

Kroniek Pensioenrechtspraak 2016



Nr. 5

Kroniek Pensioenrechtspraak 2016

Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2016

Hennie de Graaf	<i>advocaat PAL advocatuur</i>
Annemiek Cramer	<i>pensioenrechtadvocaat Pensioenadvocaten.nl</i>
Jurgen Holtermans	<i>vennoot Hendriks + Bakker</i>
Laila Berrich	<i>advocaat Houthoff Buruma</i>
Jan Aart van de Hoef	<i>advocaat Pensioenadvocaten.nl</i>
Petra van Straten	<i>promovenda juridische en economische eigendoms- rechten bij pensioen Radboud Universiteit</i>
Ralph van 't Hoff (eindredactie)	<i>wetenschappelijk medewerker VvPj</i>

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

prof. dr. E. Lutjens mevr. mr. H. de Graaf

CPL mevr. mr. S.M.A.M. Mevissen CPL mevr.

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

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

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

©2017 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

Voorwoord

Lijst met afkortingen

1.	Inleiding.....	15
2.	Wijziging van de pensioenregeling <i>Hennie de Graaf</i>	17
3.	Uitleg van de uitvoeringsovereenkomst..... <i>Petra van Straten</i>	31
4.	Beëindiging arbeidsovereenkomst <i>Laila Berrich</i>	45
5.	Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en vrijstellingen..... <i>Jan Aart van de Hoef</i>	51
6.	Verjaring..... <i>Petra van Straten</i>	65
7.	Pensioen en scheiding..... <i>Annemiek Cramer</i>	77
8.	<i>Fusies en overnamen</i> <i>Laila Berrich</i>	93

Voorwoord

Voor u ligt de Kroniek 2016. Al weer de vijfde uitgave! Ook dit jaar zorgvuldig samengesteld door leden van de VvPj.

Het betreft wederom een selectie van in het oog springende uitspraken uit 2016 die is geanalyseerd en voorzien van commentaar en/of gesignaleerde ontwikkeling. De lezer wordt meegenomen bij deze ontwikkeling waarbij soms eerst de relevante pensioenkennis wordt opgefrist.

Het jaar 2016 heeft niet alleen belangwekkende jurisprudentie opgeleverd. Er is ook veel gesproken, geschreven en gediscussieerd over belangrijke ontwikkelingen in pensioenland. Enkele voorbeelden:

- is een stelselwijziging wel nodig?;
- sluiten de regels van het financieel toetsingskader aan bij de achterliggende bedoeling of is een andere hersteltermijn noodzakelijk?;
- is het APF de toekomst?

De noodzaak voor een stelselwijziging zal de gemoederen nog wel even bezig houden. De discussie over de hersteltermijn is uiteindelijk niet meer gevoerd. De renteontwikkeling eind 2016 — heeft vaak net voldoende herstelkracht gegeven waardoor een verlaging van pensioen op korte termijn voorkomen is. De houdbaarheid hiervan is nog maar de vraag. De eerste vergunningen voor APF-en zijn afgegeven. Voor de daarbij betrokken partijen en personen een resultaat om trots op te zijn. Nu wordt het afwachten of deze pensioenuitvoerder inderdaad de toekomst heeft!

Pensioenjuristen en pensioenconsultants hebben een belangrijke rol bij onder meer de uitwerking van de toekomstdiscussie en de bijhorende advisering. Velen van hen zijn lid van de VvPj. Hierbij dan ook een oproep tot het publiceren hierover namens de VvPj. Daardoor zal de VvPj nog meer op de kaart worden gezet als een belangrijke speler in pensioenland.

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 de leden die in welke vorm dan ook een bijdrage aan de totstandkoming van deze Kroniek hebben geleverd.

Namens de VvPj,

Corry van Herpen

Saskia Mevissen

Februari 2017

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 Boetebesluit Wet Bpf 2000
VBI	Vrijgestelde Beleggingsinstelling
Vgl.	Vergelijk
VPL	Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling
VUT	Vervroegde uittreding
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen: EG-verdrag)
Vzr.	voorzieningenrechter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheid
Wet Bpf	Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wgbla	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WVPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
Wwz	Wet werk en zekerheid

1. Inleiding

De werkgroep 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 2016 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2016 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2016.

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.

2. Wijziging van de pensioenregeling

mr. Hennie de Graaf CPL, advocaat PAL advocatuur

Inleiding

Dat een wijziging van de pensioenregeling zich op vele manieren kan manifesteren mag geen verrassing genoemd worden. De wijziging kan zich in de pensioenovereenkomst zelf voltrekken. Daarover gaan de eerste twee uitspraken die ik zal behandelen. De wijziging kan ook een gevolg zijn van besluiten die betrekking hebben op de twee andere zijden van de pensioendriehoek: de uitvoeringsovereenkomst/het uitvoeringsreglement en het pensioenreglement. Binnen dat kader ga ik in op een drietal uitspraken. Ik ga eerst nader in op een uitspraak die – als gevolg van de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst – een verminderd indexatieperspectief tot gevolg had. Daarna behandel ik een uitspraak die in pensioenland een voorbeeld is geworden van de “pensioenfondsroute” waarmee wordt bedoeld dat door incorporatie van de statuten en reglementen van het pensioenfonds, het bestuur van het pensioenfonds de pensioenovereenkomst kan wijzigen. Ik besluit met een uitspraak waarin de pensioenfondsroute ook een rol speelt omdat wordt geoordeeld over de bevoegdheid van het bestuur van bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek tot een wijziging van de premieverdeling tussen werkgever en werknemer.

De wijziging van een uitkeringsregeling naar een beschikbare premieregeling

In een uitspraak van het Hof te Den Haag (**16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231**) wordt geoordeeld over de (gevolgen van) een wijziging van een (gematigde) eindloonregeling naar een beschikbare premieregeling. De werkgever is een accountants- en belastingadvieskantoor waarin met een drietal werknemers bij aanvang van hun dienstbetrekking een gematigde eindloonregeling is overeengekomen. In 1999 is die regeling gewijzigd in een beschikbare premieregeling. Voorafgaand aan de instemming van het drietal met de nieuwe regeling heeft de

werkgever zijn eigen tussenpersoon en adviseur gevraagd de werknemers te informeren en op hun vragen antwoord te geven. De drie hebben niet alleen ingestemd met de nieuwe pensioenregeling maar ook met waardeoverdracht naar de nieuwe pensioenregeling (Pensioenregeling 1999). Van zowel de instemming met de nieuwe regeling als van de waardeoverdracht kreeg het drietal spijt en zij hebben de werkgever eerst in 2009 en later nogmaals in 2010 aansprakelijk gesteld voor de schade die zij door de wijziging van de regeling en de waardeoverdracht hebben geleden. Dat heeft uiteindelijk geleid tot een procedure.

De stelling van de werknemers dat zij zich bij de wijziging van de pensioenregeling niet hebben gerealiseerd wat de gevolgen ervan waren, wordt door het Hof gepasseerd. Het Hof vangt de beoordeling wel aan met een verwijzing naar goed werkgeverschap welke norm met zich brengt dat de werkgever de werknemer bij ingrijpende veranderingen in diens arbeidsvoorwaarden (zoals een wijziging van de pensioenregeling) voldoende informatie verstrekt. De werkgever moet verder al datgene doen wat redelijkerwijs van de werkgever gevergd kan worden om te voorkomen dat een werknemer onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken instemt met de wijziging (van de pensioenregeling). De werkgever moet ook waarschuwen voor risico's die aan de wijziging zijn verbonden. Hoever die zorgplicht reikt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In casu betrof het werknemers die niet onbekend waren met pensioenen en kennis hadden van pensioenbegrippen zoals langlevensrisico en daling van de rekenrente. Ook hadden de drie werknemers offertes en voorbeeldberekeningen ontvangen in het kader van de voorgestelde Pensioenregeling 1999. Dat een rendement op beleggingen kan tegenvallen acht het Hof voorts een feit van algemene bekendheid. Ook het verweer van de drie dat zij niet bekend waren met het inhouden op de premies van de kosten en provisies wordt door het Hof terzijde geschoven. Zover reikt de zorgplicht van de werkgever niet. Het Hof baseert dit oordeel met name op het feit dat de werknemers in staat mochten worden geacht zelf de relevante vragen te stellen of onderzoek te doen.

De werkgever heeft echter volgens het Hof wel zijn zorgplicht geschonden door de werknemers niet te informeren over het feit dat zij wellicht een te groot risico namen bij het overdragen van de opgebouwde waarde in hun eindloonregeling naar Pensioenregeling 1999. Hoewel de drie geacht moeten worden ook die gevolgen te hebben begrepen en geweten, had de werkgever de plicht hen te beschermen tegen lichtvaardigheid en ondoordachtheid. De werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de schade die de werknemers hebben geleden maar komt met de schrik vrij. De werkgever heeft zijn tussenpersoon en adviseur in vrijwaring opgeroepen en het Hof oordeelt dat de schending van de zorgplicht door de werkgever op diens conto komt. Het komt mij voor dat het Hof op twee gedachten hinkt. Aan de ene kant voldoet de werkgever aan zijn zorgplicht waar het de wijziging van de pensioenregeling betreft maar – min of meer op grond van dezelfde overwegingen – voldoet de werkgever er niet aan wanneer het de waardeoverdracht betreft. Het Hof overweegt dat de werknemers de gevolgen hadden moeten begrijpen en geweten maar toch moeten ze tegen lichtvaardigheid en ondoordachtheid worden beschermd. De scheidslijn is moeilijk te trekken. Het blijft dus oppassen geblazen voor de werkgever bij de invulling van de zorgplicht. Het inzetten van de eigen adviseur voor het informeren van de werknemers ter invulling van die zorgplicht lijkt niet raadzaam want niet afdoende. Vanzelfsprekend kan een werkgever zijn eigen adviseur in vrijwaring oproepen maar voorkoming kan beter zijn dan genezing.

De tweede uitspraak die betrekking heeft op de overgang van een middelloonregeling naar een beschikbare premierregeling is van het **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (16 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6570)**. De tussenuitspraak dateert van 19 mei 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:3514). In het kort komt het erop neer dat de werkgever een aantal maal van eigenaar is veranderd maar wel steeds met een aantal ondernemingen die ook eigendom waren van haar eerste aandeelhouder in een groep van vennootschappen zat. Een tweetal zustervennootschappen van de eerste aandeelhouder van werkgever is failliet verklaard.

De pensioenregeling van werkgever tezamen met een aantal (failliete) zustervennootschappen was op basis van een vrijwillige aansluiting ondergebracht bij ABP (met een FPU-regeling). ABP wilde de aansluiting met de werkgever wel verlengen maar alleen wanneer de nog openstaande facturen van de gefailleerde bedrijven

werden betaald en alle werkmaatschappijen binnen de groep waarvan werkgever thans deel uitmaakte ook zouden worden aangesloten. Dit aanbod is door de moederverenootschap verworpen. Zij is een pensioencontract aangegaan met Zwitserleven. De pensioenregeling was een beschikbare premiereregeling. Een met de FPU vergelijkbare vroegpensioenregeling maakte er geen deel van uit. Een eenzijdig wijzigingsbeding was niet tussen werkgever en werknemers overeengekomen. De wijziging heeft de instemming van ABVAKABO FNV en 90% van de werknemers.

Een aantal werknemers stemt niet in en eist behoud van hun bestaande pensioenregeling. De kantonrechter wijst hun eis af en ook het Hof doet dat. Het Hof oordeelt met toepassing van de Stoof-Mammoetleer. Deze leer is van toepassing op de wijziging van een arbeidsovereenkomst waarbij getoetst wordt aan artikel 7:611 BW. Dit artikel stelt dat werkgever en werknemer zich als goed werkgever en goed werknemer ten opzichte van elkaar hebben te gedragen. Van een werknemer kan op basis van die verplichting – zo volgt uit de Stoof-Mammoetleer - worden gevergd dat hij instemt met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden wanneer het voorstel daartoe van de werkgever een redelijke grondslag heeft, het voorstel zelf redelijk is en de werknemer onredelijk zou handelen wanneer hij het voorstel zou weigeren. Of de Stoof-Mammoetleer ook op collectieve wijzigingen van de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn, is een vraag die nog niet door de Hoge Raad is beantwoord. Wanneer het antwoord ontkennend luidt, zou een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden (bij gebreke van een eenzijdig wijzigingsbeding) dan ook alleen kunnen worden doorgevoerd wanneer artikel 6:248 lid 2 BW van toepassing is. Dit artikel bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Een hoge drempel dus voor de werkgever die de pensioenovereenkomst wil wijzigen. Uit de grieven blijkt dat de kantonrechter de eis had verworpen op grond van artikel 6:248 lid 2 BW. Het Hof baseert zijn uitspraak dus op een lichtere toets (de redelijkheid in plaats van de onaanvaardbaarheid) dan de kantonrechter. Het Hof motiveert niet waarom de lichtere toets van artikel 7:611 BW wordt toegepast. Het Hof weegt het feit dat de regeling de instemming van ABVAKABO FNV had en 90% van de werknemers duidelijk mee in haar oordeel dat het voorstel tot wijziging van de pensioenregeling een redelijk voorstel is.

Uit het arrest valt niet op te maken of de werknemers zijn gecompenseerd voor het verlies aan (zekerheid van) pensioenopbouw. Het Hof noemt dit niet in zijn overwegingen. Bij de vaststelling of de werknemer zich onredelijk opstelt bij het afwijzen van een wijzigingsvoorstel van de werkgever, is een vorm van compensatie of een overgangsregeling vaak van doorslaggevende betekenis. Het Hof acht het feit dat de vakbond en het overgrote deel van de werknemers hebben ingestemd met de regeling belangrijker.

De pensioenfondsroute

Opzegging uitvoeringsovereenkomst door werkgever met als gevolg verminderd indexatieperspectief

De kantonrechter te Amsterdam (**24 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6742**) heeft geoordeeld dat een werkgever wanprestatie pleegt wanneer hij een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds opzegt als gevolg waarvan het indexatieperspectief met haar voormalige werknemers vermindert.

Het pensioenreglement in kwestie kende een – standaard – bepaling voor wat betreft de voorwaardelijke indexatie. Er wordt wel een ambitie vastgesteld maar voor de voorwaardelijke toeslagverlening wordt geen reserve gevormd en wordt geen premie betaald. De uitvoerder is een pensioenfonds. De voorwaardelijke toeslagverlening (wanneer het bestuur tot toekenning daarvan beslist) wordt uit het beleggingsrendement gefinancierd.

De werkgever (evenals de andere aangesloten werkgevers) zegt de uitvoering op en brengt de toekomstige opbouw onder bij een verzekeraar. Het pensioenfonds liquideert vervolgens en brengt de collectieve waarde in bij dezelfde verzekeraar. Er kan geen toeslag worden ingekocht. Het pensioenfonds wijzigt daarom voorafgaand aan de waardeoverdracht het pensioenreglement o.a. op het punt van indexatie. Daarmee ontstaat een situatie waarin geen enkel indexatieperspectief meer bestaat voor de slapers en gepensioneerden. De gepensioneerden komen daartegen in het geweer en wensen schadevergoeding van de werkgever op grond van wanprestatie.

De kantonrechter oordeelt dat door het verlies van indexatieperspectief een wijziging van de pensioenovereenkomst heeft plaatsgevonden. Niet gesteld of gebleken is dat in de pensioenovereenkomst een wijzigingsbeding is opgenomen of dat de gepensioneerden met een wijziging hebben ingestemd. De werkgever heeft een zorgplicht op grond van de eisen van goed werkgeverschap. Die zorgplicht moet zij ook nakomen jegens oud-werknemers en die bestaat er in casu in dat zij de belangen van die oud-werknemers had moeten meewegen bij haar besluit de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen wetende dat het pensioenfonds in een financieel kwetsbare positie verkeerde. Dit resulteert in een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst. De schade die de oud-werknemers lijden moet door de werkgever worden vergoed. Wat die schade is, is vooralsnog onduidelijk maar de uitspraak zelf is redelijk verstrekkend.

Dat de financieringsbron van de voorwaardelijke indexatie het beleggingsrendement is, is een veel voorkomende bepaling in pensioenreglementen. Deze bepaling heeft in deze tijden van steeds oplopende leeftijdsverwachting en lage rekenrente tot gevolg dat er niet geïndexeerd wordt. Dat wordt – althans daarop lijkt het – algemeen geaccepteerd zolang de uitvoeringsovereenkomst bestaat. Dit vanuit de (ijdele?) hoop dat wanneer de rekenrente weer stijgt en ook de stijging van de levensverwachting stabiliseert, (inhaal) indexatie weer kan worden toegekend. Van een verplichting van de werkgever om het gebrek aan indexatie gedurende het bestaan van de uitvoeringsovereenkomst te compenseren is – nog – niet gebleken. Wanneer de werkgever echter de uitvoeringsovereenkomst opzegt en het pensioenfonds vervolgens liquideert, is van (inhaal)indexatie geen sprake meer wanneer de financiële situatie van het pensioenfonds dat bij de waardeoverdracht niet toelaat en het pensioenfonds het reglement daarop aanpast. In dat geval zal – aldus deze kantonrechter – de werkgever alsnog voor het gemis aan indexatieperspectief moeten betalen. Dit terwijl de werkgever aan zijn onderbrengingsplicht heeft voldaan, altijd de verschuldigde premie heeft betaald (iets anders volgt niet uit de uitspraak) en ook overigens zijn verplichtingen op grond van de uitvoeringsovereenkomst is nagekomen.

De uitspraak laat veel ruimte voor discussie over de juistheid ervan. Het mag zo zijn dat zuiver de onderbrenging en het voldoen aan de verplichtingen op grond van de uitvoeringsovereenkomst de pensioenovereenkomst zelf niet ongedaan maakt¹ maar op grond van de Pensioenwet heeft de werkgever aan zijn verplichtingen op grond van de pensioenovereenkomst voldaan en de uitvoeringsovereenkomst voldaan. De zorgplicht van de werkgever wordt hiermee (te) ver opgerekt.

Wat in de uitspraak onderbelicht blijft (of misschien is het niet gesteld door partijen) is de rol van het pensioenfonds. Niet duidelijk is of het pensioenfonds het recht had de indexatiebepaling te wijzigen (lees schrappen) en wanneer zij dat recht wel had, in hoeverre dat recht onderdeel uitmaakte van de pensioenovereenkomst en de pensioenfondsroute een rechtsgeldige wijziging mogelijk had gemaakt.

Wijziging van waarderingsgrondslagen door het pensioenfonds

Een uitspraak die veel stof heeft doen opwaaien in pensioenland in 2016 was de uitspraak in hoger beroep van het Hof 's-Hertogenbosch in de zogenaamde MSD-zaak. De uitspraak zelf dateert van 2015 (**15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229**). De casus was als volgt.

Pensioenfonds Stichting Schering-Plough (SPPF) voert een pensioenregeling uit die naast een uitkeringsregeling ook voor een deel bestaat uit een beschikbare premieregeling. Uiterlijk op pensioendatum wordt het saldo van de beschikbare premieregeling aangewend voor verhoging van de pensioenaanspraken. In het pensioenreglement is opgenomen dat bij de omzetting van kapitaal naar uitkering de door het bestuur van SPPF bepaalde geslachtsafhankelijke waarderingsgrondslagen en overige waarderingsgrondslagen van het fonds worden aangewend.

Op enig moment is de beschikbare premieregeling afgeschaft en is SPPF ontbonden. De deelnemers met een kapitaal konden dit kapitaal inbrengen bij een PPI of omzetten in aanspraken en onderbrengen bij pensioenfonds MSD. Daarbij zijn de inkooptarieven gehanteerd op basis van het pensioenreglement van SPPF zoals dat gold op 31 december 2012. In tegenstelling tot de jaren tot 1 september 2010 werd daarbij ook

¹ Zie de noot van T. Huijg bij de uitspraak. PJ 2016/138

rekening gehouden met een solvabiliteitsopslag en een incasso-opslag. De hoogte van de in te kopen pensioenaanspraken werd daardoor lager dan verwacht. Een aantal deelnemers heeft, tezamen met een vakbond die bij de totstandkoming van de cao betrokken was, van MSD geëist dat zij hen daarvoor zou compenseren wegens een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst. De kantonrechter heeft de eis afgewezen en eenzelfde lot treft de appellanten in hoger beroep.

