

Kroniek Pensioenrechtspraak 2018



Nr. 7

Kroniek Pensioenrechtspraak 2018

Wergroep Kroniek Pensioenrechtspraak 2018

mr. Annemiek Cramer CPL	<i>advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl</i>
mr. Bas Degelink CPL	<i>advocaat pensioenrecht DLA Piper</i>
mr. Carina Houwen CPL	<i>pensioenjurist Deloitte Benefits & Pension Advisory</i>
mr.drs. Edwin Schop CPL	<i>senior consultant pensions & benefits Spade Consulting</i>
mr. Hennie de Graaf CPL	<i>advocaat pensioenrecht PAL advocatuur</i>
mr. Jorn de Bruin CPL	<i>advocaat pensioenrecht Van Doorne</i>
mr. Laurie Kuijpers CPL	<i>advocaat arbeids- en pensioenrecht Loyens & Loeff</i>
mr. drs. Petra van Straten CPL	<i>promovenda juridische en economische eigendomsrechten bij pensioen, Radboud Universiteit</i>
mr. drs. Ralph van 't Hoff	<i>wetenschappelijk medewerker VvPj (eindredactie)</i>

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

©2019 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.....	39
<i>Hennie de Graaf</i>	
3. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen	59
<i>Bas Degelink</i>	
4. Uitvoeringsovereenkomst.....	69
<i>Petra van Straten</i>	
5. Functioneren pensioenuitvoerders	81
<i>Jorn de Bruin</i>	
6. Toezichtsuitoefening.....	93
<i>Laurie Kuijpers</i>	
7. Pensioen en scheiding	101
<i>Annemiek Cramer</i>	
8. Fiscaal pensioenrecht	115
<i>Carina Houwen</i>	

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2018

Voorwoord

Voor u ligt de Kroniek Pensioenrechtspraak 2018. 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 houdt ons bezig. Voor ons dagelijkse kost waarbij de uitdaging blijft. Voor de politiek een kluit. Op moment van schrijven van dit voorwoord is in de media veel aandacht over mogelijke kortingen van pensioenen. De druk op de politiek en sociale partners neemt toe. Zal in 2019 de discussie over het nieuwe stelsel toch nog in een Pensioenakkoord beslecht worden? Ook voor ons als pensioenskundigen blijft het een uitdaging om de ontwikkelingen simpel en toegankelijk uit te leggen.

De VvPj wil zich meer laten horen. Onze Kroniek leeft. Vanuit de praktijk krijgen wij het mooie signaal dat de Kroniek veel wordt gebruikt. Wij maken nu de volgende stap naar een verdere professionalisering van de uitgave voor de komende jaren, door bijvoorbeeld registers toe te voegen. Het jurisprudentieregister treft u al dit jaar in de Kroniek aan. Het trefwoordenregister staat voor volgende de uitgave op het programma. Mist u nog onderwerpen? Laat het ons weten.

Als nieuw initiatief van de VvPj is een wetgevingknelpunten-pitch gehouden voor en door onze leden. Hieruit is een top drie samengesteld. Voor elk knelpunt is een werkgroep aan de slag die in 2019 zijn resultaat, bijvoorbeeld in de vorm van een artikel, zal delen.

De auteurs van de Kroniek analyseerden de door hen geselecteerde uitspraken 2018. 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.

Dank voor jullie inzet!

Namens de VvPj,

mr. Corry van Herpen CPL

mr. Saskia Mevissen CPL

Februari 2019

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 2018 weer vermeldingswaardige pensioenrechtspraak op. Een selectie van de in 2018 gepubliceerde uitspraken is uitgewerkt in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2018.

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, Senior Consultant Pensions & Benefits Spade Consulting

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. Uitgangspunt zijn de in 2018 gepubliceerde uitspraken.

Op dit onderwerp leverde 2018 geen baanbrekende rechtspraak, wel vermeldingswaardige uitspraken over de volgende onderwerpen:

- het wel of niet totstandkomen van een pensioenovereenkomst ('afstandsverklaring') informatieplicht bij het niet aangaan van een pensioenovereenkomst ('afstandsverklaring')
- voorwaardelijk pensioen, is dat wel of geen pensioen in de zin van de Pensioenwet
- de transitievergoeding bij of voor het bereiken van de pensioenleeftijd
- het beëindigen van een vergoeding bij het bereiken van een bepaalde leeftijd

Afstandsverklaring

Afstandsverklaringen blijven de gemoederen bezig houden. Verzekeraars en premiepensioeninstellingen 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 blijkt, met en zonder een dergelijke bepaling in de uitvoeringsovereenkomst, in de praktijk de afstandsverklaring nog regelmatig voor te komen. 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.¹ 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 beperkingen² is er sprake van contractsvrijheid³. De wet bepaalt niets over afstandsverklaringen met betrekking tot het verwerven van pensioenaanspraken, dus ook niet over de vormvereisten en de inhoud.

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 indiensttreding, 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 en het resultaat wordt - zo overweegt de werknemer vaak - in de verre toekomst pas concreet. 'In dergelijke omstandigheden 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 de werkgever het risico dat hem verzuim van deze zorgplicht worden tegengeworpen.

Over de rechtsgeldigheid van een afstandsverklaring gedurende de gehele looptijd van de arbeidsovereenkomst oordeelde **Rechtbank Overijssel (17 juli 2018; ECLI:NL:RBOVE:2018:2881, PJ 2018/154)**. Wat was hier het geval? Werknemer treedt op 1 september 2010 in dienst bij werkgever. Op 31 maart 2011 ondertekent hij een ‘Afstandsvereenkomst Pensioen’.

