Geen zwaarwichtig belang voor invoeren bijdrage*

Volgens de Rechtbank Gelderland (13 maart 2020, **ECLI:NL:RBGEL:2020:1608**) heeft een werkgever (wel) een zwaarwichtig belang bij de wijziging van de eindloonregeling in een middelloonregeling, maar geen zwaarwichtig belang voor het invoeren van een werknemersbijdrage (5% van de pensioengrondslag), ondanks de instemming van de OR. Bij het einde van de uitvoeringsovereenkomst zegde de verzekeraar deze op en gaf daarbij aan dat het niet meer mogelijk was om de bestaande eindloonregeling bij haar onder te blijven brengen. Uit een onderzoek van een actuariel adviesbureau bleek dat de kosten voor de eindloonregeling in de afgelopen contractperiode, met name voor de 9 deelnemers in de eindloonregeling, met 50% waren gestegen en inmiddels meer dan helft bedroegen van de totale kosten voor de beschikbare premieregeling met 90 deelnemers. De werkgever besloot dat dit geen houdbare situatie was en stelde daarom voor om de eindloonregeling om te zetten in een middelloonregeling, waarbij de desbetreffende deelnemers een compensatie kregen op basis van actuariële berekeningen. Daarnaast wilde de werkgever een

werknemersbijdrage invoeren van 5% van de pensioengrondslag. De OR gaat akkoord met dit voorstel. De werkgever stuurt de deelnemers een brief met de wijzigingen, waarin ook een individuele berekening over de (gevolgen van de) wijzigingen is opgenomen. Voor zover een medewerker - op basis van deze berekeningen - te maken krijgt met een achteruitgang op de pensioendatum, is in de individuele berekening het bedrag opgenomen dat aan de desbetreffende medewerker maandelijks als compensatie zal worden uitgekeerd over het nog resterende maximaal aantal dienstmaanden. De werknemer protesteert zonder succes tegen de wijziging van zijn pensioenregeling en stapt naar de Kantonrechter.

De Kantonrechter oordeelt dat er sprake moet zijn van een objectieve omstandigheid op grond waarvan van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd dat zij de geldende pensioenovereenkomst onverkort blijft toepassen. De instemming van de OR levert naar het oordeel van de Kantonrechter een aanwijzing op dat voor de wijziging van de eindloonregeling sprake is van een zwaarwichtig belang en een zwaarwichtig gezichtspunt biedt bij de beoordeling van de redelijkheid van de wijziging. Dat neemt volgens de Kantonrechter echter niet weg dat op de werkgever de bewijslast rust dat haar belang zodanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer daarvoor moet wijken. De werkgever deed bij drie grote Nederlandse pensioenverzekeraars navraag over de mogelijkheden om een eindloonregeling te verzekeren. Die bleken er niet te zijn. Daarmee is volgens de Kantonrechter de vereiste objectieve omstandigheid voor de wijziging van de eindloonregeling in een middelloonregeling gegeven.

Anders oordeelt de Rechtbank over het invoeren van de eigen werknemersbijdrage. De door de werkgever aangedragen argumenten overtuigen niet.

Het gaat om de volgende in de praktijk vaak gehoorde redenen:

- een op lange termijn financieel houdbare pensioenregeling,
- beheersbare en voorspelbare kosten van de pensioenregeling,
- het voorkomen van een significant verdere stijging van de pensioenlasten,
- ruimte creëren voor toekomstige salarisverhogingen,
- solidariteit en gelijke behandeling van alle werknemers, en



- het voorkomen van arbeidsonrust en onvrede op de werkvloer (een grote(re) groep werknemers namen deel in een aanmerkelijk soberder premieregeling met wel een eigen bijdrage voor pensioen).

-

Daarnaast voerde de werkgever aan dat:

- de OR ook instemde met de invoering van de eigen bijdrage,
- de invoering van de werknemersbijdrage past in de brede maatschappelijke ontwikkeling die gaande is,
- de hoogte van 5% marktconform is en zorgt voor een zekere mate van harmonisering van de arbeidsvoorwaarden.

De Kantonrechter concludeert echter dat voor een ‘zodanig zwaarwichtig belang’ meer nodig is dan de instemming van de OR. De overwegingen van de werkgever overtuigen niet, althans niet in die zin dat deze een (zwaarwegende) reden opleveren op om inbreuk te maken op de arbeidsvoorwaarden van de werknemer. Daarbij heeft de werkgever niet of onvoldoende aangetoond dat de pensioenkosten zonder de invoering van de eigen bijdrage zodanig zullen stijgen, dat daardoor (op langere termijn) de continuïteit van het pensioen van alle werknemers in gevaar dreigt te komen.

#### *Commentaar*

Voor een eenzijdige wijziging is een zwaarwegend belang nodig. Instemming van de OR is een belangrijke aanwijzing in die richting, maar levert niet automatisch een zwaarwegend belang op. Er blijft – ook bij instemming van de OR – altijd sprake van een belangenafweging tussen werkgever en werknemer. Deze uitspraak laat heel mooi zien dat die de ene keer in het voordeel van de werkgever uitvalt en de andere keer in het voordeel van de werknemer. Ook al was in beide gevallen sprake van instemming van de OR. In ieder geval geven de hiervoor behandelde uitspraken goed aan dat er geen catalogus (afvinklijstje) bestaat om te bepalen of sprake is van een zwaarwegend belang. Instemming van de OR is een belangrijke aanwijzing daartoe, maar niet allesbepalend. En, zoals bij elke afweging, kan deze in verschillende omstandigheden anders uitvallen.

### 3. Statisch of dynamisch incorporatiebeding?

#### *Dynamisch beding vereist redactie 'van tijd tot tijd geldende regeling'*

Een werkgever wijzigt de pensioenregeling door het invoeren van een eigen bijdrage voor werknemers. Hof Den Bosch (14 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:83**) oordeelt dat een beroep op instemming van de OR niet opgaat omdat uit de arbeidsovereenkomst onvoldoende duidelijk is dat de werkgever een dynamisch incorporatiebeding wilde overeenkomen (zie ook Hof Den Bosch 8 november 2019, PJ 2019/132), en dat werknemers 'welbewust' moeten instemmen met wijziging om deze rechtsgeldig te laten zijn.

Met instemming van de OR worden de arbeidsvoorwaarden versoberd, waaronder het wijzigen van de premievrije deelname aan het pensioen. Per 1 juli 2017 geldt dat 2/3<sup>e</sup> van de pensioenpremie voor rekening van de werkgever komt en 1/3<sup>e</sup> voor rekening van de werknemers. In de periode 2014-2017 wordt de eigen bijdrage aan de pensioenpremie geleidelijk verhoogd, te beginnen met een eigen bijdrage van 8%.

De OR hield in december 2013 een anonieme peiling om na te gaan of de werknemers van X de resultaten van de afspraken accepteren. Een overgrote meerderheid van de 1.888 werknemers stemde in met het akkoord. Maar ten minste 77 werknemers stemden niet in. In april 2017 vragen 31 deelnemers om de inhouding van de pensioenpremie te beëindigen en de reeds ingehouden premies (vanaf 2014) terug te betalen en te bevestigen dat voor hen het premievrije pensioen van toepassing blijft. De werkgever weigert dit waarop de werknemers de werkgever in recht betrekken. De Kantonrechter oordeelt dat de eenzijdig ingevoerde werknemersbijdrage niet rechtsgeldig is. In hoger beroep voert de werkgever aan dat de overeenstemming met de OR over de per 1 januari 2017 gewijzigde Algemene Arbeidsvoorwaarden een *tweezijdige* wijziging van de afspraak tussen de werkgever en de individuele medewerkers betreft. Ter toelichting merkt de werkgever op dat in de arbeidsovereenkomst van haar werknemers een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding is opgenomen. Dat zou blijken uit de passage in de arbeidsovereenkomst; "de inhoud van de Algemene Arbeidsvoorwaarden vormt een integraal onderdeel van deze arbeidsovereenkomst".

Het Hof constateert dat in deze passage niet is opgenomen dat ook *wijzigingen in de Algemene Arbeidsvoorwaarden* een integraal deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Er staat volgens het Hof niet, althans niet voldoende duidelijk, dat werknemers gebonden zijn aan de ‘van tijd tot tijd’ bij de werkgever geldende versie van de Algemene Arbeidsvoorwaarden. Om die redenen is het Hof van oordeel dat de tekst van deze bepaling onvoldoende duidelijk is om daaruit af te leiden dat het een dynamisch incorporatiebeding betreft. Verder constateert het Hof dat in de tekst van de arbeidsovereenkomst ook expliciet is opgenomen dat de pensioenpremie geheel voor rekening van de werkgever komt. In de arbeidsovereenkomsten is ook nog een bepaling opgenomen waarin is vermeld dat wijzigingen van de overeenkomst in overleg tussen werknemer en de werkgever schriftelijk moeten worden vastgelegd. Gelet op deze twee laatstgenoemde bepalingen acht het Hof het onaannemelijk dat al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is bedoeld dat een zo belangrijke voorwaarde als de pensioenpremie, die in de arbeidsovereenkomst zelf is opgenomen, kon worden gewijzigd door met de OR een wijziging overeen te komen in de Algemene Arbeidsvoorwaarden.

De werkgever voerde ook nog aan dat er al eerder feitelijk wijzigingen zijn uitgevoerd door met instemming van de OR een wijziging aan te brengen in de Algemene Arbeidsvoorwaarden. Dit wil echter volgens het hof niet zeggen dat ook voor deze wijziging kon worden volstaan met instemming van de OR. Het gaat immers om een belangrijke verslechtering van een primaire arbeidsvoorwaarde, te weten een verlaging van het nettoloon. De werkgever heeft niet aangevoerd dat de eerdere wijzigingen ook betrekking hadden op verslechtering van primaire arbeidsvoorwaarden. Het Hof betreft hierbij dat de werkgever geen kleine werkgever is en dat eisers behoren tot het productiepersoneel, dat een beperkt opleidingsniveau heeft. Wanneer de werkgever een dynamisch incorporatiebeding wilde overeenkomen, dan had hij ervoor moeten zorgen dat dit duidelijk was geformuleerd in de arbeidsovereenkomst.

Vervolgens beoordeelt het Hof of de eisers welbewust hebben ingestemd met het voorstel om voortaan pensioenpremie in te houden op het loon. Het criterium waaraan het Hof toetst, is dat de werkgever, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering inhoudt, indien de wijziging

voor de werknemer duidelijkheid was en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd. Tijdens zogenoemde 'kantinesessies' in september en november 2013 zegde de werkgever meermaals toe dat als sluitstuk van het traject, individuele gesprekken zouden plaatsvinden. Vast staat dat deze gesprekken nooit hebben plaatsgevonden. Gelet op deze uitlatingen tijdens deze kantinesessies, mocht de werkgever er volgens het Hof niet vanuit gaan dat het uitblijven van een reactie van de werknemers op de door hem gegeven informatie betekende dat er is ingestemd met de voorgenomen wijziging. Uit dit 'stilzitten' kon de werkgever - mede vanwege de aard van de voorgestelde wijziging (een verlaging van het loon) en in aanmerking nemende de positie van de werknemers (productiepersoneel) - niet afleiden dat zij welbewust instemden met de beoogde wijziging.

*Dynamisch beding via 'pensioenfondsenroute'*

Ook Rechtbank Overijssel (26 mei 2020, **ECLI:NL:RBOVE:2020:1855**) mocht zich uitspreken over de statische of dynamische aard van een wijzigingsbeding. De werknemer neemt deel in door een ondernemingspensioenfonds uitgevoerde collectieve pensioenregeling. Het pensioenreglement van het pensioenfonds bevat een eenzijdig wijzigingsbeding. De Kantonrechter oordeelde dat, door verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement, de inhoud van de pensioenafspraken tussen partijen bepaald wordt door het pensioenreglement zoals dat per 1 januari 1989 luidde én de latere wijzigingen daarvan. Dit zou anders zijn geweest indien in de pensioenmededeling had gestaan dat de inhoud van de pensioenovereenkomst werd bepaald door het op dat moment geldende exemplaar van het pensioenreglement, dus zonder toekomstige wijzigingen. In dat geval zou sprake zijn geweest van een statische incorporatie. Nu is de incorporatie dynamisch van karakter, omdat het wijzigingsbeding ook is geïncorporeerd. Door de dynamische incorporatie beweegt de inhoud van de pensioenovereenkomst automatisch mee met de wijzigingen van het pensioenreglement. Wijziging vindt dan plaats via de zogenoemde 'pensioenfondsenroute'.

Deze situatie is vergelijkbaar met de algemeen aanvaarde, vrijwillige incorporatie van een cao in een arbeidsovereenkomst indien een cao niet op grond van de wet op een arbeidsverhouding van toepassing is. Wijzigt de cao, dan wijzigt ook de arbeidsovereenkomst, tenzij partijen gezamenlijk besluiten hiervan af te wijken. Deze vrijwillige incorporatie vloeit voort uit de contractsvrijheid.

De vraag of sprake is van een rechtsgeldige wijziging is volgens de kantonrechter dus afhankelijk van de vraag of het pensioenfonds, gelet op de statutaire en reglementaire bepalingen inzake de wijzigingsbevoegdheid, een rechtsgeldig besluit tot wijziging van het pensioenreglement heeft genomen. De kantonrechter concludeert dat hiervan sprake is. Gesteld noch gebleken is dat het besluit van het pensioenfonds tot wijziging van het pensioenreglement niet rechtsgeldig is. De wijziging werkt daarmee automatisch door in de rechtsverhouding tussen de werknemer en de werkgever.

#### *Commentaar*

Centrale vraag in beide voorgaande zaken was hoe het in de arbeidsvoorwaarden opgenomen incorporatiebeding moet worden gekwalificeerd. Het Hof stelt in de eerste uitspraak in feite dat de Algemene Arbeidsvoorwaarden zoals die golden bij het tot stand komen van de arbeidsovereenkomst onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst, maar eventuele latere wijzigingen niet. Met dergelijke wijzigingen moet elke individuele werknemer zelf akkoord gaan. Incorporatiebedingen zoals aan de orde in deze zaak komen veelvuldig voor. In de arbeids- of pensioenovereenkomst verwijst de werkgever naar het pensioenreglement van het pensioenfonds, zonder daar verder inhoudelijke bepalingen over op te nemen. Door het aanvaarden van het pensioenreglement accepteert de werknemer dat de inhoud van het pensioenreglement één op één deel uitmaakt van zijn pensioenovereenkomst. En dat geldt ook voor toekomstige wijzigingen. Er is sprake van een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst van de werknemer als deze door het pensioenfonds op de daarvoor geëigende wijze is aangebracht. De werknemer dient zich bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst goed te beseffen wat de gevolgen zijn van het aanvaarden van een dergelijk incorporatiebeding. Als het eenmaal onderdeel uitmaakt van zijn arbeids- en pensioenovereenkomst, is hij gebonden aan rechtsgeldig genomen besluiten van het pensioenfonds inzake wijzigingen van de pensioenregeling. Zie voor een zaak waarin het incorporatiebeding zodanig was geformuleerd dat het ook toekomstige wijzigingen omvatte de Kroniek Pensioenrechtspraak 2019.

Recent nog vroegen Kamerleden aan Minister Koolmees of met de uitspraak van het Hof Den Bosch (8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3663) vast is komen te staan dat een werknemer welbewust moet instemmen met de overgang van een nabestaandenpensioen op opbouwbasis naar een nabestaandenpensioen op risicobasis en dat zijn of haar nabestaande anders recht geeft op een schadevergoeding ter hoogte van het anders opgebouwde nabestaandenpensioen.<sup>19</sup> Daarnaast wilden zij weten of het klopt dat geen sprake is van welbewust instemmen wanneer de wijziging van het nabestaandenpensioen is opgenomen in een cao, maar de (ex-)werknemer geen lid is van een vakbond die met de wijziging instemde. Ook stelden zij vragen over de wijze waarop het recht op schadevergoeding afhangt van het al dan niet hebben van een zogenoemd ‘dynamisch incorporatiebeding’ in het arbeidscontract.

Minister Koolmees antwoordt dat deze uitspraak niet betekent dat in alle gevallen waarin geen welbewuste instemming is geweest met de overgang van een nabestaandenpensioen op opbouwbasis naar een nabestaandenpensioen op risicobasis, recht bestaat op een schadevergoeding voor de nabestaanden. De omstandigheden zullen daartoe volgens hem per casus bekeken moeten worden. Hij geeft aan dat een werknemer die wel onder een cao valt, maar geen lid is van een vakbond, niet gebonden is aan een wijziging van de cao. In die situatie moet de werknemer in beginsel zelf met de wijziging van de cao instemmen. Omdat dit voor werkgevers een ongewenste situatie is, is in arbeidsovereenkomsten vaak sprake van een ‘dynamisch incorporatiebeding’.

Een dergelijk beding zorgt ervoor dat wijzigingen in de cao ook doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemers die geen lid zijn van de vakbond. De werkgever mag er volgens hem vanuit gaan dat de werknemer de inhoud van de arbeidsovereenkomst kent en begrijpt. Dat geldt ook voor de betekenis en de gevolgen van een dynamisch incorporatiebeding. Koolmees benadrukt dat ook bij een

---

<sup>19</sup> Antwoord van minister Koolmees op vragen over het recht op partnerpensioen op risicobasis na beëindiging dienstverband, 4 november 2020, 2020Z17912.

dynamisch incorporatiebeding sprake moet zijn van goede voorlichting voor de werknemers. De gevolgen van de wijziging moeten duidelijk zijn voor de werknemers.

In ieder geval blijkt dat de redactie van het beding erg belangrijk kan zijn, zeker bij pensioen(premies). Voor de praktijk is, in het kader van *'better safe than sorry'* van belang in ieder geval expliciet op te nemen dat de incorporatie ziet op de "...van tijd tot tijd van toepassing zijnde regeling...." dan wel in bewoording van gelijke strekking, met een duidelijke communicatie wat een dergelijk beding kan inhouden.

Een ander formeel aspect van de wijzigingsprocedure blijkt het aan de werknemer gelegenheid geven tot, alsmede een heldere procedure voor, bezwaar maken. Is niet helder (gemaakt) dat de werknemer een bezwaarrecht heeft en hoe hij dit bezwaar kan maken, kan dat de werkgever worden tegengeworpen.

#### 4. *Inspanningsverplichting tot indexeren: hoe dan?*

##### Werkgever kan zich niet verschuilen achter beschikbare middelen

Hof Den Bosch (7 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:8**) oordeelt dat op een werkgever bij voorwaardelijke indexatie een inspanningsverplichting rust om de kans op indexering in financiële zin mogelijk te maken. In dit geval was de toeslagverlening afhankelijk van een beslissing van werkgever en gefinancierd uit een daartoe bestemd (indexatie)depot. De werkgever geeft aan te stoppen met bijstortingen in het depot. Door de aanhoudende lage rente is er ook geen overrente die kan gelden als financieringsbron.

De pensioenregeling betrof een eindloonregeling met een pensioenleeftijd van 60 jaar en een voorwaardelijke indexering na beëindiging van de actieve deelname. De onderneming wordt overgenomen, de werknemers komen met de nieuwe werkgever overeen dat zij gaan deelnemen in een pensioenregeling die 'materieel volledig vergelijkbaar is' met de oude pensioenregeling. Het door deze verzekeraar afgegeven pensioenreglement van de nieuwe werkgever bevat de clausule dat de aanspraken en rechten worden verhoogd mede door aanwending van overrente. Werknemers A en B treden uit dienst. In 2005 draagt de pensioenuitvoerder van

de oude pensioenregeling, met instemming van A en B de waarde van de door hen opgebouwde pensioenaanspraken over aan de levensverzekeraar. Op 1 januari 2008 voegt de verzekeraar een voorwaardelijkheidsverklaring toe. Medio 2013 schrijft de verzekeraar aan A: "Tot 1 december 2012 probeerde uw ex-werkgever ieder jaar uw pensioen te verhogen. Uw ex-werkgever betaalde de verhogingen van uw pensioen uit geld dat hij daarvoor gereserveerd had. U had niet automatisch recht op jaarlijkse verhoging. Vanaf 1 december 2012 is uw toeslagregeling gewijzigd.

Dat heeft gevolgen voor de toekomstige verhogingen van uw pensioen en wat u in de toekomst aan jaarlijkse verhogingen van ons mag verwachten. Vanaf 1 december 2012 wordt uw pensioen niet meer jaarlijks verhoogd. U hebt dan geen recht meer op de oude regeling". Op 7 augustus 2014 schrijft de nieuwe werkgever aan de inactieven in de regeling: "Tevens is de toeslagbepaling gewijzigd. Deze wijziging betekent dat er geen doelgericht toeslagbeleid meer bestaat. De eventuele toekenning van toeslagen berust evenwel nog steeds op jaarlijkse beslissingen van uw voormalige werkgever, maar u moet er daarbij van uitgaan dat er (waarschijnlijk) geen jaarlijkse toeslag wordt toegekend. Indien er overrente aanwezig is, zal de toeslagregeling in de toekomst hoogstwaarschijnlijk verbeteren. Gezien de lage rentestand is het vanaf 2012 helaas niet mogelijk gebleken toeslagen te financieren.

De werkgever heeft tevens besloten geen bijstortingen te doen voor toeslagverlening". A en B zijn het hier niet mee eens en stappen naar de Kantonrechter. Zij vorderen een onvoorwaardelijke jaarlijkse indexering vanaf 1 januari 2013 zolang de pensioenaanspraken, dan wel pensioenuitkeringen bestaan. Volgens A en B hebben zij namelijk op grond van de gemaakte afspraken en het pensioenreglement aanspraak op levenslange onvoorwaardelijke indexering. De Kantonrechter wijst de vorderingen af en ook het Hof concludeert dat de pensioenovereenkomst de nieuwe werkgever verplichtte om een nieuwe pensioenregeling met een voorwaardelijk recht op indexering na beëindiging van de actieve deelname in het leven te roepen.

Het Hof is echter van oordeel dat het voorwaardelijk recht uit hoofde van de pensioenovereenkomst op indexering een inspanningsverplichting van de nieuwe werkgever inhoudt om de kans op indexering in financiële zin mogelijk te maken. De brief van 7 augustus 2014 vermeldt weliswaar dat de eventuele beslissing van



toeslagen met ingang van 1 januari 2013 nog steeds berust op een jaarlijkse besluit van de werkgever, maar daaraan is toegevoegd dat er daarbij vanuit moet worden gegaan dat er (waarschijnlijk) geen jaarlijkse toeslag wordt toegekend en dat de werkgever heeft besloten om geen bijstortingen meer te doen voor toeslagverlening. Dit standpunt van de werkgever is volgens het Hof in strijd met het aan A en B toegekende voorwaardelijke recht op indexering en de daaruit voortvloeiende inspanningsverplichting van de nieuwe werkgever. Het hof stelt vast dat de nieuwe werkgever tot en met 2012 invulling gaf aan haar (inspannings)verplichting om indexering mogelijk te maken door jaarlijks de pensioenen te indexeren met een percentage waarmee A en B hebben ingestemd. Gelet hierop moet het Hof nu nog gaan beslissen waartoe de werkgever uit hoofde van de pensioenovereenkomst met ingang van 1 januari 2013 in financiële zin gehouden is om indexering van de pensioenen van A en B door de verzekeraar mogelijk te maken.

#### *Commentaar*

Om meerdere redenen is dit een interessante uitspraak. Allereerst de stelling dat door het afgeven van de voorwaardelijkheidsverklaring in 2008 volgens A en B sprake zou zijn van een eenzijdige wijziging. Door de verwijzing naar het niet aanwezig zijn van een eenzijdig wijzigingsbeding, lijken A en B zich namelijk (impliciet) op dit standpunt te stellen. Dat is naar mijn mening niet het geval. Het in 2008 afgeven van een voorwaardelijkheidsverklaring is het rechtstreekse gevolg van het inwerkingtreden van de Pensioenwet. Het afgeven van deze verklaring was dan ook geen wijziging, maar het vastleggen van de bestaande praktijk. Het is dan ook opvallend dat het Hof hier een inspanningsverplichting in ziet.

Bron van dit misverstand is wellicht de brieven uit 2013 en 2014. De werkgever maakte het zich onnodig moeilijk door met zo veel woorden te vermelden dat sprake was van een wijziging van de toeslagregeling. Dat was strikt genomen natuurlijk niet zo. Er was sprake van een wijziging van de voeding van het depot waaruit toeslagen gefinancierd worden en niet van een wijziging van de toeslagregeling als zodanig. Die was en bleef voorwaardelijk en afhankelijk van een besluit van de werkgever én voldoende middelen in het depot. De werkgever wilde zijn handen vrijhouden en gaf aan geen bijstortingen meer te doen voor

toeslagverlening. Gezien de toezegging en de daarop gebaseerde voorwaardelijkheidsverklaring, had hij hier alle recht toe. De bron van financieren van toekomstige toeslagen bleef hierdoor beperkt tot de overrente. De vraag is dan hoever de werkgever zich moet inspannen om de kans op indexering in financiële zin mogelijk te maken. Moet hij, voor zover de continuïteit van de onderneming daardoor niet in gevaar komt, toch bijstorten in het depot? Dat lijkt mij nogal ver gaan en het staat - zou ik denken - op gespannen voet met de toezegging die het verlenen van toeslagen afhankelijk maakt van een beslissing van de werkgever. Ik zie uit naar het uiteindelijke oordeel van het Hof.