Het Hof komt tot zijn oordeel met toepassing van de cao-uitleg. Dat betekent dat in beginsel de bewoordingen van de cao en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevend betekenis zijn. Het komt dan niet aan op de bedoelingen van partijen voor zover deze niet uit de bepalingen en de toelichting kenbaar zijn maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

De pensioenregeling is opgenomen in artikel 14 van de cao waarbij o.a. is bepaald dat de pensioenregeling is neergelegd in de statuten, reglementen en het huishoudelijk reglement van SPPF. Ook is vermeld dat herijking van de beschikbare premies eenmaal per vijf jaar kan plaatsvinden, rekening houdend met de waarderingsgrondslagen van SPPF. Partijen hebben niets gesteld over elders in de cao gebruikte formuleringen en ook ontbreekt een toelichting op de cao. De tekst van artikel 14 van de cao is daarmee doorslaggevend, zo oordeelt het Hof. Uit die tekst volgt dat de statuten, reglementen en het huishoudelijk reglement van SPPF zijn geïncorporeerd en dat de inhoud van de pensioenovereenkomst wordt bepaald door hetgeen in die documenten is vastgelegd. Wanneer die reglementen wijzigen, wijzigt naar het oordeel van het Hof ook de inhoud van de pensioenovereenkomst.

Waar het dan uiteindelijk op aankomt, is wat met waarderingsgrondslagen wordt bedoeld in het pensioenreglement van SPPF. De stelling van de eisers dat de term “waarderingsgrondslagen” niet is gedefinieerd in het pensioenreglement en dat pas sinds 1 september de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag ten laste van de

deelnemers is gebracht, wordt door het Hof niet gevolgd. Het Hof is het met MSD eens die stelt dat de term “waarderingsgrondslagen” met toepassing van de cao-uitleg moet worden geduid. Met name op grond van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de gegeven uitleg komt het Hof tot de conclusie dat daarmee ook de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag wordt bedoeld. SPPF had dus het recht die te wijzigen.

De stelling dat MSD onvoldoende informatie heeft verschaft over de regeling (schending van de zorgplicht) wordt door het Hof evenmin aanvaard. In de eerste plaats omdat de informatieverplichting onder de PSW (onder welke wet de beschikbare premiereregeling tot stand is gekomen) voor de werkgever niet van toepassing was. De plicht was alleen van toepassing op het pensioenfonds. Het Hof stelt in de tweede plaats dat een verwijzing naar artikel 7:655 BW op grond waarvan de werkgever een aantal informatieverplichtingen heeft jegens de werknemer niet opgaat. In dit artikel staat niet dat de werkgever uitleg moet geven over de inhoud van de pensioenregeling. Een beroep van eisers op 7:611 BW slaagt evenmin. Daarbij is overigens van doorslaggevende betekenis dat eisers alleen stellen dat de vakbond die mede-eiser is niet tot het afsluiten van de cao zou hebben besloten wanneer zij goed geïnformeerd zou zijn geweest. Dat de werknemers niet goed zouden zijn geïnformeerd, wordt niet gesteld, althans dat volgt niet uit de uitspraak. Het Hof verwierpt het beroep van de vakbond op artikel 6:2 BW (partijen bij een verbintenis moeten zich redelijk en billijk ten opzichte van elkaar gedragen) en 6:248 lid 2 BW omdat het een professionele partij betreft en de onderhandelingen over de beschikbare premiereregeling vrij langdurig en minutieus zijn gevoerd.

Het oordeel van het Hof is vrij rechttoe rechtaan en komt erop neer dat wanneer de statuten en reglementen van het pensioenfonds in de pensioenovereenkomst zijn geïncorporeerd, een daaruit volgende wijziging van de pensioenovereenkomst door de werknemers moet worden geaccepteerd. De werkgever is tot niet meer verplicht dan betaling van de pensioenpremie. Dit oordeel staat dus haaks op het oordeel van de kantonrechter zoals hiervoor behandeld waarbij de wijziging van het reglement door het pensioenfonds niet leidde tot een wijziging van de pensioenovereenkomst en de werkgever te kort kwam in de nakoming van de pensioenovereenkomst. Het enkele feit dat in de pensioenovereenkomst wordt verwezen naar de statuten en

reglementen van het pensioenfonds zou dus al voldoende moeten zijn om het bestuur van het pensioenfonds een wijziging te kunnen laten doorvoeren in de pensioenovereenkomst.

De MSD-uitspraak is op zich helder maar toch wringt het naar mijn mening dat een term in de reglementen (waarderingsgrondslagen) door het pensioenfonds van tijd tot tijd anders kan worden ingevuld. Tot 1 september 2010 vormden de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag geen onderdeel van de waarderingsgrondslagen en daarna wel. De pensioenovereenkomst zelf wijzigt daardoor formeel gesproken niet (het blijft een beschikbare premiereregeling met een bepaalde inleg) maar de uitkomst is minder dan voorzien. Het pensioenfonds kan een dergelijke ingrijpende beslissing nemen zonder dat de werknemers daarop enige directe invloed hebben.

In dit kader verwijs ik ook naar de uitspraak van de kantonrechter van de **Rechtbank Midden-Nederland (25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8275)** die ik heb besproken in mijn bijdrage aan de Kroniek 2015. In die uitspraak bepaalde de kantonrechter dat het pensioenfonds per definitie gerechtigd is om de voorwaardelijke indexatie aan te passen omdat die geen onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst. Ten overvloede werd opgemerkt dat het pensioenreglement aan de directie van de pensioenuitvoerder (het betrof hier een pensioenovereenkomst tussen een werknemer en een pensioenuitvoerder) de discretionaire bevoegdheid gaf tot wijziging van het pensioenreglement.

Wijziging van de premieverdeling door het (verplichtgestelde) bedrijfstakpensioenfonds
In mijn bijdrage aan de Kroniek van 2015 heb ik toegezegd nader in te gaan op de uitspraak in de bodemprocedure tussen Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT) en de Bovag. Het **Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2016:3725)** volgt de door mij in de Kroniek 2015 weergegeven uitspraak van het Hof te Den Haag in de kort gedingprocedure (ECLI:NL:GHDHA:2015:711) niet.

Een kleine oprisser vooraf. De sector Metaal en Techniek bestaat uit een aantal subsectoren waaronder Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijf. De partijen die in deze subsectoren de cao's afsloten, werkten van oudsher samen in de Vakraad. Bovag is in

2010 uit de Vakraad gestapt. De verplicht gestelde regeling van PMT gold wel voor de werkgevers en werknemers in de cao voor Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijf die Bovag afsloot. In die cao is verder o.a. overeengekomen dat de pensioenpremie voor de helft door de werkgever en voor de helft door de werknemer wordt betaald.

Het bestuur van PMT besluit vervolgens om de premieverdeling aan te passen, zodanig dat die voor de werknemers wordt verlaagd en voor de werkgevers wordt verhoogd. Het gaat binnen het bestek van dit artikel wat ver om te bespreken hoe deze bevoegdheid voor PMT tot stand is gekomen maar zowel het Hof te Den Haag als het Hof Arnhem Leeuwarden gaan er in hun arresten vanuit dat de bevoegdheid zoals neergelegd in het pensioenreglement en de beleidsbesluiten van PMT rechtsgeldig tot stand is gekomen.

Het Hof te Den Haag baseert zijn oordeel op het feit dat PMT de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers doorkruist. Dat is in strijd met artikel 6 ESH. PMT had wel de bevoegdheid om de premieverdeling te bepalen maar was daartoe niet verplicht. PMT heeft daardoor onvoldoende rekening gehouden met de belangen van de Bovag en haar leden.

Het Hof te Arnhem oordeelt dat uit artikel 4 van de Wet Bpf 2000 volgt dat deelnemers alsmede, voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds moeten naleven. Uit artikel 8 van genoemde wet volgt dat de bijdrage van de deelnemers ook op basis van doorsneepremie wordt bepaald. Het Hof te Arnhem is overigens wel van mening dat de premies voor VPL-rechten geen pensioenpremies zijn en genoemde artikelen daarom voor VPL-premies niet gelden.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden is voorts van mening dat PMT niet in strijd handelt met artikel 105 lid 2 Pensioenwet. Dit artikel verplicht de (mede) beleidsbepalers bij een pensioenfonds tot een evenwichtige belangenbehartiging verplicht zijn. Bovag had gesteld dat zij zich niet op evenwichtige wijze vertegenwoordigd voelde door PMT omdat het bestuur van PMT niet aan de wens van Bovag tegemoet wilde komen om voor haar leden een op de cao Motorvoertuigen en Tweewielerbedrijf gebaseerde premieverdeling door te voeren. Het Hof oordeelt dat de enkele weigering van PMT

om aan die wens tegemoet te komen (ten koste van de solidariteit binnen de bedrijfstak) onvoldoende is om tot het oordeel te komen dat er sprake is van een onevenwichtige belangenafweging. Bovag vangt dus bot op basis van een strikte lezing van de Wet Bpf 2000 waar het Hof te Den Haag de contractsvrijheid tussen werkgever en werknemer hoog in het vaandel had staan en Bovag op basis daarvan in het gelijk had gesteld.

Uit de laatste vier hiervoor behandelde uitspraken volgt dat wijziging van de (uitkomst van) de pensioenovereenkomst door een beslissing van het pensioenfonds waarop de werknemer noch de werkgever directe invloed heeft, ingrijpende gevolgen kan hebben. In twee uitspraken wordt de eis van (oud-) werknemers tot compensatie door de werkgever afgewezen. In de derde uitspraak moet de werkgever wel compensatie bieden. De leden van Bovag hebben eveneens de besluiten van het bestuur van het pensioenfonds te respecteren terwijl dat besluit ingaat tegen hetgeen in de pensioenovereenkomst is afgesproken.

Geen van de uitkomsten is naar mijn mening geheel bevredigend. Enerzijds is de opvatting te verdedigen dat wanneer de statuten en reglementen van een pensioenfonds (want deze problematiek doet zich met name bij een uitvoering door pensioenfonds voor) de werknemer daardoor is gebonden. Ervan uitgaande dat de wijzigingen zelf correct zijn doorgevoerd en het besluit van het bestuur van het pensioenfonds de toets aan vennootschapsrechtelijke bepalingen, de norm van artikel 105 lid 2 PW en de norm van artikel 3.13 BW (misbruik van bevoegdheid) en artikel 6:248 lid 2 BW doorstaat, kan de door het besluit gebonden werknemer daar weinig tegenin brengen². Anderzijds is ook te verdedigen dat wanneer een besluit van het pensioenfondsbestuur impact heeft op (het beoogde resultaat van) de pensioenovereenkomst (de pensioenovereenkomst wordt daardoor gewijzigd) dit alleen kan wanneer werkgever en (oud-)werknemer daarmee instemmen. Zo niet, dan dient of de pensioenovereenkomst of de uitvoeringsovereenkomst of het pensioenreglement te worden aangepast. Het rechtsgeldig wijzigen van de arbeidsovereenkomst (en dus de pensioenovereenkomst) is een onderwerp waarover

² Zie bijvoorbeeld de Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012/119 Delta Lloyd welke uitspraak door de Hoge Raad zonder nadere motivering is verworpen bij arrest van 8 november 2013 PJ 2013/191.

in het arbeidsrecht veelvuldig wordt geïncideerd en geschreven. De mogelijkheden zijn groot. Wijziging kan via cao, via het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, met toepassing van artikel 7:613 BW of met toepassing van de Stoof-Mammoetleer (zie hiervoor). De contouren van hetgeen daarbij tussen werkgever en werknemer geldt, worden steeds duidelijker (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden hiervoor). Het bestuur van het pensioenfonds is echter niet aan die rechtspraak noch aan de arbeidsrechtwetgeving gebonden. De uitspraak tussen PMT en Bovag laat zien dat deze problematiek wordt vergroot wanneer er sprake is van een deelneming in de regeling van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Een afspraak in de cao kan terzijde worden gesteld door het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds. Daardoor ontstaat een discrepantie tussen de wijziging van de pensioenovereenkomst en de overige onderdelen van de arbeidsovereenkomst. De vraag is of dat een terechte ontwikkeling is en of dat geen afbreuk doet aan hetgeen met de pensioendriehoek met zijn scheiding tussen de drie types relaties, is bedoeld³.

³ Zie nader over deze problematiek o.a. : H. Breuker in P&P 2008/3 en M. Heemskerk c.s., Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek TPV 2012/42

3. Uitleg van de uitvoeringsovereenkomst

Petra van Straten MSc LL.M. CPL, Promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit

Inleiding

De uitleg van een uitvoeringsovereenkomst is geen zuiver pensioenjuridisch leerstuk. Overeenkomsten worden overal gesloten. Een uitvoeringsovereenkomst is ook een "gewone" overeenkomst⁴ met enkele verplichte onderdelen zoals artikel 25 van de Pensioenwet eist. Dat betekent dat ook voor de uitvoeringsovereenkomst het uitgangspunt van de contractsvrijheid geldt. Partijen zijn vrij om te contracteren met wie en waarover ze willen tenzij de inhoud of strekking in strijd is met de wet, openbare orde of goede zeden.⁵ Zoals bijvoorbeeld een overeenkomst waarin wordt afgesproken dat een bedrijf gedeeltelijk "wit" zal worden betaald en gedeeltelijk "zwart" om zo een gedeelte van de koopsom voor de fiscus verborgen te houden.⁶ Een dergelijke overeenkomst is krachteloos wegens strijd met de goede zeden. Een partij kan dan ook geen nakoming van een krachteloos geworden overeenkomst vorderen. Partijen sluiten contracten met elkaar als ze een transactie aangaan. Bij pensioencontracten gaan partijen veelal een langdurige relatie met elkaar aan. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst kunnen partijen overwegen een compleet contract te sluiten. Maar vaak is een dergelijk relationeel contract of duurovereenkomst niet compleet. Partijen hebben niet alle situaties beschreven in de overeenkomst. Enerzijds om te voorkomen dat er nu hoge kosten moeten worden gemaakt om alle toekomstige gevallen uit te onderhandelen anderzijds omdat simpelweg niet alle toekomstige gevallen kunnen worden voorzien.⁷ De

⁴ Zie meer specifiek over het karakter van een uitvoeringsovereenkomst: Asser/Lutjens, randnummer 166, Kluwer 2016

⁵ 3:40 BW

⁶ Rechtbank Dordrecht, 24-09-1975, ECLI:NL:RBDOR:1975:AC5621

⁷ Zie uitgebreid over dit onderwerp: R.H.J. van Bijnen, aanvullend contractenrecht (diss. Tilburg), Boom juridische uitgevers Den Haag 2005

uitvoeringsovereenkomst is dus zelden een compleet contract. Dat verklaart ook de vele discussies die worden gevoerd rond (de beëindiging van) de uitvoeringsovereenkomst.

De uitvoeringsovereenkomst (en ook het uitvoeringsreglement) leidt op verschillende onderdelen tot juridische discussies, zo ook in 2016. Ik bespreek de jurisprudentie over 2016 aan de hand van drie thema's: de uitleg van een uitvoeringsovereenkomst, de opzegging van een uitvoeringsovereenkomst en de rol van de ondernemingsraad bij de uitvoeringsovereenkomst.

Uitleg

Overeenkomsten waarbij twee partijen zijn betrokken worden uitgelegd via de Haviltex-formule.⁸ Het gaat hier om een uitleg van bepalingen in de overeenkomst op basis van de redelijkheid en billijkheid. Hier is vooral een rol weggelegd voor de feitenrechter. De rechter moet de bedoeling en verwachtingen van partijen achterhalen. Als je bedenkt dat een uitvoeringsovereenkomst juist incompleet is omdat partijen niet alles hebben (willen of kunnen) overzien 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, de rechter, redelijk voorkomt.

Premievrij en/of koopsomvrij

Wegens wijziging van de uitvoeringsovereenkomst tussen B&S en ASR wordt de verzekering premievrij gemaakt (**Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3984, PJ 2016/103**). B&S en ASR verschillen van mening of premievrijmaking ook impliceert dat B&S niet langer gehouden is koopsommen voor indexatie te betalen. Op basis van het pensioenreglement hadden de deelnemers recht op indexatie conform de door het bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Levensmiddelen verleende indexatie in hetzelfde jaar. De indexatie werd gefinancierd

⁸ Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4518, NJ 1981/635

uit de beschikbare overrente aangevuld door de werkgever als de overrente ontoereikend was.

Bij het premievrijmaken van de pensioenverzekering werd een wijzigingsovereenkomst gesloten. De wijzigingsovereenkomst werd gesloten omdat de werknemers van B&S over zouden gaan naar een andere pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder. Gepensioneerden, oud-werknemers en oudere werknemers van B&S bleven achter in de regeling van ASR. De wijzigingsovereenkomst verwees naar het pensioenreglement waar de indexatie bepaling en de wijze van financiering was omschreven. Per 1 januari 2006 heeft ASR conform het pensioenreglement de pensioenen geïndexeerd en ASR vordert nu betaling van B&S van deze indexatie. Nergens is expliciet bepaald dat bij premievrijmaking van de verzekeringen ook geen koopsommen voor indexatie meer verschuldigd zouden zijn. Het komt nu aan op de uitleg van de overeenkomst. B&S bepleit een zuiver grammaticale uitleg die erop neerkomt dat "premienvrij" zo moet worden uitgelegd dat er geen euro, dus ook geen koopsom, meer verschuldigd is door B&S op grond van de Wijzigingsovereenkomst. Het Hof overweegt dat de meest geschikte (redelijke) uitlegmethode in beginsel een taalkundige is omdat partijen zijn bijgestaan door (juridische) adviseurs bij het opstellen van de Wijzigingsovereenkomst. Maar de betreffende bepaling omtrent premievrijmaking moet wel worden gezien in het licht van overige voor de uitleg relevante bepalingen van de overeenkomst.⁹ Het Hof oordeelt dat premievrij maken wat anders is dan "geen koopsommen betalen". Een premievrij pensioen kan immers worden geïndexeerd. De door B&S voorgestane uitleg ligt daarom grammaticaal en pensioentechnisch niet voor de hand. Uit de wijzigingsovereenkomst volgt dus niet dat partijen hebben beoogd om de betaling van koopsommen en dus de indexatie stop te zetten.

In casu was de Pensioen- en spaarfondsenwet van toepassing. Op basis van de PSW kon de verzekeraar dan ook zelfstandig betaling van de kosten voor indexatie van de werkgever vorderen. Op grond van artikel 29 PW kan de verzekeraar de pensioenopbouw naar de toekomst stopzetten door premievrijmaking. Voor de toewijzing van toekomstige indexatie had het Hof dan ook van ASR een uitleg verwacht

⁹ Uitleg volgens ECLI:NL:HR:2007:BA4909 en ECLI:NL:HR:2007:AZ3178)

hoe zich dit verhoudt in het licht van artikel 29 PW. Ik meen dat het Hof erop doelt dat een mededeling aan de werknemers dat de pensioenopbouw zal worden stopgezet meer voor de hand ligt. Die uitleg heeft B&S niet gegeven en dus wordt de vordering van ASR dat B&S ook toekomstige indexatie moet gaan betalen door het Hof niet reeds bij voorbaat toegewezen.