¹ Asser/Lutjens 7-XI 2016/123.

² Zie E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse & Commentaar 2013, par. 4.4.8

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

Daarin is het volgende opgenomen dat:

- werknemer kennis heeft genomen van de inhoud van de pensioenregeling van werkgever;
- werkgever aan werknemer de gelegenheid heeft geboden om deel te nemen aan deze pensioenregeling;
- werknemer verklaart niet mee te doen aan de pensioenregeling en daarmee afstand te doen van deelname aan de pensioenregeling voor de hele periode dat hij in dienst is van werkgever;
- door het ondertekenen van deze afstandsverklaring werknemer afstand doet van alle rechten van de pensioenregeling;
- werknemer door het afzien van deelname aan de pensioenregeling geen recht krijgt op enige vorm van compensatie door werkgever;
- mocht werknemer in de toekomst alsnog willen deelnemen aan de pensioenregeling, dit dan alleen mogelijk is als werkgever daarmee instemt;
- mocht werknemer in de toekomst alsnog willen deelnemen aan de pensioenregeling, dit dan niet kan met terugwerkende kracht.

Werknemer treedt 1 juni 2017 op zijn eigen verzoek uit dienst. Na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst deelt de werknemer de werkgever mee dat voor hem ten onrechte geen pensioenpremies zijn afgedragen, of als tegenwaarde de werkgever niet heeft voorzien in een bedrag voor een eigen pensioenregeling. Hij vordert van werkgever circa € 30.000 ter zake van pensioenvoorziening.

Hij geeft daarbij aan dat hij ten tijde van het ondertekenen van de afstandsverklaring met pen heeft aangetekend *“momenteel niet, later tot 1 januari 2012 opnieuw bespreken”*. Volgens de werknemer betekent dat dat zijn afstandsverklaring slechts tot 1 januari 2012 geldig was daarna op initiatief van werkgever deelname aan een pensioenregeling opnieuw met hem besproken had moeten worden.

Volgens de Rechtbank heeft de werknemer met het ondertekenen van de ‘Afstandsovereenkomst Pensioen’ duidelijk en ondubbelzinnig verklaard afstand te doen van enige pensioenaanspraak. In de ondertekende afstandsovereenkomst is uitdrukkelijk bepaald dat eventuele deelname aan een pensioenregeling in de toekomst alleen mogelijk is met instemming van de werkgever. Dat van een dergelijke instemming op enig moment sprake is geweest is niet gebleken (en is door werknemer ook niet gesteld).

De afstandsverklaring is ongewijzigd van toepassing. Er bestaat daarom geen grond voor de toekenning van een pensioenbijdrage, zodat dit deel van de vordering wordt afgewezen. De met de pen toegevoegde mededeling maakt dat niet anders, aldus de Rechtbank.

In dit geval was de afstandsverklaring ter zake van de aanspraken van de gewezen werknemer volstrekt duidelijk. In de praktijk dient een “afstandsverklaring” zo worden opgesteld dat daarover later geen discussies kunnen ontstaan. En ook de partner moet zich ervan bewust zijn dat er ook geen recht op partnerpensioen is na diens onverhoopte overlijden als de werknemer niet deelneemt in de pensioenregeling. Waarbij de verzekeraar moet kunnen aantonen dat partner dit daadwerkelijk heeft gewild (zie uitgebreid over dit onderwerp ook de Kroniek Pensioenrechtspraak 2017).

Voorwaardelijke pensioen Sociaal Akkoord 2004 en de pensioenovereenkomst

Zijn de voorwaardelijke aanspraken tot inkoop van pensioen over het verleden die zijn gebaseerd op artikel 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 (Besluit van 16 juli 2005, Stb. 2005, 391, hierna “Besluit”), voor zover deze niet is gefinancierd, nu wel of geen onderdeel van de pensioenovereenkomst? Daarover oordeelde recent **Rechtbank Oost-Brabant (27 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4667, PJ 2018/182 m.nt. B. Degelink)** in de situatie dat er sprake was van een overgang van onderneming. Partijen zijn verdeeld over de vraag of de voorwaardelijke pensioenaanspraken op grond van het Besluit vallen onder artikel 1 PW. En daarmee over de vraag of voorwaardelijke pensioen vallen onder de uitzonderingsbepaling van art. 7:664 lid 1 sub b BW. De uitzondering van art. 7:664 BW ziet alleen op rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst. De rechtsvraag die voorligt is of het voorwaardelijk pensioen een van de rechten en verplichtingen is die voortvloeit uit de pensioenovereenkomst.

Wat speelde er in deze uitspraak? Een ziekenhuis heeft per 1 september 2015 de patiëntenvoeding uitbesteed. De uitbesteding is gekwalificeerd als een overgang van onderneming. Gesprekken met de ondernemingsraad en de vakbonden hebben geleid tot een overgangsprotocol waarin afspraken zijn gemaakt over de wijze waarop de verschillen in arbeidsvoorwaarden worden overbrugd. De werknemers zijn sinds 1 september 2015 in dienst van de nieuwe werkgever.

Zij bouwen sindsdien pensioen op bij de Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering (hierna "PH&C"), daarvoor waren zij deelnemer in de Stichting Gemeen Burgerlijk Pensioenfonds (hierna "ABP").

Overgang van onderneming

Op grond van artikel 7:663 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gaan door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Voor de rechten en plichten uit een pensioenovereenkomst bevat artikel 7:664 BW echter een aantal specifieke uitzonderingen. