

Kroniek Pensioenrechtspraak 2019



Nr. 8

Kroniek Pensioenrechtspraak 2019

Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2019

mr. Annemiek Cramer CPL	<i>advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl</i>
mr. Bas Degelink CPL	<i>advocaat pensioenrecht DLA Piper</i>
mr. Carina Houwen CPL	<i>pensioenspecialist Belastingdienst</i>
mr. Esther Mulder CPL	<i>pensioenbeleidsjurist PGGM</i>
mr. Hennie de Graaf CPL	<i>advocaat pensioenrecht PAL advocatuur</i>
mr. Jorn de Bruin CPL	<i>advocaat pensioenrecht Van Doorne</i>
mr. Laurie Kuijpers CPL	<i>advocaat arbeids- en pensioenrecht Loyens & Loeff</i>
mr. drs. Petra van Straten CPL	<i>promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit</i>
mr. drs. Ralph van 't Hoff	<i>wetenschappelijk medewerker VvPj (eindredactie)</i>
mr. Suzanne Hidajat-Engelsman CPL	<i>advocaat pensioenrecht Stibbe</i>

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

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

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

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

©2020 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

Voorwoord

Lijst met afkortingen

Inleiding	15
1. Pensioenovereenkomst	17
<i>Suzanne Hidajat-Engelsman</i>	
2. Wijziging van de pensioenregeling	31
<i>Hennie de Graaf</i>	
3. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen	49
<i>Bas Degelink</i>	
4. Uitvoeringsovereenkomst.....	63
<i>Petra van Straten</i>	
5. Functioneren pensioenuitvoerders.....	73
<i>Jorn de Bruin</i>	
6. Toezichtuitoefening	89
<i>Laurie Kuijpers</i>	
7. Pensioen en scheiding	99
<i>Esther Mulder</i>	
8. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen	111
<i>Annemiek Cramer</i>	
9. Fiscaal pensioenrecht	123
<i>Carina Houwen</i>	

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2019

Voorwoord

Voor u ligt de Kroniek 2019. De achtste editie van een jaarlijks door leden van de VvPj verzorgde uitgave. Het betreft een selectie van belangwekkende uitspraken uit 2019 die zijn geanalyseerd, beschreven en waar nodig voorzien van achtergrond, duiding en/of commentaar.

Inherent aan een uitgave als deze is dat de focus op het recente verleden (2019) ligt. Op het moment van verschijning zal dit de lezer waarschijnlijk iets minder aanspreken. Naar verluidt is een oude Chinese onheilswens: “dat u in interessante tijden moge leven”. Ook voor pensioenjuristen is daar nu zeker sprake van. Zo waren daar al, buiten de ontwikkelingen op ons vakgebied, de grote thema’s van deze tijd: klimaatverandering, handelsoorlogen, immigratieproblematiek, Brexit, de lage rente en de meer lokale zaken als de stikstof- en pfascrisis. Maar dat alles, hoe belangrijk ook, wordt nu grotendeels weggedrongen door de allesoverheersende Coronacrisis. Een ongekende gezondheids crisis, met ook grote economische gevolgen, die mogelijk nog heel lang zal na-ijlen.

Bij dat alles zullen de pensioenontwikkelingen van 2019 voorsnog wat minder de aandacht opeisen, zo realiseren wij ons. Niettemin zal ook de jurisprudentie die in deze uitgave aan de orde komt voor de praktijk van de pensioenjurist relevant zijn en het derhalve waard zijn besproken te worden. Zo heeft bijvoorbeeld het Euronext-arrest (zie nader p 20 ons denken over de klassieke pensioendriehoek ter discussie gesteld. Een thema dat wij in ons komend jaarcongres voor 2020 nader zullen belichten.

Maar buiten de jurisprudentie was 2019 ook in andere opzichten een memorabel jaar voor de pensioenjurist en pensioenconsultant. De meeste aandacht is daarbij opgeëist door het pensioenakkoord. Een breed en verstrekkend akkoord, dat de opmaat moet gaan vormen voor een ingrijpende stelselherziening. Een operatie die de pensioenjurist ongetwijfeld veel extra werk zal gaan opleveren. Voor sommigen al ten aanzien van de verdere uitwerking van het akkoord, maar voor de meesten in ieder geval voor wat betreft bestudering en de verdere toepassing van de nieuwe regels in de praktijk.

Aldus zullen pensioenjuristen en pensioenconsultants ook een belangrijke rol te vervullen krijgen bij de invoering van het nieuwe pensioenstelsel. Velen van hen zijn lid van de VvPj. Hierbij dan ook andermaal een oproep tot het publiceren over deze en andere ontwikkelingen namens de VvPj. De VvPj gaat dergelijke publicaties desgewenst ook op haar website plaatsen. Dergelijke publicaties zullen ertoe bijdragen de VvPj op de kaart te zetten als een belangrijke speler in pensioenland. Met dat datzelfde doel voor ogen zal de VvPj van haar kant zich verder ook blijven richten op het ontwikkelen van nieuwe, betekenisvolle initiatieven.

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 CPL

Paulus van den Bos CPL

Maart 2020

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

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 2019 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2019 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2019.

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

1. Pensioenovereenkomst

mr. Suzanne Hidajat – Engelsman CPL, advocaat pensioenrecht bij Stibbe

Inleiding

Deze bijdrage heeft als onderwerp de rechtspraak op het gebied van de pensioenovereenkomst en bestaat uit drie onderdelen. In het eerste onderdeel komen drie uitspraken aan de orde die gaan over de uitleg van de pensioenovereenkomst. In het tweede onderdeel worden twee uitspraken besproken die gaan over de vraag of de werkgever verplichtingen houdt uit de pensioenovereenkomst als de uitvoeringsovereenkomst wijzigt of eindigt. In het derde onderdeel komt tot slot een uitspraak aan de orde die gaat over de pensioenovereenkomst en overgang van onderneming.

Onderdeel 1: uitleg pensioenovereenkomst

1.1 Inleiding

Het komt regelmatig voor dat werkgever en werknemer van mening verschillen over de uitleg van de pensioenovereenkomst. Bij een dergelijk geschil is de welbekende Haviltexmaatstaf of de cao-norm van toepassing. Er is in 2019 geen baanbrekende rechtspraak op dit vlak verschenen. Er is wel een aantal (vooral feitelijke) uitspraken geweest dat laat zien dat het voor werkgever en werknemer van belang is om de pensioenovereenkomst nauwkeurig vast te leggen en bewijs hiervan te bewaren.

1.2 Kantonrechter Amsterdam: gelijke indexatie voor oude en nieuwe pensioen-aanspraken

De Kantonrechter Amsterdam moest oordelen over de uitleg van een indexatie-toezegging (**Rb. Amsterdam 26 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5520**). De feiten waren als volgt.

Werknemer was sinds 1976 deelnemer in de pensioenregeling van werkgever. Die werd tot 1 januari 2007 uitgevoerd door Nationale Nederlanden en vanaf 1 januari 2007 door Zwitserleven. Bij de overgang informeerde de werkgever de werknemer per brief dat het de bedoeling is dat alle opgebouwde aanspraken en rechten

worden overdragen aan Zwitserleven. Daarbij werd vermeld dat er niets veranderd, behalve ten aanzien van de kans op indexatie. Door de gunstigere voorwaarden bij Zwitserleven was het de verwachting dat de kans op indexatie groter wordt.

De opgebouwde pensioenaanspraken werden vervolgens overdragen aan Zwitserleven en die hield twee verschillende polissen aan: polis 1 voor de tot 1 januari 2007 opgebouwde aanspraken en polis 2 voor de nog op te bouwen aanspraken en rechten vanaf 1 januari 2007. In de eerste jaren na de overstap naar Zwitserleven is er niet geïndexeerd.

Per 1 januari 2012 sloot de werkgever een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met Zwitserleven. De werkgever informeerde de werknemer dat de kans op indexatie zou afnemen en dat de werkgever daarom de werknemer zou compenseren zodat in 2012, 2013 en 2014 jaarlijks 2% indexatie zou worden verleend. Later bleek dat deze indexatie alleen was toegekend voor de aanspraken die zijn opgebouwd na 1 januari 2007 (polis 2) en dat de aanspraken tot 1 januari 2007 (polis 1) na 2007 nooit meer waren geïndexeerd.

De vorderingen van de werknemer komen er in de kern op neer dat de aanspraken onder polis 1 gelijk met aan de aanspraken van polis 2 moeten worden geïndexeerd. De kantonrechter legt de toezegging op het gebied van indexatie uit conform de Haviltexmaatstaf en stelt de werknemer in het gelijk. Volgens de kantonrechter kan de brief uit 2007 maar op één manier worden uitgelegd: er verandert niets voor de werknemer behalve dan dat er een grotere kans op indexatie bestaat. Ook de indexatietoezegging over jaren 2012, 2013 en 2014 is helder volgens de kantonrechter. Uit niets blijkt dat hier een onderscheid zou worden gemaakt tussen polis 1 en polis 2. Dat Zwitserleven de aanspraken in twee verschillende polissen had ondergebracht en dat de werknemer elk jaar voor elke polis een apart uniform pensioenoverzicht ontving, is daarbij niet relevant. Voor een afwijkende behandeling tussen de twee polissen is een contractuele grondslag nodig en die was er niet, aldus de kantonrechter.

Al met al moet de werkgever de aanspraken tot 1 januari 2007 op dezelfde wijze indexeren als de aanspraken vanaf 1 januari 2007.

1.3 Hof Den Bosch: indexatie na uitdiensttreding tot aan pensioendatum

Ook het Hof Den Bosch moest oordelen over de uitleg van een indexatietoezegging (**Hof Den Bosch 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3661**). Deze zaak ging over het volgende.

Werknemer was medio 1984 in dienst getreden bij werkgever. Medio 2011 trad hij uit dienst. Gedurende zijn gehele dienstverband nam hij deel aan een pensioenregeling. Aanvankelijk was dat een C-polis. Werkgever stelde vervolgens voor om werknemer per 1 januari 2007 deel te laten nemen in een collectieve middelloonregeling en de bestaande aanspraken van werknemer daar ook in onder te brengen.

Tussen partijen is uitgebreid overleg geweest over de overstap naar de collectieve middelloonregeling waarbij beiden zich deskundig hebben laten bijstaan. Begin 2008 schrijft de deskundige van de werkgever in een memo dat het de uitdrukkelijke bedoeling is dat tot de pensioendatum indexatie plaatsvindt conform de jaarlijkse cao verhoging bij werkgever. Na de pensioendatum zal een eventuele indexatie worden gefinancierd uit het beschikbaar gestelde kapitaal op de einddatum. Partijen bereikten hierna een akkoord.

Eind 2008 bleek echter dat de pensioenuitvoerder niet in staat was de pensioenregeling zoals werkgever en werknemer die voor ogen hadden uit te voeren. Daarom werd er tussen partijen opnieuw overleg gevoerd. Tijdens dit overleg benoemde de werkgever dat tijdens de actieve periode van de werknemer de indexatie zou plaatsvinden conform de jaarlijkse cao-verhoging bij werkgever. Tijdens de inactieve periode zou worden geïndexeerd conform inflatie voor zover het toeslagenfonds dat toe zou laten. Werkgever en werknemer bereikten vervolgens opnieuw een akkoord. Vanwege langdurige afwezigheid van zijn adviseur, correspondeerde de werknemer in deze periode zelf met (de deskundige van) de werkgever. Werknemer liet daarbij wel weten één en ander met zijn deskundige te zullen bespreken.

Na de uitdiensttreding van werknemer in 2011 ontstond vervolgens een geschil tussen werkgever en werknemer over de indexatie na de uitdiensttreding van werknemer tot aan zijn pensioendatum. Werknemer meent dat hij conform de afspraken gemaakt in 2008 aanspraak heeft op een jaarlijkse indexatie conform de cao-verhoging bij werkgever. Werkgever meent van niet, omdat partijen zijn

overeengekomen dat tijdens de inactieve periode de indexatie conform de inflatie zal plaatsvinden mits het toeslagenfonds dat toestaat.

Met toepassing van de Haviltexmaatstaf oordeelt het hof als volgt. Bij de onderhandelingen in 2008 hebben partijen kennelijk niet stilgestaan bij de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst van werknemer zou eindigen voor de pensioenleeftijd. Bij het hernieuwde overleg eind 2008 is werknemer echter gewezen op het onderscheid tussen actieven en inactieven voor wat betreft de indexatie. Werknemer heeft zich hier akkoord mee verklaard.

Het hof oordeelt dat uit deze gang van zaken volgt dat werknemer heeft ingestemd met een pensioenovereenkomst die voor de indexatie een onderscheid maakt tussen actieven en inactieven. Werknemer had kunnen en moeten begrijpen dat het de bedoeling was om een dergelijk onderscheid in de pensioenregeling op te nemen. De werknemer heeft door zijn akkoord te geven het vertrouwen gewekt dat hij met het indexatiebeleid instemde. Mocht het zo zijn dat werknemer zich bij het geven van zijn akkoord niet bewust was van de consequentie, dan komt dit volgens het hof voor zijn eigen rekening en risico, omdat hij zich heeft laten bijstaan door een deskundige. Dat die deskundige op enig moment afwezig was, doet hier niet aan af.

Al met al worden de vorderingen van de werknemer afgewezen.

1.4 Hof Arnhem – Leeuwarden: geen eindloonregeling over dienstjaren bij vorige werkgever

In 2019 oordeelde het Hof Arnhem – Leeuwarden over de vraag of werkgever aan werknemer had toegezegd om de werknemer ook ten aanzien van zijn dienstjaren bij een vorige werkgever op te nemen in de eindloonregeling (**Hof Arnhem – Leeuwarden 12 februari 2019, ECLI:NL:GHARL: 2019:1382**). De relevante feiten waren als volgt.

Werknemer trad in 1991 in dienst bij werkgever. Daarvoor was de werknemer in dienst geweest bij een andere werkgever en had hij vanaf 1979 12 jaar pensioen opgebouwd in de pensioenregeling (middelloon) van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Drankenindustrie. Van 1991 tot 2004 bouwde de werknemer pensioen op in een gemitigeerde eindloonregeling bij Delta Lloyd. Vanaf 2004 gold bij werkgever een middelloonregeling eveneens uitgevoerd door Delta Lloyd.

Begin 2004 stemde de werknemer in met de waardeoverdracht van zijn pensioenaanspraken opgebouwd bij het bedrijfstakpensioenfonds naar de eindloonregeling van Delta Lloyd. In de eindloonregeling zijn 3.58 extra pensioenjaren ingekocht. De 3.58 extra pensioenjaren stonden gelijk aan 12 jaar opbouw in de regeling van het bedrijfstakpensioenfonds. Eind 2004 berichtte werknemer aan werkgever dat door de overdracht naar Delta Lloyd er sprake zou zijn van een pensioenbreuk, omdat hij door de inkoop van 3.58 pensioenjaren niet maximaal 40 jaar pensioen zou kunnen opbouwen. Dit zou in strijd zijn met de aan hem gedane toezegging bij zijn indiensttreding. De werknemer merkte op dat als deze pensioenbreuk geheeld zou worden, hij geen bezwaar zou hebben tegen de overgang per 2004 naar een middelloonregeling. In 2008 accepteerde werknemer vervolgens een aanzienlijke loonstijging. In dit kader is besproken dat werkgever niets meer zou doen aan de vermeende pensioenbreuk. Werknemer wist toen dus dat vanaf 2004 voor hem een middelloonregeling gold.

Werknemer vorderde kort samengevat dat de werkgever de aan hem gedane pensioentoezegging nakomt inhoudende dat hij vanaf 1979 zou worden opgenomen in de eindloonregeling van Delta Lloyd en dat werkgever hiervoor de benodigde koopsom bij Delta Lloyd zou storten. Ook vorderde hij dat zijn pensioenaanspraken vanaf 2004 worden berekend en gefinancierd op basis van de eindloonregeling, omdat hij aan zijn akkoord met de overstap van eindloon naar middelloon de voorwaarde zou hebben verbonden dat zijn pensioenbreuk zou worden geheeld hetgeen niet is gebeurd.

Het hof wijst de vordering van werknemer af. In het dossier bevinden zich namelijk geen bewijsstukken voor het bestaan van een dergelijke toezegging. Ook zijn er geen bewijsstukken die onderbouwen dat de vermeende pensioentoezegging een punt van discussie is geweest tussen partijen voordat 3.58 extra pensioenjaren zijn ingekocht in de eindloonregeling. De werknemer had bovendien nog gesteld dat hij het helen van zijn pensioenbreuk als voorwaarde had verbonden aan zijn instemming met de overstap naar een middelloonregeling en dat werkgever die voorwaarde had geaccepteerd waardoor werkgever alsnog de pensioenbreuk zou moeten helen. Maar ook daar gaat het hof niet in mee. Bovendien is zijn vordering al lange tijd verjaard en daarom wordt hij niet toegelaten tot bewijslevering terwijl hij op zich een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan.

Het hof wijst ook de vordering tot financiering van de pensioenaanspraken vanaf 2004 op basis van de eindloonregeling af, onder andere omdat de werknemer zijn recht had verwerkt door in 2008 akkoord te gaan met de aanzienlijke loonstijging.

Alles bij elkaar genomen stond de werknemer dus met lege handen.

Onderdeel 2: verplichtingen uit de pensioenovereenkomst na wijzigingen of einde uitvoeringsovereenkomst

2.1 Inleiding

De pensioenovereenkomst wordt gesloten tussen werkgever en werknemer. De werkgever is vervolgens verplicht om de uitvoering van de pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Maar stel dat de uitvoeringsovereenkomst wordt gewijzigd of beëindigd waardoor een werknemer feitelijk geen toeslag meer zal ontvangen terwijl toeslagverlening wel onderdeel is van de pensioenovereenkomst. Is er dan sprake van het niet nakomen van de pensioenovereenkomst? Over deze problematiek zijn in 2019 twee uitspraken geweest die hierna worden besproken.

2.2 Hof Amsterdam: verdwijnen indexatieperspectief na einde uitvoeringsovereenkomst

De eerste uitspraak is een arrest van Hof Amsterdam van 23 april 2019 (**ECLI:NL:GHAMS:2019:1452**). Het ging in dit arrest - voor zover relevant - om het volgende.

Werkgever Euronext heeft met haar werknemers pensioenovereenkomsten gesloten. Tot 1 januari 2014 was de uitvoering hiervan ondergebracht bij Pensioenfonds Mercurius Amsterdam ("PMA"). Onderdeel van de pensioenovereenkomst was een voorwaardelijke toeslagverlening. Deze werd gefinancierd uit het beleggingsrendement van PMA. Er werd geen reserve voor gevormd en Euronext betaalde geen premie voor de toeslagverlening.

Euronext had per 1 januari 2014 de uitvoeringsovereenkomst opgezegd en de toekomstige opbouw voor de actieven ondergebracht bij Delta Lloyd. Euronext deed hierbij verschillende stortingen in een toeslagdepot voor de toeslagverlening voor de actieven (ook over de opgebouwde aanspraken tot en met 31 december 2013).

De opgebouwde aanspraken en rechten tot en met 31 december 2013 bleven achter bij PMA dat vervolgens moest liquideren. Via een collectieve waardeoverdracht werden de bij PMA ondergebrachte aanspraken en rechten overgedragen aan eveneens Delta Lloyd (maar wel op een andere polis). De financiële situatie liet echter niet toe dat een toeslag werd ingekocht (maar wel dat een eerdere korting deels werd teruggedraaid).

Deze tweedeling leidde er feitelijk toe dat de inactieven geen toeslagen meer zouden krijgen, terwijl de actieven (peildatum 1 januari 2014) nog wel toeslag ontvingen, ook op de voor 1 januari 2014 opgebouwde aanspraken die waren achtergebleven bij PMA en vervolgens waren overgedragen naar Delta Lloyd.

Een aantal inactieven en hun belangenvereniging startte vervolgens een procedure. Zij stelden dat Euronext onder andere toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de pensioenovereenkomst en/of art. 23 Pensioenwet en/of de eisen van goed werkgeverschap.

In eerste aanleg waren zij door de kantonrechter (grotendeels) in het gelijk gesteld. Ook in hoger beroep worden zij in het gelijk gesteld. Volgens het hof bevat de pensioenovereenkomst een "indexatieperspectief" en daarom lag het op de weg van Euronext om bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met PMA een alternatief te zoeken voor de uitvoering van de gehele pensioenovereenkomst. Euronext mocht geen genoegen nemen met de overdracht van PMA naar Delta Lloyd zonder indexatieperspectief, aldus het hof. Van Marwijk Kooy heeft in zijn noot bij deze uitspraak in Ondernemingsrecht 2019/139 opgemerkt dat het op zich juist is dat de pensioenovereenkomst een indexatieperspectief bevat, maar dat het geenszins evident is dat een werkgever tot in lengte van dagen nieuwe uitvoeringsvormen moet blijven vinden om inhoud te geven aan dat indexatieperspectief als de oude niet meer werkt (zoals in dit geval).

Het hof oordeelt verder dat de overdracht van PMA naar Delta Lloyd een niet-rechtsgeldige eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst opleverde en dat Euronext zich niet als goed werkgever heeft gedragen door zich eenzijdig te onttrekken aan de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst.¹

¹ Op dit oordeel ga ik niet verder in, omdat wijziging van de pensioenovereenkomst geen onderdeel is van deze bijdrage.

Deze handelswijze is tevens in strijd met de gelijke behandelingsnorm van art. 58 Pensioenwet, aldus het hof. Op grond van art. 58 Pensioenwet is Euronext gehouden om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten waarin een gelijkwaardige indexatieregeling wordt vastgelegd voor alle pensioenaanspraken en -rechten van gewezen deelnemers en gepensioneerden die (nog) niet worden bestreken door de indexatieregeling in de uitvoeringsovereenkomst die Euronext per 1 januari 2014 met Delta Lloyd heeft gesloten. Het zou anders wel heel eenvoudig zijn om art. 58 Pensioenwet te omzeilen, aldus het hof.

Alles bij elkaar genomen is Euronext dus aansprakelijk voor het niet nakomen van de pensioenovereenkomst die een indexatieperspectief bevat. Het arrest is een tussenarrest. Het hof zal zich nog uitlaten over de vraag of deze aansprakelijkheid ertoe leidt dat Euronext alsnog een uitvoeringsovereenkomst met Delta Lloyd voor het indexatieperspectief moet overeenkomen of dat de aansprakelijkheid ertoe leidt dat Euronext schadevergoeding moet betalen.

2.3 Kantonrechter Rotterdam: verdwijnen indexatieperspectief na einde uitvoerings-overeenkomst

Ook de kantonrechter Rotterdam heeft zich uitgelaten over het verdwijnen van het indexatieperspectief na einde uitvoeringsovereenkomst (**Rb. Rotterdam 20 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8226**). De relevante feiten waren als volgt.

Werknemer is sinds 2012 met pensioen en heeft tijdens zijn dienstverband met werkgever pensioen opgebouwd bij een regeling die werd uitgevoerd door Zwitserleven. Onderdeel van de pensioenovereenkomst is een voorwaardelijke toeslagverlening. Voor deze toeslagverlening wordt een depot aangehouden waarin de werkgever de door de verzekeraar verleende kwantumkorting (de korting op de premie, hoe meer premie hoe hoger de korting) en de winstaandelen zal storten.

De werkgever heeft de uitvoeringsovereenkomst niet verlengd per 1 januari 2016 en per dezelfde datum voor de actieve werknemers een nieuwe uitvoeringsovereenkomst gesloten bij een andere verzekeraar. In 2017 ontvangt de werknemer een bericht van Zwitserleven dat gelet op de lage rentestand er geen winstdeling is gerealiseerd waardoor geen toeslag kan worden verleend. Het is de verwachting dat de komende jaren geen toeslagverlening zal plaatsvinden. Door het opzeggen van de uitvoeringsovereenkomst wordt het depot bovendien niet

meer gevoed door de kwantumkorting (er komt immers geen premie meer binnen). Werkgever heeft aangevoerd dat de kwantumkorting elk jaar sowieso minder zou worden, omdat het aantal actieve deelnemers steeds kleiner zou worden (het betrof een gesloten regeling).

Werknemer start een procedure en stelt dat zijn werkgever aansprakelijk is voor de door hem geleden schade (het mislopen van toeslag). Hij stelt in dit verband onder andere dat de werkgever de pensioenovereenkomst en/of de uitvoeringsovereenkomst niet zou nakomen, dat er sprake zou zijn van een niet-rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst en dat de werkgever in strijd zou handelen met art. 7:611 BW. De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemer af.

Volgens de kantonrechter zou de werkgever strikt genomen op grond van art. 23 Pensioenwet een uitvoeringsovereenkomst in stand moeten houden met Zwitserleven. Ondanks het ontbreken van een uitvoeringsovereenkomst is echter de pensioenovereenkomst nog altijd ondergebracht bij Zwitserleven. De opgebouwde pensioenaanspraken van werknemer blijven behouden en hij ontvangt zijn pensioenuitkering. Volgens de kantonrechter wordt wel aan de ratio van art. 23 Pensioenwet – die gelegen is in het waarborgen van de pensioengelden van de werkgever – voldaan en daarom betekent het ontbreken van een uitvoeringsovereenkomst op zichzelf niet dat werkgever de pensioenovereenkomst niet nakomt.

Ook wordt de werknemer niet gevolgd in zijn betoog dat hier sprake is van eenzijdige wijziging, omdat de opgebouwde pensioenaanspraken niet zijn gewijzigd en er geen sprake is van een onvoorwaardelijke indexering die is komen te vervallen. De wijziging voor de werknemer bestaat eruit dat verwachting bestaat dat in de toekomst geen indexering zal plaatsvinden. Dit vindt echter haar oorzaak in de voorwaarden die gelden voor indexering en niet in een wijziging van de pensioenovereenkomst, aldus de kantonrechter.

De kantonrechter wijst het beroep op art. 7:611 BW eveneens af. Ten eerste omdat de werknemer daarvoor meer omstandigheden had moeten stellen, bijvoorbeeld dat hij in een nadeliger positie is komen te verkeren ten opzichte van de actieven die zijn ondergebracht in de nieuwe regeling. Volgens de kantonrechter is daarvan geen sprake, omdat alleen de toekomstige opbouw voor

de actieven is ondergebracht bij een nieuwe verzekeraar in een beschikbare premieregeling zonder toeslagverlening. De eerder opgebouwde aanspraken van de actieven zijn achtergebleven in dezelfde regeling als die van de werknemer. Ten tweede wijst de kantonrechter erop dat het standpunt van werknemer erop neerkomt dat werkgever een goede exit-regeling had moeten treffen. Maar het enkele feit dat werkgever dit had kunnen doen (bijv. door een eenmalige storting in het depot) levert nog geen strijd op met goed werkgeverschap.

Tot slot wijst de kantonrechter erop dat deze zaak een andere is dan de Euronext-zaak omdat het in deze zaak gaat om uitvoering door een verzekeraar en niet zoals bij Euronext om uitvoering door een pensioenfonds. Het risico van deze werknemer ziet dus alleen op wel of geen toeslagverlening en niet op de mogelijkheid tot korten. Daarom zou een beroep op de Euronext-zaak niet opgaan.

Ik ben het eens met de kantonrechter dat een beroep op Euronext hier niet op gaat, maar betwijfel of de redenering van de kantonrechter juist is. In de Euronext-zaak lag het pijnpunt nu juist bij de ongelijke behandeling door de overgang van het pensioenfonds naar verzekeraar zonder dat daarbij toeslag werd ingekocht voor de inactieven terwijl voor de actieven wel financiële middelen hiervoor ter beschikking werden gesteld. Deze ongelijke behandeling speelt in deze zaak niet.

Onderdeel 3: de pensioenovereenkomst en overgang van onderneming

3.1 Inleiding

Op grond van art. 7:662 BW en verder (boek 7 titel 10 afdeling 8) gaan bij een overgang van onderneming alle rechten en plichten uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege over van de vervreemder op de verkrijger. Dit geldt in beginsel ook voor de pensioenovereenkomst.

Art. 7:664 lid 1 BW geeft echter drie uitzonderingen waardoor de verkrijger pensioenovereenkomst van de vervreemder niet hoeft na te komen.

Hiervan is sprake als de verkrijger:

- a) aan de werknemers van de vervreemder hetzelfde aanbod doet voor een pensioenovereenkomst als hij heeft gedaan aan zijn eigen werknemers;
- b) verplicht is deel te nemen in de pensioenregeling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds; of
- c) als bij cao wordt overeengekomen dat de pensioenovereenkomst niet of slechts gedeeltelijk mee overgaat.

Art. 7:662 lid 2 sub a BW definieert een overgang van onderneming als de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. In de literatuur wordt het standpunt ingenomen dat art. 7:664 BW niet van toepassing is als sprake is van een overgang van onderneming door een fusie of splitsing zoals bedoeld in boek 2 BW. Dit betekent dat de verkrijger in geval van een fusie of splitsing verplicht is de pensioenovereenkomst - gesloten tussen de vervreemder en de werknemers - na te komen.

3.2 Kantonrechter Amsterdam: art. 7:664 BW niet van toepassing in geval van fusie
Tot voor kort was er nog geen rechtspraak over de vraag of art. 7:664 BW al dan niet van toepassing is in geval van fusie. In 2019 is daar verandering in gekomen. De kantonrechter Amsterdam heeft namelijk – in lijn met de literatuur – geoordeeld dat art. 7:664 BW niet van toepassing is in geval van fusie (**Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7617**).

De feiten waren als volgt. Werkneemster kwam via een fusie (uiteindelijk) in dienst bij IBM. Voorafgaand aan de fusie had IBM haar een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. Werkneemster aanvaardde dit aanbod en ging hierdoor ook deelnemen in de pensioenregeling van IBM. In de procedure verweet werkneemster IBM dat IBM haar onvolledige dan wel onjuiste informatie had verstrekt bij het doen van het aanbod. Het was haar namelijk niet duidelijk dat zij ook de keus had om het aanbod niet te aanvaarden waardoor zij haar op dat moment geldende pensioenregeling bleef behouden. De kantonrechter oordeelde dat IBM onzorgvuldig heeft gehandeld en tekort is geschoten in haar informatie-verplichtingen.

Een van de verweren die IBM voerde was dat de fusie kwalificeerde als een overgang van onderneming waardoor IBM een beroep kon doen op de hierboven onder a) genoemde uitzondering. IBM had werkneemster immers een aanbod gedaan tot deelname in de pensioenregeling van IBM. Hierdoor was het irrelevant of de werkneemster de nieuwe arbeidsovereenkomst zou aanvaarden. Zij zou immers toch niet langer kunnen blijven deelnemen in de voor haar op dat moment geldende pensioenregeling.

De kantonrechter wees dit verweer van IBM af en verwees daarbij naar de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:²

Met betrekking tot de fusie is opgemerkt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn van 1977, dat deze leidt tot «een overgang van rechtswege van het vermogen en van de rechten en verplichtingen». In de huidige wet hoefde geen bepaling te worden opgenomen om de overgang van rechten en verplichtingen te bewerkstelligen (Kamerstukken II 1979–80, 15 940, nr. 3, blz. 4). Om die reden is destijds de rechtsfiguur van fusie niet afzonderlijk vermeld in het toenmalige artikel 1639aa. In het wetsvoorstel wordt het nieuwe artikel 665a opgenomen; dit artikel heeft geen betrekking op de overgang van rechten en verplichtingen, maar legt op de werkgever de verplichting de werknemers in kennis te stellen van de overgang. Deze verplichting bestaat niet van rechtswege bij fusie. Om die reden wordt thans de fusie uitdrukkelijk genoemd als een wijze van overgang die onder de artikelen 662 en volgende valt. Daarenboven wordt de splitsing ook uitdrukkelijk genoemd als een wijze van overgang die onder afdeling 8 valt; voor de helderheid verdient het dan de voorkeur ook de fusie te noemen. [opmerking SHE: de onderstreepte zin wordt niet genoemd in het vonnis. Ik kom daar straks op terug.]

Op basis van deze passage oordeelde de kantonrechter dat fusie alleen maar is toegevoegd in art. 7:662 BW om te bewerkstelligen dat de informatieverplichting van art. 7:665a BW ook zou gaan gelden voor de overgang van onderneming als gevolg van een fusie zoals bedoeld in boek 2 BW. Het oordeel van de kantonrechter is in lijn met het standpunt dat verschillende auteurs eerder al

² Kamerstukken II 2001-02, 27 469 nr. 3, p. 9.

hadden ingenomen.³ Hoewel voor dit standpunt het nodige te zeggen valt, valt er tegelijkertijd ook nog wel wat tegen in te brengen. Ik licht dit als volgt toe.

Het standpunt dat art. 7:664 BW niet geldt in geval van fusie is voornamelijk gebaseerd op de hierboven geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis. Die passage is echter niet zo duidelijk of ondubbelzinnig als men op het eerste gezicht doet vermoeden. De onderstreepte zin aan het eind van de passage vermeldt immers nog een andere reden om fusie toe te voegen aan art. 7:662 BW. De splitsing – het spiegelbeeld van fusie – was namelijk al genoemd als een wijze van overgang die onder afdeling 8 valt. De wetgever benoemt hier dat de splitsing in zijn geheel valt onder afdeling 8.

Art. 7:664 BW is dus van toepassing op de splitsing. Dit is in lijn met de uitlatingen van de wetgever toen in de jaren negentig splitsing werd toegevoegd aan art. 7:662 BW. De splitsing werd namelijk – kort samengevat – toegevoegd om zeker te stellen dat de splitsing ook zou vallen onder de werking van art. 7:662 BW (toen nog art. 7A:1639aa BW) en verder.⁴ Tegen deze achtergrond kan de onderstreepte zin van de wetgever zo uitgelegd worden dat met de toevoeging van fusie in art. 7:662 BW werd benadrukt dat de fusie in zijn geheel – net als de splitsing – valt onder afdeling 8. Dit betekent dus dat – net als bij splitsing – art. 7:664 BW van toepassing is op de fusie. En dit is ook niet geheel onlogisch; er is geen rechtvaardiging te bedenken waarom art. 7:664 BW wel zou gelden bij splitsing en niet bij fusie.

Uiteraard is het voorgaande geen sluitend betoog. Zoals vele auteurs en de kantonrechter terecht hebben opgemerkt, benoemt de wetgever in de bewuste passage dat het bij de introductie van art. 7:662 BW en verder (toen nog 7A:1639aa BW) niet noodzakelijk was om de fusie expliciet te vermelden omdat de overgang van rechten en plichten immers al was geregeld in boek 2 BW. Vervolgens merkt de wetgever op dat de informatieverplichting van art. 7:665a BW niet in boek 2 BW is geregeld en dat daarom fusie werd toegevoegd aan de definitie van overgang in art. 7:662 BW. Maar bij nader inzien is dit geen logische redenering. Als de wetgever alleen art. 7:665a BW op de fusie van toepassing had

³ Zie o.a. Lutjens 'Pensioen bij overgang van onderneming' SMA 2002, p.464-474, Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (2012), p. 303-304, Holtzer en Degelink in: Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie (2015), Boutens 'Overgang van onderneming en pensioen: tijd voor herziening van art. 7:664 BW?' TPV 2018/45 en Asser/Lutjens 7-XI 2019/862.

