



Kroniek Pensioenrechtspraak 2017

Kroniek Pensioenrechtspraak 2017

Nr. 6

Kroniek Pensioenrechtspraak 2017

Werkgroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2017

mr. Annemiek Cramer CPL	<i>advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl</i>
mr.drs. Edwin Schop CPL	<i>directeur pensioen & competence centre Meeùs</i>
mr. Hennie de Graaf CPL	<i>advocaat pensioenrecht PAL advocatuur</i>
mr. Jan Aart van de Hoef CPL	<i>advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl</i>
mr. Jorn de Bruin CPL	<i>advocaat arbeids- en pensioenrecht Van Doorne</i>
mr. drs. Petra van Straten CPL	<i>promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit</i>
mr. Ruud Derksen CPL	<i>advocaat pensioenrecht KienhuisHoving advocaten & notarissen</i>
mr. drs. Ralph van 't Hoff	<i>wetenschappelijk medewerker VvPj (eindredactie)</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. Hennie de Graaf CPL
mr. Saskia Mevissen CPL
mr. Corry van Herpen-Thuring CPL

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

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

©2018 Vereniging van Pensioenjuristen. Alle rechten voorbehouden.

Inhoudsopgave

Voorwoord

Lijst met afkortingen

Inleiding	13
1. Pensioenovereenkomst.....	15
<i>Edwin Schop</i>	
2. Wijziging van de pensioenregeling.....	31
<i>Hennie de Graaf</i>	
3. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en terugvordering pensioenpremies.....	43
<i>Ruud Derksen</i>	
4. Uitvoeringsovereenkomst.....	51
<i>Petra van Straten</i>	
5. Uitvoeringsperikelen bij pensioenuitvoerders	61
<i>Jorn de Bruin</i>	
6. Toezichtsuitoefening.....	75
<i>Petra van Straten</i>	
7. Pensioen en scheiding	81
<i>Annemiek Cramer</i>	
8. Fiscaal pensioenrecht	93
<i>Jan Aart van de Hoef</i>	

Voorwoord

Voor u ligt de Kroniek 2017. Als vereniging waarin heel veel kennis over het pensioenrecht samen komt, publiceert de Vereniging van Pensioenjuristen (VvPj) deze Kroniek sinds 2012! Inmiddels dus met recht een vaste uitgave van de VvPj te noemen.

Pensioen is en blijft spraakmakend. Ook al bleef het resultaat over de hervorming van het pensioenstelsel ook in 2017 nog uit. Het is werkgevers en vakbonden nog niet gelukt gezamenlijke hoofdlijnen te formuleren. Minister Koolmees heeft nu uitdrukkelijk aangegeven dat partijen een keuze moeten maken. Blijft deze keuze uit, dan kiest het kabinet een richting. Wij zijn benieuwd naar het antwoord op onder andere de volgende vragen:

- Aan welke uitgangspunten gaat het nieuwe pensioenstelsel voldoen?
- Hoe ziet de toekomst van de doorsneepremie eruit?
- Hoe groot is de markt van het APF?
- Heeft het Wetsvoorstel fuserende bedrijfstakpensioenfondsen nog onverwachte ontwikkelingen tot gevolg?
- Hoe verhouden de Europese communicatierichtlijnen zich tot de Nederlandse standaard?

De VvPj laat zich steeds meer horen. Naast de jaarlijkse Kroniek deelt de VvPj ook haar juridische mening over wetsvoorstellen. Met het uitreiken van de scriptieprijs zoekt de VvPj het podium bij de afstudeerders van de Leergang Pensioenrecht. De VvPj bruist!

De auteurs analyseerden de door hen geselecteerde uitspraken 2017. Zij schetsen voor ons de vaste lijn in de jurisprudentie of een breuk daarin. En waar nodig geven zij aan of de uitspraken aansluiten bij de ontwikkeling in de praktijk. De besproken uitspraken leiden niet direct tot nieuwe inzichten. Wel passen deze uitspraken in de huidige tijd.

Dank voor jullie enthousiasme bij het samenstellen van de Kroniek 2017!

Namens de VvPj,

mr. Corry van Herpen CPL

mr. Saskia Mevissen CPL

Februari 2018

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 2017 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2017 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2017.

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. drs. Edwin Schop CPL, directeur pensioen & competence centre Meeùs

Inleiding

Deze bijdrage gaat over het (wel of niet) tot stand komen van een pensioenovereenkomst en perikelen die spelen bij of na het einde van de arbeidsovereenkomst. Op dit onderwerp leverde 2017 geen baanbrekende rechtspraak, wel vermeldingswaardige uitspraken over de volgende onderwerpen:

- voorwaarden voor het bestaan van pensioenovereenkomst
- informatieplicht bij het niet aangaan van een pensioenovereenkomst ('afstandsverklaring')
- finale kwijting bij het einde van de arbeidsovereenkomst
- vorderen pensioenschade na einde arbeidsovereenkomst

Wel/niet pensioenovereenkomst

De Pensioenwet schrijft voor dat het aanbod tot het aangaan van een pensioenovereenkomst schriftelijk moet plaatsvinden (artikel 7 lid 1 PW), maar in de Pensioenwet zijn met betrekking tot de pensioenovereenkomst geen vormvoorschriften opgenomen. De algemene regels van het overeenkomstenrecht (aanbod en aanvaarding) zijn van toepassing.

Bestaan pensioenovereenkomst

Het ontbreken van vormvoorschriften houdt in dat aanbod en aanvaarding zowel mondeling als schriftelijk kunnen worden gedaan en uit een of meer gedragingen kunnen blijken (artikel 3:37 BW). De nota naar aanleiding van het verslag stelt dat voor aanvaarding geen 'handeling' van de werknemer is vereist. De rechtshandeling van aanvaarding kan gelet op artikel 3:37 BW ook uit het achterwege laten/blijven van feitelijke handelingen of mededelingen worden afgeleid. Zo kan uit een stilzwijgen de aanvaarding van het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst blijken, zeker in combinatie met andere omstandigheden zoals de uitvoering van de pensioenregeling in overeenstemming

met het aanbod en het informeren van de werknemer daarover.¹ Ook de **Rechtbank Noord Holland (31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4854)** oordeelde dat voor het bestaan van een pensioenovereenkomst niet uitsluitend een schriftelijke overeenkomst van belang is. Het bestaan van een pensioenovereenkomst kan, aldus de rechter, ook blijken uit feiten en omstandigheden. Zonder in te gaan op de details van deze sterk casuïstische uitspraak: van belang waren hier de omstandigheden dat concreet een pensioenregeling was genoemd in de arbeidsovereenkomst, er een overeenkomst was over de overdracht van pensioenverplichtingen en de verzekeraar nota's had verzonden.

Afstandsverklaring

Afstandsverklaringen blijven de gemoederen bezig houden. Verzekeraars en premiepensioen-instellingen staan een afstandsverklaring - terecht of onterecht - veelal niet toe. In de uitvoeringsovereenkomst wordt dan een bepaling opgenomen die de werkgever verplicht alle werknemers die kwalificeren als deelnemer in de zin van het pensioenreglement, aan te melden. Toch komt, met en zonder een dergelijke bepaling in de uitvoeringsovereenkomst, de afstandsverklaring in de praktijk nog veel voor. De werknemer wil niet deelnemen aan de pensioenregeling van de werkgever en de werkgever verleent hieraan zijn medewerking. De betreffende werknemer doet dan afstand van deelname, veelal door middel van een schriftelijke afstandsverklaring. Een zuiverder aanduiding is dat de werknemer een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst niet heeft aanvaard of het aangaan van een overeenkomst waarin is bepaald dat geen pensioenovereenkomst is gesloten.² Voor het leesgemak blijft het hierna 'de afstandsverklaring'. Een werkgever is niet verplicht om een pensioenovereenkomst met een werknemer tot stand te brengen. Afgezien van een aantal wettelijke beperkingen³ is er sprake van contractsvrijheid.⁴ De wet bepaalt niets over afstandsverklaringen met betrekking tot het verwerven van pensioenaanspraken, dus ook niet over de vormvereisten en de inhoud.

¹ Zie E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse & Commentaar* 2013, p. 117.

² *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/123.

³ Zie E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse & Commentaar* 2013, par. 4.4.8

⁴ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, 3, p. 13 en 222.

Soms komt het voor dat de werknemer - of na zijn overlijden zijn partner - later op de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring terugkomt. Het verweer wat in dat laatste geval wordt ingeroepen is veelal dat:

- de overlevende partner niet heeft ingestemd met de afstandsverklaring;
- de werkgever de werknemer – en/of de overlevende partner – niet juist/onvolledig heeft geïnformeerd over de gevolgen van het doen van afstand;
- pensioen als essentieel beding is te zien van de arbeidsovereenkomst.

Kern van het laatstgenoemd verweer is de gedachte dat bij aanvaarding van een arbeidsovereenkomst zonder aanvaarding van het daarvan onderdeel uitmakende aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, een arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand komt. Gezien het belang van de arbeidsvoorwaarde pensioen in de totale waarde van het arbeidsvoorwaardenpakket kan leiden tot de gedachte dat de pensioenregeling niet als een ondergeschikt punt kan worden gezien, als bedoeld in de norm van artikel 6:225 BW.⁵

In geval van het (juist) informeren geldt dat de werkgever ten aanzien van pensioen geen expliciete precontractuele informatieplicht heeft. Er zijn geen wettelijke bepalingen die zien op een verplicht informeren van de werknemer over de inhoud van de pensioenregeling voorafgaande aan de indiening, deelname aan de pensioenregeling of het (voorgenomen) besluit (van de werknemer) om niet aan de pensioenregeling deel te (gaan) nemen. Daarentegen is wel de wettelijke zorgplicht uit hoofde van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) op de (toekomstige) rechtsbetrekking van de werkgever en de werknemer van toepassing. Pensioen is complexe materie, kan leiden tot een forse financiële bijdrage van de werknemer en het resultaat wordt - zo overweegt de werknemer vaak - in de verre toekomst pas concreet. Onbegrip en desinteresse voert dan snel de boventoon. In zo'n geval kan van de werkgever worden verwacht de werknemer duidelijk te informeren over de mogelijke gevolgen van het voorgenomen besluit van de werknemer (om niet deel te nemen aan de pensioenregeling). Met bijzondere aandacht voor de situatie van een onverhoopt 'vroeg' overlijden of het intreden van arbeidsongeschiktheid. Bij later onheil loopt

⁵ Zie E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013, p. 108 en de aldaar (voetnoot 27) aangehaalde rechtspraak.

de werkgever het risico dat hem verzuim van deze zorgplicht worden tegengeworpen.

Over de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring oordeelde ook de **Rechtbank Limburg op 28 juni 2017 (ECLI:NL:RBLIM:2017:6071)**. Voorafgaand aan de indiensttreding heeft de werkgever aan de werknemer een afstandsverklaring met betrekking tot de pensioenregeling aangeboden. De werknemer en haar toenmalige partner hebben deze afstandsverklaring ondertekend. Naar het oordeel van de rechter heeft de werknemer met het ondertekenen van de afstandsverklaring ervoor gekozen om geen pensioenovereenkomst te sluiten. Volgens de rechter is, in tegenstelling tot de werknemer beweerde, niet komen vast te staan dat zij de verklaring onder druk heeft ondertekend. Tevens acht de rechter het ongeloofwaardig dat de werknemer het stuk niet zou hebben gelezen, terwijl ze het wel mee naar huis heeft gehad, zoals de werknemer ter zitting zelf heeft verklaard. Nu de werknemer het stuk thuis heeft gehad, heeft zij aldus de mogelijkheid gehad het in alle rust te lezen en bij eventuele onduidelijkheden daarover aan haar werkgever vragen te stellen of van ondertekening af te zien. Uit het vonnis is niet duidelijk op te maken wat exact aan informatie is verstrekt en wat de inhoud is van de afstandsverklaring. Gezien de vordering van de werknemer is geen informatie verstrekt over de (individuele) gevolgen van het ondertekenen van de afstandsverklaring en komen onduidelijkheden (dus ook de – individuele – gevolgen van geen deelname) volgens de rechter voor rekening van de werknemer. Voor zover de werknemer het stuk niet heeft gelezen is dit dus een omstandigheid die voor haar eigen risico dient te komen. De stelling van de werknemer dat met het tekenen van de arbeidsovereenkomst ook een pensioenovereenkomst tot stand moet zijn gekomen is verder niet onderbouwd, en door de werkgever betwist. De rechter is hier verder niet op ingegaan.

Het voorgaande leidt tot het oordeel dat er geen grond is voor vernietiging van de overeenkomst. Opgemerkt zij nog dat de rechter voorbij gaat aan de — overigens door de werkgever bestreden — stelling van de werknemer, dat de werkgever haar niet (als een goed werkgever ex 7:611 BW, ES) heeft geïnformeerd over de gevolgen van de afstandsverklaring. Dit omdat de werknemer zich niet op dwaling (ex artikel 6:228 BW, ES) heeft beroepen en ook geen schadevergoeding (ex artikel 6:162 BW, ES) heeft gevorderd.

Het Hof Den Bosch (24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:612) formuleerde eerder⁶ dat een werkgever zijn werknemer zodanig moet informeren dat deze beschikt over alle relevante informatie die noodzakelijk is voor een deugdelijke afweging van belangen en risico's bij het nemen van de beslissing om afstand te doen. Daarbij was, aldus het hof, ook van belang dat de werknemer een hbo-opleiding had genoten en dat de werknemer uit hoofde van zijn functie binnen het managementteam van de werkgever betrokken was geweest bij het overleg en de besluitvorming over de pensioenregeling. Kortom, bij afstandsverklaringen moet de werkgever zijn werknemer zo informeren dat die beschikt over alle relevante informatie die noodzakelijk is voor een deugdelijke afweging van belangen en risico's verbonden aan de afstandsverklaringen.

Het oordeel van de **Rechtbank Zeeland-West Brabant op 2 augustus 2017 (niet gepubliceerd, zaak/rolnr. 5628571 CV EXPL 17-52)** daarentegen ging een andere kant op. In 2000 was in de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de (in 2013 overleden) werknemer de bepaling opgenomen dat tussen partijen geen pensioenregeling is overeengekomen. In 2001 heeft de werkgever binnen de onderneming een pensioenregeling ingevoerd. De werknemer en zijn partner hebben op dat moment een afstandsverklaring ondertekend en nemen niet deel aan deze pensioenregeling. Het geschil gaat onder meer over de echtheid van de handtekening van de partner. Echter, de rechter komt aan dit vraagstuk niet toe. De werknemer voldoet aan de beschrijving van “deelnemer” zoals dit is opgenomen in het pensioenreglement. Het is, zo oordeelt de rechter, op grond van het pensioenreglement niet mogelijk om afstand te doen van de verplichte onderdelen van de pensioenregeling. De werknemer had dan ook geen keuze om niet deel te nemen aan de pensioenregeling. De werkgever had de werknemer, aldus nog steeds de rechter, de afstandsverklaring niet kunnen laten ondertekenen. De gevolgen hiervan komen daarom voor zijn rekening.

Dit lijkt mij een principieel onjuist oordeel. De rechter oordeelt dat er op basis van het pensioenreglement wordt deelgenomen en de werknemer hiervan geen afstand kan doen. Enige juiste lijkt mij dat de werkgever de werknemer een aanbod doet en dit aanbod door de werknemer niet wordt aanvaard. Zo komt er geen pensioenovereenkomst tot stand, is de werknemer geen deelnemer

⁶ Het ging hier om de omzetting van een verplichte naar een vrijwillige deelname aan een Anw-hiaatverzekering.

(geworden) in de zin van het pensioenreglement en wordt nergens afstand van gedaan. In dat opzicht is ‘afstandsverklaring’ ook een misleidende term.

Het komt ook voor dat de overlevende partner van de inmiddels overleden (ex-) werknemer op de afstandsverklaring terugkomt. Er is dan namelijk geen uitkering van een nabestaandenpensioen bij overlijden. Om te beginnen, in de praktijk is er nogal eens verwarring of de partner moet instemmen met de afstandsverklaring (al dan niet via ondertekening). Niet vereist is dat de partner de pensioenovereenkomst medeondertekent. Is dan wel vereist dat de partner de ‘verklaring tot niet aanvaarding’ medeondertekent? Dat blijkt nergens uit. De partner is tenslotte behalve begunstigde verder geen partij bij de arbeids- en pensioenovereenkomst, en (dus) ook niet bij de afstandsverklaring. Ook het Hof Den Bosch (24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:612) oordeelde dat instemming van de partner niet is vereist.⁷ Echter, eerder oordeelde de Rechtbank Oost-Nederland (9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:3366) in een tussenvonnis, nu voor het rechtsgeldig afstand doen van deelname aan de pensioenregeling was voorgeschreven dat de partner meeondertekent de werkgever ook de echtheid van die handtekening (wat de partner in dit geval betwistte) had moeten controleren.⁸

In een uitspraak van de **Rechtbank Amsterdam op 27 maart 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:2068)** staat de vraag centraal hoe proactief de werkgever zijn werknemer moet informeren over de persoonlijke gevolgen van een afstandsverklaring. De pensioenregeling kende de mogelijkheid tot vrijwillige deelname aan het partnerpensioen. De werknemer vulde bij indiensttreding het ‘Keuzeformulier vrijwillige onderdelen’ in. Bij de keuzemogelijkheden vulde hij ‘nee’ of ‘n.v.t.’ in bij het onderdeel partnerpensioen. Zowel de werknemer als de partner ondertekenden het formulier. Vervolgens overleed de werknemer kort daarna. De partner stelde dat de werkgever onvoldoende, misleidende, onduidelijke en/of tegenstrijdige informatie zou hebben verstrekt met betrekking tot het doen van afstand door de werknemer van deelname aan de partnerpensioenregeling. Uit het vonnis is niet duidelijk op te maken welke informatie de werkgever exact aan de werknemer heeft verstrekt. Het lijkt erop dat dit ten aanzien van de keuzemogelijkheden (waaronder het partnerpensioen)

⁷ Zie ook: E. Schop, ‘Zorgplicht ten opzichte van de partner’, PensioenAdvies 2015/51.

⁸ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze uitspraak: E. Schop, ‘Bommetje onder afstandsverklaring?’, PensioenAdvies 2013/17.

alleen in algemene bewoordingen is gebeurd. En niet over de gevolgen van wel/geen deelname, mogelijk van belang gezien zijn specifieke privésituatie. Naast zijn partner liet de werknemer namelijk twee minderjarige kinderen na, waarvan één meervoudig gehandicapt.

De werkgever organiseerde voor nieuwe werknemers (uiterlijk twee maanden na indiensttreding) een pensioenbijeenkomst. Tijdens zo'n bijeenkomst werden werknemers geïnformeerd over de pensioenregeling en kregen zij de mogelijkheid de individuele omstandigheden met een pensioenadviseur te bespreken, om daarna de gemaakte keuzes te wijzigen. Ook de betreffende werknemer was voor een degelijke bijeenkomst uitgenodigd maar is er niet naar toegegaan. Heeft de werkgever met dit alles de werknemer voldoende geïnformeerd over mogelijke gevolgen van de afstandsverklaring (het tekenen van het keuzeformulier)?

Over de verstrekte informatie oordeelt de rechter dat in alles duidelijk was weergegeven dat de regeling bestaat uit een verplicht en een vrijwillig deel waarbij alleen het vrijwillige deel betrekking heeft op het partnerpensioen. En dat de informatieplicht niet zo ver gaat dat de werkgever werknemers actief voor de individuele gevolgen van keuzes meer informatie dient aan te bieden dan dat de werkgever hier heeft gedaan. Ook niet nu de werkgever in dit specifieke geval op de hoogte was van de privésituatie.

De vraag is echter of het (bij herhaling) vermelden dat er zowel een verplicht als een vrijwillig deel (altijd) voldoende is. Op grond van het oordeel van de rechter kan worden gesteld dat de werkgever de werknemer niet proactief hoeft te informeren over de individuele gevolgen van diens pensioenkeuzes, onder de voorwaarde dat:⁹

- de werknemer een keuzeformulier ondertekent en daarop handgeschreven afstand doet van deelname aan de partnerpensioenregeling (in dit geval door bij elke keuzemogelijkheid het woord 'nee' of 'n.v.t.' in te vullen);
- de werknemer wordt gewezen op het feit dat er een keuze moet worden gemaakt waar die keuze betrekking op heeft;
- de werknemer de mogelijkheid heeft tot het deelnemen aan een (collectieve) toelichting;
- de werknemer zijn individuele gevolgen kan bespreken met een pensioenadviseur.

⁹ Zie ook T. Huijg, '(In)formeren over) de afstandsverklaring: het luistert nauw', *PensioenMagazine* 2017/123.

Of een werkgever ook aan zijn informatieverplichting voldoet als niet aan deze voorwaarden wordt voldaan – en zich dus beperkt tot algemene informatie – blijkt niet deze uitspraak. Ook in het hiervoor genoemde tussenvonnis van de rechtbank te Apeldoorn stelt de rechter zich de vraag of de werknemer zich bewust was van de financiële consequenties bij het doen van afstand.¹⁰ Volgens de rechter heeft een werkgever een (precontractuele) informatieplicht die inhoudt dat hij de werknemer volledig en juist informeert over de mogelijke gevolgen van afstand, in het bijzonder wat betreft de positie van nabestaanden. Aan deze informatieplicht had deze werkgever niet voldaan.

Belanghebbenden (de werkgever, de adviseur, maar ook de pensioenuitvoerder) blijven gewaarschuwd:

- overleg het niet (willen) deelnemen van een individuele werknemer aan een collectieve regeling met de pensioenuitvoerder;
- licht de werknemer de individuele gevolgen (in cijfers) toe (bij voorkeur in de afstandsverklaring zelf);
- stel geen bijzondere voorwaarden aan de (totstandkoming van de) afstandsverklaring. Het vooraf medeondertekenen van de partner is niet vereist, terwijl het achteraf tot (bewijs)problemen kan leiden;
- en voor de belanghebbende die op zeker wil varen ('better safe than sorry'), laat de partner de betreffende verklaring (toch) ondertekenen, maar controleer dan wel de handtekening(en) op echtheid (door persoonlijke ondertekening in bijzijn of door controle van een verplicht bijgesloten kopie van het identiteitsbewijs).

Einde arbeidsovereenkomst: finale kwijting pensioen

Als een werkgever en een werknemer (met wederzijdse instemming) de arbeidsovereenkomst wensen te beëindigen is het gebruikelijk een zogenaamde vaststellingsovereenkomst overeen te komen (artikel 7:900 BW). Een vast onderdeel van deze vaststellingsovereenkomst is de finale kwijting. De bedoeling van deze finale kwijting is dat partijen, na uitvoering van wat in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen, niets meer van elkaar te vorderen hebben. In de praktijk blijkt echter dat de finale kwijting niet in alle gevallen zo finaal is. In de rechtspraak zijn meerdere uitspraken gewezen waarin er tussen partijen een meningsverschil bestaat over de vraag of pensioenschade onder de

¹⁰ E. Schop, 'Bommetje onder afstandverklaring?', PensioenAdvies 2013/17.

finale kwijting valt. De Hoge Raad heeft eerder (**2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1948**) geoordeeld dat een nadere motivering vereist kan zijn als niet direct kan worden aangenomen dat partijen met de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen finale kwijting ook de pensioenschade hebben bedoeld. Volgens de Hoge Raad is voor de beoordeling van het voorgaande van belang wat partijen precies hadden afgesproken over de pensioenschade en hoe ze dat over en weer mochten begrijpen. De vraag of de inhoud van de vaststellingsovereenkomst nu allesomvattend is of dat een beroep op het beding over finale kwijting zal slagen, hangt mede af van de uitleg die partijen hieraan mogen geven. Hoewel de tekst van de overeenkomst een belangrijk aanknopingspunt biedt, gaat het bij de uitleg van een vaststellingsovereenkomst uiteindelijk om de vraag wat partijen hebben bedoeld en van elkaar mochten begrijpen (de zogenaamde Haviltex-norm).¹¹ Van belang zijn dus ook om de omstandigheden en de context. Zo kunnen de duur en intensiteit van onderhandelingen en ondersteuning door juridische dienstverleners belangrijke aanwijzingen zijn.¹²

In 2017 speelde in twee gevallen het finale kwijtingsbeding in combinatie met pensioen. Het **Hof Den Bosch (19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4031)** oordeelt over de vraag of partijen met de wegens het einde van de arbeidsovereenkomst gesloten vaststellingsovereenkomst ook het bestaande pensioengeschil hebben geregeld. Het pensioengeschil ziet op het karakter van de tussen de werkgever en werknemer geldende pensioenovereenkomst: is sprake van een eindloon- of een middelloonregeling? Het aanbod van de werkgever met betrekking tot de inhoud van de vaststellingsovereenkomst wordt per brief van 8 februari 2011 door de werknemer verworpen en schrijft:

“9. Met uitzondering van de verplichtingen voor uw organisatie, voortvloeiende uit de pensioenregeling voor cliënte, verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting met inachtneming van het bovenstaande. Voor wat betreft de pensioenregeling wordt momenteel door een onafhankelijke pensioenconsulent onderzoek gedaan naar de vaststelling van de pensioenverplichtingen en of het daarbij geboden bedrag daarvoor toereikend is. Om die reden wordt het onderwerp pensioen uitgezonderd van de finale kwijting

¹¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3171.