##### 5. *Binding aan instemming OR?*

In de hiervoor besproken paragraaf Statisch of dynamisch incorporatiebeding behandelde Hof Den Bosch (14 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:83**) bevat ook nog een andere interessante passage.

Omdat er geen sprake is van een juiste redactie van het incorporatiebeding en dat in de arbeidsovereenkomst expliciet was overeengekomen dat de pensioenpremie door de werkgever wordt betaald, en wijzigingen van de arbeidsovereenkomst alleen schriftelijk kunnen plaatsvinden. Gelet hierop acht het hof het onaannemelijk dat al bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is bedoeld dat de arbeidsovereenkomst kon worden gewijzigd door met de OR een wijziging overeen te komen van de Algemene Arbeidsvoorwaarden A. A contrario geredeneerd: het is niet uitgesloten dat onder voorwaarden een overeenkomst die met de OR wordt gewijzigd wel kan doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.

##### *Commentaar*

Op grond van contractsvrijheid kan worden geredeneerd dat de werkgever en de werknemer kunnen overeenkomen dat de werknemer wordt gebonden aan instemmingsbesluiten van de OR (de wijzigingsbevoegdheid is 'overgedragen', in gelijke zin als dat gebeurt bij een cao waarbij de werknemer lid is van een bij de cao betrokken vakorganisatie of bij een pensioenfonds dat de bevoegdheid heeft (gekregen) autonoom de pensioenregeling te wijzigen, ook wel bekend

als "de pensioenfondsroute". In de Kamerbrief van 12 december 2019 geeft Minister Koolmees antwoorden op vragen over het principeakkoord inzake het pensioenstelsel: "Als dat is overeengekomen heeft instemming van de OR directe doorwerking en wijzigt de arbeidsovereenkomst".<sup>20</sup> Het gaat hier over de vraag of werknemers gebonden zijn aan de instemming van de OR in het geval die binding (de doorwerking) in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Ook eerder nam de regering dit standpunt in. Uit literatuur en rechtspraak blijkt echter dat dit niet in steen is gebeiteld. Zo geven Lutjens (*Asser 7-IX 2019/571*) en Heemskerk ('Werknemers binden aan instemming van de OR en het fondsbestuur?' P&P 2012/6), aan dat die doorwerking mogelijk is. Ik heb daarentegen bepleit dat die doorwerking zou moeten worden getoetst aan artikel 7:613 BW en er geen sprake is van (automatische) doorwerking ('Wijziging medezeggenschap OR over pensioen.', TRA 2017/2 en 'Binding van werknemers aan de OR via een incorporatiebeding?', P&P 2012/6). Ook de rechtspraak geeft wisselende uitkomsten. Zie Ktr. Roermond 13 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12159 doorwerking ja; Ktr. Maastricht 29 maart 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AT5979 doorwerking ja.

#### 6. *Instemming welbewust?*

##### Bij verslechtering 'welbewuste' instemming

Volgens de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (15 mei 2019, **ECLI:NL:RBZWB:2019:6271**) mocht een werkgever er op vertrouwen dat een werknemer heeft ingestemd met wijziging van de pensioenregeling. Wat was het geval? De werkgever wijzigt in 2000 zijn pensioenregeling van eindloon naar beschikbare premie. Werknemer maakt geen gebruik van informatiebijeenkomsten, maar tekent wel een aanmeldingsformulier voor een beleggingskeuze. Eind 2016 stelt werknemer zich op het standpunt dat hij nooit instemde met de wijziging. De Kantonrechter stelt dat de werknemer welbewust moet instemmen met een wijziging die een verslechtering inhoudt (het zogenoemde 'CZ-criterium') en dat van een goed werkgever verwacht mag worden dat hij zorgvuldig omgaat met de pensioenvoorziening van een werknemer, bijvoorbeeld bij het einde van het dienstverband of bij overgang van een onderneming. In lijn met deze situaties mag volgens de Kantonrechter tevens van

<sup>20</sup> Kamerstukken I 2019/20, 32 043, nr. X.

een werkgever worden verlangd dat hij zorgvuldig te werk gaat wanneer er binnen een onderneming de pensioenregeling gewijzigd wordt. De Kantonrechter geeft daarbij aan dat het in de rede ligt dat een werkgever in een dergelijk geval zorgt voor voldoende informatievoorziening en advisering.

In dit geval besprak de werkgever de wijziging met alle werknemers in een algemene bijeenkomst waar de werknemer voor is uitgenodigd, maar waarop hij niet is verschenen. Er is een presentatie gegeven die naderhand ook ter hand is gesteld aan de werknemers, met daarin opgenomen de belangrijkste wijzigingen van de pensioenregeling. De werkgever bood aan alle werknemers de gelegenheid om individuele gesprekken te voeren met een adviseur, waarbij vragen konden worden gesteld, van welke mogelijkheid de werknemer zonder opgaaf van redenen geen gebruik heeft gemaakt.

Ook heeft de werknemer zich in eerste instantie niet verzet tegen de wijziging. Zo vulde hij een aanmeldingsformulier voor een beleggingskeuze in en ondertekende dat. Vanaf 2003 ontving de werknemer de zogenaamde Factor A brieven. In 2009 was er wederom een door de werkgever georganiseerde pensioenbijeenkomst. De werknemer voerde een beleggingskeuze door, maar draaide deze vervolgens weer terug. Nadat het dienstverband in 2011 was beëindigd, ontving de werknemer informatie over zijn pensioenregeling en de waardeoverdracht daarvan van de pensioenadviseur van de werkgever en van de pensioenverzekeraar. Pas in 2016 stelde de werknemer zich op het standpunt dat hij geen weet had van de gewijzigde pensioenregeling dan wel dat hij hiermee niet heeft ingestemd.

Volgens de Kantonrechter heeft de werkgever voor voldoende informatie en advisering gezorgd, en zelfs de mogelijkheid geboden om persoonlijk advies in te winnen over zijn pensioen. Dat de werknemer heeft nagelaten om van die mogelijkheden gebruik te maken, kan niet aan de werkgever worden tegengeworpen. De werknemer kan zich er dan ook niet op beroepen dat hij onvoldoende kennis van zaken had.

#### *Commentaar*

Gezien de omstandigheden van het geval geen verrassende uitspraak. Hier had de werkgever een zorgvuldig proces doorlopen met diverse informatie- en voorlichtingsbijeenkomsten en had de werknemer door het ondertekenen van een beleggingskeuzeformulier de indruk gewekt

dat hij instemde met de wijziging van zijn eindloonregeling in een beschikbare premieregeling. De werkgever mocht er op vertrouwen dat er sprake was van welbewuste instemming van de werknemer. Het feit dat de werknemer zestien jaar na de wijziging pas in het geweer kwam, sprak ook niet in zijn voordeel. Hieruit blijkt maar weer eens dat wijziging van een pensioenregeling een zorgvuldig proces vereist, waarbij de zorgvuldigheid van twee kanten moet komen (zie ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/543 en 544).



### 3. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen

*mr. Bas Degelink CPL, pensioenrechtadvocaat bij DLA Piper Nederland*

#### *Inleiding*

In 2020 is weer een groot aantal uitspraken gepubliceerd over geschillen tussen een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en een werkgever (of zijn bestuurder) over de verplichte deelneming. Ik bespreek een selectie van deze uitspraken aan de hand van de volgende thema's: (1) geschillen over de werkingssfeer, (2) geschillen over ambtshalve premienota's en (3) geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid.

#### *1. Geschillen over de werkingssfeer*

##### *Verplichtstelling en cao*

Geschillen over de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds zijn heel vergelijkbaar met geschillen over de werkingssfeer van een cao waarvan de bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard. Zo geldt voor beide dat de werkingssfeerbepalingen moeten worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm (zie hierna) en is het rechtsgevolg van het vallen onder de werkingssfeer (een wettelijke nalevingsplicht) hetzelfde. Om die reden wordt in deze paragraaf ook een uitspraak besproken waarin het ging om een geschil over de werkingssfeer van een cao.

##### *Duidelijkheid*

*“Op wie een besluit tot verplichtstelling van toepassing is, wordt bepaald door de werkingssfeer van de verplichtstelling zoals die is omschreven door sociale partners. Het moet duidelijk zijn wie onder de werkingssfeer van de verplichtstelling vallen. Ongeorganiseerden moeten kunnen begrijpen of zij, in het geval van verplichtstelling, moeten deelnemen in het verplichtgestelde bpf.”*

Zo staat het in de Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000.<sup>21</sup> Dit vereiste van “duidelijkheid” komt steeds vaker terug in gerechtelijke uitspraken over de uitleg van de werkingsfeer.

In 2019 overwoog Rechtbank Rotterdam<sup>22</sup> in een geschil tussen Pensioenfonds Zoetwaren en een fabrikant van kant-en-klare pannenkoeken: *“Voor een werkgever dient het immers gelet op de verstreckende gevolgen duidelijk te zijn dat hij/zij onder de werkingsfeer van een verplichtstellingsbesluit valt.”*. Hof Amsterdam<sup>23</sup> overwoog in een geschil tussen Bpf Reisbranche en Booking.com: *“Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat de werkingsfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds duidelijk dient te zijn omdat voor de onder de verplichtstelling vallende werkgevers van rechtswege de verplichting ontstaat tot naleving van de statuten en reglementen van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds. Die duidelijkheid vereist dat werkgevers op grond van de tekst van het verplichtstellingsbesluit dienen te kunnen bepalen of zij onder de verplichtstelling vallen of niet.”*.

Die lijn wordt voortgezet door Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>24</sup> in een geschil tussen PFZW en een werkgever die zonder winstoogmerk lessen, cursussen en/of projecten verzorgt met als doel “het overbrengen van kennis van en waardering voor aspecten van cultureel erfgoed, stedenbouw, beeldende kunst, mode, design en architectuur.” De vraag is of deze activiteiten vallen onder het begrip “kunstzinnige vorming” in de zin van het verplichtstellingsbesluit van PFZW. Volgens PFZW is dat zo, volgens de werkgever niet. Op basis van de argumenten die PFZW en de werkgever aanvoeren voor hun standpunten komt het hof er niet uit: *“Alleen al uit het gevoerde partijdebat volgt dat er verschillende (onderbouwde) visies mogelijk zijn op de uitleg van het begrip beeldende vorming. [...] Naar het oordeel van het hof is het evenmin zo dat de uitleg van de ene partij tot een aannemelijker rechtsgevolg leidt dan die van de andere partij. [...] Ook een meer grammaticale benadering van het begrip beeldende vorming levert geen eenduidige uitleg naar objectieve maatstaven op.”*

<sup>21</sup> Gepubliceerd in Stcrt. 2011, 22535, met wijzigingen gepubliceerd in Stcrt. 2017, 49113 en Stcrt. 2020, 67396.

<sup>22</sup> Rb. Rotterdam 26 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6053, PJ 2019/117. Zie Kroniek Pensioenrechtspraak 2019 (blz. 54) voor een bespreking van deze uitspraak. Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld door Pensioenfonds Zoetwaren, maar er is nog geen arrest gepubliceerd.

<sup>23</sup> Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, PJ 2019/87. Tegen de uitspraak is cassatieberoep ingesteld door Bpf Reisbranche, maar er is nog geen arrest geweest. De conclusie van AG De Bock wordt later in deze bijdrage besproken.

<sup>24</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2019 ECLI:NL:GHARL:2019:7382, PJ 2020/1.



Daarmee komt het hof tot de conclusie dat het verplichtstellingsbesluit onvoldoende duidelijk is om daaraan een uitleg naar objectieve maatstaven te geven in de zin zoals door PFZW voorgestaan: *“Gelet op voormeld toetsingskader geldt dat de formulering die in het Verplichtstellingsbesluit ter aanduiding van de werkingssfeer wordt gebruikt zodanig moet zijn dat het voor een gemiddelde werkgever bij lezing daarvan duidelijk is, of naar objectieve maatstaven redelijkerwijs moet zijn, dat zijn bedrijfsactiviteiten vallen onder de werkingssfeer daarvan. Het begrip ‘beeldende vorming’ voldoet hier niet aan.”* Het hof verklaart daarom voor recht dat deze werkgever niet valt onder de verplichtstelling van PFZW.

#### *Concern*

In een concern wordt er soms voor gekozen om de meer ondersteunende activiteiten onder te brengen in een aparte juridische entiteit. Dat kan tot vragen leiden als het verplichtstellingsbesluit betrekking heeft op de bedrijfsactiviteiten van een juridische entiteit. Meer specifiek kan de vraag dan zijn of die juridische entiteit vanwege zijn ondersteunende activiteiten onder het verplichtstellingsbesluit valt, ook al worden die ondersteunende activiteiten zelf niet genoemd in het verplichtstellingsbesluit.

Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam<sup>25</sup> in een geschil tussen de Picnic-groep en FNV dat alleen de juridische entiteit Picnic B.V. de algemeen verbindend verklaarde cao voor het levensmiddelenbedrijf moet toepassen. De Picnic-groep profileert zich als online supermarkt. Volgens de rechtbank wordt deze online supermarkt echter alleen door Picnic B.V. geëxploiteerd. Alle andere juridische entiteiten in de Picnic-groep exploiteren geen online supermarkt, maar verrichten ondersteunende activiteiten (zoals opslag en inpakken van goederen, ontwikkeling van software, marketing, etc.). Die ondersteunende activiteiten vallen volgens de rechtbank niet onder de werkingssfeer van de cao.

In Rechtbank Midden-Nederland<sup>26</sup> ging het over een geschil tussen PFZW en een werkgever. De werkgever bestuurde twee dochterstichtingen. Bij de werkgever (de moeder) zijn alleen de directeur, een secretaresse en een zorginkoper/beleidsmedewerker in dienst. Bij de twee dochterstichtingen zijn alle zorgverleners in dienst. De twee dochterstichtingen zijn aangesloten bij PFZW, de werkgever

<sup>25</sup> Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968.

<sup>26</sup> Rb. Midden-Nederland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4029, PJ 2020/96.

niet. De rechtbank oordeelt dat ook de werkgever valt onder de verplichtstelling van PFZW. Het maakt volgens de rechtbank niet uit of ondersteunende werkzaamheden om de zorg feitelijk te kunnen verlenen aan een andere juridische entiteit (hier: aan de werkgever) binnen hetzelfde concern zijn uitbesteed. Daarmee vallen de werknemers van die andere juridische entiteit nog steeds onder de verplichtstelling van PFZW.

Rechtbank Amsterdam en Rechtbank Midden-Nederland komen weliswaar tot een tegenovergestelde uitkomst, maar daarmee zijn de beide uitspraken nog niet tegenstrijdig. In het PFZW-geschil was de organisatie van de werkgever heel nauw verweven met die van de dochterstichtingen en was eigenlijk het enige onderscheid tussen de werkgever en de dochterstichtingen dat het verschillende rechtspersonen zijn. In het Picnic-geschil hadden de Picnic-entiteiten meer eigen bedrijfsactiviteiten, ook al waren die ondersteunend aan de exploitatie van de supermarkt.

In een concern kan er ook voor worden gekozen om (een deel van) de werknemers onder te brengen in een aparte juridische entiteit (bijvoorbeeld een “personeels-bv”) en deze werknemers vervolgens ter beschikking te stellen aan de werkmaatschappijen in het concern. Over een dergelijke constructie ging een andere uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland<sup>27</sup>, opnieuw in het kader van de verplichtstelling van PFZW. Een stichting verleent verzekerde zorg maar heeft zelf geen werknemers in dienst. De stichting maakt hierbij gebruik van de huisvesting, apparatuur, faciliteiten en werknemers van een besloten vennootschap. De bestuurders van de stichting zijn ook de bestuurders van de besloten vennootschap. Volgens PFZW valt de besloten vennootschap onder de verplichtstelling van PFZW, volgens de besloten vennootschap niet. Volgens de rechtbank heeft PFZW gelijk, omdat de besloten vennootschap een werkgever is die verzekerde zorg verleent als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit van PFZW. De zorg die bij de stichting als verzekerde zorg binnenkomt, wordt namelijk feitelijk verricht door werknemers van de besloten vennootschap. Het gaat daarbij om verpleegkundige bijstand en om de administratieve diensten die noodzakelijk zijn om de medische verrichtingen te kunnen verlenen. Die administratieve diensten zijn ondersteunend aan de medische verrichtingen en vallen daarmee ook onder de verzekerde zorg, aldus de rechtbank.

---

<sup>27</sup> Rb. Midden-Nederland 18 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6099, PJ 2020/22.

### *Wettelijke begrippen*

Werkingsfeerbepalingen moeten worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm. Een gezichtspunt bij de uitleg van de bewoordingen van een werkingsfeerbepaling is de definitie van die bewoordingen in Van Dale. Ook wettelijke begrippen kunnen een gezichtspunt geven.

Dat blijkt uit de conclusie van AG De Bock<sup>28</sup> over een geschil tussen Bpf Reisbranche en Booking.com. Onder de werkingssfeer van Bpf Reisbranche vallen ondernemingen die bemiddelen bij het tot stand komen van reisovereenkomsten. Het woord “bemiddelen” in dit verplichtstellingsbesluit heeft al geleid tot diverse procedures van Bpf Reisbranche tegen ondernemingen die een online platform exploiteren waarop hotelkamers of appartementen kunnen worden geboekt. Volgens Bpf Reisbranche zijn deze ondernemingen een digitaal reisbureau en is sprake van bemiddeling. Volgens de ondernemingen zelf zijn zij niet meer dan een online prikbord en is geen sprake van bemiddeling. De uitkomsten van deze gerechtelijke procedures zijn wisselend. De ene keer is Bpf Reisbranche in het gelijk gesteld (PJ 2018/108 over Hotel Booker BV en Bungalow Booker BV, PJ 2020/135 over Basic Travel BV), de andere keer de onderneming (PJ 2017/10 en PJ 2019/87 over Booking.com). In de laatstgenoemde zaak heeft Bpf Reisbranche cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad. In haar conclusie sluit AG De Bock voor de uitleg van het woord “bemiddelen” aan bij de wettelijke omschrijving van de bemiddelingsovereenkomst in art 7:425 BW, ook al wordt in de werkingsfeerbepaling zelf niet naar dit wetsartikel verwezen. (Het arrest van de Hoge Raad was nog niet gewezen ten tijde van de afronding van dit hoofdstuk.)

Ook in een geschil tussen Bpf Koopvaardij en Greenpeace was de wettelijke omschrijving van een begrip in het verplichtstellingsbesluit van belang. Onder de werkingssfeer van Bpf Koopvaardij valt onder meer het zeeschip “voor zover op grond van de Nederlandse rechtsregels de vlag van het Koninkrijk wordt gevoerd” met uitzondering van pleziervaartuigen. Greenpeace zet voor het bereiken van haar doelen onder meer drie schepen in (de Rainbow Warrior, de Arctic Sunrise en de Esperanza). Volgens Bpf Koopvaardij zijn dit zeeschepen in de zin van het verplichtstellingsbesluit. Volgens Rechtbank Amsterdam<sup>29</sup> moeten de schepen van Greenpeace echter worden gekwalificeerd als pleziervaartuig als bedoeld in de uitzondering van het verplichtstellingsbesluit. Taalkundig zijn de schepen van

---

<sup>28</sup> Conclusie AG De Bock van 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:890.

<sup>29</sup> Rb. Amsterdam 3 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:821, PJ 2020/46.

Greenpeace misschien geen pleziervaartuig, maar voor de uitleg is belangrijker dat art. 311 van het Wetboek van Koophandel bepaalt aan welke vereisten een schip moet voldoen om de Nederlandse vlag te mogen voeren. In de memorie van toelichting bij dit wetsartikel is opgemerkt dat zeeschepen die niet worden gebruikt voor de uitoefening van een beroep of bedrijf op aanvraag ook een zeebrief kunnen krijgen om de Nederlandse vlag te voeren, waarbij als voorbeeld wordt genoemd: “naast plezierjachten valt te denken aan schepen van organisaties zoals Greenpeace”. Met andere woorden, de Nederlandse overheid was bereid om zeeschepen van organisaties met ideële doelen (zoals Greenpeace) te beschouwen als pleziervaartuigen, zodat zij een zeebrief konden krijgen. De schepen van Greenpeace staan dan ook in het Scheepsregister ingeschreven in de categorie pleziervaartuigen. Hieruit volgt dat de schepen van Greenpeace, hoewel taalkundig geen plezierjachten, toch vallen onder de uitzondering voor pleziervaartuigen in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Koopvaardij, waardoor Greenpeace niet verplicht is zich aan te sluiten bij dit bedrijfstakpensioenfonds.

#### *Toerekening van ondersteunende activiteiten*

Het enkele feit dat een werkgever bedrijfsactiviteiten uitoefent die worden genoemd in de werkingsfeerbepaling van een verplichtstellingsbesluit, brengt nog niet met zich dat die werkgever “dus” het bedrijfstakpensioenfonds moet toepassen op haar werknemers. In veel werkingsfeerbepalingen is namelijk bepaald dat die bedrijfsactiviteiten ten minste in een bepaalde mate moeten worden uitgeoefend door de werkgever. Vaak wordt dit in de werkingsfeerbepaling zo omschreven dat die activiteiten “uitsluitend of in hoofdzaak” moeten worden verricht. In de werkingsfeerbepaling kan zijn bepaald dat de hoofdzaak moet worden gemeten aan de hand van een criterium dat ziet op de werknemers die betrokken zijn bij de bedrijfsactiviteiten die vallen onder de werkingsfeer (het aantal werknemers, de arbeidsuren of de loonsom). In de praktijk is dan vaak de vervolgvraag: welke werknemers moeten worden toegerekend aan die bedrijfsactiviteiten. De standaardarresten van de Hoge Raad die van belang zijn voor de beantwoording van deze vervolgvraag zijn het Vector-arrest (PJ 2012/65), het Adimec-arrest (PJ 2014/69) en het Unis-arrest (PJ 2019/7). In deze arresten besliste de Hoge Raad dat voor het hoofdzaak-criterium niet alleen de werknemers moeten worden meegeteld die zelf fysiek de activiteiten verrichten als genoemd in het verplichtstellingsbesluit, maar ook moeten worden meegeteld de werknemers die dienstbaar zijn aan die fysieke handelingen.

De beslissingen van de Hoge Raad in deze drie arresten waren gericht op de verplichtstellingsbesluiten van PMT en PME, waarin is bepaald dat “in de onderneming” de relevante activiteiten in hoofdzaak moeten worden uitgeoefend (met andere woorden, deze verplichtstellingsbesluiten bepalen niet dat de werknemers zelf die fysieke handelingen moeten verrichten). Deze arresten zijn echter voor veel meer verplichtstellingsbesluiten van belang, omdat het ook in veel andere verplichtstellingsbesluiten gaat om de activiteiten die “de onderneming” uitoefent.

Zo is dit vraagstuk van toerekening in 2020 aan bod gekomen in twee gerechtelijke procedures over het verplichtstellingsbesluit van Bpf Detailhandel. In dit verplichtstellingsbesluit is bepaald dat de verplichtstelling niet geldt voor de werkgever “in wiens onderneming de detailhandel in loonbedrag overtroffen wordt door het loonbedrag in verband met andere in die onderneming plaatsvindende bedrijvigheid”.

Rechtbank Midden-Nederland<sup>30</sup> moest beslissen of pizzarestaurants (ruim 30 franchisenemers) zich in hoofdzaak bezig houden met het kopen en verkopen van waren aan particulieren. Volgens het pizzarestaurant is weliswaar sprake van het kopen en verkopen van waren aan particulieren, maar wordt het loonbedrag dat gemoeid is met de detailhandel (het aannemen, afgifteklaar maken en afrekenen van bestellingen) ruimschoots overtroffen door het loonbedrag in verband met het bereiden en bezorgen van de maaltijden. De rechtbank is het daarmee oneens. Volgens de rechtbank ligt de kern en het zwaartepunt van de bedrijfsactiviteiten van het pizzarestaurant bij de verkoop van pizza's en andere etenswaar aan klanten. De bereiding en de bezorging van maaltijden hebben geen zelfstandige economische functie en worden uitsluitend uitgevoerd ten behoeve van de verkoop aan klanten. De met de bereiding en de bezorging van de maaltijden gemoeide werkzaamheden zijn dienstbaar aan de verkoop. Dat betekent dat de loonsom van het keukenpersoneel en de bezorgers ook moet worden toegerekend aan de detailhandel. Door die toerekening houdt het pizzarestaurant zich in hoofdzaak bezig met detailhandel en is zij verplicht tot premiebetaling aan Bpf Detailhandel.

---

<sup>30</sup> Rb. Midden-Nederland 27 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6141, PJ 2020/21.

Rechtbank Amsterdam<sup>31</sup> moest beslissen of Greetz, een verkoper van onder meer gepersonaliseerde wenskaarten, zich in hoofdzaak bezig hield met het kopen en verkopen van waren aan particulieren. Volgens Greetz wordt het overgrote deel van de loonkosten besteed aan werknemers die zich bezig houden met het onderhouden en optimaliseren van de website, het produceren en ontwerpen van persoonlijke wenskaarten en cadeaus, het inpakken en bezorgen van de cadeaus, human resource en administratieve werkzaamheden. Volgens de rechtbank zijn al deze activiteiten dienstbaar aan de verkoop van bestelde producten, zodat Greetz zich in hoofdzaak bezig houdt met detailhandel.