⁴ Zie *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 702, nr. 3, p. 28.

willen verklaren, dan had de wetgever kunnen volstaan om dit in art. 7:665a BW te benoemen. Maar dat is niet gebeurd. De fusie werd toegevoegd in art. 7:662 BW waardoor geheel afdeling 8 van toepassing is op de fusie.

Bovendien zou het goed kunnen dat de wetgever bij het opstellen van de bewuste passage art. 7:664 BW helemaal niet voor ogen had en zich er niet bewust van was dat met de introductie van art. 7A:1639aa BW de pensioenuitzondering van art. 7:664 BW nog helemaal niet bestond. Die is pas later in de wet gekomen. Bij de introductie van art. 7A:1639aa BW was er dus inderdaad geen noodzaak om fusie apart te benoemen.

Tot slot is het van belang te beseffen dat de Nederlandse wetgeving over de juridische fusie gebaseerd is op de Derde Richtlijn 78/855 EEG. Deze richtlijn bepaalt in art. 19 - kort samengevat - dat met een fusie alle rechten en plichten van rechtswege overgaan. Dezelfde richtlijn bepaalt in art. 12 dat de bescherming van de rechten van de werknemers geregeld wordt volgens de voorschriften van Richtlijn 77/187/EEG (de toenmalige richtlijn voor overgang van onderneming). Hieruit blijkt dat de Europese wetgever voor de rechten en plichten jegens en van werknemers een uitzonderingspositie voor ogen had. Hoewel de fusie een overgang van rechtswege behelst, geldt voor de rechten en plichten van werknemers bij juridische fusie een eigen toetsingskader (namelijk de regels van overgang van onderneming).⁵ Dit is voor mij een belangrijke aanwijzing dat de algemene regels over juridische fusie en splitsing van boek 2 BW zich goed verhouden met de uitzonderingen van art. 7:664 BW.

Het al dan niet van toepassing zijn van art. 7:664 BW in geval van een fusie kan een grote impact hebben op de praktijk. Het zou daarom goed zijn als er (meer) richtinggevende (hogere) rechtspraak komt over dit onderwerp.

⁵ Voor de volledigheid merk ik op dat de pensioenuitzondering van art. 7:664 BW toen nog niet was opgenomen in de richtlijn voor overgang van onderneming. Desalniettemin kende de toenmalige richtlijn al wel uitzonderingen die zich normaliter moeilijk verhouden met een overgang van rechtswege zoals de mogelijkheid dat de vervreemder aansprakelijk blijft na de overgang van onderneming.

2. Wijziging van de pensioenregeling

mr. Hennie de Graaf CPL, advocaat PAL Advocatuur

Inleiding

In de jurisprudentie van 2019 waarin over de rechtmatigheid van de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling werd geoordeeld, is een aantal uitspraken naar mijn mening relevant. Eerst zal ik een heel recente uitspraak van de Hoge Raad behandelen waarin in de eerste plaats de interpretatie van artikel 7:613 BW centraal stond. In de tweede plaats was in cassatie van belang wat het belang is van de instemming van de ondernemingsraad bij toepassing van artikel 7:613 BW. Daarna zal ik twee uitspraken behandelen over de wijziging van indexatie voor gepensioneerden. Tot slot bespreek ik een uitspraak van hof 's-Hertogenbosch waarin de vraag centraal stond of een wijziging van de pensioenregeling ook de partner van een overleden ex-werknemer treft.

De interpretatie van artikel 7:613 BW

In mijn bijdrage over de wijziging van de pensioenovereenkomst in de Kroniek 2018 heb ik een uitspraak behandeld van het hof 's-Hertogenbosch van 20 februari 2018⁶. In deze uitspraak werd geoordeeld over de vraag of de werkgever met een beroep op artikel 7:613 BW eenzijdig een wijziging kon doorvoeren in de premieverdeling tussen werkgever en werknemer. Zoals bekend kan een werkgever dan alleen eenzijdig wijzigen wanneer aan twee vereisten wordt voldaan. De eerste is dat een dergelijk beding schriftelijk met de werknemer is overeengekomen. De tweede is dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang bij de wijziging heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

In zijn arrest oordeelde het hof dat de werkgever geen zwaarwichtig belang had. De werkgever was er niet in geslaagd te bewijzen dat de continuïteit van de onderneming, als onderdeel van de groep waartoe zij behoort, zonder verdere besparing in het geding zou komen.

⁶ ECLI:NL:GHSHE:2018:685

De werkgever gaat in cassatie. De vraag die in cassatie voorligt, is of de werkgever een zelfstandig “zwaarwichtig belang” bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarde moet hebben (een objectieve maatstaf) of dat zijn belang ten opzichte van het belang van de werknemer zwaarwichtig moet zijn (de subjectieve maatstaf). Ook is aan de orde wat de betekenis is van het feit dat de ondernemingsraad met de wijziging heeft ingestemd.

De conclusie van de A-G strekte tot vernietiging. Voor iedereen die te maken heeft of krijgt met de vraag of eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:613 BW gerechtvaardigd is, is deze conclusie het lezen meer dan waard. Met name vanwege de vele verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie over eenzijdige wijziging. De A-G is van mening dat het hof in zijn arrest voor de objectieve maatstaf heeft gekozen. Dit op grond van rechtsoverweging 3.18 van het hof waarin het hof overweegt dat *“het hof niet toekomt aan een belangenafweging, omdat niet is gebleken van een zodanig zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever dat dit als zwaarwichtig in de zin van artikel 7:613 BW kan worden gekwalificeerd”*. De A-G onderbouwt vervolgens zijn oordeel dat genoemd artikel met toepassing van de subjectieve maatstaf (het relatieve belang van de werkgever) moet worden geïnterpreteerd. Hij betreft daarbij ook de wijzigingsmogelijkheid op grond van artikel 7:611 BW waarbij de drie criteria van het Stoof/Mammoetarrest moeten worden betrokken. Deze drie criteria zijn (kort samengevat) dat de werkgever een redelijk belang moet hebben voor het voorstel tot wijziging, dat het voorstel zelf redelijk moet zijn en dat de werknemer zijn instemming met het voorstel tot eenzijdige wijziging niet op onredelijke gronden mag onthouden.

De argumenten van de A-G zijn als volgt:

1. Wanneer de wetgever de objectieve maatstaf zou hebben bedoeld, dan had artikel 7:613 BW anders geredigeerd moeten zijn. De tekst had dan bijvoorbeeld moeten luiden: *“De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft (het woord “zodanig is dan geschrapt) en (in plaats van “dat”) het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad,*

daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken”

2. Wanneer de objectieve maatstaf wordt toegepast, zou de werkgever ook voor de kleinste wijziging in de arbeidsovereenkomst (die voor de werknemer maar in zeer beperkte mate gevolgen zouden hebben) eerst moeten aantonen dat hij een zwaarwichtig belang heeft voordat hij tot een belangenafweging kan komen.
3. In het arrest Stoof/Mammoet is een driedelige redelijkheidstoets ontwikkeld waarbij de belangen van de werknemer(s) reeds meewegen bij de vraag of de werkgever een redelijk voorstel heeft gedaan. Door het toepassen van de subjectieve maatstaf bij lezing van artikel 7:613 BW staat dan bij zowel een wijziging op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding als bij de situatie waarin een dergelijk beding ontbreekt, de redelijkheid centraal. Naar de mening van de A-G is het verder weinig logisch dat wanneer de werkgever het recht heeft bedongen de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen, een zwaardere toets zou gelden dan wanneer een dergelijk beding niet overeengekomen zou zijn en artikel 7:611 BW van toepassing is.
4. De “objectieve” benadering kan tot een minder zorgvuldige belangenafweging leiden. De opsplitsing leidt er verder toe dat de vraag rijst welke elementen onder de “zwaarwichtig belang” toets vallen en welke onder de daaropvolgende “redelijkheidstoets”.

Vervolgens moet dan antwoord worden gegeven op de vraag welke elementen een rol kunnen spelen bij het antwoord op de vraag of er een zwaarwichtig belang is. Volgens de A-G is dat onder andere of de ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging. Daarbij is wel van belang onder welke omstandigheden deze instemming tot stand is gekomen. Is er bijvoorbeeld veelvuldig overleg geweest met de werkgever, is de ondernemingsraad bijgestaan door deskundigen, is rekening gehouden met alle voor- en nadelen van de wijziging en heeft er goede communicatie richting de achterban plaatsgevonden. Wat ook van belang kan zijn is het draagvlak onder de werknemers.

De werkgever had in deze procedure ook een beroep gedaan op het solidariteitsbeginsel. De werkgever had zich daarbij beroepen op een passage in een conclusie van A-G Timmerman in het ECN-arrest⁷. Daarbij ging het in essentie om een wijziging van de pensioenregeling door de werkgever waar een vereniging van oud-medewerkers het niet mee eens was. In randnummer 3.26 stelt de A-G daar het volgende: *“Mijns inziens is het solidariteitsbeginsel een belangrijk argument om in sommige gevallen voor het wijzigen van een pensioenregeling, in dit geval de indexatieregeling, te kiezen. Niet alleen strekt die solidariteit tussen werknemers en oud-werknemers zich uit tot het moeten laten gelden van dezelfde wijzigingen of aanpassingen in de rechtsverhouding. De solidariteit gaat mijns inziens verder. Het weigeren van sommige wijzigingen door oud-werknemers kan in bepaalde gevallen verstrekkende gevolgen hebben voor de huidige werknemers. Zo is denkbaar dat de werkenden een hogere premie zullen moeten betalen om de ongewijzigde instandhouding van de regeling voor de oud-werknemers te kunnen financieren, maar kan een ongewijzigde instandhouding ook tot gevolg hebben dat bestaande werknemers minder pensioen krijgen, geen pensioen krijgen, of zelfs hun werkgever in financiële problemen zien raken en daardoor hun baan kwijtraken”*. In één of enkele van de hier geschetste omstandigheden zou het solidariteitsbeginsel er toe kunnen bijdragen dat de norm van het onaanvaardbaarheids criterium van art. 6:248 lid 2 BW in overeenstemming met het solidariteitsbeginsel moet worden ingevuld.

Het beroep op het solidariteitsbeginsel is volgens de A-G in de nu voorliggende procedure geen afzonderlijk gezichtspunt dat bij de toepassing van artikel 7:613 BW moet worden meegenomen. In tegenstelling tot de rest van de conclusie, zijn de passages over het wel of niet van toepassing zijn van het solidariteitsbeginsel bij toepassing van artikel 7:613 BW naar mijn mening niet zo overtuigend. De solidariteitsgedachte ziet volgens de A-G op de relatie tussen de verschillende partijen die bij een pensioenregeling betrokken zijn zoals werkgevers, deelnemers en gepensioneerden. Tussen deze partijen moet een evenwicht worden gevonden. De solidariteit waarop de werkgever zich in deze procedure beroept, is een solidariteit van de werknemer met de werkgever; niet op een solidariteit tussen werknemers en gewezen werknemers waarop A-G Timmerman in zijn conclusie bij het ECN arrest duidt.

⁷ ECLI:NL:HR.2013:CA0566. De conclusie van de AG is te vinden in ECLI:NL:PHR:2013:CA0566

De Hoge Raad volgt in zijn arrest van 29 november 2019⁸ de conclusie van de A-G niet maar is wel van oordeel dat de subjectieve maatstaf moet worden toegepast bij artikel 7:613 BW. De Hoge Raad overweegt dat het zwaarwichtig belang geen geïsoleerde beoordeling vergt, maar dat het belang van de werkgever relatief is ten opzichte van het belang van de werknemer. In de woorden van de Hoge Raad: *“De tekst en strekking van artikel 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van artikel 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen.”*

Bij deze belangenafweging wordt het in de onderhavige procedure voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan. Het oordeel van het hof moet volgens de Hoge Raad mede worden gelezen tegen de achtergrond van het vaststaande feit dat de wijziging van de premieverdeling tussen werkgever en werknemer een substantiële achteruitgang betekent voor de werknemers. Het hof heeft grote betekenis toegekend aan zijn (in cassatie niet bestreden) oordeel dat er geen bedrijfs-economische noodzaak bestond voor de wijziging. Daarmee heeft het hof de toepassing van de subjectieve maatstaf niet miskend.

De Hoge Raad gaat niet in op de vraag wat de betekenis is van de instemming van de ondernemingsraad bij de vraag of de werkgever een zwaarwichtig belang heeft.

De Hoge Raad oordeelt nog wel over de klacht van de werkgever in cassatie dat ten onrechte het solidariteitsbeginsel niet in aanmerking is genomen. De klacht faalt volgens de Hoge Raad omdat het hof heeft geoordeeld dat zich in de onderhavige procedure geen situatie voordoet dat de continuïteit van de onderneming zozeer wordt bedreigd dat van de werknemers een loonoffer kan

⁸ ECLI:NL:HR:2019:1869

worden gevraagd. Ik vertaal dat zo dat een beroep op het solidariteitsbeginsel volgens de Hoge Raad geen zelfstandige grond is voor het bewijs dat er een zwaarwichtig belang is.

Het arrest van de Hoge Raad is voor de praktijk naar mijn mening een beetje een teleurstelling. Omdat de Hoge Raad niet casseert en niet verwijst, blijft het oordeel van het hof overeind en is dat oordeel geldend recht geworden. Stevige handvatten ontbreken dus nog steeds om een goede inschatting te kunnen maken of er voldoende elementen zijn om een zwaarwichtig belang van de werkgever aan te kunnen nemen zodanig dat een eenzijdige wijziging van de arbeids-overeenkomst kan worden doorgevoerd. De Hoge Raad heeft naar mijn mening een uitgelezen kans laten liggen om de praktijk meer grip te laten krijgen op dit weerbarstige onderwerp.

Wat in dit kader overigens vermelding verdient, is dat de werkgever de Hoge Raad heeft verzocht de genoemde uitspraak te herstellen dan wel aan te vullen omdat de Hoge Raad (kort gezegd) niet inhoudelijk is ingegaan (althans niet op een wijze die kenbaar is) op het onderdeel van het cassatiemiddel waarin is betoogd dat de GOR van de werknemer met de wijziging had ingestemd. De werkgever heeft aan het verzoek ten grondslag gelegd dat het voor de praktijk belangrijk is te weten welke betekenis de instemming van de ondernemingsraad heeft voor het antwoord op de vraag of sprake is van een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW. De Hoge Raad wijst het verzoek af⁹ met een verwijzing naar randnummers 3.1.1 en 3.1.3 en 3.1.4 van zijn arrest van 29 november 2019 waarin volgens de Hoge Raad de verwerping ligt besloten van de genoemde klacht; te weten dat het hof had moeten meewegen dat de GOR met de wijziging heeft ingestemd en dat het overgrote deel van de werknemers niet tegen de wijziging is opgekomen. Ik lees deze uitspraak zo dat de Hoge Raad de rechter niet verplicht om mee te wegen of de ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging maar dat het wel van belang kan zijn. Een algemene maatstaf wordt niet gegeven. Naar mijn mening dus een gemiste kans.

⁹ ECLI:NL:HR:2020:72

Wijziging van de (on)voorwaardelijke indexatie voor gepensioneerden

In 2019 zijn er weer uitspraken gepubliceerd over de wijziging van een (on)voorwaardelijke toeslag waarvan ik de naar mijn mening twee meest relevante bespreek. De eerste is van 23 januari 2019 van de rechtbank Midden-Nederland¹⁰.

De situatie is als volgt. Een pensioenfonds dat alleen de slapende rechten van (gewezen) werknemers verzekerde, liquideerde. De pensioenaanspraken en pensioenrechten werden per 1 januari 2009 door middel van een collectieve waardeoverdracht rechtstreeks ondergebracht bij verzekeraar Aegon. Verzekeringnemer werd de werkgever. Bij Aegon werden twee depots ingericht. Depot 1 bevatte de gelden die samenhangen met de reeds ingekochte aanspraken van de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Depot 2 bevatte het liquidatiesaldo en het daarop te behalen rendement. Depot 2 was bestemd voor indexatie. De indexatie was afhankelijk van een besluit van de werkgever en de financiële middelen en was gebaseerd op het consumentenprijsindexcijfer. De werknemers werden deelnemer in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid.

Vanwege de wens tot harmonisering van de verschillende pensioenregelingen werd de indexatiebepaling met ingang van 1 januari 2010 aangepast. Voortaan zouden de pensioenen van de inactieve deelnemers bij Aegon geïndexeerd worden conform de toeslag die het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid feitelijk verleende. Die toeslag was maximaal 3% en afhankelijk van de beschikbare middelen in dat fonds. Een en ander werd door de werkgever met Aegon geformaliseerd in een tweetal toeslagprotocollen. Een van 2010 en een van 2013.

De vereniging van gepensioneerden van de werkgever zagen in de wijziging een verslechtering van hun indexatieperspectief. Immers: tot 1 januari 2010 was de indexatie afhankelijk van een besluit van de werkgever, de middelen in indexatiedepot 2 en de hoogte van de consumentenprijsindex. Door de wijziging was de indexatie afhankelijk van een besluit van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid en gemaximeerd op 3%. Wanneer geen indexatie zou worden toegekend, zouden de middelen in indexatiedepot 2 niet kunnen worden aangewend en zouden de gepensioneerden niet kunnen profiteren van het door hen en voor hen opgebouwde kapitaal. Eiser beriep zich

¹⁰ ECLI:NL:2019:342

primair op artikel 6:248 lid 2 BW. Subsidiair baseerde zij zich op de stelling dat de wijziging niet rechtsgeldig had plaatsgevonden.

Op basis van deze feiten lijkt het niet waarschijnlijk dat tussen partijen een verschil van mening bestond over de vraag of er een onvoorwaardelijke dan wel een voorwaardelijke indexatie gold. Toch blijkt uit de overwegingen van de kantonrechter dat dit wel een punt van geschil was. De kantonrechter maakt namelijk een knip tussen de situatie voor 1 januari 2010 en die van na 1 januari 2010. Hij oordeelt (niet geheel verrassend) dat zowel voor als na die datum geen sprake was van een onvoorwaardelijke indexatie. Dat er door de gewijzigde indexatiebepaling per 1 januari 2010 een indexatie-achterstand is opgelopen, zoals eiser stelt, is voorts volgens de kantonrechter niet juist. Werkgever heeft totdat de collectieve waardeoverdracht plaats vond onverplicht en uit eigen middelen, jaarlijks 1% aan indexatie op de pensioenaanspraken en pensioenrechten gefinancierd. Er is dan ook geen sprake van een situatie dat toepassing van het toeslagprotocol 2013 onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en daarom buiten toepassing zou moeten blijven. De primaire vordering wordt dan ook afgewezen.

De kantonrechter oordeelt ten aanzien van de subsidiaire vordering dat de toeslagregeling rechtsgeldig is gewijzigd. De grondslag daarvoor is in de eerste plaats dat bij de besluitvorming over de wijziging de belangen van de gepensioneerden zijn behartigd door het Verantwoordingsorgaan voor rechtstreeks verzekerde pensioenen bij de werkgever (de VVP). Deze VVP wordt gevormd door de Sociaal Economische Commissie (de SEC) en de pensioencommissie van de Centrale Ondernemingsraad. In de SEC zitten twee vertegenwoordigers van de vereniging van gepensioneerden (eiser in deze procedure). De SEC is nauw betrokken geweest bij het proces van harmonisatie van de pensioenregelingen bij de werkgever. Op basis daarvan oordeelt de kantonrechter dat materieel is voldaan aan de vereisten van artikel 22 Pensioenwet (het hoorrecht van een vereniging van gepensioneerden bij een wijziging van de uitvoeringsovereenkomst). In de tweede plaats heeft de Centrale Ondernemingsraad ingestemd met de wijziging.

Ik kan mij bij het lezen van het oordeel van de kantonrechter op basis van de primaire vordering niet aan de indruk onttrekken dat niet goed uit de verf is gekomen dat de gepensioneerden met hun beroep op een indexatie-achterstand

op de periode na 2009 (dus na de liquidatie van het pensioenfonds en de vorming van de twee depots) hebben gedoeld. Er waren toen wel voldoende middelen in depot 2 maar door de besluitvorming van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, zijn sindsdien geen, althans geen indexaties conform de consumentenprijsindex toegekend aan de gepensioneerden.

Het oordeel over de subsidiaire vordering verbaast mij. Het feit dat materieel aan de vereisten van artikel 22 Pensioenwet is voldaan noch het feit dat de Centrale Ondernemingsraad heeft ingestemd met de wijziging, betekent dat de gepensioneerden individueel aan deze wijziging zijn gebonden. Het feit dat de ondernemingsraad met een wijziging van de pensioenovereenkomst heeft ingestemd, kan een reden zijn om een zwaarwichtig belang voor de werkgever aan te nemen om tot een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst te besluiten (zie het eerste deel van deze bijdrage). Dat de pensioenovereenkomst met een ex-werknemer op deze wijze ook rechtsgeldig kan worden gewijzigd is echter nog allesbehalve vaste rechtspraak.

De tweede uitspraak in dit kader is van die Rechtbank Noord-Holland van 31 juli 2019¹¹ In deze zaak was (onbetwist) sprake van een onvoorwaardelijke indexatie van het pensioen. De regeling waarin de werknemer (eiser) deelnam stamde uit 1992. De werknemer is in 2005 met pensioen gegaan. De regeling is op 1 april 2007 (dus na de inwerkingtreding van de Pensioenwet) gewijzigd. De indexatiebepaling is aangepast zodanig dat de indexatie in een onvoorwaardelijk deel (tot maximaal 3% van de consumentenprijsindex) en een voorwaardelijk deel (voor het percentage daarboven) werd overeengekomen.

Ter uitvoering van de pensioenregeling is een aantal uitvoeringsovereenkomsten gesloten met (rechtsvoorgangers van) Zwitserleven. De laatste had een looptijd van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2018.

Op 23 januari 2018 heeft eiser een brief ontvangen van zijn voormalige werkgever waarin deze hem informeert dat met de inwerkingtreding van de Pensioenwet onvoorwaardelijke indexaties voor alle toekomstige komende jaren meteen moeten worden ingekocht. Omdat de ontwikkeling van de consumentenprijsindex moeilijk is te voorspellen, kan de verzekeraar geen eenmalige koopsom vaststellen

¹¹ ECLI:NL:RBNHO:2019:6929

voor de inkoop van de onvoorwaardelijk indexatie. Een lang verhaal kort: de werkgever wil overgaan tot een wijziging van de toeslagbepaling zodanig dat deze voorwaardelijk wordt. De werkgever verzekert eiser dat er in de praktijk niet zoveel zal veranderen maar dat er juridisch wel een verschil is. Wanneer een eenmalige inkoop wel mogelijk was geweest, zou de verzekeraar de toeslagen moeten toekennen. Nu dit niet mogelijk bleek te zijn, bleef de werkgever verantwoordelijk voor het toekennen van de toeslagen. Een juridische verplichting zou de werkgever niet meer hebben, maar hij had absoluut de intentie de toeslagen te blijven toekennen. De wijziging van de toeslagregeling was door de ondernemingsraad goedgekeurd. Eiser ontvangt vervolgens een brief van de verzekeraar waarin wordt bevestigd dat de pensioenregeling van werkgever die bij de verzekeraar is ondergebracht wordt gewijzigd zodanig dat de onvoorwaardelijke indexatie een voorwaardelijke wordt.

De eiser in deze zaak heeft zowel zijn voormalig werkgever als de verzekeraar in de procedure betrokken. Zowel de werkgever als de verzekeraar verweren zich met een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Dat betekent dat het in standhouden van de onvoorwaardelijke indexatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De instemming van de ex-werknemer met de wijziging is dan ook niet nodig.

De kantonrechter loopt bij het oordeel of er gewijzigd kan worden (ondanks het feit dat partijen alleen een beroep hebben gedaan op artikel 6:248 lid 2 BW) toch het rijtje mogelijkheden voor eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst af. Op basis van het ECN-arrest kan de pensioenovereenkomst ook na het einde van de arbeidsovereenkomst worden gewijzigd (er is geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding). Toepassing van artikel 19 Pensioenwet (het eenzijdig wijzigingsbeding dat gelijklopend is aan artikel 7:613 BW) is in deze zaak echter niet mogelijk omdat niet in geschil is dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding in de pensioenregeling is opgenomen. Overigens zou een wijziging niet eens mogelijk zijn op grond van dat artikel omdat artikel 20 Pensioenwet dwingend voorschrijft dat tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet worden gewijzigd. Voor de volledigheid verwijst de kantonrechter ook nog naar de relevante wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat deze bepaling ook voor de onvoorwaardelijke indexatie van het pensioen van gepensioneerden geldt.

De regering heeft dat bij de totstandkoming van de Pensioenwet als volgt verwoord:

Ten eerste kan er sprake zijn van een onvoorwaardelijke toeslag in de periode tot aan pensionering, die óók gegeven wordt indien de deelnemer slaper wordt. [...] In de toeslagtoezegging is dan geen enkele beperking opgenomen ten aanzien van het deelnemerschap aan de pensioenregeling. Op voorhand staat dan vast, dat er altijd geïndexeerd zal moeten worden tot in ieder geval de pensioendatum. In die omstandigheden zal dus vóóraf de tot de pensioendatum toegezegde toeslag over de opgebouwde pensioenaanspraken moeten worden afgefinancierd door het treffen van reserveringen. Ten tweede kan er ook een onvoorwaardelijke toeslag zijn toegezegd die alleen wordt gegeven zolang aan de pensioenregeling wordt deelgenomen die niet – althans niet onvoorwaardelijk – doorloopt nadat de deelnemer slaper is geworden. In feite is hier sprake van een voorwaardelijk element in de verlening van onvoorwaardelijke toeslagen: namelijk de voorwaarde “deelname aan de regeling”. [...] Deze tweede vorm van onvoorwaardelijke toeslagverlening hoeft dan ook niet vóóraf te worden gefinancierd (...). Als daarentegen een onvoorwaardelijke toeslag is toegezegd zonder enige beperking aan het deelnemerschap (dat kan dus ook in een eindloonregeling zijn), zal bij uitdiensttreding de ex-werknemer ook direct de toekomstige toeslagen over de op dat moment opgebouwde aanspraken moeten meekrijgen.¹²

Dan resteert inderdaad alleen een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. De kantonrechter maakt goed gemotiveerd korte metten met de argumenten van de verweerders.

Zij betogen in de eerste plaats dat de wijziging noodzakelijk is omdat jaarlijkse inkoop van een onvoorwaardelijke indexatie sinds 2007 wettelijk niet meer is toegestaan, dat het onmogelijk is om een eenmalige koopsom te berekenen en dat de verzekeraar een voortzetting van de uitvoering van een pensioenregeling in strijd met de wet niet meer (wil) gedogen.

Al deze omstandigheden kunnen er naar het oordeel van de kantonrechter echter niet toe leiden dat de onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke wordt omgezet. Werkgever en de (rechtsvoorganger van) Zwitserleven hebben de bestaande praktijk (jaarlijks inkopen van de indexatie) gedurende een periode van

¹² *Kamerstukken I, 2006-2007, 30 413, C, pag. 11)*

12 jaar toegepast (van 1 januari 2007 tot 1 januari 2019). Behalve de wens van de verzekeraar om nu aan de wet te voldoen zijn er sinds 2007 geen veranderingen geweest die het noodzakelijk maken om de uitvoering van de pensioenregeling te wijzigen. De enige partij die (wanneer zoals de verzekeraar stelt) in strijd met de artikelen 26 en 27 Pensioenwet op kan treden, is DNB, nu eiser noch werkgever zich tegen een gecontinueerde uitvoering op de oude voet door de verzekeraar verzetten. Er is geen enkele aanleiding te veronderstellen dat DNB bezwaar zal maken.

Daarnaast geldt dat partijen volgens de kantonrechter in aanloop naar de inwerkingtreding van de Pensioenwet voldoende gelegenheid hebben gehad om de toen geldende pensioenregeling te wijzigen maar dat niet hebben gedaan. De artikelen 26 en 27 Pensioenwet waarop verweerders zich ook nog hadden beroepen (het tegengaan van uitstel van premiebetaling en het voldoen van de nog verschuldigde premie bij het einde van de deelneming) zijn voorts niet opgesteld om verweerders te beschermen maar om eiser te beschermen. Reeds daarom gaat een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW niet op.

Het beroep van de werkgever op het draagvlak onder de ongeveer 100 andere deelnemers aan de pensioenregeling die voor het merendeel wel met de wijziging hebben ingestemd, kan hem evenmin baten. De regeling van artikel 20 Pensioenwet is dwingend.

Zwiserleven heeft naar het oordeel van de kantonrechter ten onrechte de uitvoeringsovereenkomst gewijzigd omdat de pensioenregeling niet is gewijzigd. De verzekeraar heeft daarom niet voldaan aan artikel 35 lid 1 Pensioenwet (het pensioenreglement wordt opgesteld in overeenkomst met de pensioenregeling en de uitvoeringsovereenkomst). Dat is een verbintenis uit de wet en zo niet, dan is sprake van een derdenbeding waarvan eiser nakoming kan vorderen bij de verzekeraar. Nu Zwiserleven deze verplichting niet nakomt, is sprake van een toerekenbare tekortkoming (artikel 6:74 BW) dan wel van een onrechtmatige daad. In beide gevallen is de verzekeraar schadeplichtig.

Is de partner van een overleden ex-werknemer gebonden aan een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling waartegen de overleden ex-werknemer niet heeft geprotesteerd?

Over de vraag die in dit laatste deel van mijn bijdrage centraal staat, oordeelde het hof 's-Hertogenbosch op 8 oktober 2019¹³. De situatie is als volgt. Een werknemer heeft van 1 mei 1997 tot 1 juli 2010 een dienstverband gehad met werkgever¹⁴. In de arbeidsovereenkomst wordt met betrekking tot pensioen het volgende opgenomen: *“De werknemer zal, conform het daarbij behorende pensioenreglement, worden opgenomen in een collectieve pensioenverzekering, welke de werkgever ten behoeve van haar werknemers heeft afgesloten. De premie van deze verzekering komt, in afwijking van het bepaalde in artikel 18 van het pensioenreglement, geheel ten laste van de werkgever”*. De ex-werknemer is niet gebonden aan de cao die binnen de onderneming van werkgever geldt. Met ingang van 1 januari 1999 vindt een wijziging van de pensioenregeling plaats die met de vakbonden is overeengekomen. De belangrijkste wijzigingen waren dat van een eindloon op middelloon is overgegaan en naar een nabestaandenpensioen op risicobasis in plaats van op opbouwbasis. De wijziging is in een tweetal memo's toegelicht. Er zijn voorts drie voorlichtingsavonden georganiseerd en er is een speciale helpdesk ingericht waaraan werknemers gedurende een maand vragen konden stellen. De arbeidsovereenkomst eindigt op basis van een vaststellingsovereenkomst waarin partijen elkaar wederzijds kwijting verlenen met betrekking tot alle verplichtingen die volgen uit de arbeidsovereenkomst en het einde daarvan.

De uitvoerder van de pensioenregeling is Aegon. Tussen de dan (ex-)werknemer en Aegon ontstaat vanaf 26 juli 2010 een e-mailcorrespondentie over de mogelijkheden van vervroeging van het ouderdomspensioen, een hoog-laag constructie en uitruil van een deel van het ouderdomspensioen in partnerpensioen. Met betrekking tot die laatste vraag antwoordt Aegon met een overzicht van de percentages en de toezegging dat een informatiepakket zal worden toegestuurd met een formulier voor het opvragen van een offerte met betrekking tot de uitruil. Uiteindelijk verzoekt de ex-werknemer op 25 oktober

¹³ ECLI:NL:SHSHE:2019:3663

¹⁴ Er is ook nog een dienstverband geweest met een rechtsvoorganger van een andere werkgever binnen dezelfde groep van 1 maart 1983 tot 1 september 1996 maar dit dienstverband doet volgens het hof niet ter zake.

2010 alleen voor een vervroeging van zijn pensioen op 1 mei 2011. Dit verzoek is ondertekend door zijn echtgenote. Op 10 mei 2011 schrijft de ex-werknemer aan Aegon dat hij op zijn verzoek terugkomt en dat hij zijn pensioen toch op 1 september 2015 wil laten ingaan.

In de UPO van 30 mei 2012 die Aegon aan de ex-werknemer stuurt, staat vermeld dat de partner en/of kinderen van de ex-werknemer bij overlijden van de laatste geen recht hebben op een uitkering.

Op 10 april 2015 heeft de ex-werknemer een van Aegon afkomstig formulier teruggestuurd waarin hij het hokje aankruist waarachter vermeld staat: *“Ja, ik maak gebruik van uitruil in combinatie met de Hoog-Laag variant. Door uitruil wordt mijn partnerpensioen 70% van het ouderdomspensioen. Ik ontvang eerst een hoog en daarna een laag ouderdomspensioen (...)”*. Het pensioen zou ingaan op 1 september 2015 maar de ex-werknemer overlijdt op 12 juli 2015.

Op 29 december 2015 heeft de advocaat van de partner van de overleden ex-werknemer de vordering van de partner met betrekking tot nabestaandenpensioen gestuit.

In eerste aanleg wordt de vordering afgewezen op grond van verjaring.

In hoger beroep wordt geoordeeld dat de partner van de ex-werknemer terecht is opgekomen tegen het oordeel van de kantonrechter dat de vordering is verjaard. Dat betekent dat het hof (op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep) alsnog de vordering op nabestaandenpensioen en de verweren daartegen in eerste aanleg moet beoordelen. Dat is in casu de vraag of het pensioenreglement van 1995 in 1999 rechtsgeldig is gewijzigd. De werkgever stelt van wel omdat hij met de ex-werknemer met betrekking tot pensioen een zogenaamd dynamisch incorporatiebeding is overeengekomen.