¹² Zie bijvoorbeeld het Hof Arnhem 18 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC5301.

onder punt 9. en zal ik naar verwachting eind deze week/begin volgende week op dit onderwerp bij u terugkomen.”

In de reactie hierop van de werkgever (brief van 14 februari) wordt niet inhoudelijk ingegaan op enige pensioenkwestie. Aan het eind van de brief staat opgenomen: *“Voor het overige blijft het voorstel in mijn brief van 8 februari j.l. onverkort gehandhaafd.”* Daarna antwoordt de werknemer op 21 februari 2011 schriftelijk op dit voorstel waarbij niet wordt ingegaan op het onderdeel pensioen. Bij brief van 22 februari 2011 biedt de werknemer een concept-vaststellingsovereenkomst aan aan de werkgever. In het begeleidend schrijven staat onder meer vermeld: *“Wij gaan (...) akkoord met de door u voorgestelde regeling. Ik heb een concept van een vaststellingsovereenkomst bijgevoegd met het verzoek aan u om mij te voorzien van uw aan- en/of opmerkingen.”*

De werkgever heeft vervolgens met een e-mail op 22 februari 2011 puntsgewijs gereageerd op het concept van de vaststellingsovereenkomst. In die e-mail worden geen opmerkingen gemaakt over het in artikel 14 (hierna weer te geven) opgenomen kwijtingsbeding. Op 24 februari 2011 is de vaststellingsovereenkomst overeengekomen. Deze bevat, voor zover hier relevant, de navolgende tekst:

“(…)

Pensioen

Werkneemster kan aan de door Werkgever ten behoeve van Werkneemster afgesloten pensioenvoorziening blijven deelnemen tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Werkgever zal tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd van Werkneemster maandelijks de pensioenbijdrage, welke in hoogte gelijk is aan de voor Werkgever per januari 2011 geldende pensioenbijdrage aan het pensioenfonds voldoen.

De eigen bijdrage van Werkneemster ten behoeve van deze pensioenvoorziening wordt door Werkgever ingehouden op de hiervoor omschreven suppletie en aan het pensioenfonds afgedragen. In het geval er een bruto uitkering dient plaats te vinden als bedoeld in artikel 3, dan zal het bedrag dat gemoeid is met de toekomstige premieafdrachten op deze uitkering in mindering worden gebracht.

(…)

Finale kwijting

Met deze vaststellingsovereenkomst hebben partijen een uitputtende allesomvattende regeling getroffen. Na voldoening van vorenstaande verplichtingen zullen partijen jegens elkaar dan ook geen verdergaande verplichtingen meer hebben uit hoofde van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bonus en/of winstregeling, pensioenvoorziening of uit welke andere hoofde dan ook en verlenen partijen elkaar finale kwijting.

(...)”

De voorliggende vraag is nu of het geschil over het karakter van de pensioenovereenkomst (eindloon of middelloon) valt onder de reikwijdte van de vaststellingsovereenkomst of niet. Het hof stelt vast dat in het in de vaststellingsovereenkomst opgenomen kwijtingsbeding een niet op enigerlei specifieke wijze omschreven finale kwijting wordt verleend ter zake “pensioenvoorziening”. De werkgever neemt het standpunt in dat daaronder alle mogelijke kwesties rondom het pensioen vallen. De werknemer bestrijdt dit: het kwijtingsbeding ziet niet op aanspraken die voortvloeien uit het geschil over de vraag of een pensioen is aangeboden op basis van een eindloonregeling of op basis van een middelloonregeling.

Met toepassing van de *Haviltex*-maatstaf merkt het hof in de eerste plaats op dat de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen doordat de werkgever akkoord is gegaan met een daartoe door de werknemer gedaan voorstel. Daaruit volgt dat de vaststellingsovereenkomst niet tot stand is gekomen op basis van een nieuw tegenvoorstel door de werkgever en deze akkoord was met de regeling zoals die is voorgesteld door de werknemer in de brieven van 8 februari 2011 en 21 februari 2011. In de brief van 8 februari 2011 had de werknemer een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de pensioenclausule, welk voorbehoud terugkwam in de brief van 21 februari 2011. Bij de aanbieding van het concept van de vaststellingsovereenkomst heeft de werkgever niet expliciet aangegeven dat daarin bepalingen waren opgenomen die niet waren opgenomen in het voorstel van de werknemer of die afweken van daarin opgenomen bepalingen. De werkgever heeft in haar reactie (brief van 22 februari 2011) niet verwezen naar het kwijtingsbeding, noch aangegeven wat haar bedoeling was bij het opnemen van “pensioenvoorziening” in het kwijtingsbeding. Daarbij komt dat in de

correspondentie voorafgaand aan de brief van 22 februari 2011 de kwestie “middelloon of eindloon” in het geheel niet aan de orde is gekomen. Het hof oordeelt dat het geschil over eindloon of middelloon bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst niet als geschilpunten zijn onderkend en niet als zodanig zijn besproken. De werkgever kon onder deze omstandigheden er niet op vertrouwen dat de werknemer zonder meer bereid was om afstand te doen van alle vorderingsrechten met betrekking tot haar pensioen, ook rechten die haar op dat moment nog niet bekend waren.

Ook de **CRvB (4 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1676)** mocht zich buigen over de uitleg van een vaststellingsovereenkomst over pensioenafspraken. De werknemer betwist dat partijen hebben beoogd om daarin een allesomvattende finale regeling te treffen voor alle aspecten van de beëindiging van het dienstverband. Het financieel nadeel dat de werknemer ondervindt door het vervallen van zijn voorwaardelijk pensioendeel (FPU-regeling bij het ABP) maakt volgens hem geen onderdeel uit van de clause over finale kwijting. De Raad oordeelt daarentegen dat expliciet is vermeld dat finale kwijting wordt verleend over wat partijen van elkaar te vorderen mochten hebben. Partijen hebben, aldus de Raad, met deze clause onmiskenbaar beoogd een finale regeling te treffen voor alles wat betrekking heeft op de beëindiging van het dienstverband. Daaronder vallen dus ook (de gevolgen voor) eventuele pensioenrechten.

De werknemer liet zijn (naar mijn mening) creatieve geest de loop door in te brengen dat het recht op voorwaardelijk pensioen pas ontstaat als aan de voorwaarden wordt voldaan, zodat het hier gaat om een toekomstige vordering die niet onder het bereik van de vaststellingsovereenkomst valt. Ook kon de vordering, aldus de werknemer, bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst niet bekend zijn. De Raad gaat hier niet in mee. De werknemer kon immers al vóór het sluiten van de vaststellingsovereenkomst ermee bekend zijn dat hij voorwaardelijk pensioen kreeg toegezegd en dat hij aanspraak maakte op uitbetaling van dit extra pensioen, mits het dienstverband tot aan de datum van zijn pensionering in stand zou blijven. De werknemer wist dus ook dat het uitzicht op dit extra pensioen bij uitdiensttreding verloren zou gaan. Tevens werd de werknemer tijdens de onderhandelingen bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener. Het behoorde, aldus de Raad, tot de verantwoordelijkheid van de werknemer, om in de vaststellingsovereenkomst (ook) voor dit onderwerp een

voorbehoud te make als hij deze pensioenrechten buiten de finale kwijting had willen houden.

Geen nieuwe inzichten maar ook hier weer een “alert”: het belang om het beding in de vaststellingsovereenkomst omtrent finale kwijting zo zorgvuldig mogelijk te formuleren en de pensioensituatie vooral zorgvuldig in kaart te brengen.

Na einde arbeidsovereenkomst

Voor het overeenkomen van een pensioenovereenkomst is het bestaan van een arbeidsovereenkomst een vereiste. Dat betekent dat wanneer een afspraak over pensioen wordt gemaakt nadat de dienstbetrekking is geëindigd, dit niet als pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet wordt aangemerkt. Het gaat op dat moment niet om een afspraak met een werknemer, maar een gewezen werknemer. Een na het einde van de arbeidsovereenkomst overeengekomen aanvulling op een reeds tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst overeengekomen pensioenregeling, kan daarentegen wel als onderdeel van een pensioenovereenkomst worden beschouwd. Er is dan immers, zo zegt de memorie van toelichting, niet een ‘geheel nieuwe’ pensioenovereenkomst.¹³ De Pensioenwet verhindert echter niet dat een pensioenovereenkomst met terugwerkende kracht wordt aangegaan.¹⁴

Niet zozeer het na het einde van de arbeidsovereenkomst overeenkomen van een pensioen-overeenkomst maar het na het einde van de arbeidsovereenkomst gebruik maken van een beding uit de pensioenovereenkomst stond centraal in een oordeel van de **Rechtbank Midden (22 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5820)**. De vraag was in hoeverre een voormalig werknemer alsnog pensioenschade op de werkgever kan verhalen als gevolg van het niet kunnen deelnemen aan de mogelijkheid om na het einde van het dienstverband vrijwillig te blijven deelnemen aan de pensioenregeling van het pensioenfonds. Wat was er aan de hand? De werknemer nam tijdens het dienstverband verplicht deel aan de pensioenregeling van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (hierna te noemen: PFZW). Deze pensioenregeling kent een mogelijkheid om na het einde van het dienstverband de deelname nog gedurende een bepaalde periode voort te

¹³ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 13.

¹⁴ Zie E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse & Commentaar* 2013, p. 108 en 133.

zetten. Een voorwaarde¹⁵ om vrijwillig de deelname na einde van het dienstverband voort te kunnen zetten was dat de werknemer een wachtgelduitkering moest ontvangen. Bij het einde van het dienstverband werd aan de werknemer echter de wachtgelduitkering geweigerd door de werkgever. De werknemer liet het daar niet bij zitten en spande een procedure aan. Die procedure duurde bijna twee jaar voordat eindvonnis werd gewezen. De rechter wees alsnog de vordering van de werknemer toe en de werkgever moest dus nog alsnog wachtgeld betalen. Vervolgens meldde de werknemer zich bij PFZW en gaf aan gebruik te willen maken van een voortgezette vrijwillige deelname na het einde van het dienstverband. PFZW wees echter het verzoek tot vrijwillige voortzetting af omdat het verzoek daartoe binnen zes maanden na het einde van het dienstverband had moeten worden gedaan. Wat niet was gebeurd.

PFZW was ook niet genegen om coulance halve de vrijwillige voortzetting toe te staan. De werknemer liet het er ook dit keer niet bij zitten en spande een procedure aan tegen opnieuw de werkgever. De werknemer was van mening dat de werkgever aansprakelijk kon worden gehouden voor het tekort in de pensioenopbouw gedurende de periode dat vrijwillig had kunnen worden voortgezet. Had de werkgever namelijk het wachtgeld wel direct betaald, aldus de werknemer, dan was de vrijwillige deelname wél mogelijk geweest.

De rechter is echter van oordeel dat een causaal verband tussen de handelswijze van de werkgever en de geleden schade door de werknemer ontbreekt. Zo heeft de werknemer toen de werkgever de verschuldigdheid van het wachtgeld betwistte, geen enkele aanspraak gemaakt op enige betalingsverplichting van pensioenpremie noch een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de gestelde financiële onmogelijkheid om de pensioenopbouw vrijwillig voort te zetten.

De gestelde schade is, zo oordeelt de rechter, ontstaan omdat de werknemer verstoken is geweest van het gebruik van de wachtgelduitkering (mede) ten behoeve van de voortzetting van de pensioenopbouw. Wil er sprake zijn van de plicht tot vergoeding van schade dan moet eerst wel komen vast te staan dat sprake is van enig causaal verband tussen (doen of nalaten van) handelen en het ontstaan van de schade.

¹⁵ Bepaald in de van toepassing zijnde CAO.

Dat was hier het geval geweest als:

- de werkgever bij het einde van het dienstverband per 1 oktober 2011 het besluit tot toekenning van wachtgeld meteen had genomen;
- de werknemer dan gebruik had gemaakt van de vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw;
- de werkgever dan pensioenpremie voor de werknemer had betaald aan PFZW; en
- de werknemer dan de gestelde schade niet zou hebben geleden.

Maar dat is volgens de rechter een te ver verwijderd verband zodat causaliteit ontbreekt. De werknemer had dit namelijk kunnen ondervangen door wel binnen de gestelde termijn aanspraak te maken op de vrijwillige voortzetting bij PFZW. De discussie over de premiebetaling had dan aangehouden kunnen worden tot het moment dat er duidelijkheid zou zijn over het wachtgeld.

Het is dus voor een deelnemer/werknemer van groot belang om alert te zijn op termijnen als men aanspraak wil maken op een vrijwillige voortzetting. Dit is geen vanzelfsprekendheid en niet ieder pensioenreglement voorziet er (op dezelfde wijze) in.

2. Wijziging van de pensioenregeling

mr. Hennie de Graaf CPL, advocaat PAL Advocatuur

Inleiding

Jurisprudentie over de wijziging van de pensioenregeling was er ook in 2017. In deze bijdrage bespreek ik de juridisch meest interessante uitspraken behandelen. Eerst volgt een aantal uitspraken met betrekking tot de informatieplicht van de werkgever bij de wijziging van de pensioenregeling. Die rijkt onder omstandigheden ver, zo zal blijken. Ik besluit met een uitspraak waarin – nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd - een toeslagregeling wordt ingevoerd. Voor de volledigheid wijs ik op een uitspraak van de kantonrechter te Roermond van 8 november 2017 (**ECLI:NL:RBLIM:2017:10722**) waarin de kantonrechter oordeelde dat een verhoging van de pensioenrichtleeftijd door een pensioenfonds geen doorgang kon vinden. Deze uitspraak wordt behandeld in het artikel van Jorn de Bruin over de uitvoeringsperikelen van pensioenuitvoerders.

De informatieplicht van de werkgever bij de wijziging van de pensioenregeling.

In het CZ-arrest (**Hoge Raad: 12 februari 2010, PJ 2010/69**) heeft de Hoge Raad voorop gesteld dat de gewone regels voor het tot stand komen van overeenkomsten gelden bij de wijziging van de pensioenregeling. De Hoge Raad voegt daar wel aan toe dat “gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever slechts erop mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust (onderstreping HdG) met die wijziging heeft ingestemd. Dit ging volgens de Hoge Raad niet zover dat de rechter steeds met zoveel woorden moet vaststellen dat de instemming ondubbeltzinnig (onderstreping HdG) is.

Door de Hoge Raad wordt verschil gemaakt tussen de situatie die in het CZ-arrest speelde en de situatie dat een werkgever een voorstel doet tot salarisverlaging waarover hij oordeelde op 28 mei 1999 (**ECLI:NL:HR:1999:ZC2921**) (“*Kuypers II*”). Dit laatste arrest betrof een situatie waarin de werkgever – zonder voorafgaand overleg – een voorstel tot salarisverlaging doet tijdens een door de werkgever met het voltallig personeel gehouden vergadering met welk voorstel de werknemer hoogstens stilzwijgend had ingestemd. In die situatie was een ondubbelzinnige instemming vereist. De situatie in het CZ-arrest was anders omdat de werkgever – kort gezegd – een zorgvuldig traject had gevolgd waar het de wijziging van de pensioenovereenkomst betrof. Een ondubbelzinnige instemming is dan geen voorwaarde voor een rechtsgeldige wijziging. Een welbewuste instemming is dan voldoende. Het is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval of een ondubbelzinnige instemming dan wel een welbewuste instemming is vereist bij de wijziging van de pensioenovereenkomst.

In een noot bij dit arrest, vat O. van der Kind, met verwijzing naar jurisprudentie over de voorwaarden die worden gesteld bij het wijzigen van een andere arbeidsvoorwaarde dan pensioen, de wijze waarop een goed werkgever de werknemer dient te informeren bij een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden als volgt samen:

“De regel die uit Kuypers II, Bos/Pax Integrated en het hier besproken arrest kan worden afgeleid, is dat een goed werkgever zijn werknemer volledig en juist informeert over de gevolgen van een voor de werknemer nadelig voorstel, en daarover bij voorkeur ook van tevoren met de werknemer in overleg treedt. Hij moet de werknemer ‘met open vizier’ tegemoet treden. Doet hij dat, dan geldt de eis dat de instemming van de werknemer met het voorstel moet blijken uit een ondubbelzinnige verklaring, in beginsel niet. Onjuiste en/of onvolledige informatieverstrekking door de werkgever zal echter wel kunnen leiden tot de toepasselijkheid van die eis.”

Het voorgaande wordt ook bevestigd in het arrest van de **Hoge Raad van 23 april 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BL5262)** (“*Halliburton*”). In dit arrest stond de vraag

centraal of een werkgever uit het stilzwijgen van de werknemer kon afleiden dat de werknemer had ingestemd met een wijziging die hem in een toegestuurde brochure (zonder nadere uitleg) was meegedeeld. De Hoge Raad oordeelde dat in deze situatie een ondubbelzinnige instemming van de werknemer was vereist. Kortom: wanneer de werkgever ervan uit mag gaan dat de werknemer “welbewust” instemt met de wijziging van de pensioenregeling, is een ondubbelzinnige verklaring niet nodig. Kan de werkgever daarvan niet uitgaan, dan is een ondubbelzinnige verklaring van de werknemer wel vereist.¹⁶

De vraag is: Wanneer is nu sprake van een welbewuste instemming?

In mijn bijdrage aan de Kroniek van 2016 over de wijziging van de pensioenregeling heb ik een uitspraak van het Hof te Den Haag behandeld (**16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231**). Deze zaak betrof de informatieplicht van de werkgever bij een wijziging van de pensioenregeling van een (gematigde) eindloonregeling naar een beschikbare premieregeling. De betreffende werknemers waren niet onbekend met de pensioenterminologie. Zij hadden kennis van begrippen zoals langlevensrisico en rekenrentes. De werknemers stemden in met de wijziging en droegen ook de waarde van de in de eindloonregeling opgebouwde aanspraken over naar de nieuwe regeling. De werknemers beriepen zich – toen de nadelige consequenties van deze wijziging en het besluit tot waardeoverdracht duidelijk werden – op dwaling en vorderden schadevergoeding van hun werkgever.

Bij de kantonrechter vangen de werknemers bot. In het hoger beroep maakt het hof een onderscheid tussen de informatieplicht van de werkgever waar het de wijziging van de pensioenregeling betrof en de informatievoorziening over de waardeoverdracht. Waar het de waardeoverdracht betrof, zo oordeelde het hof, had de werkgever een verzwaarde informatieplicht.

Tegen het arrest van het Hof is cassatie ingesteld maar de Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO. De Hoge Raad is derhalve van mening dat de klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Toch is in dit verband de conclusie van de Advocaat Generaal

¹⁶ Zie ook Deel XI “Pensioen” van de Asser-serie, nr. 494 en verder. Wolters Kluwer, Deventer - 2016,

zeer lezenswaardig en ook zeer goed gedocumenteerd (**9 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:511**).

Het Hof had vastgesteld dat de werknemers geweten en begrepen hebben wat de risico's waren bij hun keuze voor een andere pensioenregeling te kiezen en voor hun keuze om de waarde over te dragen. Echter, zo verduidelijkt de A-G, bij de keuze voor de waardeoverdracht is "geweten en begrepen" hebben niet voldoende. De werkgever had zich ervan moeten vergewissen of de betreffende werknemers zich ook daadwerkelijk (onderstreping HdG) realiseerden welke risico's zij namen bij de keuze voor waardeoverdracht. Dit temeer omdat de werkgever van die waardeoverdracht zelf geen nadeel zou ondervinden (onderstreping HdG).

De A-G maakt een vergelijking met een ander arrest van de **Hoge Raad (12 oktober 2012, JAR 2012/292)**. In die zaak ging het over een tussen werkgever en werknemer gesloten beëindigingsovereenkomst. De werknemer beschikte ten tijde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst over personeelsopties. Enige tijd na het sluiten van de overeenkomst kwam de werknemer er achter dat de opties uit zijn effectendepot waren verwijderd wat betekende dat hij deze opties niet meer kon uitoefenen. De werknemer maakte daartegen bezwaar. Naar het oordeel van het hof was het uitoefenen van de opties na afloop van de arbeidsovereenkomst onderhandelbaar. Door de werknemer bij het overeenkomen van de beëindigingsovereenkomst niet op het vervallen van de optierechten te wijzen, heeft de werkgever naar het oordeel van het hof in strijd met zijn verplichtingen als goed werkgever gehandeld. Daarbij acht het hof niet van belang of uit de (eerder) aan de werknemer ter hand gestelde stukken volgde dat de opties zouden vervallen bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook als de werknemer *wist* dat de opties zouden vervallen had de werkgever dat ter sprake moeten brengen, nu de werknemer zich dat tijdens de onderhandelingen *kennelijk niet realiseerde* (anders had hij de opties wel ter sprake gebracht) en de werkgever er geen belang bij had dat de werknemer zijn opties niet uitoefende omdat het uitoefenen van de opties voor de werkgever geen financiële nadelen had, maar voor de werknemer wel een financieel voordeel kon opleveren. (Onderstreping HdG).

Terug naar de voorliggende casus. In mijn eerdergenoemde bijdrage over deze zaak in de Kroniek 2016 heb ik al gesteld dat naar mijn mening het hof op twee

gedachten hinkte. Aan de ene kant voldoet de werkgever aan zijn zorgplicht waar het de wijziging van de pensioenregeling betreft maar – min of meer op grond van dezelfde overwegingen – voldoet de werkgever niet aan die informatieplicht waar het de waardeoverdracht betreft. De conclusie van de A-G maakt naar mijn mening nog duidelijker waar het in dit arrest wringt. Er is sprake van een tweetal keuzes. De een is de keuze voor het wijzigen van de pensioenregeling en de ander voor het wel of niet overdragen van de waarde. Het maken van de keuze voor een waardeoverdracht is geen onderdeel van de wijziging van de pensioenregeling. Toch heeft de werkgever bij het besluit van de werknemers om de waarde over te dragen – volgens dit arrest - een veel verdergaande informatieverplichting (het besluit moet daadwerkelijk bewust worden genomen) dan wanneer de pensioenregeling wijzigt en de werkgever er – mogelijk – veel bij heeft te winnen wanneer de wijziging wordt aanvaard (dan is welbewust voldoende). Wanneer mijn interpretatie van dit arrest correct is, komt mij de uitspraak als onjuist voor.

In een zaak die is gewezen door het **hof Arnhem-Leeuwarden (31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:797)** heeft een werknemer zich beroepen op het feit dat hij niet daadwerkelijk heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsovereenkomst. De feiten waren als volgt. De werkgever heeft per 1 januari 2005 de bestaande eindloonregeling gewijzigd in een middelloonregeling. Er was sprake van een eenzijdig wijzigingsbeding voor de werkgever via de verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar het pensioenreglement. De pensioenuitvoerder heeft over de wijzigingen een power point presentatie gegeven aan de werknemers. De werknemers kregen de gelegenheid vragen te stellen in een speciaal spreekuur van de pensioenuitvoerder. De werknemer in kwestie heeft de presentatie van de pensioenuitvoerder gemist vanwege een dienstreis maar de sheets die gebruikt waren tijdens de presentatie van collega's ontvangen. Hij heeft zich wel gemeld voor het speciale spreekuur maar die afspraak is niet doorgegaan. Vervolgens gaan werkgever en werknemer langdurig en uitgebreid met elkaar in overleg over de inhoud van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Die komt op 19 juni 2008 tot stand. In die overeenkomst staat dat de werkgever de werknemer een pensioen toekent overeenkomstig het geldende collectieve pensioenreglement. De kantonrechter wijzigt de vordering van de werknemer tot nakoming van de eindloonregeling af. Bij het hof vergaat het de werknemer niet veel beter. Het hof is van oordeel dat de werknemer door ondertekening van de nieuwe arbeidsovereenkomst (hoewel daarbij geen exemplaar van de pensioenregeling ter hand is gesteld) uitdrukkelijk zijn instemming heeft gegeven voor de wijziging van

de pensioenregeling. Het argument van de werknemer dat hij niet daadwerkelijk (onderstreping; HdG) heeft ingestemd met de wijziging wordt daarom door het hof terzijde gesteld. Dat betekent dat de werknemer in elk geval vanaf 19 juni 2008 expliciet heeft ingestemd met de wijziging naar de middelloonregeling.

Over de periode van 1 januari 2005 tot 19 juni 2008 stelt de werkgever dat de werknemer stilzwijgend heeft ingestemd met de wijziging. De werkgever doet – dus - geen beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding. Dan is de instemming van de werknemer immers niet vereist. De werknemer stelt zich op het standpunt dat van een stilzwijgende instemming bij de wijziging van de pensioenregeling geen sprake kan zijn. Het hof verwerpt dit argument met een verwijzing naar het CZ- arrest (zie hiervoor). De werkgever kan dus op de stilzwijgende instemming van de werknemer vertrouwen wanneer hij de werknemer duidelijkheid over de wijziging heeft verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met de wijziging heeft ingestemd. Het hof stelt voorts vast dat de werknemer voldoende is geïnformeerd. Bij dit oordeel speelt mee dat de werknemer wist dat de wijziging was doorgevoerd en daarvan de voordelen (de werknemers betaalden geen werknemersbijdrage in de premie voor de middelloonregeling) ook had genoten.