## 2. *Geschillen over ambtshalve premienota's*

Een gebruikelijke bepaling in het uitvoeringsreglement van een bedrijfstakpensioenfonds is dat het fonds de verschuldigde premie mag inschatten als de werkgever de benodigde werknemersgegevens niet verstrekt. Bij het opstellen van zo'n "ambtshalve premienota" gaat het bedrijfstakpensioenfonds vaak uit van veronderstellingen die voor de werkgever ongunstig zijn. Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>32</sup> oordeelt dat de werkgever gehouden is die ambtshalve premienota te voldoen: *"Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat De Stichtingen het recht hebben om uit te gaan van een ruime schatting van de premies, die niet nauwkeurig hoeft te zijn (en in dit geval ook niet nauwkeurig kan zijn gelet op de onvolledige gegevens die zijn verstrekt door Grondwerken Kerkdriel), mede gelet op het aansporingskarakter van de bevoegdheid om premie-nota's op grond van schattingen op te leggen."*

Dit is volledig in lijn met een eerdere uitspraak van ditzelfde Hof Arnhem-Leeuwarden (PJ 2014/85) waarin werd beslist dat de schatting niet nauwkeurig hoeft te zijn en dat de schatting op alle onderdelen mag uitgaan van voor de werkgever ongunstige premisses, mede gelet op het ultieme aansporingskarakter ervan en het punitieve karakter indien de werkgever nalatig blijft de juiste informatie te verstrekken.

Wat als de werkgever vervolgens alsnog de benodigde werknemersgegevens zou verstrekken? In het geschil waarover Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt is het

---

<sup>31</sup> Rb. Amsterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10052, PJ 2020/45.

<sup>32</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 21 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3299, PJ 2020/94.

bedrijfstakpensioenfonds mild, want volgens de uitspraak heeft het fonds zich bereid verklaard de verschuldigde premies opnieuw vast te stellen nadat de gegevens zijn verstrekt. Ik signaleer dat in veel uitvoeringsreglementen is bepaald dat de werkgever gebonden blijft aan een “ambtshalve” vaststelling, ook nadat de gegevens alsnog worden verstrekt. In zo’n geval moet de werkgever de ambtshalve premie voldoen, ook als de premie gebaseerd op de correcte gegevens lager zou zijn, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW).

### 3. *Geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid*

#### *De statutair bestuurder die zich niet als bestuurder gedraagt*

De bestuurder van de werkgever is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van pensioenpremie aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds indien er geen, geen tijdige of geen juiste mededeling van betalingsonmacht is gedaan. Dat is heel kort gezegd de hoofdregel van art. 23 Wet Bpf 2000. Maar wat als de bestuurder zich niet als bestuurder gedraagt doordat hij geen enkele bestuurderstaak verricht? Over die situatie moest de Rechtbank Rotterdam<sup>33</sup> beslissen in een geschil tussen Bpf Schoonmaak en de bestuurder van een failliet schoonmaakbedrijf.

Bpf Schoonmaak had de bestuurder aansprakelijk gesteld voor de premieschuld van het schoonmaakbedrijf. Volgens de bestuurder kon hem geen verwijt worden gemaakt dat hij geen mededeling van betalingsonmacht had gedaan. De leiding, bedrijfsvoering en administratie van het schoonmaakbedrijf zou namelijk volledig in handen zijn geweest van de broer van de bestuurder. De bestuurder zelf zou zich – na langere tijd van afwezigheid door ziekte - uitsluitend nog bezig hebben gehouden met operationele taken als het wassen van ramen. Volgens de rechtbank doet dat niets af aan de verantwoordelijkheid van de bestuurder om een mededeling van betalingsonmacht te doen. Dat oordeel is in lijn met een arrest van Hof Amsterdam (PJ 2013/84) waarin het ging om de kelner van een horecaonderneming die was benoemd als bestuurder, maar in feite slechts een stroman was. De kelner was volgens het Hof toch aansprakelijk voor de pensioenpremierschuld van de horecaonderneming omdat hij nu eenmaal de

---

<sup>33</sup> Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621, PJ 2020/13.

bestuurder was. Het argument van de kelner dat hij nooit bestuurderstaken had verricht maakte dat niet anders.

#### *Verjaring*

In de zojuist genoemde uitspraak van Rechtbank Rotterdam<sup>34</sup> beriep de bestuurder zich ook op verjaring van de premievordering van Bpf Schoonmaak. De bestuurder was in 2018 voor het eerst aansprakelijk gesteld voor de openstaande premienota's. De openstaande premienota's waren door het pensioenfonds aan de werkgever toegestuurd in 2014-2015. Deze nota's betroffen premie die verschuldigd was over de jaren 2010-2013. Volgens de bestuurder was het grootste deel van de vordering verjaard, namelijk de premies die verschuldigd waren vóór 2013 (= vijf jaar vóór aansprakelijkstelling van de bestuurder). De rechtbank stelt vast dat er sprake is van twee verschillende vorderingen: een vordering van het pensioenfonds op de werkgever en een vordering van het pensioenfonds op de bestuurder. Dat betekent dat elke schuldenaar zich kan beroepen op verweermiddelen die de verbintenis zelf betreffen, waaronder de verjaring van die verbintenis. De situatie kan zich dus voordoen dat de vordering van het pensioenfonds op de werkgever niet is verjaard, maar de vordering van het pensioenfonds op de bestuurder wel is verjaard, ook al betreffen beide vorderingen dezelfde pensioenpremieschuld. Overigens werd het beroep op verjaring van deze bestuurder niet gehonoreerd door de rechtbank. In het uitvoeringsreglement is bepaald dat een premienota opeisbaar wordt na het verstrijken van een betalingstermijn van twee weken. De verjaringstermijn is daardoor pas aangevangen nadat het pensioenfonds de premienota's in 2014-2015 had toegestuurd aan de werkgever. De verjaringstermijn is vijf jaar. De verjaring is tijdig in 2018 gestuit omdat toen de bestuurder aansprakelijk was gesteld door het pensioenfonds.

#### *Moet de bestuurder worden gewezen op zijn mededelingsplicht?*

Niet alle bestuurders zullen zich realiseren dat zij in geval van betalingsonmacht daarvan mededeling moeten doen aan het bedrijfstakpensioenfonds, bij gebreke waarvan zij persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor de pensioenpremieschuld. De vraag komt dan op of het bedrijfstakpensioenfonds de bestuurder behoort te wijzen op die mededelingsplicht. Rechtbank Noord-Nederland<sup>35</sup> beantwoordt die vraag met een duidelijk nee. De mededelingsplicht is een wettelijke plicht die op

---

<sup>34</sup> Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621, PJ 2020/13.

<sup>35</sup> Rb. Noord-Nederland 29 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:995, PJ 2020/63.



de werkgever en haar bestuurders rust. Zij dienen daarvan op de hoogte te zijn. Daarom ligt het niet op de weg van het pensioenfonds om de werkgever en haar bestuurders te wijzen op het bestaan van deze wettelijke mededelingsplicht.

*Geen bestuurdersaansprakelijkheid meer na overgang van onderneming?*

Een overgang van onderneming kan met zich brengen dat de bestuurder van de vervreemder niet langer aansprakelijk is voor de pensioenpremieschuld, zo bevestigt Hof Den Haag.<sup>36</sup> Dit geschil draait om een overgang van onderneming van Curadomi BV naar Stichting Curadomi. Beide werkgevers vallen onder de verplichtstelling van PFZW. Curadomi BV had een pensioenpremieschuld. Als gevolg van de overgang van onderneming is de verplichting van Curadomi BV om deze pensioenpremieschuld te voldoen overgegaan op Stichting Curadomi (zie hierover het Hoge Raad arrest Bpf Schoonmaak / GOM, PJ 2016/156). Voor een periode van één jaar na de overgang van onderneming zijn Curadomi BV (als vervreemder) en Stichting Curadomi (als verkrijger) hoofdelijk aansprakelijk voor deze pensioenpremieschuld, zie art. 7:663 BW. Deze periode van één jaar is een vervaltermijn.

Na dit jaar is alleen nog Stichting Curadomi aansprakelijk voor de pensioenpremieschuld. Dat heeft ook gevolgen voor de aansprakelijkheid van de bestuurder van Curadomi BV, zo overweegt Hof Den Haag. De aansprakelijkheid van de bestuurder is namelijk afhankelijk van het bestaan van de aansprakelijkheid van de werkgever. Dat volgt uit art. 23 lid 5 Wet Bpf 2000, waarin is bepaald dat de bestuurder slechts kan worden aangesproken indien de werkgever in gebreke is. Omdat Curadomi BV een jaar na de overgang van onderneming niet meer aansprakelijk is, is ook de bestuurder van Curadomi BV niet meer aansprakelijk. Aangezien de aansprakelijkheid van de bestuurder hier is gebaseerd op art. 23 Wet Bpf 2000 lijkt mij dat een juiste conclusie: als de werkgever geen pensioenpremieschuld meer heeft, dan is er ook geen schuld die de bestuurder van die werkgever zou moeten voldoen.

Dat is anders indien de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld waardoor – ook – sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). In dat geval is de bestuurder aansprakelijk voor de schade die het pensioenfonds heeft geleden als gevolg van de verwijtbare gedraging van de bestuurder. Deze schade bestaat in ieder geval uit de gemiste pensioenpremies. Dat de aansprakelijkheid op

---

<sup>36</sup> Hof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269, PJ 2020/60.

grond van art. 23 Wet Bpf 2000 voor het niet-betalen van pensioenpremies op een andere werkgever is overgegaan heeft in beginsel geen gevolgen voor deze schade van het bedrijfstakpensioenfonds, want die schade bestaat nog steeds (tenzij die andere werkgever de pensioenpremieschuld alsnog voldoet). De bestuurder blijft naar mijn mening op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk om die schade te vergoeden. In de praktijk is het voor een pensioenfonds echter veel lastiger om een bestuurder succesvol aan te spreken op grond van onrechtmatige daad, omdat het pensioenfonds de bewijslast heeft van de stelling dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat de pensioenpremie niet is betaald door de werkgever.

#### 4. Uitvoeringsovereenkomst

*mr. drs. Petra van Straten CPL, Senior Beleidsmedewerker pensioenbeleid bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*

##### *Inleiding*

Op het gebied van de uitvoeringsovereenkomst was 2020, een betrekkelijk rustig jaar. De in de gepubliceerde rechtspraak gevoerde procedures over uitvoeringsovereenkomsten (en uitvoeringsreglementen) betrof de uitleg van de gemaakte afspraken.

De uitleg van de overeenkomst wordt besproken in onderdeel 2, de bijbehorende jurisprudentie in 3 en ik sluit af met een korte conclusie in onderdeel 4.

##### *2. Uitleg*

De uitleg van een uitvoeringsovereenkomst is geen zuiver pensioenjuridisch leerstuk. Overeenkomsten worden overal gesloten. Een uitvoeringsovereenkomst is ook een "gewone" overeenkomst<sup>37</sup> met enkele verplichte onderdelen. Deze verplichte onderdelen volgen uit artikel 25 van de Pensioenwet.

Overeenkomsten waarbij twee partijen zijn betrokken worden uitgelegd op basis van de redelijkheid en billijkheid.<sup>38</sup> Hier is vooral een rol weggelegd voor de feitenrechter. De rechter tracht de bedoeling en verwachtingen van partijen te achterhalen. Bedenkt men dat een uitvoeringsovereenkomst juist incompleet is omdat partijen niet alle toekomstige situaties hebben (willen of kunnen) overzien, dan is de opdracht aan de rechter om de partijbedoeling te achterhalen wel wat ambitieus. Wat de rechter wel kan doen is de omstandigheden van het geval wegen en proberen tot een uitleg van de overeenkomst te komen die hem redelijk en billijk voorkomt, uiteraard wel binnen de context van de uitvoeringsovereenkomst.

---

<sup>37</sup> Zie meer specifiek over het karakter van een uitvoeringsovereenkomst: Asser/Lutjens 7-XI 2019/193

<sup>38</sup> Asser/Sieburgh 6-III 2018/391-402

De uitleg van (bepalingen in) een uitvoeringsovereenkomst is gelijk aan de uitleg bij iedere andere overeenkomst. De uitleg van een overeenkomst en de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen of te beperken geschiedt volgens een vast stramien.<sup>39</sup> Als partijen twisten over de inhoud van de overeenkomst zal de rechter de overeenkomst aan de hand van de redelijkheid en billijkheid uitleggen.<sup>40</sup>

Bij de uitleg van de overeenkomst kent de rechter betekenis toe aan allerlei omstandigheden of gezichtspunten zoals:

- a. de context van het artikel;
- b. de totstandkomingsgeschiedenis;
- c. de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg;
- d. de aard van de overeenkomst;
- e. de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst,
- f. de maatschappelijke kringen waarin partijen zich bevinden,
- g. de rechtskennis die partijen bezitten.

Afhankelijk van deze omstandigheden wordt de overeenkomst in hogere mate woordelijk<sup>41</sup> (grammaticaal) uitgelegd dan wel wordt meer betekenis toegekend aan verklaringen en gedragingen van partijen voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst.<sup>42</sup>

Het gevolg van de uitleg van de overeenkomst kan zijn dat de rechter de zaak nu kan beslechten. De afspraken tussen partijen zijn dan te herleiden. De overeenkomst bevat geen leemte, maar kan evenwel tot een onwenselijke uitkomst leiden. Als het contract geen leemte bevat kan eventueel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een bepaling in het contract opzij zetten (waarna eventueel het contract weer wordt aangevuld met een nieuwe bepaling).<sup>43</sup> Een voorbeeld uit de lagere pensioenrechtspraak waarbij met een beroep op de derogerende werking een bijbetalingsverplichting uit een

<sup>39</sup> Zie Asser/*Sieburgh 6-III* 2018/391-402 en P.S. Bakker, redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm, (diss) VU Amsterdam, 2013, Kluwer.

<sup>40</sup> artikel 6:248 BW

<sup>41</sup> Zoals bijvoorbeeld ten aanzien van CAO's (Gerritse/HAS van 17 september 1993 (NJ 1994, 173) of overeenkomsten waar mede door het inschakelen van adviseurs veel aandacht is besteed aan de bewoording van de overeenkomst (zie HR 19 januari 2007, LJN AZ3178, NJ 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer) en HR 29 juni 2007, LJN BA4909, NJ 2007/576 (Derksen/Homburg).

<sup>42</sup> *Ermes/Haviltex* (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635) en HR 5 april 2013, LJN BY8101 (Lundiform/Mexx)

<sup>43</sup> 6:248 lid 2 BW

uitvoeringsovereenkomst werd geschrapt en vervolgens op grond van de aanvullende werking een nieuwe bepaling werd toegevoegd betrof de Unisys-zaak uit 2012.<sup>44</sup> Daar pakte een oude bijbetalingsverplichting door de inwerkingtreding van de Pensioenwet wel erg nadelig voor de werkgever uit. De rechter zag in de omstandigheden aanleiding om de bijbetalingsverplichting te vervangen door een variant die meer in lijn met de Pensioenwet was.

Het gevolg van de uitleg van de overeenkomst kan ook zijn dat de rechter concludeert dat de overeenkomst een leemte bevat. Als de overeenkomst wel een leemte bevat kan de rechter de leemte aanvullen met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>45</sup>

### 3. Jurisprudentie

#### *Yarden/Delta Lloyd*

In **Rechtbank Amsterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3492** stond de vraag naar de toepasselijke inkooptarieven in de uitvoeringsovereenkomst centraal. Sinds 1 januari 2008 wordt de pensioenregeling van de werknemers van Yarden uitgevoerd door Delta Lloyd. Onderdeel van de pensioenregeling is een voorwaardelijke indexatie uit een indexatiedepot. In 2017 hebben Yarden en Delta Lloyd veelvuldig overleg gehad over de aanwending van het depot dat bij het einde van de uitvoeringsovereenkomst zou resteren. De omvang van dit depot was zodanig dat het om fiscale redenen niet daadwerkelijk in één keer kon worden aangewend. Yarden heeft haar fiscaal adviseur ingeschakeld. De fiscaal adviseur kwam met een alternatief, bestaande uit het inkopen van onvoorwaardelijke toeslagen over een periode van 30 jaar. Dit alternatief werd getoetst en volgens het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst toelaatbaar geacht.

Toen Yarden Delta Lloyd verzocht het depot aan te wenden voor de inkoop van deze onvoorwaardelijke toeslagen laat Delta Lloyd weten dit alleen te willen doen tegen actuele tarieven. Yarden stelt dat het contracttarief zou moeten gelden, het tarief dat gold tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst. Het actuele tarief is het tarief dat geldt na afloop van de uitvoeringsovereenkomst. Het verschil

---

<sup>44</sup> Rechtbank Amsterdam, 16 januari 2012, PJ 2012/43.

<sup>45</sup> 6:248 lid 1 BW

tussen het actuele tarief en het contracttarief is € 7.500.000. Dat maakt dat Delta Lloyd de sterke voorkeur heeft de inkoop tegen actuele (voor Yarden duurdere) tarieven te willen verzorgen.

Beide partijen geven aldus een andere uitleg aan artikel 10 van de depotovereenkomst:

*10. Bij beëindiging van de pensioenverzekeringsovereenkomst zal het saldo van de depotrekening op onderstaande wijze worden aangewend danwel overgedragen:*

*- Ingeval de werkgever besluit de verzekerde aanspraken premievrij bij de verzekeraar achter te laten zal het op de depotrekening aanwezige saldo terstond bij de verzekeraar worden aangewend voor verhoging van de pensioenen op het leven van de deelnemers en de gewezen deelnemers in de pensioenregeling, tenzij verlenging van deze overeenkomst onder nieuwe voorwaarden is overeengekomen. Het saldo zal aan de deelnemers en gewezen deelnemers worden toegerekend naar evenredigheid van de grootte van de verzekerde bedragen.  
(..)*

De kantonrechter hecht groot belang aan een taalkundige uitleg, maar hanteert niet uitsluitend deze wijze van uitleggen. De kantonrechter interpreteert de uitvoeringsovereenkomst aldus dat de afwikkeling van het depot blijkens de bewoordingen het sluitstuk is van de uitvoeringsovereenkomst. Iedere inkoop vindt normaliter volgens dit contractstarief plaats. Echter, om fiscale redenen kan nu niet het volledige bedrag uit het depot worden aangewend voor inkoop van indexatie, maar moet dat nu in tranches. De aanwending van het depot dient derhalve tegen het contractstarief plaats te vinden. Dat dit een nadeel van € 7.500.000 oplevert voor Delta Lloyd maakt deze, voornamelijk taalkundige, interpretatie niet anders. Een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid vanwege de onaanvaardbare gevolgen (het nadeel van € 7.500.000) kon niet slagen. Was het actuele tarief lager geweest dan het contracttarief, dan had Delta Lloyd recht op het meerdere, gaf de rechter nog aan. De kantonrechter benoemt niet waarom hij tot deze uitleg komt. Mijsn inziens heeft de kantonrechter hier het gezichtspunt 'de context van het artikel' gebruikt

om tot een vrij woordelijke interpretatie van het artikel te komen. Ik kan deze keuze goed volgen.

*Bedoeling van partijen*

In de procedure voor het **Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1262** speelde de vraag naar de hoogte van de aanvullende premies bij voortijdige beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. De werknemers van Vion namen deel aan een pensioenregeling die aanvankelijk werd uitgevoerd door een ondernemingspensioenfonds. Achmea trad op als (her)verzekeraar van de door het pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling. Na een fusie gaat het pensioenfonds mee als uitvoerder met een deel van de ondernemingen.

De achterblijvende VION-ondernemingen moeten een nieuwe pensioenuitvoerder vinden voor hun pensioenregelingen. De keuze valt (ook) op Achmea. De uitvoeringsovereenkomst bepaalt dat Vion een bedrag verschuldigd is als de overeenkomst voor het einde van de looptijd (2018) wordt opgezegd. In de conceptovereenkomst is hier een bedrag van EUR 9.999 bij genoemd.

Rond oktober 2014 wordt de uitvoeringsovereenkomst definitief gesloten. Aan het eind van de maand, nog voordat Vion de ondertekende overeenkomst retour heeft gestuurd, zegt Vion de overeenkomst al weer op. Op 5 december 2014 heeft Achmea een bericht gestuurd dat een verkeerd bedrag was vermeld in de conceptuitvoeringsovereenkomst. Het correcte bedrag was niet EUR 9.999 maar op EUR 234.871. Bij bericht van 22 december 2014 verbetert Achmea het verschuldigde bedrag nogmaals, nu naar EUR 173.302. De kantonrechter heeft de vordering van Achmea ad EUR 173.302 toegewezen.

In hoger beroep stelt Vion dat geen sprake is van opzegging, maar dat sprake was van het niet verlengen van de bestaande overeenkomst. Een gecombineerde lezing van artikel 15 en 16 van de uitvoeringsovereenkomst zou kunnen leiden tot de stelling dat de uitvoeringsovereenkomst ieder jaar opnieuw moest worden verlengd. Daardoor zou in het geheel geen bedrag verschuldigd zijn omdat artikel 15 ( de vergoeding) alleen gold bij een opzegging en niet bij een 'aanzegging'.

Het gerechtshof maakt hier korte metten mee. Het Hof past het Haviltex-arrest toe en oordeelt dat het nooit de bedoeling van partijen kan zijn geweest dat een

betalingverplichting zo eenvoudig omzeild zou kunnen worden. Het vergoedingsartikel (artikel 15) zou daarmee zinledig zijn geworden.

Met het standpunt van Vion dat slechts EUR 9.999 verschuldigd zou zijn is het Hof ook met een beroep op 3:35-37 BW snel klaar. Partijen kunnen dit nooit hebben bedoeld. Vion had immers kunnen weten dat een bedrag van EUR 9.999 in geen verhouding stond tot de daadwerkelijke betaalde premies. Het had Vion moeten zijn opgevallen dat sprake was van een fictief en veel te laag bedrag in de conceptuitvoeringsovereenkomst. Vion en Achmea zijn immers geen onbekenden van elkaar, hoewel de pensioenregeling voorheen formeel werd uitgevoerd door een pensioenfonds, werd de regeling feitelijk uitgevoerd door Achmea. Achmea voerde de administratie maar droeg ook het risico voor het nakomen van de pensioenregeling. Vion wist daarom welke premiebedragen er gemoeid waren met de uitvoering van de pensioenregeling.

Ditmaal geen letterlijke uitleg maar een uitleg conform de bedoeling van partijen, althans datgene waarvan het Hof aanneemt dat partijen hebben bedoeld.

### *III.C. De aard van de overeenkomst*

Op 4 augustus 2020 mocht het gerechtshof 's-Gravenhage ook oordelen over de uitleg van een uitvoeringsovereenkomst (ECLI:NL:GHDHA:2020:1363, PJ 2020/132). Het Hof betreft in het oordeel niet alleen de letterlijke bepaling, maar ook diverse andere documentatie zoals het pensioenreglement en de aanvullende voorwaarden. De uitleg van de verzekeraar wordt vervolgens als onaanvaardbaar aangemerkt.

Werkgever Meyn Beheer BV heeft een Anw-hiaatverzekering via tussenpersoon QBenefits afgesloten bij verzekeraar Goudse BV. De verzekering heeft een looptijd van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2014. Op 23 oktober 2014 zegt Meyn Beheer BV de verzekering op omdat de Anw-dekking vanaf 1 januari 2015 via PMT zal lopen. Op 12 december 2014 wordt via QBenefits werknemer X ziek gemeld bij de Goudse. De ziekmelding heeft terugwerkende kracht tot 20 maart 2014.

Op 7 januari 2015 overlijdt de werknemer. Op dat moment is de uitvoeringsovereenkomst geëindigd en is de vraag of er toch recht bestaat op een Anw-uitkering.



De Anw-hiaatverzekering biedt volgens de uitvoeringsovereenkomst na beëindiging de volgende dekking:

*“Indien de Uitvoeringsovereenkomst eindigt, vervallen de dan lopende verzekeringen zonder waarde op de datum van beëindiging. Dit geldt echter niet voor de volgende verzekeringen, die met inachtneming van de voorwaarden van de verzekering worden voortgezet:*

*- de verzekeringen waarop het Nabestaanden Rentepensioen is ingegaan;*

*- de verzekeringen waarvoor na voltooiing van de ingegane wachttijd gehele of gedeeltelijke vrijstelling van premiebetaling bij arbeidsongeschiktheid van de Verzekerde zal worden verleend;*

*- de verzekeringen waarvoor vrijstelling van premiebetaling is verleend en wel voor het gedeelte van de verzekering dat correspondeert met de van betaling vrijgestelde premie.”*

Strikt genomen viel Werknemer X niet onder de uitloopdekking. De werknemer is immers gedurende de wachttijd overleden. De werkgever had hier immers nog de loondoorbetalingsverplichting en daarom bestond er voor de werknemer ook nog geen recht op vrijstelling van premiebetaling.