Het hof past bij de beoordeling van de vraag of een dergelijk beding is overeengekomen het Haviltex criterium toe. Dat betekent dat het bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen niet enkel om de taalkundige bewoordingen van de tekst van de overeenkomst gaat, maar dat het tevens aankomt op de zin die partijen over een weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar

mochten verwachten. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waaronder mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Partijen hebben niets gesteld over hetgeen al dan niet is besproken of aan de orde is gekomen bij of rondom het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Dat biedt dus geen aanknopingspunten voor de vraag wat tussen de ex-werknemer en de werkgever is overeengekomen. Het hof moet het dus doen met hetgeen in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Daarin staat dat de werknemer conform het daarbij behorende pensioenreglement, zal worden opgenomen in een collectieve pensioenverzekering, welke de werkgever ten behoeve van haar werknemers heeft afgesloten. Het hof leest (met name waar het de onderstreepte delen betreft) daarin niets wat duidt op een overeenstemming op voorhand over eventuele wijzigingen en/of nieuwe reglementen. Wanneer het de bedoeling van de werkgever was om een dynamisch incorporatiebeding overeen te komen, had zij dat duidelijker moeten formuleren.

De werkgever heeft zich ook verweerd met de stelling dat de ex-werknemer had ingestemd met de wijziging, althans dat zij daarop mocht vertrouwen omdat hij niet tegen de wijzigingen heeft geprotesteerd. Het hof verwerpt dat verweer omdat niet aangenomen wordt dat de ex-werknemer *welbewust* met de wijziging heeft ingestemd. De wijzigingen in 1999 behelsden twee zeer belangrijke verslechtingen, te weten een wijziging van een eindloonregeling naar een middelloonregeling en een nabestaandenpensioen op risicobasis in plaats van op opbouwbasis. De werkgever is er niet in geslaagd het hof ervan te overtuigen dat de wijzigingen van de pensioenregeling in 1999 voor de ex-werknemer “neutraal” waren. Ook uit de correspondentie met Aegon, de door Aegon verstuurd UPO dan wel het door Aegon verstuurd keuzeformulier maken niet dat het hof tot een ander oordeel komt. Daaruit blijkt immers niet dat de ex-werknemer zich ervan bewust was dat zijn instemming met de wijziging nodig was, althans dat hij bezwaar tegen de instemming had kunnen maken.

De werkgever beroept zich er ook nog op dat het onaanvaardbaar zou zijn geweest wanneer de ex-werknemer de werkgever niet met de wijziging had ingestemd en op een zwaarwichtig belang maar beide argumenten worden door het hof verworpen omdat het niet nader is toegelicht.

Het feit dat de ex-werknemer de werkgever finale kwijting heeft verleend bij het einde van de arbeidsovereenkomst waar het de verplichtingen volgend uit de arbeidsovereenkomst en de beëindiging betreft, kan de werkgever evenmin helpen. Volgens het hof regardeert die kwijting de partner van de ex-werknemer niet. De werkgever moet de schade die de partner van de overleden ex-werknemer lijdt, omdat er ten onrechte geen nabestaandenpensioen voor haar is verzekerd, vergoeden.

Wat mij met name opvalt in deze uitspraak is dat de werkgever zich in de eerste plaats verweert met een beroep op een dynamisch incorporatiebeding in het pensioenreglement. Door de verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement dat door de uitvoerder is opgesteld komt rechtsgeldig een pensioenovereenkomst tot stand¹⁵. Het pensioenreglement wordt dan geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. In casu wordt door het hof aangenomen dat die incorporatie geen dynamisch incorporatiebeding is. Met andere woorden; toekomstige wijzigingen van het pensioenreglement kunnen niet zonder instemming van de betreffende werknemer gaan gelden. Maar wat nu, wanneer een incorporatiebeding waarbij het pensioenreglement van de uitvoerder in de arbeidsovereenkomst wordt geïncorporeerd, wèl als een dynamisch beding moet worden beschouwd. Dan zou een situatie kunnen ontstaan (als ik het arrest van het hof goed lees) dat in de toekomst door te voeren wijzigingen wel automatisch, dus zonder instemming van de werknemer, gaan gelden. De jurisprudentie over het eenzijdig wijzigen van pensioenovereenkomsten zou dan niet van toepassing zijn. De arbeidsovereenkomst is ten slotte niets meer en niets minder dan een verbintenis die niet eenzijdig kan worden gewijzigd tenzij partijen dat op voorhand zijn overeengekomen.

De werknemer resteert dan alleen een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 6:258 BW (waarin is opgenomen dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten). De werknemer moet dan bewijzen dat aan die voorwaarden wordt voldaan. Het is naar mijn mening echter zeer de vraag of de wijziging van een pensioenregeling als een onvoorziene omstandigheid kan worden gezien. De uitspraak van het hof zou dus vergaande

¹⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3 p. 12*

gevolgen kunnen hebben wanneer tussen werkgever en werknemer met betrekking tot de gebondenheid aan het door de uitvoerder opgestelde pensioenreglement een dynamisch incorporatiebeding wordt overeengekomen.

Conclusies

De eenzijdige wijziging van de pensioenregeling blijft een onderwerp dat ook in 2019 tot een aantal interessante uitspraken heeft geleid. Uit de uitspraak van de Hoge Raad die ik als eerste heb behandeld, volgt dat bij het antwoord op de vraag hoe een zwaarwichtig belang in het kader van artikel 7:613 BW van de subjectieve maatstaf moet worden uitgegaan. Voorts blijkt dat de Hoge Raad van mening is dat de instemming van de ondernemingsraad bij de wijziging op basis van artikel 7:613 BW niet doorslaggevend is maar mogelijk wel van belang kan zijn. Dat laatste is niet nieuw maar wel een gemiste kans.

De mogelijkheid van een eenzijdige wijziging van onvoorwaardelijke indexatie (voor gepensioneerden) is nog steeds een brug te ver. De eenzijdige wijziging van een voorwaardelijke indexatie van gepensioneerden lijkt uit de behandelde uitspraak gelijk te worden gesteld met die van deelnemers. Naar mijn mening is dat ten onrechte. Ondanks het feit dat de rechtsverhouding van gepensioneerden niet is uitgewerkt na het einde van de arbeidsovereenkomst, dient op basis van andere rechtsgronden dan artikel 7:613 BW geoordeeld te worden of een wijziging rechtsgeldig is of niet. Of de ondernemingsraad dan wel of geen instemming heeft gegeven, is dan niet relevant.

Tot slot geldt dat ook de partner van een (overleden) ex-werknemer een beroep kan doen op het feit dat de ex-werknemer niet welbewust heeft ingestemd met een wijziging van de pensioenovereenkomst gedurende het dienstverband. Een ontwikkeling waar werkgevers (en hun adviseurs) rekening mee moeten houden.

De wijziging op basis van een zogenaamd dynamisch incorporatiebeding waar het het pensioenreglement van de uitvoerder betreft, is mogelijk een nieuwe ontwikkeling. In komende jaren zal moeten blijken of deze wijze van eenzijdige wijziging van de pensioenregeling in de rechtspraak aanvaard zal worden.

3. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen: geschillen over werkingsfeer en premiebetaling

mr. Bas Degelink CPL, pensioenrechtadvocaat bij DLA Piper Nederland

Inleiding

In 2019 zijn 30 uitspraken gepubliceerd in de Pensioen Jurisprudentie met geschillen tussen een verplicht bedrijfstakpensioenfonds en een werkgever (of zijn bestuurder) over de verplichte deelneming. Dat is circa 20% van het totale aantal uitspraken dat in 2019 is gepubliceerd in de Pensioen Jurisprudentie. Het is niet zonder reden dat over de verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds veel gerechtelijke procedures worden gevoerd. Het gaat vaak om grote financiële belangen, zowel voor het bedrijfstakpensioenfonds als voor de werkgever. Bij geschillen over de vraag of de werkgever valt onder de werkingsfeer van de verplichtstelling tot deelneming is het bovendien vaak een alles-of-niets-situatie: of de werkgever moet premie betalen aan het bedrijfstakpensioenfonds (ook over het verleden), of de werkgever hoeft helemaal niets te betalen. Dat maakt het al snel de moeite waard om zo'n geschil aan de rechter voor te leggen.

In deze bijdrage bespreek ik een selectie van de uitspraken die in 2019 zijn gepubliceerd in de Pensioen Jurisprudentie en nog een enkele uitspraak uit 2019 die alleen op rechtspraak.nl is gepubliceerd. De uitspraken heb ik onderverdeeld in vijf thema's: (1) uitleg van de werkingsfeer van het verplichtstellingsbesluit, (2) bewijslast, (3) verjaring van de premievordering, (4) premiebetaling door werkgevers die in het buitenland zijn gevestigd en (5) bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremieschulden.

Uitleg van de werkingsfeer

Toerekening van arbeidsuren

Ik begin met een belangrijk arrest van de Hoge Raad over *toerekening van arbeidsuren* bij het bepalen of een werkgever valt onder de werkingsfeer van de verplichtstelling tot deelneming (**Hoge Raad 21 december 2018, PJ 2019/7**). Het

betrof een geschil tussen PMT en werkgever Unis TS. Werknemers die werkzaam zijn in ondernemingen waarin uitsluitend of in hoofdzaak metaal wordt bewerkt of verwerkt zijn verplicht tot deelneming in PMT. In het verplichtstellingsbesluit van PMT is bepaald dat het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium wordt beoordeeld aan de hand van het aantal arbeidsuren van de werknemers. De werknemers van Unis TS repareerden printplaten. Bij de reparatie van een printplaat bestonden hun werkzaamheden achtereenvolgens uit (1) analyseren (het zoeken van de fout), (2) repareren en (3) testen of de reparatie succesvol was. Het repareren valt onder de verplichtstelling van PMT, het analyseren en testen niet. De meeste arbeidsuren werden door deze werknemers besteed aan het analyseren en testen. Unis TS zou daarom niet onder de verplichtstelling van PMT vallen indien uitsluitend werd gekeken naar de arbeidsuren die werden besteed aan het repareren. Volgens PMT moesten echter de arbeidsuren die werden besteed aan het analyseren en testen worden toegerekend aan het repareren, waardoor alsnog voldaan werd aan het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium.

Over deze toerekening van arbeidsuren heeft de Hoge Raad twee keer eerder geoordeeld. In het Vector-arrest (24 februari 2012, PJ 2012/65) overwoog de Hoge Raad dat bij de verplichtstelling van PME alle in de onderneming gewerkte arbeidsuren dienen te worden betrokken die redelijkerwijze vallen toe te rekenen aan de uitoefening van het bedrijf van het bewerken en/of verwerken van metalen: *“Dit betreft dus naast de arbeidsuren die door werknemers zijn gemaakt bij het verrichten van de onder a gespecificeerde werkzaamheden, de arbeidsuren van andere werknemers in de onderneming die eerstgenoemden tot het verrichten van hun werkzaamheden in staat stellen, hun daarbij ondersteuning verlenen, anderszins faciliteren, of ervoor zorgen dat de producten van de bedrijfsuitoefening afzet vinden.”* Met andere woorden, de arbeidsuren van de werknemers die ondersteunende werkzaamheden verrichten moeten voor het toetsen van het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium worden toegerekend aan de bedrijfsactiviteiten die vallen onder de verplichtstelling.

Het Adimec-arrest (31 januari 2014, PJ 2014/69) bevestigt dat toerekening alleen aan de orde is bij ondersteunende werkzaamheden. Het betrof een geschil tussen (weer) PME en werkgever Adimec. Adimec houdt zich bezig met het ontwerpen, ontwikkelen en assembleren van geavanceerde camera's. Het assembleren valt onder de verplichtstelling van PME. De meeste arbeidsuren werden echter besteed aan het ontwerpen en ontwikkelen en die activiteiten vielen toen niet

onder de verplichtstelling van PME. Volgens de Hoge Raad moesten de laatstgenoemde arbeidsuren niet worden toegerekend aan de bedrijfsactiviteiten die vallen onder de verplichtstelling, omdat het ontwerpen en ontwikkelen geen ondersteunende werkzaamheden waren maar juist de kern vormden van de onderneming van Adimec. Het was dus juist andersom: het assembleren was slechts een uitvloeisel van het ontwerpen en ontwikkelen.

Terug naar het Unis TS-arrest. Uit de feiten die het Hof had vastgesteld volgden dat het analyseren en testen uitsluitend werd gedaan met het oog op het repareren, waardoor het analyseren en testen dienstbaar is aan het repareren. De Hoge Raad oordeelt vervolgens in lijn met het Vector-arrest: dan moeten de arbeidsuren die worden besteed aan het analyseren en testen worden toegerekend aan de bedrijfsactiviteiten die vallen onder de verplichtstelling (het repareren).

In de Vector-, Adimec- en Unis TS-arresten ging het om toerekening van arbeidsuren. Dat was zo omdat uit het betreffende verplichtstellingsbesluit volgde dat het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium moest worden getoetst aan de hand van de arbeidsuren. Toerekening speelt ook als moet worden getoetst aan bijvoorbeeld loonsom of aantal werknemers.

Zie over toerekening van arbeidsuren verder: Asser/Lutjens 7-XI 2019/350.

Maaltijdbezorging met een fiets is beroepsvervoer over de weg

Ook bedrijfstakpensioenfondsen worden geconfronteerd met de platform-economie. Deliveroo biedt een digitaal platform waarop consumenten maaltijden kunnen bestellen bij restaurants. Een bezorger van Deliveroo haalt de bestelde maaltijd op bij het restaurant en bezorgt deze bij de consument. Dat doet de bezorger per fiets. Onder de verplichtstelling van Pensioenfonds Vervoer valt het (1) vervoer (2) van goederen (3) over de weg (4) tegen betaling. Volgens Pensioenfonds Vervoer voldoet Deliveroo hieraan: (1) de maaltijden worden van het restaurant naar de consument vervoerd, (2) maaltijden zijn goederen, (3) het vervoer gebeurt per fiets en dat is over de weg en (4) het restaurant en soms ook de consument betaalt hiervoor een vergoeding aan Deliveroo. Deliveroo ziet dat heel anders: zij is een technologiebedrijf en geen vervoersbedrijf, aldus Deliveroo. Rechtbank Amsterdam (**26 augustus 2019, PJ 2019/135**) is het eens met Pensioenfonds Vervoer. De Rechtbank erkent dat in het dagelijks spraakgebruik bij maaltijdbezorging per fiets niet direct wordt gedacht aan “goederenvervoer over

de weg” of “wegvervoer”, maar dat is niet van belang, want Deliveroo voldoet aan de genoemde voorwaarden voor het vallen onder de verplichtstelling. Dat sluit overigens aan op een eerder oordeel van diezelfde Rechtbank Amsterdam dat Deliveroo ook valt onder de werkingsfeer van de algemeen verbindend verklaard cao voor het beroepsgoederenvervoer (15 januari 2019, **ECLI:NL:RBAMS:2019:210**).

Invulling van het “in hoofdzaak”-criterium

Veel verplichtstellingsbesluiten bevatten een “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium. Door dat criterium is pas sprake van een verplichting tot deelneming als de onder de verplichtstelling vallende bedrijfsactiviteiten met een zekere omvang worden verricht. De vraag is dan hoe moet worden getoetst of aan het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium is voldaan: is dat bijvoorbeeld aan de hand van de omzet, de loonsom, de arbeidsuren, het aantal werknemers, etc. In de tekst van sommige verplichtstellingsbesluiten staat dat precies aangegeven. Maar er zijn ook verplichtstellingsbesluiten waarin dat niet gebeurt, waaronder de verplichtstelling van Pensioenfonds Vervoer. Hof Arnhem-Leeuwarden (10 april 2018, PJ 2019/63) oordeelde dat voor deze verplichtstelling het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium moest worden getoetst aan de hand van de arbeidsuren gemeten naar de loonsom. Dat motiveert het Hof met het argument dat de verschuldigde premie wordt berekend aan de hand van het loon van de deelnemers en dat dit het enige aanknopingspunt is om invulling te geven aan het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium in de verplichtstelling van Pensioenfonds Vervoer.

De vraag over de invulling van het “uitsluitend of in hoofdzaak”-criterium van Pensioenfonds Vervoer kwam opnieuw aan de orde in de hiervoor genoemde uitspraak van Rechtbank Amsterdam inzake Deliveroo. In de overwegingen verwijst Rechtbank Amsterdam naar het arrest van Hof 's- Hertogenbosch van 7 november 2017 (PJ 2018/5). In dat arrest oordeelde het Hof dat er sprake was van een hiaat in het verplichtstellingsbesluit van Pensioenfonds Vervoer en weigerde het Hof om hieraan invulling / uitleg te geven. Daar is Rechtbank Amsterdam het niet mee eens: “De weigering van het Hof om een hiaat/onzekerheid in het verplichtstellingsbesluit aan te vullen en dit voor risico van het Pensioenfonds te laten, lijkt niet in overeenstemming met de vaste rechtspraak in de regelmatig voorkomende gevallen van onduidelijkheden in dit soort besluiten.” De rechtbank laat vervolgens in het midden welk criterium moet worden gehanteerd bij toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium, omdat dit in het onderhavige

geval geen verschil maakt: welk criterium ook wordt toegepast, steeds ziet meer dan 50 % op werkzaamheden ten behoeve van de bezorging van maaltijden.

Uitleg van het begrip “fabrieksmatig”

Ondernemingen die het bedrijf uitoefenen van het fabrieksmatig bereiden of samenstellen van etenswaren die als gemakvoeding kunnen worden aangemerkt zijn verplicht tot deelneming in Bpf VLEP. De onderneming Food Connect Maaltijdservice BV maakt kant-en-klare maaltijden. Kant-en-klare maaltijden zijn gemakvoeding. Food Connect Maaltijdservice BV is echter aangesloten bij Pensioenfonds Horeca & Catering (PH&C) omdat zij de maaltijden niet fabrieksmatig zou bereiden. Volgens Bpf VLEP is wel sprake van fabrieksmatige bereiding en moet Food Connect Maaltijdservice BV daarom niet zijn aangesloten bij PH&C maar bij Bpf VLEP. In het verplichtstellingsbesluit van Bpf VLEP staat geen omschrijving van “fabrieksmatig”. Het Hof geeft daarom zelf een invulling aan deze omschrijving door aan te sluiten op het algemeen taalgebruik (rov. 7): *“Onder het begrip “fabrieksmatig” wordt in het algemeen taalgebruik verstaan dat het gaat om een productieproces waarbij het overgrote deel van de werkzaamheden machinaal wordt verricht, en waarbij sprake is van serieproductie van grote aantallen dezelfde producten.”* Op basis van de door het Hof vastgestelde feiten concludeert het Hof dat de kant-en-klare maaltijden niet fabrieksmatig worden geproduceerd zodat er geen sprake is van een verplichting tot aansluiting **(Gerechtshof Den Haag 4 december 2018, PJ 2019/8)**.

Blinde vlek is geen relevant uitleg criterium

Bij de uitleg van de werkingssfeer van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds kan betekenis worden toegekend aan de werkingssfeer van een ander verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Dat is het geval als een bepaalde uitleg leidt tot een overlap van werkingssferen. Zo’n uitleg is niet aannemelijk, want overlappende werkingssferen moeten worden voorkomen (Hoge Raad 27 mei 2011, PJ 2011/107). Kan deze redenering ook worden omgedraaid? Is een bepaalde uitleg onaannemelijk als die ertoe leidt dat een werkgever precies “tussen” twee werkingssferen valt (een “blinde vlek”) waardoor hij onder geen bedrijfstakpensioenfonds valt? Hof 's-Hertogenbosch **(19 februari 2019, PJ 2019/34)** en Rechtbank Amsterdam (26 november 2018, PJ 2019/35) oordelen beide dat dit niet zo is: met het “blinde vlek”-argument kan de verplichtstelling dus niet ruimer worden uitgelegd.

Koek is (g)een pannenkoek

Onder de verplichtstelling van Pensioenfonds Zoetwaren valt onder meer het fabrieksmatig produceren van koek. Een onderneming produceert fabrieksmatig kant-en-klare pannenkoeken. Dat brengt de vraag met zich: is een pannenkoek een koek? Volgens Van Dale wel, want daarin staat als omschrijving van pannenkoek: *“platte, dunne, ronde oprobare (meel)koek die in een pan gebakken wordt”*. Rechtbank Rotterdam (**26 juli 2019, PJ 2019/117**) overweegt dat Van Dale kan worden gebruikt als een hulpmiddel om de taalkundige betekenis van een woord vast te stellen, maar dat Van Dale niet beslissend is. De rechtbank acht van groter belang dat pannenkoeken *“volgens algemene maatschappelijke opvattingen niet als koek worden gezien. Zowel wat betreft de toepassing, de uiterlijke verschijningsvorm, de structuur en de smaak als naar samenstelling en bereidingswijze zijn er essentiële verschillen tussen enerzijds pannenkoeken en poffertjes en anderzijds koek.”* Dit is nog geen definitieve uitkomst: Pensioenfonds Zoetwaren heeft hoger beroep ingesteld (<https://www.pensioenzoetwaren.nl/nieuws/pensioenfonds-zoetwaren-gaat-hoger-beroep>).

Bewijslast

De hoofdregel van het bewijsrecht is (art. 150 Rv): De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

Indien een bedrijfstakpensioenfonds stelt dat een werkgever verplicht is tot premiebetaling, en dat wordt door de werkgever betwist met het argument dat hij niet valt onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming, dan moet het bedrijfstakpensioenfonds het tegendeel bewijzen. Daarvoor moet het bedrijfstakpensioenfonds een zeker inzicht hebben in de bedrijfsactiviteiten van de werkgever. Het bedrijfstakpensioenfonds kan er dan tegenaan lopen dat een groot deel van de benodigde informatie niet openbaar is en zich uitsluitend bevindt in het domein van de werkgever. Een werkgever kan als strategie kiezen om die informatie niet vrijwillig te ontsluiten, waardoor het bedrijfstakpensioenfonds een bewijsprobleem heeft.

Dat zo'n strategie niet altijd werkt blijkt uit het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2019 (PJ 2019/80). Alle informatie waarover het bedrijfstakpensioenfonds beschikte (o.a. omschrijving van de activiteiten in het handelsregister, de website van de werkgever, publicaties in de pers en openbare uitspraken van een van de directeuren) duidde erop dat de werkgever activiteiten verricht die vallen onder de werkingssfeer van het pensioenfonds. Omdat het pensioenfonds zijn stellingen voldoende had onderbouwd en op voorhand niet onaannemelijk waren, oordeelt het Hof dat van de werkgever mag worden verwacht dat zij haar verweer onderbouwt met alle van belang zijnde stukken uit haar administratie. Ook Rechtbank Rotterdam (**16 augustus 2019, PJ 2019/134**) accepteerde niet dat de werkgever geen inzicht gaf in zijn activiteiten. Volgens het handelsregister en het jaarverslag was de werkgever een "reinigingsbedrijf". Omdat de werkgever daar niets concreets tegenover stelde oordeelde de Rechtbank dat deze werkgever verplicht is tot deelneming in Bpf Schoonmaak.

Verjaring

De laatste jaren is er een reeks van uitspraken geweest over de verjaring van de rechtsvordering van een verplicht bedrijfstakpensioen tot premiebetaling. In al die uitspraken ging het om werkgevers die over een periode van langer dan vijf jaar geen of te weinig pensioenpremie hadden betaald. Het bedrijfstakpensioenfonds had niet eerder een premienota kunnen opleggen omdat het fonds niet bekend was met het bestaan van de werkgever of omdat het fonds niet bekend was met het feit dat de werkgever onjuiste werknemersgegevens had aangeleverd voor de premieberekening.

In deze uitspraken was de lijn van redenering van de rechter met betrekking tot de verjaring als volgt:

- De premievordering van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds ontstaat van rechtswege op het moment waarop de werkgever valt onder de werkingssfeer van de verplichtstelling tot deelneming (Hoge Raad 13 maart 2015, PJ 2015/74).
- Een rechtsvordering tot periodieke premiebetaling verjaart vijf jaar na opeisbaarheid van de premievordering (art. 3:308 BW). Het relevante startmoment is dus de opeisbaarheid.

- Een premievordering die van rechtswege ontstaat hoeft nog niet meteen opeisbaar te zijn. Die opeisbaarheid kan ook op een later moment ontstaan.
- In het uitvoeringsreglement van een bedrijfstakpensioenfonds is onder meer bepaald wanneer de pensioenpremie moet zijn betaald.
- Wanneer de premievordering voor het eerst opeisbaar is, hangt daarom af van hetgeen daarover in het uitvoeringsreglement is bepaald.
- Als in het uitvoeringsreglement is bepaald dat de premie moet worden betaald binnen een bepaalde termijn nadat de premienota is verzonden, dan is de premievordering pas opeisbaar nadat die periode is verstreken. Daardoor begint er geen verjaringstermijn te lopen zolang er geen premienota is verstuurd (Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, PJ 2017/130)
- Als in het uitvoeringsreglement echter is bepaald dat de premie bijvoorbeeld elke maand moet zijn betaald, dan is de premievordering iedere maand “automatisch” opeisbaar, ook als er geen premienota is verstuurd. Daardoor begint de verjaringstermijn ook “automatisch” te lopen, zelfs als het bedrijfstakpensioenfonds niet bekend is met het bestaan van de werkgever (Hof Den Haag 3 april 2018, PJ 2018/74).

Deze lijn van redenering – waarin zo veel belang wordt gehecht aan de bepalingen in het uitvoeringsreglement over premiebetaling – is voor het eerst ingezet door Hof Arnhem-Leeuwarden (9 mei 2017, PJ 2017/130). Datzelfde Hof komt hier nu op terug in een voor bedrijfstakpensioenfondsen gunstig **arrest (15 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8464)**. Het Hof stelt vast dat een bedrijfstakpensioenfonds feitelijk pas aanspraak kan maken op betaling van pensioenpremie vanaf het moment waarop het pensioenfonds bekend is met de verplichte deelneming of naar objectieve maatstaven gemeten redelijkerwijs bekend kon zijn. Pas op dat moment kan het pensioenfonds vaststellen dat premies verschuldigd zijn, zo nodig onderzoek doen naar de omvang van de premieschuld en vervolgens binnen redelijke tijd tot heffing overgaan. Het Hof overweegt: *“Dat deze schuld bij bekendheid met de aansluiting van de werkgever normaal gesproken wordt opgeëist met periodieke nota’s betekent (anders dan dit hof eerder oordeelde, zie ECLI:NL:GHARL:2017:3886) niet, dat al vóór die tijd sprake was van een (opeisbare) periodieke vordering als bedoeld in artikel 3:308 BW. Bij de in dit artikel genoemde duurovereenkomsten zoals huur en pacht is de wederpartij bekend en is de afspraak tot termijnbetaling een essentieel onderdeel van de overeenkomst. Dat is*

anders bij de hier aan de orde zijnde verplichtingen die van rechtswege ontstaan zonder dat de partij die recht heeft op afdracht zijn wederpartij kent. Het hof acht het ook weinig gelukkig dat in dergelijke zaken van bedrijfstakpensioenfondsen de tekst van reglementen bepalend zou zijn voor de vraag wanneer de verjaring gaat lopen, zoals in de hiervoor genoemde uitspraak uit 2017.”

Kortom, volgens het Hof begint de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot betaling van pensioenpremie pas te lopen nadat het bedrijfstakpensioenfonds bekend is geworden (of naar objectieve maatstaven gemeten redelijkerwijs bekend kon zijn) met het feit dat de werkgever onder de verplichtstelling viel en dus verplicht was tot premiebetaling. Daarbij maakt het niet uit of in het uitvoeringsreglement de termijn waarbinnen de premie moet worden betaald is gekoppeld aan het versturen van een premienota of dat deze termijn “automatisch” loopt. Deze lijn van redenering sluit aan op het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2003, NJ 2006/112 waarin is geoordeeld dat in geval van een vordering tot betaling van schadevergoeding de korte verjaringstermijn van vijf jaar pas begint te lopen indien de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade Kortom, volgens het Hof begint de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot betaling van pensioenpremie pas te lopen nadat het bedrijfstakpensioenfonds bekend is geworden (of naar objectieve maatstaven gemeten redelijkerwijs bekend kon zijn) met het feit dat de werkgever onder de verplichtstelling viel en dus verplicht was tot premiebetaling. Daarbij maakt het niet uit of in het uitvoeringsreglement de termijn waarbinnen de premie moet worden betaald is gekoppeld aan het versturen van een premienota of dat deze termijn “automatisch” loopt. Deze lijn van redenering sluit aan op het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2003, NJ 2006/112 waarin is geoordeeld dat in geval van een vordering tot betaling van schadevergoeding de korte verjaringstermijn van vijf jaar pas begint te lopen indien de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. Deze lijn van redenering sluit ook aan op het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1999, NJ 2000/16, waarin is geoordeeld dat, indien een vordering tot betaling van schadevergoeding niet kan worden ingesteld door omstandigheden die aan de schuldenaar zijn toe te rekenen, het onaanvaardbaar is wanneer de schuldenaar zich erop kan beroepen dat de korte verjaringstermijn van vijf jaar is beginnen te lopen.

Buitenlandse werkgevers

In sommige bedrijfstakken werken veel werknemers die in dienst zijn bij een werkgever die in het buitenland is gevestigd. Als er voor die bedrijfstak een verplicht bedrijfstakpensioenfonds is ingesteld, brengt dat de vraag met zich of die buitenlandse werkgevers pensioenpremie moeten betalen aan dat pensioenfonds.

Over die vraag zijn in 2019 drie vonnissen geweest, allemaal met dezelfde strekking (**Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, PJ 2019/74, Rechtbank Midden-Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2295 en Rechtbank Den Haag 29 mei 2019, PJ 2019/101**). In alle drie de zaken ging het om een in het buitenland gevestigde werkgever die werknemers ter beschikking stelde aan Nederlandse ondernemingen in de vleesverwerkende industrie. Die activiteit valt onder de verplichtstelling tot deelneming in Bpf VLEP. Volgens de buitenlandse werkgevers was de Wet Bpf 2000 – en daarmee ook de verplichtstelling van Bpf VLEP – niet van toepassing op hun werknemers, omdat Nederland niet hun gewoonlijk werkland zou zijn.

De vraag of Nederland het gewoonlijk werkland is, is niet van belang indien de bepalingen van de Wet Bpf 2000 van “bijzonder dwingend recht” zijn in de zin van art. 9 EG-Verordening nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (kortweg: Rome I). Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale en economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst. Met andere woorden, indien de bepalingen van de Wet Bpf 2000 van bijzonder dwingend recht zijn, dan doet het er voor de toepasselijkheid van de Wet Bpf 2000 niet toe of de betreffende werknemer gewoonlijk in Nederland werkt of niet. De omstandigheid *dat* hij werkt in Nederland is voldoende om de Wet Bpf 2000 van toepassing te laten zijn.

Volgens de Rechtbank Midden-Nederland én de Rechtbank Den Haag zijn de bepalingen van de Wet Bpf 2000 van bijzonder dwingend recht. De Rechtbank Midden-Nederland motiveert dit het meest uitgebreid: *“Het stelsel [van verplichte bedrijfstakpensioenfonds] beoogt aan alle werknemers in de bedrijfstak een*

bepaald pensioenniveau te verzekeren en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning. Verplichte deelneming, tegen betaling van een doorsneepremie, strekt ertoe concurrentie tussen werkgevers op arbeidsvoorwaarden te voorkómen en witte en grijze pensioenvlekken tegen te gaan. De kantonrechter onderkent in deze rechtspraak en literatuur de, ook voor de uitleg van artikel 9 Rome I in dit geding doorslaggevende, kerngedachte dat het in het Nederlandse stelsel van verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen draait om het tegengaan van concurrentie tussen werkgevers op de voorwaarden waartegen hun werknemers worden verzekerd tegen (onder meer) de negatieve gevolgen die ouderdom heeft voor de mogelijkheid om in het levensonderhoud te voorzien. Wie zou willen tegenwerpen dat het - slechts - gaat om de tweede pijler van het pensioenstelsel, dus om het (ouderdoms- en partner-)pensioen dat het wettelijke pensioen in de eerste pijler beoogt aan te vullen, miskent het grote belang dat, mede gezien de geringe hoogte van de AOW-uitkering en de verstreckende en langdurige gevolgen van het ontbreken van een aanvullend pensioen, in de Nederlandse samenleving aan die tweede pijler wordt gehecht. Het gaat bij de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen echter niet alleen om de bescherming van de individuele belangen van werknemers, maar evenzeer om de sociale en economische organisatie van de betreffende bedrijfstakken als geheel. Daarom gaat het ook wel geopperde bezwaar dat de bescherming van de economisch zwakkere partij bij een arbeidsovereenkomst (de werknemer) al in artikel 8 Rome I is verdisconteerd, voorbij aan waar het bij de toepassing van artikel 9 Rome I in wezen om draait: dat is het openbare belang dat in Nederland algemeen wordt gehecht aan de sociale en economische organisatie van het bedrijfsleven en het voorkómen van onderbieding door ongeorganiseerde werkgevers ten opzichte van georganiseerde werkgevers. In een internationale context, zoals die in dit geding aan de orde is, gaat het dan om de bescherming van Nederlandse, verplicht bij een bedrijfstakpensioenfonds aangesloten, ondernemingen tegen concurrentie door buitenlandse ondernemingen die de kostprijs van hun diensten substantieel lager kunnen houden als zij zich de pensioenlasten, die vergelijkbare Nederlandse bedrijven wél hebben te dragen, kunnen besparen. In zoverre draait het bij de toepassing van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I in dit geding, waar het de handhaving van het stelsel van verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen betreft, mede in het licht van wat hierna wordt overwogen, niet om de bescherming van buitenlandse ondernemingen tegen discriminatie ten opzichte van nationale bedrijven, maar om het voorkómen dat

buitenlandse bedrijven het vrije verkeer van personen en diensten gebruiken voor een doel waarvoor het niet bedoeld is, namelijk het zich verschaffen van een concurrentievoorsprong ten koste van de ondernemingen van het land waarin de werkzaamheden worden verricht.”

Deze drie vonnissen zijn in lijn met het vonnis van de kantonrechter Leeuwarden 15 november 2016, PJ 2017/9 waarin ook werd geoordeeld dat de bepalingen van de Wet Bpf 2000 van bijzonder dwingend recht zijn.

Zie over deze problematiek meer uitgebreid: Asser/Lutjens 7-XI 2019/769, met daarin ook verwijzingen naar de diverse opvattingen in de literatuur over dit vraagstuk

Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremieschulden

De bestuurder van de werkgever is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van pensioenpremie aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds, zo bepaalt art. 23 Wet Bpf 2000. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder is gekoppeld aan het doen van een mededeling van betalingsonmacht. De werkgever die de pensioenpremie niet kan betalen door betalingsonmacht moet daarvan onverwijld mededeling doen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Indien de mededelingsplicht niet is nagekomen door de werkgever, geldt het wettelijk vermoeden dat het niet-betalen van de pensioenpremie het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip waarop de mededeling van betalingsonmacht had moeten zijn gedaan (art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000).