Contractuele beleidsvrijheid van een verzekeraar

Een andere procedure speelde rond de uitleg van de contractuele beleidsvrijheid van een verzekeraar ten aanzien van een gesepareerd beleggingsdepot (**Gerechtshof Amsterdam, 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:862, PJ 2016/102**). Bij een gesepareerd beleggingsdepot heeft de verzekeringnemer, de werkgever, meer zeggenschap over de beleggingen met als doel meer beleggingsvrijheid om een beter resultaat te bereiken. De beleggingen zijn ondergebracht in een gesepareerd beleggingsdepot. Een werkgever heeft dan veel vrijheid maar de verzekeraar blijft verantwoordelijk voor het nakomen van de pensioenverplichtingen jegens de werknemers. In casu had de verzekeraar dan ook in de uitvoeringsovereenkomst mogelijkheden in gebouwd om periodiek te beoordelen of het depot voldoende middelen bevatte om de verzekerde pensioenen na te komen. Daarin had de verzekeraar zich een bepaalde mate van beleidsvrijheid gegeven. Als er naar het oordeel van de verzekeraar onvoldoende middelen in het depot waren kan de verzekeraar ingrijpen door de beleggingsmix aan te passen of beleggingen te verkopen. Het Hof oordeelt allereerst dat deze afspraken conform de jurisprudentie moeten worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm. De partijbedoeling is het uitgangspunt maar, oordeelde het Hof, vanuit praktisch oogpunt moet aan de taalkundige uitleg van de bepaling gelezen tegen de overeenkomst als geheel een groot belang worden toegekend. Het Hof leest in de overeenkomst dat Zwitserven zich een zekere beoordelingsvrijheid heeft voorbehouden en dat de werkgever dat ook heeft moeten begrijpen. Het stond de verzekeraar dan ook vrij om de grondslagen voor de verzekering aan te passen. Bijvoorbeeld door de meeste recente overlevingstafels te gebruiken bij het berekenen van de verplichtingen.¹⁰ De verzekeraar kon de variabelen voor het berekenen van de pensioenverplichtingen

¹⁰ Hier kun je de vraag stellen in hoeverre dit voorzienbaar is geweest voor de werkgever toen hij het contract aanging.

nader invullen omdat de beleidsvrijheid expliciet in de overeenkomst aan de verzekeraar toekwam. Het Hof geeft wel aan dat die beleidsvrijheid overigens zijn begrenzungen kent. Als het ingrijpen van de verzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dan zou dit ingrijpen vernietigbaar¹¹ kunnen zijn of kunnen worden aangevuld of beperkt.¹² Dit zijn twee verschillende juridische gronden, waarbij 7:904 lid 1 BW geldt voor de verzekeraar en 6:248 BW geldt voor het contractenrecht. De vraag welke grondslag de rechter dan moet gebruiken komt niet aan de orde omdat het ingrijpen door het Hof als aanvaardbaar werd beschouwd. De tekst van de uitvoeringsovereenkomst geeft de verzekeraar de ruimte om bepaalde grootheden voor de berekening van de pensioenverplichtingen te kiezen. Het pensioenverzekeringsproduct met gesepareerd beleggingsdepot is een riskant product. Wil de werkgever zijn beleggingsvrijheid behouden maar daalt de waarde van de beleggingen dan zal de werkgever bankgaranties moeten stellen. Wanneer de werkgever dat niet meer wil neemt de verzekeraar de beleggingen weer over en zal het de gestelde bankgaranties innen. Een werkgever zal vaak (te) lang bankgaranties blijven stellen in de hoop dat de beleggingsportefeuille weer in waarde toeneemt want stoppen leidt er sowieso toe dat de bankgaranties worden geïnd. Mr. Thijsen schreef al enkele noten over dit onderwerp.¹³

Onverschuldigde betaling

Baggeraar Boskalis nam in 2010 Smit over. Dat is niet zonder slag of stoot gegaan.¹⁴ Het Pensioenfonds Smit voerde een pensioenregeling uit en een voorwaardelijke pensioenregeling in de zin van het uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal akkoord 2004 (Kanis-regeling).¹⁵ De voorwaardelijke pensioenregeling kent pas pensioenaanspraken toe aan werknemers bij inkoop, het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, of uiterlijk in 2020. Een dergelijk voorwaardelijk pensioen

¹¹ 7:904 lid 1 BW

¹² artikel 6:248 BW

¹³ Zie bijvoorbeeld zijn noot in PJ 2016/102

¹⁴ zie bijvoorbeeld <https://www.beleggersbelangen.nl/2015/07/06/komt-die-overname-er-of-niet/> of <http://www.rijnmond.nl/nieuws/17575/Overname-Smit-door-Boskalis-is-rond>

¹⁵ Besluit van 16 juli 2005, Stb. 2005, 391, laatstelijk gewijzigd op 20 december 2007, Stb 2007,572

kwaliceert niet als een pensioen in de zin van de Pensioenwet.¹⁶ Er was reeds in 2014 en 2015 door Smit een bedrag gestort bij het Pensioenfonds Smit om deze voorwaardelijke pensioenregeling te kunnen nakomen.

In 2012 zijn de werknemers van Smit door middel van een overgang van onderneming overgegaan naar Boskalis. Vanaf dat moment was Boskalis dan ook verplicht de Kanis-regeling na te komen. Het Pensioenfonds Smit had vanaf die datum geen verplichtingen meer om de kanis-regeling na te komen maar het beschikte nog wel over bedragen die door Smit waren gestort om de Kanis-regeling na te komen. Het Hof concludeert dan ook dat het Pensioenfonds Smit ongerechtvaardigd is verrijkt door dit geld onder zich te houden (**Gerechtshof 's-Gravenhage 31 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1422, PJ 2016/121**). Het Pensioenfonds Smit had ook verzocht aan het Hof om terug te komen op haar eerdere beslissing. Het Pensioenfonds Smit had gesteld dat zij door de overgang van alle werknemers naar een andere pensioenuitvoerder *de facto* een gesloten fonds is geworden en dat de werkgever dan uit hoofde van de uitvoeringsovereenkomst een "opslag voor de bij de aangroei van de pensioenverplichtingen behorende uitvoeringskosten" verschuldigd zou zijn. Voor het Hof is het duidelijk dat in 2012 niet of nauwelijks aangroei van pensioenaanspraken heeft plaatsgehad en dat het gevorderde bedrag aan opslagkosten niet kon worden toegewezen. Het Hof komt niet terug op de beslissing omdat het Pensioenfonds Smit hieromtrent onvoldoende onderbouwing heeft aangeleverd om te stellen dat de vergoeding toch moet worden toegewezen. In 2014 oordeelde de rechtbank dat de werkgever bepaald bedragen zoals overeengekomen in een vaststellingsovereenkomst vervroegd diende te storten doordat het pensioenfonds door de overgang van de actieve werknemers een gesloten fonds was geworden.¹⁷ Afhankelijk van de precieze onderbouwing van alle bedragen zou met het Alcatel-arrest in de hand nog betoogd kunnen worden dat de werkgever extra kosten verschuldigd is omdat, door de "beëindiging" van de uitvoeringsovereenkomst door alle actieve deelnemers uit de regeling te halen, hij schade dient te vergoeden.

¹⁶ Artikel 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet

¹⁷ Rechtbank Rotterdam, 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1451, PJ 2014/67

Opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst

Een uitvoeringsovereenkomst kan een bepaalde looptijd of een onbepaalde looptijd hebben.¹⁸ Beide typen overeenkomsten kunnen een opzegbepaling bevatten. Als de werkgever gebruik maakt van die opzegmogelijkheid kan een pensioenfonds hiervan nadeel ondervinden en de schade die hierdoor mogelijk ontstaat door de werkgever vergoed willen zien. Op dit punt is dit jaar in het Alcatel-arrest weer wat meer licht in de duisternis gekomen.

Alcatel

Het Alcatel-dossier heeft veel media-aandacht gekregen.¹⁹ Hier speelde het volgende. Alcatel had in 2010 de uitvoeringsovereenkomst met het Alcatel Pensioenfonds opgezegd tegen 31 december 2011. De uitvoeringsovereenkomst bepaalde dat Alcatel bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst additionele bedragen aan het Pensioenfonds diende te betalen. Alcatel ontkende niet dat er betalingsverplichtingen bestonden maar uitsluitend indien deze verplichtingen waren overeengekomen in de uitvoeringsovereenkomst. In hoger beroep had het Pensioenfonds zich subsidiair erop beroepen dat ook betalingsverplichtingen, voorzover niet overeengekomen, kunnen voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. Op dit argument was het Gerechtshof Den Haag niet ingegaan. Dat is reden voor de Hoge Raad om het arrest van het Hof Den Haag te casseren wegens een motiveringsgebrek (**Hoge Raad 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, PJ 2016/101 met noot E. Lutjens**).²⁰

De uitvoeringsovereenkomst is geen bijzondere overeenkomst maar een "gewone" duurovereenkomst. Dat betekent dat de regels omtrent het opzeggen van duurovereenkomsten ook van toepassing is op de opzegging van een

¹⁸ Zie uitgebreid over dit onderwerp: Asser/Lutjens, randnummer 245-255, Kluwer 2016

¹⁹ zie bijvoorbeeld: <http://pensioenpro.fd.nl/login/?target=%2Flaatstenieuws%2F631950-1606%2Fhoge-raad-geeft-pensioenfonds-alcatel-lucent-gelijk> en zie ook:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/12/01/kamerbrief-over-stichting-pensioenfonds-alcatel-lucent>

²⁰ Voor de volledigheid: de Hoge Raad casseert het arrest van het Hof ook nog op het punt dat het Hof oordeelde dat het pensioenfonds geen belang had bij de verklaring voor recht dat de werkgever alle opgebouwde pensioenrechten zou respecteren. Ik heb dit verder buiten bespreking gelaten.

uitvoeringsovereenkomst. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 4.4.2. allereerst een samenvatting van eerdere arresten over het opzeggen van duurovereenkomsten. Zowel duurovereenkomsten met als zonder opzegbepaling kunnen in beginsel worden opgezegd. Maar de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de partij die opzegt een bepaalde opzegtermijn in acht neemt en/of een schadevergoeding betaalt. Verder is de algemene lijn in de jurisprudentie ten aanzien van de opzegging van uitvoeringsovereenkomsten dat de partij die opgezegd wordt zich kan verweren tegen de opzegging, ongeacht of de uitvoeringsovereenkomst een opzegmogelijkheid bevat.²¹

In rechtsoverweging 4.4.3. geeft de Hoge Raad wat meer inkleuring aan de specifieke omstandigheden die invulling geven aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in het geval van de opzegging door Alcatel. Zoals het van toepassing zijn van herstelmaatregelen en de omstandigheid dat de werkgever een verantwoordelijkheid behoud jegens zijn (ex-)werknemers.

Mijn interesse gaat uit naar de overweging van de Hoge Raad dat gewicht moet worden toegekend aan de omstandigheid dat artikel 25 lid 1, aanhef en onder h. van de Pensioenwet, namelijk dat de verzekeraar, de ppi en het algemeen pensioenfonds voorwaarden moeten opnemen in de uitvoeringsovereenkomst die gelden bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Daar kan men twee kanten mee op. Of het verwijzingshof oordeelt dat het een bewuste keuze van de wetgever is geweest om deze verplichting niet aan een ondernemingspensioenfonds op te leggen en dat de contractsvrijheid en daarmee dus de inhoud van de specifieke uitvoeringsovereenkomst voorop staat. Of het verwijzingshof gaat een billijkheidscorrectie toepassen zodat het belang van de werkgever en het ondernemingspensioenfonds evenwichtig(er) wordt gediend. Hetgeen resulteert in een additionele betalingsverplichting voor de werkgever.

De zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof Amsterdam. Die zal moeten beoordelen of er op grond van de redelijkheid en billijkheid nog ruimte is om aanvullende betalingen, die dus niet expliciet in de uitvoeringsovereenkomst zijn overeengekomen, te verlangen van Alcatel.

²¹ Zie noot P.G.M. Brouwer onder het Alcatel-arrest in JOR 2016/294

In dit arrest stond de uitleg van de uitvoeringsovereenkomst niet zozeer ter discussie. De vraag is meer of de opzegging van de overeenkomst en de gevolgen van die opzegging leiden tot een schadevergoedingsplicht. Hoewel artikel 25 van de Pensioenwet dus geen verdere verplichtingen voor partijen bevat om in het geval van een bij een pensioenfonds uitgevoerde regeling afspraken te maken over de beëindiging kunnen juist de specifieke pensioenaspecten ervoor zorgen dat de redelijkheid en billijkheid met zich gaat meebrengen dat additionele betalingsverplichtingen ontstaan bij een beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst. Dat zal het Hof Amsterdam gaan beoordelen.

KLM

KLM zegde in 2016 de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds voor de piloten op ("KLM Vliendfonds") per 1 december 2016. Tussen KLM en de vakbond (Vereniging voor Nederlandse Verkeersvliegers, VNV) was een pensioenovereenkomst overeengekomen. Tussen KLM en het KLM Vliendfonds was daarop een uitvoeringsovereenkomst gesloten. Onderdeel van de uitvoeringsovereenkomst was een bijstortingsverplichting van KLM. Door de inwerkingtreding van het nieuw Financieel Toetsingskader voor Pensioenfondsen per 1 januari 2015 weegt de bijstortingsverplichting extra zwaar bij KLM. Dat heeft ertoe geleid dat KLM de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds heeft opgezegd. In de kort geding procedure tussen vakbond VNV en werkgever KLM over het pensioenprotocol is uitgemaakt dat een opzegging door KLM waarbij een opzegtermijn van vier maanden wordt gehanteerd weliswaar kort is maar gezien de zware last die de bijstortingsverplichting met zich meebrengt niet op voorhand onredelijk (**Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 27 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6084, PJ 2016/161 met noot E. Lutjens**). In deze procedure werd door de vakbond in kort geding geprocedeerd. Ook het pensioenprotocol werd beschouwd als een duurovereenkomst en daarmee was opzeggen in beginsel mogelijk. Beide partijen hebben hierna hoger beroep ingesteld.²² Er werd dus geen uitspraak gedaan in de verhouding tussen KLM en het pensioenfonds. Vanuit de positie van het pensioenfonds en met in achtneming van het Alcatel-arrest zou gesteld kunnen worden dat de opzegging op een dergelijke korte

²² W. Rutten, Bijstortingsverplichtingen KLM: wordt vervolgd, Pensioenmagazine 2016/156

termijn danwel is toegestaan maar ook inhoudt dat KLM een schadevergoeding dient te betalen aan het pensioenfonds. Deze kort gedingprocedure werd echter niet door het pensioenfonds gevoerd maar door de vakbond. De vordering was gebaseerd op het pensioenprotocol. Hoe het ook zij; kennelijk hebben partijen ook elkaar weer weten te vinden want op de website van het KLM Vliegendfonds staat dat de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst is ingetrokken.²³

De rol van de ondernemingsraad ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst

Met de wijziging van de Wet op de ondernemingsraden per 1 oktober 2016 is het instemmingsrecht van de ondernemingsraad gewijzigd.²⁴ Op grond van art. 27 lid 1 sub a WOR is ieder (voorgenomen) besluit ten aanzien van het vaststellen, wijzigen of intrekken van een pensioenovereenkomst instemmingsplichtig, ongeacht de pensioenuitvoerder. Het verschil tussen pensioenfondsen en pensioenverzekeraars ten aanzien van het instemmingsrecht is daarmee komen te vervallen. Daarnaast bevat artikel 27 lid 7 WOR nadere uitwerking dat het instemmingsrecht ook betrekking kan hebben uit onderdelen van de uitvoeringsovereenkomst. Bepalend is of de regeling/bepaling van invloed is op de pensioenovereenkomst. Daaronder wordt in ieder geval begrepen: regelingen over de wijze waarop de verschuldigde premie wordt vastgesteld, de maatstaven voor en de voorwaarden waaronder toeslagverlening plaatsvindt en de keuze voor onderbrenging bij een bepaalde pensioenuitvoerder, pensioeninstelling uit een andere lidstaat of verzekeraar met zetel buiten Nederland. Het is niet altijd duidelijk wanneer bepalingen in een uitvoeringsovereenkomst onder het instemmingsrecht kunnen vallen. De SER heeft wat praktische tips hierover op haar website gezet.²⁵

De ondernemingsraad heeft overigens geen instemmingsrecht als een aangelegenheid het uitsluitende terrein van de vakbonden betreft. Dat werd dit jaar maar weer eens duidelijk in de eerste zaak die werd gewezen na de wetswijziging. **(Rechtbank**

²³ <https://www.klmvliegendfonds.nl/nieuws/opzegging-uitvoeringsovereenkomst-van-de-baan>

²⁴ Staatsblad 2016, 249

²⁵ <http://www.ser.nl/nl/themas/or-en-medezeggenschap/instemmingsrecht-pensioenen/tips.aspx>

Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7912, JAR 2017/1 met noot I. Zaal). Luchtvaartmaatschappij KLM had de uitvoeringsovereenkomst met het KLM piloten pensioenfonds opgezegd (zie ook hiervoor). Dat betekende dat er per 1 december 2016 een nieuwe pensioenuitvoerder moest zijn om de pensioenregeling van KLM uit te voeren. KLM was in discussie met het pensioenfonds maar wilde voor de zekerheid een nieuw pensioenfonds opzetten voor het geval de overleggen met het pilotenpensioenfonds niet succesvol zouden zijn. KLM vroeg hiervoor instemming aan haar ondernemingsraad. De ondernemingsraad weigerde dit en KLM vroeg de kantonrechter om vervangende toestemming om de pensioenregeling onder te brengen bij een nieuwe pensioenuitvoerder. Gelet op de wetswijziging per 1 oktober 2016 was er geen twijfel mogelijk dat hiervoor instemming nodig zou zijn, het betrof immers wijzigen van pensioenuitvoerder en de premievaststelling, beiden onderwerpen zijn expliciet genoemd in artikel 27 lid 7 WOR. De ondernemingsraad en de vakbond VNV wijzen er echter op dat de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder inhoudelijk is geregeld in de thans geldende cao er is dan ook geen ruimte om via de ondernemingsraad de wijziging van uitvoerder te regelen. De kantonrechter gaat hierin mee. De verhouding tussen instemmingsrecht en cao staat hiermee weer duidelijk op het netvlies. Artikel 27 lid 3 WOR gaat voor op het instemmingsrecht van de ondernemingsraad als een onderwerp al inhoudelijk bij cao is geregeld.

Onder het oude recht was de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst niet instemmingsplichtig (zie **Gerechtshof 's-Gravenhage 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3175, PJ 2016/160 met noot E. Lutjens**). In 2016 diende het hoger beroep in de procedure tussen Aon Groep Nederland BV en de ondernemingsraad van Aon. Aon had in 2011 en 2012 de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds gewijzigd waarbij de bijstortingsverplichting was vervallen. Aon verzoekt vervolgens om instemming voor de invoering van een nieuwe beschikbare premieovereenkomst uit te voeren door een PPI of verzekeraar. Deze instemming wordt verkregen maar de ondernemingsraad beroept zich op de nietigheid van het besluit van Aon om de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds te beëindigen en de ondernemingsraad beroept zich op de nietigheid van het besluit tot het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst zonder bijstortingsverplichting.

In de Kroniek Pensioenrechtspraak 2015 is de procedure in eerste aanleg besproken. Daarin had de rechtbank -in het kort - bepaald dat hoewel het vervallen van een bijstortingsverplichting gevolgen kan hebben voor de pensioenovereenkomst, dit twee gescheiden documenten zijn. De ondernemingsraad kan wel een instemmingsrecht hebben ten aanzien van de pensioenovereenkomst, maar heeft dat niet ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst omdat dit niet in artikel 27 van de wet op de ondernemingsraden was bepaald.

Ook in hoger beroep is de centrale vraag of aan de ondernemingsraad een instemmingsrecht toekomt ten aanzien van het wijzigen van de uitvoeringsovereenkomst wanneer dit de pensioenovereenkomst kan raken. De ondernemingsraad beroept zich daarbij onder andere op toekomstige wetgeving, namelijk de inwerkingtreding van het uitgebreide instemmingsrecht van een ondernemingsraad. Het hof lijkt bereid om over dit standpunt na te denken maar oordeelt dat in 2011/2012 de situatie ten aanzien van het uitbreiden van het instemmingsrecht nog zo onzeker was omdat nog slechts sprake was van een conceptwetsvoorstel dat er onvoldoende aanleiding is om op het wetsvoorstel te anticiperen. Net als de rechtbank oordeelt het Hof dat de uitvoeringsovereenkomst wel nauw verbonden is met de pensioenovereenkomst maar dat ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst geen instemmingsrecht gold.

Tot slot

Een contract zonder leemtes zou mogelijk tot minder procedures kunnen leiden. Zoals aangegeven in de inleiding en zoals uit de jurisprudentie volgt sluiten partijen echter nooit complete contracten. Er kunnen zich altijd situaties voordoen waarover partijen van te voren niet (kunnen) hebben nagedacht. Dat leidt onherroepelijk tot allerlei procedures maar een alternatief is er niet echt.

Het complete contract is niet alleen een juridisch leerstuk. Ook vanuit de economische theorie is er veel interesse in het complete contract. Dit jaar is de Nobelprijs voor de economie uitgereikt aan Oliver Hart en Bengt Holmström. Zij deden onderzoek naar hoe contracten kunnen helpen bij het nader tot elkaar brengen van partijen met

tegengestelde belangen.²⁶ De economische invalshoeken kunnen ook bijdragen aan een verbetering/optimalisering van juridische contracten. Het onderwerp uitleg van overeenkomsten blijft volop in beweging!

²⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Contract_theory

4. Beëindiging arbeidsovereenkomst

mr. Laila Berrich CPL, advocaat Houthoff Buruma

Pensioenontslag

Naar aanleiding van de wijzigingen in het pensioenontslag op basis van de Wet werk en zekerheid (WWZ) was het te verwachten dat 2016 ons diverse uitspraken zou brengen over de uitleg van het pensioenontslag.