Dit is ook het standpunt dat de Goudse inneemt. En het standpunt dat de rechtbank eerder honoreerde. Het Hof Den Haag oordeelt echter dat dit een niet te verdedigen uitleg inhoudt. De verzekering verzekert een gezondheidsrisico maar biedt hiervoor maar beperkt dekking.

De uitleg van de Goudse zou immers betekenen dat (de nabestaanden van) werknemers die overlijden tijdens de wachttijd geen recht hebben op een uitkering. Terwijl bij werknemers die voor afloop van de verzekering zijn overleden alsmede werknemers die na de wachttijd overlijden de nabestaanden wel recht hebben op een uitkering. Het recht op een uitkering zou daarmee afhankelijk worden van het moment van overlijden van de werknemer. Een op voorhand onzekere omstandigheid. Dit is een dermate onredelijke uitkomst dat de verzekeraar ook niet in de gelegenheid wordt gesteld om deze stelling nader te

onderbouwen nu tijdens de zitting geen redelijke uitleg kon worden gegeven voor het verschil in dekking.

De Goudse voert nog aan dat het een verzekeraar vrijstaat om binnen een samenhangend feitencomplex te bepalen aan welke feiten of omstandigheden (rechts)gevolgen worden verbonden en aan welke niet (HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793), maar dit volstaat hier niet. Ook de omstandigheid dat Meyn werd bijgestaan door een adviseur maakt dat niet anders. Aan dit gezichtspunt kende het Hof geen waarde toe.

En redelijke uitkomst: als een Anw-verzekering uitloopekking biedt voor de nabestaanden dan is die dekking er bij overlijden, ongeacht of de wachttijd is voltooid.

*Wijziging van de uitvoeringsovereenkomst en de positie van de werknemer*

Tot slot nog een procedure tussen een werknemer en zijn werkgever (AFM) over de wisselwerking tussen pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst [**Hof Amsterdam 3 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2929 en ECLI:NL:GHAMS:2020:2929**].

In de zaak tussen AFM en een werknemer oordeelde het Hof dat de wijziging van de pensioenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst geen effect had voor de indexatie over reeds opgebouwde pensioenen. Wil een werkgever de pensioenregeling wijziging zodat dit ook met terugwerkende kracht geldt, dan is een collectieve waardeoverdracht conform artikel 83 Pensioenwet nodig. Bij een collectieve waardeoverdracht in de zin van artikel 83 Pensioenwet heeft iedere individuele werknemer de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de overdracht van zijn individuele recht. Kortgezegd lijkt het Hof van mening dat het eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 19 PW en het verbod op aantasting van opgebouwd pensioen met terugwerkende kracht behoudens uitzonderingen (artikel 20 PW) geen effect heeft voor de indexatie over deze opgebouwde rechten.

Met annotator Huijg ben ik van mening dat het arrest moeilijk te volgen is. Het hof lijkt veel waarde te hechten aan de gewijzigde financieringsafspraken in de uitvoeringsovereenkomst die uiteindelijk gevolgen hebben voor de werknemers. De uitvoeringsovereenkomst is echter een afspraak tussen werkgever en

pensioenuitvoerder. Een (ex-)deelnemer kan wel rechten en plichten ontleen aan de uitvoeringsovereenkomst door middel van een derdenbeding.<sup>46</sup> Maar daarover meldt het Hof niets.

#### 4. Conclusie

De hiervoor behandelde rechtszaken konden worden afgedaan door de overeenkomst uit te leggen met in achtneming van de gezichtspunten zoals:

- a. de context van het artikel;
- b. de totstandkomingsgeschiedenis;
- c. de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere uitleg;
- d. de aard van de overeenkomst;
- e. de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst,
- f. de maatschappelijke kringen waarin partijen zich bevinden,
- g. de rechtskennis die partijen bezitten. Van de rechter werd geen grote lenigheid verwacht bij het invullen van leemtes in de overeenkomst.

De procedure over de noodzakelijkheid van een collectieve waardeoverdracht om de pensioenovereenkomst met terugwerkende kracht te kunnen wijzigen, is er een om in de gaten te houden. Mogelijk spreekt de Hoge Raad zich hierover nog uit.

---

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld Asser/Lutjens 7-XI, nr. 256 en B. Kanen, *het derdenbeding in de uitvoeringsovereenkomst*, TPV 2016/29



## 5. Toezichtuitoefening

*mr. Laurie Kuijpers CPL, advocaat pensioenrecht Loyens & Loeff*

### *Inleiding*

Het jaar 2020 is allesbehalve een spannend jaar waar het gaat om jurisprudentie op het gebied van toezichtuitoefening van de Nederlandse toezichhouders, De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM). In de Pensioen Jurisprudentie (PJ) zijn namelijk geen uitspraken gepubliceerd die direct zien op de toezichtuitoefening van DNB en de AFM. Wel zijn er in 2020 twee uitspraken geweest die zijdelings verband houden met het toezicht dat DNB uitoefent op pensioenuitvoerders.

In deze bijdrage bespreek ik deze twee uitspraken die beide kort ingaan op het toezicht van DNB bij een collectieve waardeoverdracht van pensioenaanspraken zoals bedoeld in art. 83 PW en art. 84 PW. Aan het slot van deze bijdrage sta ik stil bij de visie van DNB op het houden van toezicht.

### *Toezicht bij collectieve waardeoverdracht*

Ik begin met de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over het bezwaarrecht bij een (interne) collectieve waardeoverdracht van art. 83 lid 2, aanhef en onder a PW die wordt gevolgd door de ontbinding en vereffening van het ondernemingspensioenfonds Stichting Pensioenfonds Autoriteit Financiële Markten (Pensioenfonds AFM) (**Rb. Amsterdam, 23 januari 2020, PJ 2020/51 m.nt. W. Thijssen**). Het betreft een geschil tussen (ex-) deelnemers en het Pensioenfonds AFM. De eiseressen hebben gedurende hun dienstverband deelgenomen in de pensioenregeling van het Pensioenfonds AFM. De AFM en Pensioenfonds AFM hebben gezamenlijk besloten om per 1 januari 2018 de al opgebouwde pensioenaanspraken over te dragen aan het algemeen pensioenfonds, De Nationale AFP ex art. 84 PW. In het kader van de overdracht van de pensioenaanspraken naar het algemeen pensioenfonds dient allereerst een interne collectieve waardeoverdracht als bedoeld in art. 83 lid 2, aanhef en onder a PW plaats te vinden. Eén van de eisen van het algemeen pensioenfonds was dat

harmonisatie van de geldende pensioenrichtleeftijden plaats zou vinden. Dit betekent dat alle bij het Pensioenfonds AFM geldende pensioenrichtleeftijden worden gelijkgetrokken naar de gangbare pensioenrichtleeftijd van 68 jaar (zie art. 18a, lid 6 Wet op de loonbelasting 1964). Verder stelde het algemeen pensioenfonds de eis dat de bij het Pensioenfonds AFM ondergebrachte tijdelijk prepensioenen (TPP-aanspraken) en tijdelijk ouderdomspensioenen (TOP-aanspraken) zouden worden omgezet in een verhoogd levenslang ouderdomspensioen vanaf de pensioenrichtleeftijd van 68 jaar. De (gewezen) deelnemers zijn per brief op de hoogte gesteld over de ontbinding en vereffening van het pensioenfonds en geïnformeerd over de overdracht van de pensioenaanspraken en de daarmee verband houdende harmonisatie van de pensioenrichtleeftijd en de TPP-aanspraken en de TOP-aanspraken. In dat kader zijn de (gewezen) deelnemers er schriftelijk op gewezen dat zij tegen de beoogde aanpassingen van het TTP en TOP bezwaar kunnen maken.

Tegen de interne collectieve waardeoverdracht tot omzetting van de TTP-aanspraken en de TOP-aanspraken is door de eiseressen tijdig bezwaar gemaakt bij Pensioenfonds AFM. Uit de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam blijkt niet wat het bezwaar precies inhield, maar wel dat niet vaststond dat het gemaakte bezwaar in het geheel geen hout zou snijden en dat omzetting een gewijzigd pensioenperspectief tot gevolg had.

#### *Bezwaarrecht bij (interne) collectieve waardeoverdracht*

Art. 83 lid 2, aanhef en onder a PW bepaalt dat aan een collectieve waardeoverdracht op verzoek van de werkgever wordt voldaan als de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden 'geen bezwaren' kenbaar hebben gemaakt jegens de pensioenuitvoerder tegen de waardeoverdracht nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd. Het is een individueel bezwaarrecht. Een bezwaar van een individu kan de collectieve overdracht voor degenen die geen bezwaar hebben gemaakt op zichzelf niet tegenhouden. Voor degenen die wel bezwaar hebben gemaakt, blijven de pensioenaanspraken en -rechten achter in de oude regeling en bij de overdragende pensioenuitvoerder (zie **Rb. Limburg 8 november 2017, PJ 2018/3**). Zie over het bezwaarrecht: Asser/Lutjens 7-XI 2019/846.

Wat houdt art. 83 lid 2, aanhef en onder a PW volgens de Rechtbank Amsterdam in? Volgens de Rechtbank Amsterdam houdt dit *de facto* in dat een collectieve waardeoverdracht slechts mogelijk is met wederzijds goedvinden van de AFM als werkgever en elk van de individuele (gewezen) deelnemers aan de pensioenregeling van Pensioenfonds AFM, omdat een collectieve waardeoverdracht onlosmakelijk gepaard gaat met een wijziging van de pensioenovereenkomst. Slechts onder bijzondere omstandigheden is een (interne) collectieve waardeoverdracht zonder instemming van de (gewezen) deelnemers (en dus eenzijdig) mogelijk. Dit is het geval indien de pensioenovereenkomsten een eenzijdig wijzigingsbeding bevatten als bedoeld in art. 19 PW. Het gemaakte bezwaar door de betreffende (gewezen) deelnemers tegen de interne collectieve waardeoverdracht kan niet door Pensioenfonds AFM ter zijde worden geschoven. Het bezwaarrecht is gezien het bepaalde in art. 83 lid 7 PW van dwingend recht, dat maakt dat een (interne) collectieve waardeoverdracht die is uitgevoerd terwijl bezwaar is gemaakt, niet kan plaatsvinden c.q. nietig is ten opzichte van degenen die bezwaar hebben gemaakt.

#### *Rol toezichthouder*

In dit kader komt ook de rol van de toezichthouder in beeld. Immers, het voornemen tot een (interne) collectieve waardeoverdracht moet op grond van art. 83 lid 2, aanhef en onder c PW uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van de waardeoverdracht schriftelijk gemeld worden aan de toezichthouder (DNB). De toezichthouder dient binnen die periode geen verbod tot waardeoverdracht afgegeven te hebben. Welke betekenis komt het ontbreken van een verbod van DNB voor het uitvoeren van de collectieve waardeoverdracht toe in dit kader? De Rechtbank Amsterdam oordeelt daarover als volgt (zie ro. 4.11, aanhef en onder c en ro. 4.12):

*Met het oog op artikel 83 Pensioenwet wordt het volgende overwogen:*

*[...]*

*De bezwaren van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] hebben op grond van artikel 83 lid 2 Pensioenwet tot gevolg dat de interne collectieve waardeoverdracht voor zover deze hen betreft rechtens niet plaatsvindt. De (gestelde) afwezigheid van een verbod van de toezichthouder als bedoeld in artikel 83 lid 2 aanhef en onder c Pensioenwet maakt dit niet anders.*

*[...]*

*Artikel 84 Pensioenwet leidt niet alsnog tot de slotsom dat Pensioenfonds AFM de tegenover ‘omgezette’ aanspraken van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] staande waarde extern heeft overgedragen. Een dergelijke waarde was er immers niet (en wilde De Nationale APF ook niet). De (gestelde) afwezigheid van een verbod van de toezichthouder als bedoeld in artikel 84 lid 2 aanhef en onder c Pensioenwet maakt dit niet anders.*

Kortom, het feit dat DNB geen verbod heeft opgelegd tegen de interne en externe collectieve waardeoverdrachten ex. art. 83 en 84 PW betekent niet dat aan een individueel bezwaar geen betekenis meer zou toekomen en dat de pensioenaanspraken van eiseressen rechtsgeldig omgezet zouden kunnen worden en/of aan het algemeen pensioenfonds overgedragen zouden kunnen worden. Anders gezegd, het ontbreken van bezwaar van de zijde van DNB vervangt niet het individueel benodigde ontbreken van bezwaar van de individuele (gewezen) deelnemers.

#### *Waarde van de rol van de toezichthouder bij een waardeoverdracht?*

Waar het ontbreken van een verbod door de toezichthouder DNB ook – weliswaar zijdelings – aan de orde kwam is de uitspraak van de Hoge Raad over de zorgplichtschending van (verkrijgend) pensioenfonds PMT bij een collectieve waardeoverdracht ex art. 83 PW (**Hoge Raad, 20 december 2019, PJ 2020/18 m.nt. S.H. Kuiper**).<sup>47</sup> In deze zaak staat de collectieve waardeoverdracht ex art. 83 PW van de pensioenverzekeraar Nationale Nederlanden naar PMT centraal op verzoek van de werkgever, DaimlerChrysler Nederland B.V. De ex-werknemer heeft gedurende zijn dienstverband pensioenaanspraken opgebouwd bij NN. Per 1 januari 2006 heeft de werkgever zich verplicht aangesloten bij PMT. Alle toenmalige werknemers van Daimler zijn per die datum deelnemer geworden in de pensioenregeling van PMT. Op enig moment heeft de werkgever NN verzocht om de opgebouwde pensioenaanspraken- en rechten middels een collectieve waardeoverdracht ex art. 83 PW over te dragen aan PMT. Dit is gebeurd en NN

---

<sup>47</sup> De Hoge Raad heeft de zaak afgedaan op art. 81 lid 1 RO. Relevant voor de bespreking van deze uitspraak zijn dus ook de overwegingen van het Hof Den Haag van 8 mei 2018, PJ 2018/101, m.nt. L.H. Blom, welk oordeel is bekrachtigd door de Hoge Raad. In deze bijdrage ga ik niet in op het (zeer interessante) leerstuk van de zorgplicht dat voornamelijk in deze uitspraak aan de orde is, maar bespreek ik alleen het gedeelte dat relevant is voor het onderwerp toezichtuitoefening, namelijk de rol van de toezichthouder bij het voornemen tot collectieve waardeoverdracht en welke waarde het ontbreken van een verbod tot waardeoverdracht van de toezichthouder toekomt bij de beoordeling van de informatieplicht.



heeft het voornemen tot de collectieve waardeoverdracht gemeld bij de toezichthouder DNB. DNB heeft de voorgenomen waardeoverdracht niet verboden, noch enige kanttekening daarbij geplaatst. PMT heeft vervolgens alle (gewezen) deelnemers geïnformeerd over de waardeoverdracht en om goedkeuring gevraagd. Niemand heeft bezwaar aangetekend. Een ex-werknemer heeft een verklaring voor recht gevorderd dat PMT niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting, op grond waarvan PMT aansprakelijk is voor de gelden en nog te lijden schade.

Een waardeoverdracht van pensioenaanspraken, daaronder begrepen een collectieve waardeoverdracht ingevolge art. 83 PW, heeft in potentie verstreckende gevolgen: in elk geval wijzigt de pensioenuitvoerder, maar ook zal (onder meer) het karakter van de pensioenaanspraken die een belanghebbende (een deelnemer, gewezen deelnemer of pensioengerechtigde) verkrijgt jegens de ontvangende pensioenuitvoerder in het algemeen anders zijn (soms slechts op details) dan de aanspraken jegens de overdragende pensioenuitvoerder. Om die reden bevat art. 83 lid 2 onder a PW een schriftelijke informatieverplichting.<sup>48</sup> Het Hof Den Haag van 8 mei 2018, PJ 2018/101, m.nt. L.H. Blom oordeelde dat PMT (onverplicht) de uit art. 83 lid 2 PW voortvloeiende schriftelijke informatieverplichting op zich heeft genomen, wat betekent dat op PMT de zorgplicht is komen te rusten dat de ex-werknemer in kwestie ook volledig wordt geïnformeerd over de gevolgen van de waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraken. Volgens het Hof (en bekrachtigd door de Hoge Raad) heeft PMT de ex-werknemer niet volledig geïnformeerd, zie r.o. 3.10 en 3.11. PMT had, zo luidt de overweging, de ex-werknemer in het kader van de waardeoverdracht *“moeten informeren over de mogelijkheid van een toekomstige korting en de omstandigheden waaronder PMT deze korting zou kunnen toepassen, omdat er op dit punt een wezenlijk verschil bestaat tussen de uitvoering van de pensioenregeling door PMT en de uitvoering door een verzekeraar als NN. De kortingsmogelijkheid ingevolge art 134 PW kwam immers niet aan NN toe. [...] Deze conclusie is te meer gerechtvaardigd nu PMT in de brief van 13 januari 2009 uitsluitend argumenten heeft genoemd die erop neerkwamen dat er geen reden was om bezwaar te maken tegen de waardeoverdracht, zoals dat de overdracht geen financiële gevolgen voor [appellant] had en dat de pensioenaanspraken op dezelfde wijze zouden worden voortgezet. Aldus heeft PMT [appellant] onvoldoende geïnformeerd over het kortingsrisico dat hij liep bij de*

<sup>48</sup> Hof Den Haag van 8 mei 2018, PJ 2018/101, m.nt. L.H. Blom, r.o. 3.7.

*waardeoverdracht aan haar.” PMT voert hiertoe als klacht dat relevante betekenis toekomt dat DNB geen kritiek heeft geuit op de (welkomst)brief van PMT in 2009. De Hoge Raad volgt dit niet: “[...]. Daaraan doet niet af, anders dan PMT kennelijk meent, de rol van DNB bij een collectieve waardeoverdracht als de onderhavige. DNB controleert immers niet of een brief als die van 13 januari 2009 de civielrechtelijke toets der kritiek kan doorstaan. Aan het achterwege blijven van kritiek van DNB op die brief, waarvan het hof veronderstellenderwijs uitgaat, komt in dit geval derhalve geen relevante betekenis toe.”*

Ook uit deze uitspraak blijkt dat een pensioenuitvoerder zich niet kan verschuilen achter het feit dat de toezichthouder (*i.c.* DNB) geen verbod tot waardeoverdracht heeft opgelegd dan wel geen kritiek heeft geuit op de van de pensioenuitvoerders gestuurde communicatie aan de (gewezen) deelnemers. De overwegingen van de Rechtbank Amsterdam en Hof Den Haag ter zake van de rol van de toezichthouder bij een (interne en externe) collectieve waardeoverdracht lijken mij in lijn met de geldende wetgeving en rechtspraak. DNB is belast met het materieel en prudentieel toezicht op pensioenuitvoerders ex art. 151 lid 3 PW. Prudentieel toezicht is op grond van art. 151 lid 4 PW het toezicht op de normen ten aanzien van de financiële soliditeit van pensioenfondsen en is bedoeld om bij te dragen aan de financiële stabiliteit van de sector van pensioenfondsen en het beschermen van rechten van (gewezen) deelnemers, andere aanspraakgerechtigden en pensioengerechtigden. Het materieel toezicht van DNB is het toezicht op alle normen die geen onderdeel maken van het gedrags- en prudentieel toezicht (art. 151 lid 5 PW). Dit ziet onder andere op normen die betrekking hebben op de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst, pensioenfondsen als instelling en normen in de relatie tussen pensioenuitvoerder en deelnemer. Het materieel toezicht betreft ook het recht op waardeoverdracht. Zie ook: Asser/Lutjens, 7/XI, 2019/53 e.v.

Terug naar de twee uitspraken zoals gepubliceerd in PJ in 2020 waar in het kader van het gemaakte bezwaar door de betreffende (gewezen) deelnemers werd aangevoerd dat waarde dient te worden toegekend aan het feit dat DNB geen verbod tot waardeoverdracht had opgelegd en/of geen kritiek had geuit op de uitgaande communicatie aan de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Op haar website heeft DNB in verschillende Factsheets en Q&A de uitgangspunten opgenomen die DNB in acht neemt bij de beoordeling van een voornemen tot collectieve waardeoverdracht. De uitgangspunten kunnen iets van elkaar

verschillen afhankelijk van de betrokken pensioenuitvoerders bij de collectieve waardeoverdracht. Zie bijvoorbeeld: <https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-238140.jsp>, <https://www.toezicht.dnb.nl/3/50-238142.jsp>.

Zo dient het overdragende pensioenfonds onder meer inzicht te geven of de belangen van alle betrokken groepen op evenwichtige wijze zijn afgewogen en de effecten van de collectieve waardeoverdracht per betrokken groep, inclusief een cijfermatige onderbouwing. De toets die DNB aanlegt ziet dus puur op de besluitvorming, de financiële vormgeving en de impact van de collectieve waardeoverdracht op de verschillende betrokken groepen. Het eventueel ingediende bezwaar door (gewezen) deelnemers maakt geen onderdeel uit van de toets. Ook de wijze waarop door de pensioenuitvoerders wordt gecommuniceerd over de collectieve waardeoverdracht en de inhoud van die communicatie valt niet onder het (materiële) toezicht van DNB. De informatie en communicatie vanuit de pensioenuitvoerders aan de deelnemers valt onder het gedragtoezicht van de AFM. Kortom, DNB kan door geen verbod op te leggen het gemaakte bezwaar door deelnemers tegen de collectieve waardeoverdracht niet overrulen. Indien dit aangevoerde argument stand zou houden, zou dat betekenen dat DNB op individueel niveau de impact zelf zou moeten toetsen en dat is niet de bedoeling. Op basis van de wet- en regelgeving is het niet de taak van DNB om op de stoel van de betrokken pensioenuitvoerders (en/of de werkgever) te gaan zitten en daarmee in het kader van het wel of niet opleggen van een verbod op individueel niveau van de (gewezen) deelnemers en de aanspraak- en pensioengerechtigden de impact te beoordelen, dan wel kritiek te uiten op uitgaande communicatie vanuit de pensioenuitvoerder aan de betrokken (gewezen) deelnemers. De twee behandelde uitspraken zijn op dit punt dus juist.

#### *Visie op toezicht DNB 2020*

DNB houdt prudentieel en materieel toezicht op de naleving door pensioenfondsen, ppi's en pensioenverzekeraars van de pensioenregelgeving. Het prudentieel toezicht is het toezicht gericht op de financiële soliditeit van pensioenfondsen en het bijdragen aan de financiële stabiliteit van de sector van pensioenfondsen. Materieel toezicht is het toezicht op de naleving van alle normen die geen onderdeel uitmaken van het prudentieel toezicht of het gedragtoezicht waar de AFM mee is belast. In de (jaarlijkse) Toezicht Vooruitblik

2020 heeft DNB de trends en ontwikkelingen in de financiële sector, in het bijzonder ontwikkelingen die relevant zijn voor de instellingen waar DNB toezicht op houdt beschreven. De aandachtspunten die DNB in de Toezicht Vooruitblik 2020 heeft opgenomen zijn in lijn met de Speerpunten uit de Visie op Toezicht 2018-2022 (deze is recent vernieuwd: Visie op Toezicht 2021 – 2024, [https://www.dnb.nl/media/43cnkobx/visie\\_op\\_toezicht\\_2021\\_2024.pdf](https://www.dnb.nl/media/43cnkobx/visie_op_toezicht_2021_2024.pdf)).

DNB heeft in zijn algemeenheid in aanvulling op de doorlopende toezichttaken aan drie onderwerpen extra prioriteit gegeven, namelijk technologische vernieuwing en digitalisering, duurzaamheid en integriteit. Specifiek ten aanzien van pensioenen geldt dat de pensioensector voor grote veranderingen staat. In 2019 is een ‘principeakkoord’ bereikt over de hervorming van het tweede pijler pensioen. DNB ziet erop toe dat pensioenfondsen het strategische plan passend maken aan de aankomende veranderingen en inzichtelijk hebben welke operationele veranderingen het nieuwe stelsel vraagt en zich daarop voorbereiden. Het jaar 2020 heeft in het teken gestaan van de verdere uitwerking van het ‘principeakkoord’, hetgeen in het najaar van 2020 heeft geresulteerd in het conceptwetsvoorstel Wet toekomst pensioenen. DNB heeft in dit kader aangegeven zich extra in te zetten om de sector voor te bereiden op de transitie. Daarnaast heeft DNB in 2020 extra aandacht besteed aan de digitalisering en dan met name de wendbaarheid van de systemen en het belang van datakwaliteit. DNB heeft van pensioenfondsen verwacht dat zij in 2020 onderzoek hebben gedaan naar de beheersing van cyberrisico’s, technologische risico’s en digitalisering. Zie verder: [https://www.dnb.nl/media/hd5b5r3l/brochure\\_toezicht\\_vooruitblik.pdf](https://www.dnb.nl/media/hd5b5r3l/brochure_toezicht_vooruitblik.pdf).