Heeft de werkgever deze mededelingsplicht ook als hij failliet is op het moment dat de termijn verstrijkt om deze mededeling te doen? Neen, aldus **Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, PJ 2019/106**. In geval van een faillissement van de werkgever is de bestuurder niet meer handelingsbevoegd ten aanzien van het vermogen van de vennootschap (art. 23 Faillissementswet). Bovendien kan het bedrijfstakpensioenfonds als schuldeiser buiten de curator om geen rechten uitoefenen ten aanzien van de failliete werkgever. Met een mededeling na faillissement kan het doel van de mededelingsplicht niet meer worden bereikt. Dit doel is: ervoor zorgen dat de bestuurder actie onderneemt zodat het

bedrijfstakpensioenfonds tijdig bekend wordt met de betalingsmoeilijkheden, zodat het fonds zijn opstelling ten opzichte van de werkgever kan bepalen.

De vraag komt op of hetzelfde geldt in geval van surséance van betaling. In geval van surséance van betaling wordt de bestuurder naar mijn mening niet ontslagen van zijn verplichting om mededeling van betalingsonmacht te doen. Het rechtsgevolg van surséance van betaling is onder meer dat de schuldenaar onbevoegd is “enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders” (art. 228 Faillissementswet). Het melden van betalingsonmacht is geen daad van beheer of beschikking betreffende de boedel. De bestuurder verliest door de surséance niet zijn hoedanigheid van bestuurder. De bestuurder is bij surséance van betaling derhalve nog steeds zelfstandig bevoegd een mededeling van betalingsonmacht te doen. (De regeling van art. 23 Wet Bpf 2000 is vergelijkbaar met de regeling van art. 36 Invorderingswet 1990. Ik signaleer dat ook voor art. 36 Invorderingswet 1990 geldt dat de mededelingsplicht blijft bestaan als aan de schuldenaar surséance van betaling is verleend, zie art. 36.5.6 Leidraad Invordering 2008.)

4. Uitvoeringsovereenkomst

mr. drs. Petra van Straten CPL, promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit

Inleiding

In de zomer van 2019 verschenen drie rechterlijke uitspraken die betrekking hadden op uitvoeringsovereenkomsten. Zo kwam weer een procedure ten aanzien van de schadeplichtigheid bij het opzeggen van een uitvoeringsovereenkomst met een ondernemingspensioenfonds aan de orde. Na het Alcatel-Lucentarrest heeft de ontwikkeling omtrent de opzegging van duurovereenkomsten niet stilgestaan. Na Alcatel-Lucent zijn nog enkele arresten door de Hoge Raad geweest. Ik zal in paragraaf II.1 van dit artikel eerst kort stil te staan bij deze ontwikkeling. In paragraaf II.2 bespreek ik de procedure van Pensioenfonds Campina tegen FrieslandCampina c.s. over een aanvullende schadevergoedingsplicht wegens opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. In paragraaf III bespreek ik twee casussen over de bevoegdheidsverdeling werkgever versus pensioenuitvoerder. Paragraaf III.1 bespreekt een casus over de onderbrengingsplicht. Wie is verantwoordelijk voor de (vermeende) niet-nakoming ervan? Paragraaf III.2 bespreekt de casus over een wijziging van de pensioenovereenkomst op voorstel van de pensioen-uitvoerder. In paragraaf IV sluit ik deze bijdrage af met een conclusie.

II.1 Stand van zaken opzeggen duurovereenkomsten

De uitvoeringsovereenkomst heeft het karakter van een duurovereenkomst. Opzegging van een uitvoeringsovereenkomst volgt de algemene regels omtrent de opzegging van duurovereenkomsten. Omtrent de opzegging van duurovereenkomsten met een wettelijke of contractuele opzeggingsclausule zijn sinds het Alcatel-Lucentarrest meerdere arresten geweest. Hieronder geef ik een weergave van deze ontwikkeling.

Golden Earring

In 2017 wees de Hoge Raad arrest in een procedure waarbij de bandleden van de Golden Earring overeenkomsten met betrekking tot muziekkuitgaverechten wilden beëindigen.¹⁶ Deze overeenkomsten waren gesloten met muziekkuitgeverijen (Nananda c.s.). De bandleden vonden dat de muziekkuitgeverijen de werken onvoldoende exploiteerden.¹⁷ Bij dergelijke overeenkomsten draagt de muzikant zijn auteursrecht over aan de uitgeverij. Beëindiging van een dergelijke overeenkomst betekent dat het auteursrecht terug geleverd moet worden aan de muzikant. Vele muziekcontracten hebben impliciet of expliciet een automatisch einde, vanwege het einde van het auteursrecht. Dit einde ligt echter in de verre toekomst, 70 jaar na overlijden van de auteur. Nananda c.s. betoogden aldus dat sprake was van een overeenkomst voor een bepaalde tijd. Hier ging de Hoge Raad niet in mee.

5.2.2 (...) Anders dan het onderdeel betoogt, brengt de omstandigheid dat de overeenkomsten zijn aangegaan voor de duur van het auteursrecht en dat dit auteursrecht ingevolge art. 37 Aw vervalt door verloop van 70 jaren vanaf 1 januari na het overlijden van de maker, niet mee dat een overeenkomst als de onderhavige dient te worden aangemerkt als een overeenkomst voor bepaalde tijd. Immers, evenals bij overeenkomsten die, al dan niet van rechtswege, eindigen door het intreden van een bepaalde gebeurtenis, zoals de dood van een partij of (bij arbeidsovereenkomsten) het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd, is de duur waarvoor partijen de overeenkomsten zijn aangegaan overigens onbepaald.

De Hoge Raad bevestigt dat voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomsten opzegbaar zijn, tenzij partijen bedoeld hebben een niet-opzegbare overeenkomsten te sluiten (r.o. 5.3.1.).

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad het uitgangspunt dat redelijkheid en billijkheid kunnen eisen dat er voldoende zwaarwegende gronden moeten zijn voor de opzegbaarheid van een duurovereenkomst (r.o. 5.5.2). Maar in een concreet geval kan de rechter bepalen dat een voldoende zwaarwegende grond niet is vereist (r.o. 5.5.4) hiervan worden afgeweken.

¹⁶ HR 07-07-2017, ECLI:NL:HR:2017:1270, NJ 2017/344, m.nt. D.W.F. Verkade

¹⁷ Vgl. annotator D.W.F. Verkade in zijn noot bij dit arrest (NJ 2017/344)

De nieuwe loot aan de opzegging van duurovereenkomsten-stam betreft de toevoeging dat - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - niet altijd een zwaarwegende grond voor opzegging van een duurovereenkomst is vereist.

Goglio/SMQ¹⁸

In 2018 wees de Hoge Raad het Goglio/SMQ-arrest. Goglio/SMQ betrof de opzegging van een licentieovereenkomst. De overeenkomst had een looptijd van vijftien jaar en bevatte een regeling voor beëindiging van de overeenkomst.

De Hoge Raad overwoog omtrent de opzegging:

3.6.4 Een beroep op een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan op grond van art. 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (vgl. HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, NJ 2016/450, rov. 4.4.2).

3.6.5 Opmerking verdient dat het hiervoor in 3.6.2 overwogene niet wegneemt dat het mogelijk is dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst naar de bedoeling van partijen niet-opzegbaar is. De wederpartij van degene die zich op de niet-opzegbaarheid beroept, kan daartegen, overeenkomstig het hiervoor in 3.6.4 overwogene, onder omstandigheden een beroep doen op, kort gezegd, de art. 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW. (Vgl. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, NJ 2016/236, rov. 4.4)

In 3.6.4. brengt de Hoge Raad een kleine nuancering op het Alcatel-arrest. Bevestigd werd dat de onaanvaardbaarheidstoets uit het Alcatel-arrest (r.o. 4.4.2) de toets op grond van artikel 6:248 lid 2 BW betrof. Goglio/SMQ is het nieuwe standaardarrest geworden over opzegging van duurovereenkomsten.¹⁹ Onduidelijk is nog of een duurovereenkomst voor bepaalde tijd, stel een uitvoeringsovereenkomst met een looptijd van tien jaar, ook onder het bereik van Goglio/SMQ zou moeten vallen.²⁰ De overeenkomst met een looptijd van vijftien

¹⁸ Hoge Raad 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, JOR 2018/140 (Goglio/SMQ)

¹⁹ Aldus N. Boer, de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken, ORP 2019/135

²⁰ N. Boer, de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken, ORP 2019/135 onder verwijzing naar C.E.Drion, Drafting tips & skills: Beëindiging van contracten en beëindigingsbepalingen, ORP 2018/172

jaar in Golgio/SMQ viel volgens de Hoge Raad onder de regels voor overeenkomsten voor onbepaalde tijd.

Alliander/Gemeente Voorst²¹

In 2019 kwam weer een procedure over opzegging van duurovereenkomsten bij de Hoge Raad. De casus betrof een duurovereenkomst met een elektriciteitsbedrijf over kabels en leidingen in gemeentegrond.²² Deze duurovereenkomst bevatte geen regeling voor opzegging.

De Hoge Raad herhaalde in dit arrest de hoofdregel dat een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging is vereist. De door de gemeente aangevoerde redenen waren van onvoldoende gewicht. Dit arrest lijkt geen koerswijziging van de Hoge Raad in te houden.²³

Conclusie

De stand van zaken met betrekking tot het opzeggen van duurovereenkomsten, laat zich als volgt samenvatten voor uitvoeringsovereenkomsten.²⁴ Voor een uitvoeringsovereenkomst met beëindigingsclausule, gesloten voor bepaalde of onbepaalde tijd, geldt dat indien de overeenkomst daarvoor ruimte laat, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen meebrengen dat aan de opzegging nadere eisen gesteld worden.

Een beroep op een uit de wet of een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan op grond van art. 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Een uitvoeringsovereenkomst gesloten voor onbepaalde tijd zonder opzegbepaling is in beginsel opzegbaar, maar de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat voor opzegging een voldoende zwaarwegende grond bestaat. In aanvulling daarop kan het inacht nemen van een redelijke opzegtermijn of een aanbod tot betalen van een aanvullende vergoeding zijn vereist.

²¹ HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446 (Alliander/Gemeente Voorst)

²² Een soortgelijke casus als HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854 (De Ronde Venen/Stedin), een van de eerdere arresten over de opzegging van duurovereenkomsten.

²³ Aldus N. Boer, de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken, ORP 2019/135

²⁴ Zie schema N. Boer, de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken, ORP 2019/135

Een dergelijke overeenkomst kan naar partijbedoeling ook niet opzegbaar zijn. De wederpartij kan echter stellen dat een beroep op de niet-opzegbaarheid in strijd is met 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW.

De literatuur is verdeeld over de vraag wat geldt bij uitvoeringsovereenkomst gesloten voor bepaalde tijd zonder opzeggingsbepaling. De richtingen variëren van onmogelijkheid tot opzegging behoudens bijzondere omstandigheden tot in beginsel een mogelijkheid tot opzegging.²⁵

II.2 FrieslandCampina/Pensioenfonds Campina

De rechtbank Rotterdam oordeelde in 2019 over een verplichting tot het betalen van aanvullende schadevergoeding bij de beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst (**Rb. Rotterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3875, PJ 2019/73**).

De casus was als volgt.

Werkgevers Friesland Foods en Campina fuseerden in 2008 tot FrieslandCampina. Vanaf 1 januari 2009 werden geen nieuwe deelnemers meer aangemeld bij Pensioenfonds Campina. Nieuwe werknemers gingen deelnemen in een pensioenregeling bij verzekeraar Avéro Achmea. In 2010 sloten FrieslandCampina c.s. en het pensioenfonds een nieuwe uitvoeringsovereenkomst. Deze uitvoeringsovereenkomst bevatte een opzegtermijn van twaalf maanden en vergoedingsplicht voor de werkgever. Daarbij werd bepaald dat als partijen niet binnen zes maanden overeenstemming bereikten over de hoogte van de vergoeding, partijen deze vraag aan deskundigen in de vorm van een bindend adviesprocedure zouden voorleggen. In de periode 2011-2013 heeft overleg plaatsgehad tussen FrieslandCampina en het pensioenfonds over de toekomst van de pensioenvoorziening binnen de onderneming en de rol van het pensioenfonds daarbij. Nu dit niet heeft geresulteerd in overeenstemming heeft FrieslandCampina c.s. de uitvoeringsovereenkomst per 1 januari 2015 opgezegd. In de bindend adviesprocedure is vastgesteld dat FrieslandCampina een bedrag van EUR 20,2 miljoen verschuldigd is aan het pensioenfonds.

In de procedure bij de rechtbank Rotterdam vordert het Pensioenfonds een aanvullende schadevergoeding wegens de sluiting van de pensioenregeling per 2009 en de opzegging per 1 januari 2015. Het Pensioenfonds stelt dat het door de

²⁵ N. Boer, de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: de stand van zaken, ORP 2019/135

opzegging in haar voortbestaan wordt bedreigd en dat - kortgezegd - de deelnemers en gepensioneerden in het Pensioenfonds slechter af zijn dan de deelnemers aan de pensioenregeling bij Avéro Achmea.

De kantonrechter ziet echter geen grond voor het toekennen van een aanvullende vergoeding. Van een pensioenfonds mag immers worden verwacht dat het zijn financiële positie kan bepalen en daarop anticipeert. Dat de aangesloten werkgever de uitvoeringsovereenkomst opzegt, is daarbij een gewoon bedrijfsrisico. Bovendien was dit risico in 2010, toen de nieuwe uitvoeringsovereenkomst werd getekend, voorzienbaar. Het pensioenfonds was toen immers al gesloten voor nieuwe toetreders. Van een verplichting tot gelijke behandeling tussen deelnemers bij het Pensioenfonds en deelnemers bij Avéro Achmea is geen sprake omdat beide pensioenregelingen een andere oorsprong hebben en dateren van voor de fusie tussen Friesland en Campina. Aldus oordeelt de kantonrechter dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in deze situatie geen verplichting tot betaling van een aanvullende schadevergoeding inhouden.

Mijns inziens een terechte uitspraak. Het pensioenfonds had in 2010 een uitgebreidere schaderegeling in de uitvoeringsovereenkomst kunnen opnemen, om zo haar financiële positie naar de toekomst te verzekeren. De uitspraak van de kantonrechter sluit overigens niet uit dat voormalige werknemers FrieslandCampina gaan aanspreken voor nakoming van hun pensioenovereenkomst. Met de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst neemt hun indexatieperspectief mogelijk af. Een dergelijke vordering zou gelet op het Euronext-arrest nog wel eens succesvol kunnen zijn.²⁶

²⁶ Hof Amsterdam 23-04-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, JOR 2019/139 m.nt. mr. A.G. van Marwijk Kooy

III. Bevoegdheidsverdeling werkgever – pensioenuitvoerder

III.1. Onderbrengingsplicht

Een werknemer, eiser in de procedure, heeft twee jaar bij een werkgever gewerkt. Uit dit dienstverband ontvangt hij geen ouderdomspensioen. Hij dagvaardt de pensioenverzekeraar Zwitserleven en vordert ouderdomspensioen (**Rechtbank Gelderland 3 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2828, PJ 2019/103**). Zwitserleven betwist dat er een pensioenovereenkomst bij haar is ondergebracht. De kantonrechter overweegt hieromtrent als volgt. Zolang er geen sprake is van een vorm van verplichte deelname geldt dat de onderbrengingsplicht op grond van artikel 23 lid 1 PW een plicht van de werkgever is. Vaststaat dat er geen uitvoeringsovereenkomst (de kantonrechter spreekt van een uitvoeringsregeling) tot stand is gekomen tussen Zwitserleven en werkgever. Nakoming van de onderbrengingsplicht moet aldus bij de werkgever worden gevorderd. In de procedure werd door Zwitserleven nog gesteld dat de werknemer een afstandsverklaring zou hebben getekend. Aan dit verweer komt de kantonrechter niet toe nu er geen uitvoeringsovereenkomst blijkt te zijn overeengekomen.

Dit is een uitspraak in lijn met de literatuur en die ik, mede gezien vanuit het bewijsrecht, kan onderschrijven. De onderbrengingsplicht is een verplichting van de werkgever.²⁷ In een procedure zal een uitvoerder immers niet kunnen bewijzen dat een werknemer had moeten worden aangemeld, als er geen uitvoeringsovereenkomst is gesloten. De vraag is wat te gelden heeft als er wel een uitvoeringsovereenkomst is afgesloten.²⁸ Er is door eiser een beroep gedaan op artikel 5 PW, maar uit de uitspraak valt de verdere motivering niet af te leiden. Mogelijk stelt eiser dat artikel 5 PW ervoor zorgt dat, hoewel de werkgever eiser niet heeft aangemeld bij Zwitserleven, Zwitserleven toch het risico draagt van het niet-aanmelden door de werkgever. Dat lijkt eveneens het standpunt van de toezichthouder, De Nederlandsche Bank, te zijn. Dit standpunt lijkt wat kort door de bocht te zijn omdat het geen rekening houdt met de verschillende typen pensioenuitvoerders. Een bedrijfstakpensioenfonds draagt wel het risico van de niet-aangemelde deelnemer. Daar geldt 'geen premie, wel recht'. Voor een verzekeringsmaatschappij geldt 'geen premie, geen recht'. In de literatuur wordt wel betoogd dat de mededelingsplicht van de verzekeringnemer, de werkgever, op

²⁷ Asser/Lutjens 7-XI 2019/181

²⁸ Asser/Lutjens 7-XI 2019/143 en 244

grond van artikel 7:928 BW in het pensioenrecht eveneens geldt.²⁹ Een verzekeraar kan, ook als wel een uitvoeringsovereenkomst is gesloten, uitkering weigeren als een werknemer niet is aangemeld. De kantonrechter lijkt dit standpunt te onderschrijven in rechtsoverweging 4.3.

III.2 Wijziging op initiatief pensioenuitvoerder

Voor de Rechtbank Noord-Holland speelde een zaak waarbij een gepensioneerde zowel zijn werkgever als de pensioenuitvoerder dagvaardde vanwege het wijzigen van zijn recht op onvoorwaardelijke indexatie (**Rechtbank Noord-Holland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6929, PJ 2019/118**). In deze bijdrage bespreek ik de overwegingen die betrekking hebben op de uitvoeringsovereenkomst. De casus was als volgt. Gepensioneerde heeft van 1968 tot en met 2008 bij (rechtsvoorgangers van) de werkgever (Schneider) gewerkt. Aansluitend is hij met pensioen gegaan. De toepasselijke pensioenregeling bevatte een onvoorwaardelijk recht op indexatie. In januari 2018 ontvangt de gepensioneerde een brief dat zijn recht op onvoorwaardelijke indexatie zal wijzigen. Als reden wordt gegeven dat vanwege de inwerkingtreding van de Pensioenwet (in 2007) niet langer is toegestaan om onvoorwaardelijke indexatie jaarlijks in te kopen bij pensioenuitvoerder Zwitserleven. Jaarlijkse inkoop van een onvoorwaardelijke toeslagverlening is in strijd met de artikelen 26 en 27 van de Pensioenwet. Werkgever beargumenteert dat hij nog steeds de intentie heeft dezelfde toeslagen toe te kennen, zij het in de toekomst als een voorwaardelijke toeslagverlening vanuit een toeslagendepot. De wijziging is akkoord bevonden door de ondernemingsraad van Schneider. De gepensioneerde bericht dat hij niet akkoord gaat met de wijziging. Bij de Rechtbank Noord-Holland vordert de gepensioneerde een verklaring voor recht dat Schneider de onvoorwaardelijke toeslagverlening niet mocht wijzigen. Daarnaast vordert hij een verklaring voor recht dat Zwitserleven in strijd met de zorgplicht en artikel 35 PW het pensioenreglement heeft gewijzigd. Artikel 35 PW regelt - kortgezegd - de bevoegdheidsverdeling tussen werkgever en pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder kan pas een (gewijzigd) pensioenreglement opstellen als daar een (gewijzigde) pensioenovereenkomst en uitvoeringsovereenkomst aan ten grondslag ligt/liggen. Schneider en Zwitserleven voeren hetzelfde verweer. In aanvulling op het verweer van Schneider dat Schneider gerechtigd was de pensioenovereenkomst op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 2 BW) te

²⁹ Zie uitgebreid M. Heemsker, *Pensioenrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2020, Hoofdstuk 4, paragraaf 12

wijzigen, stelt Zwitserleven dat hij ook niet gehouden was te controleren of gepensioneerde met de wijziging had ingestemd.

De kern van deze procedure ziet op het wijzigen van de pensioenovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar de overwegingen van de kantonrechter ten aanzien van de positie van Zwitserleven zijn eveneens de moeite waard. De kantonrechter stelt vast dat de financieringswijze van de onvoorwaardelijke toeslagverlening inderdaad in strijd is met de Pensioenwet. Maar dit leidt niet automatisch tot de conclusie dat voortzetting van deze - verboden - toeslagverlening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarmee onaanvaardbaar is. Doordat de regeling van 2007 tot en met 2018 op deze manier is uitgevoerd staat vast dat uitvoering wel feitelijk, technisch en administratief mogelijk is. Zwitserleven maakt dus niet aannemelijk waarom in 2019 continuering van de uitvoering onaanvaardbaar zou zijn. Dit zou het geval kunnen zijn als DNB handhavend zou hebben opgetreden, overweegt de kantonrechter, maar dat was niet het geval. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zou zelfs artikel 20 PW opzij kunnen zetten, meent de kantonrechter, maar wel in zeer uitzonderlijke gevallen. De belangenafweging tussen het dwingende en beschermende karakter van artikel 20 PW die het belang van de aanspraakgerechtigde beschermt versus het belang van artikel 26 en 27 PW, dat zich uitsluitend richt tot de pensioenuitvoerder, maakt echter dat geen sprake is van een uitzonderlijke situatie. Het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW slaagt niet.

Een ander interessant punt is het navolgende. Gepensioneerde heeft gesteld dat Zwitserleven in strijd met de zorgplicht en artikel 35 PW handelt door niet te controleren of de wijziging van de pensioenovereenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen. De kantonrechter oordeelt in rechtsoverweging 5.29 dat deze zorgplicht inderdaad is geschonden. Ik interpreteer de zorgplicht aldus dat de pensioenuitvoerder - alvorens een nieuw reglement op te stellen - de zorgplicht heeft om te controleren of de wijziging van de pensioenovereenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen. Een zorgplicht voor een pensioenuitvoerder op de 'juistheid van de verkregen instemming' is al bekend bij de omzetting van het partnerpensioen.³⁰ De zorgplicht voor pensioenuitvoerders lijkt door deze kantonrechter te worden uitgebreid. De grondslag van de zorgplicht is me evenwel niet geheel duidelijk, dat

³⁰ Asser/Lutjens 7-XI 2019/623 en de daar aangehaalde jurisprudentie

zou artikel 35 PW kunnen zijn of wel een bovenwettelijke zorgplicht, bijvoorbeeld gebaseerd op de aanvullende eisen van redelijkheid en billijkheid.³¹

IV. Conclusie

In 2019 werden enkele procedures over uitvoeringsovereenkomsten gepubliceerd. Deze jurisprudentie leert ons het volgende. Een verplichting tot betaling van een aanvullende schadevergoeding bij toegestane opzegging van een uitvoeringsovereenkomst is pas aan de orde in zeer bijzondere omstandigheden. De vordering tot nakoming van pensioenuitkeringen bij afwezigheid van een uitvoeringsovereenkomst moet niet worden gericht aan de pensioenuitvoerder, maar aan de werkgever. Bij wijziging van een pensioenreglement heeft de pensioenuitvoerder de zorgplicht zich ervan te vergewissen dat de wijziging van de pensioenovereenkomst rechtsgeldig is.

³¹ Artikel 6:248 lid 1 BW

5. Functioneren pensioenuitvoerders

mr. Jorn de Bruin CPL, advocaat pensioenrecht Van Doorne

Inleiding

2019 zal voor veel pensioenuitvoerders de boeken ingaan als het jaar waarin sociale partners en het kabinet – op 5 juni 2019 – eindelijk een principeakkoord bereikten over de vernieuwing van het pensioenstelsel.³² In het principeakkoord spraken sociale partners en kabinet onder andere af dat de verhoging van de AOW-leeftijd minder snel dan voorheen zou plaatsvinden. De daartoe strekkende wet, de Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd, werd exact één maand na het bereiken van een principeakkoord afgekondigd in het Staatsblad.³³ (Mede) in het verlengde van het principeakkoord heeft Minister Koolmees bij brief van 19 november 2019 aangekondigd gebruik te willen maken van zijn bevoegdheden op grond van artikel 142 Pensioenwet (**PW**) om pensioenfondsen extra tijd te geven om te herstellen (mits zij beschikken over een dekkingsgraad van 90%).³⁴ Nagenoeg alle andere afspraken uit het principeakkoord, bijvoorbeeld waar het gaat om de introductie van een nieuw pensioencontract, de afschaffing van de doorsneepremie en het daarmee samenhangende compensatievraagstuk worden nader uitgewerkt in een door sociale partners en het kabinet ingestelde stuurgroep.

In 2020 zal duidelijk worden of de stuurgroep erin slaagt om de principe-afspraken uit te werken in een totaal pakket, dat acceptabel is voor alle betrokken bloedgroepen. Ongetwijfeld zal die verdere uitwerking van die afspraken, althans de implementatie van die afspraken, te zijner tijd aanleiding geven tot jurisprudentie.

³² *Kamerstukken II 2019-2020 32 043, nr. 499* en *Kamerstukken I 2019-2020, 32 043, nr. P*, onder verwijzing naar het SER advies van 5 juni 2019: SER advies "*Naar een nieuw pensioenstelsel*", advies 19/05 (<https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/2019/naar-een-nieuw-pensioenstelsel.pdf>).

³³ Wet van 3 juli 2019 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, de Wet versnelling stapsgewijze verhoging AOW-leeftijd en de Wet tegemoetkomingen loondomein in verband met temporisering van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd (Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd), Stb. 2019/246.

³⁴ *Kamerstukken II 2019-2020, 32 043, nr. 503*.

2019 bracht voor pensioenuitvoerders, met name waar het gaat om pensioenfondsen, verstreckende uitspraken, bijvoorbeeld op het gebied van verantwoordelijkheidsverdeling, te denken valt bijvoorbeeld aan de kritisch ontvangen Euronext-uitspraak³⁵ in hoger beroep en de Campina-uitspraak.³⁶ Dat de beide uitspraken zich op het eerste gezicht lastig laten verenigen toont wel aan dat het pensioenrecht nog tamelijk principiële vraagstukken onbeantwoord laat. Elders in deze kroniek zullen beide uitspraken in detail besproken worden.

Informatieverstrekking

Algemeen: opgewekt vertrouwen

Het aantal gepubliceerde uitspraken over opgewekt vertrouwen in geval van onjuiste informatieverstrekking door een pensioenuitvoerder is dit jaar beperkt. Vandaar dat ik de vrijheid neem om ook de uitspraken van 14 en 28 november 2018 van de Rechtbank Midden-Nederland – overigens van verschillende kantonrechters – nog in deze kroniek te bespreken.³⁷

Artikel 3:35 BW maakt dat tegen een [aanspraakgerechtigde] die een verklaring of een gedraging van een [pensioenuitvoerder], overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die [pensioenuitvoerder] tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, geen beroep kan worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil. Artikel 3:33 BW bepaalt dat een rechtshandeling vereist een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Voor een geslaagd beroep op gerechtvaardigd vertrouwen hoeft de onjuiste informatieverstrekking door de pensioenuitvoerder dus niet per se te kwalificeren als een rechtshandeling. Immers, ook een feitelijke gedraging kan afdoende zijn om een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen te dragen, zij het dat de aanspraakgerechtigde in dat geval wel deze feitelijke gedraging – de onjuiste informatieverstrekking – heeft mogen opvatten als een rechtshandeling. Omdat een UPO of een ander pensioenoverzicht slechts een

³⁵ Hof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1452, *PJ* 2019/72 m. nt. J. van Slooten. Zie overigens ook Rb. Rotterdam 22 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8226, *PJ* 2019/141 m. mt. E. Schop waar het gaat om het nagenoeg verdwijnen van een indexatieperspectief bij een pensioenregeling, die is ondergebracht bij een verzekeraar.

³⁶ Rb. Rotterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3875, *PJ* 2019/73 m. nt. V. Gerlach.

³⁷ Rb. Midden-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5544, *PJ* 2019/14 en Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5853, *PJ* 2019/15 m. nt. E. Lutjens (tevens advocaat ABP).

feitelijk verslag van de stand van zaken geeft en naar zijn aard niet beoogt separate rechten in het leven te roepen voor de aanspraakgerechtigde – deze volgens immers uit de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement – zal een aanspraakgerechtigde de verstrekking van een UPO niet snel mogen beschouwen als een tot hem gerichte wilsverklaring. Dat is ook de algemene lijn in de jurisprudentie.³⁸

Naast dat de aanspraakgerechtigde de verklaring of gedraging heeft moeten *kunnen* opvatten als een tot hem gerichte wilsverklaring, geldt aanvullend de eis dat de aanspraakgerechtigde de verklaring of gedraging onder de gegeven omstandigheden ook heeft *mogen* opvatten als een tot hem gerichte wilsverklaring. Uit de jurisprudentie volgt in dat kader een trits aan gezichtspunten. Zonder uitpuittend te willen zijn, noem ik de volgende:

- of sprake is voor een voor de aanspraakgerechtigde kenbare fout;³⁹
- de verdeling van de deskundigheid tussen pensioenuitvoerder en aanspraakgerechtigde;⁴⁰
- in hoeverre sprake is van op de persoon toegespitste informatie;⁴¹
- of sprake is van een wettelijke of een buitenwettelijke informatieverplichting;
- of sprake is van een herhaalde of een eenmalige fout;⁴²
- de periode gedurende welke de onjuiste informatie in stand is gebleven;⁴³
- of de aanspraakgerechtigde onomkeerbare financiële verplichtingen aangegaan is op basis van de onjuiste informatie;⁴⁴
- of de onjuist verstrekte informatie een voorbehoud bevatte;⁴⁵

³⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1285, *PJ* 2015/119, rov. 6.7; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2997, *PJ* 2014/149 m. nt. T. Huijg, rov. 4.9.4. Zie meer uitgebreid B. Degelink, 'Rechtsgevolgen van onjuiste pensioeninformatie', *TPV* 2011/2, Asser/Lutjens 7-XI 2019/652 en de annotatie van Huijg bij *PJ* 2014/149.

³⁹ Rb. Maastricht, 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR5240, rov. 3.3.4.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 oktober 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BM2941, *PJ* 2008/86; Rb. Amsterdam 27 februari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BM2943, *PJ* 2008/58, rov. 4.11 en Rb. Maastricht, 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR5240, *PJ* 2011/130, rov. 3.3.1 en 3.3.2.

⁴¹ Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3748, *PJ* 2011/64, rov. 4.4 en 4.5; en Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:GHAMS:2018:1254, *PJ* 2018/103, rov. 3.6.

⁴² Hof Amsterdam 6 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9333, *PJ* 2012/18, rov. 3.5.

⁴³ Rb. Maastricht, 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR5240, *PJ* 2011/130, rov. 3.3.3; en Hof Amsterdam 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU3398, *PJ* 2011/161 m. nt. R.A.C.M. Langemeijer, rov. 4.10.

⁴⁴ Hof Amsterdam 6 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9333, *PJ* 2012/18, rov. 3.6.

- of uitvoering is gegeven aan de onjuiste informatie;
- hoe de onjuiste informatie zich verhoudt tot eerder verstrekte (wel juiste) informatie.⁴⁶

Aan die lijst kan toegevoegd worden de vraag of de aanspraakgerechtigde door de onjuiste informatieverstrekking schade heeft geleden, zo volgt uit een arrest van de Hoge Raad van begin 2019.⁴⁷

ECLI:NL:GHDHA:2019:76

In een uitspraak van Hof Den Haag van 29 januari 2019 ging het om het volgende feitencomplex:⁴⁸ bij brief van 28 maart 2010 verzocht een aanspraakgerechtigde Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (**PMT**) om een offerte voor een volledig vroegpensioen, ingaand op 1 augustus 2010. PMT berichtte hem daarop dat hij in het geval van pensionering per 1 augustus 2010 recht zou hebben op een tijdelijk ouderdomspensioen van ca. EUR 59K bruto per jaar totdat hij 65 wordt, en een levenslang ouderdomspensioen van ruim EUR 30K bruto per jaar. De aanspraakgerechtigde pensioneerde vervolgens per 1 augustus 2010 en ontving aanvankelijk deze uitkeringen. Naar ik aanneem was de aanspraakgerechtigde onaangenaam verrast over de brief van PMT van 7 maart 2011 waarin het fonds hem meedeelde dat de pensioenuitkeringen onjuist zijn vastgesteld, dat per maart 2011 de pensioenuitkeringen verlaagd werden tot ongeveer 56K bruto en respectievelijk ruim 28K bruto per jaar, maar dat PMT wel afzag van terugvordering over het verleden. In eerste aanleg vorderde de aanspraakgerechtigde *primair* een schadevergoeding, gelijk aan het gemis aan pensioenuitkeringen en *subsidiar* een verklaring voor recht dat hij met terugwerkende kracht aanspraak heeft op de aanvankelijk berekende (in zijn woorden: *toegekende*) pensioenuitkeringen. De kantonrechter oordeelde dat het enkele feit dat de aanspraakgerechtigde lagere pensioenuitkeringen dreigt te gaan ontvangen, niet maakt dat sprake is van schade.

⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2720, *PJ* 2008/25, rov. 4.10.2 en 4.16.1; Rb. Rotterdam 3 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO6473, *PJ* 2011/5, rov. 2.3; en Rb. Utrecht 6 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3748, *PJ* 2011/64, rov. 4.4 en 4.5.

⁴⁶ Rb. Maastricht, 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR5240, *PJ* 2011/130, rov. 3.3.5.

⁴⁷ HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:226, *JOR* 2019/150 m. nt. A.G. Castermans. Degelink suggereert in zijn annotatie bij de hieronder te bespreken uitspraak van Hof Den Haag van 29 januari 2019 (*PJ* 2019/40) dat hiermee schade of nadeel randvoorwaardelijk zouden zijn eer de aanspraakgerechtigde een succesvol beroep op de vertrouwensbescherming van artikel 3:35 BW toekomt. Dat lees ik evenwel niet in het arrest van de Hoge Raad. Veeleer, lijkt mij sprake van een gezichtspunt.

⁴⁸ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:76, *PJ* 2019/40 m. nt. B. Degelink.

De subsidiair gevorderde verklaring voor recht wees de kantonrechter wel toe. Tegen die toewijzing heeft PMT hoger beroep ingesteld. De aanspraakgerechtigde stelde zelf geen (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep in, als gevolg waarvan Hof Den Haag zich niet uit hoefde te laten over de vraag of de primaire schadevergoedingsvordering terecht was afgewezen door de kantonrechter. Kort gezegd ging het in hoger beroep dan ook alleen om de vraag of de aanspraakgerechtigde gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op de brief van PMT waarin het de aanvankelijk vastgestelde pensioenuitkeringen doorgeeft aan de aanspraakgerechtigde.