De volgende uitspraak die ik over de zorgplicht van de werkgever bij de wijziging van de pensioenregeling bespreek is die van het **hof Arnhem-Leeuwarden (11 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3096)**. De pensioenregeling in deze zaak is per 1 januari 1997 gewijzigd. De bestaande eindloonregeling werd gewijzigd in een beschikbare premieregeling. De premie steeg echter niet mee met de leeftijd. Dat had gevolgen voor het op te bouwen kapitaal. Tevens steeg de premie niet mee bij toekomstige salarisstijgingen. De werknemer is van mening dat de werkgever hem met name over deze gevolgen van de vaste premie niet deugdelijk heeft geïnformeerd. Tussen partijen lijkt niet in geding dat de werknemers wel zijn geïnformeerd over het feit dat de nieuwe regeling slechter zou zijn dan de bestaande eindloonregeling. De werknemer is ook bij een presentatie over de nieuwe regeling geweest en van die presentatie is een verslag gemaakt. De vraag is volgens het hof welke informatie tijdens deze voorlichtingsbijeenkomst aan de orde is geweest en of het de werknemer op grond van de daar verstrekte informatie voldoende duidelijk was wat de nieuwe pensioenregeling voor hem zou gaan betekenen in vergelijking met de oude regeling, in het bijzonder of de nieuwe regeling een substantiële verslechtering van zijn pensioenrechten zou inhouden.

Naar het oordeel van het hof is dat niet zo. Tijdens de presentatie is met name het verschil tussen de twee soorten regelingen benadrukt. Er zijn wel rekenvoorbeelden gegeven maar die waren niet op de persoonlijke situatie van de werknemer toegespitst. Juist de gevolgen van de statische premie zijn echter naar de mening van het hof van belang voor alle werknemers en cruciaal voor de wijze waarop de opbouw van pensioenrechten plaatsvond.

De werknemer heeft van de werkgever een aanbod gehad om zich in een persoonlijk gesprek met de adviseur van de ondernemingsraad te voeren. Dat aanbod heeft de werknemer afgewezen. Het hof oordeelt dat het niet van belang is of werknemer al dan niet van dat aanbod gebruik heeft gemaakt. Wanneer zou komen vast te staan dat de werkgever de werknemers op cruciale – voor alle werknemers geldende – onderdelen van de pensioenregeling niet deugdelijk heeft geïnformeerd, kan de werkgever deze tekortkoming niet helen door aan de werknemer tegen te werpen dat hij geen gebruik heeft gemaakt van een individueel voorlichtingsgesprek. En wanneer vast zou komen te staan dat de werkgever de werknemer wel deugdelijk heeft geïnformeerd is volgens het hof niet – meer – relevant of de werknemer het aanbod voor een individueel voorlichtingsgesprek had moeten aanvaarden.

Het hof oordeelt – op basis van uitgebreid geciteerde getuigenverklaringen – dat de werkgever de door het als cruciaal aangemerkte informatie niet heeft gegeven. De vordering van de werknemer wordt toegewezen.

Een uitspraak die ook relevant is voor wat met “welbewust” wordt bedoeld is van het **hof Den Bosch (19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4031)**. Partijen hebben een vaststellingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst eindigde. In die vaststellingsovereenkomst is ook een finaal kwijtingsbeding opgenomen. Die finale kwijting ziet echter volgens het hof niet op de pensioen kwestie die tussen partijen is gaan spelen. Uit het arrest blijkt dat tussen partijen eigenlijk alleen vaststaat dat er een pensioentoezegging is gedaan. De inhoud van die toezegging is hetgeen partijen verdeeld houdt. De werkgever stelt daarnaast dat de werknemer met een nieuwe pensioenregeling heeft ingestemd per 1 januari 2004. Bij de ingaan van die regeling heeft de werkgever over de achtergrond van die wijziging een brief gestuurd aan de werknemerster waarin wordt duidelijk gemaakt dat de nieuwe regeling een uitkeringsregeling op

basis van middellood is waarbij de pensioenen worden gegarandeerd. Aan de werknemer wordt tevens meegedeeld dat er over de nieuwe regeling een presentatie zal worden gegeven en dat zij natuurlijk in de gelegenheid zal worden gesteld die presentatie bij te wonen. Vervolgens ontvangt de werknemer het nieuwe pensioenreglement met het verzoek om een ontvangstverklaring te ondertekenen. In die verklaring staat dat de ondertekenaar van de inhoud van het pensioenreglement heeft kennisgenomen, daarmee akkoord te gaan en daarin opgenomen bepalingen te zullen naleven.

De werkgever had niet gesteld dat de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding bevatte en – zo stelt het hof – onder de (ten tijde van de wijziging nog geldende) PSW bestond evenmin de mogelijkheid om de pensioenregeling eenzijdig te wijzigen. Het hof oordeelt dat een wijziging onder die omstandigheden alleen doorgevoerd kon worden wanneer de werknemer welbewust met de wijziging had ingestemd (weer met een verwijzing naar het CZ-arrest). Het hof acht daarbij noodzakelijk dat werknemer is gewezen op de financiële consequenties van de wijziging, zodat zij zich een oordeel heeft kunnen vormen omtrent de concrete betekenis van de wijziging van de pensioenregeling voor de omvang van haar pensioen.

De conclusie op basis van bovenstaande is dat het voor een werkgever voldoende is om de werknemer zoveel informatie te geven dat de werknemer “welbewust” instemt met een wijziging. Het begrip “welbewust” is naar mijn mening echter niet een geheel objectief te bepalen criterium. De werkgever zal ook het kennisniveau van de werknemers mee moeten nemen in zijn inschatting van de hoeveelheid informatie die nodig is. Wil hij helemaal op safe spelen dan lijkt het geven van rekenvoorbeelden per werknemer het meest voor de hand te liggen.

Uit de aangehaalde jurisprudentie lijkt tevens te volgen dat – wanneer er een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen – geen “welbewuste” instemming van de werknemer vereist is. Dat lijkt mij juist. De werkgever heeft dan immers het recht om eenzijdig te wijzigen en de werknemer zal dan moeten aantonen dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang heeft bij de wijziging dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daardoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Het komt mij echter voor dat de werkgever ook in die situatie er verstandig aan doet zijn werknemers “deugdelijk” te informeren. Dat voorkomt mogelijke procedures.

Het invoeren van een toeslagregeling

Tot slot een – naar mijn mening vrij opmerkelijke – uitspraak van het **hof te Amsterdam (30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2045)**. In het kort betreft het een zaak van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst eindigt op 31 mei 1989. Gedurende het dienstverband heeft hij deelgenomen in de eindloonregeling die bij de werkgever gold. Die eindloonregeling kende geen indexering. Op 1 januari 1991 is een voorwaardelijke indexeringsregeling tot stand gekomen waarbij toeslagen op het opgebouwde pensioen konden worden toegekend. Met ingang van dezelfde datum betaalden de werknemers van de werkgever een eigen bijdrage in de pensioenpremie van 1% van de pensioengrondslag. Tussen partijen is in geschil of de ex-werknemer aanspraak kan maken op indexering van zijn pensioen. De ex-werknemer vordert indexering van zijn opgebouwde pensioen vanaf datum van uitdiensttreding en na pensionering vanaf de datum van ingang daarvan.

De vordering van de ex-werknemer is voornamelijk gebaseerd op het slot van het per 1 januari 1991 in werking getreden reglement waarin staat: “alle voor deze datum door de werkgever verleende pensioenrechten zijn met ingang van genoemde datum vervangen door de pensioenrechten in dit reglement”. Naar de mening van de ex- werknemer is het nieuwe reglement dus ook gaan gelden voor “slapers” zoals hij.

Het hof volgt de werknemer niet in dat standpunt. Het hof oordeelt dat een pensioenreglement eerst tussen partijen gaat gelden indien dit door de werkgever aan de werknemer is aangeboden en dit vervolgens door de werknemer is geaccepteerd. Pas na aanbod en acceptatie zou genoemd reglement op de rechtsverhouding van de betrokken partijen van toepassing zijn geworden en voor dat geval bepaalde het nieuwe pensioenreglement dat de pensioenrechten zoals die in het nieuwe reglement waren vast gelegd in de plaats zouden komen van de pensioenrechten van het eerder geldende reglement. De ex-werknemer heeft de stelling van de werkgever dat zij hem en andere werknemers die voor 1 januari 1991 uit dienst zijn getreden het nieuwe pensioenreglement niet heeft toegestuurd en ook overigens in correspondentie nimmer kenbaar heeft gemaakt dat hij aanspraak op indexatie van zijn pensioenaanspraken had, niet betwist.

Daaruit volgt volgens het hof dat er tussen de ex-werknemer en de werkgever nooit een indexatieregeling is overeengekomen.

Bij het arrest is in de PJ een noot geschreven door H.P. Breuker (PJ 2017/116). Hij verwijst naar het arrest van de **Hoge Raad van 6 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA0566)** (het ECN-arrest) en het arrest van de **Hoge Raad van 8 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1134)** (het Delta Lloyd arrest) waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de pensioenovereenkomst niet is uitgewerkt bij het einde van de arbeidsovereenkomst maar pas als er geen pensioenbetalingen meer verschuldigd zijn. Het gevolg daarvan was dat voor inactieven de onvoorwaardelijke toeslag gewijzigd kon worden in een voorwaardelijke toeslag. Wanneer een verslechtering mogelijk is, moet dus ook een verbetering mogelijk zijn, stelt Breuker. Toch onderschrijft hij het oordeel van het hof dat in casu de pensioenregeling geldt zoals die ten tijde van het einde van het dienstverband luidde en daarin was geen toeslagregeling opgenomen.

Hij baseert dat oordeel op de overweging dat de pensioenovereenkomst na het einde van de arbeidsovereenkomst doorloopt en daardoor een technisch-juridische mogelijkheid bestaat die overeenkomst te wijzigen. In casu is daarbij van belang of er sprake is van aanbod en aanvaarding van de wijziging. Omdat de werkgever nooit een aanbod heeft gedaan aan de ex-werknemer tot wijziging van het pensioenreglement, kan er ook geen sprake zijn van aanvaarding daarvan door de (ex-)werknemer.

Het arrest is erg spaarzaam waar het de concrete feiten van de zaak betreft, maar Breuker lijkt ervan uit te gaan dat het pensioenreglement niet in de arbeidsovereenkomst was geïncorporeerd en daarmee toekomstige wijzigingen van het pensioenreglement evenmin. Maar stel nu dat dit wel het geval zou zijn geweest? Aanbod en aanvaarding van een wijziging van de pensioenregeling was dan wel mogelijk geweest omdat de pensioenovereenkomst tussen partijen (conform het ECN-arrest) nog niet was uitgewerkt. In dat geval zou de gewijzigde toeslagregeling wel op de ex-werknemer van toepassing zijn geweest. De uitkomst van deze zaak had dan heel anders kunnen zijn. Dit nog afgezien van de verschillende interpretaties die aan de hiervoor aangehaalde slottekst van het nieuwe pensioenreglement kunnen worden gegeven; een en ander afhankelijk van de definities die van toepassing zijn. Bovendien zou kunnen worden gesteld dat de werkgever geen pensioenrechten toekent. Dat doet de pensioenuitvoerder.

Wanneer daarvoor in de plaats zou moeten worden gelezen dat *“alle voor deze datum door pensioenuitvoerder verleende rechten zijn met ingang van genoemde datum vervangen door de pensioenrechten in dit reglement”* had de uitkomst van deze procedure heel anders kunnen zijn. De werkgever had dan wel de verzekeraar in kwestie in vrijwaring kunnen oproepen omdat die verzekeraar een reglement heeft opgesteld dat – naar ik mag aannemen – nooit de bedoeling van de werkgever is geweest.

Tot slot

Het wijzigen van de pensioenregeling blijft een onderwerp dat volop in beweging is. De rode draad in de behandelde jurisprudentie is dat de werkgever zich ervan dient te vergewissen dat de werknemer welbewust (en soms daadwerkelijk bewust) is van de gevolgen van de wijziging. Verder geldt dat de redactie van het pensioenreglement (en of het pensioenreglement onderdeel van de arbeidsovereenkomst is geworden) onverminderd de aandacht verdient.

3. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en terugvordering premies

mr. Ruud Derksen CPL, advocaat pensioenrecht KienhuisHoving advocaten & notarissen

In een recent arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden¹⁷ ging het over het terugvorderen van pensioenpremies. Dit arrest vormt een nieuwe kijk op het aspect van verjaring van de vordering van pensioenpremies en met name op de vraag of een dergelijke verjaring kan worden uitgesloten door het bedrijfstakpensioenfonds?¹⁸

Hof Arnhem-Leeuwarden

Een werkgever viel sinds 2004 onder de werkingssfeer van de Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf ('Bpf Schoonmaak'). In augustus 2013 constateert Bpf Schoonmaak dat de werkgever onder de werkingssfeer valt. De werkgever laat het na om, na aanschrijving door Bpf Schoonmaak, de benodigde gegevens te verschaffen. Dit heeft tot gevolg dat dat Bpf Schoonmaak door middel van schatting de premie voorlopig vaststelt. De werkgever is hier op grond van artikel 7 van het uitvoeringsreglement Bpf Schoonmaak aan gebonden. Artikel 7 lid 1 van het uitvoeringsreglement luidt:

“(...) De werkgever betaalt de verschuldigde premie (...) aan het fonds (...) per loontijdvak. Het fonds stuurt de werkgever hiervoor een premienota. De premie dient uiterlijk betaald te zijn binnen 14 dagen nadat het fonds de premienota verzonden heeft. (...)”

Per brief d.d. 14 januari 2014, stuurt Bpf Schoonmaak facturen aan de werkgever over de premiejaren 2004 tot en met 2013. Deze facturen worden niet betaald. De werkgever voert hiertoe onder andere aan dat de premievorderingen zijn verjaard.

¹⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3886, PJ 2017/130.

¹⁸ Hetzelfde geldt overigens ook voor andere pensioenuitvoerders.

De kantonrechter Utrecht heeft in eerste aanleg geoordeeld dat op de rechtsvordering van Bpf Schoonmaak artikel 3:308 BW van toepassing is. Dit betekent dat er een verjaringstermijn van vijf jaar geldt en dat deze een aanvang neemt een dag na die waarop de vordering opeisbaar is geworden.¹⁹ De vordering is volgens de kantonrechter opeisbaar geworden op het moment dat geconstateerd werd dat werkgever onder de werkingssfeer van het Bpf Schoonmaak viel (6 augustus 2013). Als gevolg hiervan is de vordering niet verjaard. In hoger beroep komt het hof tot een gelijklopende conclusie. Een belangrijke verandering die het hof aan de gelijklopende conclusie ten grondslag legt, heeft betrekking op het moment van opeisbaarheid van de premievordering. Hierbij is volgens het hof artikel 6:38 BW van belang:

“Ingevolge artikel 6:38 BW dient een verbintenis indien geen tijd voor de nakoming is bepaald, terstond te worden nagekomen en kan terstond nakoming worden gevorderd.

(...)

Het Uitvoeringsreglement en Reglement Ras bepalen aldus een tijd voor nakoming, waardoor artikel 6:38 BW toepassing mist.

(...)

Gezien het bepaalde in het Uitvoeringsreglement en Reglement Ras als hiervoor vermeld, overweegt het hof dat de vordering van Ras c.s., ook voor zover die betrekking heeft op de premieberekeningen over de jaren 2004 tot en met 2008, eerst opeisbaar is geworden op 28 januari 2014 na het verstrijken van de betalingstermijn van veertien dagen en niet, zoals door de kantonrechter overwogen, eerst in augustus 2013. De verjaringstermijn is aangevangen op 29 januari 2014 en aldus is de vordering niet verjaard.

Aan het vorenstaande doet niet af dat van rechtswege een premie- en bijdragevordering ontstaat indien een werkgever op grond van de Wet bpf 2000 in de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds komt te vallen en daarmee een verplichting tot aanmelding en de beginselverplichting tot premie- en bijdragebetaling krijgt. Immers, het enkele ontstaan van een dergelijke vordering, die voortvloeit uit de betalingsplicht van de werkgever, brengt niet zonder meer de opeisbaarheid daarvan op

¹⁹ Rechtbank Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7254, PJ 2015/174.

datzelfde moment met zich in een geval als het onderhavige waarin Ras c.s. het moment van opeisbaarheid constitueert aan de hand van de in het Uitvoeringsreglement en Reglement Ras opgenomen bepalingen omtrent die opeisbaarheid.”

Deze uitspraak van het hof brengt mogelijk vergaande gevolgen met zich mee voor de verjaring van premievorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds. Een bedrijfstakpensioenfonds zou op grond van deze uitspraak namelijk oneindig terug in de tijd kunnen gaan met betrekking tot een premievordering, mits de opeisbaarheid in het uitvoeringsreglement op de juiste wijze hiervoor is vastgelegd.

Hierbij is van belang, dat artikel 3:308 BW niet een vangnettermijn van twintig jaar kent, maar slechts de verjaringstermijn van vijf jaar na de dag van opeisbaarheid. Tevens leidt deze uitspraak tot strijd met de gedachte achter en het doel van artikel 3:308 BW. Het idee is geweest dat bij een vordering tot periodieke betalingen, wordt voorkomen dat niet betaalde termijnen oplopen tot een zware schuld.²⁰ Als de opeisbaarheid wordt bepaald door middel van een uitvoeringsreglement, zoals door Bpf Schoonmaak is bewerkstelligd, wordt de werking van artikel 3:308 BW deels teniet gedaan zo lijkt het. Zo werd door het Bpf Schoonmaak in 2014 eenzijdige opeisbaarheid geconstrueerd voor 120 periodieke betalingsmomenten (tien kalenderjaren).

Arrest van het hof op onjuiste gronden gewezen?

Drie kernelementen zijn te destilleren uit de uitspraak van het hof: (i) op grond van de Wet Bpf 2000 ontstaat van rechtswege een premievordering, zodra een werkgever onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds valt; (ii) op een dergelijke premievordering is de verjaringsregeling van artikel 3:308 BW van toepassing, zodat het van belang is om te bepalen wanneer de premievordering opeisbaar is geworden; (iii) het uitvoeringsreglement van Bpf Schoonmaak creëert (zelf) de opeisbaarheid, zijnde het moment dat veertien dagen zijn verstreken

²⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/408. Zie ook de conclusie van A-G Vranken vóór HR 10 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1180, NJ 1994/190, onder punt 11.

nadat Bpf Schoonmaak een premienota aan de werkgever heeft gestuurd, waardoor de hoofdregel van artikel 6:38 BW toepassing mist.

Opeisbaarheid

Het van rechtswege ontstaan van rechten en verplichtingen ex artikel 4 wet Bpf 2000, zoals het betalen van pensioenpremies, geldt vanaf het moment dat wordt voldaan aan de werkingssfeerbepaling van de verplichtstelling.²¹ In dit artikel staat dat een werkgever verplicht is om de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven.

Het hof Arnhem-Leeuwarden overweegt dat dit ontstaansmoment van de vordering voortvloeiend uit artikel 4 Wet Bpf 2000 niet per definitie betekent dat de vordering op dat moment opeisbaar is geworden. Een constatering die is terug te voeren op artikel 6:38 BW. De hoofdregel uit dit artikel is dat een verbintenis (na het ontstaansmoment) terstond kan worden nagekomen en dat van die verbintenis terstond nakoming kan worden gevorderd (en dat deze dus opeisbaar is). Van deze hoofdregel kan worden afgeweken door een termijn voor nakoming te bepalen. Hierbij speelt echter het aspect of een bedrijfstakpensioenfonds in haar uitvoeringsreglement wel kan afwijken van de hoofdregel van artikel 6:38 BW.

Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van de schuldenaar dient immers voorop te staan. Bij artikel 3:308 BW is het moment van opeisbaarheid leidend om te voorkomen dat niet betaalde termijnen aan de zijde van de schuldenaar oplopen tot een ineens opeisbare grote schuld. De vraag is of de conclusie van het hof dan niet in strijd is met deze rechtszekerheid.

Verdere uitwerking van de opgeworpen vragen

Kan een bedrijfstakpensioenfonds in haar uitvoeringsreglement wel afwijken van de hoofdregel van artikel 6:38 BW?

²¹ Zie ook HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, PJ 2015/74.

De artikelen 6:38-40 BW hebben specifiek betrekking op verbintenissen die zijn aangegaan onder een opschortende tijdsbepaling.²² Artikel 6:38 BW geeft de hoofdregel en de mogelijkheid daarvan af te wijken. Artikelen 6:39-40 BW geven nadere regels voor het geval gebruik is gemaakt van de in de artikel 6:38 BW opgenomen afwijkingsmogelijkheid. Hierna wordt nader op artikel 6:38 BW ingegaan.

Uit artikel 6:38 BW volgt dat een verbintenis onder tijdsbepaling kan worden aangegaan. De artikelen 6:38-40 BW hebben betrekking op de opschortende tijdsbepaling. Niet de verbintenis zelf, maar haar uitvoering wordt hierdoor opgeschort tot het bepaalde tijdstip aanbreekt.²³ Het gaat hierbij om een zekere toekomstige gebeurtenis, zij het dat niet hoeft vast te staan wanneer zij zal plaatsvinden. Het moet de bedoeling van partijen zijn geweest dat de verbintenis in ieder geval zou worden nagekomen. Indien onzeker is of de gebeurtenis die bepalend is voor de werking van de verbintenis ooit zal intreden, is er geen sprake van een tijdsbepaling maar van een voorwaarde. Van een zekere toekomstige gebeurtenis zal niet snel kunnen worden gesproken in het geval van een uitvoeringsreglement waar werkgevers mogelijk in de toekomst onder zullen kunnen gaan vallen.

Het lijkt erop dat er in ieder geval een overeenkomst aan de afwijking van de hoofdregel van artikel 6:38 BW ten grondslag moet liggen. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van artikel 6:38 BW - ook buiten een uitdrukkelijk beding - kan worden afgeweken. Er moet dan worden gekeken naar de aanvullende bronnen voor de vaststelling van de inhoud van een overeenkomst ex artikel 6:248 lid 1 BW.²⁴ De verplichting tot naleving van een uitvoeringsreglement is in de regel gebaseerd op de wet en niet op een overeenkomst tussen een werkgever en het bedrijfstakpensioenfonds.²⁵ De mogelijkheid om door middel van een uitvoeringsreglement af te wijken van artikel 6:38 BW is, naar mijn mening, dan ook niet mogelijk.²⁶

²² Asser/Sieburgh 6-I 2016/241. Zie ook Scheltema, *Nakoming*, (Mon. BW nr. B32a), 2016/22.

²³ Asser/Sieburgh 6-I 2016/243.

²⁴ HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3369, NJ 2000/67.

²⁵ 'uitvoeringsreglement' in artikel 1 PW: "de door een bedrijfstakpensioenfonds opgestelde regeling met betrekking tot de verhouding tussen pensioenuitvoerder en werkgever;"

²⁶ Anders: B. Degelink in zijn noot onder PJ 2016/114.

Artikel 26 PW doet ook af aan de vrijheid om af te wijken van artikel 6:38 BW. In artikel 26 PW zijn de uiterlijk in acht te nemen termijnen voor premiebetaling bepaald. Door de schakelbepaling in artikel 25 lid 1 onder b PW, moeten deze termijnen op grond van artikel 23 lid 2 onder b PW ook in het uitvoeringsreglement worden opgenomen.

Op grond van artikel 26 PW mogen premies niet over een langere termijn dan één jaar worden vastgesteld. Ook moet betaling van die jaarpremie in beginsel binnen een maand na ieder kwartaal plaatsvinden voor een vierde gedeelte van die jaarpremie. Indien de vooraf geschatte jaarpremie en de definitieve jaarpremie uiteenlopen bepaalt artikel 26 onderdeel c PW dat de (definitieve) totale jaarpremie in ieder geval uiterlijk binnen zes maanden na het kalenderjaar moet zijn voldaan.²⁷ Voor zover een bedrijfstakpensioenfonds dus al een tijd voor nakoming in haar uitvoeringsreglement kan bepalen, kan die tijd nooit later liggen dan een half jaar na afloop van het kalenderjaar.

Artikel 26 PW beperkt dus de contractsvrijheid om af te wijken van artikel 6:38 BW. Hierbij moet worden opgemerkt dat dit natuurlijk niet ziet op werkgevers die onterecht nog niet zijn aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds.

Rechtszekerheid

Vanuit het oogpunt van de verplichte bedrijfstakpensioenfonds is de conclusie van het hof te begrijpen. Aanspraken op pensioen van onder de verplichtstelling vallende werknemers ontstaan immers van rechtswege.²⁸ Het doet hieraan niet af of de werkgevers van deze werknemers premie hebben betaald of niet. Aan de andere kant komt de rechtszekerheid van de werkgever in het geding. Het verplichte bedrijfstakpensioenfonds kan immers eenzijdig de opeisbaarheid van de pensioenpremies in het uitvoeringsreglement bepalen. Zelfs na het moment waarop de premievordering ontstaat.

²⁷ TK 2005-2006, 30413, nr. 3, p. 195.

²⁸ HR 3 februari 2012, PJ 2012/39, m.nt. Gommer. Zie ook Rb Noord Nederland 6 maart 2013, PJ 2013/86, m.nt. Breuker.