## 6. Pensioen en echtscheiding

*mr. Sjoerd van der Vegt CPL, pensioenrechtadvocaat bij JPR Advocaten*

### *Inleiding*

Echtscheidingen geven vaak aanleiding tot discussie. Ook als het over het pensioenaspect gaat. Daarbij wekt het geen verbazing dat pensioengevolgen van echtscheiding uit de vorige eeuw, zich nu pas manifesteren. In een aantal uitspraken komt de PSW voorbij of het regime van vóór de invoering van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wvps). Ook al zal naar verwachting de Wet pensioenverdeling bij echtscheiding in 2022 worden ingevoerd, de komende decennia zullen nog steeds zaken moeten worden beoordeeld aan de hand van de wetgeving tot 1 januari 2022.

De uitspraken gewezen in 2020 zijn onder te verdelen in een aantal thema's. Discussies over bijzonder partnerpensioen komen veel voor. Dit geldt ook voor de uitleg van pensioenafspraken in huwelijkse voorwaarden en convenanten. Verjaring en rechtsverwerking blijven onderwerpen die terugkomen in pensioendiscussies. Ook waar het echtscheidingen betreft. Het afstorten van DGA pensioen leidt in 2020 ook weer tot uitspraken tot aan de Hoge Raad. Verder behandel ik nog een uitspraak met betrekking tot competentie. Ik sluit af met bigamie en de gevolgen van vernietiging van een huwelijk voor de toepassing van de Wvps.

### *Bijzonder partnerpensioen*

Begin 2020 oordeelt het Hof Amsterdam over de vraag of een eigen aanspraak bestaat op bijzonder partnerpensioen. (**Gerechtshof Amsterdam 21 januari 2020, PJ 2020/56**). Man en vrouw zijn in 1980 gehuwd en in 2004 gescheiden. Tijdens het huwelijk is een levensverzekering met pensioenclausule gesloten. Op de verzekering zijn de PSW en de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet van toepassing.

Binnen twee jaar na de echtscheiding wordt een mededeling van de scheiding gedaan aan de pensioenuitvoerder<sup>49</sup>. De pensioenuitvoerder geeft daarop een nieuwe polis af. Met deze nieuwe polis administreert de pensioenuitvoerder een aanspraak op bijzonder partnerpensioen. De man vordert omstreeks 2017 voor recht te verklaren dat de verzekering niet voorziet in (eigen) aanspraken op een bijzonder partnerpensioen.

De Rechtbank en het Hof volgen de man niet in zijn stellingen. De conclusie is dat de vrouw een eigen aanspraak heeft op bijzonder partnerpensioen. De polis voorziet in een partnerpensioen. Artikel 22 Regelen PSW bepaalt dat de echtgenote door de echtscheiding een premievrije aanspraak op partnerpensioen heeft verkregen. Het gaat om een vaststelling van de pensioensituatie aan de hand van een fictieve situatie. Volgens het hof volgt uit artikel 22 Regelen dat door de echtscheiding de echtgenote in dat geval een premievrije aanspraak op een partnerpensioen verkrijgt. Die aanspraak is gelijk aan het partnerpensioen dat tot de datum van de echtscheiding is opgebouwd

De conclusie is dat de uitvoerder de polissen op een juiste wijze heeft aangepast

Hoewel op het feitencomplex nog de PSW en de Regelen PSW van toepassingen waren, zou onder toepassing van het huidige artikel 57 Pensioenwet tot eenzelfde oordeel moeten zijn gekomen.

Procesrechtelijk is deze uitspraak wellicht interessanter. De pensioenuitvoerder heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat sprake is van een zogenoemde ondeelbare rechtsverhouding. Man en vrouw zijn beide rechthebbende. Het is noodzakelijk een beslissing te verkrijgen die geldt ten aanzien van alle rechthebbenden. Daarom zou de man de vrouw in het geding moeten oproepen op straffe van nietigheid, aldus de gedaagde pensioenuitvoerder. Het Hof volgt de pensioenuitvoerder niet in deze stelling, die wordt opgeworpen in het kader van een incidenteel hoger beroep. Dat een samenhang bestaat tussen aanspraken, leidt niet tot een ondeelbare rechtsverhouding. Het betreft van elkaar te onderscheiden, zelfstandige aanspraken. De rechter kan een beslissing over de aanspraken van de man ook geven in een procedure waarin de vrouw geen partij is. De procedure gaat

---

<sup>49</sup> Ingevolge art 2 Wvps verkrijgt de voormalig partner jegens het uitvoeringsorgaan een recht op uitbetaling van het verevende pensioen, mits binnen 2 jaar na de echtscheiding melding is gedaan aan het uitvoeringsorgaan door middel van het voorgeschreven formulier.

uitsluitend over de omvang van de rechten van de man in de verzekering en regardeert de vrouw niet. Het Hof sluit niet uit dat tussen eventuele uitspraken over aanspraken tegenstrijdigheden kunnen ontstaan. Hoewel dit onwenselijk is, is het rechtens niet noodzakelijk dat eventuele uitspraken tussen de vrouw en de pensioenuitvoerder in dezelfde zin luiden. Het Hof verwijst naar vaste jurisprudentie<sup>50</sup>.

Het Hof Den Bosch wijst op 14 april 2020 uitspraak in een zaak waar inmiddels sprake was van een vierde huwelijk ( **Hof Den Bosch 14 april 2020 ,PJ 2020/76**). De eerste drie huwelijken zijn door echtscheiding ontbonden. De vraag die voorligt is wat gebeurt met het bijzonder partnerpensioen bij overlijden van ex-echtgenote 2.

De man is van 2 juni 1978 tot en met 3 november 1989 gehuwd geweest met ex-echtgenote 2. Zij overlijdt in 2007.

Met ex-echtgenote 3 heeft de man een convenant gesloten. Het convenant bepaalt dat de ex-echtgenote 3 aanspraak heeft op bijzonder partnerpensioen en deze aanspraken behoudt voor zover deze zijn opgebouwd tot aan de datum van echtscheiding.

Na het overlijden van ex echtgenote 2 heeft de pensioenuitvoerder haar aanspraken op bijzonder partnerpensioen toegekend aan ex-echtgenote 3 en niet aan de huidige partner van de man, waardoor de huidige partner geen hogere aanspraken zou krijgen. De man heeft hier in 2007 bezwaar tegen gemaakt. Dit bezwaar is afgewezen en tegen de afwijzing is geen rechtsmiddel door het starten van een procedure ingesteld.

In 2015 is lid 6 aan artikel 57 Pensioenwet toegevoegd. Dit artikel maakt het voor pensioenuitvoerders mogelijk reglementair te bepalen dat bij overlijden van de aanspraakgerechtigde het recht op bijzonder partnerpensioen vervalt. De vervallen aanspraak wordt dan toegevoegd aan het partnerpensioen van de (gewezen) deelnemer of pensioengerechtigde. De pensioenuitvoerder heeft haar regeling in lijn met artikel 57 lid 6 Pensioenwet gebracht met ingang van 1 januari 2016. In de overgangsregeling is bepaald dat de regeling alleen van toepassing is op overlijden of afstandsverklaringen na 1 januari 2015.

---

<sup>50</sup> HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0519, HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1554, HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411).

De vorderingen van de man zijn gericht op toevoegen van het in 2007 vrijgevalLEN bijzonder partnerpensioen aan de huidige partner van de man. De wettelijke basis voor de handelwijze van de pensioenuitvoerder zou volgens de man ontbreken en bovendien zou de zogenoemde doorschuifregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Bij de beoordeling van de vorderingen moet worden uitgegaan van de toepasselijke wet- en regelgeving op het moment van overlijden van ex-echtgenote 2. De mogelijkheid om op basis van het huidige artikel 57 lid 6 Pensioenwet reglementair te bepalen dat het bijzonder partnerpensioen vanaf het moment van overlijden van de gewezen partner zou worden toegevoegd aan de aanspraken van de deelnemer, bestond toen nog niet. Er bestaat volgens het hof geen wettelijk grond die de pensioenuitvoerder de bevoegdheid verleent te beschikken over het bijzonder partnerpensioen van ex-echtgenote 2 of die de pensioenuitvoerder ertoe verplicht om het verzoek van de man met betrekking tot het bijzonder partnerpensioen van ex-echtgenote 2 in te willigen.

Het Hof gaat tevens in op de berekening van het bijzonder partnerpensioen. Het Hof maakt hier (terecht) een onderscheid tussen pensioenaanspraken en pensioenrechten, zoals volgt uit artikel 1 Pensioenwet. Het reglement bevat een bepaling over de wijze van berekening van het pensioenrecht. Het Hof oordeelt dat het pensioenrecht pas ontstaat op de datum waarop het ingaat. Pas op dat moment kan de omvang het recht worden berekend. De pensioenaanspraak van ex-echtgenote 2 zal niet resulteren in een recht. Het bijzonder partnerpensioen ten gunste van ex-echtgenote 2 en ex-echtgenote 3 worden in mindering gebracht op het partnerpensioen van de huidige partner. Het Hof volgt hetzelfde stamien ten aanzien van het bijzonder partnerpensioen van ex-echtgenote 3. Het recht van ex-echtgenote 3 wordt vastgesteld met inachtneming van eerdere bijzondere partnerpensioenen als gevolg van het overlijden van de man. De aanspraak op bijzonder partnerpensioen van ex-echtgenote 1 strekt nu in minder op de aanspraak van ex-echtgenote 3 en de aanspraak van ex-echtgenote 2 strekt daarop niet langer in mindering.

Naar oordeel van het Hof werpt het convenant geen ander licht op de zaak. Het Hof stelt voorop dat de pensioenuitvoerder niet gebonden is aan het convenant.



Het is volgens het hof bovendien onjuist dat aan ex-echtgenote 3 meer zou toekomen, dan het convenant bepaalt als gevolg van het overlijden van ex-echtgenote 2. Ex-echtgenote 3 behoudt immers de aanspraken voor zover die zijn opgebouwd tot aan de datum van de echtscheiding.

Het beroep op de redelijkheid en billijkheid slaagt niet. De aanspraak van ex-echtgenote 3 is dan wel groter geworden, maar niet ten koste van de huidige partner. De aan de pensioenverder verweten (maar niet vastgestelde) onzorgvuldigheid leidt niet tot een ander oordeel. De man heeft niet gesteld dat het voor hem bij het opstellen van het echtscheidingsconvent relevant was over de deze informatie te beschikken. Voor zover de man aan deze vorderingen een onrechtmatige daad ten grondslag zou willen leggen, onderbouwt hij dit volgens het hof onvoldoende. De subsidiaire vorderingen zijn (volgens het hof) onvoldoende uitgewerkt om te een toewijzing te komen.

Het doen van afstand van partnerpensioen bij scheiding is aan voorwaarden gebonden. **(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, PJ 2020/91)**

Ook deze procedure speelt onder het regime van de PSW. Ook hier is sprake van meerdere huwelijken, drie om precies te zijn. C en D zijn van 1990 tot 1994 gehuwd geweest. Zij hebben een convenant gesloten:

“Verrekening van de door de man opgebouwde pensioenrechten bij Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg geschiedt door middel van een verrekening, uitgaande van de kontante waarde, zoals vermeld in een schrijven van voornoemd Pensioenfonds d.d. 9 november jl., waarvan een kopie aan deze overeenkomst wordt gehecht. Op basis van deze verrekening zal de man aan de vrouw uitkeren een bedrag ad f. 356,-.”

C is vervolgens van 1996 tot 2003 gehuwd geweest met B. Dit huwelijk is omgezet in een geregistreerd partnerschap, dat in 2003 is beëindigd. In dat kader hebben partijen een overeenkomst gesloten waarbij zij afzien van pensioenverevening of verrekening. In 2004 huwen A en C. Dit huwelijk eindigt door het overlijden van C.

A dagvaardt B. A vordert dat voor recht wordt verklaard dat B en C hebben afgesproken over en weer afstand te doen van het door C opgebouwde bijzonder partnerpensioen. A vordert dat B een afstandsverklaring en pensioenconvenant te tekent.

Hoewel B niet in de procedure verschijnt wijzen zowel Rechtbank als Hof de vorderingen van A af. Art 139 rv bepaalt dat indien een partij niet verschijnt de vordering wordt toegewezen tenzij de vordering onrechtmatig of ongegrond voorkomt. De rechter is ook in verstekzaken verplicht om ambtshalve het recht van openbare orde en dwingend recht toe te passen,

Op de overeenkomst tussen B en C is de PSW van toepassing. De hoofdregel is dat door echtscheiding een premie vrije aanspraak op partnerpensioen ontstaat. De aanspraak is gelijk aan de aanspraak zo als die zou hebben bestaan bij einde deelneming. Art 8a lid 3 kent een uitzondering op de hoofdregel. Partijen kunnen de hoofdregel uitsluiten onder de voorwaarde dat aan de overeenkomst een verklaring is gehecht van het (pensioen-)fonds waaruit volgt dat het pensioenfonds bereid is een uit de afwijking voortvloeiende pensioenrisico te dekken.

De verklaring ontbreekt, zodat geen sprake is van een rechtsgeldige overeenkomst. Het Hof merkt ook nog op dat uit de overeenkomst die is gesloten met het oog op de echtscheiding tussen B en C niet zonder meer is af te leiden dat sprake is van een wil gericht op het doen van afstand van bijzonder partnerpensioen. In de overeenkomst staat immers dat partijen afzien van pensioenverevening of verrekening. Het doen van afstand is een rechtshandeling. Om van een recht afstand te doen, moet de rechthebbende kennis hebben van het recht of de bevoegdheid. Het verrekenen van ouderdompensioen is wezenlijk anders dan het doen van afstand van het recht op partnerpensioen. Een afspraak over verevening/verrekening van ouderdompensioen zegt niets over afstand van partnerpensioen.

Ook in deze procedure speelt een redelijk uitzonderlijk procesrechtelijk aspect. Het Hof staat stil bij het feit dat B niet in de procedures is verschenen. Hoofdregel is dat de vordering dan zouden moeten worden toegewezen. Dit is anders indien de vordering de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Hiermee komt tot uitdrukking dat de rechter de vordering afwijst indien feiten niet tot het beoogde rechtsgevolg kunnen leiden of er andere redenen zijn die toewijzing van de vordering

niet toelaten. De rechter is daarbij bevoegd de vordering zowel ten aanzien van het recht als de feiten te toetsen. Daarbij heeft de rechter een grote vrijheid. Ook in verstekzaken is de rechter verplicht het recht van openbare orde en dwingend recht toe te passen. Deze beoordelingsvrijheid kent ook grenzen. Verjaring en gezag van gewijsde mag de rechter niet ambtshalve vaststellen.

#### *Uitleg van pensioenafspraken bij echtscheiding*

In de hiervoor besproken uitspraak kwam het ook al even aan de orde. Hoe moeten afspraken worden uitgelegd? Afspraken worden niet uitsluitend gemaakt bij echtscheiding, maar ook bij huwelijkse voorwaarden bij het sluiten van het huwelijk. Verandering in wetgeving kan dan parten gaan spelen. Zo ook in de uitspraak van begin dit jaar (**Rechtbank Overijssel, 22 januari 2020, PJ 2020/73**), waar de man verevening van pensioen vordert.

Partijen zijn in 1988 bij huwelijksvoorwaarden koude uitsluiting overeengekomen. Aanspraken op pensioen en hetgeen daarvoor is opgeofferd worden niet verrekend, echter met uitzondering van periodieke uitkeringen die vervallen in gevolge een recht op ingegaan pensioen.

Uit deze bepaling volgt volgens de Rechtbank dat de gekozen bewoordingen maakt dat het onmiskenbaar de bedoeling is geweest over en weer pensioenverevening uit te sluiten<sup>51</sup>. De tekst met betrekking tot de pensioenverrekening past de rechter ook toe op de verevening, Indien verrekening is uitgesloten geldt dat ook voor de verevening. De voorlichtende taak van de notaris neemt de Rechtbank daarbij in aanmerking. Volgens de Rechtbank doet het feit dat de man heeft meegewerkt aan de feitelijke verevening van het pensioen van de vrouw, niet af aan de bedoeling van partijen ten tijde van het sluiten van het huwelijk.

Deze uitleg van huwelijkse voorwaarden betekent dat de uitgevoerde verevening dient te worden teruggedraaid.

---

<sup>51</sup> Uit het tussenvonnissen van 6 november 2019 zou dit reeds volgen. De Rechtbank zoekt aansluiting bij HR 19 november 2010 ECLI:NL:HR:2010:BN7893 en Hof Leeuwarden, 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX5424

In (**Rechtbank Den Haag 3 juli 2019 PJ 2020/72**) oordeelt de Rechtbank Den Haag over een vergelijkbare zaak. Er is sprake van koude uitsluiting, echter zonder iets expliciet te bepalen over pensioen. Volgens de Rechtbank Den Haag is dit niet aan te merken als een afwijking van de Wvps als bedoeld in artikel 11 Wvps. De Rechtbank Den Haag komt evenwel tot een afwijzing van de vordering op basis van strijd met de redelijkheid en billijkheid. De argumentatie die daarvoor wordt gevolgd is opmerkelijk. De Wvps is ingevoerd met het oog op de zogenoemde klassieke rolverdeling in het huwelijk. Die rolverdeling speelde in de onderhavige situatie echter niet. Zij verdienen ieder hun eigen inkomen en waren in staat hun eigen pensioen op te bouwen. De man had de vrouw onverplicht ook overigens verzorgd achter gelaten. De vrouw was 20 jaar jonger dan de man en van de dertig jaar huwelijk waren slechts de eerste twaalf jaar affectief. Daarna zijn zij met andere partners affectieve relaties aangegaan. De Rechtbank wijdt ook een overweging aan het feit dat de vrouw pas 15 jaar na het einde van het huwelijk aanspraak maakt op de verevening, terwijl het pensioen van de man al was ingegaan in 1993. Ondanks datsprake is van enkel stilzitten, lijkt de Rechtbank dit aan te merken als rechtsverwerking en neemt dit mee in het redelijkheid- en billijkheidsoordeel.

Hoewel bovenstaande oordelen van de Rechtbank Overijssel en de Rechtbank Den Haag tot dezelfde conclusie komen, is de argumentatie anders. De argumentatie van de Rechtbank Overijssel sluit naadloos aan bij staande rechtspraak. De Rechtbank Den Haag heeft meer argumenten nodig, omdat in de bepaling ten aanzien van de koude uitsluiting, kennelijk niets met betrekking tot pensioen is opgenomen. De uitzondering van art 11 Wvps is dan niet in beeld.

Of toepassing van de Wvps beoogd is uit te sluiten is niet altijd duidelijk. Sommige teksten in een notariële akte kunnen geregeld aanleiding geven tot discussie. Zo ook in de zaak die werd beoordeeld door het Hof Den Bosch (**16 juni 2020, PJ 2020/110**). In het echtscheidingsconvenant en de notariële akte van verdeling is de volgende afspraak opgenomen:

Partijen sluiten uitdrukkelijk uit de toepasselijkheid van de Wet Verevening Pensioenrechten bij echtscheiding, echter partijen komen overeen dat op het moment dat het pensioen ontvangen gaat worden hieromtrent nader overleg zal plaatsvinden. Tot die tijd zullen partijen geen stappen ondernemen betreffende de verkrijging van pensioenrechten.

De man stelt dat verevening is uitgesloten. De vrouw stelt dat niet uitdrukkelijk en zonder meer van de verevening is afgezien.

Op de man rust de stelplicht dat is afgeweken van de wettelijke hoofdregel. Een echtscheidingsconvenant en een akte van verdeling hebben dwingende bewijskracht. Onderhandse akte (convenant) en authentieke akte (akte van levering) leveren -behoudens tegenbewijs- dwingend bewijs op van het geen partijen hebben verklaard en dat dit als waarheid tussen hen geldt.<sup>52</sup> Door de toevoeging van het woord “echter”, is in deze zaak van ondubbelzinnigheid geen sprake. Met deze bewijsmiddelen kan niet tot de conclusie worden gekomen dat de Wvps is uitgesloten. Hierdoor komt alsnog uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf in beeld. De wils-vertrouwensleer staat dan centraal. Het gaat niet om wat letterlijk is vastgelegd, maar om wat partijen over een weer uit elkaars verklaringen mochten afleiden<sup>53</sup>. De (bijzondere) omstandigheden van het geval, aan de hand van de redelijkheid en billijkheid dienen in de uitleg te worden betrokken<sup>54</sup>.

Het Hof neemt het oordeel van de Rechtbank over en concludeert dat de vrouw aanspraak kan maken op pensioenverevening,

De Rechtbank Rotterdam heeft zich ook over een dergelijke zaak gebogen (**20 mei 2020, PJ 2020/111**). Aan de orde is de vraag of conversie dan wel verevening is overeengekomen. In het kader van de uitvoering van het scheidingsconvenant zijn pensioenaanspraken opgebouwd binnen de vennootschap van de vrouw, afgestort. Bij een verzekeraar is een kapitaal gestort.

De man vordert voor recht te verklaren dat conversie is overeengekomen en dat zijn eigen aanspraken op het pensioen van de vrouw gelijk zijn aan 50% van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen, inclusief overbruggingspensioen, alsmede de hoogte van het bijzonder partnerpensioen.

De Rechtbank benoemt het verschil tussen verevening en conversie en beschrijft de gevolgen van langer doorwerken door de pensioengerechtigde. In dat kader benadrukt de Rechtbank onder verwijzing naar eerdere rechtspraak dat het de pensioengerechtigde vrij staat te kiezen om later met pensioen te gaan<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> HR 22 december 2017 ECLI:NL:HR:2017:3263, rov. 3.4.2

<sup>53</sup> R 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315

<sup>54</sup> HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427

<sup>55</sup> gerechtshof Den Haag 25 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BM1538.

Nu het op de uitleg van de afspraak aankomt overweegt de Rechtbank als volgt:

“De betekenis van een omstreden beding in een schriftelijke overeenkomst moet door de rechter worden vastgesteld aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Uit een en ander volgt dat redelijkheid en billijkheid hierbij een rol spelen.”

De tekst van het convenant is doordrenkt van de term verevening. Er staat geen conversie. Dit terwijl verevening en niet conversie de wettelijke standaard is.

Volgens de man zou conversie blijken uit het feit datdoor hem een bedrag is afgestort bij een verzekeraar. De Rechtbank volgt de man hierin niet. Bij verevening verkrijgt de vereveningsgerechtigde immers jegens de uitvoerder een eigen recht op uitbetaling. Indien niet tijdig wordt gemeld, bestaat geen eigen recht op uitbetaling jegens de uitvoerder, maar wel jegens de ex-echtgenoot. Volgens de Rechtbank kan bij verevening net zo goed als bij conversie sprake zijn van een eigen aanspraak op het fonds. Daarom kan volgens de Rechtbank uit de afstorting niet worden afgeleid dat sprake is van conversie.

Verder hecht de Rechtbank waarde aan het feit dat het convenant is opgesteld door een advocaat. Een gespecialiseerd en ervaren advocaat kent het onderscheid tussen conversie en verevening. Indien conversie was beoogd, zou het woord conversie moeten zijn terug te vinden in de tekst van het convenant.

Ook een verslag dat vooraf gaat aan het convenant duidt op verevening. Een brief van de pensioenuitvoerder helpt de man evenmin. De pensioenuitvoerder is niet bij de overeenkomst betrokken geweest en haar mening is irrelevant.

Vast staat dat voorafgaand aan het sluiten van het convenant de man kennis heeft genomen van een notitie waarin hem het verschil tussen conversie en verevening is uitgelegd. De vrouw heeft mogen begrijpen dat de man bewust niet heeft gekozen voor conversie maar voor verevening.

De man stelt voorts dat ook zonder conversie aanspraak zou bestaan op een gegarandeerde uitkering. Dit zou volgen uit de jaarrekening 1996 van de vennootschap waar het pensioen was ondergebracht. Deze gegarandeerde uitkering volgt echter niet uit het convenant. Uiteindelijk is sprake van een kapitaalverzekering en niet van een verzekerde uitkering. De man levert geen bewijs dat een gegarandeerde uitkering is besproken tijdens de bemiddeling bij de echtscheiding. Het enige bewijs zijn de jaarstukken 1996. Echter niet staat vast dat deze jaarstukken onderdeel hebben uitgemaakt van de besprekingen over het pensioen. Daarbij overweegt de Rechtbank bovendien dat de oorspronkelijk pensioenregeling uitging van een streefregeling.

Ook in deze uitspraak doet zich een procesrechtelijke bijzonderheid voor. De conclusie van repliek bestaat uit 80 pagina's tekst. Uitsluitend de eerste 13 pagina's neemt de Rechtbank in de beoordeling mee. De overige pagina's laat de Rechtbank buiten beschouwing. Volgens de rechtbank is niet de advocaat van eiser, maar de eiser zelf is aan het woord. De advocaat van de man dient zelf de juridische vertaalslag te maken van het standpunt van de man, aldus de rechtbank. Bij de Rechtbank geldt een verplichte procesvertegenwoordiging en volgens de Rechtbank zou dit een wassen neus zijn als de advocaat slechts als doorgeeffluik zou optreden.

Ten aanzien van de vordering van de man die ziet op de conversie overweegt de Rechtbank bovendien dat niet aan de bewijsopdracht kan worden toegekomen, omdat de drempel van de stelplicht niet wordt gehaald. De Rechtbank acht de vordering zodanig zwak dat het instellen daarvan in de buurt komt van misbruik van procesrecht.

#### *Verjaring en rechtsverwerking*

In de hiervoor besproken uitspraak speelde verjaring en rechtsverwerking ook een rol. Het beroep van de vrouw op verjaring wordt gepasseerd. De Rechtbank maakt een onderscheid tussen enerzijds niet-nakoming (artikel 3:307 BW) en anderzijds een tekortkoming in de nakoming (artikel 3:311 BW). Op de rechtsvordering tot herstel van een tekortkoming in de nakoming is niet artikel 3:307 BW van toepassing, maar art 3:311 BW. Beide bepalingen kennen andere verjaringsmomenten. Een vordering tot herstel van de tekortkoming in de nakoming verjaart op grond van artikel 3:311 BW 5 jaar na de dag waarop de schuldeiser bekend is geworden met de tekortkoming en in ieder geval 20 jaar na het ontstaan van de tekortkoming.

Een vordering tot nakoming verjaart ingevolge art 3:307 BW binnen vijf jaar na de opeisbaarheid. Naar oordeel van de Rechtbank hebben partijen te weinig gesteld om de datum van aanvang van de verjaring vast te kunnen stellen. Kennelijk is die datum wel uit de producties af te leiden. Het toewijzen van het verjaringsverweer zou dan echter neer komen op een verrassingsbeslissing voor de man.

Het beroep op rechtsverwerking slaagt wel. Door in te stemmen met de afstorting van de in eigen beheer opgebouwde aanspraken onder de verzekeraar heeft de man bovendien zijn recht verwerkt, voor zover al iets anders zou zijn overeengekomen.

In 2020 is een uitspraak uit 2011 gepubliceerd. Het betreft een uitspraak van het Hof Amsterdam (**Hof Amsterdam 29 maart 2011 PJ 2020/88**)

Naar aanleiding van de echtscheiding in 1986 zijn geen afspraken gemaakt over pensioenverdeling. Wel heeft de advocaat van de vrouw tot 1993 met de man gecorrespondeerd over de verdeling van het pensioen.

In de procedure vordert de vrouw verdeling door betaling van het aan haar toekomende deel van het pensioen vanaf de pensioendatum van de man. De echtscheiding is uitgesproken vóór de invoering van de Wvps. Het pensioen maakt aldus onderdeel uit van de gemeenschap waarin partijen gehuwd zijn geweest<sup>56</sup>. De man voert een aantal verweren. De meeste verstrekende verweren zijn een beroep op rechtsverwerking en verjaring. De Rechtbank passeert deze verweren en wijst de vordering van de vrouw toe

Het Hof overweegt dat de vordering tot verdeling niet is verjaard. Het Hof verwijst naar art 3:178 BW. Het Hof benoemt dat het niet ongebruikelijk is dat verdeling pas plaatsvindt als de pensioentermijnen opeisbaar zijn geworden. Van rechtsverwerking kan geen sprake zijn. Daarvoor is nodig dat de vrouw zich op een wijze zou hebben gedragen, die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het tengelde maken van de aanspraken op verdeling van het tijdens het huwelijk opgebouwd pensioen. Ook hier overweegt het hof dat enkel tijdsverloop niet voldoende is en dat sprake moet zijn van bijzondere

---

<sup>56</sup> De toepasselijke regimes veronderstel ik bekend. Voor een beschrijving van deze regimes verwijs ik naar de kroniek 2019



omstandigheden, waardoor bij de man het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de vrouw haar aanspraken niet meer geldend zou maken.

Het Hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

#### *DGA-Pensioen en afstorting*

In 2020 heeft de Hoge Raad (**14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:276**) zich opnieuw over pensioenverevening van in eigen beheer opgebouwd pensioen uitgesproken. In deze uitspraak staat centraal het tijdstip van beoordeling of voldoende kapitaal aanwezig is om de commerciële waarde af te storten. Is onvoldoende kapitaal beschikbaar, dan moeten beide aanspraken naar evenredigheid worden gekort.

De Hoge Raad verduidelijkt hiermee zijn uitspraak uit 2017<sup>57</sup>. In laatste genoemde uitspraak leek de lijn nog dat de beoordeling of er voldoende kapitaal beschikbaar was, diende te worden gemaakt naar het moment van echtscheiding. Niet ter discussie staat dat voor de bepaling van de omvang van de pensioenaanspraak het moment van echtscheiding leidend is. Of voldoende kapitaal aanwezig is, dient volgens de Hoge Raad echter beoordeeld te worden naar het moment van afstorting van de aanspraken. Het is logisch aan te nemen dat bij het bepalen van de hoogte van de aanspraak op het moment van echtscheiding, wordt uitgegaan van de commerciële waarde op dat moment. Op het moment van de afstorting is dan een nieuwe berekening nodig om het af te storten bedrag te bepalen<sup>58</sup>.

Ook na de echtscheiding blijft de vennootschap als uitvoerder verantwoordelijk om het toegezegde pensioen te kunnen voldoen. Zoals de AG het verwoord:

“Ook op het moment van de afstorting heeft de vennootschap derhalve nog de plicht om een kapitaal af te storten bij een externe pensioenverzekeraar dat *daadwerkelijk* nodig is voor haar deel van de pensioenaanspraken, en waarmee haar deel van de bedoelde pensioenuitkeringen dus, met andere woorden, *daadwerkelijk* kan worden verzekerd.”

De Rechtbank Limburg (**11 maart 2020, PJ 2020/59**) verwijst in de uitspraak van 11 maart naar voornoemde uitspraak van de Hoge Raad van 14 februari. Een bijzonder aspect van de zaak waar de Rechtbank Limburg over oordeelt, is dat niet afstorting van de commerciële waarde wordt gevorderd, maar de (fiscale) waarde

---

<sup>57</sup> HR 14 april 2017, *NJ 2017/237*

<sup>58</sup> Zie noot S.F.M. Wortman bij *NJ 2020/149*

zoals die uit de jaarstukken volgt. Doordat de vrouw dit bedrag te vordert, neemt de Rechtbank niet aan dat de vennootschap over onvoldoende middelen beschikt om af te storten. De Rechtbank maakt overigens duidelijk dat het geen betalingsverplichting van de man betreft, maar een betalingsverplichting van de vennootschap.

Echtelieden hadden overigens ook nog als werknemers pensioen opgebouwd. Omdat deze pensioen als kleine pensioen kwalificeren, is verevening niet aan de orde ingevolge artikel 3 lid 3 Wvps in verbinding met artikel 66 lid 1 Pensioenwet.

Afstorting van DGA pensioen staat ook in de uitspraak van 16 oktober 2020 van de Hoge Raad centraal (**Hoge Raad 16 oktober 2020, PJ 2020/167**) Partijen zijn van 1971 tot 2008 gehuwd geweest. De man heeft pensioen in eigen beheer opgebouwd. Het aandeel van de vrouw in het in eigen beheer opgebouwde pensioen dient te worden afgestort. In de vennootschap is onvoldoende actief beschikbaar. Het Hof bepaalt de stortingsverplichting op de helft van de activa per de peildatum van 30 mei 2007. In de procedure bij het Hof heeft de man aangevoerd dat dit actief gedurende de procedure aan verandering onderhevig is. De vennootschap keert immers jaarlijks € 109.000,-- bruto aan pensioen uit. In cassatie klaagt de man terecht dat het hof geen rekening heeft gehouden met pensioenbetalingen na de peildatum. Het hof heeft de aangevoerde stelling van de man niet in zijn beoordeling betrokken. Het hof heeft zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, door enerzijds te oordelen dat het pensioen te kort dient te worden gedeeld tussen partijen en anderzijds de man te veroordelen tot afstorting van de helft van de activa per de peildatum. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Hof voor verdere behandeling.

#### *Welke rechter is competent*

In de uitspraak (**Rechtbank Rotterdam, 20 november 2020, PJ 2020/190**) is aan de orde de verdeling van pensioen. De zaak wordt voorgelegd aan de kantonrechter, omdat de waarde van de vordering niet meer belooft dan € 25.000,-

Gedaagde werpt een bevoegdheidsincident op. De kantonrechter volgt de gedaagde hierin, verklaart zich niet bevoegd en verwijst de zaak naar de handelskamer. Ten aanzien van verdelingszaken was tot 1 januari 2002 de rechtbank absoluut bevoegd op basis van het toenmalige art 126 lid 12 Rv.

De wetgever heeft niet beoogd deze bevoegdheid te wijzigen bij de wetswijziging in 2002. Art 93 Rv geeft een aantal uitzonderingen op de hoofdregel van art 42 RO. Artikel 93 Rv biedt geen uitzondering voor verdelingszaken. De uitzondering ziet namelijk op geldvorderingen en vorderingen tot verdeling kwalificeren niet als geldvorderingen, zo volgt uit het oordeel van de kantonrechter.

*De gevolgen van vernietiging van een huwelijk voor de toepassing van de Wet pensioenverevening bij echtscheiding*

In een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (**10 juni 2020, PJ 2020/116**) was vernietiging van een huwelijk wegens bigamie van de vrouw aan de orde, omdat de vrouw bij het aangaan van het huwelijk al gehuwd was.

Echtelieden zijn gehuwd in 1992. Dit huwelijk is ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in 2002. Later, in 2019 verzoekt de man t de Rechtbank alsnog het huwelijk nietig te verklaren. Uit door de man overgelegde stukken blijkt dat de vrouw op 1 april 1987 in het Verenigd Koninkrijk is gehuwd met een ander. De vrouw erkent dit huwelijk, terwijl niet is gebleken dat dit huwelijk niet langer geldig is. Daarnaast verzoekt de man -onder meer- voor recht te verklaren dat geen recht bestaat op pensioenverevening en de vrouw te veroordelen het uit hoofde van de pensioenverevening ontvangen bedragen terug te betalen. De rechtbank gaat hierin mee en vernietigt het huwelijk. De vernietiging werkt terug tot het tijdstip van de huwelijksvoltrekking, zodra de gewezen beschikking in kracht van gewijsde is gegaan. Met terugwerkende kracht is pensioenverevening als bedoeld in de wet pensioenverevening bij echtscheiding niet van toepassing. Aldus is sprake van onverschuldigde betaling in de zin van art 6:203 lid 2 BW. Dit leidt tot een terugbetalingsverplichting van € 429.621,55 ter zake ontvangen pensioen.

De man heeft ook een verklaring voor recht gevraagd ten aanzien van het recht op opgebouwd bijzonder partnerpensioen. Dit verzoek wijst de Rechtbank af. De voorwaarden waaronder dit pensioen door de pensioenuitvoerder wordt verstrekt kan de Rechtbank niet vaststellen door onbekendheid met de voorwaarden. De Rechtbank kan dan ook niet vaststellen of ook zonder huwelijk de vrouw daarop aanspraak zou kunnen maken omdat partijen hebben samengewoond.



## 7. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen

*mr. Annemiek Cramer CPL, advocaat pensioenrecht bij Pensioenadvocaten.nl*

### *Inleiding*

Deze bijdrage gaat over het einde van een arbeidsovereenkomst in relatie met pensioen. Naar aanleiding van een selectie van in 2020 gepubliceerde jurisprudentie, komen in deze bijdrage achtereenvolgens de volgende thema's aan de orde:

- Slapende dienstverbanden;
- Premievrije pensioenopbouw in plaats van transitievergoeding;
- Billijke vergoeding;
- Beëindigingsvergoeding op basis van een collectieve regeling;
- Overeengekomen pensioenleeftijd;
- Indexering van pensioenaanspraken en -rechten.

Deze thema's zijn voor een groot deel arbeidsrechtelijk. In het kader van deze kroniek zijn ze interessant omdat ze raakvlakken hebben met pensioen.

Het onderwerp gelijke behandeling wordt in deze kroniek apart behandeld in het hoofdstuk over de pensioenovereenkomst.

### *Slapende dienstverbanden*

Een werkgever die een arbeidsovereenkomst op zijn initiatief beëindigt of niet voortzet, bijvoorbeeld bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, moet de betreffende werknemer een transitievergoeding betalen (artikel 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW). Ook een werkgever die een arbeidsovereenkomst opzegt wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (op grond van artikel 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW juncto artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder a, BW), moet de betreffende werknemer een transitievergoeding betalen (EK 2013/14, 33 818, C, p. 96).

De transitievergoeding is ook verschuldigd indien het ontslag vlak voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd plaatsvindt (Hoge Raad 5 oktober 2018, **ECLI:NL:HR:2018:1845**). Ook dan blijft in beginsel een volledige

transitievergoeding verschuldigd. Er is echter géén transitievergoeding verschuldigd, indien het ontslag geschiedt in verband met of na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd (artikel 7:673 lid 7 BW). Dit wettelijk onderscheid vormt geen verboden onderscheid naar leeftijd (Hoge Raad 20 april 2018, **ECLI:NL:HR:2018:651**).

Ten aanzien van een zogenaamd slapend dienstverband, dat wil zeggen een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon meer betaalt, heeft de Hoge Raad in het Xella-arrest als volgt geoordeeld (Hoge Raad 8 november 2019, **ECLI:NL:HR:2019:1734**). Als uitgangspunt geldt, dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. En daarbij geldt ook als uitgangspunt, dat de werkgever een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding dient te betalen, zij het dat die vergoeding niet méér hoeft te bedragen, dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn, indien de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd op de dag na die waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst vanwege arbeidsongeschiktheid van de werknemer zou kunnen beëindigen. Een uitzondering geldt indien de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Maar zo'n gerechtvaardigd belang kan *niet* zijn gelegen in de omstandigheid, dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2020, **ECLI:NL:GHARL:2020:8645**, borduurt voort op het Xella-arrest. Daarbij is van belang dat met ingang van 1 april 2020 artikel 7:673e BW aan het Burgerlijk Wetboek is toegevoegd. Het houdt een compensatieregeling in voor werkgevers die na beëindiging van een dienstverband vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid, een transitievergoeding hebben betaald. Het hof leidt uit het Xella-arrest af, dat de Hoge Raad vindt dat indien een werkgever niet in aanmerking komt voor compensatie op basis van artikel 7:673e BW, de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de overeenkomst en daarom niet gehouden is in te stemmen met een beëindigingsvoorstel van de werknemer. Het hof oordeelt, eveneens aanhakend bij het Xella-arrest, dat de betreffende werkgever niet in aanmerking komt voor compensatie, omdat de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd zou zijn, indien de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd op de dag na die waarop de

werkgever de arbeidsovereenkomst vanwege arbeidsongeschiktheid zou kunnen beëindigen. Die dag lag naar het oordeel van het hof vóór 1 juli 2015 en bij beëindiging op die dag zou naar het oordeel van het hof géén transitievergoeding verschuldigd zijn geweest; pas vanaf 1 juli 2015 geldt dat een werkgever ook bij de beëindiging van een slapend dienstverband in de regel een transitievergoeding verschuldigd is. Omdat de werkgever niet in aanmerking komt voor compensatie nu een eventuele transitievergoeding onverplicht zou zijn betaald, is de weigering van de werkgever om in te stemmen met het beëindigingsvoorstel van de werknemer niet in strijd met het goed werkgeverschap. In dezelfde lijn liggen Voorzieningenrechter Utrecht 19 februari 2020, **ECLI:NL:RBMNE:2020:563**, Kantonrechter Amsterdam 19 februari 2020, **ECLI:NL:RBAMS:2020:997** en Kantonrechter Amsterdam 28 augustus 2020, **ECLI:NL:RBAMS:2020:5427**.

Indien een werkgever ten onrechte heeft geweigerd om in te stemmen met een voorstel om een slapend dienstverband vóór de pensioengerechtigde leeftijd te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding, komt het voor rekening en risico van die werkgever dat hij mogelijk niet meer in aanmerking komt voor compensatie. Hij komt mogelijk niet meer in aanmerking voor compensatie doordat het slapend dienstverband inmiddels is geëindigd vanwege het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd en een transitievergoeding in die situatie op grond van artikel 7:673 lid 7 BW niet meer verschuldigd is (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:31**, Gerechtshof Den Haag 4 februari 2020, **ECLI:NL:GHDHA:2020:146** en Kantonrechter Amsterdam 28 februari 2020, **ECLI:NL:RBAMS:2020:1757**). Kantonrechter Amsterdam overweegt in laatstgenoemde uitspraak, dat vanaf 20 juli 2018, dat is de datum waarop de invoering van de compensatieregeling van artikel 7:673e BW in het Staatsblad is aangekondigd, een werkgever er in ieder geval bekend mee mocht worden verondersteld dat betaalde transitievergoedingen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid in beginsel met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 zouden worden vergoed. Vanaf 20 juli 2018 was de werkgever in beginsel gehouden in te stemmen met een beëindigingsvoorstel voor een slapend dienstverband.

Het Xella-arrest houdt in dat als uitgangspunt geldt, dat een werkgever moet meewerken aan een beëindigingsvoorstel van de werknemer, maar dan zal de werknemer wel eerst een voorstel moeten doen. Zie in die zin ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2020, **ECLI:NL:GHARL:2020:9239**. De Hoge

Raad heeft niet geoordeeld dat de werkgever het initiatief tot beëindiging zou moeten nemen; die kwestie was ook niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Een werknemer zal het beëindigingsvoorstel tijdig moeten doen. Een werknemer die op de middag voorafgaand aan de dag waarop het dienstverband zou eindigen vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, per e-mail nog een beëindigingsvoorstel aan zijn werkgever deed (met, zoals de kantonrechter terecht constateert, heel onhandig een reactietermijn van enkele dagen), kwam daar bij Kantonrechter Arnhem mee weg (Kantonrechter Arnhem 4 november 2020, **ECLI:NL:RBGEL:2020:5890**). Hij kwam daar mee weg, omdat de kantonrechter oordeelde dat de werkgever in de gegeven omstandigheden in strijd met het goed werkgeverschap had gehandeld door de werknemer onjuist, althans onvolledig, te informeren naar aanleiding van een eerder verzoek van de werknemer om een eindafrekening en de werknemer daarmee op het verkeerde been had gezet.

#### *Premievrije pensioenopbouw in plaats van transitievergoeding*

Hiervoor kwam al aan de orde, dat een werkgever die een arbeidsovereenkomst op zijn initiatief beëindigt of niet voortzet, de ontslagen werknemer een transitievergoeding moet betalen (artikel 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW). Maar dat gold tot 1 januari 2020 niet indien in een toepasselijke cao, een aan de transitievergoeding gelijkwaardige regeling was opgenomen (artikel 7:673b (oud) BW). Die regeling trad dan in de plaats van de transitievergoeding. Het is de vraag of een regeling die (ook) na ontslag aanspraak geeft op premievrije voortzetting van pensioenopbouw vanwege arbeidsongeschiktheid, aangemerkt kan worden als zo'n gelijkwaardige regeling. En of die regeling dus voor de ontslagen arbeidsongeschikte werknemer in de plaats zou kunnen komen van de transitievergoeding.

In zijn arrest van 29 maart 2019 (Hoge Raad 29 maart 2019, **ECLI:NL:HR:2019:449**) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het, in zijn algemeenheid, afhangt van de omstandigheden van het geval of een bepaalde regeling gelijkwaardig is. In overwegingen ten overvloede gaf de Hoge Raad gezichtspunten waar betekenis aan kan toekomen. Uit de formulering van een van die gezichtspunten, namelijk de woorden een voorziening waarop "wegens de beëindiging" recht bestaat (rov. 4.3.6), leidde Gerechtshof Arnhem Leeuwarden af, dat een regeling alleen gelijkwaardig kan zijn indien de voorziening is getroffen voor het geval de



arbeidsovereenkomst wordt beëindigd (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2019, **ECLI:NL:GHARL:2019:5951**). Dat was naar het oordeel van het hof niet het geval, omdat het ging om een voorziening die was getroffen voor arbeidsongeschiktheid ontstaan tijdens het dienstverband, welke doorliep nadat het dienstverband was geëindigd. De voorziening was naar het oordeel van het hof daarom niet gelijkwaardig. Tegen dit oordeel is cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. Uit Hoge Raad 20 maart 2020, **ECLI:NL:HR:2020:480**, dat de Hoge Raad naar aanleiding van een arrest van Gerechtshof Amsterdam uit 2018 wees en waarin een vergelijkbare kwestie aan de orde was, blijkt dat het cassatieberoep naar het oordeel van de Hoge Raad in dat geval ongegrond was en dat het geen juridisch belangrijke nieuwe vragen oproep. In zijn conclusie bij het cassatieberoep tegen de hiervoor genoemde uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (**ECLI:NL:PHR:2020:859**), leidde de P-G daar voorzichtig uit af (punt 3.45), dat het voor een gelijkwaardige voorziening niet nodig is, dat de voorziening is getroffen voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Inmiddels heeft de Hoge Raad in die zin geoordeeld (Hoge Raad 5 februari 2021, **ECLI:NL:HR:2021:188**); dit arrest uit 2021 valt verder buiten het bestek van deze bijdrage over 2020.

Met ingang van 1 januari 2020 is de werking van artikel 7:673b BW beperkt tot ontslag wegens bedrijfsbeëindiging of bedrijfseconomische redenen, en is de gelijkwaardigheidseis geschrapt. De gelijkwaardigheidseis is vervangen door de eis dat op grond van een cao “recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan”. De voorziening behoeft niet gelijkwaardig te zijn (TK 2016-2017, 34 699, nr. 3, p. 12).

#### *Billijke vergoeding*

Een werknemer kan bij de beëindiging van zijn dienstverband naast een transitievergoeding recht hebben op een zogenaamde billijke vergoeding, indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Bij het bepalen van de hoogte van die billijke vergoeding kan pensioenschade een rol spelen. Het gaat dan om de pensioenschade over de periode tot de pensioendatum, indien de werknemer naar verwachting tot de pensioendatum in dienst zou zijn gebleven indien de arbeidsovereenkomst niet zou zijn geëindigd. Of het gaat om de pensioenschade over de verwachte duur van het dienstverband indien het dienstverband niet zou

zijn beëindigd. Of het gaat om de pensioenschade over de termijn waarop de werknemer naar verwachting een vergelijkbare baan zou kunnen vinden.

De Hoge Raad oordeelde in een arrest van 29 mei 2020, **ECLI:NL:HR:2020:955**, over een uitspraak van Gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2018 waarin het hof op een billijke vergoeding van € 15.000 uitkwam. De Hoge Raad zette, onder verwijzing naar Hoge Raad 8 juni 2018, **ECLI:HR:2018:857**, op een rij hoe de hoogte van een op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW toe te kennen billijke vergoeding moet worden bepaald. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad, dat het zonder nadere motivering onbegrijpelijk was dat het hof op een billijke vergoeding van € 15.000 was uitgekomen, bij een loonschade van iets minder dan € 35.000 en een pensioenschade van € 18.000.

Ook bij de gerechtshoven waren er in 2020 weer verschillende zaken waarin pensioenschade als onderdeel van de billijke vergoeding speelde. Gerechtshof Den Haag 24 januari 2020 (rov. 3.34), **ECLI:NL:GHDHA:2020:125**, oordeelde dat de pensioenschade gelijk is aan het bruto werkgeversdeel van de pensioenpremie over de relevante periode. Uit Gerechtshof Den Haag 18 februari 2020 (rov. 5.12), **ECLI:NL:GHDHA:2020:362**, en Gerechtshof Den Haag 28 april 2020 (rov. 19), **ECLI:NL:GHDHA:2020:875**, blijkt niet hoe de pensioenschade is bepaald. In Gerechtshof Amsterdam 19 mei 2020 (rov. 2.7), **ECLI:NL:GHAMS:2020:1280**, had de werkneemster haar pensioenschade gebaseerd op het als gevolg van het ontslag jaarlijks gemiste bedrag aan pensioen vermenigvuldigd met haar op gemiddelden gebaseerde levensverwachting, wat naar het oordeel van het hof een eenvoudige maar niet onbegrijpelijke berekeningswijze is, die door de werkgever niet voldoende onderbouwd werd betwist. In Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 september 2020 (rov. 3.7.10, 3.7.12 en 3.7.15), **ECLI:NL:GHSHE:2020:2875**, was de pensioenschade die de werknemer als gevolg van het ontslag leed, het vertrekpunt bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Hoe de pensioenschade is berekend, blijkt niet uit de uitspraak. Kantonrechter Dordrecht 9 november 2020, **ECLI:NL:RBROT:2020:10180**, oordeelde dat de pensioenschade van de werkneemster gelijk was aan de pensioenpremie die zij verschuldigd zou zijn geweest indien zij gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om de pensioenopbouw vrijwillig voort te zetten, wat zij niet had gedaan omdat zij de premie te hoog vond, maar wat zij uit het oogpunt van de schadebeperkingsplicht wel had moeten doen.

Kantonrechter Haarlem 26 oktober 2020, **ECLI:NL:RBNHO:2020:8982**, kende een billijke vergoeding toe aan een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd al was gepasseerd; het passeren van de pensioengerechtigde leeftijd doet er immers niet aan af dat sprake kan zijn van inkomensverlies. Ook Kantonrechter Amersfoort deed dat (Kantonrechter Amersfoort 12 februari 2020, **ECLI:NL:RBMNE:2020:478**), en hield bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening met de omstandigheid dat de werknemer zijn pensioen eerder dan gepland had moeten laten ingaan doordat de werkgever de arbeidsovereenkomst ten onrechte had beëindigd.