PMT stelde in dat kader dat de door het fonds verzonden brief en aanvraagformulier geen rechtshandelingen inhouden. Hof Den Haag ging hierin mee door vast te stellen dat (ook) wanneer de aanspraakgerechtigde met vervroegd pensioen wil gaan, de omvang van zijn pensioenuitkeringen rechtstreeks voortvloeit uit het pensioenreglement. Daarmee passeerde Hof Den Haag de stelling van de aanspraakgerechtigde dat hij door middel van aanbod en aanvaarding een overeenkomst heeft gesloten met PMT, die afwijkt van het pensioenreglement. Ook oordeelde het hof dat evenmin sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen nu de litigieuze brief aan de aanspraakgerechtigde voldoende duidelijk maakt dat PMT de aanspraakgerechtigde slechts wilde *informer* over de ingangsmogelijkheden van zijn pensioen. PMT beoogde dus niet de aanspraakgerechtigde een bovenreglementair pensioen toe te kennen. Aldus volgt vernietiging van de vonnissen in eerste aanleg en worden de vorderingen van de aanspraakgerechtigde alsnog afgewezen.

Dit arrest past in de breder in de jurisprudentie ingezette lijn, namelijk dat de omvang van aanspraken volgt uit het pensioenreglement en dat communicatie hierover niet te snel opgevat mag worden als een wilsverklaring van de pensioenuitvoerder om te komen tot van het pensioenreglement afwijkende afspraken. Vanuit dogmatisch perspectief lijkt de uitspraak mij dan ook juist. Tegelijkertijd vraag ik mij af of de rechtsbescherming die de aanspraakgerechtigde zou moeten toekomen niet teveel uitgehold wordt. Huijg waarschuwde bijvoorbeeld in 2014 reeds dat het adagium dat het pensioenreglement "allesbepalend" is slechts één van de gezichtspunten zou moeten zijn die bij een beroep op opgewekt vertrouwen van belang zijn.⁴⁹ De omstandigheid dat een pensioenovereenkomst en pensioenreglement in beginsel bepalend zijn voor de

⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2997, PJ 2014/149 m. nt. T. Huijg.

omvang van de aanspraken van de aanspraakgerechtigde, maakt echter al vrij snel dat de aanspraakgerechtigde de onjuiste informatieverstrekking niet snel mag opvatten als een tot hem gerichte rechtshandeling. Daaraan doet niet af – althans zo zou ik denken – dat de aanspraakgerechtigde beslissingen neemt op basis van de verstrekte informatie. Dan gaat het om beslissingen van de aanspraakgerechtigde zelf en niet om beslissingen van de pensioenuitvoerder. Anders gezegd: de omvang van de opgebouwde aanspraken blijft afhankelijk van het pensioenreglement. En dus blijft de aanspraakgerechtigde op deze wijze toch vaak met lege handen achter, althans wanneer hij zijn vordering grondt op opgewekt vertrouwen.

PMT stelde in dat kader dat de door het fonds verzonden brief en aanvraagformulier geen rechtshandelingen inhouden. Hof Den Haag ging hierin mee door vast te stellen dat (ook) wanneer de aanspraakgerechtigde met vervroegd pensioen wil gaan, de omvang van zijn pensioenuitkeringen rechtstreeks voortvloeit uit het pensioenreglement. Daarmee passeerde Hof Den Haag de stelling van de aanspraakgerechtigde dat hij door middel van aanbod en aanvaarding een overeenkomst heeft gesloten met PMT, die afwijkt van het pensioenreglement. Ook oordeelde het hof dat evenmin sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen nu de litigieuze brief aan de aanspraakgerechtigde voldoende duidelijk maakt dat PMT de aanspraakgerechtigde slechts wilde *informer* over de ingangsmogelijkheden van zijn pensioen. PMT beoogde dus niet de aanspraakgerechtigde een bovenreglementair pensioen toe te kennen. Aldus volgt vernietiging van de vonnissen in eerste aanleg en worden de vorderingen van de aanspraakgerechtigde alsnog afgewezen.

Dit arrest past in de breder in de jurisprudentie ingezette lijn, namelijk dat de omvang van aanspraken volgt uit het pensioenreglement en dat communicatie hierover niet te snel opgevat mag worden als een wilsverklaring van de pensioenuitvoerder om te komen tot van het pensioenreglement afwijkende afspraken. Vanuit dogmatisch perspectief lijkt de uitspraak mij dan ook juist. Tegelijkertijd vraag ik mij af of de rechtsbescherming die de aanspraakgerechtigde zou moeten toekomen niet teveel uitgehold wordt. Huijg waarschuwde bijvoorbeeld in 2014 reeds dat het adagium dat het pensioenreglement "allesbepalend" is slechts één van de gezichtspunten zou moeten zijn die bij een beroep op opgewekt vertrouwen van belang zijn.⁵⁰ De omstandigheid dat een

⁵⁰ Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2997, PJ 2014/149 m. nt. T. Huijg.

pensioenovereenkomst en pensioenreglement in beginsel bepalend zijn voor de omvang van de aanspraken van de aanspraakgerechtigde, maakt echter al vrij snel dat de aanspraakgerechtigde de onjuiste informatieverstrekking niet snel mag opvatten als een tot hem gerichte rechtshandeling. Daaraan doet niet af – althans zo zou ik denken – dat de aanspraakgerechtigde beslissingen neemt op basis van de verstrekte informatie. Dan gaat het om beslissingen van de aanspraakgerechtigde zelf en niet om beslissingen van de pensioenuitvoerder. Anders gezegd: de omvang van de opgebouwde aanspraken blijft afhankelijk van het pensioenreglement. En dus blijft de aanspraakgerechtigde op deze wijze toch vaak met lege handen achter, althans wanneer hij zijn vordering grondt op opgewekt vertrouwen.

Een aanspraakgerechtigde kan zijn vordering echter ook gronden op wanprestatie of onrechtmatige daad en vergoeding van zijn schade wensen. Uit de jurisprudentie volgt dat degene die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, schade lijdt, met schadevergoeding zoveel mogelijk moet worden gebracht in de situatie waarin hij zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust zou hebben verkeerd.⁵¹ In de praktijk wordt ook wel gesproken over vermogensvergelijking. De schade die een aanspraakgerechtigde in dergelijke gevallen zou kunnen leiden kan bijvoorbeeld gelijk zijn aan zijn gederfde inkomsten, wanneer hij als gevolg van een onjuiste informatie besluit zijn pensioenuitkeringen eerder te laten ingaan.⁵² Zijn schade is in elk geval *niet* het verschil tussen de hem voorgespiegelde pensioenuitkeringen en de uiteindelijk door de aanspraakgerechtigde te ontvangen pensioenuitkeringen. Ik sluit niet uit dat Hof Den Haag anders had geoordeeld wanneer de ingestelde vorderingen gegrond waren op wanprestatie of onrechtmatige daad, nu de raadsheren tamelijk omstandig vaststellen dat de schadevergoedingsvordering van de aanspraakgerechtigden niet voorligt in hoger beroep.⁵³

⁵¹ Vgl. bijv. HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387.

⁵² Dit is een versimpelde weergave. Bijvoorbeeld: in het kader van de vermogensvergelijking zal een rechter de nog niet ingetreden schade moeten begroten op de voet van artikel 6:105 BW. Daarbij zal onder andere in ogenschouw genomen moeten worden dat de aanspraakgerechtigde slechts bij leven schade lijdt. Die onzekerheid zal meegenomen moeten worden in de schadebegroting. Ook met eventueel later opkomende *voordelen* zal de rechter bij de schadebegroting rekening moeten houden, voor zover dit *redelijk is*, aldus artikel 6:100 BW. Bij het begroten van de schade komt de rechter overigens wel de bevoegdheid toe de schade te schatten.

⁵³ Hof Den Haag 29 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:76, PJ 2019/40, rov. 3.3: "*In hoger beroep is niet meer aan de orde of de door PMT gemaakte fout onrechtmatig is jegens geïntimeerde en of geïntimeerde op grond daarvan aanspraak kan maken op schadevergoeding. Zoals hiervoor onder 2.4 weergegeven heeft de kantonrechter geïntimeerde' (primaire) vordering op grond van onrechtmatige daad afgewezen omdat geïntimeerde onvoldoende had onderbouwd dat hij schade had geleden als gevolg van de door*

In de twee uitspraken uit november 2018, die hierna aan de orde komen, ging het niet om verstrekte pensioenoverzichten, maar om informatieverstrekking in het kader van een waardeoverdracht waarbij aanvankelijk verzuimd is te vermelden dat sprake is van verevening (als bedoeld in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding).

ECLI:NL:RBMNE:2018:5853

In de uitspraak van 28 november 2018 ging het om twee oud-echtelingen die in 2000 waren gescheiden en in september 2002 Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn (**PFZW**) hadden verzocht om over te gaan tot verevening.⁵⁴ Onduidelijk blijft of dat moment binnen de tweejaarstermijn na inschrijving van de echtscheiding in de registers van de burgerlijke stand, valt. PFZW heeft dat verzoek bij brief van 21 oktober 2002 bevestigd aan (in elk geval) de man. Hij vroeg op 17 mei 2006 PFZW om waardeoverdracht naar Stichting Pensioenfonds ABP (**ABP**), welke overdracht is geëffectueerd. Bij brief van 11 oktober 2016 heeft ABP de man medegedeeld dat bij de in het kader van de waardeoverdracht verstrekte overzichten aan de man, per abuis ook de waarde van de aanspraken van de vrouw is meegeteld. Dit omdat PFZW pas in augustus 2016 ABP heeft geïnformeerd over het feit dat het vereveningsdeel van de vrouw deel uitmaakte van de overgedragen waarde. Hoewel de uitspraak dit niet met zoveel woorden benoemt, heeft het er alle schijn van dat ABP dientengevolge heeft gesteld het recht te hebben de pensioenuitkering te verlagen (van EUR 39K bruto per jaar naar EUR 31K per jaar) en het verschil uit te keren aan de vrouw. De man was het daar niet mee eens en vorderde een verklaring voor recht dat ABP gehouden is met terugwerkende kracht de pensioenuitkering te verhogen tot EUR 39K bruto per jaar. Subsidiar – voor het geval ABP de pensioenuitkering zou mogen verlagen – vorderde de man dat PFZW zijn schade vergoedt, welke schade hij begroot heeft op ongeveer EUR 8K bruto per jaar.

Interessant is dat de kantonrechter overweegt dat de door PFZW aan de man verstrekte informatie wel degelijk een rechtshandeling inhoudt omdat deze informatie gericht is op rechtsgevolg.⁵⁵ Hoewel de kantonrechter dit niet expliciet

PMT gemaakte fout. Geïntimeerde heeft tegen dit oordeel geen (voorwaardelijk incidenteel) hoger beroep ingesteld."

⁵⁴ Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5853, PJ 2019/15, m. nt. E. Lutjens (tevens advocaat ABP).

⁵⁵ Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5853, PJ 2019/15, m. nt. E. Lutjens (tevens advocaat ABP), rov.4.5.

benoemt, vermoed ik dat de kantonrechter hier het oog op heeft op de door PFZW opgestelde voorlopige opgave die voorafgaat aan de beslissing van de aanspraak-gerechtigde om wel of niet de verzochte waardeoverdracht te effectueren. Dat een dergelijke opgave gericht kan zijn op rechtsgevolg lijkt mij in beginsel geen onverdedigbaar standpunt: betrokkene zal juist aan de hand van een dergelijke opgave moeten beslissen tot wel of geen waardeoverdracht, waarmee de informatieverstrekking in direct verband staat tot de door betrokkene te maken keuze (het rechtsgevolg). Dit rechtsgevolg is bovendien niet reeds voorbeschikt in het pensioenreglement. Met het oordeel van de kantonrechter dat het (onder andere) van de "*lang- of kortgerektheid van de periode waarin [de onjuiste informatie] wordt verstrekt*" afhangt of het om een rechtshandeling gaat die op enig rechtsgevolg is gericht, heb ik wel moeite. Voor de vraag of de informatieverstrekking opgevat had kunnen worden als een wilsverklaring – en dus als een op rechtsgevolg gerichte rechtshandeling – lijkt mij de duur van de informatieverstrekking in beginsel niet relevant. Dat neemt niet weg dat de duur van de onjuiste informatieverstrekking uiteraard wel relevant kan zijn bij de vraag of sprake is van *gerechtvaardigd* vertrouwen bij betrokkene. In zijn algemeenheid zal dat eerder het geval zijn bij onjuiste informatieverstrekking die langer in stand is gebleven (zoals hiervoor besproken).

De kantonrechter beziet eerst de tegen PFZW ingestelde vordering tot schadevergoeding.⁵⁶ Daarbij overweegt de kantonrechter dat de man redelijkerwijs uit de brief van PFZW van 21 oktober 2002 had dienen op te maken dat de aanspraken van zijn ex-vrouw inhielden dat hij aan haar zou moeten gaan afdragen (hetgeen suggereert dat kennelijk de oud-echtelingen niet binnen de tweejaarstermijn een melding hadden gedaan van de scheiding). Daarmee diende de man dus rekening te houden. Volgens de kantonrechter kon de vervolgens verstrekte informatie hem niet zodanig op het verkeerde been hebben gezet, dat hij daaruit "*zonder nadere vragen van zijn kant, zou hebben kunnen opmaken dat het gestelde in de brief van 21 oktober 2002 door [PFZW] was verlaten.*" Daarbij betrok de kantonrechter dat het – volgens de kantonrechter – korte tijdsverloop tussen de brief van PFZW (21 oktober 2002) en het overzicht van ABP van 22 februari 2006, waarin de aanspraken van de vrouw helemaal niet meer voorkwamen, een extra aanleiding had moeten zijn voor de man om vragen te stellen. Als gevolg daarvan oordeelde de kantonrechter dat de man er onder die

⁵⁶ Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5853, *PJ* 2019/15, m. nt. E. Lutjens (tevens advocaat ABP), rov. 4.2 e.v.

gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet op heeft mogen vertrouwen dat zijn vrouw haar aanspraken al had verzilverd. Mij is niet helemaal duidelijk hoe deze overwegingen zich verhouden tot het gevorderde, namelijk dat PFZW gehouden zou zijn tot schadevergoeding. Het lijkt erop dat de kantonrechter die vordering niet heeft beoordeeld en in plaats daarvan heeft gezien of de man gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen. Dat is evenwel iets anders. Of dit toch een ander resultaat had geleid lijkt mij zeer de vraag.

Ten aanzien van ABP oordeelt de kantonrechter dat ABP niet kan worden verweten dat PFZW ABP niet eerder informeerde en dat op ABP ook geen eigen onderzoekplicht ter zake rustte.⁵⁷ Het lijkt erop dat die omstandigheid volgens de rechter maakt dat de man niet gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op de bedragen, vermeld in de aan de man toegezonden overzichten door ABP. Ook met die gedachte heb ik enige moeite, nu het antwoord op de vraag of ABP beter had moeten weten mij in beginsel niet relevant lijkt voor het antwoord op de vraag of de man gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op de informatieverstrekking vanuit ABP. Dat neemt niet weg dat ik mij kan vinden in het eindresultaat, namelijk dat de man dient te accepteren dat hij het vereveningsdeel moet gaan afdragen aan zijn ex-vrouw.

ECLI:RBMNE:2018:5544

De uitspraak van 14 november 2018 van de Rechtbank Midden-Nederland heeft betrekking op een nagenoeg vergelijkbaar feitencomplex.⁵⁸ Ook hier ging het om oud-echtelingen waarvan de man pensioen heeft opgebouwd bij ABP. Bij brief van 10 april 1996 verzocht de ex-vrouw om pensioenverevening. Op 21 augustus 1996 antwoordde ABP daarop. Omdat de werkgever van de man zijn pensioenregeling met ingang van 1 januari 1997 onder had gebracht bij PFZW, verzocht de man om waardeoverdracht. In dat kader verstuurdde ABP bij brief van 4 december 1998 de man een offerte waarin zijn aanspraak op ouderdomspensioen "*als gehuwde*" is opgenomen en met welke offerte de man "*instemt*". Bij brief van 15 juli 2016 informeerde ABP PFZW welk deel van de waarde van de pensioenaanspraken betrokken moet worden in de verevening. Op 21 september 2016 informeerde PFZW de man hierover. Die is daar niet over te spreken en start een procedure tegen zowel ABP als PFZW.

⁵⁷ Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5853, PJ 2019/15, m. nt. E. Lutjens (tevens advocaat ABP), rov. 4.8 e.v.

⁵⁸ Rb. Midden-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5544, PJ 2019/14.

Van PFZW vorderde de man uitkering een verklaring voor recht dat PFZW niet zijn pensioenuitkering mag bijstellen (naar ik aanneem in die zin dat PFZW niet het vereveningsdeel direct aan de ex-vrouw mag uitkeren). Nu PFZW in alle communicatie ervan uit was gegaan dat hij een partner had, moet het de man redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat in de voorgespiegelde bedragen de verevening nog niet geëffectueerd was, aldus de kantonrechter.

Van ABP verlangde de man – voor het geval PFZW de pensioenuitkering aan hem mag verlagen – primair een schadevergoeding, gelijk aan het vereveningsdeel omdat ABP nalatig zou zijn geweest. De rechter stelde terecht vast dat de ex-vrouw geen zelfstandige aanspraak heeft verkregen als gevolg van de verevening, maar slechts dat een gedeelte van de pensioenuitkering van de man, direct aan de ex-vrouw moest worden betaald. Hieruit volgt, volgens de kantonrechter, dat de man ook geen schade heeft geleden; de hoogte van het vereveningsdeel blijft immers ongewijzigd, onafhankelijk van de vraag of de verevening nou wel of niet meegenomen is in de informatieverstrekking ten tijde van de waardeoverdracht. Volledigheidshalve voegde de kantonrechter daar nog aan toe dat de man niet heeft gesteld dat hij onomkeerbare financiële verplichtingen is aangegaan als gevolg van de eventueel onjuiste overzichten. Subsidiair meende de man dat bij de vaststelling van zijn pensioenuitkering, uitgegaan is van een onjuist loon. ABP heeft zich verweerd door het standpunt in te nemen dat de man akkoord is gegaan met de offerte voor de waardeoverdracht en dat hij als gevolg zijn rechten heeft verwerkt. De kantonrechter honoreerde dat verweer omdat hij het "*voldoende aannemelijk [acht] dat thans niet meer goed is te achterhalen hoe de werkgever van [de man] destijds het pensioengevend salaris heeft berekend en of de deeltijdpercentages steeds correct zijn verwerkt in de administratie van het ABP.*"

59

Informatieverstrekking op verzoek

ECLI:NL:RBAMS:2019:5482

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 25 juli 2019 ging het om informatieverstrekking op verzoek.⁶⁰ Een deelnemer had Stichting Pensioenfonds KLM-Cabinepersoneel (**PF KLM**) gevraagd om afschriften van alle oude versies van

⁵⁹ Rb. Midden-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5544, PJ 2019/14, rov. 3.13.

⁶⁰ Rb. Amsterdam 25 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5482, PJ 2019/124, m. nt. E. Lutjens.

diens statuten en pensioenreglementen ter beschikking te stellen. PF KLM weigert die verstrekking aanvankelijk omdat alleen de actuele versies van de statuten en pensioenreglementen relevant zouden zijn voor de deelnemer en het fonds zonder een concreet verwijt van de deelnemer niet inziet welk belang gediend is bij verstrekking van deze documenten. Gedurende de procedure verstrekt PF KLM alsnog de gevraagde documenten. De deelnemer zet de procedure echter door en verlangt een proceskostenvergoeding gelijk aan de door haar gemaakte daadwerkelijke kosten.

De kantonrechter maakt – wellicht wel erg – korte metten met het verweer van PF KLM: naar oordeel van de kantonrechter volgt uit de artikelen 21 lid 2, 46 en 46a lid 2 sub d PW *"ieder apart, doch zeker in onderlinge samenhang, zowel op grond van de formulering als naar hun strekking"* dat alle documenten die betrekking hebben of hebben gehad gedurende de periode van het dienstverband verstrekt dienen te worden.⁶¹ Wat mij betreft is met name relevant dat artikel 46 lid 2 PW bepaalt dat de pensioenuitvoerder de deelnemer op verzoek informatie verstrekt die specifiek voor hem relevant is. Ook wijst de deelnemer terecht erop dat uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 46a PW volgt dat de deelnemer *"oude uitvoeringsovereenkomst of reglementen (...) indien nodig [kan] opvragen bij de pensioenuitvoerder."*⁶² Strikt genomen staat hier niet dat de deelnemer ook recht heeft op verstrekking van deze reglementen, maar dat lijkt mij wel een redelijke lezing.

De kantonrechter gaat echter verder en oordeelt dat *"ook zonder uitdrukkelijke wetsartikelen op dit punt"* – die er dus niet zijn; de Pensioenwet geeft niet *uitdrukkelijk* recht op afschriften van oude statuten en reglementen – de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid maakt dat een partij bij een overeenkomst toegang dient te hebben tot de informatie die de inhoud van de overeenkomst betreft en bepaalt.⁶³ In zijn algemeenheid lijkt mij dat niet een zondermeer juist oordeel, zeker niet nu de kantonrechter dit niet recht niet beperkt tot een afschrift van de (uitwerking van de) overeenkomst zelf, maar ook betrekking laat hebben op andere documenten die de inhoud van de overeenkomst betreffen en bepalen. Ook kent de kantonrechter groot gewicht toe aan de bepalingen van de Code Pensioenfondsen en de daarin verwoorde

⁶¹ Rb. Amsterdam 25 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5482, PJ 2019/124, rov. 3.3, m. nt. E. Lutjens.

⁶² *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 008, nr. 6, p. 28.

⁶³ Rb. Amsterdam 25 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5482, PJ 2019/124, rov. 3.3, m. nt. E. Lutjens.

aanzet tot transparantie. Dit terwijl de Code Pensioenfondsen geldt op basis van pas-toe-of-leg-uit. Desondanks acht de kantonrechter gegeven dat de deelnemer recht heeft op verstrekking van de verzochte afschriften. Vervolgens loopt de kantonrechter de door PF KLM naar voren gebrachte redenen af om niet over te gaan tot verstrekking van de gevraagde afschriften en veegt daarmee de vloer aan. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat "*het Pensioenfonds voorafgaand aan het aanhangig maken van deze procedure had kunnen en moeten begrijpen dat haar verweer geen kans van slagen zou hebben. De kantonrechter vindt de opstelling van het Pensioenfonds kwalijk, omdat deelnemers in een pensioenfonds per definitie een kennis- en informatieachterstand hebben ten opzichte van het pensioenfonds zelf.*" Tegen die achtergrond oordeelt de kantonrechter dat sprake is van misbruik van procesrecht of van onrechtmatig handelen en veroordeelt zij PF KLM tot vergoeding van de integrale proceskosten.

Met deze uitspraak maakt de kantonrechter in elk geval duidelijk dat wat haar betreft pensioenfondsen op eerste verzoek moeten overgaan tot de verstrekking van oude statuten en pensioenreglementen.

Informatieverstrekking door de deelnemer

En dan tot slot nog aandacht voor informatieverstrekking door de deelnemer als voorwaarde voor premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid en arbeidsongeschiktheidspensioen. Bij uitspraak van 16 september 2019 boog de Rechtbank Amsterdam zich over de vraag of de aanspraak op arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling onverkort uit het pensioenreglement voortvloeide of dat het pensioenfonds – in dit geval Stichting Pensioenfonds Notariaat (SPN) – rechtsgeldig in zijn pensioenreglement heeft kunnen opnemen dat binnen twee maanden nadat de aanspraakgerechtigde gestopt is met werken wegens arbeidsongeschiktheid een aanvraag daartoe gedaan moest hebben.⁶⁴ De aanspraakgerechtigde werkte sinds 1987 als kandidaat-notaris en was dus op grond van de Wet op het notarisambt verplicht deelnemer in de (notariële) pensioenregeling van SPN. In januari 2002 raakte zij arbeidsongeschikt en een jaar later – in 2003 – kreeg zij recht op een

⁶⁴ Rb. Amsterdam 16 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6780, PJ 2019/133. Ondergetekende stond – tezamen met een kantoorgenoot – SPN bij in deze procedure (en niet zoals de uitspraak abusievelijk vermeldt, werkgever). Om die reden zal ik een inhoudelijke bespreking achterwege laten.

arbeidsongeschiktheidsuitkering van het UWV. Op 22 oktober 2003 stelde de aanspraakgerechtigde de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (**KNB**) (onder andere) de vraag of zij stappen moest ondernemen in het kader van haar arbeidsongeschiktheid. De KNB zond dit bericht door aan SPN, en SPN berichtte de aanspraakgerechtigde dat zij mogelijk recht had op een arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, alleen dat zij dit eigenlijk binnen twee maanden nadat zij opgehouden was werkzaam te zijn, had moeten aanvragen. In dezelfde brief gaf SPN evenwel aan een eventuele aanvraag alsnog in behandeling te nemen. Die aanvraag werd niet ontvangen. Ruim twaalf jaar later stelde de aanspraakgerechtigde SPN aansprakelijk wegens het niet uitbetalen van het arbeidsongeschiktheidspensioen vanaf januari 2003 en het gemis van pensioenopbouw over die periode. SPN besloot uit coulance over te gaan tot effectuering van arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrije voortzetting van pensioenopbouw per 1 januari 2009, het moment waarop pensioenfondsen toegang kregen tot de arbeidsongeschiktheidsgegevens van het UWV.

In de procedure die daarop volgde, stelde de aanspraakgerechtigde recht te hebben op uitbetaling van arbeidsongeschiktheidspensioenuitkeringen met terugwerkende kracht en premievrijstelling vanaf januari 2003. Zij verwees hierbij naar het BPF Vervoer/Labots-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de pensioenaanspraken van de deelnemer in kwestie op grond van zijn deelnemerschap in het verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zelfstandig en rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeiden: "Indien voldaan is aan de in het Pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) BPF, zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken."⁶⁵ De aanspraakgerechtigde stelde dat de aanvraag slechts een administratieve behandeling behelsde en dat het niet-doen van die aanvraag, gelet op het BPF Vervoer/Labots-arrest, haar niet tegengeworpen zou kunnen worden.

De kantonrechter oordeelde dat – anders dan het recht op ouderdomspensioen in het BPF Vervoer/Labots-arrest – het recht op arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid blijktens het pensioenreglement afhankelijk was gesteld van (i) het indienen van een aanvraag en (ii) het daaropvolgende oordeel van het bestuur omtrent de gestelde arbeids-

⁶⁵ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *PJ 2012/70* m. nt. S.H. Kuiper, rov. 3.5.

ongeschiktheid. In het verlengde hiervan beschouwde de kantonrechter het laten ingaan van het arbeidsongeschiktheidspensioen niet als administratieve handeling, maar als een toekenning door het bestuur. Immers, het pensioenreglement bevatte een procedure waarbij het bestuur zelf een oordeel moest vellen over het arbeidsongeschiktheidspercentage. Het stellen van deze voorwaarde achtte de kantonrechter bovendien legitiem, nu de mate en duur van de arbeidsongeschiktheid geen gegeven zijn. Wel plaatste de kantonrechter hierbij de kanttekening dat het nog maar de vraag was of een termijn van twee maanden voldoende redelijk was. Nu de in de voorliggende kwestie de aanspraakgerechtigde evenwel pas na ruim tien jaar een aanvraag ingediend, kon SPN terecht besluiten de te late aanvraag niet te honoreren.⁶⁶

Tegen dit oordeel is overigens hoger beroep ingesteld, dus aankomend jaar zal mogelijk ook Hof Amsterdam zich uitlaten over deze kwestie. Voor nu lijkt een aanvraagverplichting voor arbeidsongeschiktheidspensioen en premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid in een pensioenreglement in elk geval toelaatbaar, zij het dat het de vraag is of een aanvraagtermijn van twee maanden afdoende is. Daarbij verdient wel opmerking dat sinds 1 januari 2009 pensioenuitvoerders toegang hebben tot de door het UWV vastgestelde arbeidsongeschiktheidspercentages (althans waar het gaat om (gewezen) werknemers). Toen de werknemer in deze specifieke kwestie arbeidsongeschikt werd, bestond een dergelijke koppeling nog niet: het fonds was dus genoodzaakt om af te gaan op de inhoud van het advies van de medisch adviseur, dat bij de aanvraag gevoegd moest worden.

⁶⁶ Rb. Amsterdam 16 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6780, PJ 2019/133, rov. 7.

6. Toezichtuitoefening

mr. Laurie Kuijpers CPL, advocaat pensioenrecht Loyens & Loeff

Inleiding

In 2019 is een aantal interessante uitspraken geweest op (pensioen) toezichtgebied. In deze bijdrage staan drie onderwerpen centraal: (i) het toezicht van DNB op pensioenfondsen, (ii) de wettelijke geheimhoudingsplicht van toezichthouders en (iii) toezichtaansprakelijkheid. In het kader van toezichtuitoefening door DNB komt het verbod van nevenactiviteiten als bedoeld in art. 116 Pw aan de orde. Vervolgens wordt in deze bijdrage het beroep van DNB op de op haar rustende wettelijke geheimhoudingsplicht besproken bij de fusie tussen Optas en Aegon. Tot slot een interessante uitspraak over de uitleg van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking uit art. 1:25d Wft van de Nederlandse toezichthouders.

Toezicht

DNB⁶⁷ en de AFM⁶⁸ houden toezicht op de naleving door pensioenfondsen, pensioenverzekeraars en premiepensioeninstellingen (ppi's) van de pensioen wet- en regelgeving.⁶⁹ Het gaat daarbij met name om toezicht achteraf.⁷⁰ De AFM is specifiek belast met het toezicht op het gedrag van pensioenuitvoerders, zoals het voldoen aan de informatieverplichtingen en de zorgplicht. Het toezicht van DNB is tweeledig: het prudentieel toezicht is gericht op de financiële soliditeit van de pensioenfondsen en het bijdragen aan de financiële stabiliteit in de sector. Het materieel toezicht ziet op de naleving van alle normen in de wet die niet onder het prudentieel toezicht van DNB of het gedragstoezicht van de AFM vallen.

⁶⁷ De Nederlandsche Bank N.V.

⁶⁸ Stichting Autoriteit Financiële Markten.

⁶⁹ Artikel 151 lid 1 en 3 Pw.

⁷⁰ Asser/Lutjens 7-XI 2019/58.

Verbod van nevenactiviteiten

Niet vaak is het wettelijk verbod van het verrichten van (verboden) nevenactiviteiten door pensioenfondsen onderwerp van rechtspraak. Art. 116 Pw bepaalt dat pensioenfondsen slechts activiteiten mogen verrichten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Hiermee is invulling gegeven aan art. 7 van de EU Richtlijn 2003/41 op grond waarvan lidstaten aan pensioenfondsen de verplichting opleggen hun werkzaamheden te beperken tot activiteiten in verband met pensioenuitkeringen en activiteiten die daarmee verband houden⁷¹. De in de wet geformuleerde norm is vrij algemeen van aard. Ter invulling van deze norm heeft de Commissie-Staatsen een aantal aanknopingspunten geformuleerd om te beoordelen of de activiteiten van een pensioenfonds een verboden nevenactiviteit betreft.⁷² Volgens het rapport hebben pensioenfondsen vier kernactiviteiten: algemene risicobeheersing en fondsbeheer, de administratieve uitvoering van een pensioenregeling, het beleggen en beheren van financiële middelen en de informatieverstopping aan deelnemers. Het rapport benoemt tevens een aantal criteria waaraan nevenactiviteiten van een pensioenfonds moeten voldoen. Bij invoering van de regulering van nevenactiviteiten is er voor gekozen om geen nauw afgebakende criteria in de Pensioenwet op te nemen. Er zou immers nog een bepaalde mate van zelfregulering bij pensioenfondsen moeten zijn.⁷³ Hierbij is vastgesteld dat pensioenfondsen *“hun organisatie zodanig moeten inrichten dat sprake is van een heldere scheiding van verantwoordelijkheden, waarbij het fondsbestuur zich volledig kan concentreren op beleidsmatige en bestuurlijke leiding van het pensioenfonds, zonder tevens de directe verantwoording te dragen voor management van nevenactiviteiten”*.⁷⁴

Indien blijkt dat een pensioenfonds het verbod van nevenactiviteiten overtreedt heeft DNB de bevoegdheid om in te grijpen door middel van bijvoorbeeld een aanwijzing of (ultiem) het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 176 Pw). **Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2019:8140)**⁷⁵ mocht oordelen over de

⁷¹ Asser/Lustjens 7-XI 2019/731.

⁷² Commissie-Staatsen, “Het Pensioenfonds als taakorganisatie: schoenmaker blijf bij je leest”, 3 november 2003.

⁷³ Zie art. 33 Pw.

⁷⁴ Kamerstukken II, 2005/06, 28 294, nr. 22.

⁷⁵ Rechtbank Rotterdam, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8138-40.

vraag of DNB terecht een bestuurlijke boete had opgelegd aan een pensioenfonds en diens twee bestuurders wegens overtreding van art. 116 Pw.

Al geruime tijd zijn DNB, Stichting GSFS Pensionfund en de twee bestuurders met elkaar in geschil over de beleggingsactiviteiten van het pensioenfonds. Het pensioenfonds voerde een premieovereenkomst uit. De (gewezen) deelnemers hadden de verantwoordelijkheid voor de beleggingen overgenomen. Het vermogen van het pensioenfonds bestond niet alleen uit pensioenbeleggingen van de (gewezen) deelnemers, maar ook uit leningen verstrekt door de aangesloten werkgever. Naar aanleiding van een opgenomen lening door het pensioenfonds heeft DNB om informatie verzocht. Uit deze informatie is volgens DNB gebleken dat de beleggingsactiviteiten van het pensioenfonds vrijwel volledig bestonden uit dividendarbitrage.⁷⁶ Deze activiteit komt er vereenvoudigd gezegd op neer dat rond de dividenddatum grote volumes aandelen en derivaten worden verhandeld. Met deze werkwijze zou het pensioenfonds voordelen hebben behaald door de dividendbelasting (met een beroep op de status van pensioenfonds) terug te vragen bij de Belastingdienst. Volgens DNB kwam een groot deel van de beleggingsopbrengsten niet toe aan de deelnemers, maar aan de vermogensbeheerder.⁷⁷

In eerste instantie besloot DNB het pensioenfonds uit het openbaar register van pensioenfonds te halen, omdat het pensioenfonds feitelijk niet kwalificeerde als een pensioenfonds. DNB heeft deze maatregel echter weer ingetrokken nadat de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam⁷⁸ de voorlopige voorziening van het pensioenfonds had toegewezen. Vervolgens heeft DNB in het kader van bestuursdwang op de voet van art. 171 lid 1 Pw het pensioenfonds door middel van een aanwijzing verplicht tot het volgen van een gedragslijn, bestaande uit: (i) beëindiging van alle nevenactiviteiten, (ii) beperking van de feitelijke beleggingen van het pensioenfonds tot het beleggen van de premiereserve, (iii) aanpassing van het strategisch beleggingsbeleid in het kader van de 'prudent person' regel zoals opgenomen in art. 135 Pw, (iv) aanpassing van de fondsdocumentatie en (v) rapportageverplichtingen. Zowel de bestuursrechter⁷⁹ als het CBb⁸⁰ hebben het

⁷⁶ Het kopen van aandelen of opties op aandelen rond de dividenddatum met het oog op die dividenduitkering en het realiseren van eventuele koersstijgingen.