Conclusie

Het hof heeft naar mijn mening te snel geconcludeerd dat Bpf Schoonmaak in haar uitvoeringsreglement het moment van opeisbaarheid eenzijdig kan bepalen en hiermee de verjaring van de pensioenpremie als het ware kan uitsluiten. Het hof onderbouwt dit met artikel 6:38 BW. De eerste vraag is of artikel 6:38 BW überhaupt van toepassing is. Is het mogelijk in de toekomst gaan vallen onder een uitvoeringsreglement immers wel aan te merken als een zekere toekomstige gebeurtenis? Ervan uitgaande dat dit zo is, speelt de vraag of een bedrijfstakpensioenfonds wel eenzijdig van de hoofdregel van artikel 6:38 BW kan afwijken?

Ik ben van mening dat dit artikel zich verzet tegen de conclusie van het hof, aangezien op basis van dit artikel, volgens mij, niet eenzijdig de opeisbaarheid van de premievordering kan worden bepaald. Dit is terug te voeren op de aan de verjaringsregels ten grondslag liggende rechtszekerheid aan de zijde van de schuldenaar.

Daarnaast is het de bedoeling van de korte verjaringstermijn ex artikel 3:308 BW om te voorkomen dat niet betaalde termijnen oplopen tot een zware schuld. Hieraan wordt afbreuk gedaan door bedrijfstakpensioenfondsen de mogelijkheid te geven om premievorderingen achteraf op te stapelen en opeisbaar te maken.

4. Uitvoeringsovereenkomst

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

Inleiding

Op het gebied van de uitvoeringsovereenkomst was 2017, in vergelijking tot 2016, een betrekkelijk rustig jaar. De in de gepubliceerde rechtspraak gevoerde procedures over uitvoeringsovereenkomsten (en uitvoeringsreglementen) betroffen voornamelijk de uitleg van de gemaakte afspraken. Daarnaast was er een procedure tussen een werkgever en de ondernemingsraad over het verlengen van de uitvoeringsovereenkomst. De uitleg van de overeenkomst wordt besproken in onderdeel II, de bijbehorende jurisprudentie in III en afgesloten met een korte conclusie in onderdeel IV.

Uitleg

De uitleg van een uitvoeringsovereenkomst is geen zuiver pensioenjuridisch leerstuk. Overeenkomsten worden overal gesloten. Een uitvoeringsovereenkomst is ook een "gewone" overeenkomst²⁹ met enkele verplichte onderdelen. Deze verplichte onderdelen volgen uit artikel 25 van de Pensioenwet.

Overeenkomsten waarbij twee partijen zijn betrokken worden uitgelegd op basis van de redelijkheid en billijkheid.³⁰ Hier is vooral een rol weggelegd voor de feitenrechter. De rechter tracht de bedoeling en verwachtingen van partijen achterhalen. Bedenkt men dat een uitvoeringsovereenkomst juist incompleet is omdat partijen niet alle toekomstige situaties hebben (willen of kunnen) overzien, dan is de opdracht aan de rechter om de partijbedoeling te achterhalen wel wat ambitieus. Wat de rechter wel kan doen is de omstandigheden van het geval wegen en proberen tot een uitleg van de overeenkomst te komen die hem redelijk voorkomt.

²⁹ Zie meer specifiek over het karakter van een uitvoeringsovereenkomst: Asser/Lutjens 7-XI 2017/166

³⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/354-377

De uitleg van (bepalingen in) een uitvoeringsovereenkomst is gelijk aan de uitleg bij iedere andere overeenkomst. De uitleg van een overeenkomst en de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen of te beperken geschiedt volgens een vast stramien.³¹ Als partijen twisten over de inhoud van de overeenkomst zal de rechter de overeenkomst aan de hand van de redelijkheid en billijkheid uitleggen.³² Bij de uitleg van de overeenkomst kent de rechter betekenis toe aan allerlei omstandigheden zoals:

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

Afhankelijk van deze omstandigheden wordt de overeenkomst in hogere mate letterlijk³³ (grammaticaal) uitgelegd danwel wordt meer betekenis toegekend aan verklaringen en gedragingen van partijen voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst.³⁴

Nadat de rechter de overeenkomst heeft uitgelegd zijn er twee uitkomsten mogelijk:

- 1. de rechter oordeelt dat de overeenkomst geen leemte bevat, of
- 2. de rechter oordeelt dat de overeenkomst wel een leemte bevat.

Als het contract geen leemte bevat kan eventueel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een bepaling in het contract opzij zetten (waarna

³¹ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/354-377 en P.S. Bakker, redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm, (diss) VU Amsterdam, 2013, Kluwer.

³² artikel 6:248 BW

³³ Zoals bijvoorbeeld ten aanzien van CAO's (Gerritse/HAS van 17 september 1993 (NJ 1994, 173) of overeenkomsten waar mede door het inschakelen van adviseurs veel aandacht is besteed aan de bewoording van de overeenkomst (zie HR 19 januari 2007, LJN [AZ3178](#), NJ 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer) en HR 29 juni 2007, LJN [BA4909](#), NJ 2007/576 (Derksen/Homburg).

³⁴ Hermes/Haviltex (HR 13 maart 1981, NJ 1981/635) en HR 5 april 2013, LJN [BY8101](#) (Lundiform/Mexx)

eventueel het contract weer wordt aangevuld met een nieuwe bepaling).³⁵ Een voorbeeld uit de lagere pensioenrechtspraak waarbij met een beroep op de derogerende werking een bijbetalingsverplichting uit een uitvoeringsovereenkomst werd geschrapt en vervolgens op grond van de aanvullende werking een nieuwe bepaling werd toegevoegd betrof de Unisys-zaak uit 2012.³⁶ Daar pakte een oude bijbetalingsverplichting door de inwerkingtreding van de Pensioenwet wel erg nadelig voor de werkgever uit. De rechter zag in de omstandigheden aanleiding om de bijbetalingsverplichting te vervangen door een variant die meer in lijn met de Pensioenwet was. Als de overeenkomst wel een leemte bevat kan de rechter de leemte aanvullen met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁷

Overzicht van de jurisprudentie in 2017

De jurisprudentie over 2017 betreft uitsluitend oordelen van feitenrechtshouders. Voor de uitleg van overeenkomsten komt het aan op de vaststelling van de feiten en vervolgens pas de weging daarvan door de rechter. In de hierna volgende jurisprudentie zal de weging van de omstandigheden door de rechter worden belicht.

Vrijwaring in de uitvoeringsovereenkomst

Een partner van een overleden werknemer van Baronie de Heer B.V. voert een procedure tegen deze voormalige werkgever (**Rechtbank Gelderland, 6 september 2017, ECLI:RBGEL:2017:5566**). Voor werknemer was bovenop de bedrijfstakpensioenregeling een excedentpensioenregeling overeengekomen. De werknemer had een notarieel samenlevingscontract met zijn partner gesloten maar het bestaan van de partner was bij de pensioenverzekeraar Achmea niet bekend. De partner maakt aanspraak op het partnerpensioen maar Achmea wijst dit af omdat de partner niet zou zijn aangemeld. Dit had de werknemer ook kunnen weten doordat de partner niet vermeld stond op het uniforme

³⁵ 6:248 lid 2 BW

³⁶ Rechtbank Amsterdam, 16 januari 2012, PJ 2012/43.

³⁷ 6:248 lid 1 BW

pensioenoverzicht. De rechtbank legt het pensioenreglement uit³⁸, oordeelt dat de partner onder de definitie van partner in het pensioenreglement valt en dat het pensioenreglement het aanmelden van de partner niet als voorwaarde stelde. De kantonrechter wijst de vordering van de partner toe. Vervolgens draait Achmea zich in de vrijwaringszaak om naar de werkgever, Baronie de Heer, omdat de uitvoeringsovereenkomst een vrijwaringsclausule bevatte. De vrijwaring kwam erop neer dat Achmea gevrijwaard werd voor alle claims van (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en andere belanghebbenden als werkgever niet aan zijn aanmeldings- of informatieplicht had voldaan. De pensioenregeling kende het onbepaalde partnersysteem. Dus ongeacht de burgerlijke staat van de deelnemer werd er een partnerpensioen verzekerd. Maar er was wel een premie verschuldigd voor het partnerpensioen. Vaststaat dat door Achmea geen premie voor het partnerpensioen werd ingehouden omdat Achmea niet wist dat er een partnerpensioen moest worden verzekerd voor deze werknemer. Het aanmelden van de partner was dus van groot belang. Echter, oordeelt de kantonrechter, de aanmeldplicht kan zich niet zover uitstrekken dat een werkgever een partner had moeten aanmelden waarvan hij het bestaan niet kende. De omstandigheid dat de partner niet was aangemeld was geen omstandigheid die ertoe kan leiden dat de werkgever zijn verplichtingen onder de uitvoeringsovereenkomst niet was nagekomen. De uitleg van de overeenkomst leidt ertoe dat de werkgever hoeft dus niet op te draaien voor de kosten.

Mijns inziens loopt de vrijwaringsprocedure spaak op de observeerbaarheid van de afspraken tussen werkgever en Achmea. Daarmee bedoel ik of de gemaakte afspraken ook waarneembaar zijn voor een derde. Wat hebben partijen nu bedoeld met een dergelijke algemene formulering over aanmeldings- en informatieplichten. Beide partijen bepleiten mijns inziens een meer subjectieve uitleg van de bepaling alleen is de bedoeling voor de rechter niet vast te stellen. Hierdoor geeft de rechter een (eigen) redelijke uitleg van de begrippen waarbij ook acht wordt geslagen op het pensioenreglement. De rechter komt tot een meer subjectieve uitleg van de informatiebepaling. Hoe zeer de uitkomst te billijken is, is dit mogelijk niet wat partijen, althans wat Achmea, hebben/heeft beoogd met deze formulering. Het hanteren van een open formulering als "informatieverplichtingen" brengt risico met zich mee dat dit anders wordt uitgelegd door de rechter dan partijen bedoeld hadden.

³⁸ Daarbij hanteert de rechtbank een objectieve uitleg waarbij het pensioenreglement met eventuele officiële toelichting daarop wordt uitgelegd

Wel of geen voorbehoud gemaakt?

Twee Nederlandse bibliotheken stonden bij het Gerechtshof Den Bosch tegenover het ABP (**Hof 's-Hertogenbosch, 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1696, PJ 2017/76 met noot prof. dr. E. Lutjens**). Beide bibliotheken zijn per 1 januari 2013 verzelfstandigd, dat wil zeggen dat de bibliotheken niet meer in handen waren van de betreffende gemeenten. Vanaf die datum waren zij niet meer als publiekrechtelijk lichaam aan te merken. Gevolg van deze privatisering was dat de werknemers van de bibliotheken niet meer verplicht waren aangesloten bij het ABP. Beide bibliotheken onderhandelen met ABP over de mogelijkheid van een vrijwillige aansluiting. Op verzoek van de bibliotheken geldt de vrijwillige aansluiting alleen voor de huidige werknemers. Nieuwe werknemers zullen gaan deelnemen in het (verplichtgestelde) pensioenfonds voor Openbare bibliotheken (POB). Door deze keuze zullen met name oudere werknemers blijven deelnemen aan de ABP pensioenregeling en de nieuwe, veelal jongere, werknemers zullen naar POB gaan. Gelet op de doorsneepremie wordt voor deze oudere werknemers, actuariael gezien, te weinig pensioenpremie betaald. ABP geeft dan ook aan dat de bibliotheken een 'afwikkelingscompensatie' verschuldigd zijn bij het aangaan van de vrijwillige aansluiting om het financiële nadeel dat hierdoor ontstaat bij ABP te compenseren. Er wordt tussen partijen veel gecorrespondeerd en uiteindelijk worden de overeenkomsten vrijwillige aansluiting getekend per 19 november 2013 respectievelijk 14 oktober 2013. Beide overeenkomsten bevatten een handgeschreven voorbehoud waarin wordt verwezen naar eerdere correspondentie. Het voorbehoud kwam er -heel kortgezegd- op neer dat de bibliotheken aangaven ervan uit te gaan dat de afwikkelkosten daadwerkelijk overeenkwamen met het redelijke en reële nadeel van ABP. ABP stelt dat het geen rekening hoefde te houden met het voorbehoud.

Het hof legt de aansluitingsovereenkomst stapsgewijs uit, eerst beoordeelt hij door middel van uitleg of een voorbehoud is gemaakt. Zo ja, dan volgt de beoordeling van de inhoud van het voorbehoud. Het hof beoordeelt het voorbehoud niet zuiver taalkundig maar mede aan de hand van de omstandigheden van het geval. Het hof oordeelt allereerst dat het handgeschreven voorbehoud op de aansluitingsovereenkomst door ABP is ondertekend en geretourneerd. De handgeschreven aantekeningen kunnen ABP niet zijn ontgaan. ABP moet zich gerealiseerd hebben dat hiermee een voorbehoud werd gemaakt.

Vervolgens beantwoordt het hof de vraag wat de inhoud van het voorbehoud is. Wederom volgt het hof hier een brede, alle omstandigheden van het geval in achtnemende, uitleg. Ik noem enkele omstandigheden waar het hof belang aan toekende.

- Er is al lange tijd tussen partijen gesproken over de in rekening te brengen ontwikkelingscompensatie. Dat is standaardbeleid van het ABP dat ook bij de bibliotheken bekend was.
- Als ABP meermaals uitgebreid informatie verstrekt over de ontwikkelingskosten dan kunnen de bibliotheken niet volstaan met een voorbehoud waaruit niet exact blijkt tegen welke uitgangspunten de bibliotheken bezwaar maakten. Het voorbehoud is onvoldoende concreet op dat punt.
- De bibliotheken werden bijgestaan door een advocaat. Om die reden valt nog minder in te zien dat het voorbehoud zo onduidelijk was geformuleerd.
- De bibliotheken hadden hun nadeel kunnen beperken door de vrijwillige aansluiting voor huidige en nieuwe werknemers aan te gaan. ABP had aangegeven dat in dat geval geen kosten in rekening zouden worden gebracht.

Door de omstandigheden erbij te betrekken lijkt het Hof de overeenkomst subjectief uit te leggen. Een uitlegmethode die past bij ten aanzien van de contractsluitende partijen. De bedoeling van partijen wordt mede afgeleid uit omstandigheden die niet alleen blijken uit de overeenkomst. Op basis van deze omstandigheden concludeert het hof dat het voorbehoud onvoldoende concreet was en het ABP hier geen acht op hoefde te slaan. Subsidiair stelden de bibliotheken dat het vorderen van nakoming van de overeenkomst, de betaling van de ontwikkelingscompensatie, onaanvaardbaar zou zijn. Het hof verwerpt dit standpunt omdat er daadwerkelijk nadeel voor het ABP bestaat als alleen oudere werknemers gaan deelnemen. De doorsneepremie is immers voor deze groep eigenlijk te laag voor de pensioenopbouw die zij hiervoor ontvangen.

Een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slaagt mijns inziens terecht niet. Een bepaling in een overeenkomst die partijen uit vrije wil tekenen kan, zonder een nieuwe omstandigheid/gebeurtenis, niet ineens onaanvaardbaar zijn. Het "gebrek" was immers al aanwezig voor het tekenen van

de overeenkomst. De bibliotheken hadden de overeenkomst nu uitsluitend kunnen vernietigen op grond van dwaling, bedrog etc.

Contractuele beleidsvrijheid van een verzekeraar

In de Kroniek 2016 werd al uitgebreid stilgestaan bij de procedure tussen IV-Groep B.V. en SrLev N.V. (Zwitserleven) over de uitleg van de contractuele beleidsvrijheid van een verzekeraar ten aanzien van een gesepareerd beleggingsdepot (**Gerechtshof Amsterdam, 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:862, PJ 2016/102**). Bij een gesepareerd beleggingsdepot heeft de verzekeringnemer, de werkgever, meer zeggenschap over de beleggingen met als doel om een beter resultaat te bereiken. De beleggingen zijn ondergebracht in een gesepareerd beleggingsdepot. Een werkgever heeft dan veel vrijheid maar de verzekeraar blijft verantwoordelijk voor het nakomen van de pensioenverplichtingen jegens de werknemers. In casu was de verzekeraar dan ook in de uitvoeringsovereenkomst het recht overeengekomen om periodiek te beoordelen of het depot voldoende middelen bevatte om de verzekerde pensioenen na te komen. Dat betekent dat Zwitserleven op dit punt enige beleidsvrijheid toekwam. De eventuele begrenzing van de beleidsvrijheid wordt bepaald door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad oordeelt dat er geen ruimte is voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid om aanvullende regels te stellen aan de beleidsvrijheid van Zwitserleven (lees: er is geen leemte in de uitvoeringsovereenkomst). Zonder leemte in de overeenkomst is er immers geen ruimte voor de aanvullende werking.³⁹ De Advocaat-Generaal concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad volgt deze conclusie en behandelt de zaak niet inhoudelijk⁴⁰ (**Hoge Raad 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2276, PJ 2017/151**).

³⁹ Tenzij er door de derogerende werking een leemte ontstaat, slechts dan komt de aanvullende werking weer in beeld.

⁴⁰ ex. artikel 81 RO

Uitleg begrip dekkingsgraadopslag in een uitvoeringsovereenkomst met pensioenverzekeraar

In de Kroniek 2015 werd de procedure in eerste aanleg tussen werkgever, Parenco BV en De Eendragt Pensioen N.V. besproken. In 2017 werd de zaak in hoger beroep behandeld (**Hof Amsterdam, 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1627, PJ 2017/92**). Bij De Eendragt Pensioen werden ten behoeve van de werkgever twee portefeuilles aangehouden. Een voor de actieve deelnemers en een voor de gewezen deelnemers. Deze laatste portefeuille werd de solidaire portefeuille genoemd. Doel van deze portefeuille was om ook de pensioenaanspraken van slapers te kunnen blijven indexeren. De aanspraken van een werknemer die uit dienst ging, gingen over naar de solidaire portefeuille. In dat geval betaalde Parenco een dekkingsgraadopslag bij de overgang van de ene naar de andere portefeuille. De uitvoeringsovereenkomst tussen Parenco en De Eendragt Pensioen is per 31 december 2011 geëindigd. Parenco kiest ervoor het pensioenkapitaal bij De Eendragt pensioen te laten en niet om een collectieve waardeoverdracht te verzoeken. Parenco kiest ervoor de aanspraken over te dragen naar de solidaire portefeuille binnen De Eendragt Pensioen.

DNB heeft aan De Eendragt Pensioen, op grond van de toereikendheidstoets (TRT), de verplichting opgelegd om een deel van de Algemene Reserve te bestemmen als extra buffer voor nakoming van de verzekerde pensioenrechten.⁴¹ Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of de dekkingsgraadopslag moet worden berekend over de algemene reserve zonder rekening te houden met de TRT (standpunt De Eendragt Pensioen) op de manier zoals omschreven in de bijlage 3 bij de uitvoeringsovereenkomst of door wel rekening te houden met de TRT (standpunt Parenco) zoals blijkt uit het jaarverslag. Door de TRT wordt de algemene reserve immers lager en dus ook de dekkingsgraadopslag. Het hof oordeelt dat de uitvoeringsovereenkomst niet voorzag in de situatie dat de TRT zou kunnen worden opgelegd. Die mogelijkheid is pas ontstaan (2010) nadat de uitvoeringsovereenkomst was gesloten (2008). Daarmee is nog niet gezegd dat de overeenkomst een leemte bevatte. Het Hof probeert door het uitleggen van de uitvoeringsovereenkomst de bedoeling van partijen te achterhalen. Naar de mening van het Hof hebben partijen de bedoeling gehad de opslag te berekenen volgens de methode in bijlage 3 omdat de opslag bij iedere individuele overdracht naar de solidaire portefeuille sinds 1982 op die wijze is berekend. Het hof hanteert

⁴¹ 3:67 (oud) Wft

een subjectieve uitleg en kent dus veel waarde toe aan de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst (sub e. van het onder II. vermelde rijtje). Omdat iedere overdracht sinds 1982 naar de solidaire portefeuille werd berekend op basis van de methode in bijlage 3 brengt een redelijke uitleg met zich mee dat deze rekenmethode ook nu wordt gehanteerd.

Uitleg van een uitvoeringsreglement

Volgens vaste jurisprudentie staat bij de uitleg van een uitvoeringsreglement de grammaticale uitleg voorop.⁴² Een deelnemer is geen partij bij de totstandkoming van het reglement en kan dus niet op de hoogte zijn van informatie die niet uit het pensioenreglement blijkt. Van deze regel werd ook in 2017 door de rechters niet afgeweken (**Hof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3617, PJ 2017/95**). Omdat een uitvoeringsreglement eenzijdig door een bedrijfstakpensioenfonds wordt opgesteld⁴³, brengen de redelijkheid en billijkheid mee dat geen acht geslagen mag worden op voor de werkgever niet kenbare informatie.

In casu betrof het een onderneming die een boete, wettelijke rente en buitengerechtelijke incassokosten verschuldigd was aan een bedrijfstakpensioenfonds wegens het niet betalen van de verschuldigde pensioenpremies. De verplichting tot betaling bleek onmiskenbaar uit het uitvoeringsreglement. De onderneming beroept zich op de onaanvaardbaarheid van de - kortgezegd- boetebepaling in het uitvoeringsreglement. Nu het pensioenfonds zelf de boete al had gematigd oordeelt het hof dat de billijkheid niet meebrengt dat de boete verder gematigd moet worden.

Conclusie ten aanzien van de uitleg

De uitleg van een uitvoeringsovereenkomst is geen vak apart. De uitleg van een overeenkomsten *an sich* bestaat uit een weging van de omstandigheden van het geval door de rechter. Veelal leidt de weging er tussen contractspartijen toe dat

⁴² Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1856, besproken in de kroniek 2015.

⁴³ Artikel 23 lid 2 PW

wel acht mag worden geslagen op omstandigheden die niet blijken uit de letterlijke tekst. In de weging van de omstandigheden door de rechter schuilt het gevaar dat de rechter de omstandigheden anders waardeert dan dat ze door partijen zijn bedoeld. Als een partij beter in staat is de voor hem gunstige stukken over het voetlicht te brengen dan kan dat de rechter positief beïnvloeden. De waardering door de rechter wordt eveneens onvoorspelbaar als partijen in hun overeenkomst gebruik maken van niet observeerbare open omschrijvingen zoals "*best efforts*", "partij B is verplicht de relevante informatie te verstrekken" of "partij A zal zich ervoor inspannen dat". Grammaticaal kan uit deze bepalingen niet worden afgeleid in welke gevallen er wel of niet aan is voldaan. Om te voorkomen dat een rechter de bepaling niet in het licht van de bedoeling van partijen uitlegt wordt vanuit rechtseconomisch perspectief beargumenteerd dat de overeenkomst of uitsluitend observeerbare afspraken moet bevatten of aan een contractspartij de bevoegdheid geeft om leemtes in te vullen.⁴⁴ In dat laatste geval blijft de uitleg van de overeenkomst voorbehouden aan partijen mits daarbij binnen de grenzen van 6:248 lid 2 BW wordt gebleven.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld A. Schwartz, relational contracts in the courts: an analysis of incomplete agreements and judicial strategies, *The Journal of legal studies*, Vol. 21, No. 2 (Jun. 1992), pp 271-318.

5. Uitvoeringsperikelen bij pensioenuitvoerders

mr. Jorn de Bruin CPL, advocaat arbeids- en pensioenrecht Van Doorne

Afstandsverklaringen en aanpassing van de pensioenaanspraken aan de verhoogde pensioenrichtleeftijd

Een onderwerp als "*uitvoeringsperikelen bij pensioenuitvoerders*" vraagt om verdere inkadering om het enigszins behapbaar te houden. In deze bijdrage beperk ik mij dan ook tot de volgende twee onderwerpen:

- Afstandsverklaringen
- Aanpassing van de pensioenaanspraken aan de verhoogde pensioenrichtleeftijd

Afstandsverklaringen

Centraal in deze paragraaf staat de vraag hoe de afspraak dat een werknemer niet gaat deelnemen aan de pensioenregeling, zich verhoudt tot de pensioenuitvoerder. Wil een pensioenuitvoerder zijn positie bepalen ten aanzien van het accepteren van afstandsverklaringen, dan zal hij zich eerst dienen af te vragen welke eisen gelden voor een rechtsgeldige afstandsverklaring binnen de relatie werkgever-werknemer.