#### *Beëindigingsvergoeding op basis van een collectieve regeling*

Bij beëindigingsvergoedingen die zijn gebaseerd op een collectieve regeling, rijst regelmatig de vraag of sprake is van verboden onderscheid naar leeftijd, veelal omdat de hoogte van de beëindigingsvergoeding wordt afgetoet op een pensioengerelateerde leeftijd. Zo speelde in Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:247**, de vraag of de aftoppingsregeling in het sociaal plan van Philip Morris, die inhield dat de hoogte van de beëindigingsvergoeding op de AOW-gerechtigde leeftijd werd afgetoet, verboden onderscheid naar leeftijd inhield. Hof 's-Hertogenbosch toetste terughoudend en oordeelde van niet. Gerechtshof Amsterdam 24 november 2020, **ECLI:NL:GHARL:2020:9672**, boog zich over een op een sociaal plan van Rabobank gebaseerde aftoppingsregeling, waarin werd afgetoet bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Ook Gerechtshof Amsterdam toetste terughoudend en oordeelde dat geen sprake was van verboden onderscheid. Rechtbank Amsterdam 21 januari 2020, **ECLI:NL:RBAMS:2020:142**, beoordeelde de aftoppingsregeling uit het sociaal plan dat Delta Lloyd met de vakbonden overeenkwam. Daarin werd bij het bepalen van de hoogte van de beëindigingsvergoeding rekening gehouden met de AOW-leeftijd en met pensioenaanspraken ingaand voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. De Rechtbank toetste terughoudend en oordeelde dat geen sprake was van verboden onderscheid naar leeftijd. Naar het oordeel van de Hoge Raad had Hof Amsterdam, blijkens een arrest van 24 januari 2020, **ECLI:NL:HR:2020:114**, een onjuiste toetsingsmaatstaf aangelegd bij zijn oordeel dat sprake was van verboden onderscheid naar leeftijd bij de aftoppingsregeling uit het sociaal plan dat ABN AMRO met de vakbonden was overeengekomen. De aftoppingsregeling hield in, dat de ontslaguitkering werd afgetoet bij het bereiken

van de leeftijd waarop een volledig pensioen was opgebouwd. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof bij de boordeling onder meer ten onrechte geen acht geslagen op de, los van het sociaal plan, door ABN AMRO getroffen en bekostigde pensioenmaatregelen. En had het hof naar het oordeel van de Hoge Raad, onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU), de tussen sociale partners overeengekomen aftoppingsregeling ten onrechte niet terughoudend getoetst. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam en verwees naar Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling.

Ik wijs nog op Centrale Raad van Beroep van 29 oktober 2020, **ECLI:NL:CRVB:2020:2659**, waarin de Raad, onder verwijzing naar zijn gelijklopende oordeel over wachtgeld, oordeelt dat een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering (BWU) die stopt bij de 65-jarige leeftijd, verboden onderscheid naar leeftijd inhoudt. Anders: Gerechtshof Amsterdam 19 juni 2020, **ECLI:NL:GHAMS:2020:1507**.

Zoals in de inleiding van deze bijdrage al aangegeven, wordt het onderwerp gelijke behandeling in deze kroniek apart behandeld in het hoofdstuk over de pensioenovereenkomst.

Als een werknemer er met instemming van de werkgever voor heeft gekozen om over enkele maanden met vroegpensioen te gaan, is de werkgever dan verplicht om die werknemer toe te laten tot een vrijwillige vertrekregeling die de werkgever een maand na de keuze van de werknemer bekend maakt? Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 februari 2020, **ECLI:NL:GHARL:2020:903**, oordeelde in de gegeven omstandigheden van niet. Het beroep van de werknemer op dwaling, misbruik van omstandigheden, het goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid faalde. De werknemer liep enkele tonnen mis.

#### *Overeengekomen pensioenleeftijd*

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:247**, boog zich over de vraag wat dient te worden verstaan onder 'AOW-gerechtigde' leeftijd en/of 'de voor hem geldende AOW-leeftijd' in het sociaal plan van Philip Morris. Het antwoord was van belang voor de hoogte van de beëindigingsvergoeding, die

op de betreffende leeftijd werd afgetopt. Het hof oordeelde op basis van de toepasselijke cao-uitlegnorm, dat daaronder niet de werkelijke AOW-gerechtigde leeftijd van de individuele werknemer diende te worden verstaan, maar de AOW-gerechtigde leeftijd van de individuele werknemer zoals die gold op het moment waarop de arbeidsovereenkomst conform het sociaal plan eindigde (1 april 2015). Het hof overwoog in dat kader onder meer, dat een andere uitleg tot het onaannemelijke rechtsgevolg zou leiden dat de toegekende beëindigingsvergoeding met elke wetswijziging over de AOW-gerechtigde leeftijd opnieuw zou moeten worden herrekend. In de praktijk komen vergelijkbare vragen regelmatig voor, zie bijvoorbeeld Kantonrechter Arnhem 5 februari 2020, **ECLI:NL:RBGEL:2020:665**, over de betekenis van “pensioengerechtigde leeftijd” in een arbeidsovereenkomst. En Kantonrechter Amsterdam 3 december 2019, **ECLI:RBAMS:2019:10063**, over de betekenis van de bepaling dat “de arbeidsovereenkomst eindigt zodra u de leeftijd van 65 jaar hebt bereikt” in een arbeidsovereenkomst uit 1991. Zie ook Gerechtshof Den Haag 17 maart 2020, **ECLI:NL:GHDHA:2020:565**. En voorts Centrale Raad van Beroep 2 april 2020, **ECLI:NL:CRVB:2020:869**.

#### *Indexering van pensioenaanspraken en -rechten*

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt er in de regel toe dat de pensioenverwerving stopt. De opgebouwde pensioenaanspraken blijven behouden (artikel 55 PW). Indien de toepasselijke pensioenregeling inhoudt dat premievrije pensioenaanspraken en -rechten worden geïndexeerd, blijft het recht op die indexering in beginsel bestaan. Het einde van de arbeidsovereenkomst brengt immers niet het einde van de pensioenovereenkomst mee (Hoge Raad 6 september 2013, **ECLI:NL:HR:2013:CA0566**). Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:8**, betrof een geschil tussen een werkgever en twee oud-werknemers over de indexering van pensioenaanspraken en -rechten na het einde van het dienstverband. Het hof oordeelt, voor zover hier van belang, dat het voorwaardelijke recht op indexering dat de oud-werknemers uit hoofde van de pensioenovereenkomst hebben, voor de werkgever een inspanningsverplichting inhoudt om de kans op indexering in financiële zin mogelijk te maken (rov. 3.5.4). Uit het recht op voorwaardelijke indexering vloeit met andere woorden volgens het hof een inspanningsverplichting voor de werkgever voort. De werkgever handelde naar het oordeel van het hof in strijd met die inspanningsverplichting,

door enkele jaren nadat de dienstverbanden waren geëindigd niet langer bijstortingen voor indexering aan de betrokken pensioenverzekeraar te doen, waardoor geen indexering meer kon plaatsvinden. Helaas kwam het hof, omdat het eerst meer informatie wenst, nog niet toe aan de beoordeling van de vervolgvraag waartoe de werkgever dan in financiële zin gehouden is om de voorwaardelijke indexering door de verzekeraar mogelijk te maken.

Deze uitspraak ligt in lijn met de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam van 23 april 2019, **ECLI:NL:GHAMS:2019:1452**, in een geschil tussen Euronext en enkele oud-werknemers. De uitspraak hield onder meer in, dat Euronext toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de pensioenovereenkomst met de oud-werknemers, door het indexatieperspectief uit de pensioenovereenkomst verloren te laten gaan, door de uitvoeringsovereenkomst te beëindigen zonder zorg te dragen voor een alternatief voor die uitvoeringsovereenkomst. Het hof overwoog dat de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst op zichzelf geen rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst inhield. Op deze uitspraak over Euronext is fundamentele kritiek geleverd, onder andere door Van Marwijk Kooy (Ondernemingsrecht 2019/139).

Gerechtshof Den Haag 24 maart 2020, **ECLI:NL:GHDHA:2020:484**, betrof eveneens een geschil tussen een werkgever en oud-werknemers over de indexering van pensioenaanspraken- en rechten na het einde van hun dienstverband. Een interessant punt (rov. 17) in deze uitspraak is, dat de oud-werknemers stellen dat de werkgever in strijd met onder meer de onderbrengingsplicht handelde, door op enig moment de bijstortingsverplichting uit de opeenvolgende financieringsovereenkomsten met het betrokken pensioenfonds 'weg te contracteren'. Het hof oordeelt dat dit niet in strijd is met de onderbrengingsplicht. Anders dan de oud-werknemers kennelijk stelden, waren de oud-werknemers volgens het hof niet op grond van een door hen aanvaard derdenbeding partij geworden bij de financieringsovereenkomst, nu de financieringsovereenkomst geen bepalingen bevat waarvan moet worden aangenomen dat die rechten en/of aanspraken aan de oud-werknemers beogen toe te kennen. De werkgever mocht de bijstortingsverplichtingen dus "wegcontracteren". Kennelijk was het recht op voorwaardelijke indexering dat de oud-werknemers op grond van de pensioenovereenkomst hebben, ook zonder die bijstortingsverplichtingen voldoende extern veilig gesteld. Overigens oordeelde

Hof Amsterdam in de zojuist aangehaalde Euronext-zaak (rov. 3.5.18), dat de betreffende oud-werknemers in die zaak wél op grond van een derdenbeding partij waren geworden bij de uitvoeringsovereenkomst, vanwege de begunstiging in die uitvoeringsovereenkomst die volgens het hof direct voortvloeit uit het systeem van de Pensioenwet; door toetreding tot de pensioenovereenkomst hebben de oud-werknemers het derdenbeding (de begunstiging) aanvaard. De nakoming van de betalingsverplichting uit de uitvoeringsovereenkomst, duidde het hof echter als nakoming van de pensioenovereenkomst. Zie hierover: Asser/Lutjens 7-XI 2019/257.





## 8. Fiscaal pensioenrecht

*mr. Jos Gielink CPL, advocaat pensioenrecht Gielink Pensioenrecht*

### *Inleiding*

De uitfasering van het pensioen in eigen beheer vanaf 1 januari 2017 heeft kennelijk al snel gevolgen voor de fiscale rechtspraak. Het aantal procedures over pensioen in eigen beheer is snel teruggelopen.

Over de fiscale aspecten van collectieve pensioenregelingen werd de afgelopen jaren al weinig geprocedeerd. Van de mogelijkheid om collectieve regelingen vooraf ter toetsing aan de Belastingdienst voor te leggen wordt veelvuldig gebruik gemaakt door werkgevers en pensioenuitvoerders.

Er zijn nog wel veel rechtszaken over de grensoverschrijdende aspecten van pensioen, met name de verdragstoepassing ter zake van pensioenuitkeringen. Vandaar dat u veel internationale kwesties zult aantreffen in dit onderdeel van de Kroniek Pensioenrechtspraak.

### *Geen toerekening pensioen aan partner*

Op 15 oktober 2019 oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (**ECLI:NL:GHARL:2019:8439**) dat het ouderdomspensioen dat door belanghebbende werd ontvangen van de Stichting pensioenfonds ABP ("ABP") niet voor de helft kon worden toegerekend aan zijn echtgenote, met wie hij in algehele gemeenschap van goederen gehuwd was.

Op grond van artikel 3.81 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 wordt onder loon verstaan loon overeenkomstig de Wet op de loonbelasting. Volgens artikel 10 van de Wet op de loonbelasting 1964 is loon al hetgeen is genoten uit dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking.

Artikel 2.17 Wet IB 2001 bepaalt onder meer dat inkomensbestanddelen van de belastingplichtige en diens partner in aanmerking worden genomen bij degene

door wie de inkomensbestanddelen zijn genoten. Gelet op deze bepalingen, komt het Gerechtshof tot de gevolgtrekking dat de pensioenuitkeringen voor de belanghebbende loon uit vroegere dienstbetrekking vormen en dus niet voor de helft aan zijn echtgenote worden toegerekend.

Het pensioen vloeit voort uit de werkzaamheden die de werknemer in dienstbetrekking heeft verricht. Belanghebbende is als (gewezen) werknemer degene die fiscaal het loon geniet. Het feit dat zijn echtgenote op grond van de huwelijks-gemeenschap mede-gerechtigd is tot de helft van het inkomen, heeft niet tot gevolg dat de echtgenote in fiscale zin het loon voor de helft heeft genoten. Dit oordeel is niet verrassend, uit eerdere jurisprudentie volgt dat loonbestanddelen (dus ook pensioenuitkeringen, als zijnde loon uit vroegere dienstbetrekking) fiscaal genoten wordt door de werknemer zelf.

Belanghebbende voerde onder andere nog aan dat voor het pensioen niet de mogelijkheid wordt geboden om op de voet van artikel 2.17 lid 2 van de Wet IB 2001 naar keuze een deel van de uitkeringen toe te rekenen aan de echtgenote. Als artikel 2.17 Wet IB 2001 van toepassing zou zijn, kan het loon vrij worden toegerekend aan de fiscale partners. Het Hof oordeelt hierover dat noch met de invoering van de Wet IB 2001, noch door ontwikkelingen met betrekking tot de positie van gehuwden en gescheiden echtgenoten, er een wijziging is gekomen in de gevolgen die voor belastingheffing moeten worden verbonden aan de verknochtheid die bestaat tussen inkomsten die worden verkregen door het verrichten van arbeid en de persoon die de arbeid heeft verricht (zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:633). Kennelijk beoogt het Hof hiermee te zeggen dat de persoonlijke verknochtheid bij de wetgever en in de maatschappelijke opvattingen het uitgangspunt zijn geweest en gebleven. Een vrije toerekening naar keuze van de partners past niet in deze maatschappelijke opvattingen c.q. het uitgangspunt van de wetgever.

In deze uitspraak wordt ondubbelzinnig bevestigd dat pensioen in fiscale zin uitsluitend bij de (gewezen) werknemer wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. De tekst van de wet biedt naar het oordeel van het Hof al voldoende aanknopingspunten voor deze conclusie. Een beroep op de maatschappelijke ontwikkelingen wordt door het Hof afgewezen, onder verwijzing naar het oordeel van de Hoge Raad dat ook voor de toepassing van het huwelijksvermogensrecht sprake is van verknochtheid met de persoon die de

arbeid verricht heeft. Dit laatste is wat mij betreft een oordeel ten overvloede, de maatschappelijke ontwikkelingen kunnen niet leiden tot het opzij zetten van een duidelijke wettekst en de kenbare bedoeling van de wetgever. Hiervoor zal een wijziging van de wet noodzakelijk zijn.

Als de belastingplichtige gelijk had gekregen, was het resultaat geweest dat het pensioeninkomen voor 50% aan de huwelijkspartner kon worden toegerekend, of zelfs op basis van de vrije toerekening van inkomensbestanddelen op de voet van artikel 2.17 lid 2, Wet IB 2001 naar gezamenlijke keuze van de beide partners verdeeld had kunnen worden. Hiermee zouden belastingplichtigen zelf kunnen bepalen welke toerekening leidt tot een optimale toepassing van het progressieve tarief voor de heffing van de loonbelasting en de inkomstenbelasting. Dit feest ging niet door. De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie op 20 maart 2020 niet-ontvankelijk, omdat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen (artikel 80a Wet RO).

*Nederland volledig heffingsbevoegd over invaliditeitsuitkering en deels over nabestaandenpensioen*

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Rb. Zeeland – West Brabant (13 maart 2020, **ECLI:NL:RBZWB:2020:1185**) ontvangt een inwoner van Frankrijk een invaliditeitsuitkering en een nabestaandenpensioen van het ABP.

De rechter diende de vraag te beantwoorden of Nederland het heffingsrecht over deze uitkeringen had. Partijen waren het erover eens dat op grond van de Nederlandse nationale wet Nederland kon heffen. De vraag die in de procedure aan de orde was, is of Nederland op grond van het belastingverdrag met Frankrijk het heffingsrecht toegewezen krijgt.

*Invaliditeitsuitkering*

Belanghebbende was voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid in dienst van een publiekrechtelijke werkgever, maar had daarvoor voor verschillende privaatrechtelijke en publiekrechtelijke werkgevers gewerkt. Volgens de inspecteur was het heffingsrecht over de invaliditeitsuitkering op grond van artikel 19 van het belastingverdrag (overheidsfuncties) volledig aan Nederland als bronstaat toegewezen.

Belanghebbende stelde dat het heffingsrecht gedeeltelijk aan de woonstaat was toegewezen op grond van het pensioenartikel in het belastingverdrag (artikel 18), voor zover de uitkering betrekking had op de werkzaamheden die in privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn verricht.

De rechtbank komt tot de conclusie dat de invaliditeitsuitkering volledig is aan te merken als een beloning, daaronder begrepen pensioen, die betaald wordt door een publiekrechtelijk lichaam. Een beloning die hetzij rechtstreeks, hetzij uit een door het publiekrechtelijk lichaam in het leven geroepen fonds, wordt betaald ter zake van diensten bewezen aan dat publiekrechtelijke lichaam.

Allereerst beantwoordt de rechtbank de vraag of een invaliditeitsuitkering is aan te merken als een pensioen(uitkering) in de zin van artikel 19 van het belastingverdrag. Volgens de rechtbank is dit het geval: in het verdrag wordt de term 'pensioen' niet gedefinieerd. Op grond van de uitlegregels in het verdrag wordt een niet gedefinieerde term uitgelegd op basis van de betekenis die aan de term volgens de nationale wetgeving wordt gegeven. Op grond van artikel 18 van de Wet LB wordt een definitie van 'pensioenregeling' gegeven. Hieronder vallen onder andere inkomensvoorzieningen bij arbeidsongeschiktheid die langer dan een jaar duren en die niet uitgaan boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moeten worden geacht (arbeidsongeschiktheidspensioen). De uitkering aan belanghebbende betreft een uit een dienstbetrekking voortvloeiende uitkering in verband met arbeidsongeschiktheid, die langer dan een jaar duurt en waarvan niet is gebleken dat deze uitkering uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht. Hiermee staat volgens de rechtbank vast dat de invaliditeitsuitkering voor de toepassing van het belastingverdrag als pensioen wordt aangemerkt.

De door de rechtbank toegepaste uitlegmethode is op zichzelf genomen juist, er ontbreekt echter nog een schakel in de redenering. Er is niet vastgesteld of de invaliditeitsuitkering onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling, dus of er sprake is van een invaliditeits*pensioen*. Sociale partners kunnen immers ook kiezen voor een arbeidsvoorwaardelijke regeling die geen onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling. Elders in de uitspraak is overigens wel feitelijk vastgesteld door de rechtbank dat de invaliditeitsuitkering voortvloeit uit een pensioenreglement.

Dit had belanghebbende overigens niet gebaat, omdat artikel 19 niet alleen ziet op invaliditeitspensioen, maar ook op overige beloningen. Een invaliditeitsuitkering die voortvloeit uit een publiekrechtelijke dienstbetrekking, maar geen onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling, valt ook onder de werking van artikel 19 van het verdrag.

Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden in hoeverre de invaliditeitsuitkering deels betrekking had op de werkzaamheden die verricht zijn in particuliere dienst en dan in zoverre op grond van het pensioenartikel (artikel 18) ter belastingheffing zouden zijn toegewezen aan de woonstaat Frankrijk.

De rechtbank oordeelde allereerst dat voor de vraag of een beloning wordt betaald vanwege overheidsdiensten niet relevant is of de uitkering betaald wordt door een, in dit geval, privaatrechtelijke pensioenuitvoerder, maar of het pensioen is opgebouwd in overheidsdienst. Als het gaat om een pensioenuitkering op basis van een regeling waarbij de aanspraak in de tijd wordt opgebouwd, dan moet toerekening plaatsvinden in verhouding tot de opbouw in (i) de periode in overheidsdienst respectievelijk (ii) de periode in particuliere dienst. Voor deze tijdsvenredige allocatie verwijst de rechtbank naar de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 12 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8209.

De rechtbank stelt echter vast dat in dit geval geen sprake is van een uitkering op opbouwbasis, maar op risicobasis. In dat geval is voor de bepaling van het heffingsrecht slechts relevant wie de werkgever was toen de arbeidsongeschiktheid ontstond. De uitkering staat immers slechts in causaal verband met die (laatste) werkgever, omdat die de premie voor de risicodekking betaalde waaruit de uitkering voortvloeit. Er is geen verband met de periode van eerdere werkgevers. Omdat belanghebbende op het relevante moment werkzaam was voor een publiekrechtelijk lichaam, concludeert de rechtbank dat de volledige invaliditeitsuitkering onder de reikwijdte van artikel 19 van het belastingverdrag valt en het volledige heffingsrecht derhalve aan Nederland toekomt.

Hoewel de rechtbank hier niet naar verwijst, is voor de benadering van de rechter steun te vinden in het nieuwe OESO commentaar over de toerekening van arbeidsbeloningen die worden ontvangen na het einde van de dienstbetrekking (vergelijk Besluit staatssecretaris van Financiën d.d. 23 april 2015, DGB 2015/584M). De hoofdregel bij deze allocatie van postactieve beloningen is dat de

beloning wordt gealloceerd op basis van de werkzaamheden in de laatste 12 maanden van de uitoefening van de dienstbetrekking, tenzij concrete feiten en omstandigheden een andere allocatie rechtvaardigen. Deze benadering, hoewel niet rechtstreeks van toepassing op het berechte geval, sluit aan bij de benadering die door de rechtbank wordt gekozen. Los hiervan is de uitspraak begrijpelijk en juist. Een pensioen op risicobasis wordt uitgekeerd op basis van de verzekering die in stand wordt gehouden op het moment dat het verzekerde feit zich voordoet. Normaliter is dit tijdens de laatste dienstbetrekking.

#### *Nabestaandenpensioen*

Het nabestaandenpensioen vloeit voort uit de pensioenregeling van de echtgenote. De overleden echtgenote werkte als onderwijzeres voor zowel openbare als bijzondere scholen in Nederland en enige tijd op Sint-Maarten. Tot 1 juli 1999 was het nabestaandenpensioen op opbouwbasis. Van het in deze periode opgebouwde nabestaandenpensioen werd door partijen 80% toegerekend aan werkzaamheden verricht in privaatrechtelijke dienstbetrekking. Dit werd door de rechtbank gevolgd.

Vanaf 1 juli 2009 was het nabestaandenpensioen op risicobasis verzekerd. Voor de verdragstoepassing volgde de rechtbank dezelfde benadering als voor de invaliditeitsuitkering. Omdat de echtgenote ten tijde van haar laatste werkkring in publiekrechtelijke dienstbetrekking werkte, werd de volledige uitkering aangemerkt als een overheidsbeloning die onder de werking van artikel 19 van het verdrag aan het bronland Nederland ter belastingheffing was toegewezen.

#### *Pensioenuitkering internationale organisatie*

Er wordt de laatste jaren regelmatig geprocedeerd over de behandeling van pensioenuitkeringen van voormalige werknemers van internationale organisaties.

In 2019 werd in de Kroniek Pensioenrechtspraak het arrest van de Hoge Raad behandeld van een deelnemer aan de pensioenregeling van de Wereldbank (ECLI:NL:HR:2019:1596). De aanpak van dit arrest kwam overeen met het arrest van de Hoge Raad in 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BF7264).

Op grond van zetelverdragen worden immuniteiten en fiscale privileges toegekend aan de werknemers die werkzaam zijn voor internationale organisaties. Op grond hiervan zijn de beloningen vrijgesteld van nationale belastingheffing en worden de beloningen doorgaans onderworpen aan een interne stafheffing. Het is vaak niet duidelijk of deze fiscale vrijstellingen ook van toepassing zijn op postactieve beloningen die voormalige werknemers ontvangen uit hun vroegere dienstbetrekking.

De Nederlandse belastingdienst heeft in de hiervoor genoemde procedures met succes bepleit dat in de berechte gevallen geen beroep kon worden gedaan op het fiscale privilege. Dit betekent echter niet dat de pensioenuitkeringen die door een inwoner van Nederland worden ontvangen op grond van de Nederlandse wet integraal belast kunnen worden. In hoeverre de uitkeringen belastbaar zijn in Nederland hangt af van de vraag in hoeverre de aanspraken in de opbouwfase belast zijn geweest, of de pensioenregeling naar Nederlandse maatstaven voldeed aan de wettelijke vereisten voor de omkeerregel en hangt af van de verschillende fiscale regimes die in Nederland van toepassing zijn geweest in de jaren dat het pensioen is opgebouwd.

Een complexe materie dus, die in de genoemde gevallen uit 2009 en 2019 er toe leidde dat de uitkeringen slechts gedeeltelijk in de heffing konden worden betrokken.

In de zaak die door de Rechtbank Noord-Holland is beoordeeld (29 mei 2020, **ECLI:NL:RBNHO:2020:3953**) betrof het een ouderdomspensioen van een volkenrechtelijke organisatie. De Rechtbank stelde allereerst vast dat het pensioen voortvloeit uit een pensioenregeling die naar Nederlandse maatstaven als onzuiver moet worden beschouwd. Hierbij verwijst de rechtbank naar de hiervoor genoemde arresten uit 2009 en 2019.