⁷⁷ Rechtbank Rotterdam, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8138-40, r.o. 1.3 en 1.4.

⁷⁸ Vzng. Rb. Rotterdam, 16 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1590.

⁷⁹ Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2015, ECLI:NL:2015:940.

⁸⁰ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:323 m.nt. Thijssen.

beroep van het pensioenfonds tegen deze aanwijzing ongegrond verklaard. Concreet oordeelt het CBb dat de beleggingsactiviteiten van het pensioenfonds niet kunnen worden beschouwd als activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden, zoals bedoeld in art. 116, lid 1 Pw.⁸¹ Met andere woorden, de (beleggings)activiteiten van het pensioenfonds zijn een verboden nevenactiviteit. Indachten het oordeel van het CBb heeft DNB bij besluit van 27 januari 2017 aan het pensioenfonds een bestuurlijke boete opgelegd van €10.000 wegens overtreding van art.116 Pw. Daarnaast heeft DNB ook aan de twee bestuurders van het pensioenfonds een (persoonlijke) boete opgelegd van elk €25.000 wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van de verboden (neven)activiteit door het pensioenfonds.⁸²

In deze procedure(s) stellen het pensioenfonds en de twee bestuurders zich op het standpunt dat geen sprake is van overtreding van art. 116 Pw. Voor zover daarvan wel sprake zou zijn, betogen zij dat aan hen geen boete kan worden opgelegd, omdat art. 116 Pw een open en vage norm bevat én voor hen niet voorzienbaar was dat de activiteiten van het pensioenfonds kwalificeerden als een verboden nevenactiviteit. Ter adstructie van dit betoog wordt door het pensioenfonds en de bestuurders, onder meer, aangevoerd dat pensioenexperts, de actuaris en de visitatiecommissie geen overtreding van art. 116, lid 1 Pw hebben geconstateerd, dat uit de toelichting van art. 116 Pw niet blijkt dat voor aanzienlijke bedragen beleggen met andere middelen dan premiegelden is aan te merken als een verboden nevenactiviteit en dat *in casu* sprake is van een beschikbare premie-regeling.

De rechtbank deelt de mening van het pensioenfonds en de bestuurders niet en stelt DNB in het gelijk. Ter onderbouwing verwijst de Rechtbank ten aanzien van de “*voorzienbaarheid*” naar het arrest van de Hoge Raad uit 1992.⁸³ Hoewel de kern van dit arrest niet direct ziet op de uitleg van art. 116, lid 1 Pw, is de relevantie gelegen in de uitleg van de Hoge Raad over de toegestane activiteiten van een pensioenfonds. In dit kader is overwogen dat een pensioenfonds niet slechts, zoals vereist is, activiteiten verricht in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden, als dit pensioenfonds “*naast de*

⁸¹ Rechtbank Rotterdam, 12 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8138-40, r.o. 1.8.

⁸² Gelijkelijk heeft DNB een bestuurlijke boete opgelegd van bijna 5 miljoen aan Stichting GSFS Pensionfund Asset Management in haar hoedanigheid als medepleger van de overtreding. Deze boete staat in deze procedure niet centraal.

⁸³ HR 21 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5130.

middelen die het heeft verkregen ter dekking van de pensioenverplichtingen en de met de belegging van deze middelen behaalde voordelen, tot aanzienlijke bedragen over op andere wijze verkregen, ter belegging bestemde middelen beschikt, ongeacht of deze middelen met eigen of met vreemd vermogen zijn gefinancierd".⁸⁴

De rechtbank oordeelt dat bovengenoemd arrest van de Hoge Raad zijn gelding heeft behouden en toepasbaar is op de situatie van het pensioenfonds in kwestie. Tevens acht zij het voorzienbaar voor het pensioenfonds en diens twee bestuurders dat het ter belegging aanwenden van andere middelen dan de premiegelden een overtreding is van het verbod van nevenactiviteiten als bedoeld in art. 116, lid 1 Pw. Het feit dat zij dit niet wisten, doet hier niet aan af; zij hadden dit immers kunnen en moeten weten.

Geheimhouding DNB

Op (onder andere) de toezichtactiviteiten van DNB rust een wettelijke geheimhoudingsplicht. Volgens art. 1:89 Wft is het een ieder die uit hoofde van de toepassing van deze wet verboden om vertrouwelijke gegevens of inlichtingen te delen en/of bekend te maken anders dan voor de uitvoering van de taak of op basis van hetgeen door de wet wordt geëist. De geheimhoudingsplicht is in feite noodzakelijk om effectief toezicht te kunnen houden en daarnaast een vertrouwensrelatie te kunnen hebben met de instellingen waarop toezicht wordt gehouden. In juli 2019 lag de vraag voor bij de **Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2019:5587, PJ 2019/114)** of DNB zich rechtsgeldig kon beroepen op de op haar rustende wettelijke geheimhoudingsplicht.

Het havenpensioenfonds Optas Pensioenen N.V. was vanaf 2007 onderdeel van Aegon Levensverzekeringen N.V. en was (o.a.) de beheerder van de pensioenen van de havenwerknemers. Door het dalende aantal werkgevers en deelnemers bleek Optas op enig moment te klein om nog zelfstandig onder Aegon te kunnen voortbestaan. Om die reden hebben Optas en Aegon besloten (intra-concern) te fuseren en dit ook als zodanig aangekondigd. Voor deze fusie behoeft Optas als verdwijnende rechtspersoon op grond van art. 3:112 Wft de instemming van

⁸⁴ HR 21 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5130, r.o. 3.3.

DNB.⁸⁵ Op 26 februari 2019 heeft DNB met de fusie ingestemd en op 2 april 2019 is in de Staatscourant gepubliceerd dat alle levensverzekeringen van Optas overgaan naar Aegon. Reeds voor deze publicatie heeft een deelnemer aan DNB verzocht haar om een kopie van het instemmingsbesluit te verstrekken. DNB heeft dit verzoek geweigerd met een beroep op vertrouwelijkheid. Voorts stelt DNB dat de deelnemer niet als belanghebbende kan worden aangemerkt bij het instemmingsbesluit. De deelnemer gaat vervolgens in bezwaar en beroep tegen het (genomen) instemmingsbesluit.

Allereerst oordeelt de voorzieningenrechter dat de deelnemer belanghebbende is. Het instemmingsbesluit van DNB met de fusie tussen Optas en Aegon heeft immers tot gevolg dat de pensioenaanspraken worden ondergebracht bij een andere verzekeraar, zonder dat hiervoor een besluit in de zin van de Awb is vereist. Het gegeven dat de rechten en verplichtingen van de deelnemer jegens Aegon *de facto* dezelfde zijn als jegens Optas, laat onverlet dat de deelnemer deze rechten en verplichtingen voortaan heeft ten opzichte van een andere verzekeraar. Dat dit materieel geen gevolgen zou hebben is niet gebleken. De deelnemer heeft in dit kader onweersproken aangevoerd dat Optas, kort gezegd, gehouden was €2,4 miljard aan te wenden voor indexatie van de pensioenen en dat een dergelijke verplichting op Aegon niet rust. Met andere woorden: de €2,4 miljard zou dan als gevolg van de fusie toekomen aan Aegon en niet langer aan de deelnemers.

Vervolgens gaat de voorzieningenrechter in op de wettelijke geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in art. 1:89 Wft. Hij haalt daarbij de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:89 Wft aan:

“De Europese financiële toezichtrichtlijnen kennen een strikt geheimhoudingsregime met een stelsel van limitatief omschreven uitzonderingen op de geheimhouding. In bepaalde limitatief opgesomde gevallen mag de toezichthouder vertrouwelijke informatie verstrekken aan bepaalde personen of instanties. Hierbij moet worden gedacht aan nationale en internationale informatie-uitwisseling met andere

⁸⁵ Artikel 3:112 lid 1 onder a Wft: een levensverzekeraar met zetel in Nederland die rechten en verplichtingen uit levensverzekering wenst over te dragen, heeft daarvoor de instemming van de Nederlandsche Bank indien het betreft a) de overdracht van rechten en verplichtingen uit levensverzekering, gesloten vanuit een vestiging in een lidstaat, aan een andere levensverzekeraar met zetel in een lidstaat in het kader van diens bedrijfsuitoefening vanuit een vestiging in een lidstaat.

toezichthoudende instanties, bepaalde personen betrokken bij het faillissement van een onderneming en informatie-uitwisseling met justitiële autoriteiten. Aan vertrouwelijke gegevens die in het kader van deze wet zijn vergaard, wordt dus geen externe bekendheid gegeven behoudens de uitzonderingen die in de Wft zijn geregeld.”⁸⁶

De voorzieningenrechter overweegt dat de wettelijke geheimhoudingsplicht ziet op gegevens die van invloed kunnen zijn op de concurrentiepositie van een betreffende onderneming of een disproportionele inbreuk kunnen maken op de persoonlijke levenssfeer van een betrokkene. Openbare informatie valt daar niet onder. In de uitspraak wordt verder opgemerkt dat DNB niet concreet heeft gemaakt welke vertrouwelijke informatie het instemmingsbesluit zou bevatten, temeer nu de fusie reeds in 2018 bekend was. Evenmin heeft DNB aannemelijk gemaakt dat sprake is van andere gewichtige redenen om het instemmingsbesluit niet aan de deelnemer te verstrekken. DNB kan zich om die reden niet beroepen op de wettelijke geheimhoudingsplicht bij haar weigering het instemmingsbesluit te verstrekken. De voorzieningenrechter is aldus van oordeel dat de deelnemer er belang bij heeft kennis te nemen van het instemmingsbesluit en concludeert dat DNB wordt opgedragen het instemmingsbesluit aan de deelnemer te verstrekken.

Inmiddels is ook FNV Havens, samen met enkele (gewezen) deelnemers, een beroepsprocedure gestart tegen DNB⁸⁷ en heeft P. Omtzigt Kamervragen gesteld aan Minister Koolmees over de toestemming van DNB voor de fusie tussen Optas en Aegon.⁸⁸

Toezichtaansprakelijkheid

Art. 1:25d Wft beperkt de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders DNB en de AFM tot gevallen waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld. Eind 2018 heeft het **Hof van Justitie van de Europese Unie (ECLI:EU:C:2018:807)**⁸⁹ een relevante uitspraak gedaan voor beantwoording van de vraag of de hoge drempel van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van de Nederlandse toezichthouders in lijn is met het Unierecht.

⁸⁶ Rechtbank Rotterdam 12 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5587, PJ 2019/114, r.o. 7.3.

⁸⁷ PensioenPro, Kamervragen over rol DNB bij fusie Optas en Aegon, 5 februari 2020.

⁸⁸ *Kamerstukken II*, 2019/20, 2020Z01862.

⁸⁹ Hof van Justitie EU, 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:807.

In de uitspraak van het Hof van Justitie staat vast dat een particuliere belegger schade heeft geleden door het onjuist toepassen van het Unierecht door de Bulgaarse banktoezichthouder. De vraag is of de toezichthouder hiervoor aansprakelijk is. Het Hof van Justitie beoordeelt dit langs de lijnen van het Unierecht. Voor lidstaataansprakelijkheid stelt het Unierecht onder meer als voorwaarde dat sprake moet zijn van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’. De overwegingen van het Hof van Justitie met betrekking tot de geldigheid van de Bulgaarse wetgeving zijn in dit kader niet relevant en blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Wel van belang is de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan het begrip ‘voldoende gekwalificeerde schending’ en wat voor gevolgen dit heeft voor de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking die DNB en de AFM genieten uit hoofde van artikel 1:25d Wft.

Voor een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht is vereist dat de toezichthouder de grenzen van diens discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft overschreden. Het Hof van Justitie benoemt in dit verband enkele (niet-limitatieve) aspecten die in dit kader in aanmerking moeten worden genomen:

“de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale autoriteiten laat, de vraag of een eventuele onjuiste rechtsopvatting al dan niet verschoonbaar is, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, of nog de vraag of de handelwijze van een instelling van de Europese Unie heeft kunnen bijdragen tot het nalaten, vaststellen of in stand houden van met het Unierecht strijdige nationale maatregelen of praktijken.”⁹⁰

De vraag is hoe deze uitleg zich verhoudt met het Nederlandse criterium ‘opzet of grove schuld’ zoals bedoeld in art. 1:25d Wft. Waar voorheen de aansprakelijkheid van de toezichthouders op dezelfde voet als de aansprakelijkheid van private partijen, namelijk: onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) werd beoordeeld, is zulks sinds 1 juli 2012 niet langer het geval.⁹¹ Sindsdien wordt de aansprakelijkheid van DNB en de AFM beoordeeld op grond van art. 1:25d Wft. De achterliggende gedachten om de aansprakelijkheidsbeperking van DNB en de AFM een wettelijke

⁹⁰ Hof van Justitie EU, 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:807, r.o. 105.

⁹¹ Conform artikel 6:162 BW, zie Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3.

basis te geven zijn dat de toezichthouder snel en doortastend moet kunnen handelen en het zogenoemde ‘knellende toezichthouderdilemma’ waarmee toezichthouders zich geconfronteerd (kunnen) zien.⁹² Dit dilemma behelst dat toezichthouders een aanmerkelijke kans maken om bij (niet-)ingrijpen geconfronteerd te worden met aansprakelijkheidsclaims vanwege tegengestelde belangen tussen betrokkenen.⁹³ In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat bewust niet is gekozen voor een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de toezichthouders. Dit zou immers benadeelden de mogelijkheid ontnemen om geleden schade (volledig) te verhalen. Wel lijkt de lat (lees: opzet of grove schuld) om de toezichthouder aansprakelijk te stellen hoog te liggen.⁹⁴

Voor *opzet* is vereist dat de wil van DNB of de AFM er willens en wetens op gericht moet zijn hun taken te verwaarlozen of dat, indien dat niet het oogmerk is, zij zich ervan bewust zijn dat een bepaald handelen of nalaten een onbehoorlijke vervulling van hun taken meebrengt of naar alle waarschijnlijkheid zal meebrengen.⁹⁵ In de literatuur wordt aangenomen dat vrijwel is uitgesloten dat de toezichthouder met succes aansprakelijk kan worden gesteld op deze grond (opzet). Het Hof van Justitie overweegt in dit kader dat een nationale wettelijke regeling die de aansprakelijkheid van de toezichthouder afhankelijk stelt van het opzettelijk karakter van de door de toezichthouder veroorzaakte schade “*verder gaat dan de voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht.*”⁹⁶ Anders gezegd, het opzetbegrip uit art. 1:25d Wft vormt een te hoge drempel om de toezichthouder(s) aansprakelijk te stellen bij schending van Unierechtelijke normen.

Voor het begrip *grove schuld* is de beoordeling anders. Hierover merkt het Hof van Justitie op dat het lidstaten vrijstaat om een schuldconcept te hanteren, met dien verstande dat dit schuldconcept “*niet verder gaat dan het begrip ‘voldoende gekwalificeerde schending’*” uit het Unierecht. Het is vervolgens aan de nationale rechter om dit te toetsen. Het Nederlandse grove schuldconcept ziet op een zodanig laakbaar en onverschillig handelen van de toezichthouder dat daardoor de kans op een onbehoorlijke taakvervulling aannemelijk is.⁹⁷ De wetgever heeft in de

⁹² *Kamerstukken II*, 2011/12, 33058, nr. 3, p.1 e.v.

⁹³ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33058, nr. 3, p.1 e.v.

⁹⁴ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33058, nr. 3.

⁹⁵ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 058, 3, p. 4.

⁹⁶ Hof van Justitie EU, 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:807, r.o. 126.

⁹⁷ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 058, 3, p. 5.

memorie van toelichting bij art. 1:25d Wft verwezen naar het *Codam/Merwede*-arrest van de Hoge Raad, waarin is verduidelijkt dat sprake moet zijn van een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld.⁹⁸ Omdat het grove schuldbegrip in 2012 nieuw is geïntroduceerd in de wet is er nog geen uitspraak over de houdbaarheid van dit begrip ten opzichte van de voorwaarde die het Unierecht stelt voor lidstaataansprakelijkheid.

Uit het arrest van het Hof van Justitie volgt dat de Nederlandse aansprakelijkheidsbeperking uit art. 1:25d Wft deels buitenspel kan komen te staan wanneer de toezichthouders bij de uitoefening van hun bevoegdheden een Unierechtelijke norm schenden. Het is dus niet zo dat met dit arrest art. 1:25d Wft een lege huls is geworden; immers zal het toerekeningsvereiste van opzet of grove schuld zijn gelding behouden waar de schending van bevoegdheden voortvloeit uit nationale (Nederlandse) wetgeving.

⁹⁸ HR 12 maart 1954, NJ 1955/386 en zie ook de annotatie bij het arrest van Hof van Justitie van 4 oktober 2018 door Prof. mr. D. Busch en S.A.M. Keunen, *Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking AFM en DNB strijdig met Unierecht?*, *Ars Aequi*, januari 2019.

7. Pensioen en scheiding

mr. Esther Mulder CPL, pensioenbeleidsjurist PGGM

Inleiding

Op dit moment is de politiek volop bezig met het onderwerp scheiding en pensioen⁹⁹. Op 16 september 2019 is het Wetsvoorstel wet pensioenverdeling bij scheiding 2021 (WPS 2021) naar de Tweede Kamer gestuurd. De beoogde ingangsdatum van deze wetswijziging is 1 januari 2021. Tot 1 januari 2021 is de huidige Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) nog gewoon van toepassing. Dit geldt dus ook voor de uitspraken uit 2019 die ik in deze bijdrage behandel.

De huidige wetgeving is systematisch opgebouwd. Bij scheiding en pensioen zijn twee wetten van toepassing: de WVPS en de Pensioenwet (PW). In de WVPS is geregeld dat de ex-partner recht heeft 50% van het ouderdomspensioen dat de andere ex-partner tijdens het huwelijk heeft opgebouwd (artikel 3 lid 1 WVPS). Dit wordt standaardverevening genoemd. De WVPS is op 1 mei 1995 in werking getreden. Voor de inwerkingtreding van deze wet gold het pensioenverrekeningsregime van het Boon / Van Loon-arrest¹⁰⁰. Dit arrest bespreek ik later in het onderdeel pensioenverrekening. De WVPS is van toepassing op het ouderdomspensioen en alle andere ouderdomspensioenrechten die worden opgebouwd (zoals bijvoorbeeld FLEX-pensioen). Deze pensioenrechten vallen niet in de huwelijksgoederengemeenschap maar dienen conform de WVPS te worden verdeeld (artikel 1:94 lid 2 sub BW). Daarnaast is in de PW geregeld dat de ex-partner recht heeft op het partnerpensioen dat de andere ex-partner tot aan de scheidingsdatum heeft opgebouwd. Dit wordt bijzonder partnerpensioen genoemd (artikel 57 PW). Ook dit recht valt niet in de huwelijksgoederengemeenschap.

⁹⁹ Reden hiervoor is dat n.a.v. een motie van het lid Van Weyenberg (D66)⁹⁹ een evaluatie is ingesteld naar de houdbaarheid van WVPS.

¹⁰⁰ HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271.

Om in aanmerking te komen voor pensioenverdeling via de pensioenuitvoerder moet de ex-partner binnen twee jaar na de scheiding¹⁰¹ een vereveningsverzoek indienen en daarbij de eventuele afwijkende afspraken meesturen. Er kan worden gekozen voor een andere periode dan de huwelijkse periode, een ander percentage dan 50/50 of omzetting van het vereveningsrecht en het bijzonder partnerpensioen in een eigen pensioenrecht voor de vereveningsgerechtigde ex-partner. Dit wordt conversie genoemd. Zonder tijdig vereveningsverzoek voert de pensioenuitvoerder bij een scheidingsmelding vanuit de Basisregistratie Personen geen verevening uit en ontvangt de ex-partner geen uitbetaling van het vereveningsrecht via de pensioenuitvoerder¹⁰². Na een scheiding ontstaat voor de ex-partner van rechtswege een recht bijzonder op partnerpensioen (Hof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4028). Dit betekent dat de pensioen-uitvoerder automatisch een recht op bijzonder partnerpensioen toekent aan de ex-partner na een scheidingsmelding¹⁰³. De ex-partner hoeft hiervoor dus geen verzoek in te dienen bij de pensioenuitvoerder. Indien de ex-partner geen behoefte heeft aan een bijzonder partnerpensioen dan kan hiervan afstand worden gedaan. Ook van het recht op pensioenverevening kan afstand worden gedaan. In dat geval dient pensioenverevening volgens de WVPS via een schriftelijke overeenkomst uitdrukkelijk te zijn uitgesloten (artikel 11 WVPS). Wat de rechter onder ‘uitdrukkelijke uitsluiting’ verstaat, bespreek ik in deze bijdrage bij het onderdeel “pensioenverevening”.

Ik bespreek de voor mij meest opvallende uitspraken uit 2019 aan de hand van de volgende deelonderwerpen: (1) pensioenverevening (2) pensioen in eigen beheer (3) pensioenverrekening, (4) bijzonder partnerpensioen en (5) pensioenverweer.

¹⁰¹ De WVPS verstaat onder een scheiding: scheiding van tafel of bed, echtscheiding of beëindiging van geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing of omzetting van het geregistreerd partnerschap in huwelijk, zie artikel 1 WVPS.

¹⁰² De ex-partner behoudt dan wel recht op de standaardverevening o.g.v. de WVPS, maar moet het verevende recht dan zelf opeisen bij de vereveningsplichtige ex-partner, waarbij mogelijk een gerechtelijke procedure nodig is indien deze ex-partner niet meewerkt.

¹⁰³ Bij een scheiding of beëindiging van een andere partnerrelatie indien dit in het pensioenreglement is geregeld. De PW verstaat onder een scheiding: echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, beëindiging van een geregistreerd partnerschap anders dan door dood, vermissing of omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk of beëindiging van een partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst, zie artikel 1 PW.

Pensioenverevening

Uitsluiting WVPS

Partijen kunnen het recht op pensioenverevening op grond van artikel 11 WVPS uitsluiten indien zij ‘uitdrukkelijk’ anders hebben bepaald in de huwelijkse voorwaarden of in een schriftelijke overeenkomst met het oog op de scheiding. Uit oudere rechtspraak volgt daarbij wel dat, voor het uitsluiten van de WVPS niet van doorslaggevend belang is of in de huwelijkse voorwaarden de term “verrekening”, in plaats van de term “verevening”, is gebruikt¹⁰⁴. In februari 2019 heeft het Hof Den Bosch hier invulling aan gegeven door in haar uitspraak van 21 februari 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:601) te bepalen dat partijen pensioenverdeling hadden uitgesloten door in art. 10 van de huwelijkse voorwaarden op te nemen: *“Na echtscheiding zal tussen partijen in geen geval in verrekening worden gebracht de waarde van vóór en tijdens het huwelijk door een van hen of beiden opgebouwde pensioenaanspraken.”* Hieruit blijkt dat partijen zijn overeengekomen om de vóór en tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenaanspraken niet bij echtscheiding te verrekenen. Partijen verschillen echter van mening over de uitleg van dit artikel. Het hof legt uit: *“De uitleg van de overeenkomst die partijen hebben gesloten, dient te geschieden aan de hand van de Haviltex-maatstaf (HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3303). Deze maatstaf brengt mee dat ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 5 april 2013, ECLI:NL:2013:BY801). Uit de tekst van art. 10 van de huwelijkse voorwaarden kan het hof niet iets anders opmaken dan dat partijen met het oog op een eventuele echtscheiding de bedoeling hebben gehad dat de waarde van de vóór en tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenaanspraken niet wordt verrekend (r.o. 3.10.4). Hieruit volgt dat afhankelijk van alle*

¹⁰⁴ In 1997 (HR 24 oktober 1997, nr. 8959, LJN ZC2473, NJ 1999/ 395) gaf de Hoge Raad aan dat met “uitdrukkelijk” anders bepalen wordt bedoeld op: *“een bepaling die expliciet op het verevenen van pensioenrechten betrekking heeft”*. In 2010 (zie HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7893) vulde de Hoge Raad deze uitleg verder aan met: *“met dien verstande dat niet is vereist dat partijen in een zodanige bepaling met zoveel woorden de pensioenverevening als voorzien in de WVPS hebben uitgesloten”*. Tevens merkte de Hoge Raad in deze uitspraak op, dat van “uitdrukkelijk” uitsluiten in de zin van art. 11 WVPS daarom ook sprake kon zijn *“ingeval partijen in hun huwelijkse voorwaarden met het oog op een eventuele scheiding (in dit geval uit 1992) hebben bepaald dat (bepaalde) pensioenrechten niet worden verrekend (...)”*

omstandigheden van het geval niet alleen de taalkundige betekenis, maar ook alle overige feiten en omstandigheden inclusief de zin die partijen aan deze bepalingen mochten toekennen van belang zijn om te bepalen of pensioenverdeling op basis van de WVPS is uitgesloten.

Pensioen in eigen beheer

De DGA valt niet onder de werking van de PW. Gezien dat gegeven is in de WVPS uitdrukkelijk bepaald dat die ook van toepassing is op de DGA (artikel 1 lid 4 sub a WVPS). Het pensioen in eigen beheer (PEB) van een vereveningsplichtige DGA valt na een scheiding dus ook onder de WVPS. Indien dat pensioen intern binnen een B.V. is opgebouwd, plaats dat gegeven de vereveningsgerechtigde ex-partner ten opzichte van de DGA in een afhankelijke positie, want de DGA heeft, zeker wanneer hij of zij enig aandeelhouder is, overwegende zeggenschap in de B.V. waarop de pensioenverplichtingen rusten (zeggenschaps criterium). Daarnaast is de ex-partner afhankelijk van het beleid en dus ook het succes van de betreffende vennootschap inclusief het ondernemingsrisico, dus ook het risico dat het in eigen beheer opgebouwde pensioen te zijner tijd niet kan worden uitbetaald.

In 2007 heeft de Hoge Raad bepaald dat het niet redelijk is dat de vereveningsgerechtigde na een scheiding in dat risico blijft delen (HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658). Vanaf dat moment is de hoofdregel dat de DGA met PEB er op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 1 BW) voor moet zorgen dat de vennootschap ten behoeve van zijn ex-partner de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen en het recht op bijzonder partnerpensioen afstort bij een externe verzekeringsmaatschappij. De beantwoording van de vraag of in een concreet geval aanspraak kan worden gemaakt op de door de Hoge Raad geformuleerde afstortingsverplichting, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. In de uitspraak van het **Hof Den Bosch van 5 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:384** was dat het geval. Blijkens de feiten in dit geding waren de ex-partners in 1992 gehuwd met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. De pensioenaanspraak en de benodigde middelen waren ondergebracht in een pensioenstichting. De DGA was geen bestuurder meer van deze stichting. De stichting was nog wel uitvoerder van het DGA-pensioen. In dit geval kon dan ook niet gesteld worden dat de ex-partner afhankelijk was van het beleid dat de DGA in de vennootschap voerde, zoals aan

de orde was in HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658. Ook was geen sprake van een door de DGA beheerste B.V. zoals in HR 20 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9458. Desondanks vorderde de ex-vrouw van de DGA na de echtscheiding wel afstorting door de stichting van de pensioenrechten die zij ten gevolge van de echtscheiding had verkregen. De stichting weigerde en voerde daarbij kort gezegd aan dat het zeggenschaps criterium ontbrak, omdat het bestuur onafhankelijk is en de DGA geen bestuurder meer was van de stichting waardoor de ex-vrouw dus ook niet afhankelijk was van het beleid dat de DGA in de stichting voerde. Het hof kwam echter tot het oordeel, dat in dit concrete geval, de eisen van de redelijkheid en billijkheid meebrachten dat toch tot afstorting diende te worden overgegaan. In deze uitspraak werd door het hof niet alleen het zeggenschaps criterium gehanteerd voor de vraag of aanspraak kan worden gemaakt op afstorting, maar werden ook eisen gesteld aan de kwaliteit van het bestuur. De man was namelijk bij aanvang van de procedure in eerste aanleg nog enig bestuurder van de stichting. In de loop van de procedure is hij afgetreden als bestuurder en benoemde hij een bestuur die niet naar behoren opereerde. Zulks terwijl een bestuur uiteraard een beleid dient te voeren op een wijze, waarop zowel de belangen van de DGA als van de ex-partner op juiste wijze worden behartigd. In dit geval was daarvan geen sprake en lijkt het hof aldus een logische uitspraak te hebben gedaan. Maar het uitgangspunt dat het hof heeft aangenomen, zou nog wel tot interessante procedures kunnen leiden, want aan welke kwaliteitseisen een bestuur moet voldoen is in de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd.

In de uitspraak van **Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1283** werd het uitgangspunt van de Hoge Raad uit 2017 (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693) gevolgd, inhoudende dat in geval van een dekkingstekort dit tekort evenredig voor rekening van de DGA en zijn ex-partner komt, omdat de aanspraken van partijen (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd. In deze uitspraak oordeelde het hof in r.o. 5.43: *“Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld,*

evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig artikel 3 lid 1 WVPS leidt". In de toekomst kan dit echter anders zijn, want het hof heeft ook aangegeven de ex-partner in de toekomst op grond van redelijkheid en billijkheid weer mag bekijken of de ruimte tot afstorting dan wel aanwezig is. De DGA moet de ex-partner er dan toe in staat stellen dit te beoordelen (Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2246). Indien de DGA op de pensioenwaarderingsdatum niet in staat was om het verevende pensioendeel van de ex-partner af te storten, dan hoeft de ex-partner hiervoor dus niet voor altijd het risico te dragen. In de uitspraak van **Rb. Den Haag 15 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4158, PJ 2019/84** werd in lijn hiermee bepaald dat de redelijkheid en billijkheid met zich meebracht dat de DGA in casu verplicht was om, binnen een redelijke termijn waarbinnen hij via verkoop van een woning in het buitenland wel over voldoende liquiditeiten kon beschikken, alsnog het afstortingsbedrag inclusief wettelijke rente aan de ex-partner te betalen.

Pensioenverrekening

Boon/Van Loon-regime

Voordat de WVPS in werking trad, gold het pensioenverrekeningsregime volgens het bekende Boon/Van Loon-arrest (HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271). Dit arrest is van toepassing op scheidingen die hebben plaatsgevonden tussen 27 november 1981 en 30 april 1995. In dit baanbrekende arrest werd voor het eerst geoordeeld dat het ouderdomspensioen en het partnerpensioen na echtscheiding moesten worden verdeeld onder de ex-partners, omdat pensioen vanaf dit arrest werd beschouwd als een goed dat (in tegenstelling tot de huidige WVPS) in de huwelijksgoederengemeenschap viel. Dit betekende dat, indien er sprake was van een huwelijk in gemeenschap van goederen, de ouderdoms- en partnerpensioenrechten over de huwelijkse en voorhuwelijkse periode (dat wil zeggen de pensioenaanspraken die tot de gemeenschap behoren) bij de verdeling werden betrokken. Deze pensioenrechten werden via waardeverrekening (verrekening op basis van de waarde die aan deze pensioenaanspraken toegekend kunnen worden) onderling verdeeld, in beginsel via een eenmalige uitkering op de scheidingsdatum maar het was ook mogelijk om bijvoorbeeld vanwege financiële overwegingen een voorwaardelijke (uitgestelde)

verdelingsafspraken te maken.¹⁰⁵ Het kwam ook vaak voor dat er geen enkele verdelingsafspraken werd gemaakt.

Aangezien de groep mensen die tijdens Boon / Van Loon gescheiden zijn, nu veelal met pensioen gaan en de Hoge Raad heeft bepaald dat een vordering tot pensioenverrekening niet verjaart, wordt er (ondanks dat Boon / Van Loon al vanaf 1 mei 1995 niet meer de pensioenverdelingsmethode na echtscheiding is) nog regelmatig over Boon / Van Loon geprocedeerd. Voorwaarde voor het instellen van een vordering op grond van Boon / Van Loon is dat sprake moet zijn van een ‘overgeslagen goed’ (artikel 3:179 lid 2 BW). Een overgeslagen goed is een goed dat niet in de boedelverdeling is betrokken (HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:762). Indien een voorwaardelijke verdelingsafspraken is gemaakt dan verjaart de vordering tot pensioenverrekening pas vanaf de ingangsdatum van het pensioen (HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:375)¹⁰⁶. Deze uitgangspunten dragen er aan bij dat de slagingskans van vorderingen tot (voorwaardelijke) pensioenverrekening groot zijn. Ook in 2019 zijn er weer een aantal pensioenverrekeningsuitspraken geweest die voor de verrekeningsgerechtigde ex-partner succesvol zijn afgerond. Hierna bespreek ik een aantal van deze uitspraken.

Rechtsverwerking

In de uitspraak van **Hof Amsterdam 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1231 / PJ 2019/82** ging het om een scheiding uit 1989, waarbij het de vraag was of de vrouw na 26 jaar nog steeds met succes een vordering tot pensioenverrekening kon instellen of dat dit niet meer redelijk en billijk was, omdat de man in een slechtere financiële positie zou komen te verkeren dan de vrouw. De man ging in 2014 met pensioen. In het scheidingsconvenant was vermeld dat partijen over zouden gaan tot scheiding en verdeling van de gemeenschap van goederen. De vrouw maakte voorafgaande aan de pensioendatum van de man bij de rechtbank aanspraak op verrekening van zijn pensioen. De rechtbank ging over tot het toekennen van de verrekening en het opleggen van de verplichting aan de man tot uitbetaling aan de vrouw. De man ging hiertegen in hoger beroep. Hij stelde dat de vrouw na 26 jaar te laat was met het instellen van de vordering tot pensioenverrekening en hij

¹⁰⁵ Via **actuariële omrekening naar een levenslange pensioenuitkering**.