De WWZ geeft twee mogelijkheden voor pensioenontslag: (i) een pensioenontslagbeding vastgelegd in CAO of arbeidsovereenkomst en (ii) opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever in verband met of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Pensioengerechtigde leeftijd

Eén van de punten onder de WWZ waar onduidelijkheid over bestaat – en waar geschillen over te verwachten waren - is de term "pensioengerechtigde leeftijd". De Kantonrechter in Utrecht mocht over een dergelijk geschil oordelen (**27 januari 2016, JAR 2016/102**). In deze procedure ging het om een aanvullende pensioenregeling waarin de pensioengerechtigde leeftijd was vastgesteld op 65 jaar. In 2006 was er sprake van een reorganisatie waarbij twee werknemers, op grond van het sociaal plan, de keuze maakten om in dienst te blijven tot aan de pensioenrichtdatum. Als gevolg van de wijziging van de AOW kwam de AOW-leeftijd van de werknemers ruim zes maanden later te liggen. De werknemers stellen dat hun arbeidsovereenkomsten pas op die latere AOW-datum eindigen. De kantonrechter oordeelt dat de peildatum de datum is waarop de afspraak tot stand kwam en op dat moment waren de pensioenrichtdatum en de AOW-leeftijd gelijk aan elkaar. Bovendien spreekt de beëindigingsovereenkomst tussen partijen over de pensioenrichtdatum en niet over de AOW-leeftijd. De kantonrechter oordeelde hier dat werknemers na een verhoging van de AOW-leeftijd niet ineens langer in dienst waren gebleven.

Voordat de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd werd ingevoerd, was het duidelijk dat de pensioengerechtigde leeftijd 65 jaar was. Nu hebben we te maken met een AOW-leeftijd die stapsgewijs wordt verhoogd en een pensioenleeftijd in pensioenreglementen die over het algemeen gekoppeld is aan de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar. In bovengenoemde uitspraak waren de afspraken gemaakt in een tijd dat deze discrepantie nog niet bestond. Lastiger zal het zijn om te voorspellen hoe dergelijke geschillen beoordeeld zullen worden voor situaties waarin AOW-leeftijd en pensioenrichtleeftijd al wel uit elkaar lopen.

Onduidelijke definiëring van een pensioenontslagbeding kan ook tot geschillen leiden. Een pensioenontslagbeding dat aansloot bij "de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar" was na wijziging van pensioenuitvoerder niet langer gedefinieerd. De werkgever wil, vanwege het bereiken van de AOW- gerechtigde leeftijd, afscheid nemen van een werknemer. De pensioenleeftijd in het pensioenreglement was echter 67 jaar. Na protest van de werknemer, die uitgegaan was van pensioenleeftijd 67, zegde de werkgever de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk op. Het Hof oordeelde in kort geding dat de pensioengerechtigde leeftijd gelezen moest worden als de AOW-leeftijd (**Gerechtshof 's Hertogenbosch, 22 maart 2016, JAR 2016/112**). Het Hof overwoog hierbij dat uit de bewoordingen van het pensioenontslagbeding blijkt dat partijen de bedoeling hadden om het einde van de arbeidsovereenkomst niet afhankelijk te laten zijn van de wil van één van hen. Uit de AOW volgt objectief wat de pensioenleeftijd is, terwijl werknemer wel invloed heeft op de ingangsdatum van het aanvullend pensioen. Op zich vind ik de uitspraak wel te volgen, maar dat neemt niet weg dat een andere uitleg ook mogelijk geweest zou zijn. Deze uitspraak onderstreept het belang van een duidelijke definitie van de pensioengerechtigde leeftijd.

Het Hof geeft ook mee dat indien de werknemer gelijk had en de juiste datum op 67 lag, het pensioenontslagbeding van toepassing zou zijn voor die datum en dat eerdere opzegging niet toegestaan zou zijn (**Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, PJ 2016/74**). Pensioenopzegging na het pensioenontslagbeding wordt door het Hof mogelijk geacht. Dat sluit dus aan bij bovengenoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.

Pensioenopzegging

Ook de pensioenopzegging heeft in 2016 tot procedures geleid. Op grond van artikel 7:669 lid 4 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, dan wel bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, opzeggen in verband met of na het bereiken van de overeengekomen leeftijd dan wel de overeengekomen pensioenleeftijd. Dit is slechts anders indien die mogelijkheid tot opzegging schriftelijk is uitgesloten. Een uitsluiting waarmee werkgevers niet snel akkoord zullen gaan, omdat zij daarmee immers een stukje flexibiliteit opgeven.

Of een werkgelegenheidsgarantie voor een aantal jaren uitgelegd kan worden als een schriftelijke uitsluiting van het recht op pensioenopzegging was onderwerp van discussie in een geschil bij de **Rechtbank Zeeland-West-Brabant (4 maart 2016, PJ 2016,77)**. In deze kwestie was er een sociaal plan van toepassing voor de periode 1 maart 2013 tot 1 maart 2018. Onderdeel van het sociaal plan was een werkgelegenheidsgarantie. Werkgever zegt per 1 juli 2015 de arbeidsovereenkomst van een werknemer op wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De werknemer stelt dat de opzegging niet rechtsgeldig is vanwege het bestaan van een werkgelegenheidsgarantie. De kantonrechter oordeelt dat de werkgelegenheidsgarantie enkel is bedoeld om gedwongen ontslagen in het kader van boventaligheid te voorkomen. De beëindiging van een arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd kan niet aangemerkt worden als een gedwongen ontslag. De rechtbank oordeelde dat de werkgever door de werkgelegenheidsgarantie niet het recht op pensioenopzegging had uitgesloten.

Naar mijn idee een begrijpelijke uitspraak. De werkgelegenheidsgarantie had op geen enkele wijze het doel om te voorkomen dat er een beroep gedaan zou worden op de pensioenopzegging. De kwalificatie van schriftelijke uitsluiting van de opzegging lijkt mij dan ook niet aan de orde.

Pensioenopzegging na pensioenontslagbeding

Een andere onduidelijkheid die de WWZ met zich brengt is of pensioenopzegging nog kan na een pensioenontslagbeding. De kantonrechter in Amsterdam (**Rechtbank Amsterdam , 24 maart 2016, ECLI:NL: RBAMS:2016:1678**) deed hier uitspraak over. In deze zaak ging het om een arbeidsovereenkomst die door partijen stilzwijgend was voortgezet nadat werknemer de pensioenleeftijd had bereikt, terwijl er een pensioenontslagbeding van toepassing was. Werkgever zegt de arbeidsovereenkomst later alsnog op. Werknemer vordert vervolgens loondoorbetaling en stelt dat er een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan na de stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst was niet ontstaan voordat de werknemer de AOW-gerechtigde had bereikt en opzegging op grond van artikel 7:669 lid 4 kan daarom niet rechtsgeldig geschieden. De kantonrechter is van mening dat strikt juridisch er misschien wel sprake was van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar dat dit geen recht doet aan de feitelijke situatie en ook niet aan de strekking van de wet. Werknemer was zowel voor als na de pensioendatum in dienst van dezelfde werkgever en werkgever heeft slecht één maal beroep gedaan op opzegging vanwege de pensioenleeftijd.

Strikte uitleg van de wet en de wetsgeschiedenis zou naar mijn idee tot een andere uitkomst moeten leiden. De eerste arbeidsovereenkomst is immers door het pensioenontslagbeding van rechtswege geëindigd. De kantonrechter koos hier voor een praktische benadering. Een benadering om in de praktijk dus rekening mee te houden, maar die mij juridisch niet correct lijkt.

5. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en vrijstellingen

mr. Jan Aart van de Hoef CPL, advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

In deze kroniekperiode is een aantal interessante uitspraken gedaan die ik hierna zal bespreken. Daarbij is een indeling aangebracht van de verschillende uitspraken in de volgende onderwerpen te weten: meldingsplicht, betalingsonmacht en hoofdelijke aansprakelijkheid, vrijstelling van verplichte deelneming, verplichting tot betaling van en invordering van pensioenpremies, verjaring van premievorderingen en uitleg van materiele werkingsfeer verplichtstellingsbesluiten.

Vrijstelling van verplichte deelneming.

Een werkgever die onder de materiele werkingsfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioen valt kan het bedrijfstakpensioenfonds verzoeken om het verlenen van vrijstelling. Op 12 maart 2015 (**ECLI:NL:RBROT:2015:1615, PJ 2016/71**) oordeelde Rechtbank Rotterdam over een geschil tussen een werkgever en het bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Textielgoederen en Aanverwante Artikelen. Het geschil betrof de vraag of het pensioenfonds bevoegd was om een vrijstelling als bedoeld in artikel 6 van het Vrijstellings- en boetebesluit (hierna: "VBB") voor een tijdelijke duur te verlenen. Op grond van artikel 7 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak, bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht tegen besluiten genomen op grond van de Pensioenwet, delen van de Wet op het financieel toezicht, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet Bpf 2000, is de Rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht exclusief bevoegd om te oordelen over geschillen terzake het verlenen van vrijstellingen. Het pensioenfonds stelde zich op het standpunt dat, nu door de werkgever niet was voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van een (verplichte) vrijstelling als bedoeld in artikel 2 VBB (kort gezegd toepasselijk indien sprake is van een tijdelijke eigen pensioenregeling), hij niet verplicht was om een doorlopende vrijstelling te verlenen. Daarom was het pensioenfonds van mening dat hij met het verlenen van een tijdelijke vrijstelling, voor de resterende duur van het lopende pensioenverzekeringscontract van de werkgever, kon volstaan en daarmee

voldoende tegemoet was gekomen aan de belangen van de werkgever afgewogen tegenover zijn eigen belangen bij aansluiting.

De werkgever stelde zich daarentegen op het standpunt dat het pensioenfonds geen beperking in de tijd aan de vrijstelling mocht verbinden. De rechtbank oordeelde dat artikel 6 VBB zich niet verzet tegen een tijdelijke vrijstelling en dat een beperking in tijdsduur niet kan worden beschouwd als een voorschrift als bedoeld in artikel 7 VBB. Voorts betoogde de werkgever dat de kosten voor de behandeling van de vrijstelling van EUR 2.500 door het pensioenfonds in rekening gebracht onevenredig hoog waren en gematigd dienen te worden. De Rechtbank wees ook dit betoog af omdat deze forfaitaire kosten, bestaande uit kosten voor de bestuursadviseur en fondsactuaris, standaard in rekening gebracht worden.

De conclusie is dat conform de gangbare praktijk van een tijdelijke of afloop vrijstelling door de Rechtbank wordt gesanctioneerd.

Een andere zaak betrof de vraag aan welke eisen de tijdige eigen pensioenregeling als bedoeld in artikel 2 VBB dient te voldoen. Volgens artikel 2 VBB wordt (verkort weergegeven) aan de werkgever die daartoe een verzoek doet een vrijstelling van verplichte deelneming verleend door het bedrijfstakpensioenfonds indien de werknemers van die werkgever al deelnemen in een pensioenregeling die ten minste zes maanden voor het moment van indiening van de aanvraag tot verplichtstelling van kracht was, óf indien de werkgever voor die werknemers al een pensioenregeling heeft getroffen die al ten minste zes maanden voor het moment dat de verplichtstelling op hem en zijn werknemers van toepassing werd van kracht was. Op 6 september 2016 (**ECLI:NL:CBB:2016:281, PJ 2016/147**) oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven daarover in een procedure tussen een werkgever met een eigen pensioenregeling bij een pensioenverzekeraar en Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten. De aanvraag voor de verplichtstelling werd ingediend op 22 september zodat de eigen pensioenregeling tenminste op 22 maart 1998 van kracht diende te zijn. De werkgever ontving van Zwitserleven een offerte voor een pensioenverzekering gedateerd op 6 februari 1998. Uit correspondentie van 8 april 1998 bleek echter dat op dat moment nog geen werknemers waren aangemeld en ook nog geen premies waren ingelegd. Ook bleek uit de offerte dat deze alleen gestand zou

worden gedaan na aanmelding van minimaal vijf werknemers in de pensioenregeling. De werkgever voerde aan dat de pensioenverzekering tot stand was gekomen op 20 maart 1998 door inzending van het afsluitformulier zodat er tijdige wilsovereenstemming bestond tussen hem en de pensioenverzekeraar.

Het College oordeelde evenwel dat de pensioenverzekering niet tijdig tot stand was gekomen omdat geen aanmelding van werknemers plaatsvond voor 22 maart 1998 hetgeen voor totstandkoming een voorwaarde was. Ook oordeelde het College dat een bevestiging van een pensioenconsulent van het pensioenfonds dat sprake was van een tijdige eigen regeling niet kan worden opgevat als een toezegging van het pensioenfonds dat vrijstelling zal worden verleend.

Een ander aspect aan de zaak was dat het College een verzoek van de werkgever om aanhouding van de zaak, om een relevant oordeel van de Hoge Raad af te wachten terzake de werkingssfeer van het pensioenfonds, werd afgewezen. In lijn met vaste rechtspraak beoordeelde het College de zaak als een voorwaardelijk verzoek om vrijstelling, derhalve onder de voorwaarde dat verplichte deelneming bestaat.

Melding betalingsonmacht en hoofdelijke aansprakelijkheid

Volgens artikel 23, lid 2 e.v. van de Wet Bpf 2000 is de rechtspersoon verplicht tot het doen van onverwijld melding van betalingsonmacht van pensioenpremies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Vindt deze melding niet (tijdig) plaats dan wordt de bestuurder op grond van het vierde lid van de bepaling aansprakelijk voor de niet betaalde pensioenpremies en wordt vermoed dat niet betaling aan hem te wijten is. Gerechtshof Amsterdam oordeelde op 26 april 2016 (**ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, PJ 2016/119**) in een procedure over de vraag of een werkgever die een faxbericht verzond aan het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf heeft voldaan aan de meldingsplicht van betalingsonmacht. De werkgever vermeldde in deze fax de betalingsonmacht, verwees naar eerdere correspondentie en verzocht het pensioenfonds te laten weten of dit faxbericht voldoende was of dat nadere informatie gewenst was. Het Gerechtshof oordeelde onder verwijzing naar de verplichting als bedoeld in artikel 2, lid 3 Besluit

meldingsregeling Wet Bpf 2000 dat de werkgever niet aan de voorgeschreven informatieverplichting had voldaan. Hij had weliswaar de betalingsonmacht genoemd maar het bericht gaf geen inzicht in de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hadden geleid. De verwijzing naar een betalingsregeling was daarvoor ontoereikend.

Het gevolg was dat de bestuurder volgens artikel 23, lid 1 jo. lid 4 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk was voor de onbetaalde premies en hij alleen werd toegelaten tot het weerleggen van het vermoeden dat niet-betaling niet aan hem te wijten is indien hij aannemelijk maakt dat hem geen verwijt treft van het feit dat geen melding plaatsvond. Omdat de bestuurder hiervoor geen feiten aanvoerde staat vast dat niet betaling het gevolg was van onbehoorlijk bestuur zodat de bestuurder daarvoor hoofdelijk aansprakelijk was.

Uit het bovenstaande volgt eens te meer de noodzaak om een melding van betalingsonmacht tijdig, zorgvuldig en vooral compleet aan een bedrijfstakpensioenfonds te doen ten einde hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder te voorkomen.

In een andere zaak ging het om een bestuurder die zijn aandelen had overgedragen aan een derde die vervolgens niet voldeed aan de daarbij overeengekomen verplichting tot premieafdracht aan een bedrijfstakpensioenfonds. Deze premienota's hadden betrekking op de bestuursperiode van hiervoor (eerst) genoemde bestuurder. De bestuurder beriep zich op het feit dat hij de volledige bedrijfsadministratie had overgedragen aan de verkrijger van zijn aandelen en derhalve geen inzicht (meer) had in de bedrijfsvoering zodat hem geen persoonlijk verwijt van niet-betaling kon worden gemaakt. Bovendien zou hij als vermeld afspraken hebben gemaakt met de overnemende partij over afdracht van de pensioenpremies die achteraf niet zijn nagekomen. Van betalingsonmacht als bedoeld in artikel 23, lid 2 Wet Bpf 2000 was door de rechtspersoon geen melding gemaakt.

Rechtbank Rotterdam was op 8 juni 2016 (**ECLI:NL:RBROT:2016:4364, PJ 2016/105**) in deze zaak van oordeel dat nu er geen melding betalingsonmacht had plaatsgevonden, vermoed wordt dat niet-betaling aan de bestuurder is te wijten en dit het gevolg is van onbehoorlijk bestuur zodat bestuurder daarvoor hoofdelijk aansprakelijk is.

Voorts acht de Rechtbank het verweer dat de bestuurder geen persoonlijk verwijt trof na overdracht van zijn aandelen ongegrond omdat het handelen van die derde voor zijn risico komt en betreffende wetgeving juist beoogt om het ontlopen van aansprakelijkheid voor premieafdracht door aandelenoverdracht aan een derde te voorkomen. Ook was ongeloofwaardig dat hij zich niet bewust was van de verplichting tot premieafdracht omdat hij al langere tijd in branche actief was.

Werkingsfeer en uitleg verplichtstellingsbesluiten

De Hoge Raad wees voor de rechtspraak inzake uitzending, payrolling en detachering op 4 november 2016 (**ECLI:NL:HR:2016:2356, PJ 2017**) een bijzonder belangwekkend arrest. Het betrof hier de cassatie in de procedure van Care 4 Care Human Resources B.V. tegen het Bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten (hierna: "StiPP"). Tot deelneming in StiPP zijn kort gezegd verplicht de uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming en waarbij de uitzendonderneming de natuurlijke of rechtspersoon is die voor ten minste 50% van het premieplichtig loon uitzendkrachten ter beschikking stelt aan opdrachtgevers, zijnde de werkgever als bedoeld in artikel 7:690 BW e.v.

In deze procedure ging het om de vraag of de allocatiefunctie een vereiste is voor de uitzendovereenkomst. Met de allocatiefunctie wordt over het algemeen de zogenaamde 'piek en ziek' functie bedoeld, derhalve het bij elkaar brengen van vraag en aanbod naar tijdelijke arbeid zoals vervanging bij ziekte of het opvangen van plotselinge opkomende werkzaamheden. Tevens ging het in deze zaak om de vraag of voldaan was aan het vereiste van artikel 7:690 BW te weten dat de opdrachtgever leiding en toezicht houdt op de werkzaamheden van werknemers. Het betrof hier hoog opgeleide professionals die langdurig werden gedetacheerd bij opdrachtgevers.

De Hoge Raad oordeelde dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:690 BW niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan die zijn gemeld in de bepaling zelf, te weten dat sprake is van ter beschikkingstelling van een werknemer door een werkgever aan een derde om krachtens opdracht onder leiding en toezicht van de derde arbeid te verrichten.

Ook volgt dit niet uit de tekst van de bepaling en volgt aldus de Hoge Raad uit de toelichting op de bepaling dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de klassieke uitzendrelatie onder de bepaling zouden vallen.

Ten aanzien van het onderdeel leiding en toezicht volgt de Hoge Raad de beoordeling van Gerechtshof Amsterdam te weten dat de opdrachtgever, ondanks het feit dat de desbetreffende werknemers hoogopgeleid zijn en gespecialiseerde werkzaamheden verrichten ten aanzien waarvan opdrachtgevers zelf over onvoldoende kennis beschikken en die hun werkzaamheden volgens hun eigen professionele standaarden verrichten, desalniettemin over een (overgedragen) instructiebevoegdheid beschikken.

Samenvattend oordeelde de Hoge Raad dat de allocatiefunctie geen vereiste is voor de uitzendovereenkomst en dat sprake kan zijn van leiding en toezicht door de inlener terzake werkzaamheden verricht door hoogopgeleide gedetacheerde werknemers zodat de werkgever onder de werkingssfeer van StiPP valt. Hiermee is (eindelijk) een einde gekomen aan de discussie over de vraag of de werkzaamheden van hoogopgeleide gedetacheerde professionals onder de uitzenddefinitie van 7:690 BW e.v. en daarmee onder de werkingssfeer van StiPP (kunnen) vallen.

Op 6 september 2016 (**ECLI:NL:GHSHE:2016:4026, PJ 2016/134**) wees Gerechtshof 's-Hertogenbosch arrest in een zaak omtrent de uitleg van het 'in hoofdzaakcriterium' in een verplichtstellingsbesluit. Een werkgever houdt zich naast werkzaamheden die onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds vallen (glaswerkzaamheden) ook bezig met andere werkzaamheden (bouwwerkzaamheden). Om onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds te vallen dient de werkgever zich in hoofdzaak bezig te houden met glaswerkzaamheden. De kern van het geschil draaide om de vraag wanneer sprake is van 'in hoofdzaak'. In eerste aanleg kwam de Rechtbank tot het oordeel dat het bij de uitleg erom gaat dat de glaswerkzaamheden worden geplaatst tegenover iedere andere activiteit in plaats van tegenover de gezamenlijke andere activiteiten. Volgens deze uitleg zou immers sneller zijn voldaan aan het 'in hoofdzaak' criterium.