Rechtsverhouding werkgever - werknemer

Wat als de werknemer niet wil deelnemen aan de pensioenregeling van de werkgever? Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioen- en beroepspensioenregelingen zijn de mogelijkheden – zoals bekend – beperkt.⁴⁵

⁴⁵ Voor wat betreft verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen: (collectieve) vrijstelling op grond van artikel 13 Wet Bpf, (individuele) vrijstelling wegens gemoedsbezwaardheid op grond van artikel 14 Wet Bpf of (individuele) ontheffing op grond van artikel 15 Wet Bpf. Voor wat betreft verplichtgestelde beroepspensioenregelingen: (individuele) ontheffing op grond van artikel 18 Wet verplichte beroepspensioenregeling of (individuele) vrijstelling wegens gemoedsbezwaardheid op grond van artikel 19 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Andere formele vrijstellingsgronden kent de Wet verplichte beroepspensioenregeling formeel niet, al wordt vrijstelling in de praktijk op andere gronden soms toch gehonoreerd door het verplichtgesteld beroepspensioenfonds. Naast voornoemde

Wanneer de werkgever echter niet onder de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, van een verplichtgestelde beroepspensioenregeling of een collectieve arbeidsovereenkomst valt,⁴⁶ zijn werkgever en werknemer in beginsel vrij om afspraken te maken. Die contractsvrijheid brengt met zich dat werkgever en werknemer ook kunnen overeenkomen dat werknemer niet deel gaat nemen aan de pensioenregeling. Of anders gezegd: werkgever en werknemer sluiten in dat geval geen pensioenovereenkomst.⁴⁷ Van een afstand van recht – als bedoeld in artikel 6:160 BW – hoeft in dat geval geen sprake te zijn. Veeleer zal sprake zijn van het niet aanvaarden van een aanbod.⁴⁸ De Rechtbank Limburg (Kantonrechter Roermond) bevestigde in 2017 tweemaal dit uitgangspunt.⁴⁹ En zo ook de Rechtbank Amsterdam.⁵⁰

Vooralsnog weinig schokkende uitspraken zou ik denken. Spannender wordt het doorgaans wanneer de achterblijvende partner, na een overlijden van de werknemer, zich op het standpunt stelt dat hij/zij niet bekend was met de afstandsverklaring en stelt dat hij/zij die mede had moeten ondertekenen, althans dat de geplaatste handtekening vals is.

mogelijkheden hoeft de naar Nederland gedetacheerde werknemer, die blijft deelnemen in de pensioenregeling in het thuisland, niet deel te nemen in de Nederlandse verplichtgestelde regeling (vgl. artikel 97 PW en artikel 17 Wet verplichte beroepspensioenregeling).

⁴⁶ Als de collectieve arbeidsovereenkomst niet voorziet in de mogelijkheid om af te zien van deelname aan de pensioenregeling, is een beding op grond waarvan de werknemer afziet van deelname aan de pensioenregeling in beginsel nietig op grond van artikel 12 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. Een dergelijke nietigheid blijft vrijwel nooit buiten toepassing omdat deze nietigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In gevallen waarin de werknemer gemoedsbezwaard is, terwijl de collectieve arbeidsovereenkomst niet voorziet in de mogelijkheid af te zien (op deze grond), zou ik mij kunnen voorstellen dat een dergelijk beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kans van slagen heeft.

⁴⁷ Vgl. Asser/Lutjens 2017/123.

⁴⁸ Vgl. artikel 6:217 lid 1 BW.

⁴⁹ Ktr. Roermond 28 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6071 en Ktr. Roermond 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9856.

⁵⁰ Ktr. Amsterdam 27 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2068.

Veel ophef ⁵¹ veroorzaakte de uitspraak van de Kantonrechter Apeldoorn uit januari 2013. ⁵² Daarin oordeelde de kantonrechter dat de werknemer in kwestie – ondanks de door hem rechtsgeldig ondertekende afstandsverklaring – deelnemer was geworden in de pensioenregeling nu het pensioenreglement niet voorzag in de mogelijkheid af te zien van deelname. Daarmee miskende de kantonrechter de fundamentele systematiek van de Pensioenwet, die maakt dat het pensioenreglement in beginsel ⁵³ pas van toepassing wordt wanneer werkgever en werknemer een pensioenovereenkomst hebben gesloten. ⁵⁴ Het voorgaande laat evenwel onverlet dat de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in een recent – ongepubliceerd – vonnis toch kiest voor de route die de Kantonrechter Apeldoorn in 2013 ook volgde. ⁵⁵ De Kantonrechter Bergen op Zoom oordeelt dat op grond van het pensioenreglement, het werknemer niet vrijstond om af te zien van deelname aan de pensioenregeling. Het feit dat werknemer en werkgever dit schriftelijk hadden vastgelegd in zowel de arbeidsovereenkomst als in een afstandsverklaring, deed daar naar het oordeel van de kantonrechter niet aan af.

Daarnaast oordeelde de Kantonrechter Apeldoorn in haar uitspraak uit januari 2013 dat de werkgever de mogelijk door de partner geplaatste handtekening had moeten verifiëren aan de hand van het paspoort van de partner. Ook op dat oordeel lijkt mij het nodige af te dingen: waarom zou überhaupt een handtekening

⁵¹ Met name onder pensioenadviseurs, zie bijvoorbeeld "*Afstandsverklaring is een groot werkgeversrisico*" (<http://www.pensioenz.org/werkgever/nieuws/20-afstandsverklaring-is-een-groot-werkgeversrisico>), "*De dood van de afstandsverklaring*" (<https://www.doorneweerd.nl/Pensioen-Lijfrente-AOW/afstandsovereenkomst-voorheen-afstandsverklaring>).

⁵² Ktr. Apeldoorn 9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:3366, PJ 2013/50 m. nt. I.R.W. Witte.

⁵³ Dat is mogelijk anders wanneer een arbeidsvoorwaardenhandboek of iets dergelijks onverkort het pensioenreglement van toepassing verklaard en in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar dit arbeidsvoorwaardenhandboek.

⁵⁴ Anders dan onder de PSW, beheerst het pensioenreglement slechts de rechtsverhouding tussen pensioenuitvoerder en deelnemer (vgl. artikel 1 PW). Zie voorts artikel 35 lid 1 PW waaruit volgt dat de pensioenuitvoerder een pensioenreglement opstelt in overeenstemming met (onder andere) de pensioenovereenkomst. Zonder pensioenovereenkomst, dus geen pensioenreglement. Voornoemde volgorde volgt in meer algemene zin ook uit de opbouw van de Pensioenwet.

⁵⁵ Ktr. Bergen op Zoom 2 augustus 2017, 5628571 CV EXPL 17-52 (niet gepubliceerd). Ter voorkoming van misverstanden: auteur was niet betrokken bij deze zaak.

van de partner vereist zijn wanneer de werknemer geen pensioenovereenkomst sluit met zijn werkgever?

Vooropgesteld is de aanspraak op partnerpensioen een aanspraak van de deelnemer zelf. Dit volgt a contrario uit artikel 57 PW⁵⁶ en ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Pensioenwet.⁵⁷ Volledigheidshalve, – zoals eerder ook al Hof Den Bosch oordeelde⁵⁸ – brengt ook artikel 1:88 BW niet met zich dat de partner zou moeten mee tekenen. In de recente literatuur lijkt hierover eveneens overeenstemming te bestaan.⁵⁹ Daarmee lijkt het standpunt dat de partner de afstandsverklaring zou moeten mee ondertekenen, onjuist. Toch lijkt het mij wenselijk dat de pensioenuitvoerder probeert te borgen dat ook de partner direct weet dat de werknemer wil afzien van deelname aan de pensioenregeling. De pensioenuitvoerder, doorgaans toch verantwoordelijk voor het opstellen van alle stukken, kan in de afstandsverklaring de toekomstig werknemer aansporen deze keuze met zijn partner te overleggen. Ook kan de pensioenuitvoerder de toekomstig werknemer vragen zijn partner de afstandsverklaring voor gezien te laten ondertekenen. Desgewenst kan hieraan worden toegevoegd dat die handtekening niet vereist is voor de totstandkoming van de afstandsverklaring. Daarmee wordt voorkomen dat op een later moment discussie ontstaat over de echtheid van de handtekening.

Een laatste aandachtspunt is de opstelling van werkgever, wanneer hij met werknemer overeenkomt dat werknemer niet aan de pensioenregeling zal deelnemen. In de boven aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Apeldoorn

⁵⁶ "Indien de partnerrelatie van een deelnemer eindigt door scheiding verkrijgt de gewezen partner van de deelnemer een zodanige aanspraak op partnerpensioen als de deelnemer ten behoeve van die gewezen partner zou hebben behouden indien op het tijdstip van scheiding zijn deelneming zou zijn geëindigd." Zonder scheiding behoudt de deelnemer dus zijn aanspraak ten behoeve van zijn partner.

⁵⁷ Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 204: "Een deelnemer die met pensioen gaat zal mogelijk ook nog ten behoeve van zijn partner een aanspraak op partnerpensioen hebben of ten behoeve van zijn kinderen een aanspraak op wezenpensioen." Zie voorts Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 93: "Naast deelnemers hebben ook gewezen deelnemers en pensioengerechtigden een zelfstandige relatie met de pensioenuitvoerder, evenals gewezen partners met een bijzonder partnerpensioen."

⁵⁸ Hof Den Bosch 24 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:612, PJ 2015/68.

⁵⁹ Asser-Lutjens 7-XI 2016/123, T. Huijg 'Informeren over de afstandsverklaring: het luistert nauw', PM 2017/123.

oordeelde zij dat op een werkgever een bijzondere informatieplicht rust: werkgever dient de toekomstig werknemer te informeren over de gevolgen van een afstandsverklaring, specifiek waar het betreft de positie van de nabestaanden.

⁶⁰ De Kantonrechter Apeldoorn maakt niet duidelijk waar deze verplichting uit zou volgen. Naar ik aanneem heeft zij het oog op het goed werkgeverschap. ⁶¹ De Kantonrechters Roermond legden de lat aanmerkelijk lager: dat werkgever druk zou hebben uitgeoefend om de afstandsverklaring ondertekend en wel in te leveren achten zij niet bewezen. Het enkele feit dat werkgever op enig moment heeft geïnformeerd naar wanneer hij de afstandsverklaring ondertekend zou terugkrijgen is daarvoor niet voldoende. ⁶² In één van de twee zaken zag de kantonrechter onvoldoende aanwijzingen om aan te nemen dat sprake was van dwaling, ⁶³ terwijl in de andere zaak de kantonrechter simpelweg niet inging op de vraag of de werkgever voldoende informatie had verstrekt over de gevolgen van de afstandsverklaring, nu de eisende partij zich in die kwestie niet had beroepen op dwaling en evenmin schadevergoeding had gevorderd. ⁶⁴ In een kwestie die werd voorgelegd aan de Kantonrechter Amsterdam had werkgever een begeleidende brief bij de arbeidsovereenkomst toegestuurd, met daarin opgenomen dat werknemer kon kiezen voor de verzekering van partnerpensioen en ANW-hiaatpensioen. ⁶⁵ Daarnaast had werkgever de werknemer per e-mail een premiecalculator en een keuzeformulier toegezonden. Voorts had werkgever een voorlichtingsbijeenkomst over pensioen georganiseerd voor nieuwe werknemers. Werknemer ging daar evenwel niet heen. Tot slot ontving werknemer vanzelfsprekend een startbrief. De partner van de overleden werknemer betoogde

⁶⁰ Ktr. Apeldoorn 9 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:3366, *PJ* 2013/50 m. nt. I.R.W. Witte, rov. 4.7 en 4.8. Hoewel de kantonrechter spreekt over een informatieplicht, lijkt het erop dat zij in feite het oog heeft op een onderzoeks- en waarschuwingsplicht: *"In ieder geval is ter zitting gebleken dat de financiële consequenties van afstand doen niet aan hem zijn voorgehouden, omdat de consultants die gegevens niet bij de hand hebben. Onder die omstandigheden had Werkgever de motivering van [werknemer] – zoals die gesteld is door de heer Z – namelijk dat de kosten niet zouden opwegen tegen de baten niet voor zoete koek mogen slikken."*

⁶¹ Artikel 7:611 BW.

⁶² Ktr. Roermond 28 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6071 en Ktr. Roermond 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9856.

⁶³ Ktr. Roermond 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9856.

⁶⁴ Ktr. Roermond 28 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6071.

⁶⁵ Ktr. Amsterdam 27 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2068, rov. 5.

dat werkgever niet expliciet genoeg gewezen had op de gevolgen van het doen van afstand. Bovendien wees zij erop dat werkgever weet had van het feit dat zij een inwonend gehandicapt kind hadden. Naar ik aanneem was de gedachte van de partner dat tegen die achtergrond werkgever uitgebreider had moet waarschuwen. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat op de werkgever weliswaar een zorgplicht rust, maar *"dat de zorgplicht van een goed werkgever in het kader van de aangeboden pensioenregeling niet zo ver voert dat zij werknemers actief voor de individuele (in dit geval zeer schrijnende) gevolgen van keuzes meer informatie dient aan te bieden dan Tele2 [de werkgever] in dit geval heeft gedaan."*

Deze uitspraken overziend lijkt de conclusie dus gerechtvaardigd dat de werkgever de werknemer dient te informeren over de gevolgen van zijn keuze. Afgaand op de meer recente afspraken lijkt een op werkgever rustende waarschuwings- of onderzoekplicht niet snel te worden aangenomen. Voor wat betreft de reikwijdte lijkt te gelden dat informatie van algemene aard volstaat. Daarbij past mij enige terughoudendheid: enerzijds omdat werkgevers en pensioenuitvoerders geen grenzen zouden moeten willen opzoeken en anderzijds omdat het hier slechts jurisprudentie betreft van lagere rechters. Voorts zullen de normen van goed werkgeverschap ingevuld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval: denkbaar is dat andere omstandigheden toch een verder reikende informatieplicht doen ontstaan.

Rechtsverhouding werkgever – pensioenuitvoerder

De pensioenuitvoerder stelt doorgaans de pensioendocumentatie op. Veel uitvoeringsovereenkomsten bevatten de voorwaarde dat de werkgever alle werknemers dient aan te melden bij de pensioenuitvoerder. Daarmee voorkomt een pensioenuitvoerder discussie over de vraag of een afstandsverklaring rechtsgeldig tot stand is gekomen. Desalniettemin zijn pensioenuitvoerders onder omstandigheden regelmatig bereid om toch een uitzondering te maken en toe te staan dat bepaalde werknemers niet gaan deelnemen.

Verschillende verzekeraars en pensioenfondsen werken met model afstandsverklaringen. Gegeven het voorgaande doet een pensioenuitvoerder er goed aan om te werken met een model afstandsverklaring die duidelijk de

gevolgen beschrijft van de beoogde keuze om af te zien van deelname aan de pensioenregeling. Daarbij ligt voor de hand te benoemen wat de gevolgen zijn van niet-deelneming, namelijk geen opbouw en dekking. Ook kan hij erop wijzen dat de pensioenuitvoerder medische waarborgen kan verlangen, wanneer de werknemer terug wenst te komen op zijn eerdere keuze.⁶⁶ Het merendeel van de door pensioenuitvoerders opgestelde afstandsverklaringen bevatten dergelijke bepalingen al. Wat mij betreft verdient het voorts aanbeveling dat het formulier ook vermeldt dat de werknemer, die overweegt afstand te doen, er goed aan doet het formulier mee naar huis te nemen om te overdenken en te bespreken met de partner.⁶⁷ De Kantonrechter Roermond hecht hier bijvoorbeeld waarde aan. En als gezegd lijkt het mij wenselijk – met name vanuit moreel oogpunt – wanneer de partner betrokken is bij de keuze van de werknemer om wel of niet te gaan deelnemen.

Welke informatie verstrekt wordt door de werkgever, is ook voor de pensioenuitvoerder relevant. Al was het maar omdat DNB zich op het standpunt stelt dat de pensioenuitvoerder zich niet kan verschuilen achter de werkgever, indien deze onvoldoende informatie verstrekt.⁶⁸ Verschillende pensioenuitvoerders hebben er de laatste jaren voor gekozen om überhaupt niet meer mee te werken aan afstandsverklaringen (tenzij sprake is van gemoedsbezwaardheid).⁶⁹ Dit standpunt van DNB helpt verklaren waarom pensioenuitvoerders doorgaans in uitvoeringsovereenkomst de bepaling opnemen dat de werkgever verplicht is alle werknemers aan te melden bij de pensioenuitvoerder.

Een dergelijke contractuele verplichting uit de uitvoeringsovereenkomst strekt zich evenwel slechts uit tot de werkgever. De werknemer kan een dergelijke verplichting niet tegengeworpen krijgen. Dat betekent dat een werkgever die met zijn werknemer overeenkomt dat die werknemer niet gaat deelnemen in de pensioenregeling, weliswaar in strijd handelt met de aanmeldverplichting uit de

⁶⁶ Vgl. artikel 4 lid 3 WMK.

⁶⁷ Vgl. Ktr. Roermond 28 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6071 en Ktr. Roermond 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9856.

⁶⁸ <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp>.

⁶⁹ Een voorbeeld hiervan is AEGON Levensverzekering N.V.:

<https://www.aegon.nl/zakelijk/nieuws/weduwe-krijgt-partnerpensioen-ondanks-afstandverklaring>

uitvoeringsovereenkomst, maar ook dat de pensioenuitvoerder niet kan afdwingen dat de werknemer gaat deelnemen aan de pensioenregeling. Vanzelfsprekend kan de pensioenuitvoerder de werkgever wel aanspreken op grond van wanprestatie en langs die weg proberen zijn schade vergoed te krijgen.⁷⁰ Onder omstandigheden is ook denkbaar dat de tekortkoming van werkgever zodanig is, dat de pensioenuitvoerder het recht heeft om de uitvoeringsovereenkomst (gedeeltelijk, dus naar de toekomst toe) te ontbinden.⁷¹ Uiteraard kan de pensioenuitvoerder ook specifieke bepalingen opnemen in de uitvoeringsovereenkomst, die hem de nodige bescherming geven.

De vraag is hoe voorgaande bespiegelingen over de mogelijkheid afstand te doen van deelname aan de pensioenregeling zich verhouden tot het standpunt van DNB dat niet-aangemelde deelnemers toch recht hebben op pensioenopbouw.⁷²

Voor nu probeer ik een (nieuwe) exegese gewijd aan de houdbaarheid van het door DNB ingenomen standpunt te voorkomen.⁷³ Duidelijk is dat het standpunt van DNB kan rekenen op veel weerstand binnen de pensioensector en niet juist lijkt. DNB baseert haar standpunt op artikel 5 PW en de artikelen 7:929 en 7:930 BW. Zij schrijft op haar website:

⁷⁰ Vgl. artikel 6:74 BW.

⁷¹ Vgl. artikel 6:265 BW.

⁷² DNB verkondigde dit standpunt op 10 november 2011 in één van haar Q&A's ('Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder') die zij op haar website publiceert. Over dit standpunt ontstond vrij snel ophef in de literatuur, zie bijvoorbeeld E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *P&P* 2011, nr. 12, p. 4-5; T. Huijg, 'Deelnemer? Maar wie ben jij dan?', *P&P* 2012, nr. 1, p. 19-23; E. Lutjens en A.C.M. Kuypers (in discussie), 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *P&P* 2012, nr. 4, p. 6-10; E. Lutjens, 'Pensioenwet en de gevolgen', *P&P* 2012, nr. 5, p. 12-13; T. Huijg, 'Aansprakelijkheid van een verplichtgesteld bpf', *P&P* 2012, nr. 5, p. 14-16; R.M.J.M. de Greef en C.P.R.M. Dekker, 'Aansprakelijkheid voor de onbekende deelnemer – the story continues...', *TPV* 2014/33. Ook medewerkers van DNB namen deel aan het debat, zij het op persoonlijke titel: G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *P&P* 2012, nr. 5, p. 6-11. Zie voorts de antwoorden van de Minister van SZW op de Kamervragen van Omtzigt: *Kamerstukken II* 2011-2012, Aanhangsel nr. 2541 en *Kamerstukken II* 2011-2012, Aanhangsel 2977.

⁷³ Maar zie voor een inhoudelijke bespreking Asser-Lutjens 7-XI 2016/214 e.v., J.W. de Bruin, 'Pensioenwet, analyse en commentaar', Kluwer 2013: Deventer, p. 381 e.v. en voorts de in de vorige voetnoot reeds aangehaalde tijdschriftartikelen.

*"Om een deelnemer er niet de dupe van te laten zijn dat een werkgever hem niet of onjuist heeft aangemeld heeft de wetgever er bewust voor gekozen om via artikel 5 PW, artikel 7:929 BW in zijn geheel en 7:930 BW gedeeltelijk niet van toepassing te laten zijn. Met andere woorden: wanneer een werkgever een werknemer niet aanmeldt, kan de werknemer toch bij een pensioenuitvoerder een beroep doen op zijn pensioenrechten en – aanspraken, alsof hij wel (geheel juist) was aangemeld."*⁷⁴

DNB miskent evenwel dat artikelen 7:929 en 7:930 BW een tekortschieten in de informatieplicht vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst sanctioneren en niet betrekking hebben op een tekortschieten tijdens de duur van de verzekeringsovereenkomst. Bovendien verhoudt het standpunt van DNB zich niet met de parlementaire geschiedenis bij de Pensioenwet. In reactie op het door toenmalig kamerlid De Vries ingediende amendement, waarin werd voorgesteld een wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting op te nemen voor verzekeraars,⁷⁵ gaf de minister aan dat dat niet nodig was. Ter onderbouwing stelde hij dat wanneer een werkgever een werknemer vergeet aan te melden, het in de rede ligt dat de werknemer zich wendt tot werkgever en niet tot verzekeraar.⁷⁶ In 2012 heeft de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangegeven het standpunt van DNB te onderschrijven.⁷⁷ Ondanks de kritische houding in de sector ten aanzien van het standpunt van DNB, schikken veel pensioenuitvoerders zich naar de opvattingen van DNB. Kennelijk maakt het enkele feit dat DNB dit standpunt inneemt, dat pensioenuitvoerders zich dus conformeren aan dit standpunt.

Het standpunt van DNB lijkt mij slechts zijdelings van belang ten aanzien van de vraag in hoeverre het voor pensioenuitvoerders verstandig is om afstandsverklaringen toe te staan. Wanneer een werknemer wilens en wetens geen pensioenovereenkomst sluit met de werkgever, hoeft de werkgever de werknemer ook niet aan te melden bij de pensioenuitvoerder. De werkgever schiet dan dus ook niet tekort in zijn informatieplicht naar de pensioenuitvoerder. Het standpunt van DNB heeft dan ook met name betrekking op *onterecht* niet

⁷⁴ <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-224396.jsp>.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 7.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 41.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2011-2012, Aanhangsel 2541 en *Kamerstukken II* 2011-2012, Aanhangsel 2977.

aangemelde werknemers. Heeft de werknemer een afstandsverklaring getekend of sluiten werkgever en werknemer geen pensioenovereenkomst, dan is sprake van een terecht niet aangemelde werknemer.

Het standpunt van DNB maakt wel dat pensioenuitvoerders er alle belang bij hebben om exact te weten welke werknemers niet en welke werknemers wel deelnemen. Kan een pensioenuitvoerder niet aantonen dat het een bewuste keuze was van de werknemer om niet te gaan deelnemen, dan vertaalt zich dat in een risico voor de pensioenuitvoerder: de werknemer in kwestie kan in dat geval – onder verwijzing naar de opvattingen van DNB – mogelijk alsnog pensioenopbouw afdwingen bij de pensioenuitvoerder. Voor zover een pensioenuitvoerder afstandsverklaringen toestaat, doet hij er goed aan om minstens contractueel overeen te komen, dat hem een afschrift van de afstandsverklaring toekomt. Aangezien ook de pensioenuitvoerder in staat moet zijn om te verifiëren of de handtekening ook echt afkomstig is van de werknemer zelf, is een afschrift van een kopie van het paspoort van de werknemer eveneens wenselijk.

In het verlengde van het voorgaande: op 6 september 2017 moest de Kantonrechter Apeldoorn oordelen over de vraag of de partner van een overleden werknemer aanspraak kon maken op partnerpensioen, terwijl zij niet als partner was aangemeld.⁷⁸ Ja, oordeelde de rechter na uitleg van het pensioenreglement, waarbij zijn conclusie was dat dat pensioenreglement niet een aanmeldplicht bevatte. De pensioenuitvoerder trachtte tegelijkertijd de met de aan de partner toe te kennen pensioenaanspraken gemoeide koopsom te verhalen op de werkgever. Op grond van de uitvoeringsovereenkomst was werkgever gehouden de partner aan te melden. Bovendien bevatte de uitvoeringsovereenkomst de volgende vrijwaring:

"Alle wijzigingen welke van belang zijn voor een juiste uitvoering van de pensioenregeling worden door Baronie de Heer B.V. binnen een periode van dertig dagen nadat de wijziging heeft plaatsgevonden, schriftelijk gemeld aan Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen N.V. Baronie de Heer B.V. vrijwaart Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen N.V. voor pensioenaanspraken en/of pensioenrechten van (gewezen) deelnemers, pensioengerechtigden en andere belanghebbenden als Baronie de Heer

⁷⁸ Rb. Gelderland 6 september 2017 ECLI:NL:RBGEL:2017:5566.

B.V. niet (tijdig) voldoet aan diens verplichtingen die uit deze uitvoeringsovereenkomst voortvloeien. Het gaat daarbij met name om de aanmeldings- en de informatieverplichtingen van Baronie de Heer B.V."

Werkgever claimde evenwel niet op de hoogte te zijn geweest van het feit dat werknemer een partner had, welk verweer de kantonrechter opvatte als een beroep op overmacht. De pensioenuitvoerder bracht hiertegen in dat wanneer werkgever een dergelijke verplichting aangaat, hij ook dient te borgen dat hij over de nodige informatie beschikt. Dat lijkt mij op het eerste gezicht geen onredelijk standpunt. De kantonrechter oordeelt echter dat werkgever er ook niets aan kon doen dat hij niet op de hoogte was en dat zonder nadere toelichting niet viel in te zien waarom een werkgever gehouden zou zijn om op actieve wijze informatie bij zijn werknemers in te winnen. Het enkele feit dat werkgever deze gegevens moet doorgeven aan de pensioenuitvoerder is onvoldoende – nog steeds volgens de kantonrechter – om het bestaan van een inwinplicht aan te nemen. Aldus volgt het oordeel dat werkgever niet aansprakelijk is.

Dat oordeel had wat mij betreft ook anders kunnen uitpakken: nu accepteert de kantonrechter in feite dat de werkgever tekortschiet in zijn verplichtingen jegens de verzekeraar. Het lijkt mij voor de hand liggend dat wanneer een werkgever zich verbindt bepaalde informatie aan te leveren, de werkgever in elk geval geacht kan worden zich in te spannen om te voldoen aan deze verplichting. Wat mij betreft komt de werkgever hier dus goed weg. Maar zou dat anders zijn geweest, dan had dat tot de bijzondere situatie geleid – althans naar de letter van de vrijwaringsbepaling – dat de pensioenuitvoerder niet zijn schade – namelijk de niet afgedragen pensioenpremie – vergoed krijgt, maar de volledige inkoopsom voor wat betreft het partnerpensioen. Op die wijze zou de pensioenuitvoerder in een betere positie komen te verkeren wanneer de werkgever niet aan zijn informatieverplichting voldoet, dan wanneer de werkgever wel aan zijn informatieplicht had voldaan: had werkgever de partner wel aangemeld, dan had de pensioenuitvoerder genoeg moeten nemen met premiebetaling, maar wanneer de werkgever dit nalaat, dan zou de pensioenuitvoerder de volledige interne financiering in rekening kunnen brengen. Dat doet minst genomen wonderlijk aan en roept de vraag op hoe een rechter omgaat met een dergelijke vrijwaringsbepaling.

Eenzijds zijn partijen in beginsel gebonden aan de onderling gemaakte afspraken (zeker nu het hier professionele partijen betreft), anderzijds is denkbaar dat de rechter oordeelt dat toepassing van de vrijwaring onder deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Aanpassing van de pensioenaanspraken aan de verhoogde pensioenrichtleeftijd

2017 bracht ons de eerste uitspraak waarin de rechter moest oordelen over de houdbaarheid van een actuariële herrekening van pensioenaanspraken en -rechten door de pensioenuitvoerder in verband met de verhoging van de pensioenleeftijd van 65 jaar naar 67 jaar.⁷⁹ Die uitspraak, die de nodige aandacht kreeg, zowel van de media⁸⁰ als in de Tweede Kamer⁸¹, pakte in het nadeel van het pensioenfonds uit.

De casus was als volgt: drie gewezen deelnemers tekenen bezwaar aan bij het pensioenfonds, wanneer dat pensioenfonds voornemens is hun pensioenaanspraken actuariel te herrekenen. Hun pensioenaanspraken hadden een pensioeningangsdatum van 65 jaar. Na de actuariële herrekening zouden hun pensioenaanspraken een pensioeningangsdatum hebben van 67 jaar. Ondanks deze bezwaren, besluit het fonds de herrekening toch door te voeren, en dus stappen de drie gewezen deelnemers naar de kantonrechter. Zij stellen dat sprake is van een interne collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 83 PW. In dat geval had het fonds als gevolg van de door de gewezen deelnemers ingediende bezwaren, hun aanspraken buiten de interne collectieve waardeoverdracht moeten houden. Nu het fonds dat niet heeft gedaan, verzoeken de gewezen

⁷⁹ Ktr. Roermond 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10722.

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld <https://pensioenpro.nl/nieuws/30014401/rechter-interne-waardeoverdracht-pensioenfonds-sabic-nietig> en <https://www.nu.nl/pensioen/5002652/deelnemers-pensioenfonds-winnen-zaak-hogere-pensioenleeftijd.html>.

⁸¹ Naar aanleiding van een verzoek van Kamerlid Van Rooijen (50Plus) besloot de Tweede Kamer op 14 november 2017 de stemmingen over het wetsvoorstel Wet waardeoverdracht klein pensioen (34765) met een week uit te stellen, zodat de Tweede Kamer nader geïnformeerd kon worden over de relatie tussen de uitspraak en het onderdeel in het wetsvoorstel dat gaat over collectieve waardeoverdracht en bezwaarrecht bij aanpassing van de pensioeningangsdatum aan een hogere fiscale pensioenrichtleeftijd.

deelnemers een verklaring voor recht dat de waardeoverdracht nietig is en het fonds deze waardeoverdracht niet mag doorvoeren. Het fonds wijst ter verdediging op de brief van de Staatssecretaris aan de Eerste Kamer van 17 januari 2013,⁸² waarin zij betoogde dat het omzetten van aanspraken naar een hogere pensioeningangsdatum niet hoeft te kwalificeren als een interne collectieve waardeoverdracht. Wanneer de aanspraken op basis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid worden verhoogd en de individuele deelnemer het recht behoudt de aanspraken te vervroegen naar de oorspronkelijke pensioeningangsdatum (65 jaar) zonder dat dit op voorhand de rechten aantast, dan zou volgens Klijnsma, en later ook DNB,⁸³ geen sprake zijn van een interne collectieve waardeoverdracht. Dit standpunt werd echter niet zomaar overgenomen: Huijg⁸⁴ en Wirschell⁸⁵ bijvoorbeeld betwisten de juistheid van het door Klijnsma en DNB bepleitte uitgangspunt: kort gezegd kwamen hun stellingen erop neer dat een verhoging van de pensioeningangsdatum een wijziging is van de pensioenaanspraak, waaraan het aantastingsverbod van artikel 20 PW in de weg staat. Ook wezen zij op het snijverlies dat zou kunnen optreden. Breuker daarentegen meende juist dat Klijnsma en DNB wel gelijk hadden.⁸⁶ Lutjens stelde dat de opvattingen van Klijnsma en DNB slechts houdbaar waren wanneer de deelnemer te allen tijde zou kunnen vervroegen naar de oorspronkelijke pensioeningangsdatum en op dat moment de nominale uitkering gelijk zal zijn aan het bedrag voor de verhoging van de pensioeningangsdatum.⁸⁷

Helaas komt de kantonrechter niet toe aan de vraag of de door Klijnsma en DNB voorgestane systematiek juridisch houdbaar is. Het pensioenfonds heeft voor de actuariële herrekening gekozen het ouderdomspensioen uit te ruilen tegen nabestaandenpensioen. Zo blijft de onderlinge verhouding tussen ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen in stand. In feite is daarmee gegeven dat reeds op voorhand een aantasting van pensioenaanspraken en -

⁸² Kamerstukken I 2012-2013, 33 290, N.

⁸³ <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-229404.jsp#>.

⁸⁴ <https://fd.nl/frontpage/Print/krant/Pagina/Opinie/57431/na-de-staatssecretaris-drijft-nu-ook-dnb-pensioenfondsen-in-een-juridische-fuik>.

⁸⁵ <https://www.towerswatson.com/nl-NL/Insights/Newsletters/Europe/update/2013/Omzetting-opgebouwde-aanspraken-naar-67-mogelijk-zonder-instemming-deelnemers>.

⁸⁶ <https://www.tkppensioen.nl/informatiecentrum/omzetting-ouderdomspensioen-een-juridische-fuik>.

⁸⁷ Asser-Lutjens 7-XI 2016/793.

rechten plaats heeft. Daarmee treedt het pensioenfonds ook buiten de door Klijnsma en DNB voorgestane systematiek. En weten we dus nog steeds of die systematiek houdbaar is.

Die vraag wordt overigens minder relevant nu het wetsvoorstel waardeoverdracht klein pensioen inmiddels is verheven tot wet.⁸⁸ Dit wetsvoorstel bevat de door Klijnsma en DNB voorgestane systematiek (behoudens een enkel detail).⁸⁹ Daarmee is de toelaatbaarheid van die systematiek niet langer imfrage. Dat betekent tegelijkertijd dat het erop lijkt dat het pas aangenomen wetsvoorstel het fonds niet zal baten: immers ook na inwerkingtreding blijft een conversie tussen verschillende pensioensoorten niet toegestaan zonder dat de begunstigde in de gelegenheid moet worden gesteld om bezwaar te maken tegen deze interne collectieve waardeoverdracht.⁹⁰

⁸⁸ Stb. 2017/505.

⁸⁹ Nieuw is de voorwaarde dat in de vervroegingsfactoren naar de ingangsdatum van het pensioen voor de wijziging geen rekening mag worden gehouden met selectiefactoren. Deze voorwaarde stond niet in de brief van Klijnsma en de latere verduidelijking daarop. Ook overigens is de formulering van de voorwaarden gewijzigd.

⁹⁰ Kamerstukken II 2017-2018 34 765, nr. 6, p. 21-22: "Ter voorkoming van mogelijke onduidelijkheden kan in dit verband nog het volgende worden opgemerkt over het feit dat mede vanwege de eenvoud in de communicatie in veel pensioenregelingen een verhouding tussen het ouderdomspensioen en het partnerpensioen van 100 : 70 wordt gehanteerd. Het bij een verhoging van de pensioenrichtleeftijd kunnen handhaven van die verhouding over de in het verleden opgebouwde pensioenen kan de communicatie naar de deelnemers vergemakkelijken. Zowel de geconverteerde opgebouwde pensioenen, de toekomstige pensioenopbouw als de in uitzicht gestelde pensioenaanspraken kennen dan nog steeds de verhouding van 100 : 70.

Omdat echter bij het herrekenen van de pensioenaanspraken die verhouding alleen kan worden gehandhaafd door middelen aan het ouderdomspensioen te onttrekken ten gunste van het partnerpensioen, is dat op grond van dit wetsvoorstel zonder bezwaarmogelijkheid van de deelnemer niet mogelijk. Ook als bij die verschuiving sprake is van een klein effect, dan nog is hierbij sprake van conversie tussen verschillende pensioensoorten. Dat gaat namelijk voorbij het beperkte karakter van de voorgestelde regeling in dit wetsvoorstel."

6. Toezichtsuitoefening

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

Inleiding

Het toezicht door de toezichthouder betreft met name toezicht achteraf.⁹¹ Dat geldt ook voor het risico-gestuurde toezicht.⁹² Door signalen uit de praktijk of in het kader van lopend toezicht wordt de toezichthouder ermee bekend dat een mogelijke overtreding van de Pensioenwet heeft plaatsgevonden. De Pensioenwet geeft bijvoorbeeld (harde) termijnen waarbinnen pensioenfondsen rapportages moeten indienen.⁹³ De vaststelling dat de termijn is overschreden is vrij eenvoudig; de termijn is wel of niet overschreden. Voor de hoogte van de op te leggen bestuurlijke boete dient de toezichthouder dan nog wel een belangenafweging te maken waarbij de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding worden (af)gewogen tegen bijvoorbeeld de draagkracht van het pensioenfonds⁹⁴ of om schade voor de deelnemers te beperken.⁹⁵

Open normen zijn daarentegen veel moeilijker te handhaven door de toezichthouder.⁹⁶ Open normen in de Pensioenwet zijn bijvoorbeeld de norm van evenwichtige belangenbehartiging (105 PW), de prudent person-regel (artikel 135 PW), de eis van een integere en beheerste bedrijfsvoering (artikel 143 PW) en de eis van correcte, duidelijke en evenwichtige informatieverstrekking (artikel 48 PW).

⁹¹ Zie Asser/Lutjens 7-XI 2017/53

⁹² <https://www.afm.nl/~profmedia/files/afm/2017/toezichtaanpak.ashx>

⁹³ Zie een bijvoorbeeld van een boetebesluit wegens overtreding artikel 147 PW:

https://www.dnb.nl/binaries/Media%20pno_tcm46-312295.PDF?2017033015

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld boete aan pensioenfonds Bavaria in verband met verhogen van het risicoprofiel van 8 maart 2017

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld de door de AFM opgelegde boete aan pensioenfonds Bikudak van januari 2012

⁹⁶ R.H. Maatman, de prudent person-regel, zorgplichten en het nieuwe pensioencontract, tijdschrift Ondernemingsrecht 2017/135 en CBB 10 september 2013, [PJ 2013/151](#) (goudbeleggingen van het pensioenfonds Vereenigde glasfabrieken)

In 2017 stonden de toezichthouder DNB en het pensioenfonds voor het slagersbedrijf tegenover elkaar (**CBB 15 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:58, PJ 2017,39**) vanwege een door het pensioenfonds ten laste van het eigen vermogen gevormde VPL-bestemmingsreserve. DNB was van mening dat het pensioenfonds hiermee, onder andere, de open normen van de artikelen 105 lid 2 en 143 PW had overtreden. Hierna zal achtereenvolgens worden stilgestaan bij de achtergrond van de VPL-toezegging, (onder II.), de open normen van de artikelen 105 lid 2 en 143 PW (onderdeel III.) en het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in deze zaak (onderdeel IV).

De VPL-toezegging

Vanaf 1 januari 2006 is het niet meer mogelijk om fiscaal gunstig te sparen voor vervroegde pensionering voor -kortgezegd- werknemers geboren op of na 1 januari 1950.⁹⁷ Om de groep werknemers geboren na 1 januari 1950 te compenseren kon extra pensioen worden toegezegd (hierna: VPL-toezegging).⁹⁸ In afwijking van de verplichting om toegezegd pensioen direct te financieren⁹⁹ gold voor de VPL-toezegging op grond van het sociaal akkoord 2004 de mogelijkheid om de financiering uit te stellen.¹⁰⁰

De financiering van het VPL-pensioen vindt uiterlijk plaats na vijftien jaar of zoveel eerder als de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Pas als de VPL-toezegging gefinancierd is, is sprake van pensioen in de zin van de Pensioenwet.¹⁰¹ Een VPL-toezegging is ook een voorwaardelijke toezegging. De werknemer moet in dienst blijven bij de werkgever totdat de financiering van de VPL-toezegging voltooid is. Treedt hij eerder uit dienst dan heeft hij slechts recht op het gefinancierde deel. Hoewel het uitvoeren van een niet-gefinancierde VPL-toezegging dus niet valt onder het uitvoeren van een pensioenregeling, betreft het

⁹⁷ Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling, Staatsblad 2005, nr. 115

⁹⁸ Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten sociaal akkoord 2004 van 16 juli 2005, Staatsblad 2005, 657

⁹⁹ artikel 17 PW

¹⁰⁰ Zie Asser/Lutjens 7-XI 2017/395

¹⁰¹ artikel 65 Invoerings- en aanpassingwet PW

wel een met pensioen verwante activiteit en is het daarom een toegestane nevenactiviteit voor een pensioenfonds.¹⁰²

Aan de financiering van de VPL-toezegging lag niet altijd een schriftelijke overeenkomst ten grondslag. Naar aanleiding van onderzoek naar de uitvoering van VPL-regelingen constateerde DNB dat er onduidelijkheid bestond over de VPL-toezeggingen. Tevens bestond de angst dat reguliere pensioengelden (vermogen en premie) werden gebruikt om de VPL-toezegging te financieren. Onafhankelijk van het oormerk, het vermogen van het fonds vormt immers een geheel.¹⁰³ Dit onderzoek resulteerde in de sectorbrief van 31 oktober 2012 van DNB waarin DNB pensioenfondsen te kennen geeft dat de afspraken tussen sociale partners en het pensioenfonds ten aanzien van de VPL-regeling schriftelijk vastgelegd diende te worden om kruissubsidiëring te voorkomen. De sectorbrief gaf duidelijkheid alhoewel pas vele jaren nadat de VPL-toezeggingen waren gedaan.¹⁰⁴

De open normen van artikel 105 en 143 PW

De open norm van de evenwichtige belangenbehartiging van artikel 105 lid 2 PW was ook al in de PSW opgenomen. Het pensioenfondsbestuur dient zich bij het beleid en de besluitvorming op de lange termijn te richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken belanghebbenden.¹⁰⁵ De belanghebbenden zijn de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de werkgever(s). Deze belanghebbenden moeten zich op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.

De eis van de integere en beheerste bedrijfsvoering is afkomstig uit de financiële wetgeving. Het pensioenfonds moet zorgdragen voor een goede administratieve organisatie en voor adequate interne controleprocedures.¹⁰⁶ Deze open norm is vanaf 2007 opgenomen in de Pensioenwet. Een zelfde verplichting geldt ook voor andere financiële instellingen op grond van 3:10 en 4:11 van de Wet op het financieel toezicht.

¹⁰² artikel 116 PW

¹⁰³ artikel 123 PW

¹⁰⁴ Zie noot R.H. Maatman bij dit oordeel in JOR 2017/165

¹⁰⁵ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 243.

¹⁰⁶ Kamerstukken II, 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 263.

Artikel 129 PW is een beperking van de beleidsvrijheid van een pensioenfondsbestuur. Het pensioenfondsbestuur heeft namelijk geen beleidsvrijheid bij het bepalen of een korting *mag* worden verleend. De Pensioenwet geeft immers duidelijk aan aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voordat een korting überhaupt mag worden verleend. Als aan de voorwaarden is voldaan heeft het pensioenfonds vervolgens wel beleidsvrijheid om te bepalen *of en op welke wijze* de korting wordt verleend. Nadere invulling zou moeten zijn vastgelegd in het uitvoeringsreglement.¹⁰⁷ Als het pensioenfondsbestuur gebruik maakt van deze beleidsvrijheid dan is daarop onder andere de open norm van artikel 105 lid 2 PW van toepassing.

Het oordeel van de CBB

In de bedrijfstak voor het slagersbedrijf was afgesproken dat de financiering van de VPL-toezegging in drie tranches zou geschieden. Een derde deel op 31 december 2011, een derde deel op 31 december 2016 en een derde deel in 2021. Het pensioenfonds hield hiervoor vanaf 2008 een voorziening aan. Vanaf 2011 is de voorziening omgevormd tot een bestemmingsreserve en is het eerste gedeelte van de VPL-toezegging ingekocht. Daarna is jaarlijks een bedrag toegevoegd aan de bestemmingsreserve. Vanaf 2013 wordt het fondsrendement toegevoegd aan de bestemmingsreserve en in 2015 ook vanuit de premie. Het pensioenfonds verkeert vanaf 30 september 2011 in een situatie van een reservetekort. De VPL-afspraken zijn vanaf 7 april 2014 in een overeenkomst vastgelegd. Op basis van de gemaakte afspraken concludeert DNB dat de bestemmingsreserve te hoog is vastgesteld en dat een bedrag van EUR 11,397 miljoen moet vrijvallen ten gunste van het eigen vermogen. Het pensioenfonds krijgt een aanwijzing¹⁰⁸ wegens het handelen in strijd met artikel 129 PW (regels over het verlenen van premiekorting) en wegens handelen in strijd met de open normen van artikel 105 PW (evenwichtige belangenbehartiging) en artikel 143 PW (integere en beheerste bedrijfsvoering). De aanwijzing houdt in dat het pensioenfonds een deel van de bestemmingsreserve moet laten vrijvallen ten gunste van het eigen pensioenvermogen en dat het pensioenfonds in haar jaarverslagen inzichtelijk gaat maken hoe de VPL-bestemmingsreserve zich verhoudt tot de VPL-verplichtingen

¹⁰⁷ Artikel 25 leden 1 en 2 juncto artikel 23 lid 2 PW.

¹⁰⁸ Artikel 171 PW

van het pensioenfonds.¹⁰⁹ Het CBB beoordeelt de drie hoger beroepsgronden. In volgorde van behandeling zijn dat artikel 129, artikel 105 en tot slot artikel 143 PW. Strijd met artikel 129 PW is snel van tafel, de kostendekkende premie is altijd in rekening gebracht bij de aangesloten werkgevers, dus is er nooit een premiekorting verleend

Het college oordeelt dat artikel 105 PW aan het pensioenfonds beleidsvrijheid laat. De rechter zal de keuzes van het pensioenfonds slechts marginaal toetsen. Dit is niet hetzelfde als de toets van 'evident onredelijkheid' die de Rechtbank Rotterdam eerder gebruikte.¹¹⁰ Volgens het CBB heeft de rechtbank Rotterdam een te beperkte maatstaf gehanteerd. De CBB oordeelt dat de wijze waarop het pensioenfonds haar beleidsvrijheid heeft ingevuld de marginale toetsing kan doorstaan. Het college kent daarbij veel waarde toe aan de omstandigheid dat het verantwoordingsorgaan heeft "ingestemd"¹¹¹ met de vorming van de bestemmingsreserve. Het oordeel van het verantwoordingsorgaan toont als het ware aan dat de belanghebbenden zich evenwichtig vertegenwoordigd kunnen voelen. Het college oordeelt eveneens dat geen sprake is van een schending van de integere en beheerste bedrijfsvoering (143 PW). DNB stelt dat de VPL-verplichting onvoldoende is vastgelegd en bovendien een 'open einde verplichting' is, nu onbekend is hoeveel/wat de verplichtingen in de toekomst nog gaan inhouden. Het CBB oordeelt dat de omstandigheid dat de afspraken pas jaren later zijn vastgelegd, na het verschijnen van de sectorbrief van DNB uit 2012, niet maakt dat er geen sprake is van een beheerste bedrijfsvoering door het pensioenfonds. Als DNB niet concreet kan onderbouwen welke gedragingen van het pensioenfonds in strijd met artikel 143 PW zou zijn, staat de overtreding van dit wetsartikel niet vast.

¹⁰⁹ Als derde onderdeel van de aanwijzing geldt dat het pensioenfonds aan DNB zal uitleggen hoe zij herhaling van de overtredingen zal voorkomen in de toekomst.

¹¹⁰ Rechtbank Rotterdam, 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8665, PJ 2016/5.

¹¹¹ Uit het Reglement Verantwoordingsorgaan 2015 van het pensioenfonds lijkt te volgen dat er geen sprake is geweest van een instemmingsrecht omdat dit verantwoordingsorgaan alleen adviesrechten heeft.

Conclusie

Handhavend optreden ten aanzien van de invulling van open normen door een pensioenfondsbestuur is een uitdaging voor de toezichthouder. De wetgever heeft de ruimte voor de invulling van de open norm aan het pensioenfonds gelaten. De toezichthouder moet die ruimte geven aan het pensioenfonds en zich beperken tot de gevallen waarin een pensioenfonds evident in strijd handelt met wet- en regelgeving. Als je bedenkt dat het bedrijfstakpensioenfonds ook de enige partij is die het risico draagt op het correct nakomen van de VPL-toezegging, dan kan ik mij goed vinden in de uitkomst van deze procedure. Aan het pensioenfonds komt ruime beleidsvrijheid toe om de financiële inrichting van haar verplichtingen te bepalen.

7. Pensioen en scheiding

mr. Annemiek Cramer CPL, advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl

Inleiding

Het onderwerp “pensioen en scheiding” kan worden verdeeld in verschillende deelonderwerpen. Naar aanleiding van de jurisprudentie in 2017 (tot half december), komen in deze bijdrage achtereenvolgens de volgende deelonderwerpen aan de orde:

- pensioenverevening;
- de directeur-groootaandeelhouder;
- pensioenverrekening.

Ieder deelonderwerp start met een inleiding, waarin de grote lijnen van het betreffende deelonderwerp worden geschetst. De inleidende teksten komen voor een groot deel overeen met de inleidende teksten van mijn bijdrage over pensioen en scheiding van vorig jaar.

Pensioenverevening

Inleiding

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

De WVPS heeft betrekking op de verdeling van ouderdomspensioen.¹¹² Het gaat om verdeling, in jargon “verevening”, van ouderdomspensioen dat is opgebouwd

¹¹² Zie de definitie van pensioen in artikel 1 WVPS. Daarnaast heeft de WVPS ook betrekking op bijzonder partnerpensioen voor de ex-partner van een directeur-groootaandeelhouder (artikel 3a WVPS).

tijdens het huwelijk of tijdens het geregistreerd partnerschap.¹¹³ De wet is thans van toepassing bij echtscheiding, bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap en bij scheiding van tafel en bed, óók als sprake is van uitsluiting of beperking van algehele gemeenschap van goederen zoals die tot 1 januari 2018 gold.

Te verevenen pensioen

Vermeldenswaard is het arrest van het **Gerechtshof Den Haag van 28 november 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:3300)**, waarin het Gerechtshof oordeelde over de vraag of een bepaald pensioen krachtens de WVPS dient te worden verevend. Het ging om een voorwaardelijk pensioen in het kader van de door de Wet VPL geboden tijdelijke mogelijkheid om het vervallen van de fiscale facilitering van VUT- en prepensioenregelingen over het verleden te compenseren. Dat voorwaardelijke pensioen is volgens artikel 65 lid 1 van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet geen pensioen in de zin van de Pensioenwet, voor zover het niet is gefinancierd. Dat brengt het Gerechtshof tot het oordeel dat uitsluitend het op de scheidingsdatum daadwerkelijk gefinancierde gedeelte van het overigens nog voorwaardelijke pensioen dient te worden verevend. Door financiering worden de voorwaardelijke rechten “pensioen”.