¹⁰⁶ Bovendien kent het recht van de overzeese gebieden van het Koninkrijk der Nederlanden, niet een met de WVPS vergelijkbare wettelijke regeling, zodat het Boon/Van Loon-regime volgens het daar geldende recht ook van toepassing is op scheidingen vanaf 1 mei 1995.

beriep zich op rechtsverwerking van de vordering. Rechtsverwerking betekent in casu dat de vereveningsgerechtigde zich op een manier moet hebben gedragen waardoor het met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is als zij nog een beroep doet op verrekening. Het recht hierop gaat dan dus verloren zonder dat dit is verjaard. Ter onderbouwing van zijn standpunt, gaf de man aan dat de vrouw tijdens de alimentatieprocedures ook nooit wat over pensioen had gezegd en daardoor de indruk (gerechtvaardigd vertrouwen) had gewekt dat zij haar aanspraak niet meer geldend zou maken. De vrouw stelde dat zij juist had gewacht tot de pensioendatum, omdat zij dan pas aanspraak kon maken. Een Boon / Van Loon vordering verjaart niet en het Hof nam geen rechtsverwerking aan, omdat er naast tijdsverloop geen bijzondere omstandigheden werden aangenomen. Alleen 'stilzitten' van de vereveningsgerechtigde partner kan niet tot rechtsverwerking leiden. Volgens vaste rechtspraak (HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827) heeft een beroep op rechtsverwerking alleen kans van slagen als er ook sprake is van bijzondere omstandigheden. Van bijzondere omstandigheden is sprake indien (1) de verrekeningsgerechtigde het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat de aanspraak op pensioenverrekening niet meer geldend zal worden gemaakt en (2) de positie van de verrekeningsplichtige hierdoor onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard. Volgens het Hof was hiervan in casu geen sprake: *"De omstandigheden dat de vrouw tijdens de echtscheidingsprocedure een bevel tot verdeling heeft gevorderd en tijdens de alimentatieprocedures het ouderdomspensioen niet aan de orde heeft gesteld, zijn niet zodanig bijzondere omstandigheden dat de man daaruit een gerechtvaardigd vertrouwen heeft mogen ontleen dat de vrouw geen aanspraak meer zou maken op een deel van het door hem opgebouwde ouderdomspensioen. Ook heeft de man onvoldoende onderbouwd dat hij onredelijk wordt benadeeld in zijn positie ingeval de vrouw haar aanspraak alsnog geldend maakt (...) Van rechtsverwerking is geen sprake."* Tot slot vorderde de man dat de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat niet verrekend hoefde te worden, dan wel dat de verrekening gematigd moest worden. Ook dit heeft de man onvoldoende aangetoond. De man is daarom gehouden om zijn pensioen te verrekenen. In **Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2829** oordeelde het hof in gelijke zin dat er op basis van de uitlating van de vrouw dat zij niets meer van de man wilde vorderen en zich tot de boedelnotaris had gewend voor de verdeling, niet gelijkstond aan rechtsverwerking, omdat er naast tijdsverloop geen sprake was van bijzondere omstandigheden: geen gerechtvaardigd vertrouwen en geen onredelijke verzwaring of benadeling van de verrekeningsplichtige.

Ook in **Hof Den Bosch 10 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3332** concludeerde het hof dat het feit dat de vrouw pas na 34 jaar pensioenverdeling vorderde niet voldoende was om te concluderen dat sprake was van rechtsverwerking; een en ander ook weer wegens gebrek aan bijzondere omstandigheden.

In de uitspraak van **Hof Den Bosch van 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:792** is een vordering tot pensioenverrekening in kort geding toegewezen. Partijen waren in 1981 in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd en in 1994 van elkaar gescheiden. In verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de man, had de vrouw eerst in 2016 een vordering tot pensioenverrekening ingesteld. De man stelde dat de vrouw afstand had gedaan van pensioenverrekening, omdat in de ondertekende boedelverklaring uit 1994 stond vermeld dat navorderingen niet zouden plaatsvinden. Het Hof was van mening dat de vrouw voldoende gemotiveerd had betwist dat deze verklaring ook zag op de pensioenrechten. Daarnaast kon het feit dat de vrouw lang had gewacht met het instellen van een vordering volgens het Hof niet het oordeel rechtvaardigen, dat geen sprake zou zijn van een spoedeisend belang. Het spoedeisend belang blijkt volgens het Hof uit het feit dat de vrouw aanspraak maakt op een pensioen-uitkering die strekt tot levensonderhoud, zij van een minimuminkomen moet rondkomen, alsmede uit het feit dat partijen reeds op leeftijd zijn (de vrouw is 73 jaar, de man is 68 jaar).

Er lijkt zich ten opzichte van de uitspraken uit 2018 een lijn af te tekenen, waarbij minder snel rechtsverwerking wordt aangenomen. In 2018 leek daar nog eerder sprake van te zijn, met name op grond van de overweging dat de vereveningsplichtige anders onredelijk zou worden benadeeld. Dat laatste werd dan overwogen in situaties waarin de ontvangen pensioentermijnen al waren geconsumeerd. Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 6 maart 2018 ECLI:NL:GHDHA:2018:716) ging toen overigens zelfs nog verder, door te bepalen dat de vordering over het verleden op grond van redelijkheid en billijkheid gematigd diende te worden, zonder zelfs maar mee te wegen of de pensioentermijnen wel of niet waren geconsumeerd.

Indexering pensioenaanspraken

In **Hof Den Bosch 24 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3491** waren partijen in 1975 met elkaar gehuwd en in 1985 gescheiden. Zo'n 33 jaar later doet de vrouw een beroep op pensioenverrekening en beroept zij zich erop dat sprake is van een overgeslagen goed. In 1986 sloten partijen wel een vaststellingsovereenkomst maar de pensioenrechten waren daarin niet betrokken. Aan het hof was ter beoordeling voorgelegd de vraag of het aan de vrouw toekomende gedeelte van het door de man opgebouwde ouderdomspensioen moest worden geïndexeerd vanaf de ingangsdatum van het verrekenende recht. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 2006 (HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6163) ten aanzien van het verzoek om indexering overwogen: *“wanneer de verrekening van de pensioenrechten plaatsvindt door het opleggen aan de tot verrekening verplichte echtgenoot van een voorwaardelijke uitkering, die aan het leven van beide echtgenoten is gebonden en opeisbaar wordt naarmate de pensioentermijnen opeisbaar worden, het bedrag van deze uitkering dient te worden vastgesteld met inachtneming van de berekening van de goede en kwade kansen die in het voorwaardelijke karakter van de uitkering besloten liggen”*. Hieruit volgt naar het oordeel van het Hof dat de aanspraak op indexering van de pensioenuitkering deel uitmaakt van het tijdens het huwelijk van partijen opgebouwde pensioen en dat de man, die het volledige geïndexeerde ouderdomspensioen ontvangt, inclusief dat deel dat voor de vrouw bestemd is, derhalve de indexering over het deel dat krachtens de overeenkomst aan de vrouw toekomt, aan de vrouw moeten afdragen. Dit betekent dat, indien de man het geïndexeerde gedeelte dat voor de vrouw is bestemd niet aan haar afdraagt, hij daarvan – ten koste van de vrouw – ten onrechte het genot heeft. Kortom, de pensioenaanspraak van de vrouw moet worden geïndexeerd met als bedoeling een welvaartsvast pensioen voor de vereveningsgerechtigde te verkrijgen.

Bijzonder partnerpensioen

Op grond van de PW heeft een ex-partner recht op het partnerpensioen dat de deelnemer heeft opgebouwd tot aan het einde van de partnerrelatie, tenzij sprake is van een eerdere ex-partner, in welk geval het bijzonder partnerpensioen van de eerdere ex-partner in minder wordt gebracht op het bijzonder partnerpensioen van de tweede ex-partner. In de uitspraak van **Rb. Den Haag 22 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6884** wordt ook geoordeeld dat alsnog bijzonder partner-

pensioen moet worden toegekend aan een eerdere ex-partner van de overleden verzekerde ten koste van de tweede ex-partner. Aangezien de tweede ex-partner het volledige partnerpensioen inmiddels al ontving was hier de vraag, vanaf welk moment de eerste ex-partner de pensioenclaim ten aanzien van het bijzonder partnerpensioen bij de tweede ex-partner kon neerleggen. In de uitspraak van **Hof Amsterdam 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2894** oordeelde het hof dat ten onrechte uitgekeerd bijzonder partnerpensioen niet als onverschuldigd betaald behoeft te worden gerestitueerd, omdat dan sprake zou zijn van een onaanvaardbaar rechtsgevolg.

Uitsluiting WVPS is geen uitsluiting bijzonder partnerpensioen

In de uitspraak van **Hof Den Bosch 11 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2407** waren partijen in 1986 gehuwd onder huwelijkse voorwaarden en gescheiden in maart 2015, dus onder de WVPS. Met betrekking tot het door partijen afgesloten verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden stelde de man dat het partnerpensioen van verrekening is uitgesloten. De vrouw stelt dat zij ondanks het verrekenbeding na de echtscheiding een zelfstandig recht heeft behouden op bijzonder partnerpensioen. Het hof geeft de vrouw gelijk. Volgens het hof is met het verrekenbeding niet beoogd om naast het ouderdompensioen ook het partnerpensioen uit te sluiten. Ten aanzien hiervan overweegt het hof dat artikel 57 lid 4 PW eist dat voor afstand van bijzonder partnerpensioen sprake dient te zijn van een schriftelijke verklaring van de ex-partner waarin expliciet afstand wordt gedaan van het recht op (bijzonder) partnerpensioen, omdat dit een eigen zelfstandig recht is van de ex-partner. Kortom, uitsluiting van pensioenverrekening betekent niet dat ook bijzonder partnerpensioen is uitgesloten. Van het recht op bijzonder partnerpensioen moet apart afstand worden gedaan.

Pensioenverweer

Aangezien in veel pensioenregelingen partnerpensioen (deels) niet meer in opbouw, maar nog slechts (deels) op risicobasis wordt gefinancierd¹⁰⁷, zal er na de scheiding steeds minder vaak recht op bijzonder partnerpensioen ontstaan. Dit zal er waarschijnlijk voor zorgen dat er vaker een pensioenverweer zal worden gevoerd en zal worden gehonoreerd. Een pensioenverweer houdt in dat tegen een

¹⁰⁷ Dat betekent dat slechts dekking bestaat zolang het deelnemerschap aan de pensioenregeling voortduurt.

verzoek tot scheiding¹⁰⁸ het verweer wordt gevoerd dat bij toewijzing van de scheiding het recht op een partner- of wezenpensioen verloren gaat als de echtgenoot komt te overlijden. Het pensioenverweer kan niet worden gevoerd als de persoon die dit verweer wil voeren: (1) zelf voldoende voorzieningen kan treffen met het oog op het overlijden van de (ex-)partner¹⁰⁹ of (2) zich aan 'wangedrag' heeft schuldig gemaakt waardoor naar redelijkheid geen aanspraak op de alimentatie kan worden gemaakt. Als het pensioenverweer wordt gehonoreerd dan spreekt de rechter de scheiding pas uit als de (ex-) echtgenoten een deugdelijke voorziening hebben getroffen over de pensioenafspraken.

Dat het pensioenverweer alleen betrekking kan hebben op het verlies van partner- of wezenpensioen en niet op het verlies van ouderdomspensioen of vermogen werd bevestigd in **Hof Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:172** en **Rb. Noord-Holland 21 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1865**. Daarnaast geldt dat alleen de partner tegen wie het echtscheidingsverzoek is gericht een pensioenverweer kan voeren. De partner die de echtscheiding verzoekt kan dat niet (HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:636). In de uitspraak van **Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7721** werd bevestigd dat de partij die verzoekt om de echtscheiding uit te spreken, nooit een pensioenverweer kan voeren. Wel kan die partij vragen om rekening te houden met de alimentatieverplichting (artikel 157 lid 2 BW). De rechtspraak over pensioenverweer is casuïstisch van aard. De grote lijnen waarin een beroep op pensioenverweer kans van slagen heeft zijn derhalve zeer afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

¹⁰⁸ Artikel 1:153 BW (echtscheiding), artikel 1:180 BW (scheiding van tafel en bed) en artikel 1:180^e lid 1 BW juncto 1:153 BW (geregistreerd partnerschap).

¹⁰⁹ Artikel 1:153 lid 2 aanhef en onder a en artikel 1:180 lid 2 aanhef en onder a BW.

8. Beëindiging arbeidsovereenkomst en pensioen

mr. Annemiek Cramer CPL, advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl

Inleiding

In deze bijdrage over de beëindiging van een arbeidsovereenkomst in relatie met pensioen, komen naar aanleiding van in 2019 gepubliceerde jurisprudentie, achtereenvolgens de volgende deelonderwerpen aan de orde:

- Einde arbeidsovereenkomst rond pensioendatum;
- Einde arbeidsovereenkomst en pensioenschade als element van billijke vergoeding;
- Einde arbeidsovereenkomst met arbeidsongeschikte werknemer:
 - Slappend dienstverband en naderende pensioendatum; is de werkgever verplicht de arbeidsongeschikte werknemer te ontslaan en een transitievergoeding te betalen?
 - In plaats van transitievergoeding premievrije pensioenopbouw volgens cao voor arbeidsongeschikte werknemer?
- Einde arbeidsovereenkomst met ontslaguitkering; beëindiging pensioenopbouw met 62 voor deelnemers met ontslaguitkering verboden onderscheid naar leeftijd?

Deze bijdrage gaat uitsluitend over pensioen in de tweede pijler.

Einde arbeidsovereenkomst rond pensioendatum

Het is voor werkgevers en werknemers zaak om bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst rond de pensioendatum goed op te letten. Allereerst omdat artikel 7:669 lid 4 BW een extra opzegmogelijkheid kan bieden. Daarnaast omdat bij ontslag op of na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd geen transitievergoeding verschuldigd is (artikel 7:673 lid 7 BW).

Artikel 7:669 lid 4 BW biedt de werkgever de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst op te zeggen in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een latere tussen partijen overeengekomen leeftijd,

indien die arbeidsovereenkomst is aangegaan vóór het bereiken van de betreffende leeftijd, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.

Rechtbank Noord-Holland (**Rechtbank Noord-Holland 26 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8738**) kreeg te oordelen over de vraag of een werkgever de opzegmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW had, in een situatie waarin in de cao was vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van rechtswege eindigde. In deze casus werd de betreffende arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd feitelijk voortgezet, onder achteraf gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Heeft de werkgever in die situatie nog de mogelijkheid om de voortgezette arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 4 BW op te zeggen vanwege het passeren van de AOW-gerechtigde leeftijd? Of heeft de werkgever die mogelijkheid niet meer, omdat de arbeidsovereenkomst op grond van de cao van rechtswege is geëindigd bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd en daarna sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:669 lid 4 BW dat de arbeidsovereenkomst dient te zijn gesloten vóór het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd? Rechtbank Noord-Holland oordeelt dat de werkgever de mogelijkheid heeft om het voortgezette dienstverband op grond van artikel 7:669 lid 4 BW op te zeggen, omdat naar het oordeel van de rechtbank sprake was van een onverkort in stand gebleven arbeidsverhouding onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Die uitspraak lijkt mij juist, omdat partijen kennelijk de mogelijkheid hadden van de cao, die op de arbeidsovereenkomst van toepassing was verklaard, af te wijken en daarmee van de bepaling in de cao dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen. Indien partijen die afwijkingsmogelijkheid niet zouden hebben, zou opzegging wellicht niet mogelijk zijn geweest.

In de praktijk rijst regelmatig de vraag, of partijen als pensioenontslagleeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere, latere leeftijd zijn overeengekomen. Hof Amsterdam (**Hof Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3347**) boog zich in dat kader over de betekenis van het begrip “pensioengerechtigde leeftijd” in een arbeidsovereenkomst. Op basis van de voor de uitleg van een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke Haviltex-norm, kwam het hof tot het oordeel dat met het begrip “pensioengerechtigde leeftijd” niet de AOW-gerechtigde leeftijd werd bedoeld, maar de pensioenrichtleeftijd in het toepasselijke pensioenreglement, die op 68 jaar lag. In een ander kader dan de

pensioenontslagleeftijd, namelijk in het kader van de berekening van een bepaalde toeslag, boog Hof Amsterdam (**Hof Amsterdam 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2961**) zich over de betekenis van het begrip “pensioenrichtleeftijd” in een sociaal plan. Hof Amsterdam legde het begrip uit conform de bij de uitleg van een sociaal plan toepasselijke cao-norm en oordeelde dat het begrip niet verwees naar de AOW-gerechtigde leeftijd, maar daadwerkelijk naar de pensioenrichtleeftijd als gedefinieerd in het sociaal plan.

Tot slot verdient onder dit kopje over het einde van de arbeidsovereenkomst rond de pensioendatum, vermelding dat rond piloten van KLM met enige regelmaat de vraag rijst, of de voor de piloten geldende pensioenontslagleeftijd, verboden onderscheid naar leeftijd inhoudt. Ook in 2019 werd weer een arrest toegevoegd aan de reeks van uitspraken daarover. Hof Amsterdam (**Hof Amsterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1512**) oordeelde, dat de stapsgewijze verhoging van de pensioenontslagleeftijd van 56 naar 58 (ook) geen verboden onderscheid naar leeftijd inhoudt.

Einde arbeidsovereenkomst en pensioenschade als element van billijke vergoeding

In bepaalde situaties kan een werknemer recht hebben op een zogenaamde billijke vergoeding, vaak naast een transitievergoeding. Pensioenschade kan een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.

In het richtinggevende New Hairstyle arrest uit 2017 (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187) heeft de Hoge Raad overwogen, dat het bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding aankomt op alle omstandigheden van het geval en noemt de Hoge Raad criteria die een rol kunnen spelen.

Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, komt regelmatig de feitelijke kwestie aan de orde of de werknemer, indien de arbeidsovereenkomst niet zou zijn beëindigd, naar verwachting tot de pensioendatum bij de werkgever in dienst zou zijn gebleven, althans hoe lang de arbeidsovereenkomst naar verwachting nog zou hebben voortgeduurd en/of op welke termijn de werknemer een soortgelijke baan zou kunnen vinden. De pensioenschade van de werknemer over die periode kan in de hoogte van de billijke vergoeding worden meegenomen.

Met het oog op die pensioenschade is een arrest van Gerechtshof Den Haag van 14 mei 2019 (**ECLI:NL:GHDHA:2019:1169**) opmerkelijk. Het hof oordeelt dat óók het werknemersdeel van de pensioenpremie tot de pensioenschade moet worden gerekend, omdat het niet afdragen van het werknemersdeel van de premie moet worden toegerekend aan het ontslag. Dat lijkt mij niet juist, omdat het werknemersdeel ten laste van het salaris van de werknemer hoort te komen. Hof 's-Hertogenbosch wijst er in een arrest van 14 februari 2019 (**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516**; na verwijzing door de Hoge Raad in het hierboven genoemde New Hairstyle arrest) mijns inziens terecht op, dat de pensioenschade niet bestaat uit de gemiste premieafdracht, nu niet de werknemer maar de pensioenuitvoerder recht heeft op de pensioenpremies. Het hof overweegt dat de schade bestaat uit het bedrag dat aan pensioen zou zijn opgebouwd wanneer de premies wel waren afgedragen. Ik zou denken dat de schade niet bestaat uit het bedrag dat aan pensioen zou zijn opgebouwd wanneer de premies wel waren afgedragen, maar uit de contante waarde van die gemiste pensioenopbouw, verminderd met het eventuele werknemersdeel van de pensioenpremie.

Einde arbeidsovereenkomst met arbeidsongeschikte werknemer

- Slapend dienstverband en naderende pensioendatum; is de werkgever verplicht de arbeidsongeschikte werknemer te ontslaan en een transitievergoeding te betalen?

Een werkgever die een arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd op zijn initiatief beëindigt of niet voortzet, moet de betreffende werknemer een transitievergoeding betalen (artikel 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW). De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor de gevolgen van het ontslag en anderzijds om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken (TK 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38). Ook een werkgever die een arbeidsovereenkomst opzegt wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (op grond van artikel 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW juncto artikel 7:670 lid 1, aanhef en onder a, BW), moet de betreffende werknemer een transitievergoeding betalen (EK 2013/14, 33 818, C, p. 96).

De transitievergoeding is ook verschuldigd indien het ontslag vlak voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd plaatsvindt (Hoge Raad 5 oktober

2018, ECLI:NL:HR:2018:1845). Ook dan blijft in beginsel een volledige transitievergoeding verschuldigd. Er is echter géén transitievergoeding verschuldigd, indien het ontslag geschiedt in verband met of na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd (artikel 7:673 lid 7 BW). Dit wettelijk onderscheid vormt geen verboden onderscheid naar leeftijd (Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:HR: 2018:651).

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een werkgever de arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet opzegt, omdat het gevolg daarvan zou zijn dat de werkgever een transitievergoeding aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer dient te betalen. Werkgevers vinden het in veel gevallen onrechtvaardig dat na langdurige arbeidsongeschiktheid, waarbij de werkgever gedurende 2 jaar het loon heeft doorbetaald en kosten heeft gemaakt voor de reïntegratie van de werknemer, de werkgever ook nog een transitievergoeding zou moeten betalen (TK 2016/17, 34 699, nr. 3, p. 2).

Die niet-opgezegde dienstverbanden worden ‘slapende dienstverbanden’ genoemd. In zijn hierna te noemen arrest beschrijft de Hoge Raad een dergelijk dienstverband als een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon betaalt. Slapende dienstverbanden hebben onder meer geleid tot procedures waarin werknemers die hun AOW- dan wel pensioengerechtigde leeftijd zagen naderen, van hun werkgever vorderden dat die hun slapende dienstverband op grond van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) vóór het bereiken van de AOW- (dan wel pensioengerechtigde) leeftijd op zou zeggen, zodat de werknemer recht zou hebben op een transitievergoeding, althans dat de werkgever moest meewerken aan de beëindiging van het dienstverband onder toekenning van een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding.

In een arrest van 8 november 2019 (**Hoge Raad 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734**) oordeelt de Hoge Raad omtrent de voorliggende vraag dat als uitgangspunt geldt, dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. En dat daarbij ook als uitgangspunt geldt, dat de werkgever een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding dient te betalen, zij het dat die vergoeding

niet méér hoeft te bedragen, dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn indien de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd op de dag na die waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst vanwege arbeidsongeschiktheid van de werknemer zou kunnen beëindigen.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad wel, dat ten aanzien van dit uitgangspunt een uitzondering geldt indien de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Maar dat zo'n gerechtvaardigd belang *niet* kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt. Dat oordeel lijkt mij in lijn met het hiervoor al genoemde arrest uit 2018 waarin de Hoge Raad oordeelde, dat ook indien het ontslag vlak voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd plaatsvindt, in beginsel een volledige transitievergoeding verschuldigd is (Hoge Raad van 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845). Maar het blijft lastig uit te leggen dat een werknemer, al dan niet arbeidsongeschikt, wiens dienstverband kort voor de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd eindigt, door de transitievergoeding in een betere positie kan komen dan een de werknemer wiens dienstverband op of na de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd eindigt.

Overigens blijft het voor de desbetreffende werknemers wel zaak om zelf goed op te passen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat als uitgangspunt geldt, dat de werkgever moet meewerken aan een beëindigingsvoorstel. Maar dan zal een werknemer wel zelf eerst een voorstel moeten doen. De Hoge Raad heeft niet geoordeeld dat de werkgever het initiatief tot beëindiging moet nemen; die kwestie was ook niet aan de Hoge Raad voorgelegd.

Terug naar de vraag in het kopje boven dit deelonderwerp: Slapend dienstverband en naderende pensioendatum; is de werkgever verplicht de arbeidsongeschikte werknemer te ontslaan en een transitievergoeding te betalen? Het antwoord luidt: in beginsel wel, indien de werknemer dat voorstelt.

Inmiddels is er per april 2020 nieuwe regelgeving (de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, Stb. 2018, 234, en de Regeling compensatie transitievergoeding, Stcrt. 2019, 10547, die voor zover hier relevant op 1 april 2020 in werking zullen treden), die inhoudt dat

werkgevers die na beëindiging van een dienstverband vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid een transitievergoeding hebben betaald, worden gecompenseerd.

Einde arbeidsovereenkomst met arbeidsongeschikte werknemer

- In plaats van transitievergoeding premievrije pensioenopbouw volgens cao voor arbeidsongeschikte werknemer?

Een werkgever die een arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd op zijn initiatief beëindigt of niet voortzet, moet de ontslagen werknemer een transitievergoeding betalen (artikel 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW). Maar dat geldt niet indien in een toepasselijke cao een aan de transitievergoeding gelijkwaardige regeling is opgenomen (art. 7:673b BW). Die regeling treedt dan in de plaats van de transitievergoeding. De vraag is of een regeling die (ook) na ontslag aanspraak geeft op premievrije voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, aangemerkt kan worden als een dergelijke gelijkwaardige regeling. En dus voor de ontslagen arbeidsongeschikte werknemer in de plaats komt van de transitievergoeding.

In zijn arrest van 29 maart 2019 (**Hoge Raad 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449**) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het, in zijn algemeenheid, afhangt van de omstandigheden van het geval of een bepaalde regeling gelijkwaardig is. In overwegingen ten overvloede geeft de Hoge Raad gezichtspunten waar in dat kader betekenis aan kan toekomen. Dat zijn de volgende:

- De omstandigheid dat de cao-partijen de voorziening als gelijkwaardig hebben aangemerkt;
- Uitgangspunt is dat een vergelijking wordt gemaakt tussen enerzijds de op het tijdstip van beëindiging van de arbeidsovereenkomst gekapitaliseerde potentiële waarde van de voorziening waarop de betreffende werknemer wegens de beëindiging recht heeft, en anderzijds de transitievergoeding waarop de betreffende werknemer volgens de wettelijke regeling recht zou hebben. De vergelijking dient op individueel niveau te worden gemaakt, omdat de gekapitaliseerde potentiële waarde van een bepaalde voorziening en de hoogte van de transitievergoeding voor iedere werknemer anders kan zijn;

- Niet is vereist dat de in de cao opgenomen voorziening is gericht op het voorkomen of bekorten van werkloosheid. Bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid kan wel meewegen in hoeverre de voorziening kan beantwoorden aan de functies van een transactievergoeding. Zoals eerder in deze bijdrage al opgemerkt, is de transitievergoeding enerzijds bedoeld als compensatie voor de gevolgen van het ontslag en anderzijds om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken (TK 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38).

Zie omtrent de toepassing van deze gezichtspunten uit het arrest van de Hoge Raad, de uitspraken van **Hof 's-Hertogenbosch van 17 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3822** en van **Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5951**. Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt in het laatstgenoemde arrest, dat uit het arrest van de Hoge Raad blijkt, dat slechts van een aan een transitievergoeding gelijkwaardige voorziening sprake kan zijn, indien "wegens de beëindiging" van de arbeidsovereenkomst recht bestaat op die voorziening. Daarvan is volgens het hof in de haar voorgelegde situatie geen sprake, omdat de premievrije voortzetting een voorziening is die is getroffen voor arbeidsongeschiktheid ontstaan tijdens het dienstverband (een arbeidsvoorwaarde), welke voorziening vanwege voortdurende arbeidsongeschiktheid doorloopt nadat het dienstverband is geëindigd. Er is volgens het hof in die situatie geen sprake van een voorziening "wegens de beëindiging" van de arbeidsovereenkomst, maar van een voorziening wegens arbeidsongeschiktheid tijdens het dienstverband (een arbeidsvoorwaarde). Dat lijkt mij op zich juist, maar ik zou er de kanttekening bij willen plaatsen, dat óók indien het recht op premievrije pensioenopbouw pas op het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou ontstaan (de voorziening geldt pas nadat het dienstverband is geëindigd en niet tijdens het dienstverband, waardoor er geen sprake van is dat de voorziening na de beëindiging van het dienstverband "doorloopt"), het mij in essentie een voorziening wegens arbeidsongeschiktheid (en niet wegens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst) lijkt. Niet alle werknemers hebben er bij beëindiging van het dienstverband immers recht op, maar alleen de werknemers die arbeidsongeschikt zijn.

Terug naar de vraag uit het kopje boven dit deelonderwerp: In plaats van transitievergoeding premievrije pensioenopbouw volgens cao voor arbeidsongeschikte werknemer? Een eenduidig antwoord is niet te geven; het hangt af

van de omstandigheden van het geval. Maar omdat premievrijstelling vanwege arbeidsongeschiktheid in essentie geen voorziening “wegens de beëindiging” van de arbeidsovereenkomst, maar een voorziening wegens arbeidsongeschiktheid lijkt, is het goed denkbaar dat het antwoord in de praktijk steeds negatief is. Einde arbeidsovereenkomst met ontslaguitkering; beëindiging pensioenopbouw met 62 voor deelnemers met ontslaguitkering verboden onderscheid naar leeftijd?

In het pensioenreglement van Stichting Pensioenfonds ABP (hierna: “ABP”) is, heel kort door de bocht, bepaald dat een gewezen werknemer die een ontslaguitkering ontvangt, recht heeft op pensioenopbouw indien en zolang hij aanspraak kan maken op de ontslaguitkering.

Vanaf 1 april 1997 tot 1 januari 2015 bepaalde het pensioenreglement van ABP voorts, dat deze regeling slechts gold voor gewezen werknemers die de leeftijd van 62 jaar nog niet hadden bereikt. Het effect daarvan was, dat voor de betreffende gewezen werknemers de pensioenopbouw stopte bij 62 jaar. Op 1 januari 2015 is de leeftijdsgrens van 62 jaar uit het pensioenreglement geschrapt. De vraag is of die (geschrapte) leeftijdsgrens verboden onderscheid naar leeftijd inhield.

Over deze kwestie had Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2123) eerder geoordeeld, dat geen sprake was van onderscheid naar leeftijd, en indien dat wel zo zou zijn, dat voor dat onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestond. Eerder had het College van de Rechten van de Mens juist het tegenovergestelde geoordeeld: dat er wél sprake was van onderscheid naar leeftijd en dat voor dit onderscheid géén objectieve rechtvaardiging bestond. Op 20 december 2019 heeft de Hoge Raad het cassatieberoep tegen het arrest van het hof afgewezen (ECLI:NL:HR:2019:2037). De Hoge Raad kwam aan beantwoording van de vraag of sprake was van onderscheid naar leeftijd niet toe (wat volgens de conclusie van de A-G wél het geval was; het hof zou volgens de conclusie een verkeerde maatstaf hebben aangelegd). De Hoge Raad oordeelt dat indien sprake zou zijn van onderscheid naar leeftijd, dat onderscheid objectief gerechtvaardigd was. De gehanteerde leeftijdsgrens van 62 voor pensioenopbouw hield dus geen verboden onderscheid naar leeftijd in.

In deze context kan verder nog worden gewezen op verwante kwesties, bijvoorbeeld op de conclusie van de P-G bij de Hoge Raad van 6 september 2019

(ECLI:NL:PHR:2019:873, ABN AMRO/X). Die betrof een regeling in een sociaal plan van ABN AMRO, op grond waarvan de ontslagvergoeding wordt afgetopt voor ontslagen werknemers met volledige pensioenopbouw. De conclusie houdt in dat de door het hof toegepaste rechtvaardigingstoets over zou moeten. De Hoge Raad volgde die conclusie in een arrest van 24 januari 2020 (**ECLI:NL:HR:2020:114**).

Tot slot wijs ik op **HR 19 april 2019, ECLI:NL:2019:647** (werknemers/NXP). Het arrest gaat over een regeling in een sociaal plan waarin de ontslagvergoeding voor de oudste werknemers, geboren in 1950, 1951 of 1952, is gemaximeerd tot de salarisderiving tot de voor deze werknemers redelijkerwijs te verwachten pensioendatum van 62 jaar. De Hoge Raad heeft ook in dit arrest geoordeeld dat de rechtvaardigingstoets over moet.

Terug naar de vraag uit het kopje boven dit deelonderwerp: Einde arbeids-overeenkomst met ontslaguitkering; beëindiging pensioenopbouw voor 62-jarige deelnemers met ontslagvergoeding verboden onderscheid naar leeftijd? Het antwoord op die vraag luidt negatief, al is dat oordeel niet noodzakelijkerwijs maatgevend voor andere regelingen met dergelijke leeftijdsgrenzen.

Afsluiting

De Hoge Raad wees in 2019 een belangrijk arrest over slapende dienstverbanden. Het oordeel luidt, dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in beginsel gehouden is in te stemmen met een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, waarbij verder geldt dat de werkgever in dat kader een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding dient te betalen. Die vergoeding behoeft evenwel niet méér te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn, indien de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd op de dag na die waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst vanwege arbeidsongeschiktheid van de werknemer zou kunnen beëindigen. Op het genoemde uitgangspunt dat instemmen met een beëindigingsvoorstel verplicht is, zijn uitzonderingen mogelijk indien de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Maar dat gerechtvaardigd belang kan niet zijn gelegen in de omstandigheid dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

Verder wees de Hoge Raad een belangrijk arrest over de kwestie of een in een cao opgenomen regeling gelijkwaardig is aan de transitievergoeding. Het uitgangspunt is dat een en ander afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De Hoge

Raad noemt in het arrest wel gezichtspunten waaraan betekenis kan toekomen om te bepalen of sprake is van een gelijkwaardige regeling. Met het arrest van de Hoge Raad is zeker nog niet uitgekristalliseerd in welke situaties sprake is van een gelijkwaardige regeling.

En uit de jurisprudentie van 2019 blijkt, dat de beëindiging van een arbeidsovereenkomst rond de pensioendatum speciale aandacht verdient. Hetzelfde geldt voor gelijke behandelingskwesties rond de pensioendatum

9. Fiscaal pensioenrecht

mr. Carina Houwen CPL, pensioenspecialist Belastingdienst

Inleiding

Deze bijdrage is verdeeld in vier delen. Het eerste deel bevat een aantal uitspraken over het pensioen in eigen beheer waarbij veelal de inspecteur in het gelijk werd gesteld. Dat de regelgeving over internationale aspecten van pensioenen complex is, laten twee uitspraken over de heffingsbevoegdheid van een bron- of woonstaat in het tweede deel zien. In het derde deel wordt onder andere ingegaan op het feit dat oude fiscale wetgeving niet zomaar terzijde kan worden geschoven. Tenslotte is in het laatste onderdeel een uitspraak opgenomen waarin duidelijk wordt hoe bepaalde belastingsoorten (in casu de loonbelasting en vennootschapsbelasting) met elkaar verweven zijn en welke invloed het oordeel van een rechter in de ene belastingsoort op de andere belastingsoort kan hebben. Het geheel wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie.

Pensioen in eigen beheer

In dit deel zijn een drietal uitspraken opgenomen die met elkaar gemeen hebben dat de pensioen-vennootschap in een slechte financiële situatie verkeerd en er een rekening-courant-verhouding bestaat tussen de pensioen-vennootschap en de directeur-groootaandeelhouder (gerechtigde tot het pensioen). In een dergelijke situatie is extra alertheid geboden dat niet (bewust of onbewust) gehandeld wordt in strijd met de vereisten uit de Wet op de loonbelasting 1964. In alle drie deze uitspraken was het gelijk aan de inspecteur.