Het Gerechtshof stelde geheel in lijn met vaste rechtspraak eerst vast dat uitleg volgens de Cao-norm dient te geschieden hetgeen betekent dat het aankomt op de

tekst van de bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de verplichtstelling, de aannemelijkheid van het rechtsgevolg (van die uitleg) en de kennelijke strekking van de regeling waartoe de bepaling behoort in aanmerking nemende. In het verplichtstellingsbesluit is bepaald dat bij het 'in hoofdzaak' criterium eerst gekeken moet worden naar het aantal werknemers en anders naar de omzet. Bij omzet is vermeld 'eventuele andere activiteiten van de werkgever' en enige andere definitie van het 'in hoofdzaak' criterium ontbreekt. Het Gerechtshof oordeelt dat het begrip 'in hoofdzaak' moet worden uitgelegd conform het normaal spraakgebruik, ofwel 'het merendeel'. Zij vervolgt dat Van Dale in hoofdzaak omschrijft als het belangrijkste, gewichtigste zaak, aangelegenheid of deel, en plaatst het tegenover het begrip bijzaak. In andere zaken werd ook besloten dat het aankomt op een absolute meerderheid. Daarnaast kan uitleg die ertoe leidt dat indien een kleine meerderheid van de werkzaamheden als gevolg heeft dat de werkgever onder een bepaalde werkingsfeer valt, leiden tot afbakeningsproblemen met andere fondsen. Dit leidt ertoe dat het Gerechtshof de uitleg van de Rechtbank niet volgt en oordeelt dat het gaat om de glaswerkzaamheid gesteld tegenover het totaal van de gezamenlijke andere werkzaamheden.

Tenslotte oordeelde het Gerechtshof nog over de subsidiaire stelling van het pensioenfonds dat in een periode waarin de werkgever (achteraf) niet onder de werkingsfeer zou blijken te vallen sprake zou zijn geweest van vrijwillige aansluiting. Het Hof volgt dit standpunt niet omdat dan de verplichte deelname geruisloos zou zijn overgegaan in een vrijwillige deelname. Opgemerkt zij hier dat vrijwillige deelname berust op een aansluitingsovereenkomst tussen de werkgever en het pensioenfonds. Hiervan was niet gebleken.

Op 10 juni 2016 (**ECLI:NL:HR:2016:1172, PJ 2016/104**) verwierp de Hoge Raad het beroep in cassatie ingesteld door Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (hierna: "BPMT") tegen een arrest van Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 12 augustus 2014 (PJ 2014/142). Het Gerechtshof oordeelde daarbij dat het 'in hoofdzaakcriterium' dient te worden uitgelegd en dat dit ziet op een absolute meerderheid van het aantal werknemers, respectievelijk het aantal uren en concludeert dat de werkgever derhalve niet onder werkingsfeer van BPMT valt. De Hoge Raad verwerpt het beroep in cassatie van BPMT, gezien artikel 81, lid 1 RO, zonder nadere motivering.

Verjaring van premievorderingen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen

In een arrest van 7 juni 2016 (**ECLI:NL:GHSHE:2016:2294, PJ 2016/110**) oordeelde Gerechtshof 's-Hertogenbosch over het hoger beroep in een procedure tussen een werkgever en BPMT. De zaak betreft de door BPMT en sociale fondsen gestelde aansluitverplichting en verplichting tot premiebetaling door de werkgever. In het hoger beroep stelt de werkgever dat aansluiting en aanmelding kwalificeert als een verbintenis tot nakoming die is onderworpen aan de klachtplicht als bedoeld in artikel 6:89 BW. Het Gerechtshof oordeelt hierover dat deze bepaling ziet op gevallen van ondeugdelijke nakoming van een overeenkomst en niet op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht. Dat laatste is hier aan de orde zodat de klachtplicht naar het oordeel van het Hof niet aan de orde is.

Het Hof oordeelt voorts dat de vordering van BPMT tot betaling van nader vast te stellen premies een uit de rechtsbetrekking tot voldoening van periodieke vorderingen betreft. Die vordering verjaart volgens artikel 3:308 BW door verloop van vijf jaren na opeisbaarheid daarvan behoudens stuitingshandelingen. De vordering tot het verstrekken van gegevens aan het pensioenfonds verjaart aldus het Hof volgens artikel 3:306 BW door verloop van twintig jaren.

In een vergelijkbare procedure oordeelde Rechtbank Noord-Nederland op 15 juni 2016 (**ECLI:NL:RBNNE:2016:2905, PJ 2016/114**) geheel in lijn met Gerechtshof Den Bosch in de hiervoor besproken procedure dat de vordering tot premiebetaling van BPMT en sociale fondsen krachtens artikel 3:308 BW verjaarde vijf jaar na opeisbaarheid daarvan. De zaak betrof voorts de (feitelijke) vraag of de werkgever onder de werkingssfeer van BPMT viel. De Rechtbank oordeelt tevens dat een beroep van BPMT op artikel 3:320 jo. 3:321 BW tot verlenging van de verjaringstermijn met zes maanden na bekendwording, in verband met het verborgen houden van de vordering voor BPMT door de werkgever, niet slaagt omdat de daarvoor vereiste opzet van de werkgever niet kon worden aangetoond. De verjaringstermijn voor de vordering van aanlevering van gegevens aan BPMT bedraagt aldus de Rechtbank 20 jaar als bedoeld in artikel 3:306 BW nu daarvoor geen specifieke andere termijn geldt.

Een beroep op verjaring terzake de premievordering slaagde in deze beide procedures derhalve omdat aangenomen werd dat artikel 3:308 BW hierop van toepassing was en reeds vijf jaren na opeisbaarheid waren verstreken. Opeisbaarheid ontstond van rechtswege en volgt uit het feit dat de ondernemingen onder werkingssfeer vielen. Denkbaar is dat een pensioenfonds zich beroept op onrechtmatigheid van de zijde van een werkgever die zich niet aansluit omdat die daardoor niet voldoet aan de wettelijke verplichting tot verplichte deelneming. In dat geval zou de verjaringstermijn van 3:310 BW toepasselijk zijn, waarbij de vijfjaarstermijn aanvangt vanaf het moment van bekendheid van de schuldeiser met zijn schade en schadeveroorzaker zodat geen sprake zou zijn geweest van verjaring²⁷.

Verplichting tot betaling van en invordering van pensioenpremies

Bedrijfstakpensioenfondsen hebben volgens artikel 21 van de Wet Bpf 2000 de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een dwangbevel indien een bijdrage na aanmaning en verloop van dertig dagen niet is voldaan. Op 19 april 2016 (**ECLI:NL:GHSHE:2016:1523, PJ 2016/70**) oordeelde Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat het bedrijfstakpensioenfonds de vrijheid heeft om haar bevoegdheid tot het uitvaardigen van een dwangbevel uit te vaardigen naar eigen goeddunken kan uitoefenen. De betrokken werkgever beriep zich erop dat het pensioenfonds in redelijkheid niet tot uitoefening van die bevoegdheid kon komen in de afweging van zijn belang bij dat dwangbevel tegenover het belang van de werkgever dat daardoor werd geschaad. De werkgever voerde aan dat door het uitbrengen van een dwangbevel de belangen van andere werknemers binnen de groep ondernemingen van de werkgever werden geschaad omdat het risico zou ontstaan dat die in deconfiture zouden geraken. Deze stelling van de werkgever werd volgens het Hof onvoldoende onderbouwd en verworpen.

Voorts overweegt het Hof dat het evidente belang van het pensioenfonds is gelegen in het feit dat zij wel pensioenuitkeringen moet verrichten, ondanks het uitblijven van premiebetalingen. Dit leidt ertoe dat aan premiebetaling strikt de hand dient te

²⁷ Zie ook over verjaring de bijdrage van Petra van Straten Msc LL.M. CPL in Kroniek Pensioenrechtspraak 2014 VvPj pag. 61-64.

worden gehouden zodat uitholling van de collectiviteit en solidariteit wordt voorkomen. Het concludeert daarom dat geen sprake was van misbruik van bevoegdheid door het uitbrengen van een dwangbevel.

Tussen werkgevers en verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen bestaat met grote regelmaat discussie over de hoogte van verschuldigde pensioenpremies. Daarbij gaat het veelal om de opgegeven en gehanteerde deelnemers- en inkomensgegevens. Op 17 mei 2016 (**ECLI:NL:GHSHE:2016:1936, PJ 2016/87**) wees Gerechtshof Den Bosch arrest in een procedure over een dergelijk dispuut tussen een werkgever en bedrijfstakpensioenfonds voor beroepsvervoer over de weg. Het pensioenfonds had over enkele jaren premienota's vastgesteld en heeft die vervolgens weer (deels) gecrediteerd en gewijzigd zonder daarbij adequate toelichting te verschaffen hetgeen leidde tot oninzichtelijke premievorderingen.

Ook in de procedure ontbrak de vereiste duidelijkheid en het Gerechtshof weigerde om het pensioenfonds alsnog de gelegenheid te geven om haar vorderingen nader toe te lichten ten einde onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen. Het Hof redeneerde dat het pensioenfonds zich zowel in als buiten rechte niet heeft gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid en dat zij tevens meer dan voldoende gelegenheid had gehad om haar vorderingen inzichtelijk te maken. Voorts was van belang dat partijen tijdens comparitie in eerste en tweede aanleg afspraken maakten over het verkrijgen van nadere informatie door het pensioenfonds. Deze afspraken werden door het pensioenfonds niet nagekomen zodat het Hof de premievorderingen van het pensioenfonds afwees.

In een andere zaak (**ECLI:NL:GHSHE:2016:186, PJ 2016/45**) voor Gerechtshof 's-Hertogenbosch ging het eveneens om een onduidelijke premievordering van een bedrijfstakpensioenfonds. Het pensioenfonds kreeg in hoger beroep opdracht duidelijkheid te verschaffen over verschuldigde premiepercentages hetgeen geschiedde en de vordering (uiteindelijk) werd toegewezen. Echter, de aanspraak van het pensioenfonds op buitengerechtelijke incassokosten werd afgewezen omdat het pensioenfonds weliswaar buitengerechtelijke werkzaamheden heeft verricht, maar dat op zodanige wijze was verricht dat voor de werkgever niet duidelijk was op welke premie het pensioenfonds aanspraak maakte en waarom. Onder die omstandigheden

waren gemaakte buitengerechtelijke kosten onredelijke kosten. Het Hof voegt daar nog aan toe dat deze wijze van communiceren zich voortzette in de procedure in eerste aanleg zodat proceskosten in eerste aanleg worden gecompenseerd (iedere partij draagt zijn eigen proceskosten) en de werkgever alleen wordt veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Een andere interessante uitspraak werd gedaan door de Hoge Raad op 23 september 2016 (**ECLI:NL:HR:2016:2170, PJ 2016/155**). Het betrof cassatie tegen een arrest van Gerechtshof Den Haag (van 2 december 2014, PJ 2015/10) in een zaak van een werkgever die gedurende de periode van 1 januari 2001 tot 1 januari 2012 was aangesloten bij Bedrijfstakpensioenfondsvor de Bouwnijverheid (hierna: "Bpf Bouw") terwijl Gerechtshof Den Haag oordeelde dat de werkgever over die periode onder werkingssfeer viel van Bedrijfstakpensioenfondsvor Metaal en Techniek. De werkgever had echter ten aanzien van de premievordering over deze periode al pensioenpremies en Cao-premies afgedragen aan Bpf Bouw en sectorfondsvor zodat bij toewijzing van de premievordering sprake zou zijn van dubbele aansluiting en dubbele premieafdracht.

Het Gerechtshof oordeelde in het arrest van 2 december 2014 dat deze vordering niet toewijsbaar was omdat het gaat om betalingsverplichtingen waarvan de tegenprestaties niet meer (geheel) met terugwerkende kracht jegens de werknemers konden worden nagekomen hetgeen een ongerechtvaardigd voordeel van BPMT zou opleveren en een nadeel aan de werkgever. Daarbij is het niet de bedoeling dat werknemers over dezelfde periode voor hetzelfde werk bij twee pensioenfondsvor zijn aangesloten. Het Hof concludeert dat de vordering tot nakoming van de premiebetaling met terugwerkende kracht naar de aard van de verplichting niet voor toewijzing in aanmerking komt (art. 3:296 BW), althans is de gevorderde toepassing van de regels waarop BPMT zich beroept naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (art. 6:248, lid 2 BW). De Hoge Raad verworpt het cassatie beroep van BPMT tegen het oordeel van het Hof onder verwijzing naar art. 81 RO zonder nadere motivatie.

Overgang onderneming en achterstallige pensioenpremies

Een zeer boeiend arrest van de Hoge Raad op 14 oktober 2016 (**ECLI:NL:HR:2016:2375, PJ 2016/156**) betrof de vraag of een premievordering van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds volgens artikel 7:663 BW van rechtswege overgaat van de vervreemder naar de verkrijger van een onderneming. De feiten waren kort gezegd dat de verkrijger GOM de activa van VBG kocht. Daarbij was sprake van overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. VBG had een betalingsachterstand van EUR 1.900.000 aan Bpf Schoonmaak. Nadat VBG na de overdracht naar GOM faillieerde, incasseerde Bpf Schoonmaak met een beroep op artikel 7:663 BW de achterstallige pensioenpremies bij GOM. In het hoger beroep werden de volgende rechtsvragen aan de orde gesteld:

1. Behoort een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW;
2. Zo ja, gaat dan op grond van art. 7:663 BW de verplichting van VBG tot betaling van vóór de overgang onbetaalde pensioenpremies over op GOM;
3. Indien vragen 1 en 2 bevestigend zijn beantwoord heeft Bpf Schoonmaak dan op grond van artikel 7:663 BW een zelfstandig vorderingsrecht terzake de pensioenpremies op GOM;

Het gerechtshof beantwoordde alle drie de vragen bevestigend. De Hoge Raad oordeelde dat uit de wetsgeschiedenis bij art. 7:664 BW en het samenstel van artikelen 7:663, 7:664, lid 1 en 2 BW volgt dat het geval, waarin de overdragende en overnemende werkgevers beide vallen onder een gelijk verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, valt onder de werking van 7:663 BW zodat de verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit verplichte deelneming moeten worden beoordeeld als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW.

De Hoge Raad vervolgt dat uit de tweede volzin van artikel 7:663 BW volgt dat de verplichtingen overgaan op de verkrijger omdat de vervreemder gedurende één jaar naast de verkrijger aansprakelijk is voor verplichtingen die vóór de overgang

bestonden. Terzake het eigen vorderingsrecht van Bpf Schoonmaak oordeelt de Hoge Raad, indachtig het adagium 'geen premie, wel recht', dat indien Bpf Schoonmaak niet over een eigen vorderingsrecht zou beschikken, de nakoming van pensioenuitkeringen onvoldoende gewaarborgd zou zijn. Dit omdat de werknemer geen belang heeft bij het instellen van premievordering tegen de werkgever. Daarbij ontstaat tevens het risico op een (te) lage dekkingsgraad. Aldus brengt een redelijke wetsuitleg mee dat het Bpf schoonmaak beschikt over een eigen vorderingsrecht jegens GOM.

6. Verjaring

Petra van Straten MSc LL.M. CPL, Promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit

Inleiding

Door verjaring gaat de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis teniet. Een schuldenaar mag na het intreden van de verjaringstermijn uiteraard nog wel nakomen, hij komt dan een natuurlijke verbintenis na, maar een dergelijke verbintenis is niet rechtens afdwingbaar. Een verjaringstermijn biedt rechtszekerheid. Men moet niet tot in lengte der dagen geconfronteerd kunnen worden met vorderingen uit het verleden. Wie een afdwingbare vordering heeft moet dat recht wel uitoefenen binnen een bepaalde termijn.

De verjaringstermijn is op grond van 3:306 BW twintig jaar tenzij de wet een aparte verjaringstermijn kent. De Pensioenwet kent in artikel 59 een aparte verjaringstermijn ten aanzien van de vordering van een deelnemer/gepensioneerde jegens zijn pensioenuitvoerder. Vordering van de deelnemer/gepensioneerde verjaren niet gedurende het leven. Dit is ook een afwijking van het algemene verzekeringsrecht, waar op grond van 7:985 BW een verjaringstermijn van vijf jaar geldt voor uitkeringsvorderingen.²⁸ Voor andere situaties bevat de Pensioenwet geen bijzondere regeling. In 3:307 BW is een algemene afwijkende termijn opgenomen inhoudende dat een vordering tot betaling van geldsommen, dus ook betaling van pensioenpremies²⁹, verloopt na een periode van vijf jaren na het moment waarop de vordering opeisbaar is geworden. Het hoeft de schuldeiser niet bekend te zijn dat hij een opeisbare vordering heeft.

Een vordering gaat teniet door verjaring, rechtsverwerking of als de schuldeiser afstand van zijn recht op nakoming doet. Verjaring en rechtsverwerking komen hierna verder aan de orde. Afstand van recht zal hier niet verder worden besproken.

²⁸ Asser/Lutjens, bijzondere overeenkomsten, randnummer 209, Wolters Kluwer, 2016

²⁹ Asser/Lutjens, bijzondere overeenkomsten, randnummer 423, Wolters Kluwer, 2016

Opgemerkt moet worden dat een beroep op verjaring geen regel van openbare orde is, een rechter mag dus niet ambtshalve een rechtsvordering verjaard verklaren.³⁰ Andersom kan een partij die de verjaring kan inroepen ook verklaren dat hij geen beroep zal doen op de verjaring. Partijen kunnen dus ook doorprocederen. In deze bijdrage zal eerst de jurisprudentie over 2016 worden besproken die betrekking had op rechtsverwerking en vervolgens zal de jurisprudentie waarin een beroep op verjaring werd gedaan worden besproken. Daarna analyseer ik de verjaringstermijnen in de pensioendriehoek en de (on)mogelijkheden om de termijnen te verlengen. Tot slot maak ik een kleine vergelijking met de verjaringstermijnen in het strafrecht.

Intermezzo: doorbreken van de absolute verjaringstermijn van twintig jaar

De absolute verjaringstermijn is twintig jaar op grond van 3:306 BW. In sommige gevallen kan die twintig jaar zelfs te kort zijn. De Hoge Raad heeft in Van Hese/De Schelde³¹, een procedure omtrent een asbestclaim, gezichtspunten geformuleerd waaronder doorbreking van de absolute verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW toegelaten zou kunnen zijn. De feitenrechter dient de gezichtspunten na te lopen, waarbij gezegd moet worden dat niet ieder gezichtspunt even relevant is. De gezichtspunten zijn:

- a. of de schadevergoeding toekomt aan het slachtoffer of een derde; b. of er recht bestaat op een uitkering uit anderen hoofde; c. de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van gedaagde; d. in hoeverre gedaagde al voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening had moeten houden met mogelijke aansprakelijkheid; e. of de gedaagde naar redelijkheid nog mogelijkheden heeft zich te verweren;
- f. of het voorval ook gedekt is onder een verzekering;
- g. of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn aansprakelijkstelling is gevolgd.

³⁰ 3:322 BW

³¹ HR 28 april 2000, NJ 2000/430

In de literatuur wordt wel betoogd dat gezichtspunten a tot en met c van een minder gewicht zijn dan de overige gezichtspunten en gezichtspunt g. bepaalt of überhaupt aan de overige gezichtspunten moet worden getoetst.³²

Het is dus niet per definitie uitgesloten om een rechtsvordering na een termijn van twintig jaar in te stellen maar er moet wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden.

Rechtsverwerking

Voordat een rechtsvordering verjaart kan er al sprake zijn van rechtsverwerking. Het leerstuk van rechtsverwerking is ontwikkeld onder de werking van de redelijkheid en billijkheid.³³ Er is dan sprake van een zodanig handelen of nalaten van de schuldeiser dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen nakoming van de verbintenis kan worden gevraagd. Dit is een uitvloeisel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van 6:248 lid 2 BW. Wanneer sprake is van rechtsverwerking kan een partij geen beroep meer doen op een bepaald recht, terwijl hij dit recht wel heeft.³⁴ In een overeenkomst betekent rechtsverwerking dat de ene partij een vordering uit die overeenkomst niet meer te gelde kan maken. Terwijl de vordering dan nog niet is verjaard.

Er zijn drie redenen voor rechtsverwerking:

1. De partij heeft bij zijn wederpartij het vertrouwen gewekt dat hij geen nakoming van de overeenkomst zou vorderen.
2. De partij kan geen nakoming van de overeenkomst verlangen als dit de positie van de wederpartij onevenredig zwaar benadeelt. Benadeling is niet alleen een financieel vereist, van benadeling kan ook sprake zijn als de bewijspositie van de wederpartij hiermee wordt benadeeld.³⁵

³² J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, Deventer Kluwer 2008, p. 247 e.v.