Belanghebbende heeft verzuimd om, ondanks een daartoe strekkend verzoek, de pensioenbrief of ander document waaruit zijn pensioenrechten blijken, en meer in het bijzonder op welke wijze deze rechten zijn opgebouwd, in het geding te brengen.

Omdat belanghebbende zijn bewijsplicht heeft geschonden, is het gelijk aan de inspecteur en worden de uitkeringen integraal belast in box 1 op grond van artikel

3.82, letter c, Wet IB 2001 (pensioenregeling van een internationale organisatie). Op grond van deze bepaling worden uitkeringen integraal belast in box 1, behoudens voor zover aannemelijk is dat over de aanspraken reeds een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loon- en inkomstenbelasting.

De houding van de belanghebbende in deze procedure is niet goed te begrijpen. Belanghebbende heeft hooggeclassificeerde gespecialiseerde adviseurs ingeschakeld en er is op hoog politiek en ambtelijk niveau overleg gevoerd inzake de belastingheffing over de pensioenuitkeringen waar de pensioenregeling van deze internationale organisatie recht op geeft. Met de opstelling die belastingplichtige gedurende de procedure innam, moet het voor betrokkenen op voorhand duidelijk zijn geweest dat het oordeel van de rechter in het voordeel van de inspecteur zou uitvallen.

#### *Overheidspensioen na emigratie naar Thailand in Nederland belast*

Een inwoner van Thailand ontvangt een (vroeg)pensioenuitkering van het ABP. Belanghebbende stelt dat Nederland niet gerechtigd is om een bronstaatheffing te effectueren op grond van het belastingverdrag met Thailand. Voor overheidspensioen kent het verdrag een bronstaatheffing, maar dit artikel zou niet van toepassing zijn omdat het pensioen wordt uitgekeerd door een privaatrechtelijke stichting. Het ABP is immers geprivatiseerd.

Dit argument werd door het Hof 's-Hertogenbosch (17 april 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:1278**) verworpen. Voor de vraag of het artikel inzake overheidspensioen van toepassing is, is niet de (publiekrechtelijke) status van de pensioenuitvoerder, maar van de werkgever relevant. Dit is al veel eerder door de Hoge Raad uitgemaakt (vgl. PTT, HR 21-09-1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2943) en 'Hoogleraar' (HR 5 december 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB4366).



*Uitkering Belgische pensioenregeling in Nederland belastbaar*

Een inwoner van Nederland heeft deelgenomen aan een Belgische pensioenregeling van zijn Belgische werkgever. Belanghebbende ontvangt een eenmalige uitkering uit de Belgische pensioenregeling en is van mening dat het heffingsrecht aan België is toegewezen op grond van artikel 18, lid 3 van het Belastingverdrag. Dit artikel voorziet in bronstaatheffing indien uitbetaling, (bijvoorbeeld?) als gevolg van afkoop, heeft plaatsgevonden vóór de pensioendatum.

De inspecteur stelt echter dat artikel 18, lid 3 van het Verdrag niet van toepassing is, omdat de betaling plaatsvond op 5 mei 2015, terwijl het pensioencontract is geëindigd op 1 mei 2015, dat wil zeggen de groepsverzekering expireerde op die datum.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (28 mei 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:1651**) is het met de inspecteur eens: de uitbetaling heeft niet vóór, maar ná de pensioeningangsdatum plaatsgevonden.

Uit de handelingen van belanghebbende kan niet worden afgeleid dat hij bedoeld heeft de Belgische groepsverzekering af te kopen vóór de datum waarop dit pensioen in zou moeten gaan. De rechtbank achtte hierbij mede van belang dat het initiatief voor het uitbetalen van de eenmalige uitkering door de verzekeraar is genomen.

Ook de stelling van belanghebbende dat de correspondentie met de verzekeraar voorafgaande aan de ingangsdatum als een vorm van 'uitbetaling' in de zin van het verdrag kon worden aangemerkt, vond geen weerklank bij de rechter.

Al met al een kansloze procedure en een juiste uitspraak van de rechter. Belastingplichtige besefte kennelijk te laat dat deze bepaling in het belastingverdrag, die op initiatief van België is opgenomen, zich bij uitstek leende voor *tax planning*. Hij kon zich er niet bij neerleggen dat hij deze kans voorbij had laten gaan, maar maakte een tweede fout door te denken dat de rechter zijn argumenten wel zou (kunnen) honoreren, in weerwil van de op dit punt heldere verdragstekst.

*4% rekenrente bij fiscale waardering pensioenverplichtingen*

Het Hof Amsterdam (7 juli 2020, **ECLI:NL:GHAMS:2020:1923**) moest een oordeel vellen over de vraag of de wettelijk voorgeschreven rekenrente van 4% die bij de fiscale waardering van pensioenverplichtingen in aanmerking moet worden genomen, in strijd is met artikel 1 EP EVRM.

Een zelfde vraagstelling is al eerder aan de orde geweest bij procedures die zijn gevoerd over de houdbaarheid van het forfaitaire rendement van 4% in box 3 van de inkomstenbelasting (vermogensrendementsheffing). In deze procedures werd door de Hoge Raad allereerst beoordeeld of de regeling van box 3 op stelselniveau aanvaardbaar was. Voor de jaren dat dit het geval was, kwam een vervolgoets aan de orde, namelijk of op het niveau van de belastingplichtige sprake is van een buitensporige last.

Het betrof een vennootschap die in het boekjaar 2014 geconfronteerd werd met een belaste vrijval van de pensioenverplichting vanwege de waarderingsregel van artikel 3.29 Wet IB 1964.

In navolging van het arrest van de Hoge Raad d.d. 16 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3082) oordeelde de rechtbank in eerste aanleg (17-12-2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10861) dat artikel 3:29 Wet IB 2001 een door de wetgever bewust voorziene en aanvaarde inbreuk is op de beginselen van goed koopmansgebruik. Dit wordt niet anders nu de mate van afwijking en de tijdsduur waarin de voorgeschreven rekenrente hoger is dan de marktrente mogelijk niet door de wetgever is kunnen voorzien.

Het feit dat in dit geval sprake is van een belaste vrijval na overname van een pensioenverplichting, is voorzien door de wetgever bij de invoering van deze bepaling.

Bij de toetsing aan artikel 1 EP EVRM (recht op ongestoord genot van eigendom) is het volgens de Rechtbank vaste jurisprudentie dat eerst bekeken moet worden of een regeling op regelniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM, en indien dit niet zo is, bekeken moet worden of sprake is van een individuele en buitensporige last. De rechtbank haalt hier de aanvullende toets van de Hoge Raad aan, zoals hiervoor beschreven in relatie tot de vermogensrendementsheffing.

De rechtbank achtte de waarderingsregel van artikel 3.29 van de Wet IB 2001 op regelniveau niet in strijd met artikel 1 EP EVRM. Hierbij was naar het oordeel van de rechtbank onder andere van belang dat de wetgever bij de behandeling van het Belastingplan 2014 heeft vastgesteld dat een fiscale waardering op commerciële grondslagen forse negatieve budgettaire consequenties zou hebben. Hiermee diende artikel 3.29 Wet IB een legitiem doel in het algemeen belang.

De bestreden heffing over de vrijval van de pensioenverplichting was in het licht van de inkomens- en vermogenspositie van de belastingplichtige niet van een dermate grote omvang dat die heffing kwalificeert als een individuele en excessieve last.

Het Gerechtshof is in hoger beroep van oordeel dat de rechtbank met betrekking tot de toetsing van artikel 3.29 Wet IB op goede gronden een juiste beslissing heeft genomen.

Het Hof oordeelde dat de achtergrond van de wettelijke regeling is om over een langere periode duidelijkheid te verschaffen over de toepasselijke fiscale rekenrente.

Bezien tegen deze achtergrond en mede in aanmerking nemende de ruime beoordelingsvrijheid die de wetgever bij de totstandkoming van belastingwetten toekomt, heeft de wetgever volgens het Hof de *fair balance* tussen het middel van artikel 3.29 Wet IB 2001 en het daarmee te dienen doel niet heeft overschreden.

Het Hof is eveneens van oordeel dat als wél sprake zou zijn geweest van een schending op regelniveau van artikel 1 EP EVRM, dit tóch geen consequenties zou hebben gehad, met het oog op het feit dat het pensioen in eigen beheer vanaf 1 januari 2017 is uitgefaseerd.

Met betrekking tot de vraag of zich een individuele en buitensporige last voordoet, stelt het Hof voorop dat een dergelijke situatie zich alleen voordoet indien en voorzover de gestelde last zich ten aanzien van de desbetreffende belastingplichtige sterker laat gevoelen dan in het algemeen. Dit kan zich alleen voordoen als bijzondere, niet voor alle met belanghebbende vergelijkbare pensioen-BV's geldende feiten en omstandigheden een buitensporige last voor

haar teweegbrengen. Het Hof verwijst hierbij naar Hoge Raad 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:442.

Gerelateerd aan het vermogen van de belastingplichtige is er naar het oordeel van het Hof geen sprake van een buitensporige last. Hierbij dient bij de beoordeling van de werking van de fiscaal voorgeschreven rekenrente mede in aanmerking te worden genomen dat deze voor belanghebbende vanaf 1995 heeft gegolden en dat er ook perioden kunnen zijn geweest waarin zich een voor haar voordelig verschil tussen de actuariële rente en de fiscale rekenrente heeft voorgedaan.

Belanghebbende heeft verder geen bijzondere, specifiek ten aanzien van haar geldende omstandigheden gesteld, die maken dat voor haar sprake is van een individuele en buitensporige last.

Het Hof concludeert derhalve dat de fiscaal voorgeschreven rekenrente van 4% de toetsing van artikel 1 EP EVRM kan doorstaan.

Rechtbank en Gerechtshof tonen zich mild over de houdbaarheid van de fiscale rekenrente van 4%. Op zichzelf genomen begrijpelijk, want bij de toetsing aan artikel 1 EP EVRM komt de wetgever een ruime beleidsvrijheid toe.

De gevolgen van een verplichte fiscale waardering van de pensioenverplichting met een rekenrente van 4% zijn voor de belastingplichtige moeilijk te accepteren. Het artikel 3.29 Wet IB 2001 druist in tegen het realiteitsbeginsel én het voorzichtigheidsbeginsel, twee kernbeginselen van goed koopmansgebruik, maar niettemin wordt dit slechte koopmansgebruik gesauveerd door de rechter. Hopelijk wordt het slechte wetgevingsgebruik geen gewoonte, daar zit wat mij betreft de echte pijn.

*Heffingsrecht Nederland over pensioen van Nederbelg*

In deze uitspraak stond de naleving en controle van ingewikkelde vereisten in de Nederlandse nationale wet en in het belastingverdrag met België centraal.

Ter bestrijding van de zogenaamde pensioenvlucht naar België besloot Nederland haar verdragspolitiek met betrekking tot het heffingsrecht inzake pensioen aan te passen, te beginnen met het belastingverdrag met België.

Er is een verfijnde verdragsafspraken gemaakt, waarbij de bronstaatheffing afhankelijk is van de omvang van de uitkering, de fiscale facilitering in het bronland en de wijze van heffing in het woonland.

Met name de laatste voorwaarde (de pensioenuitkeringen zijn in het woonland laag belast) vereist een adequate uitwisseling van inlichtingen. Een dergelijke uitwisseling is op grond van het belastingverdrag mogelijk, maar in de praktijk is hier weinig van terecht gekomen, zo bleek ook uit deze uitspraak.

Tot welke voor de Nederlandse belastingdienst schrijnende situatie de gebrekkige informatie-uitwisseling heeft geleid, blijkt uit deze uitspraak. De inspecteur ontving in 2017 informatie van de Belgische belastingdienst dat belanghebbende vanaf 2002 een in België laag belast pensioen van € 113.000 per jaar ontvangt. De inspecteur is van mening dat dit Nederlandse pensioen in Nederland (als bronstaat) had moeten worden belast en legt navorderingsaanslagen inkomstenbelasting vanaf 2012 op.

Belanghebbende betwist deze navorderingsaanslagen onder meer met de stelling dat er geen nieuw feit is voor de inspecteur. De Nederlandse belastingdienst had kunnen weten dat de uitkeringen in België laag belast zouden worden door navraag te doen bij zijn Belgische ambtsgenoot. Bovendien was de aanleiding voor de verdragwijziging dat Nederland niet tevreden was over de lage heffing van pensioen in België.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (arrest 23 juli 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:2357**) was van mening dat de inspecteur geen ambtelijk verzuim pleegt als hij de aanslag conform de aangifte regelt, ook indien hij over informatie beschikt die erop kan duiden dat de aangifte onjuist is (vgl. HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7165),

mits die informatie de niet onwaarschijnlijke mogelijkheid open liet dat de aangifte juist is. Omdat de hoofdregel van het belastingverdrag is dat de uitkering in het woonland belast moet worden, hoefde de inspecteur geen nader onderzoek in te stellen naar de juistheid van de ingediende aangiftes.

Vervolgens was de vraag of de uitkering in Nederland als loon uit vroegere dienstbetrekking kon worden belast op grond van de nationale wet. De pensioenbrief was op 1 juni 1999 niet aangepast aan de nieuwe wettelijke eisen. De regeling was daardoor onzuiver geworden en de aanspraak had belast moeten worden, hetgeen niet gebeurd was. Het gevolg hiervan is in principe dat de uitkeringen niet meer als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking kunnen worden genomen, de omkeerregel is immers niet meer van toepassing.

De inspecteur deed echter een beroep op artikel 10, lid 4 Wet LB: indien de pensioenregeling door belastingplichtige en inspecteur als een zuivere pensioenregeling behandeld is, worden de uitkeringen uit een onzuivere pensioenregeling desondanks belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. Het Hof volgde de inspecteur in deze en concludeert dat artikel 10, lid 4 van toepassing is. Het maakt hierbij niet uit dat artikel 10, lid 4 is ingevoerd na de wijziging van het belastingverdrag. Nederland heeft geen toestemming nodig voor een wijziging van de nationale wetgeving en het is aan Nederland om te bepalen hoe de belastingheffing verloopt, indien het verdrag de heffing toewijst aan Nederland.

De heffing over de pensioenuitkeringen is onder de werking van het belastingverdrag aan Nederland toegewezen indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan (artikel 18 §2 belastingverdrag):

- het pensioen is fiscaal gefacilieerd in Nederland;
- het pensioen is in België laag belast;
- het brutobedrag van het pensioen gaat een bedrag van € 25.000 te boven.

Het Hof concludeert dat aan deze drie cumulatieve voorwaarden voldaan is en concludeert dat de heffingsbevoegdheid aan Nederland is toegewezen. De verzuimboete van 25% was volgens het Hof terecht opgelegd. De belastingplichtige heeft in de aangifte geen pleitbaar standpunt ingenomen.

Het formele verweer van belanghebbende dat de inspecteur beter had kunnen weten is inhoudelijk begrijpelijk, maar pleit hem niet vrij van het feit dat hij bij de

belastingaangifte in Nederland te gemakkelijk de werking van het verdrag terzijde schoof.

De conclusies van de belastingrechter zijn begrijpelijk en juist. De ingewikkelde regeling in het belastingverdrag vergde een goede samenwerking tussen beide landen, maar die is kennelijk maar moeilijk tot stand gekomen. Het resultaat is dat belastingplichtige in dit geval in strijd met het verdrag 10 jaar lang ten onrechte geen belasting in Nederland heeft betaald over zijn hoge pensioenuitkering.





Chronologisch register pensioenrechtspraak 2020

## Chronologisch register pensioenrechtspraak 2020

<i>Jurisprudentie - per hoofdstuk -</i>	<i>Datum</i>	<i>Bron</i>
<i>Pensioenovereenkomst</i>		
Hoge Raad	13-03-1981	ECLI:NL:HR:1981:AG4158
Hoge Raad	17-09-1993	NJ 1994/173
Hoge Raad	24-09-1993	NJ 1994/174
Hoge Raad	20-02-2004	NJ 2005/493
Hoge Raad	12-02-2010	ECLI:NL:HR:2010:8K3570
Hof van Justitie van de Europese Unie	12-10-2010	ECLI:EU:C:2010:600
Hof van Justitie van de Europese Unie	12-10-2010	ECLI:EU:C:2010:601
Hoge Raad	13-07-2012	ECLI:NL:HR:2012:BW3367
Rechtbank Zeeland- West Brabant	02-08-2017	niet gepubliceerd, zaak/rolnr. 5628571 CV EXPL 17-52
Hoge Raad	30-03-2018	ECLI:NL:PHR:2018:306
Gerechtshof Amsterdam	11-09-2018	ECLI:NL:GHAMS:2018:3365
Hoge Raad	19-04-2019	ECLI:NL:HR:2019:647
Gerechtshof Den Haag	24-09-2019	ECLI:NL:GHDHA:2019:2455
Hoge Raad	20-12-2019	ECLI:NL:HR:2019:2037
Rechtbank Amsterdam	21-01-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:142
Hoge Raad	24-01-2020	ECLI:NL:HR:2020:114
Gerechtshof Den Haag	04-02-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:78
Gerechtshof Den Haag	18-02-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:211
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	10-03-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:877
Gerechtshof Den Haag	12-05-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:888
Rechtbank Oost-Brabant	14-05-2020	ECLI:NL:RBOBR:2020:2504
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	21-07-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:2272
Gerechtshof Den Haag	14-10-2020	ECLI:NL:GHDHA:2019:2455
Hof Arnhem-Leeuwarden	24-11-2020	ECLI:NL:GHARL:2020:9674
Gerechtshof Den Haag	23-02-2021	ECLI:NL:GHDHA:2021:303
<i>Wijziging van de pensioenregeling</i>		
Hoge Raad	2-4-2004	ECLI:NL:HR:2004:AO1948
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	19-09-2017	ECLI:NL:GHSHE:2017:4031
Rechtbank Midden-Nederland	22-11-2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:5820
Gerechtshof Den Haag	20-01-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:20
Rechtbank Den Haag	13-08-2020	ECLI:NL:RBDHA:2020:7813
Gerechtshof Amsterdam	03-11-2020	ECLI:NL:RBOBR:2015:7913
Rechtbank Oost-Brabant	22-01-2020	ECLI:NL:RBOBR:2015:7913
Rechtbank Gelderland	13-03-2020	ECLI:NL:RBGEL:2020:1608
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:83
Rechtbank Overijssel	26-05-2020	ECLI:NL:RBOVE:2020:1855
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	07-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:8
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:83
<i>Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen</i>		
Rechtbank Rotterdam	26-07-2019	ECLI:NL:RBROT:2019:6053, PJ 2019/117
Gerechtshof Amsterdam	28-05-2019	ECLI:NL:GHAMS:2019:1849, PJ 2019/87
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	10-09-2019	ECLI:NL:GHARL:2019:7382, PJ 2020/1
Rechtbank Amsterdam	03-12-2019	ECLI:NL:RBAMS:2019:8968
Rechtbank Midden-Nederland	28-08-2019	ECLI:NL:RBMNE:2019:4029, PJ 2020/96
Rechtbank Midden-Nederland	18-12-2019	ECLI:NL:RBMNE:2019:6099, PJ 2020/22
Conclusie AG	02-10-2020	ECLI:NL:PHR:2020:890
Rechtbank Amsterdam	03-02-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:821, PJ 2020/46
Rechtbank Midden-Nederland	27-11-2019	ECLI:NL:RBMNE:2019:6141, PJ 2020/21
Rechtbank Amsterdam	23-12-2019	ECLI:NL:RBAMS:2019:10052, PJ 2020/45

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	21-04-2020	ECLI:NL:GHARL:2020:3299, PJ 2020/94
Rechtbank Rotterdam	04-12-2019	ECLI:NL:RBROT:2019:9621, PJ 2020/13
Rechtbank Noord-Nederland	29-01-2020	ECLI:NL:RBNNE:2020:995, PJ 2020/63
Gerechtshof Den Haag	03-03-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:269, PJ 2020/60
<i>Uitvoeringsovereenkomst</i>		
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14-04-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:1262
Rechtbank Amsterdam	17-05-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:3492
Gerechtshof 's-Gravenhage	04-08-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:1363, PJ 2020/132
Gerechtshof Amsterdam	03-11-2020	ECLI:NL:GHAMS:2020:2929
Gerechtshof Amsterdam	03-11-2020	ECLI:NL:GHAMS:2020:2929
<i>Toezichtsuitoefening</i>		
Rechtbank Limburg	08-11-2017	PJ 2018/3
Gerechtshof Den Haag	08-05-2018	PJ 2018/101
Hoge Raad	20-12-2019	PJ 2020/18
Rechtbank Amsterdam	23-01-2020	PJ 2020/51
<i>Pensioen en scheiding</i>		
Gerechtshof Amsterdam	21-01-2020	PJ 2020/56
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14-04-2020	PJ 2020/76
Arnhem Leeuwarden	07-04-2020	PJ 2020/91
Rechtbank Overijssel	22-01-2020	PJ 2020/73
Rechtbank Den Haag	03-07-2019	PJ 2020/72
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	16-06-2020	PJ 2020/110
Rechtbank Rotterdam	20-05-2020	PJ 2020/111
Gerechtshof Amsterdam	29-03-2011	PJ 2020/88
Hoge Raad	14-02-2020	ECLI:NL:HR:2020:276
Rechtbank Limburg	11-03-2020	PJ 2020/59
Rechtbank Noord Holland	10-06-2020	PJ 2020/116
Hoge Raad	16-10-2020	PJ 2020/167
Rechtbank Rotterdam	20-11-2020	PJ 2020/190
<i>Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen</i>		
Hoge Raad	06-09-2013	ECLI:NL:HR:2013:CA0566
Hoge Raad	20-04-2018	ECLI:NL:HR:2018:651
Hoge Raad	08-06-2018	ECLI:NL:HR:2018:857
Hoge Raad	05-10-2018	ECLI:NL:HR:2018:1845
Hoge Raad	29-03-2019	ECLI:NL:HR:2019:449
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	22-07-2019	ECLI:NL:GHARL:2019:5951
Gerechtshof Amsterdam	23-04-2019	ECLI:NL:GHAMS:2019:1452
Hoge Raad	08-11-2019	ECLI:NL:HR:2019:1734
Kantonrechter Amsterdam,	03-12-2019	ECLI:RBAMS:2019:10063
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	07-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:8
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	09-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:31
Rechtbank Amsterdam	21-01-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:142
Hoge Raad	24-01-2020	ECLI:NL:HR:2020:114
Gerechtshof Den Haag	24-01-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:125
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	28-01-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:247
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	04-02-2020	ECLI:NL:GHARL:2020:903
Gerechtshof Den Haag	04-02-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:146
Kantonrechter Arnhem	05-02-2020	ECLI:NL:RBGEL:2020:665
Rechtbank Midden-Nederland	12-02-2020	ECLI:NL:RBMNE:2020:478
Gerechtshof Den Haag	18-02-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:362
Kantonrechter Amsterdam	19-02-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:997

Voorzieningenrechter Utrecht	19-02-2020	ECLI:NL:RBMNE:2020:563
Kantonrechter Amsterdam	28-02-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:1757
Gerechtshof Den Haag	17-03-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:565
Hoge Raad	20-03-2020	ECLI:NL:HR:2020:480
Gerechtshof Den Haag	24-03-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:484
Centrale Raad van Beroep	02-04-2020	ECLI:NL:CRVB:2020:869
Gerechtshof Den Haag	28-04-2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:875
Gerechtshof Amsterdam	19-05-2020	ECLI:NL:GHAMS:2020:1280
Hoge Raad	29-05-2020	ECLI:NL:HR:2020:955
Gerechtshof Amsterdam	19-06-2020	ECLI:NL:GHAMS:2020:1507
Kantonrechter Amsterdam	28-08-2020	ECLI:NL:RBAMS:2020:5427
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	17-09-2020	ECLI:NL:GHSHE:2020:2875
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	26-10-2020	ECLI:NL:GHARL:8645
Kantonrechter Haarlem	26-10-2020	ECLI:NL:RBNHO:2020:8982
Centrale Raad van Beroep	29-10-2020	ECLI:NL:CRVB:2020:2659
Kantonrechter Dordrecht	09-11-2020	ECLI:NL:RBROT:2020:10180
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	10-11-2020	ECLI:NL:GHARL:2020:9239
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden	24-11-2020	ECLI:NL:GHARL:2020:9672
Hoge Raad	05-02-2021	ECLI:NL:HR:2021:188

*Fiscaal Pensioenrecht*

Gerechtshof Amsterdam	21-01-2020	PJ 2020/56
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	14-04-2020	PJ 2020/76
Rechtbank Arnhem-Leeuwarden	07-04-2020	PJ 2020/91
Rechtbank Overijssel	22-01-2020	PJ 2020/73
Rechtbank Den Haag	03-07-2019	PJ 2020/72
Gerechtshof 's-Hertogenbosch	16-06-2020	PJ 2020/110
Rechtbank Rotterdam	20-05-2020	PJ 2020/111
Gerechtshof Amsterdam	29-03-2011	PJ 2020/88
Hoge Raad	14-02-2020	ECLI:NL:HR:2020:276
Rechtbank Limburg	11-03-2020	PJ 2020/59
Rechtbank Noord Holland	10-06-2020	PJ 2020/112