De vierde uitspraak maakt een einde aan een lange juridische discussie. Opvallend is dat de Hoge Raad de conclusie van de A-G in deze casus niet volgt.

Niet uitbetaald pensioen is vorderbaar en inbaar

Belanghebbende, directeur-groootaandeelhouder, was in loondienst van de vennootschap en tevens was het pensioen daar ondergebracht. In 2016 heeft de vennootschap loonaangiften gedaan ten aanzien van het loon en het pensioen,

samen ongeveer € 32.000. Door liquiditeitsproblemen heeft de vennootschap echter geen loon en pensioen aan belanghebbende betaald. De vraag is of het loon en pensioen door belanghebbende is genoten, zoals door de inspecteur gesteld en derhalve tot het belastbaar inkomen uit werk en woning over 2016 dient te worden gerekend. Hof Den Haag (**ECLI:NL:GHDHA:2019:2781**) staat hier op 22 oktober 2019 bij stil.

Op grond van art. 3.146, eerste lid van de Wet inkomstenbelasting 2001¹¹⁰ en art. 13a Wet op de loonbelasting 1964¹¹¹ wordt loon geacht te zijn genoten op het tijdstip waarop het is ontvangen, verrekend, ter beschikking gesteld, rentedragend is geworden of vorderbaar en inbaar is geworden.

Het hof sluit zich aan bij het eerdere oordeel van de rechtbank¹¹² dat het genoemde bedrag ad € 32.000 vorderbaar is. Dit behoort immers tot het tussen belanghebbende en de vennootschap overeengekomen loon en pensioen.

Loon is inbaar in het geval dat, als de schuldenaar daarom zou verzoeken, zonder uitstel betaling door de schuldenaar zal plaatsvinden¹¹³. Een situatie, waarin een werknemer voldoening kan bewerkstelligen door zijn loonvordering te verrekenen met een schuld die hij aan de werkgever heeft¹¹⁴, is daarmee vergelijkbaar. Belanghebbende had nog een schuld in rekening-courant aan de vennootschap. Naar het oordeel van het hof konden de in geding zijnde bedragen worden verrekend in de rekening-courant.

Nu de bedragen vorderbaar en inbaar waren heeft belanghebbende het loon en het pensioen in 2016 genoten. Het hof oordeelt dat de inspecteur terecht het niet-uitbetaalde loon en pensioen in de heffing van de inkomstenbelasting heeft betrokken. Hoewel het hof begrip heeft voor de moeilijke financiële en persoonlijke omstandigheden waarin belanghebbende verkeert, kan het hof deze omstandigheden niet laten meewegen in de beoordeling.

¹¹⁰ Hierna Wet IB.

¹¹¹ Hierna Wet LB.

¹¹² ECLI:NL:RBDHA:2019:3155, niet gepubliceerd.

¹¹³ Vergelijk Hoge Raad 16 september 1953, nr. 11.462, BNB 1953/220.

¹¹⁴ Vergelijk ECLI:NL:GHARL:2017:7796 en ECLI:NL:HR:2019:364.

Overdracht extern pensioenkapitaal leidt tot afkoop

Aan belanghebbende is in 2001 een pensioentoezegging gedaan. Deze pensioentoezegging is destijds bij een externe verzekeringsmaatschappij ondergebracht (in de vorm van een zogenaamde C-polis). In 2014 heeft overdracht van de waarde van de pensioenpolis (€ 68.056) naar de vennootschap van belanghebbende plaatsgevonden. Ten tijde van de overdracht was het eigen vermogen van de vennootschap negatief (€ 193.023), waren er meer schulden dan bezittingen en waren de aanwezige liquide middelen beperkt (€ 16.026). Daarnaast heeft belanghebbende een rekening-courant vordering op de vennootschap. De vennootschap is failliet verklaard en opgeheven in 2017.

De inspecteur heeft een navorderingsaanslag inkomstenbelasting opgelegd waarin tevens een afkoop van een pensioenaanspraak ad € 68.056 was opgenomen. Rechtbank Noord-Holland (**ECLI:NL:RBNHO:2019:10067**) is op 17 oktober 2019 met de inspecteur van mening dat de vermogenspositie van de vennootschap ten tijde van de overname van de pensioenverzekering zodanig was dat de pensioenvoorziening niet meer volledig werd gedekt. Dit als gevolg van de vermogenspositie van de vennootschap bij de overname van de pensioenverzekering.

Een deel van de verkregen liquide middelen konden opgeëist worden door bestaande schuldeisers van de vennootschap. Belanghebbende had ten aanzien van zijn pensioenaanspraak namelijk geen voorrang boven concurrente schuldeisers. Gebleken is dat met de verkregen liquide middelen uit de overdracht van het pensioen de rekening-courant vordering van belanghebbende op de vennootschap is verlaagd.

De onderdekking ten tijde van de overdracht en het feit dat de rekening-courant vordering is verlaagd, leiden ertoe dat de pensioenaanspraak op grond van artikel 19b, eerste lid, aanhef en onderdeel b, Wet LB (gedeeltelijk) is afgekocht.

Onzakelijke leningen leiden tot afkoop pensioen eigen beheer

Belanghebbende heeft in 2006 gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot geruisloze terugkeer zoals opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Tot die tijd heeft belanghebbende zijn werkzaamheden uitgevoerd in een vennootschap. Als gevolg van de geruisloze terugkeer is de in de vennootschap opgebouwde pensioenvoorziening ondergebracht in een speciaal daarvoor opgerichte pensioen-

vennootschap. De overdracht van de pensioenvoorziening is gefinancierd met een vordering op belanghebbende (terugkeer-lening). De onderneming van de vennootschap wordt door belanghebbende voortgezet in de privé sfeer (inkomstenbelasting).

In 2007 heeft belanghebbende ten behoeve van de pensioen-vennootschap een tweede en derde recht van hypotheek verstrekt tot een bedrag ad € 390.000. Het hypotheekrecht is gevestigd op verschillende onroerende zaken, adres 1 en adres 2. Op deze onroerende zaken is ook al een eerste recht van hypotheek gevestigd ten behoeve van twee banken.

In 2014 zijn op grond van een executoriale verkoop de onroerende zaken van adres 2 verkocht. Na aflossing van de schuld aan de bank is het resterende bedrag van de verkoop op de bankrekening van de pensioen-vennootschap gestort.

In 2015 heeft belanghebbende opnieuw leningen met de pensioen-vennootschap afgesloten van in totaal € 50.000. In de leningsovereenkomsten is bepaald dat jaarlijks 10% rente verschuldigd is en dat de hoofdsom in 10 jaarlijkse termijnen dient te worden voldaan. Er zijn geen zekerheden opgenomen en evenmin is bepaald dat dit mogelijk is. Daarnaast heeft de pensioen-vennootschap een lening van € 4.855 verstrekt aan een onderneming waarin ook belanghebbende participeert.

In 2015 legt de inspecteur een voorlopige aanslag inkomstenbelasting waarbij door de inspecteur is gesteld dat sprake is van afkoop van het pensioen in verband met onzakelijke leningen. Belanghebbende is het hier niet mee eens en stelt na afwijzing van het bezwaar door de inspecteur, beroep in bij rechtbank Zeeland-West-Brabant (**ECLI:NL:RBZWB:2019:5699**).

De zakelijkheid ten aanzien van de terugkeer-lening staat tussen partijen niet ter discussie. Ten aanzien van de nieuwe leningen rust op de inspecteur de last om de feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken die de conclusie rechtvaardigen dat deze leningen moeten worden aangemerkt als onzakelijke leningen¹¹⁵. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat de pensioen-vennootschap bij het aangaan van de nieuwe leningen een debiteurenrisico liep dat een onafhankelijke derde ten tijde van de verstrekking van de gelden niet zou hebben genomen en ook onder andere voorwaarden niet

¹¹⁵ ECLI:NL:HR:645

zou zijn aangegaan. Belanghebbende heeft in 2015 een schuld aan de pensioenvennootschap van totaal € 364.622.

De zeer slechte vermogenspositie van de onderneming, de aanwezigheid van een omvangrijke belastingschuld, een minimale overwaarde op het onroerend goed van adres 1, het niet jaarlijks terugbetalen van de rente op de terugkeer-lening, de hoogte van de overeengekomen rente en voorwaarden van de nieuwe leningen evenals de niet reële betekenis van het tweede en derde recht van hypotheek, zorgen ervoor dat de inspecteur slaagt in zijn bewijslast.

De rechtbank oordeelt dat belanghebbende over de gelden beschikt in zijn hoedanigheid van rechthebbende op de pensioenaanspraak. Dan is, terecht zoals door de inspecteur gesteld, sprake van een (gedeeltelijke) afkoop van pensioen als bedoeld in artikel 19b, eerste lid, aanhef en onderdeel b, Wet LB.

Nietsdoen leidt toch niet tot prijsgeven pensioenaanspraak

In Kroniek 2018 is stilgestaan¹¹⁶ bij de situatie waarin onduidelijkheid bestond over het antwoord op de vraag of het enkel stilzitten van belanghebbende voldoende is om een aanspraak op pensioen (in eigen beheer) prijs te geven. A-G Niessen kwam tot de conclusie dat ook bij passief handelen (het 'stilzitten') sprake kan zijn van prijsgeven waardoor het beroep in cassatie van belanghebbende ongegrond diende te worden verklaard. De aanslag was namelijk niet tot een te hoog bedrag vastgesteld. Immers, enkel de pensioentermijn die in 2013 vorderbaar en inbaar was is in de aanslag 2013 opgenomen. In het licht van een vermeend prijsgeven van een pensioenaanspraak zou dit een te laag bedrag zijn geweest. Immers in een dergelijke situatie dient de waarde in het economische verkeer van de gehele aanspraak (en niet slechts een enkele termijn) in aanmerking genomen te worden. De Hoge Raad (**ECLI:NL:HR:2019:189**) is op 8 februari 2019 ook van mening dat het cassatieberoep ongegrond is omdat de aanslag niet tot een te hoog bedrag was vastgesteld, maar wijkt hierbij op een belangrijk punt af van de conclusie van de A-G.

In tegenstelling tot de A-G is de Hoge Raad van mening dat er géén sprake is van prijsgeven. Het enkel stilzitten van de belanghebbende is volgens de Hoge Raad onvoldoende om aan te nemen dat belanghebbende de aanspraak op pensioen heeft prijsgegeven. Er is dus geen sprake van heffing over de gehele aanspraak,

¹¹⁶ De bijdrage inzake het fiscale pensioenrecht. Conclusie A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2018:1214 .

maar alleen over de pensioentermijn die in 2013 vorderbaar en inbaar was¹¹⁷. De mogelijkheid voor de vennootschap om de pensioenaanspraak eenzijdig te verlagen (zoals opgenomen in de pensioenovereenkomst) doet daaraan volgens de Hoge Raad niet aan af omdat niet is gebleken dat deze verlaging zich in 2013 heeft voorgedaan.

Nu de aanslag over 2013 door de inspecteur is vastgesteld, rekening houdend met de in 2013 achterwege gelaten pensioenuitkering is de aanslag niet tot een te hoog of te laag bedrag vastgesteld.

In de literatuur¹¹⁸ wordt opgemerkt dat dit oordeel interessante vragen openlaat. Namelijk: wat gebeurt er als deze vennootschap de uitkeringen wél daadwerkelijk verlaagt? En hoe lang kan een belastingplichtige met deze wetenschap stil blijven zitten voordat er wél sprake is van prijsgeven?

Heffingsbevoegdheid bij bronstaat of woonstaat

De regelgeving over internationale aspecten van pensioenen is complex. Afspraken over belastingheffing worden veelal geregeld in Verdragen ter voorkoming van dubbele belasting tussen de verschillende landen. In dit onderdeel een oordeel van het hof waarbij in de literatuur vraagtekens worden gezet en een casus waarbij een wijziging van een Verdrag voor belanghebbende leidde tot een aanzienlijke stijging van de effectieve belastingheffing.

Heffingsbevoegdheid over voortzetting buitenlandse pensioenregeling

In Kroniek 2017¹¹⁹ is ingegaan op de beslissing van de rechtbank¹²⁰ over de behandeling door een bronstaat van bijdragen voor een in de woonstaat voortgezette pensioenregeling. Belanghebbende woont in België en werkt sinds 1 juli 2007 voor een Nederlandse concernvennootschap (deels) in Nederland. Belanghebbende heeft zijn Belgische pensioenregeling voortgezet vanaf 1 juli 2007. De pensioenregeling is voor een periode van 5 jaar (tot 1 juli 2012) op grond

¹¹⁷ Hof Den Haag 27 juni 2017, nr. BK-17/00009

¹¹⁸ NLFiscaal, NLF2019/0404 en BNB 2019/67

¹¹⁹ De bijdrage inzake het fiscale pensioenrecht door mr. Jan Aart van de Hoef CPL.

¹²⁰ ECLI:NL:RBZWB:2017:4440

van een besluit¹²¹ aangewezen als zuivere pensioenregeling. Dit omdat de pensioenregeling de mogelijkheid heeft om een kapitaal ineens op te nemen en daarmee niet voldoet aan de voorwaarden van art. 18 LB. De inspecteur is van mening dat vanaf 2013 de pensioenaanspraak tot het loon dient te worden gerekend.

Op 20 december 2019 heeft A-G Niessen conclusie genomen in deze zaak (**ECLI:NL:PHR:2019:1369**).

Belanghebbende stelt dat hij nadeliger wordt behandeld dan de grensarbeider die in Nederland woont en in België werkt. In het kader van de omrekening van het Belgische inkomen naar Nederlandse maatstaven wordt in dat geval bij een deelname aan een vergelijkbare pensioenregeling de aanspraak niet tot het inkomen gerekend en wordt de door de werknemer betaalde premie in mindering op het (bruto) loon gebracht.

De vraag is of deze situatie vergelijkbaar is met die van belanghebbende. In het door belanghebbende genoemde geval is de desbetreffende belastingplichtige weliswaar belastingplichtig in Nederland, maar dient Nederland voorkoming van dubbele belasting te verlenen voor het in België genoten inkomen.

De inspecteur heeft echter ter zitting bij het hof¹²² bevestigd dat in een situatie van een grensarbeider die in Nederland woont en werkt voor een in België gevestigde werkgever, waarbij zowel werkzaamheden in Nederland als in België worden verricht en het heffingsrecht ter zake van (een deel van) het inkomen uit deze werkzaamheden op grond van art. 15 van het Verdrag toevalt aan Nederland, een aanspraak op een Belgisch pensioen niet tot het loon wordt gerekend en de door de werknemer betaalde premies in aftrek op het (bruto)loon worden toegelaten.

Het hof was van mening dat die situatie gelijk is aan die van belanghebbende. In beide situaties komt het heffingsrecht over (een deel van) het loon aan Nederland toe. Echter, de aanwezigheid van de Belgische pensioenregeling wordt verschillend behandeld. Dit verschil is niet gebaseerd op wettelijke regelingen, maar is

¹²¹ Besluit 31 januari 2008, CPP2007/98M, inmiddels ingetrokken en geactualiseerd door Besluit 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M.

¹²² ECLI:NL:GHSHE:2019:251

kennelijk gebaseerd op een door de Belastingdienst gevoerd begunstigend beleid. De inspecteur heeft geen rechtvaardiging voor deze begunstigende behandeling gegeven en ook het hof ziet deze niet. Op grond hiervan oordeelde het hof dat de inspecteur in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt door het begunstigende beleid niet toe te passen ten aanzien van belanghebbende.

In tegenstelling tot het hof is de A-G niet van mening dat de geschetste situatie van belanghebbende gelijk is aan die van een grensarbeider. De werkgever van belanghebbende in Nederland is gevestigd, terwijl in het als vergelijking genoemde geval de werkgever in België is gevestigd. De omstandigheden zijn derhalve ongelijk, en de beide arbeidsrelaties verschillen rechtens omdat arbeidsrechtelijk en fiscaalrechtelijk twee verschillende jurisdicties van toepassing zijn.

De wetgever heeft in de inkomstenbelasting – in casu voor gevallen waarin de werkgever niet in Nederland inhoudingsplichtig is - buitenlandse pensioenregelingen erkend (artikel 1.7, lid 2 aanhef en onderdeel a-c, wet IB). In de loonbelasting is een dergelijke bepaling niet opgenomen. Erkenning (tijdelijk) van een buitenlandse pensioenregeling vindt plaats op grond van artikel 19d Wet LB en het besluit¹²³. Deze termijn is voor belanghebbende in 2012 verlopen. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel is volgens de conclusie van de A-G derhalve ongegrond.

Heffing over een invaliditeitsuitkering op basis van belastingverdrag Nederland - Duitsland

Belanghebbende is in 2015 verhuisd naar Duitsland en ontvangt vanuit Nederland een invaliditeitsuitkering die voortvloeit uit de voormalige dienstbetrekking. Omdat zowel Nederland als Duitsland bevoegd is de uitkering in de belastingheffing te betrekken, zorgt het belastingverdrag¹²⁴ tussen beide landen ervoor dat dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

De wijziging van het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland per 1 januari 2016 zorgt ervoor dat pensioenuitkeringen in bepaalde gevallen voortaan in Nederland belast zijn. Door de uitvoerder van de invaliditeitsuitkering is in 2015 en 2016 geen Nederlandse loonbelasting ingehouden. Dit is wel gedaan over de

¹²³ Besluit 31 januari 2008, CPP2007/98M, inmiddels ingetrokken en geactualiseerd door Besluit 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M.

¹²⁴ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen van 12 april 2012.

maanden januari en februari van 2017. In geschil is of op deze uitkeringen terecht Nederlandse loonheffing is ingehouden.

De eerste vraag die beantwoord dient te worden is of de invaliditeitsuitkering op grond van het genoemde verdrag als een pensioen kwalificeert. De term ‘pensioen’ is niet in de begripsomschrijvingen van het verdrag opgenomen. Het verdrag bepaalt dat aan dit begrip dan dezelfde betekenis moet worden toegekend zoals dat op dat moment volgens de wetgeving in de verdragsluitende staat die het verdrag toepast, wordt toegekend. Rechtbank Zeeland-West-Brabant (**ECLI:NL:RBZWB:2019:2248**) concludeert dat voor de definitie van de term pensioen dus aangesloten dient te worden bij de nationale wetgeving van Nederland. De rechtbank toetst de invaliditeitsuitkering aan art. 18 Wet LB en concludeert dat sprake is van een pensioen en dat de uitkering voldoet aan de voorwaarden van art. 17 van het Verdrag. Hierin is bepaald dat (niet-overheids) pensioenen zijn belast in het woonland. Op grond van het tweede lid mag echter ook de bronstaat heffen indien het totale bedrag aan pensioenen afkomstig uit de bronstaat hoger is dan € 15.000 per jaar, hetgeen in casu het geval is. De heffing is dus aan Nederland toegewezen.

Door de wijziging van het verdrag is volgens belanghebbende de effectieve heffing met 1200% toegenomen. Belanghebbende is van mening dat Nederland deze hogere belasting heft in strijd met art. 1 EP EVRM¹²⁵. In dit artikel is het recht op ongestoord genot van eigendom vastgelegd. Tevens is bepaald dat in bepaalde situaties inmenging met dit recht geoorloofd is.

Uit vaste rechtspraak volgt dat bij belastingheffing wordt aangenomen dat sprake is van een inmenging met het recht op ongestoord genot van eigendom. Voor belastingzaken is daarom met name van belang of deze inmenging een wettelijke basis heeft die voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is en of de inmenging kan worden gerechtvaardigd. De rechtbank acht de Wet LB niet in strijd met art. 1 EP EVRM en acht ook het belastingverdrag voldoende toegankelijk en precies. Ten aanzien van de voorzienbaarheid is bepalend of bij de wijziging een redelijke en proportionele verhouding (‘fair balance’) bestaat tussen het met die afschaffing nagestreefde – legitieme- doel in het algemeen belang en de bescherming van individuele belangen. De rechtbank stelt hierbij voorop dat niet elke wijziging van een belastingverdrag leidt tot een verstoring van de ‘fair

¹²⁵ Art. 1 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

balance' en tot een door art. 1 EP EVRM verboden inbreuk op het ongestoorde genot van eigendom. Onder verwijzing naar de Hoge Raad¹²⁶ kunnen burgers volgens de rechtbank er in redelijkheid niet op vertrouwen dat de belastingverdragen ongewijzigd blijven. Daar komt in het geval van belanghebbende nog bij dat de wijziging van het verdrag reeds was overeengekomen (en bekend was gemaakt) ver voordat belanghebbende naar Duitsland verhuisde. Belanghebbende had de hogere belastingheffing derhalve kunnen zien aankomen.

Het overgangsrecht, dat een tijdelijke vermindering van het belastingtarief verleent voor natuurlijke personen die vanaf 12 april 2012 onafgebroken inwoner zijn van Duitsland, leidt volgens de rechtbank niet tot een belemmering in het kader van vrijheid van vestiging nu belanghebbende voor zijn uitkering niet hoger wordt belast dan een in Nederland woonachtige belastingplichtige met eenzelfde uitkering.

Ook het argument van belanghebbende dat zijn situatie rechtens en feitelijk vergelijkbaar is met de situatie van belastingplichtigen die wel gebruik kunnen maken van het overgangsrecht wordt door de rechtbank verworpen. De laatste groep belastingplichtigen woonde ten tijde van het ondertekenen en bekend worden van het nieuwe verdrag reeds in Duitsland en belanghebbende niet. Deze groep kon, in tegenstelling tot belanghebbende, bij de vestiging in Duitsland geen weet hebben van de wijziging van het verdrag. Belastingplichtige had voor zijn verhuizing wel al bekend kunnen zijn met de op dat moment reeds overeengekomen wijzigingen.

Gehele of gedeeltelijke belastingheffing over pensioenuitkeringen

Complexe overgangsbepalingen in combinatie met conflicterende wettelijke bepalingen leiden in de eerste uitspraak tot een lastige puzzel, die door de Hoge Raad opgelost moet worden. In de tweede uitspraak buigt de rechtbank zich over de vraag hoe de pensioenuitkeringen uit een pensioen dat deels gedurende een periode van arbeidsongeschiktheid is opgebouwd en waarbij men tevens in het buitenland verbleef, belast moet worden.

¹²⁶ ECLI:NL:HR:2018:589

Op pensioenuitkering is oude wetgeving van toepassing gebleven: saldomethode

De Hoge Raad (ECLI:NL:2019:1596) oordeelde op 18 oktober 2019 over een lastig vraagstuk. Belanghebbende heeft tussen oktober 1979 en medio augustus 1999 deelgenomen aan de pensioenregeling van de Wereldbank waaraan hij een eigen bijdrage betaalde van \$ 171.412,79. Hij woonde destijds in de Verenigde Staten. Sinds medio augustus 1999 ontvangt belanghebbende pensioenuitkeringen van de Wereldbank. In augustus 2010 ging dit om ruim € 78.000. Belanghebbende heeft in de aangifte IB/PVV van 2010 de waarde van de pensioenaanspraken vermeld onder de bezittingen van box III (inkomen uit sparen en beleggen). De inspecteur heeft echter een bedrag ad € 78.000 als inkomen van box I (inkomen uit werk en woning) aangemerkt. Volgens het hof¹²⁷ is dit terecht.

Partijen zijn het erover eens dat deze pensioenregeling naar Nederlandse maatstaven fiscaal onzuiver is, zodat ervan moet worden uitgegaan dat aanspraken op pensioenuitkeringen destijds (tijdens de opbouw) naar Nederlands nationaal recht tot het belastbare loon hebben behoord. Dit heeft tot gevolg dat die aanspraken en de daaruit voortvloeiende uitkeringen niet als loon kunnen worden aangemerkt, voor zover een wettelijk voorschrift niet anders bepaalt.

Tot en met 1994 was wettelijk geregeld dat uitkeringen uit een belaste aanspraak, niet tot het loon behoren. Dat is vanaf 1995 veranderd, maar voor bestaande aanspraken is overgangsrecht getroffen (art. 38 Wet LB (oud)). Doelstelling van dit artikel was om uitkeringen die na 1 januari 1995 zijn betaald maar waarvan de aanspraak vóór 1 januari 1995 tot het loon heeft behoord, vrij te stellen van heffing. Tot 1 januari 1995 was deze zogenoemde omkeerregeling vastgelegd in art. 11, lid 1, onderdeel g, Wet LB.

Het gedeelte van de pensioenuitkeringen dat voortvloeit uit aanspraken die reeds bestonden op 31 december 1994 worden in de procedure als deel 1 van de pensioenuitkeringen aangemerkt. Het gedeelte van de pensioenuitkeringen dat voortvloeit uit aanspraken die zijn ontstaan tussen 1 januari 1995 en medio augustus 1999 worden aangemerkt als deel 2 van de pensioenuitkeringen.

Nadat de Wet IB 2001 in werking was getreden is op grond van hoofdstuk 2, art. I, onderdeel O aanhef en onderdeel b Invoeringswet IB 2001, de saldomethode van

¹²⁷ ECLI:NL:GHSHE:2018:1970

art. 25, lid 1 letter g, Wet IB 1964 op deel 2 van de pensioenuitkeringen van toepassing gebleven. De saldomethode houdt in, dat er slechts over een bepaald bedrag belasting betaald hoeft te worden. Dit bedrag is het verschil tussen de uitkeringen en de totaal betaalde premies of koopsom.

Voor deel 1 van de pensioenuitkeringen is nadat de Wet IB 2001 in werking was getreden, art. 38 Wet LB (oud) blijven gelden. Het (latere) overgangsrecht van hoofdstuk 2 had geen effect voor deel 1 van de pensioenuitkeringen omdat hierop art. 38 Wet LB (oud) van kracht bleef.

Per 1 januari 2010 is art. 38 Wet LB (oud) komen te vervallen. Dit laat echter volgens de Hoge Raad onverlet dat op deel 2 van de pensioenuitkeringen de saldomethode van art. 25, lid 1 letter g, Wet IB 1964 van toepassing bleef.

Door het vervallen van art. 38 Wet LB (oud) per 1 januari 2010 heeft het overgangsrecht van hoofdstuk 2, art. I, onderdeel O aanhef en onderdeel b Invoeringswet IB 2001 effect gekregen voor deel 1 van de pensioenuitkeringen. Deze uitkeringen zijn aan te merken als op 31 december 2000 bestaande rechten op periodieke uitkeringen zoals in hoofdstuk 2 bedoeld. De vrijstelling op grond van de omkeerregeling uit art. 11, lid 1, onderdeel g, Wet LB is dus op grond van de eerbiedigende werking van genoemd artikel uit hoofdstuk 2 nog steeds van toepassing op deel 1 van de pensioenuitkeringen.

Verwijzing volgt om te bepalen welk gedeelte van de pensioenuitkering in het jaar 2010 betrekking heeft op deel 1 van de pensioenuitkeringen en welk deel betrekking heeft op deel 2 van de pensioenuitkeringen van belanghebbende.

Integrale heffing door Nederland over pensioenuitkering

Rechtbank Zeeland-West-Brabant (**ECLI:NL:RBZWB:2019:540**) boog zich op 12 februari 2019 over de vraag of Nederland heffingsbevoegd is ten aanzien van het gehele nabestaandenpensioen dat belanghebbende ontvangt. Wijlen echtgenoot heeft het pensioen door premiebetaling opgebouwd als zelfstandig medisch specialist. Vanaf het moment dat wijlen echtgenoot en belanghebbende emigreerden, heeft de opbouw van het pensioen plaatsgevonden op grond van premievrijstelling in verband met arbeidsongeschiktheid.

De heffing over het nabestaandenpensioen in Nederland vindt plaats op grond van art. 7.2, tweede lid, letter d, van de Wet IB, waarin is bepaald dat de heffing zich uitstrekt tot pensioenuitkeringen voorzover dat overeenstemt met het gedeelte van de ten laste van een onderneming in Nederland (de onderneming van wijlen echtgenoot) gebrachte premies.

Nu een deel (het buitenlandse deel) van de opbouw van het pensioen heeft plaatsvinden op basis van premievrijstelling in verband met arbeidsongeschiktheid, is het de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan. Belanghebbende en inspecteur verschillen van mening over het antwoord op de vraag of er een verdeelsleutel dient te worden toegepast waarmee moet worden gerealiseerd dat geen heffing plaatsvindt over dat gedeelte van het pensioen dat overeenstemt met het verblijf in het buitenland en de arbeidsongeschiktheid.

Bij de uitleg van de woorden 'voorzover' uit genoemd artikel slaat de rechtbank acht op de bedoeling van de wetgever. Gelet op de toelichtingen (Kamerstukken) moet de heffingswens van Nederland ingevolge genoemd artikel, in het onderhavige geval worden geacht zich uit te strekken tot dat gedeelte van de pensioenuitkeringen dat overeenstemt met het gedeelte dat de ten laste van de winst uit onderneming van de echtgenoot gebrachte premies deel uitmaakt van de in totaal voor die pensioenuitkeringen betaalde premies. Het feit dat de pensioenuitvoerder in verband met de arbeidsongeschiktheid de 'premiebetaling overnam'¹²⁸ betekent in feite dat het pensioen premievrij is gemaakt.

Omdat het totaal van de door de echtgenoot ter zake van de pensioenuitkeringen betaalde premies in mindering zijn gebracht op de (Nederlandse) winst uit onderneming is Nederland heffingsbevoegd over het geheel aan pensioenuitkeringen.

Geen toegestane pensioenuitvoerder

Om als stichting te kwalificeren als een toegestane pensioenuitvoerder dient voldaan te worden aan (onder andere) de voorwaarden voor de subjectieve vrijstelling in de vennootschapsbelasting. Wordt geoordeeld dat hier niet aan

¹²⁸ De 'premiebetaling' is feitelijk enkel een interne kwestie binnen het vermogen van de pensioenuitvoerder.

wordt voldaan, dan kan dit ook verstrekkende gevolgen voor de loonbelasting hebben zoals deze uitspraak laat zien.

Naheffing loonbelasting bij vermogensbeheerder i.v.m. belaste pensioenaanspraken

Rechtbank Noord-Holland (**ECLI:NL:RBNHO:2019:2501**) heeft op 15 maart 2019 uitspraak gedaan in een casus waarin belanghebbende in 2009 voor haar personeelsleden een pensioenregeling heeft getroffen, bestaande uit een beschikbare premiereregeling welke uitsluitend ziet op het variabele deel van het salaris. Over het vaste deel van het salaris wordt elders pensioen opgebouwd. De uitvoering van de beschikbare premiereregeling is ondergebracht bij een stichting. Belanghebbende is vermogensbeheerder, haar activiteiten bestaan onder meer uit arbitrage trading en zij is in 2009 aangesteld als vermogensbeheerder van die stichting.

Bedoelde stichting (een pensioenfonds) is afgelopen jaren veelvuldig betrokken geweest in diverse procedures. Zo oordeelde bijvoorbeeld in een bestuursrechtelijke procedure het College van Beroep voor het bedrijfsleven¹²⁹ dat de door de stichting gevoerde dividendarbitrage op grond van de Pensioenwet een verboden nevenactiviteit is en strijdig is met de ‘prudent person’ regel. Een fiscale procedure omtrent terugvordering van ten onrechte teruggevraagde dividendbelasting werd eveneens verloren¹³⁰ evenals de procedure omtrent schadeverhaal op De Nederlandse Bank¹³¹.

Bij de rechtbank Noord-Holland is in geschil of over 2010 en 2011 terecht loonheffing wordt nageheven van belanghebbende ter hoogte van de aan de werknemers toegekende pensioenaanspraken.

Belanghebbende is van mening dat de stichting een pensioenverzekeraar is in de zin van art. 19a, eerste lid, aanhef en letter a, Wet LB zodat sprake is van een zuivere pensioenregeling. De rechtbank overweegt dat een lichaam als pensioenverzekeraar kan worden aangemerkt als het is vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting op grond van art. 5, eerste lid, aanhef en letter b Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De Hoge Raad¹³² en rechtbank¹³³ hebben

¹²⁹ ECLI:NL:CBB:2016:323

¹³⁰ ECLI:NL:HR:2016:2122

¹³¹ ECLI:NL:GHAMS:2016:2389

¹³² ECLI:NL:HR:2016:2122

echter geoordeeld dat bedoelde stichting in 2010 en 2011 niet onder de genoemde vrijstelling van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 valt omdat niet werd voldaan aan de doelstellingen- en werkzaamhedentoets. Daaruit volgt dat voor deze jaren de stichting niet als pensioenverzekeraar kan worden aangemerkt. De aanspraken uit de pensioenregeling vallen dus niet onder de omkeerregeling van art. 11 Wet LB en dienen tot het loon te worden gerekend.

Het antwoord op de (vervolg)vraag wie dan als inhoudingsplichtige dient te worden aangemerkt, belanghebbende of de stichting, hangt af van het antwoord of de stichting in 2009 (het moment van totstandkoming van de pensioenovereenkomst) wel kwalificeerde als pensioenuitvoerder. De rechtbank is van mening dat dit niet het geval is, nu uit de stukken blijkt dat het voornemen ten aanzien van de in 2010 gestarte arbitrageactiviteiten al in 2009 bestond. De pensioenregeling was derhalve reeds bij aanvang onzuiver en dus is belanghebbende inhoudingsplichtige op grond van art. 6, eerste lid Wet LB.

Ten slotte

De opgenomen uitspraken laten een selectie van de diversiteit aan fiscale spelregels zien waar belastingplichtigen en de dagelijkse fiscale (pensioenadvies) praktijk mee geconfronteerd worden. Niet alle uitspraken hebben een verrassende uitkomst maar dit neemt niet weg dat zij voor de praktijk van toegevoegde waarde zijn.

Zo is het aantal belastingplichtigen waarbij sprake is van pensioen in eigen beheer de afgelopen twee jaren aanzienlijk afgenomen. Voor de directeur –grootaandeelhouders die toch nog een pensioen in eigen beheer hebben of het pensioen hebben omgezet in een oudedagsverplichting blijft het van belang te (blijven) voldoen aan de fiscale voorwaarden. Juist ook wanneer de financiële situatie te wensen overlaat. Een gewaarschuwd directeur-grootaandeelhouder telt voor twee. Het oordeel van de Hoge Raad inzake de saldomethode bewijst dat oude glorie niet vergaat. Oude wetgeving in combinatie met overgangsrecht kan zorgen voor complexiteit. Met het oog op de toekomst gericht is het de vraag of met het nieuwe pensioenstelsel en het daarbij behorende overgangsrecht, deze complexiteit zal verminderen of juist zal toenemen. De toekomstige fiscale rechtspraak zal het uitwijzen.

¹³³ ECLI:NL:RBNHO:2019:2500

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2019