³³ Zie R.H.J. van Bijnen, aanvullend contractenrecht (diss. Tilburg), Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 302

³⁴ Zie Asser/Lutjens, bijzondere overeenkomsten, randnummer 429, Wolters Kluwer, 2016

³⁵ Bijvoorbeeld HR 15 maart 1968, NJ 1968/251 (Pekingeeden)

3. Als lange tijd is verstreken kan het recht op nakoming zijn vervallen.³⁶ Opvallend is hier dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat enkel tijdsverloop onvoldoende is voor rechtsverwerking.³⁷

Naast de rechtsverwerking als uitvloeisel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid staat de wettelijke vormen van rechtsverwerking zoals het niet tijdig klagen over gebreken in de nakoming.³⁸ 6:89 BW bevat geen specifieke termijnen. Partijen kunnen dus in hun overeenkomst afspraken maken hierover, voorzover wettelijk toegestaan.³⁹ Het verweer dat niet tijdig is geklaagd worden vaak gevoerd in pensioenprocedures maar is zelden succesvol. Op de valreep van 2015 was er nog wel een procedure waarin een beroep op 6:89 BW slaagde (**Rechtbank Noord-Nederland, 22 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5807, PJ 2016/36**). Een directiesecretaresse bij een advocatenkantoor startte een procedure omdat haar pensioentoezegging niet juist zou zijn nagekomen. Het advocatenkantoor beriep zich op de klachtplicht, mede omdat deze dame verantwoordelijk was voor de financiële administratie in het bedrijf. Zij zou als eerste hebben geweten dat de pensioentoezegging niet juist werd uitgevoerd. Zij was op de hoogte van alle contacten met de verzekeraar en zij voerde feitelijk de premiebetalingen uit. In 2011 bereikte zij de pensioengerechtigde leeftijd waardoor de vordering, zonder te stuiten, pas in 2016 zou verjaren. Het advocatenkantoor is van mening dat de directiesecretaresse niet tijdig heeft geklaagd en daardoor haar recht al heeft verwerkt. In 2014 heeft ze pas geklaagd en dat vindt de rechter gelet op haar rol en kennis bij het pensioendossier 'te laat' mede omdat ze al in 2006/2007 wetenschap had over de onjuiste uitvoering van de pensioentoezegging. Gevolg is dat de zaak niet meer inhoudelijk wordt behandeld door de rechter.

Door rechtsverwerking gaat de vordering teniet.

³⁶ Zie R.H.J. van Bijnen, aanvullend contractenrecht (diss. Tilburg), Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 302

³⁷ Bijvoorbeeld HR 21 juni 2002, NJ 2002/540 (Van Est-Kimberly-Clark)

³⁸ 6:89 BW en specifiek voor de koopovereenkomst 7:23 BW

³⁹ Het opnemen van een bepaling over rechtsverwerking van het recht op nakoming van de pensioenovereenkomst tussen pensioenuitvoerder en deelnemer stuit dus af op artikel 59 Pensioenwet

Verjaring

Een rechtsvordering kan ook "gewoon" verjaren. De verjaring werd ook dit jaar weer ingeroepen in de pensioenjurisprudentie.

Verjaring in het verzekeringsrecht

Een klein stapje over de grens van het pensioenrecht. In 2016 werd ook in hoger beroep beslist op een vordering van een verzekerde tegen zijn verzekeraar Aegon over het nakomen van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid (**Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4023**). In het verzekeringsrecht geldt een verjaringstermijn die korter is dan een reguliere verjaringstermijn; namelijk drie jaar in plaats van vijf jaar.⁴⁰ In pensioencontext is deze verjaringstermijn dan ook niet van toepassing want daar geldt dat vorderingen jegens een pensioenuitvoerder, dus ook een verzekeraar, niet verjaren gedurende het leven van de verzekerde.⁴¹ Dat het verzekeringsrecht in deze casus wordt toegepast vind ik allerminst vanzelfsprekend. Oorspronkelijk was sprake van een pensioenproduct, een c-polis, maar nadat de werkgever in gebreke is gebleven met het betalen van de verschuldigde pensioenpremies en later zelfs failliet gaat, sluit de verzekerde een levensverzekering af bij dezelfde verzekeraar. Verzekerde is in 1991 volledig arbeidsongeschikt geworden en tussen 1992 en 2007 is er geen (bewijsbare) communicatie tussen verzekeraar en verzekerde geweest over de premievrijstelling. De afwijkende verjaringstermijn in het verzekeringsrecht geldt pas vanaf 1 januari 2006 maar wel met onmiddellijke werking. Het hof Amsterdam is nog bereid te onderzoeken of het beroep op de premievrijstelling nog wel kon worden gehonoreerd uitgaande van de reguliere verjaringstermijn van 5 jaar van 3:307 BW. Maar die vijftien jaar tussen 1992 en 2007 krijgt het Hof niet weggepoetst. De verzekerde probeert nog om de verjaringstermijn heen te zeilen door uitsluitend een verklaring voor recht te vorderen. Maar terecht overweegt het Hof dat dat niet mogelijk is omdat het uiteindelijke doel van verzekerde is het nakomen van een verbintenis, waarop de vijfjaarstermijn van 3:307 BW van toepassing is. Het belang bij de gevorderde verklaring voor recht ontbreekt dus, omdat vanwege het intreden van de verjaring de vordering nooit kan worden toegewezen.

⁴⁰ 7:942 BW

⁴¹ Artikel 59 Pensioenwet

Verjaring in de verhouding werkgever - "werknemer"

Dat het voor het intreden van de verjaring niet nodig is dat de schuldeiser op de hoogte is van het feit dat hij een opeisbare vordering heeft bleek uit de volgende zaak. Een werknemer heeft tot 2001 voor de werkgever gewerkt op basis van een freelance contract dat jaarlijks werd verlengd. Vanaf 2001 is de werknemer werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst en nam zij vanaf die datum deel aan de pensioenregeling van haar werkgever, KLM Cityhopper B.V. Zij stelt dat KLM verboden onderscheid maakt door haar in de periode dat ze als freelancer werkzaamheden voor KLM verrichtte niet te laten deelnemen aan de pensioenregeling. Dat is een niet toegestaan onderscheid tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. In 2011 gaat zij met pensioen en ziet dat haar datum indiensttreding niet juist op de pensioendocumenten staat. Een kleine aanpassing volgt, maar de periode voor 2001, de freelance periode wordt niet als pensioengevende diensttijd aangemerkt. De kantonrechter oordeelt dat deze vordering al (lang) verjaard is (**Rechtbank Amsterdam, 10 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3559, PJ 2016/113**). In de procedure hebben zowel werknemer als werkgever zich op het standpunt gesteld dat de verjaringstermijn vijf jaar is. In 2001 werd werknemer aangemeld bij het pensioenfonds en werd pensioenpremie ingehouden op het loon. Daarmee was ze bekend met de omstandigheid dat ze voorheen geen pensioen had opgebouwd. Vanaf dat moment, oordeelt de kantonrechter, is de verjaringstermijn gaan lopen. De omstandigheid dat ze toen nog niet wist dat dat mogelijk discriminatoir was doet aan het ingaan van de verjaringstermijn, niets af.⁴² Haar vordering voor de periode voor 2001 is dan ook al in 2006 verjaard.

Verjaring in de verhouding werkgever - verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds

In 2016 ontving het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metaal en Techniek (in ieder geval) twee maal een rechterlijke uitspraak in een procedure waarin premiebetaling en gegevensverstrekking van een werkgever werd verzocht. In de procedure bij het Hof Den Bosch (**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2294, PJ 2016/110 met noot B. Degelink**) werd het uitgangspunt wederom bevestigd. Het Hof oordeelt dat de vordering tot premiebetaling op grond van 3:308 BW verjaart na

⁴² Verwezen wordt naar Hoge Raad 5 januari 2007, AY 8771, PJ 2007/22 (Bijenkorf-arrest). Zie uitgebreider over dit onderwerp Asser/Lutjens, bijzondere overeenkomsten, randnummers 423-429, Wolters Kluwer, 2016

verloop van vijf jaar na het moment waarop de vordering opeisbaar is geworden.

Het bedrijfstakpensioenfonds had ook nog verzocht om gegevensverstrekking om zo de juiste omvang van de premievordering te kunnen vaststellen. Het Hof is van oordeel dat een dergelijke vordering pas na twintig jaar verjaart. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft, volgens het Hof, nog steeds belang bij het krijgen van een verklaring voor recht dat de werkgever onder de werkingsfeer valt/viel en het bedrijfstakpensioenfonds heeft nog belang bij haar vordering tot het verstrekken van gegevens. Nu doet zich het geval voor dat een werkgever wel verplicht is gegevens te verstrekken terwijl het bedrijfstakpensioenfonds al weet dat het vervolgens niets kan doen met die gegevens. Enerzijds de garantie voor werknemers dat hun werkgever onder de werkingsfeer valt en anderzijds geen betaling van de verschuldigde premies. En ook geen mogelijkheid meer om de premies te incasseren omdat de vorderingen zijn verjaard. In deze zaak bij het Hof 's-Hertogenbosch wordt het bedrijfstakpensioenfonds nog in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat er stuitingshandelingen⁴³ zijn geweest zodat over een langere periode dan vijf jaar kan worden teruggevorderd. Om vast te stellen of de werkgevers onder de werkingsfeer vielen was in 2007 een voorlopig getuigenverhoor gehouden. De Rechtbank⁴⁴ had eerder geoordeeld dat het houden van een voorlopig getuigenverhoor nog niet kon kwalificeren als een stuitingshandeling. Daar is het Hof het niet mee eens. In het verzoekschrift voor het voorlopige getuigenverhoor is ten aanzien van een van de werkgevers in ieder geval aangegeven dat het bedrijfstakpensioenfonds voornemens was om in een gerechtelijke procedure een verklaring voor recht te vorderen. Het Hof oordeelt dat hieruit blijkt dat het bedrijfstakpensioenfonds zich ondubbelzinnig het recht op nakoming van premiebetaling had voorgehouden. Ten aanzien van deze werkgever is de verjaring dus tijdig gestuit. Ten aanzien van andere werkgevers wordt het bedrijfstakpensioenfonds nog in de gelegenheid gesteld om te bewijzen dat ook die vorderingen zijn gestuit.

In 2016 speelde nog een soortgelijke zaak van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metaal en Techniek waarin het premiebetaling en gegevensverstrekking van een

⁴³ 3:317 lid 1 BW

⁴⁴ Rechtbank Limburg, 23 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM: 2014:6684, PJ 2014/183 met annotatie E. Lutjens

werkgever verzocht. In de procedure bij de Rechtbank Noord-Nederland (**Rechtbank Noord-Nederland, 15 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2294, PJ 2016/114 met noot B. Degelink**) werd wederom bevestigd dat de vordering tot premiebetaling op grond van 3:308 BW verjaart na verloop van vijf jaar na het moment waarop de vordering opeisbaar is geworden. De vordering tot gegevensverstrekking om zo de juiste omvang van de premievordering te kunnen vaststellen verjaart pas na twintig jaar. In deze zaak was de vordering tot premiebetaling verjaard en niet tijdig gestuit maar de termijn voor gegevensverstrekking was nog niet verstreken. Ook de kantonrechter gaat niet mee met het argument van het bedrijfstakpensioenfonds dat premiebetaling en gegevensverstrekking samen gezien moeten worden (en dus eenzelfde verjaringstermijn moeten hebben) omdat anders een ongerijmdheid ontstaat. De kantonrechter oordeelt dat dat nu eenmaal inherent is aan het fenomeen verjaring dat ten aanzien van een partij nadeel kan optreden.

Conclusie: de ongelijkzijdige verjaringsdriehoek?

Welk beeld kunnen we nu uit de jurisprudentie over de afgelopen jaren destilleren? De verjaringstermijn is in de verhouding werkgever werknemer in het algemeen 20 jaar, artikel 3:306 BW, de verjaringstermijn tussen werkgever en pensioenuitvoerder in het algemeen 5 jaar, artikel 3:307 BW, en in de relatie deelnemer uitvoerder geldt geen verjaringstermijn op grond van artikel 59 Pensioenwet. Zouden we deze termijnen op de welbekende pensioendriehoek plakken dan ontstaat het plaatje van een ongelijkzijdige driehoek.⁴⁵ Geen enkele zijde van de driehoek is van gelijke lengte omdat de verjaringstermijnen in deze verhoudingen niet gelijk zijn. De vraag komt op of dit wenselijk is? De bescherming van de deelnemer is een verdedigbaar doel maar zou dit ook niet tot gevolg moeten hebben dat ook de verjaringstermijn in de relatie deelnemer - voormalig werkgever onbegrensd zou moeten zijn?

⁴⁵ zie ook [https://nl.wikipedia.org/wiki/Driehoek_\(meetkunde\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/Driehoek_(meetkunde))

Over het algemeen geldt op grond van 3:306 BW voor het bedrijfstakpensioenfonds een verjaringstermijn van vijf jaar na opeisbaar worden van de premievordering (veelal het einde van een jaar).⁴⁶

Degelink lijkt in zijn noot in de PJ te betogen dat de vordering van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zou moeten worden gesplitst.⁴⁷ De eerste vijf jaar premie zijn sowieso toewijsbaar omdat daar geen verjaring aan de orde is. Voor de resterende jaren zou het bedrijfstakpensioenfonds kunnen stellen dat de werkgever een onrechtmatige daad heeft gepleegd door zich niet conform de statuten en reglementen, waaraan de werkgever op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 gebonden is, zichzelf en zijn werknemers aan te melden bij het bedrijfstakpensioenfonds. Een vordering uit onrechtmatige daad verjaart pas na twintig jaar. Mij zijn geen procedures bekend waarin dit standpunt (de splitsing van de vordering) succesvol is gebleken.⁴⁸ Bovendien kan ik mij voorstellen dat omdat de gedraging van de werkgever als een en hetzelfde feitencomplex kwalificeert een zelfde redenering als in de procedure voor het Gerechtshof Amsterdam van 4 oktober 2016 (zie hiervoor) kan gelden. De vordering uit onrechtmatige daad is dan niet toewijsbaar omdat het feitencomplex kwalificeert als een premievordering waarop de verjaringstermijn van vijf jaar van toepassing is. Deze verjaringstermijn kan naar mijn mening niet worden omzeild door de vordering op onrechtmatige daad te baseren. Een soortgelijke redering gebruikt ook het Hof 's-Hertogenbosch in haar arrest van 7 juni 2016 (zie ook hiervoor): een verklaring voor recht en een vordering tot gegevensverstrekking zijn niet nauw verbonden met de premievordering. De verklaring voor recht en de verstrekking van gegevens zijn niet afhankelijk van het wel of niet betalen van de premies. Op basis daarvan kan beargumenteerd worden dat een vordering uit onrechtmatige daad en een vordering tot premiebetaling wel nauw met elkaar verbonden zijn. Dat zijn immers

⁴⁶ Uitzondering is de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 5 oktober 2015, PJ 2015/174 waar de rechter oordeelde dat het moment van bekend worden van het bestaan van de werkgever een opeisbare vordering doet ontstaan. Die opeisbare vordering kan bestaan uit de gemiste premies van meer dan vijf jaar daarvoor.

⁴⁷ PJ 2016/114

⁴⁸ Wel wordt in Asser/Lutjens, bijzondere overeenkomsten, randnummer 425 en 426, Wolters Kluwer, 2016, verwezen naar rechtspraak waarbij de volledige vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad of wanprestatie.

wel communicerende vaten. Als de premievordering tijdig gestuit is kan een groot deel van de vordering over een periode van twintig jaar worden gevorderd als een vordering tot premiebetaling. De vordering uit onrechtmatige daad dient dan als sluitpost om de resterende twintig jaar te kunnen opeisen.

Een ander aanknopingspunt is wellicht wel te construeren door de pensioendriehoek als een groep van contracten te zien. De pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst en de rechtsbetrekking die daaruit voortvloeit tussen pensioenuitvoerder en deelnemer zou kunnen worden aangemerkt als een groep van contracten.⁴⁹ Een dergelijke groep van contracten kan met zich meebrengen dat een verjaringstermijn die tussen twee partijen binnen de groep geldt, ook doorwerkt in een andere verhouding binnen die groep.⁵⁰ Bijvoorbeeld dat de afwezigheid van een verjaringstermijn in de relatie deelnemer-pensioenuitvoerder doorwerkt in de verhouding werkgever-werknemer of werkgever-pensioenuitvoerder.

Tot slot

Een verjaringstermijn biedt rechtsbescherming en rechtszekerheid. Er is altijd kritiek op verjaring. Onder het oude Burgerlijk Wetboek was de algemene verjaringstermijn dertig jaar. Dar werd te lang gevonden. Maar nu wordt een verjaringstermijn van twintig jaar, die in veel gevallen veel korter is, namelijk vijf jaar, als te kort gezien. In het strafrecht werden inmiddels allerlei verjaringstermijnen verlengd of zelfs geschrapt, bijvoorbeeld ten aanzien van levensdelicten waarvoor een levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd.⁵¹ Is dit een trend die zich zal doorzetten naar het civiele recht waarbij de verjaringstermijnen weer zullen worden verlengd?

⁴⁹ Zie uitgebreid S. van Dongen, groepen van contracten, dissertatie RU, Kluwer Deventer 2016

⁵⁰ HR 10 augustus 2012, NJ 2012/486, ECLI:NL:HR:2012:BW4992 (Pocorni/Defam)

⁵¹ Wet van 15 november 2012 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de aanpassing van de regeling van de vervolgingsverjaring

7. Pensioen en scheiding

mr. Annemiek Cramer CPL, advocaat bij Pensioenadvocaten.nl

Inleiding

Het onderwerp “pensioen en scheiding” kan worden verdeeld in verschillende deelonderwerpen. De volgende deelonderwerpen komen in deze bijdrage achtereenvolgens aan de orde:

- pensioenverevening;
- de directeur-grootaandeelhouder;
- pensioenverrekening;
- pensioenverweer.

Ieder deelonderwerp start met een inleiding en wordt afgesloten met een korte conclusie dan wel afsluitende opmerking.

Pensioenverevening

Inleiding

De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) is in werking getreden op 1 mei 1995. Sindsdien is in het Burgerlijk Wetboek (BW) vastgelegd, dat pensioenrechten waarop de WVPS van toepassing is en daarmee verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren (art. 1:94 lid 4 BW). Dat is in afwijking van het daarvoor geldende Boon/Van Loon-regime, waarover straks meer.

De WVPS heeft betrekking op de verdeling van ouderdomspensioen.⁵² Het gaat om verdeling, in jargon “verevening”, van ouderdomspensioen dat is opgebouwd tijdens het huwelijk of tijdens het geregistreerd partnerschap.⁵³ De wet is thans van toepassing bij echtscheiding, bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap en bij

⁵² Zie de definitie van pensioen in artikel 1 WVPS. De uitzondering die deze regel bevestigt is te vinden in artikel 3a WVPS (bijzonder partnerpensioen voor de ex-partner van een directeur-grootaandeelhouder).

scheiding van tafel en bed, ook als sprake is van uitsluiting of beperking van algehele gemeenschap van goederen.

Uitsluiting van pensioenverevening

Partners hebben de mogelijkheid de toepasselijkheid van de WVPS uit te sluiten. Dat kan bij huwelijkse voorwaarden dan wel voorwaarden van een geregistreerd partnerschap, of bij een schriftelijke overeenkomst met het oog op de scheiding (art. 2 lid 1 WVPS).

De toepasselijkheid van de WVPS wordt, naar het oordeel van **Rechtbank Midden-Nederland (30 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5917)**, niet uitgesloten door een algemene finale kwijting tussen ex-echtgenoten in het kader van een procedure over de verdeling van hun huwelijksgoederengemeenschap, indien in verband met die finale kwijting met geen woord wordt gerept over pensioenrechten. De echtscheiding dateerde van 2007. In het licht van artikel 2 lid 1 WVPS lijkt deze uitspraak te billijken, waarbij van belang is dat pensioenrechten waarop de WVPS van toepassing is en daarmee verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren (art. 1:94 lid 4 BW).

Indien een huwelijk is gesloten vóór de inwerkingtreding van de WVPS op 1 mei 1995, vindt verevening van pensioenrechten ook conform de WVPS plaats, tenzij de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden of bij een schriftelijke overeenkomst met het oog op de scheiding uitdrukkelijk anders hebben bepaald (art. 11 WVPS). Dit laatste speelt bij een geregistreerd partnerschap niet, omdat het pas sinds 1 januari 1998, derhalve na inwerkingtreding van de WVPS, mogelijk is een geregistreerd partnerschap aan te gaan.