Afsluiting schuldsanering met schone lei

Een uitspraak van **Rechtbank Midden-Nederland (15 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1175)** onderstreept hoe belangrijk het kan zijn om een scheiding aan de pensioenuitvoerder te melden met het mededelingsformulier als bedoeld in de WVPS. Door die melding, die binnen twee jaar na scheiding moet zijn gedaan, ontstaat namelijk een recht op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen jegens de pensioenuitvoerder. Zonder die melding bestaat slechts een recht op uitbetaling jegens de ex-partner. De Rechtbank kreeg over de situatie te oordelen waarin na een scheiding geen melding was gedaan aan de pensioenuitvoerder. De vereveningsplichtige belandde enkele jaren na de scheiding in de schuldsanering, die hij afsloot met een schone lei. Het recht op uitbetaling van de vereveningsgerechtigde jegens de vereveningsplichtige, werd volgens de Rechtbank in beginsel door de schone lei getroffen, in die zin dat slechts een (rechtens niet afdwingbare) natuurlijke verbintenis overbleef. Die uitkomst oordeelde de Rechtbank echter naar maatstaven van redelijkheid en

¹¹³ Conversie (art. 5 WVPS) laat ik hier buiten beschouwing.

billijkheid onaanvaardbaar. De Rechtbank kwam onder meer tot dat oordeel, omdat de pensioenrechten van de vereveningsplichtige als hoogst persoonlijke rechten buiten de schuldsanering waren gebleven. Daardoor had de vereveningsplichtige zijn pensioenaanspraken jegens de pensioenuitvoerder behouden. Zoals gezegd, onderstreept deze uitspraak hoe belangrijk het kan zijn tijdig melding te doen van een scheiding aan de pensioenuitvoerder. Indien de scheiding tijdig was gemeld, had de schuldsanering van de vereveningsplichtige mijns inziens het recht op uitbetaling van de vereveningsgerechtigde sowieso niet geraakt. De vereveningsgerechtigde zou dan immers een recht op uitbetaling jegens de pensioenuitvoerder (en niet jegens de ex-partner) hebben gehad. Het belang van tijdige melding is er temeer, nu de onderhavige uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland, niet in lijn is met een arrest van het **Gerechtshof Leeuwarden van 5 april 2011 (ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1320)**. Het Gerechtshof oordeelde dat een vordering uit hoofde van uitgestelde pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon- regime wel degelijk wordt getroffen door de schone lei.

De directeur-grootaandeelhouder

Inleiding

Het ouderdomspensioen van een directeur-grootaandeelhouder is ouderdomspensioen waarop de WVPS van toepassing is (art. 1 lid 4, aanhef en onder a WVPS). Daarnaast is in de WVPS specifiek voor de directeur-grootaandeelhouder een regeling opgenomen voor bijzonder partnerpensioen (art. 3a WVPS; de regeling voor bijzonder partnerpensioen in artikel 57 Pensioenwet (PW) is voor de directeur-grootaandeelhouder niet van toepassing, omdat de PW niet van toepassing is op het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder).

De directeur-grootaandeelhouder met pensioen in eigen beheer, dient te bewerkstelligen dat zijn vennootschap de rechten die voor de ex-partner uit de WVPS voortvloeien, extern verzekert. Het gaat om het recht van de vereveningsgerechtigde ex-partner op uitbetaling van ouderdomspensioen en/of het recht van de ex-partner op bijzonder partnerpensioen. Deze verplichting van de directeur-grootaandeelhouder is gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW) (**HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658**). Ook de vennootschap zelf is verplicht, op grond van de

aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, de rechten van de ex-partner van de directeur-groootaandeelhouder extern te verzekeren (**HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289**).

Op 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen in werking getreden, voor zover het de uitfasering van pensioen in eigen beheer betreft. Fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw in eigen beheer, is daardoor met ingang van 1 juli 2017 niet langer mogelijk. De directeur-groootaandeelhouder die pensioen in eigen beheer heeft opgebouwd, heeft gedurende een beperkte periode de mogelijkheid om te kiezen voor het fiscaal geruisloos afwaarderen van het in eigen beheer opgebouwde pensioen naar de fiscale waarde, in combinatie met afkoop óf in combinatie met omzetting van het pensioen in eigen beheer in een aanspraak op een zogenaamde oudedagsvoorziening (ODV). Zowel na afkoop als na omzetting in een ODV is de WVPS niet meer van toepassing, zodat perikelen rond externe verzekering van de rechten die voor de ex-partner van de directeur-groootaandeelhouder uit de WVPS voortvloeien (waarover hierna meer), na afkoop of omzetting in principe niet meer aan de orde zijn. De partner of ex-partner van de directeur-groootaandeelhouder dient wel met afwaardering gevolgd door afkoop of omzetting in te stemmen. Indien de directeur-groootaandeelhouder geen gebruik maakt van de geboden keuzemogelijkheid, blijft het reeds in eigen beheer opgebouwde pensioen bestaan, met de daarbij behorende knelpunten, inclusief de perikelen rond externe verzekering bij scheiding. Voor zover mij bekend, zijn er nog geen uitspraken in verband met de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer gepubliceerd, die vermelding in deze kroniek verdienen.

Perikelen rond externe verzekering

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

rente, dat de fiscale pensioenvoorziening van de vennootschap in de praktijk onvoldoende zal zijn om de pensioenverplichtingen van de vennootschap daadwerkelijk uit te kunnen voeren.

Ook in 2017 waren er weer meerdere uitspraken in verband met de perikelen rond externe verzekering, waarin de feitelijke situatie werd getoetst aan het toetsingskader uit het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2007 over externe verzekering (**HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658**).

Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693

In het kader van deze kroniek, verdient het arrest dat de Hoge Raad op 14 april 2017 over externe verzekering heeft gewezen, bijzondere aandacht. Op dat voor externe verzekering belangrijke arrest, wordt hieronder ingegaan.

De Hoge Raad oordeelde in het arrest *ten eerste* dat het wettelijke uitgangspunt van de WVPS dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het opgebouwde pensioen, bij externe verzekering onverkort van toepassing is. Dat betekent dat de afstorting zodanig dient plaats te vinden, dat de aanspraken van partijen op het pensioen in beginsel (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd. Indien op het tijdstip van scheiding onvoldoende kapitaal aanwezig is om zowel de pensioenaanspraak van de vereveningsgerechtigde af te storten, als de overblijvende pensioenaanspraak van de vereveningsplichtige te dekken, zal het tekort naar evenredigheid moeten worden verdeeld. Daarmee bevestigt de Hoge Raad de zienswijze van het Gerechtshof Den Haag dat een dekkingstekort moet worden verdeeld (bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 25 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3875, die in de Kroniek 2016 aan de orde kwam).

Het arrest van de Hoge Raad houdt *ten tweede* in, dat in verband met pensioen in eigen beheer, onder het voor externe uitvoering beschikbare kapitaal moet worden verstaan de som van de pensioenvoorziening, vermeerderd met het ongebonden eigen vermogen. Om te bepalen of voldoende kapitaal aanwezig is voor externe verzekering, is dus alleen de pensioenvoorziening en/of het ongebonden eigen vermogen van de vennootschap van belang. Ander vermogen is dat niet.

Het oordeel van de Hoge Raad impliceert dat het vermogen van de directeur-groootaandeelhouder in privé in beginsel niet van belang is en dat lijkt in lijn met bestaande rechtspraak. Een directeur-groootaandeelhouder kan, behoudens andersluidende afspraken, in beginsel slechts privé aansprakelijk zijn voor de pensioenschade van zijn ex-partner, indien hij door onrechtmatig handelen externe uitvoering van de rechten van zijn ex-partner onmogelijk heeft gemaakt (zie bijvoorbeeld - eveneens - Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in een arrest van 6 september 2016, **ECLI:NL:GHARL:2016:7163**, dat ook in de Kroniek 2016 aan de orde kwam).

Met het oog op de aansprakelijkheid van een directeur-groootaandeelhouder in privé, lijkt de vaste lijn in de rechtspraak die inhoudt dat een bestuurder slechts persoonlijk aansprakelijk is jegens derden indien hem een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken, van belang. Rechtbank Rotterdam haakt in een uitspraak van 15 maart 2017 (**ECLI:NL:RBROT:2017:2456**) inderdaad bij die vaste lijn in de rechtspraak aan. Het ging om een situatie waarin de directeur-groootaandeelhouder werd verweten dat hij door geen kapitaal af te storten in strijd met de Beklamelnorm (waarvoor de basis is gelegd in HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 72 inzake Beklame) had gehandeld. De Rechtbank overweegt dat aan de directeur-groootaandeelhouder van een in financiële problemen verkerende vennootschap niet kan worden verweten, zonder bijkomende omstandigheden die niet waren gesteld of gebleken, dat hij geen liquiditeiten aan de onderneming heeft onttrokken om kapitaal voor pensioen extern onder te brengen.

Uit het oordeel van de Hoge Raad dat alleen de pensioenvoorziening en/of het ongebonden eigen vermogen van belang is om te bepalen of voldoende kapitaal aanwezig is voor externe uitvoering, kan worden afgeleid, dat de vennootschap zelf ook niet met haar hele vermogen instaat voor de pensioenverplichtingen. Het arrest van de Hoge Raad houdt *ten derde* in, dat bij de kapitaalvorming in de vennootschap rekening moet worden gehouden met de commerciële waarde van de pensioenaanspraken, waarbij de heersende marktrente (en niet de fiscale rekenrente) als uitgangspunt geldt.

En het oordeel van de Hoge Raad houdt *tot slot* in, dat het eventuele dekkingstekort eveneens dient te worden vastgesteld op basis van de commerciële waarde van de pensioenaanspraken. Daarbij geldt dus de heersende marktrente (en niet de fiscale rekenrente) als uitgangspunt.

Pensioenverrekening

Inleiding

Pensioenverrekening vindt plaats conform het zogenaamde Boon/Van Loon-regime en heeft, anders dan de WVPS, niet alleen betrekking op ouderdomspensioen, maar ook op partnerpensioen. En in afwijking van de WVPS, gaat het ook om pensioen dat is opgebouwd voorafgaand aan het huwelijk. Het Boon/Van Loon-regime geldt sinds de datum waarop de Hoge Raad het alom bekende Boon/Van Loon-arrest heeft gewezen: 27 november 1981 (**ECLI:NL:HR:1981:AG4271**). De Hoge Raad oordeelde in dat arrest, dat pensioenrechten wel in de huwelijksgoederengemeenschap vielen en daarom in beginsel moesten worden betrokken bij de verdeling van een vanwege echtscheiding of scheiding van tafel en bed ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. Bij uitsluiting van algehele gemeenschap van goederen of bij een beperkte gemeenschap waarvan pensioenaanspraken geen onderdeel uitmaakten, behoeft niet te worden verrekend.

Op scheidingen tussen de datum van het Boon/Van Loon-arrest (27 november 1981) en de datum van inwerkingtreding van de WVPS (1 mei 1995) is het Boon/Van Loon-regime van toepassing. Een vordering tot pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon-regime verjaart niet en kan nog steeds met succes worden ingesteld, indien sprake is van een overgeslagen goed als bedoeld in artikel 3:179 lid 2 BW (een goed dat niet in de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap is betrokken) (**HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:762**). Jurisprudentie in verband met het Boon/Van Loon-arrest blijft dus nog vele jaren relevant. 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.

Rechtsverwerking

Zoals hiervoor al opgemerkt, verjaart een vordering tot pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon-regime niet en kan die vordering nog steeds met succes worden ingesteld, indien sprake is van een overgeslagen goed. Maar het kan natuurlijk wel zo zijn, dat een verrekeningsgerechtigde zijn recht op pensioenverrekening heeft verwerkt. Dat wil zeggen dat de verrekeningsgerechtigde door zijn eigen gedragingen zijn recht op

pensioenverrekening geheel of gedeeltelijk heeft verspeeld. Volgens vaste rechtspraak slaagt een beroep op rechtsverwerking niet als gevolg van enkel tijdsverloop; vereist is dat er bijzondere omstandigheden zijn. Van die bijzondere omstandigheden is sprake in de volgende twee situaties. *Ten eerste* in de situatie waarin de schuldeiser bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat hij zijn aanspraak niet meer geldend zal maken. En *ten tweede* in de situatie waarin de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd indien de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

Rechtbank Midden-Nederland 3 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1921

Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in een uitspraak van 3 mei 2017 in verband met een echtscheiding uit 1986, over een beroep op rechtsverwerking. Vast stond dat de verrekeningsgerechtigde vanaf de echtscheiding had “stilgezeten”. Het beroep op rechtsverwerking van de verrekeningsplichtige slaagde gedeeltelijk. De reden daarvoor was dat de schuldenaar (verrekeningsplichtige) naar het oordeel van de Rechtbank onredelijk zou worden benadeeld indien de schuldeiser (de verrekeningsgerechtigde) zijn recht alsnog geldend zou maken. Er was naar het oordeel van de Rechtbank dus sprake van de tweede hiervoor genoemde situatie. Dat was volgens de Rechtbank het geval, omdat het pensioen van de verrekeningsplichtige al in 2009 was ingegaan, terwijl de verrekeningsgerechtigde (die hetzelfde geboortejaar had als de verrekeningsplichtige) tot begin 2016 had gewacht voordat hij aanspraak maakte op pensioenverrekening. En omdat de verrekeningsplichtige de in die periode ontvangen termijnen al had besteed aan levensonderhoud. Het beroep op rechtsverwerking slaagde in zoverre, dat de verrekeningsgerechtigde geen aanspraak meer maken kon maken op verrekening over de periode vanaf 2009 tot begin 2016 (het verleden), maar wel over de periode vanaf 2016 (de toekomst).

Bij deze uitspraak heb ik mijn twijfels. De verrekeningsgerechtigde had kennelijk niet het gerechtvaardigd vertrouwen bij de verrekeningsplichtige gewekt dat hij zijn aanspraak niet meer geldend zou maken (situatie 1), althans dat heeft de Rechtbank niet geoordeeld. De verrekeningsplichtige moest er dus op zich rekening mee houden dat de verrekeningsgerechtigde nog een vordering tot pensioenverrekening zou instellen. Ik zou menen dat van een verrekeningsplichtige ook wel mag worden verwacht dat hij zich daarvan bewust is, in ieder geval op het moment dat zijn pensioen ingaat. De uitspraak van de Rechtbank werkt in de hand dat de verrekeningsplichtige die niet gerechtvaardigd

mocht vertrouwen dat de verrekeningsgerechtigde geen aanspraak op verrekening meer zou maken, zich stil houdt en zijn kosten voor levensonderhoud zoveel mogelijk afstemt op het volledige pensioen. Dit in de verwachting dat hij de pensioentermijnen die hij ontvangt voordat de verrekeningsgerechtigde mogelijk alsnog aanklopt, niet meer hoeft te verrekenen. Tegelijkertijd besteedt de Rechtbank geen aandacht aan het nadeel van de verrekeningsgerechtigde die niet het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat hij zijn vordering niet meer geldend zou maken, mogelijk omdat op dat punt niets of niet voldoende was gesteld. Al met al ben ik er niet van overtuigd dat in de door de Rechtbank berechte situatie sprake was van *onredelijk* nadeel.

De uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 3 mei 2017 sluit ook niet direct aan bij eerdere uitspraken over rechtsverwerking bij pensioenverrekening:

Rechtbank Rotterdam oordeelde eerder over rechtsverwerking door het laten verstrijken van tijd na de pensioeningangsdatum (**Rechtbank Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9834**). De Rechtbank plaatste dat, anders dan de Rechtbank Midden-Nederland in 2017, in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen (situatie 1). Het laten verlopen van een termijn van 4 maanden na de ingangsdatum, was naar het oordeel van de Rechtbank onvoldoende om dat gerechtvaardigd vertrouwen te wekken. De Rechtbank nam bij dit oordeel in aanmerking dat pensioenverrekening vaak pas kan worden geëffectueerd na de ingangsdatum van het pensioen en dat de verrekeningsplichtige dat moet hebben geweten.

Gerechtshof Den Haag oordeelde in 2014 over een situatie waarin een verrekeningsgerechtigde tweeëneenhalf jaar na de pensioeningangsdatum een vordering tot pensioenverrekening instelde (**Gerechtshof Den Haag 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1873**). Het beroep op rechtsverwerking door de verrekeningsplichtige slaagde, *zowel* omdat sprake was van de situatie waarin het gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt dat geen verrekening meer zou plaatsvinden (situatie 1), *als* van de situatie waarin de positie van de verrekeningsplichtige onredelijk zou worden benadeeld (situatie 2). Van de eerste situatie was volgens het Hof sprake wegens een combinatie van omstandigheden, waarbij het hof de omstandigheid dat de verrekeningsgerechtigde tot tweeëneenhalf jaar na de pensioeningangsdatum had gewacht met het instellen van een vordering in het bijzonder van belang achtte. Van de tweede situatie was

volgens het Hof sprake, omdat de vereveningsplichtige al twee jaar met pensioen was en derhalve zijn financiële leven na pensionering had ingericht in de veronderstelling dat hij over zijn volledige pensioen kon beschikken. De vraag is, of het Hof ook enkel op grond van de tweede situatie zou hebben geoordeeld dat sprake was van rechtsverwerking. Dat blijkt niet duidelijk uit de uitspraak.

Ik ken geen eerdere uitspraken waarin klip en klaar werd geoordeeld, zoals Rechtbank Midden-Nederland in 2017 deed, dat een verrekeningsgerechtigde uitsluitend vanwege de tweede situatie zijn recht op pensioenverrekening had verwerkt. Zoals hiervoor toegelicht, ben ik niet overtuigd van de juistheid van die uitspraak.

Aardig is nog om op te merken, dat een beroep op rechtsverwerking vanwege gerechtvaardigd vertrouwen (situatie 1) bij pensioenverevening conform de WVPS minder snel zal slagen dan bij pensioenverrekening conform het Boon/Van Loon-regime. Dat is het geval, omdat in artikel 2 lid 1 WVPS uitdrukkelijk is bepaald dat de toepasselijkheid van de WVPS alleen schriftelijk kan worden uitgesloten (**vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI: NL: GHARL: 2017 : 8239**).

En ook aardig om nog op te merken is, dat de kwestie ook kan worden gezien in het licht van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW), een algemeen vangnet. Het Gerecht in Eerste aanleg van Aruba (Gerecht in eerste Aanleg van Aruba 23 november 2016, **ECLI:NL:OGFAA:2016:841**, gepubliceerd in 2017) oordeelde in een uitspraak van 23 november 2016, dat de verrekeningsplichtige ongerechtvaardigd was verrijkt door het achterwege blijven van verrekening, omdat een deel van het door hem ontvangen pensioen niet voor hem maar voor de verrekeningsgerechtigde bestemd was.

Afsluiting

Op 14 april 2017 wees de Hoge Raad op het gebied van pensioen en scheiding een voor de praktijk belangrijk arrest, over de externe verzekering van de rechten die voor de ex-partner van een directeur-grotaandeelhouder uit de WVPS voortvloeien. Het arrest biedt meer houvast om te bepalen in hoeverre de rechten van de ex-partner extern moeten worden uitgevoerd. En dat kan weer van belang zijn voor de hoogte van de alimentatie en voor de waardering van de aandelen in

de vennootschap.¹¹⁴ Daarnaast bevestigt de Hoge Raad in het arrest, dat het vermogen van de directeur-groootaandeelhouder in privé in beginsel niet van belang is in het kader van externe verzekering.

De jurisprudentie in 2017 bracht op het gebied van pensioen en scheiding verder enkele weliswaar interessante, maar niet heel belangrijke uitspraken. Aan een aantal daarvan is in deze bijdrage aandacht besteed, zoals aan de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 3 mei 2017 over rechtsverwerking bij pensioenverrekening.

¹¹⁴ Zie de noot van W.P.M. Thijssen bij het arrest in PJ 2017/87.

8. Fiscaal pensioenrecht

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

Inleiding

In het eerste deel van deze bijdrage wordt een aantal interessante uitspraken besproken die betrekking hadden op het opleggen door de Belastingdienst van een conserverende aanslag bij emigratie. In het tweede deel van deze bijdrage worden enkele uitspraken besproken over verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing waarbij het vooral gaat om de beoordeling bij welk land de heffingsbevoegdheid ligt. Ter afsluiting wordt nog een tweetal zaken (zonder internationale aspecten) besproken over verrekening door een directeur grootaandeelhouder van pensioen in eigen beheer met een rekening courant schuld in de eigen BV en gedeeltelijke uitkering van een stamrechtverplichting.

Conserverende aanslag algemeen

De Belastingdienst ontleent de bevoegdheid tot het opleggen van een conserverende aanslag aan artikel 2, lid 3, sub e van de Algemene wet inzake rijksbelastingen jo. artikel 9.1 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Aan het vereiste dat voor een conserverende aanslag alleen uitstel van betaling wordt verleend na het stellen van zekerheid is vervallen door de uitspraak van het HvJ EG vanaf 11 maart 2004. De conserverende aanslag wordt geheven over te conserveren inkomen. Dit houdt in dat indien de belastingplichtige ophoudt binnenlandsbelastingplichtig te zijn anders dan door overlijden terzake van oudedagsvoorzieningen een conserverende aanslag kan worden opgelegd. Deze aanslag hoeft niet te worden voldaan maar wordt verschuldigd indien sprake is van een verboden handeling zoals afkoop, vervreemding of bezwaren van een pensioen- of lijfrenteaanspraak.

De vraag waar het in de hierna te bespreken uitspraken om gaat is of een conserverende aanslag rechtsgeldig is opgelegd en of de conserverende aanslag in strijd kan zijn met de vereiste goede verdragstrouw tussen staten die met elkaar een verdrag sluiten. In artikel 26 en 31 van het Verdrag van Wenen over het verdragenrecht is bepaald dat verdragsluitende staten goede trouw aan elkaar

verschuldigd zijn. Dit uitgangspunt geldt bij de sluiting, de uitleg en bij de uitvoering van verdragen¹¹⁵. Belastingverdragen tussen (twee) landen worden gesloten om te voorkomen dat beide landen belasting heffen over het zelfde inkomen. De belastingverdragen dienen dus ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Van strijd met goede verdragstrouw bij belastingverdragen is sprake als de heffingsbevoegdheid van de ene verdragspartner (indien aan dat land de exclusieve heffingsbevoegd is toegekend) door het opleggen van de conserverende aanslag door de andere verdragspartner wordt uitgehold of ontgaan.

Hoge Raad 19 juni 2009 en reparatiewetgeving lijfrente

Voordat ik in ga op de rechtspraak in 2017 bespreek ik eerst het arrest van de **Hoge Raad van 19 juni 2009 (zie ECLI:NL:HR:2009:BC4725)** en de reparatiewetgeving die het gevolg is van dat arrest. De Hoge Raad oordeelde op 19 juni 2009 dat het opleggen van een conserverende aanslag strijdig is met de goede verdragstrouw indien dit leidt tot uitholling of ontgaan van een verdragsbepaling. Dit is het geval als (een gedeelte van) de waarde van de aanspraak op lijfrente tot het inkomen wordt gerekend op het moment dat onmiddellijk aan emigratie vooraf gaat. Dat betekent dat de ene verdragspartner vóór de emigratie overgaat tot belastingheffing over de waarde van lijfrente aanspraak terwijl de heffingsbevoegdheid over de lijfrente-uitkeringen in het verdrag exclusief was toebedeeld aan de andere verdragspartner. Hierdoor wordt de heffingsbevoegdheid van de verdragspartner over lijfrente-uitkeringen ná emigratie uitgehold.

Dit arrest van de Hoge Raad leidde tot reparatiewetgeving als bedoeld in artikel 3.126, lid 2 en lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat lijfrentepremies die als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aftrek werden genomen, in geval van emigratie gelden als negatieve uitgaven voor die inkomensvoorzieningen en dus bij het inkomen worden opgeteld. Dit betekent dat door deze bepaling niet (een deel van) de waarde van de lijfrenteaanspraak bij emigratie wordt belast, maar dat een voorwaardelijk verleende premieaftrek wordt teruggenomen. De conserverende aanslag heeft dan dus uitsluitend betrekking op het terugnemen van de voorwaardelijk verleende premieaftrek.

¹¹⁵ Tractatenblad 1977, 169 en Tractatenblad 1985, 79.

De conserverende aanslag is dus geen aanslag over de (gehele) waarde van de lijfrenteanspraken. Het gevolg is de bepaling voldoet aan de beoordeling van de Hoge Raad in het arrest van 2009. Door de reparatiewetgeving wordt niet meer de waarde van de lijfrente aanspraak voorafgaande aan de emigratie belast maar wordt de voorwaardelijk verleende premieaftrek voor lijfrente teruggedraaid. Het gevolg is dat dan geen sprake (meer) is van strijd met goede verdragstrouw omdat een exclusieve heffingsbevoegdheid van de verdragspartner niet wordt uitgehouden of ontgaan.

Hoge Raad 19 juni 2009 en reparatiewetgeving pensioen

Voor pensioen in grensoverschrijdende situaties geldt, verkort weergegeven, de hoofdregel van artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Deze hoofdregel houdt in dat de waarde in het economisch verkeer van opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon wordt gerekend indien de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, anders dan door overlijden. Indien deze hoofdregel op grond van verdragsbepalingen en de exclusieve toewijzing van heffingsbevoegdheid aan het immigratieland niet geldt, neemt Nederland¹¹⁶ de niet tot het loon gerekende aanspraken en bijdragen ingevolge de pensioenregeling in aanmerking als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Met nadere woorden: indien Nederland geen belasting kan heffen over de pensioenuitkeringen na emigratie, rekent zij eerder vrijgestelde pensioenaanspraken en bijdragen alsnog tot het loon vóór de emigratie.

Dit betekent in lijn met de reparatiewetgeving voor lijfrenteanspraken dat dan geen sprake is van het belasten van pensioenaanspraken naar de waarde in het economisch verkeer. Daarentegen wordt de voorwaardelijk verleende vrijstelling van bijdragen en aanspraken teruggenomen. Het gevolg is dat vóór de invoering van 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 een onvoorwaardelijk verleende vrijstelling van pensioenaanspraken en bijdragen niet kan worden teruggenomen zonder schending van de vereiste goede verdragstrouw.

De onderstaande uitspraken dienen steeds tegen de achtergrond van het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 en de daarop volgende reparatiewetgeving te worden gelezen.

¹¹⁶ Op grond van artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001

Prejudiciële vragen HR en uitleg goede verdragstrouw

Een procedure voor **Rechtbank Zeeland West-Brabant (van 9 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017: 1464)** betrof een conserverende aanslag die door de Inspecteur werd opgelegd over aanspraken op pensioen en lijfrente bij emigratie naar Frankrijk. Belanghebbende was (middellijk) eigenaar van 100% van de aandelen van een BV. In deze BV had hij een gerichte lijfrente gevestigd en had hij tevens pensioenaanspraken in eigen beheer opgebouwd. Belanghebbende was eind 2014 naar Frankrijk geëmigreerd en daardoor heeft de Inspecteur een conserverende aanslag opgelegd. Ook had de Inspecteur tevens een beschikking aangaande revisierente vastgesteld. De rechtbank stelde vervolgens een tweetal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te weten:

1. of het in de heffing betrekken bij conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie terzake een lijfrenteaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, lid 2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalde bedrag in de situatie als die van belanghebbende in strijd is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Frankrijk; en
2. dezelfde vraag over een conserverende aanslag terzake negatieve uitgaven bij emigratie terzake een pensioenaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalde bedrag.

Op 14 juli 2017 volgde de prejudiciële beslissing van de **Hoge Raad (zie ECLI: NL: HR: 2017: 1324)** op de vragen van Rechtbank Zeeland West-Brabant. De Hoge Raad onderzocht of de opgelegde conserverende aanslag in strijd was met de goede verdragstrouw.

Ten aanzien van de eerste vraag oordeelde de Hoge Raad dat compartimentering in de tijd dient plaats te vinden. De Hoge Raad oordeelde dat door toepassing van artikel 3.136, lid 2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake is van strijd met de goede verdragstrouw die bij de uitleg en toepassing in acht moet worden genomen. Dit omdat geen sprake is van uitholling of ontgaan van een verdragsbepaling. Dit baseert de Hoge Raad op het feit dat slechts voorwaardelijk verleende premieaftrek wordt teruggenomen en geen sprake is van heffing over de waarde van de lijfrente-aanspraak.

Deze beoordeling geldt volgens de Hoge Raad echter niet voor de periode van 1 januari 2001 tot de datum van inwerkingtreding van artikel 3.136, lid 2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 te weten 16 juli 2009 omdat het in die periode geldende fiscale regime bij emigratie leidde tot heffing over (een gedeelte van) de waarde lijfrenteaanspraak. Toen was nog geen sprake van een voorwaardelijk verleende aftrek. Dit geldt eveneens voor premies die in aftrek zijn genomen vóór de inwerkingtreding van de Wet Brede herwaardering per 1 januari 1992. Ook toen was geen sprake van voorwaardelijk verleende aftrek. Samenvattend betekent dit volgens de Hoge Raad dat uit artikel 3.136, lid 2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 volgt dat het opleggen van een conserverende aanslag bij emigratie terzake van betaling van lijfrentepremies niet in strijd is met de vereiste goede verdragstrouw als die uitgaven plaatsvonden in de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 en in de periode vanaf 19 juli 2009. Immers: in die perioden was sprake van voorwaardelijk verleende premieaftrek die bij emigratie wordt teruggenomen.

Ten aanzien van vraag 2 oordeelde de Hoge Raad dat eveneens compartimentering in de tijd zal moeten plaatsvinden. Dit omdat de conserverende aanslag uitsluitend betrekking kan hebben op de pensioenaanspraken en bijdragen die ingevolge de definitie van loon als bedoeld in artikel 3.81 van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet tot het loon zijn gerekend in de periode na inwerkingtreding van artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 per 16 juli 2009. Voor die datum was sprake van een onvoorwaardelijk verleende vrijstelling die niet kan worden teruggenomen zonder strijd met de vereiste goede verdragstrouw.

Procedure Rechtbank Den Haag inzake verdrag Nederland – Israël en conserverende aanslag strijdig geoordeeld met goede verdragstrouw

In een vergelijkbare zaak die eveneens een opgelegde conserverende aanslag betrof oordeelde Rechtbank Den Haag op 27 december 2016 (**zie ECLI:NL:RBDHA:2016:16251**) over de vraag of die strijdig was met de goede verdragstrouw bij emigratie naar Israël. Belanghebbende was begin 2012 geëmigreerd en hield op dat moment 100% van de aandelen in een BV waarin de pensioenaanspraken van belanghebbende in eigen beheer waren opgebouwd. Door de Inspecteur werd in 2015 een conserverende aanslag met reviserende opgelegd.

Het standpunt van belanghebbende was dat het belasten van pensioenbijdragen en aanspraken bij emigratie in strijd is met goede verdragstrouw. Het heffingsrecht over pensioenen was immers toegewezen aan de woonstaat, Israël. De Inspecteur stelde zich op het standpunt dat op grond van artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 geen heffing plaatsvindt over de pensioenuitkeringen of over de waarde van de pensioenaanspraken. Slechts het belastingvoordeel verkregen door toepassing van de omkeerregel wordt teruggenomen. Zo doende worden de bijdragen van de werknemer en werkgever als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in de heffing betrokken zodat volgens de Inspecteur geen sprake is van strijdigheid met de vereiste goede verdragstrouw.

De rechtbank oordeelde eerst dat de bevoegdheid tot heffing volgens het Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Israël is toegewezen aan de woonstaat, derhalve Israël. Vervolgens verwijst de rechtbank naar het arrest van de **Hoge Raad van 19 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BC5201)** waarin wordt overwogen dat een aanspraak op pensioen onvoorwaardelijk is vrijgesteld van belastingheffing. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan een fictie dan ook niet bewerkstelligen dat de belastingheffing alsnog aan de werking van een verdragsbepaling (die i.c. de heffingsbevoegdheid toewijst aan het immigratieland) kan worden onttrokken. De fictie van artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001 die de waarde van de pensioenaanspraak op een ondeelbaar moment vóór de emigratie alsnog als loon in de Nederlandse belastingheffing betreft, komt dan ook in strijd met de goede verdragstrouw, aldus de Hoge Raad.

Het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 betrof een emigratie naar Frankrijk. Rechtbank Den Haag stelt vast dat de toewijzingsbepaling van de heffingsbevoegdheid in het verdrag met Israël vrijwel gelijk is aan die in het verdrag met Frankrijk. De rechtbank oordeelt dat net als bij de fictie van artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001 ook bij artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 sprake is van een fictie die heffingsbevoegdheid naar zich toe haalt over een pensioenaanspraak die onvoorwaardelijk is toegekend. De rechtbank oordeelde om die reden dat door oplegging van de conserverende aanslag sprake is van strijdigheid met de vereiste goede verdragstrouw omdat die de heffingsmogelijkheid van de andere verdragsstaat uitholt of ontgaat.

Hoge Raad casseert uitspraak Rechtbank Den Haag

Deze procedure kreeg een vervolg. De Staatssecretaris van Financiën stelde tegen de uitspraak van Rechtbank Den Haag beroep in cassatie in bij de Hoge Raad tegen het vonnis van 27 december 2016. De Hoge Raad oordeelde op 24 november 2017 (**zie ECLI:NL:HR:2017:2985**) anders dan de rechtbank in eerste aanleg. De Hoge Raad stelde vast dat de belastingheffing terzake pensioenen volgens het verdrag met Israël bij uitsluiting is toegewezen aan de woonstaat, derhalve Israël. De Hoge Raad oordeelde vervolgens onder verwijzing naar het eerder genoemde arrest van 14 juli 2017 (**ECLI:NL:HR:2017:1324**) dat de heffing op basis van artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet in strijd komt met de goede verdragstrouw, als het gaat om pensioenaanspraken en bijdragen die na 15 juli 2009¹¹⁷ niet tot het loon zijn gerekend.

Conserverende aanslag alleen mogelijk in jaar eindigen binnenlandse belastingplicht

Op 15 juni 2017 oordeelde **Rechtbank Zeeland West-Brabant (zie ECLI:NL:RBZWB:2017:3697)** in een procedure betreffende een opgelegde conserverende aanslag terzake pensioenaanspraken in een pensioen BV over het jaar 2010. De rechtsvraag waar het in deze procedure om ging betrof (in hoofdzaak) niet of door oplegging van een conserverende aanslag sprake was met strijdigheid met goede verdragstrouw maar of de belanghebbende in dat betreffende jaar was opgehouden met binnenlands belastingplichtige te zijn. De belanghebbende stelde zich primair op het standpunt dat dat hij reeds voor 2010 was opgehouden binnenlands belastingplichtige te zijn en subsidiair dat toepassing van artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 3.136, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in strijd is met het verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Thailand, althans in strijd is met de goede verdragstrouw.

Een conserverende aanslag kan alleen worden opgelegd als iemand in enig jaar, anders dan door overlijden, ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. De Rechtbank beoordeelde daarom eerst of de belanghebbende in het jaar 2010 als binnenlands belastingplichtige kon worden aangemerkt. Volgens artikel 4 van de

¹¹⁷ Op grond van de hoofdregel artikel 3.81 van de Wet inkomstenbelasting 2001 werden de pensioenaanspraken en bijdragen niet tot het loon gerekend.

Algemene wet inzake rijksbelastingen moet de fiscale woonplaats worden vastgesteld aan de hand van de feitelijke omstandigheden. Dit is een materieel criterium en dit is het geval indien sprake is van een duurzame band van persoonlijke aard met Nederland.

De Rechtbank oordeelde dat in 2010 al geen sprake meer was van een duurzame band van persoonlijke aard omdat belanghebbende zich al in 2008 vestigde in Thailand, geen eigen woning in Nederland meer ter beschikking had en nauwelijks contacten had in Nederland van persoonlijke aard. Dit leidde tot de beoordeling door de Rechtbank dat opleggen van een conserverende aanslag over 2010 niet mogelijk was omdat niet aannemelijk was geworden dat belanghebbende in 2010 was opgehouden binnenlandsbelastingplichtige te zijn.

Conserverende aanslag niet strijdig met goede verdragstrouw indien bronstaat mogelijk heffingsbevoegd

De laatste in het kader van deze kroniek te bespreken uitspraak over het opleggen van een conserverende aanslag betreft het arrest van Gerechtshof Den Bosch van 18 november 2016 (zie **ECLI:NL:GHSHE:2016:5157**). Dit betrof een procedure waarbij de belanghebbende was geëmigreerd naar Zweden in 2008. De Inspecteur legde op de voet van artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 3.146, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 een conserverende aanslag op over pensioenaanspraken. Als reeds eerder vermeld bepaalt artikel 3.83 van de Wet inkomstenbelasting 2001 dat tot het loon wordt gerekend de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraken indien de (gewezen) werknemer ophoudt binnen binnenlands belastingplichtige te zijn, anders dan door overlijden. Artikel 3.146, lid 3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalt dat het tijdstip waarop dit loon wordt geacht te zijn genoten is gelegen op een tijdstip dat direct vooraf gaat aan dat tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Een dergelijke heffing kan in strijd zijn met de goede verdragstrouw, indien een voordeel wordt belast waarvan de heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.

Belanghebbende stelde zich (onder meer) op het standpunt dat deze heffing in strijd is met de goede verdragstrouw en stelde dat bovendien op het moment van emigratie nooit sprake is geweest afkoop van pensioen, dat dit pensioen in 2013 is ingegaan en periodiek wordt uitgekeerd.

Het verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Zweden wijst in beginsel heffingsbevoegdheid over pensioenen exclusief toe aan Zweden. Er zijn echter ook enkele uitzonderingen in het verdrag opgenomen waaronder het geval dat pensioenen geen periodiek karakter dragen. Dan is de bronstaat heffingsbevoegd. Dit leidt er toe, aldus Gerechtshof Den Bosch, dat niet op voorhand vaststaat dat Nederland als bronstaat niet meer bevoegd zal zijn om over het pensioen belasting te heffen omdat de exclusieve heffingsbevoegdheid niet bij Zweden ligt. Hieruit volgt dat de goede verdragstrouw zich niet verzet tegen het opleggen van een conserverende aanslag terzake de pensioenaanspraken.

Heffingsbevoegdheid bij bronstaat of woonstaat

In het volgende deel van deze kroniek bespreek ik enkele uitspraken over situaties waarin op grond van toepasselijke verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing beoordeeld dient te worden bij welk land de heffingsbevoegdheid ligt.

Behandeling door bronstaat van bijdragen voor in woonstaat voortgezette pensioenregeling

In een procedure voor **Rechtbank Zeeland-West Brabant (19 juli 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:4440)** ging het om de vraag of de bijdragen voor een Belgische pensioenregeling van een in België woonachtige maar in Nederland werkzame werknemer tot het belastbare inkomen dienen te worden gerekend. De Belgische werknemer had zijn Belgische pensioenregeling voortgezet toen hij vanaf juli 2007 ging werken voor een werkgever in Nederland. De werkgeversbijdrage werd gebruteerd en tot het belastbaar loon gerekend terwijl de werknemersbijdrage werd ingehouden op het netto loon.

De Inspecteur legde een aanslag op over het bruto loon waarbij geen aftrek werd toegestaan over de bijdragen in de pensioenregeling. In de beoordeling door de Rechtbank was van belang dat pensioenpremies die op grond van een zuivere pensioenregeling worden ingehouden op het loon niet tot het belastbare loon

worden gerekend¹¹⁸. Artikel 26 van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en België¹¹⁹ bevat een regeling voor bijdragen aan pensioenregelingen. Die regeling houdt in dat bijdragen die door de werknemer worden betaald voor een pensioenregeling die door de woonstaat wordt erkend, voor vijf jaren voor de belastingheffing op dezelfde wijze worden behandeld als bijdragen betaald aan een in de werkstaat voor de belastingheffing erkende pensioenregeling.

De Rechtbank oordeelt dat de Belgische pensioenregeling niet kan worden erkend als een zuivere pensioenregeling omdat deze de mogelijkheid bevat tot uitkering van een bedrag ineens op of na de pensioendatum. Dit betekent dat de Belgische regeling niet voldoet aan de voorwaarden als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964. Tevens is de vijfjaarstermijn als bedoeld in het reeds vermelde artikel 26 van het Verdrag tussen Nederland en België reeds verstreken zodat de Inspecteur de bijdragen in de pensioenregeling terecht tot het belastbare loon heeft gerekend. Ook doet de belanghebbende een beroep op het gelijkheidsbeginsel. De Rechtbank oordeelt dat van schending van het gelijkheidsbeginsel geen sprake is omdat de belanghebbende niet anders wordt behandeld dan in Nederland wonende grensarbeiders met de zelfde Belgische pensioenregeling. Tevens oordeelde de rechtbank dat geen sprake is van ongeoorloofde discriminatie omdat voor Nederlandse werknemers dezelfde regels gelden als voor uit het buitenland afkomstige werknemers, zoals belanghebbende.

Heffingsbevoegdheid bij bronstaat omdat woonstaat pensioenuitkeringen voor klein deel in heffing betreft

Op 28 februari 2017 oordeelde Rechtbank Zeeland West-Brabant over een geschil inzake de heffingsbevoegdheid. Belanghebbende had Nederland in 2001 verlaten en had zich in 2010 in Portugal als resident laten inschrijven. Dit betekent dat hij sinds 2010 in Portugal woont. In 2012 ontving hij een pensioenuitkering van EUR 92.304 van een in Nederland gevestigd pensioenfonds. Op deze pensioenuitkering werd in Nederland EUR 29.986 aan loonbelasting ingehouden. De opbouw van de pensioenaanspraken heeft in Nederland belastingvrij plaatsgevonden, de werkgeversbijdragen waren onbelast en de werknemersbijdragen waren fiscaal

¹¹⁸ Volgens artikel 3.81 van de Wet inkomstenbelasting 2001, jo. artt. 10 en 11 van de Wet op de loonbelasting 1964.

¹¹⁹ Tractatenblad 2001, 136.

afteikbaar. Nadat belanghebbende in 2013 had verzocht om vrijstelling van belastingheffing van zijn pensioenuitkeringen, werd dit verzoek tot verrassing van belanghebbende in 2015 afgewezen en legde de Inspecteur vervolgens een definitieve aanslag inkomstenbelasting op over het gehele pensioeninkomen.

Het bezwaar tegen deze aanslag werd door de Inspecteur afgewezen en in beroep oordeelde de rechtbank als volgt. Volgens artikel 2.7 en 7.2, lid 2, sub d van de Wet inkomstenbelasting 2001 is belanghebbende voor het door hem ontvangen pensioen buitenlands belastingplichtige. Artikel 18, lid 1 van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Portugal bepaalt vervolgens dat inkomsten uit pensioen, betaald aan een inwoner van een verdragsluitende staat, slechts in de woonstaat belastbaar zijn.

Echter, volgens artikel 2 van het Verdrag tussen Nederland en Portugal mag het pensioen ook worden belast in de bronstaat indien:

- a) de aanspraak op pensioen in de bronstaat van belasting is vrijgesteld, en
- b) [...] de woonstaat van de genietende van het pensioen het bruto bedrag van dat pensioen voor minder dan 90% in de belastingheffing betreft, en
- c) het totaal bedrag van de pensioenen in enig kalenderjaar een bedrag van EUR 10.000 te boven gaat.

Uit de Portugese *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*¹²⁰ blijkt dat slechts 15% (derhalve minder dan 90%) van het pensioeninkomen door Portugal in heffing wordt betrokken. De rechtbank oordeelt dan ook op basis van het bovenstaande dat aan de voorwaarden van artikel 2 van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Portugal is voldaan. Nederland is heffingsbevoegdheid over het gehele pensioeninkomen van belanghebbende.

Verrekening pensioen in eigen beheer met rc-schuld dga vormt belast prijsgeven; geen anticipatie

Tenslotte bespreek ik nog een tweetal zaken zonder internationaalrechtelijke aspecten. De eerste zaak betrof een directeur grootaandeelhouder van een holding vennootschap die op haar beurt 100% aandeelhouder was van een werkmaatschappij. Nadat de werkmaatschappij failliet ging werd door de directeur

¹²⁰ Zie artikel 54, lid 2 van deze Portugese Belastingwetgeving.

grootaandeelhouder besloten over te gaan tot liquidatie van de holding BV. In de holding was een pensioenvoorziening getroffen. Hoewel er geen formele schriftelijke vastlegging van een pensioenregeling tussen de holding BV en de directeur grootaandeelhouder was oordeelde Rechtbank Den Haag op 12 oktober 2016 dat het om een pensioenvoorziening moest gaan voor de directeur grootaandeelhouder. Dit bleek volgens de rechtbank uit de feiten bleek waarbij het een directeur grootaandeelhouder (hierna ook: DGA) betrof.

Uit het verslag van de buitengewone aandeelhoudersvergadering van de holding BV bleek dat de pensioenvoorziening bij de liquidatie ten gunste van het resultaat werd geboekt. Een vordering van de holding BV uit hoofde van een rekening courant verhouding met de DGA werd daarentegen afgeboekt ten laste van het resultaat van de holding BV. Feitelijk was derhalve sprake van verrekening van de rekening courantschuld met de pensioenaanspraak van de DGA. Volgens de rechtbank was hiermee sprake van het vervreemden of afkopen van een pensioenaanspraak¹²¹. De belanghebbende (de DGA) stelde dat aan het afzien van deze aanspraken (over en weer) geen financiële transactie ten grondslag lag en er geen voordeel zou zijn genoten. Volgens de rechtbank was dit een miskenning van de feitelijke gang van zaken.

De Inspecteur had daarom volgens de rechtbank terecht de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak aangemerkt als loon uit vroegere arbeid. In hoger beroep (op 29 maart 2017, **ECLI:NL:GHDHA: 2017:1562**) oordeelde Gerechtshof Den Haag dat de rechtbank het beroep van belanghebbende tegen de opgelegde aanslag terecht ongegrond heeft verklaard. De belanghebbende stelde nog dat hij in een nadeliger positie zou zijn geplaatst dan belastingplichtigen die onder het toekomstige fiscale pensioenregime hun in eigen beheer opgebouwde pensioenaanspraken mogelijk kunnen afkopen (onder het voorstel Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale maatregelen). Dit verweer werd door het gerechtshof gepasseerd omdat dit niet op huidig geldend recht is gebaseerd maar op mogelijk toekomstig recht.

¹²¹ Vervreemden of afkoop als bedoeld in artikel 19b, lid 1, sub b van de Wet op de Loonbelasting 1964.

Gedeeltelijke stamrechtuitkering leidt tot prijsgeven en heffing als loon uit vroegere arbeid

De tweede zaak betrof een procedure voor gerechtshof Amsterdam (**uitspraak van 27 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3737**) de heffing over de waarde van een stamrechtverplichting in een BV. In geschil was of door de belanghebbende was afgezien van uitkering van een stamrecht en of de waardering van het stamrecht door de Inspecteur op juiste wijze plaatvond. Belanghebbende had in 1991 een ontslagvergoeding aangewend voor een stamrecht als bedoeld in artikel 32 van de Wet inkomstenbelasting 1964 in samenhang met artikel 11, lid 1, sub g van de Wet op de Loonbelasting 1964. Dit stamrecht werd ondergebracht bij een BV waarvan belanghebbende enig aandeelhouder was. Volgens de stamrechtovereenkomst tussen de belanghebbende en de BV zou (verkort weergegeven) uitkering van het stamrecht van EUR 74.852 per jaar aan belanghebbende plaatsvinden vanaf de 65 jarige leeftijd, te bereiken in 2007.

Belanghebbende genoot vanaf 2007 slechts eenmalig een stamrechtuitkering van EUR 5.950. Toen die daarna niet meer werd gevolgd door verdere uitkeringen legde de Inspecteur een aanslag op over de waarde van de stamrechtverplichting vermeerderd met revisierende en boetes.

Belanghebbende verweerde zich met de stelling dat hij uit hoofde van het stamrecht in 1996 al eerder stamrechtuitkeringen heeft genoten. Dit bleek echter niet uit de administratie van de BV en evenmin uit een gewijzigde stamrechtovereenkomst zodat deze stelling niet door het gerechtshof werd gevolgd. Ook het feit dat de BV in de jaren voor 2007 geen omzet realiseerde of een omzet die geringer was dan de aan belanghebbende gedane betalingen maakten dit oordeel niet anders. Hooguit ontstond, aldus het gerechtshof, hierdoor het risico dat de BV in de toekomst mogelijk niet (meer) aan haar verplichtingen volgens de stamrechtovereenkomst zou kunnen voldoen.

Het gerechtshof oordeelde vervolgens dat uit het feit dat in 2007 slechts een kleine uitkering plaatsvond, die niet werd gevolgd door verdere uitkeringen, volgt dat het stamrecht door belanghebbende werd prijsgegeven¹²². Het gevolg is dat de aanspraak op het direct aan het prijsgeven voorafgegane tijdstip tot het loon uit vroegere dienstbetrekking wordt gerekend. Het gerechtshof oordeelt voorts dat

¹²² Prijsgeven als bedoeld in artikel 19, lid 1, sub c van de Wet op de Loonbelasting 1964.

2007 het jaar is waarin de aanspraak werd prijsgegeven. Dit omdat in dat jaar nog recht bestond op een groot deel van de stamrechtuitkering die echter niet werd genoten door belanghebbende.

Daarnaast oordeelde het gerechtshof dat de stamrechtverplichting wel voor verwezenlijking vatbaar was omdat de BV op dat moment niet insolvent was. De BV beschikte immers nog over activa waaronder een aanzienlijke effectenportefeuille. Het verweer van belanghebbende dat de waardering van de stamrechtverplichting niet méér zou kunnen bedragen dan de waarde van het per ultimo 2007 resterende stamrechtvermogen werd door het gerechtshof verworpen. Het hof oordeelde dat de waardering dient plaats te vinden volgens artikel 13, lid 2 van de Wet op de Loonbelasting 1964 jo. artikel 18 van de Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001. Volgens deze bepalingen dient de stamrechtverplichting te worden gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer.

Tenslotte oordeelde het gerechtshof dat het in de belastingheffing betrekken van de waarde in het economisch verkeer van de stamrechtsaanspraak niet in strijd is met de zorgvuldigheid of de proportionaliteit. Omdat is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM is geen sprake van inbreuk op het eigendomsrecht.