Over de kwestie of partners “bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding uitdrukkelijk anders hebben bepaald”, kan natuurlijk verschil van inzicht bestaan. Dat verschil van inzicht bestond op zich niet in een kwestie waarover **gerechtshof Amsterdam (26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:191)** te oordelen had, in verband met een huwelijk dat in 1991

⁵³ Conversie (art. 5 WVPS) laat ik hier buiten beschouwing.

was gesloten en in 2012 was gestrand. De ex-echtgenoten waren het er over eens dat in het echtscheidingsconvenant uit 2012 was overeengekomen dat geen verevening zou plaatsvinden. Waarom volgde er dan toch een procedure? Omdat de vrouw zich op het standpunt stelde, dat de uitsluiting van verevening in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Zij deed, in andere woorden, een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Het hof gaf haar gelijk en bepaalde dat de in het convenant overeengekomen uitsluiting van pensioenverevening in de gegeven omstandigheden niet van toepassing was en dat er daarom toch verevend moest worden. Het hof nam daarbij onder meer in overweging dat de WVPS een uitvloeisel is van de zorgplicht die echtgenoten, ook na echtscheiding, jegens elkaar hebben en dat deze zorgplicht temeer in een zogenaamd traditioneel huwelijk geldt. En ook dat een grote discrepantie was ontstaan tussen de door de man en de vrouw opgebouwde pensioenrechten, dat de vrouw voor het afzien van pensioenverevening op geen enkele manier financieel werd gecompenseerd en dat de vrouw - naar het hof aannam - afstand had gedaan van pensioenverevening terwijl zij niet precies wist wat zij prijs gaf, terwijl de man naar het oordeel van het hof slechts een voordeel misliep indien toch zou worden verevend. Ook in een situatie waarover de Hoge Raad in een arrest van 10 juni 2016 (**ECLI:NL:HR:2016:1136**) oordeelde over een scheiding uit 2000, waren de ex-echtgenoten het er op zich over eens dat zij in de schriftelijke overeenkomst met het oog op scheiding uit 2000 hadden vastgelegd dat de vrouw recht had op de helft van het ouderdomspensioen van de man. Dat was in afwijking van de huwelijkse voorwaarden uit 1983, die inhielden dat juist niet behoefde te worden verevend. De man zette in de juridische procedure in op vernietiging van de overeenkomst uit 2000, op grond van het argument dat zowel hij als zijn ex-echtgenote er bij het sluiten van de overeenkomst in 2000 ten onrechte van uit waren gegaan dat de pensioenrechten van de man conform de WVPS zouden moeten worden verevend (wederzijdse dwaling). Dat was in het belang van de man. Indien de overeenkomst uit 2000 zou worden vernietigd, zou immers conform de huwelijkse voorwaarden uit 1983 niet behoeven te worden verevend. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verklaarde in 2014 voor recht, de bezwaren van de man ten spijt, dat het ouderdomspensioen van de man wel diende te worden verevend. De Hoge Raad

vernietigde dat arrest, omdat het hof de regels over stelplicht die gelden bij een beroep op wederzijdse dwaling, niet juist had toegepast.⁵⁴

Vershil van inzicht over de kwestie of partners “bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding uitdrukkelijk anders hebben bepaald”, was wel aan de orde in **gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:852**, dat ging over een scheiding uit 2007. In de huwelijkse voorwaarden uit 1993, dus voor de inwerkingtreding van de WVPS, was de volgende bepaling opgenomen: “Er vindt geen verrekening plaats van de waarde van aanspraken op al of niet ingegaan pensioen.” Het hof moest de vraag beantwoorden of deze bepaling in de huwelijkse voorwaarden was opgenomen met het oog op scheiding; een uitlegkwestie dus. Kennelijk bleek uit de huwelijkse voorwaarden niet of de bepaling zag op de huwelijkse periode of zag op een scheidingssituatie. Volgens het hof bleek dat wel uit de begeleidende brief die de betrokken notaris bij het concept van de huwelijkse voorwaarden had gezonden. In de begeleidende brief deelde de notaris in verband met de bepaling namelijk mede: “bij echtscheiding zal er geen pensioenverrekening plaatsvinden: voorkomt de daaraan verbonden onredelijke effecten.” Op grond van de inhoud van de begeleidende brief van de notaris, oordeelde het hof dat in de huwelijkse voorwaarden anders was bepaald met het oog op een scheidingssituatie en dat niet behoefde te worden verevend conform de WVPS. Dat lijkt mij juist, nu huwelijkse voorwaarden conform de Haviltexmaatstaf⁵⁵ moeten worden uitgelegd. Het is wel treurig dat de notaris de essentie van de afspraak niet in de huwelijkse voorwaarden had vastgelegd, terwijl hij die essentie in de begeleidende brief zo duidelijk wist te verwoorden. Het hof oordeelde voorts, onder verwijzing naar en in lijn met een arrest van de Hoge Raad van 19 november 2010 (**ECLI:NL:HR:2010:BN7893**), dat niet van doorslaggevend belang is het feit dat in de huwelijkse voorwaarden de term “verrekening” is gebruikt en niet de term “verevening”.

⁵⁴ Het is mij niet bekend wat het verwijzingshof vervolgens heeft geoordeeld, omdat het arrest, voor zover mij bekend, niet is gepubliceerd.

⁵⁵ Vgl. Hoge Raad 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3303.

Afwijking van standaard pensioenverevening

In artikel 4 lid 1 WVPS is bepaald dat partners bij huwelijkse voorwaarden of bij een “bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op scheiding” kunnen afwijken van standaard verevening conform de WVPS. Aan **gerechtshof Den Haag (25 oktober 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:3439)** lag de vraag voor, of met een bepaalde e-mailwisseling was voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste in de zin van artikel 4 lid 1 WVPS. Dat was volgens het hof niet het geval, kennelijk omdat uit één van de gewisselde e-mailberichten volgde dat nog een concept convenant moest worden opgesteld. Pas als dat convenant tot stand zou zijn gekomen en door beide partijen zou zijn geaccordeerd, zou volgens het hof sprake zijn van een regeling in de zin van artikel 4 lid 1 WVPS. Het hof overweegt dat het sluiten van een echtscheidingsconvenant veelal een totaal regeling voor alle geschilpunten impliceert en dat in het kader van een onderhandelingstraject met betrekking tot de vermogensrechtelijke afwikkeling niet snel mag worden aangenomen dat partijen een deelafpraak hebben gemaakt.

Afsluitend

De uitspraken uit 2016 over pensioenverevening, gingen vooral over de uitleg en de houdbaarheid van de afspraken die (ex-)partners daar zelf over hadden gemaakt, of dachten en soms misschien wel hoopten te hebben gemaakt. Was overeengekomen dat geen pensioenverevening zou plaatsvinden? Was de afspraak waarbij pensioenverevening was uitgesloten wel rechtsgeldig of was die afspraak vernietigbaar? Was afgesproken dat van standaard pensioenverevening zou worden afgeweken? Kwesties over de uitleg en houdbaarheid van afspraken, zijn niet specifiek pensioenrechtelijke kwesties, maar algemene verbintenisrechtelijke kwesties, die ook buiten het pensioenrecht veelvuldig spelen.

De directeur-groootaandeelhouder

Inleiding

Het ouderdomspensioen van een directeur-groootaandeelhouder is ouderdomspensioen waarop de WVPS van toepassing is (art. 1 lid 4, aanhef en onder a WVPS). Daarnaast is in de WVPS specifiek voor de directeur-groootaandeelhouder een regeling

opgenomen voor bijzonder partnerpensioen (art. 3a WVPS; de regeling voor bijzonder partnerpensioen in artikel 57 Pensioenwet (PW) is voor de directeur-grootaandeelhouder niet van toepassing, omdat de PW niet van toepassing is op het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder).

De directeur-grootaandeelhouder dient te bewerkstelligen dat zijn vennootschap de rechten die voor de ex-partner uit de WVPS voortvloeien, extern verzekert. Het gaat om het recht van de vereveningsgerechtigde ex-partner op uitbetaling van ouderdomspensioen en/of het recht van de ex-partner op bijzonder partnerpensioen. Deze verplichting van de directeur-grootaandeelhouder is gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW) (**HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:A22658**). Ook de vennootschap zelf is verplicht, op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, de rechten van de ex-partner van de directeur-grootaandeelhouder extern te verzekeren (**HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289**).

Perikelen rond externe verzekering

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de vennootschap (zich op het standpunt stelt dat de vennootschap) financieel niet in staat is om de rechten van de ex-partner van de directeur-grootaandeelhouder extern te verzekeren, althans daartoe niet in staat is zonder de voorziening voor het voor de directeur-grootaandeelhouder resterende ouderdomspensioen uit te hollen. Het risico dat de Belastingdienst zal oordelen dat sprake is van afkoop, met alle gevolgen van dien, ligt in die situatie op de loer. Deze problematiek wordt mede veroorzaakt doordat bij de berekening van de pensioenverplichtingen van een directeur-grootaandeelhouder, conform fiscale regelgeving rekening moet worden gehouden met een rekenrente van minimaal 4%. Dat betekent in deze tijden van lage rente, dat de fiscale pensioenvoorziening van de vennootschap in de praktijk onvoldoende zal zijn om de pensioenverplichtingen van de vennootschap daadwerkelijk uit te kunnen voeren.

Mede door deze problematiek hebben scheidingen van directeur-grootaandeelhouders met pensioen in eigen beheer, in de afgelopen jaren tot een

stroom van rechtspraak geleid, met wisselend resultaat.⁵⁶ In 2016 werden verschillende uitspraken aan die stroom toegevoegd, waarvan de volgende in mijn ogen noemenswaardig zijn:

Gerechtshof Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3875 (gepubliceerd in 2016). Het gerechtshof vernietigt het vonnis uit de eerste aanleg van de rechtbank, dat inhoudt dat (de vennootschap van) de man de pensioenrechten van de vrouw dient af te storten bij een verzekeraar. Het hof overweegt in dat verband dat de in de jaarstukken getroffen pensioenvoorziening volstrekt onvoldoende is voor de man en de vrouw, vanwege de gehanteerde hoge rekenrente bij de berekening van die voorziening. Daarnaast is er naar het oordeel van het hof onvoldoende liquiditeit om de pensioenvoorziening voor de man en de vrouw extern te verzekeren en brengt de postrelatieve solidariteit tussen ex-echtgenoten met zich dat het effectief aanwezige pensioen tussen partijen in gelijke mate moet worden verevend. Het volledig aanwenden van de liquiditeiten voor het afstorten van pensioenrechten acht het hof in strijd met de belangen van de vennootschap. Voorts is het hof van oordeel dat de man (kennelijk is bedoeld de vennootschap van de man) ook overigens onvoldoende eigen vermogen heeft om zorg te dragen voor de afstorting van de pensioenrechten, waarbij het hof het redelijk en billijk acht dat een pensioenafstorting dan ook plaatsvindt voor beide partijen en niet slechts voor één partij.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7163. Het gerechtshof is met de rechtbank uit de eerste aanleg van oordeel dat een deskundigenonderzoek nodig is, omdat de directeur-groootaandeelhouder en zijn vennootschap onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de vennootschap de liquide middelen die nodig zijn voor afstorting bij een externe pensioenverzekeraar, niet kan vrijmaken of van elders kan verkrijgen zonder de liquiditeitspositie van de onderneming in gevaar te brengen. Het hof overweegt daarbij, dat het in het verleden gevoerde beleid van de directeur-groootaandeelhouder mede een rol kan spelen en dat de postrelatieve solidariteit mede inhoudt dat de directeur-groootaandeelhouder bij zijn beslissingen in het verleden ook rekening had moeten houden met de belangen

⁵⁶ Zie voor een overzicht van deze rechtspraak: W.P.M. Thijssen, *Pensioen en scheiding*, Monografieën (echt)scheidingsrecht, deel 3, Den Haag: Sdu 2016, p. 183 e.v.

van zijn ex-partner. Het gerechtshof overweegt tevens, dat de directeur-groootaandeelhouder slechts wanneer hij door onrechtmatig handelen jegens zijn ex-partner (volledige) afstorting door de vennootschap onmogelijk heeft gemaakt, in zoverre in privé aansprakelijk kan zijn voor de daardoor voor zijn ex-partner ontstane schade.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4690. In deze zaak rees de vraag of de vennootschap, die geen partij was bij de procedure, gebonden was aan een afspraak die de directeur-groootaandeelhouder van de vennootschap in het kader van een procedure in verband met een echtscheiding, had gemaakt met zijn ex-partner. De afspraak hield in dat de ex-partner bepaalde gelden die de ex-partner aan de vennootschap verschuldigd was, zou storten op een geblokkeerde rekening van de vennootschap. De ex-partner wenste op die manier de externe uitvoering van de rechten die voor die ex-partner uit de WVPS voortvloeiden, veilig te stellen. Of de vennootschap gebonden is aan de afspraak, is een vraag in het kader van het niet specifiek pensioenrechtelijke leerstuk van vertegenwoordiging. Ik merk slechts op dat in deze zaak werd aangenomen, dat de directeur-groootaandeelhouder bij het maken van de afspraak met zijn ex-partner de vennootschap vertegenwoordigde. En ik attendeer op de door het hof aangehaalde vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Op grond van die vaste rechtspraak geldt volgens het hof in situaties als waarover het hof had te oordelen, als uitgangspunt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, mede bepalend kunnen zijn voor hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen de vereveningsgerechtigde echtgenoot en de pensioen-BV meebrengen.

Rechtbank Den Haag 20 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15931. In dit kort geding was de uitleg van een beschikking van Rechtbank Den Haag uit 2016 aan de orde. De Rechtbank oordeelde dat de beschikking inhield dat externe verzekering van te verevenen pensioenrechten door de vennootschap van de directeur-groootaandeelhouder, kon plaatsvinden “onder een door de ex-partner aan te wijzen pensioenverzekeraar, dan wel op een andere fiscaal toelaatbare wijze”. Dat laatste betekende volgens de rechtbank dat de ex-partner kon vorderen dat het bedrag werd gestort in een door de ex-partner opgerichte pensioen-BV, temeer nu gesteld noch gebleken was dat een dergelijke storting fiscaal ontoelaatbaar zou zijn.

Afsluitend

Bij uitspraken over scheidingen van directeuren-grotoaandeelhouders en pensioen, gaat het begrijpelijkerwijs in de regel over perikelen rond externe verzekering van de rechten die voor de ex-partner van de directeur-grotoaandeelhouder uit de WVPS voortvloeien, zo ook in 2016. Het draait daarbij vaak om toetsing van de feitelijke situatie aan het toetsingskader uit het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2007 over externe verzekering (**HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658**). Indien het voorstel voor de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen⁵⁷ wet wordt, zal fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw in eigen beheer niet langer mogelijk zijn. De directeur-grotoaandeelhouder die pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd, zal gedurende een bepaalde periode de mogelijkheid worden geboden om te kiezen voor het fiscaal geruisloos afwaarderen van het in eigen beheer opgebouwde pensioen naar de fiscale waarde, in combinatie met afkoop óf in combinatie met omzetting in een aanspraak op een zogenaamde oudedagsverplichting. Zowel na afkoop als na omzetting zal de WVPS niet meer van toepassing zijn, zodat perikelen rond externe verzekering van de rechten die voor de ex-partner van de directeur-grotoaandeelhouder uit de WVPS voortvloeien, na afkoop of omzetting in principe niet meer aan de orde zullen zijn. Indien de directeur-grotoaandeelhouder geen gebruik maakt van de geboden keuzemogelijkheid, blijft het reeds in eigen beheer opgebouwde pensioen bestaan, met de daarbij behorende knelpunten, inclusief de perikelen rond externe verzekering bij scheiding.

Pensioenverrekening

Inleiding

Pensioenverrekening vindt plaats conform het zogenaamde Boon/Van Loon-regime en heeft, anders dan de WVPS, niet alleen betrekking op ouderdomspensioen, maar ook op partnerpensioen. En in afwijking van de WVPS, gaat het ook om pensioen dat is opgebouwd voorafgaand aan het huwelijk. Het Boon/Van Loon-regime geldt sinds de datum waarop de Hoge Raad het alom bekende Boon/Van Loon-arrest heeft gewezen:

⁵⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34 555; Kamerstukken I 2016/2017, 34 555.

27 november 1981 (**ECLI:NL:HR:1981:AG4271**). De Hoge Raad oordeelde in dat arrest, dat pensioenrechten in de huwelijksgoederengemeenschap vielen en daarom in beginsel moesten worden betrokken bij de verdeling van een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap vanwege echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Bij uitsluiting van algehele gemeenschap van goederen behoeft niet te worden verrekend.

Indexering

In het zojuist al genoemde Boon/Van Loon-arrest, overwoog de Hoge Raad dat aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid die op de verdeling van een gemeenschap van toepassing zijn, moet worden vastgesteld op welke wijze en tot welke bedragen verrekening van de pensioenrechten dient plaats te vinden. Dat kan betekenen dat ofwel meteen bij de ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap wordt afgerekend door betaling van een bedrag ineens, ofwel dat feitelijke verrekening wordt uitgesteld tot het moment dat het betreffende ouderdomspensioen ingaat en plaatsvindt naarmate de pensioentermijnen vervallen. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2016 (**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3059**) voor de eerstgenoemde verrekeningswijze - afrekening door betaling van een bedrag ineens bij ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap - dat het per de ontbindingsdatum te verrekenen bedrag vervolgens niet behoeft te worden geïndexeerd. Dat lijkt mij vrij voor de hand liggend. De Hoge Raad had al eerder geoordeeld dat bij de vaststelling van het te verrekenen bedrag, bij verrekening door betaling van een bedrag ineens, wél met indexering rekening moet worden gehouden (**HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7690**). De Hoge Raad had ook al eerder geoordeeld dat voor de als tweede genoemde verrekeningswijze – afrekening vanaf het moment dat de pensioentermijnen vervallen – wel rekening moet worden gehouden met indexering (**HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6163**).

Afsluitend

In 2016 was er, voor zover ik kan overzien, maar één vermeldenswaardige uitspraak over pensioenverrekening, namelijk over de indexering van het per de ontbindingsdatum van de huwelijksgoederengemeenschap te verrekenen bedrag. Toeval, of zou pensioenverrekening als bron van interessante jurisprudentie 35 jaar na

het wijzen van het Boon/Van Loon-arrest zo langzamerhand zijn opgedroogd? Wat daar ook van zij, jurisprudentie in verband met het Boon/Van Loonarrest zal nog vele jaren relevant blijven. Een vordering tot pensioenverrekening kan immers, indien sprake is van een overgeslagen goed, nog steeds met succes worden ingesteld (**HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:762**).

Pensioenverweer

Inleiding

Het pensioenverweer houdt in dat de partner tegen wie het verzoek tot scheiding zich richt, zich op het standpunt stelt dat de rechter het verzoek niet kan toewijzen, omdat door de scheiding voor de betreffende partner een bestaand vooruitzicht op uitkeringen in geval van overlijden van de verzoekende partner, verloren zou gaan of in ernstige mate zou verminderen. Een partner die de rechter om scheiding verzoekt kan geen zogenaamd pensioenverweer voeren, maar de partner tegen wie het scheidingsverzoek zich richt, kan dat wel. Het gaat bij een pensioenverweer steeds om een vooruitzicht van de verwerende partner op uitkeringen bij overlijden van de verzoekende partner. Als de rechter het pensioenverweer honoreert, gaat de scheiding niet door. De partner die om scheiding verzoekt, kan voorkomen dat het pensioenverweer slaagt door een billijke voorziening te treffen ter compensatie. Maar dat is niet nodig indien de partner die het pensioenverweer voert, zelf een voldoende voorziening kan treffen. En het is ook niet nodig indien de scheiding met name is te wijten aan de partner die het pensioenverweer voert dan wel indien de partner die het pensioenverweer voert zich schuldig heeft gemaakt aan een bepaalde mate van wangedrag.

Het pensioenverweer kan worden gevoerd tegen een verzoek tot echtscheiding (art. 1:153 BW), een verzoek tot ontbinding van een huwelijk na scheiding van tafel en bed (art. 1:180 lid 2 BW) en een verzoek tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap (art. 1:80e lid 1 BW jo. art. 1:153 BW).

Zoals hiervoor al opgemerkt, heeft de partner die om scheiding verzoekt niet de mogelijkheid om een pensioenverweer te voeren. Deze verzoekende partner kan, met

het oog op een uitkering in geval van overlijden van zijn toekomstige ex-partner, wel een beroep doen op artikel 157 lid 2 BW. Die bepaling houdt in dat de rechter bij de vaststelling van de alimentatie rekening kan houden met de behoefte aan een voorziening voor die situatie.

Twee interessante arresten

Doordat partnerpensioen in pensioenregelingen tegenwoordig minder vaak op opbouwbasis is, ontstaat bij scheiding minder vaak recht op bijzonder partnerpensioen. Recht op bijzonder partnerpensioen wordt immers alleen verkregen als het partnerpensioen op opbouwbasis is. Dat betekent dat het pensioenverweer tegenwoordig vaker in beeld komt bij scheidingen.⁵⁸ Dat maakt dat het pensioenverweer in deze kroniek niet mag ontbreken, zeker nu gerechtshof Amsterdam en gerechtshof Den Haag in 2016 interessante arresten over het pensioenverweer hebben gewezen.

Gerechtshof Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1707. Gerechtshof Amsterdam boog zich over de situatie waarin een man een verzoek tot echtscheiding had ingediend en de vrouw in reactie op dat verzoek een pensioenverweer had gevoerd. Rechtbank Amsterdam, die in eerste aanleg over het echtscheidingsverzoek had geoordeeld, had het pensioenverweer verworpen en de echtscheiding uitgesproken. Het gerechtshof Amsterdam daarentegen, honoreerde het pensioenverweer en wees het verzoek tot echtscheiding van de man daarom alsnog af. Het gerechtshof volgde de vrouw in haar stelling dat als gevolg van de scheiding haar uitzicht op partnerpensioen afhankelijk van de omstandigheden in ernstige mate kon verminderen of zelfs verloren kon gaan. Daarbij nam het hof onder meer in aanmerking, dat de vrouw helemaal geen partnerpensioen zou ontvangen in het statistisch niet onwaarschijnlijke geval dat de man niet zou overlijden binnen 15 jaar na het eindigen van het huwelijk. Indien de man niet binnen die termijn zou overlijden, zou de vrouw volgens de toepasselijke pensioenregeling (pensioenregeling van het pensioenfonds van de Verenigde Naties) alleen nog recht op partnerpensioen hebben indien de man op het latere moment van overlijden alimentatieplichtig zou zijn. En dat

⁵⁸ Zie W.P.M. Thijssen, "Pensioenverweer: terug van weggeweest?", EB 2009, p. 168-170.

was volgens het hof niet waarschijnlijk, gelet op het wettelijke uitgangspunt dat de alimentatieplicht maximaal 12 jaar duurt vanaf het moment van ontbinding van het huwelijk (art. 1:157 lid 4 BW). Het uitzicht op partnerpensioen ging daarom volgens het gerechtshof in voldoende mate verloren om het pensioenverweer te honoreren.

In dat verband is opmerkelijk een uitspraak van Rechtbank Roermond uit 2006, in een andere echtscheidingszaak waarin een pensioenverweer werd gevoerd (**Rechtbank Roermond, ECLI:NL:RBROE:2006:AX9653**). Ook Rechtbank Roermond concludeerde dat door de scheiding een bestaand vooruitzicht op uitkering bij vooroverlijden van de verzoekende partner verloren ging. Maar vervolgens oordeelde de Rechtbank dat het pensioenverweer desondanks niet slaagde, omdat de partner die het pensioenverweer had gevoerd zelf voldoende voorzieningen kon treffen, bij welk oordeel de rechtbank betrok dat die voorzieningen naar het oordeel van de rechtbank (slechts) betrekking zouden moeten hebben op een periode van maximaal 12 jaar, gelet op het feit dat de wetgever de beperking van de duur van de alimentatieplicht tot maximaal 12 jaar heeft gebaseerd op de verwachting dat de alimentatiegerechtigde echtgenoot in die periode zodanige voorzieningen treft dat hij financieel voor zichzelf kan zorgen. Gerechtshof Amsterdam wijdt in het hierboven genoemde arrest van 3 mei 2016 geen woord aan de maximale alimentatietermijn van 12 jaar, ook niet in de overweging die het hof wijdt aan hoe een mogelijke billijke voorziening er uit zou kunnen zien.

Gerechtshof Den Haag 10 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:766. Gerechtshof Den Haag kreeg te oordelen over de situatie waarin de rechtbank in eerste aanleg de echtscheiding had uitgesproken en de vrouw tegen het uitspreken van die echtscheiding in hoger beroep ging, met als enige argument een pensioenverweer. Zij stelde dat eerst een toereikende voorziening diende te worden getroffen alvorens de echtscheiding kon worden uitgesproken. Het gerechtshof maakte daar korte metten mee. Het hof overwoog dat volgens vaste jurisprudentie, indien eenmaal door de eerste rechter de echtscheiding is uitgesproken, het hoger beroep slechts op grond van door de echtgenoot die het hoger beroep instelt aan te voeren bijzondere omstandigheden kan worden gebezigd teneinde te bewerkstelligen dat de band tussen het verzoek tot echtscheiding en de verzochte nevenvoorziening wordt hersteld en dat

tezelfdertijd wordt beslist op die verzoeken⁵⁹. Het was volgens het hof daarom aan de vrouw om bijzondere omstandigheden aan te voeren die haar hoger beroep tegen de in eerste aanleg uitgesproken echtscheiding rechtvaardigden. Een dergelijke bijzondere omstandigheid was het door de vrouw gevoerde pensioenverweer volgens het hof niet, nu de vrouw naar het oordeel van het hof geen beroep meer kon doen op het pensioenverweer aangezien zij een rechtsgeldig echtscheidingsconvenant had gesloten en de vrouw in het kader van de afwikkeling van de echtscheiding afstand had gedaan van haar pensioenrechten. Wat te vinden van dit arrest? Op zich lijkt mij de feitelijke uitkomst dat het pensioenverweer niet slaagt juist, omdat de vrouw in het kader van de afwikkeling van de echtscheiding afstand heeft gedaan van haar pensioenrechten. Het eventueel verloren gaan van een uitzicht op partnerpensioen, wordt dan veroorzaakt door het echtscheidingsconvenant en niet door het uitspreken van de echtscheiding. Ik vraag mij wel ernstig af of het juist is dat het hof de billijke voorziening in het kader van een pensioenverweer kennelijk, gelet op de verwijzing van het hof naar de vaste lijn in de jurisprudentie, schaart onder “nevenvoorzieningen” bij een verzoek tot echtscheiding. En daarmee of het juist is dat het hof de vrouw niet ontvankelijk heeft verklaard in haar hoger beroep. Ik zou denken dat het ontbreken van een billijke voorziening als bedoeld bij een pensioenverweer, in de weg kan staan aan het uitspreken van de echtscheiding en dat het aan de rechter is om te oordelen of de voorziening die de toekomstige ex-partner heeft aangeboden al dan niet billijk is en daarmee of de echtscheiding al dan niet wordt uitgesproken, maar dat de rechter niet zelf in het kader van een pensioenverweer een voorziening als nevenvoorziening kan toewijzen. Dat zou wel kunnen in het kader van artikel 157 lid 2 BW.

Afsluitend

Het jaar 2016 bracht twee interessante arresten van gerechtshoven over het pensioenverweer: Eén over de vraag of het voor een pensioenverweer benodigde vooruitzicht op uitkeringen, door de scheiding verloren zou gaan of in ernstige mate zou verminderen. Gerechtshof Amsterdam lijkt vrij soepel in haar oordeel, in die zin dat het hof geen belang lijkt te hechten aan de maximale alimentatietermijn van 12 jaar. En één, van gerechtshof Den Haag, die vanuit procesrechtelijke oogpunt vragen oproept.

⁵⁹ Vgl. reeds Hoge Raad 2 en 9 april 1999, NJ 1999, 656 respectievelijk 657.

8. Fusies en overnamen

mr. Laila Berrich CPL, advocaat Houthoff Buruma

Inleiding

In de GOM-uitspraak (**Hoge Raad 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:20:2375**) staat de volgende vraag centraal: kan een bedrijfstakpensioenfonds in geval van overgang van onderneming de verkrijger aanspreken voor achterstallige pensioenpremies die zien op de periode vóór de transactie? Het gaan dan dus om achterstallige pensioenpremies die in eerste instantie verschuldigd waren door de vervreemder.

Een kwestie die voornamelijk zal kunnen spelen bij een activa-passiva transactie. Bij een aandelentransactie speelt dit onderwerp geen rol. Bij een dergelijke fusie worden immers de aandelen in een vennootschap verkocht. Feitelijk heeft dit geen arbeidsrechtelijk gevolgen voor de verhouding tussen een werkgever en een werknemer. Een aandelenfusie leidt niet tot een overgang van onderneming.

De feiten

Van Berkel Holding B.V en VBG Holding B.V. (tezamen: "VBG"), nemen als schoonmaakbedrijven verplicht deel aan het bedrijfstakpensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf (het "BPF"). Op 21 mei 2008 verkoopt VBG haar activa aan GOM, die net zoals VBG onder de werkingsfeer van het BPF valt. Partijen hebben voorafgaand aan de koopovereenkomst uitvoerig gesproken over de pensioenachterstand van VBG. Deze achterstand was GOM dus bekend. Er was slechts onduidelijkheid over de hoogte van de betalingsachterstand, die nog achterhaald diende te worden bij het BPF. Zowel in de koopovereenkomst tussen partijen als in de, daaraan voorafgaande, intentieverklaring hebben partijen beoogd te regelen dat de achterstallige pensioenpremies tot aan de transactiedatum voor rekening van de vervreemder zouden zijn en niet over zouden gaan op de verkrijger.

Bijna drie jaar later stelt het BPF vast dat de betalingsachterstand een bedrag van bijna 2 miljoen euro betreft. Vrij snel daarna vordert het BPF de achterstallige pensioenpremies bij GOM. Bij VBG is vanwege een faillissement niets meer te halen.

Uitkomst van de procedure

GOM startte een procedure, waarin zij een verklaring voor recht vorderde dat er geen verplichting bestond om de achterstallige pensioenpremies, voor zover deze ontstaan zijn voorafgaand aan de overgang van onderneming, aan het BPF te voldoen. Het BPF eist in reconventie dat GOM de achterstallige pensioenpremies moet betalen.

Zowel de Rechtbank, als het Hof, na instelling van een hoger beroep, hebben de vordering van GOM afgewezen en het BPF in het gelijk gesteld. De vragen die beantwoord moesten worden:

1. Behoort een verplicht gesteld pensioen tot de "rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst" zoals vermeld in artikel 7:663 BW;
2. En zo ja: gaat de betalingsverplichting met betrekking tot de achterstallige pensioenpremies van BVG over op GOM?
3. Heeft het BPF vervolgens een zelfstandig vorderingsrecht jegens GOM?

Kort gezegd, oordeelt het Hof dat GOM op grond van artikel 4 Wet Bpf 2000 de statuten en het pensioenreglement dient na te leven en dat daarmee de verplichting tot het betalen van de pensioenpremies is overgegaan van VBG op GOM.

In cassatie is vervolgens aan de orde of inderdaad de verplichtingen tot betaling van de achterstallige pensioenpremies die ontstaan zijn vóór de overgang van onderneming tot de rechten en verplichtingen behoren die op grond van artikel 7: 663 BW overgaan op de verkrijger. Daarnaast klaagt het eerste onderdeel over het eigen recht dat het BPF zou hebben om achterstallige premies direct bij de verkrijger te innen. Het tweede, voorwaardelijke, onderdeel in cassatie is gericht tegen het oordeel dat een verplicht gesteld pensioen⁶⁰ onderdeel uitmaakt van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:663 BW.

⁶⁰ Op grond van de Wet Bpf 2000

De Hoge Raad stelt in dat kader voorop dat de wettelijke bepalingen omtrent overgang van onderneming primair ten doel hebben werknemers bij overgang van onderneming te beschermen en hun bestaande rechten veilig te stellen. De Hoge Raad komt daarbij tot het oordeel dat de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen en de daarbij behorende wetsgeschiedenis er toe leiden dat een verplicht gesteld pensioen inderdaad voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.

Net als het Hof haalt de Hoge Raad de tweede volzin van artikel 7: 663 BW aan, waarin bepaald wordt dat de vervreemder nog gedurende een jaar na de overgang van onderneming naast de verkrijger aansprakelijk is voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen die zijn ontstaan voorafgaand aan dat tijdstip.

Voor de Hoge Raad is er geen andere uitleg mogelijk dan dat deze bepaling ziet op verplichtingen die zijn ontstaan in het tijdstip voorafgaand aan de overgang van onderneming, waaronder dus ook de verplichting tot nakoming van betaling van de achterstallige pensioenpremies. Daarmee gaat de betalingsverplichting mee over op de verkrijger.

Wat de laatste vraag betreft, namelijk of het BPF een zelfstandig vorderingsrecht heeft jegens de verkrijger ten aanzien van de achterstallige pensioenpremies, overweegt de Hoge Raad dat bij het ontbreken van een dergelijk recht van het BPF, de nakoming van de verplichting van de verkrijger, onvoldoende gewaarborgd zou zijn. Hierbij lijkt de Hoge Raad een grote waarde toe te kennen aan de eventuele gevolgen die verbonden zijn aan een te lage dekkingsgraad van het BPF, waardoor er gekort zou moeten worden op pensioenuitkeringen. Een zelfstandig vorderingsrecht van het BPF zorgt voor een effectieve rechtsbescherming van de werknemers.

Analyse

De Europese richtlijn inzake overgang van onderneming die in 1977 werd ontworpen⁶¹, werd in 1981 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Na enkele wijzigingen werd de richtlijn uiteindelijk vernummerd tot de huidige richtlijn 2001/23/EG (de "Richtlijn"). In Nederland kunnen we de bepalingen inzake overgang van onderneming terugvinden in de artikelen 7: 662 – 7:665a BW.

Ik haal de Richtlijn hier aan om stil te staan bij de voornaamste doelstelling van de Richtlijn: het regelen van het behoud van rechten (en verplichtingen) van werknemers, mede inbegrepen bescherming tegen ontslag bij overgang van onderneming. In de wetgeving rondom overgang van onderneming, is de hoofdrol duidelijk weggelegd voor de beschermingsgedachte.

Het gevolg van een overgang van onderneming is dat de rechten en verplichtingen die op het moment van de overgang van onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, tussen de vervreemder en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen belangrijke en minder belangrijke arbeidsvoorwaarden. Het uitgangspunt is dat alle rechten en verplichtingen overgaan op de verkrijger, waarbij een uitzondering is gemaakt voor pensioenen.

De Richtlijn biedt de mogelijkheid om pensioen anders te behandelen dan de overige arbeidsvoorwaarden. Van deze mogelijkheid werd door de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt door de implementatie van artikel 7:664 BW⁶². Tot de wetwijziging in 2002⁶³ sloot artikel 7:664 BW pensioenen volledig van overgang uit.

⁶¹ De richtlijn "inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen: Richtlijn nr. 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977

⁶² En artikel 14a lid 3 Wet CAO

⁶³ Kamerstukken 27 469

De wetswijziging in 2002 zorgde er voor dat pensioen niet langer volledig buiten beschouwing gelaten werd bij een overgang⁶⁴.

Zoals gezegd, werd de overgang van pensioen vanaf 2002 op grond van artikel 7:664 BW een feit, tenzij één van de drie uitzonderingen uit dat artikel van toepassing zijn. Voor de bespreking van onderliggende casus komen we alleen toe aan de hoofdregel: bij een overgang van onderneming gaan de pensioenvoorzieningen van de vervreemder van rechtswege mee over op de verkrijger.

Ook een verplicht gesteld pensioen maakt onderdeel uit van "de rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst". Ook als er sprake is van een verplichtstelling wordt de basis van de rechten en verplichtingen tussen werkgever en werknemer gelegd in de arbeidsovereenkomst. Daarmee wordt voldaan aan het criterium dat een en ander voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst. Ik sluit mij wat dat betreft aan bij de Noot van mr. T. Huijg bij het eerder gewezen arrest van het Hof in dit verband⁶⁵. Niet valt in te zien waarom dit alleen zou gelden in de situatie waarin sprake is van een verplicht gesteld pensioenfonds.

Betekent dit direct dat de verplichting om de achterstallige pensioenpremies die zijn ontstaan voorafgaand aan de overgang van onderneming dan ook meegaan naar de verkrijger?

Net als het Hof is de overweging van de Hoge Raad gebaseerd op de tweede volzin van artikel 7:663 BW, waarin bepaald wordt dat de vervreemder nog gedurende één jaar aansprakelijk is voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. De Hoge Raad geeft daarbij aan dat deze bepaling op niets anders kan zien dan op verplichtingen die zijn ontstaan in het tijdstip voorafgaand aan de overgang. Lutjens geeft in dat verband aan dat de overgang ook rechten en verplichtingen omvat die ontstaan zijn voor het tijdstip van de overgang van

⁶⁴ In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de reden om pensioen niet langer uit te zonderen van overgang is gelegen in het feit dat een pensioenregeling ook een arbeidsvoorwaarde is en dat daarom de bescherming op grond van de Richtlijn zo veel mogelijk van toepassing moet zijn op pensioenregelingen

⁶⁵ Noot bij PJ 2015/157

onderneming, omdat ook die rechten immers voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of de pensioenovereenkomst⁶⁶. De basis voor deze stelling kan volgens hem onder andere gevonden worden in de laatste zin van artikel 7:663 BW. Hieruit blijkt dat de verkrijgende werkgever in ieder geval gehouden is tot nakoming van de verplichtingen voorafgaand aan de overgang.

Op enkele punten zouden hierbij vraagtekens gezet kunnen worden⁶⁷. Uit de formulering van de tweede volzin in artikel 7:663 BW blijkt duidelijk de vervreemder centraal te staan. Dit artikel ziet met name op het behoud van de aansprakelijkheid jegens de vervreemder en niet jegens de verkrijger. Dit lijkt mij terecht teneinde misbruik te voorkomen.

Bij de wetgeving rondom overgang van onderneming staat de beschermingsgedachte voorop. De vraag die in dit geval terecht gesteld mag worden is: Waartegen dient de werknemer nog beschermd te worden op het moment dat zijn pensioenrechten reeds veilig gesteld zijn? In het geval dat er pensioen opgebouwd wordt in een regeling van een verplicht gesteld pensioenfonds staat immers al vast dat er geen directe link bestaat tussen de daadwerkelijke betaling van pensioenpremies en de uiteindelijke pensioenuitkering. In dat geval is de werknemer feitelijk al beschermd tegen mogelijke consequenties van het nalaten van betaling van pensioenpremies door de werkgever. Uiteraard is het van belang dat in principe de pensioenpremies voldaan moeten worden door de werkgever, maar dat feit alleen acht ik niet voldoende om de verkrijger aan te kunnen spreken op achterstallige pensioenpremies van de vervreemder.

Ik begrijp daarbij wel de stelling dat een zelfstandig vorderingsrecht van het BPF nodig is om de werknemers te beschermen tegen de eventuele situatie waarin het pensioenfonds uiteindelijk over zal gaan tot korting op de pensioenuitkering.

⁶⁶ Asser/ Lutjens – Asser serie deel 7, nr 811

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Frederique Hoppers in Arbeidsrechtelijke Annotaties 2016 (10) 2

Conclusie voor de praktijk

Voor de transactiepraktijk is dit een belangrijke uitspraak, maar wat de praktijk hier concreet mee kan, is niet helemaal duidelijk. Het risico voor de koper om uiteindelijk aangesproken te worden voor verplichtingen die stammen uit het tijdstip voorafgaand aan de transactie, lijkt met dit arrest groter geworden te zijn in de situatie van een overgang van onderneming. Alhoewel het onduidelijk blijft of dit alleen zou moeten gelden indien er sprake is van een verplicht gesteld pensioen. Daar ik niet zie waarom die beperking zou gelden, zou ik zeggen dat dezelfde risico's spelen indien er sprake is van een pensioenregeling met een andere basis.

In koopovereenkomsten wordt over het algemeen gebruik gemaakt van vrijwaringen en garanties, waarmee beoogd wordt dergelijke situaties van onder andere betalingsachterstanden te regelen tussen koper en verkoper, waarbij over het algemeen het risico voor schulden die ontstaan zijn in de periode voorafgaand aan de transactie, bij de verkoper te laten. In onderhavige kwestie was ook een vrijwaring opgenomen met betrekking tot de pensioenschulden, maar die vrijwaring heeft uiteindelijk niet het gewenste resultaat gehad. Strikt genomen zou de koper op grond van de overeengekomen vrijwaring, verhaal moeten kunnen halen bij de verkoper. Deze is inmiddels echter failliet gegaan en daar valt dus niets meer te halen.

Daar waar het bestaan van een schuld in een due diligence traject al blijkt, is aanpassing van de koopprijs daarmee de veiligste oplossing. Het zou wel mooi zijn als de pensioenuitvoerders dan "op tijd" kunnen voorzien in een overzicht van de premieachterstanden.

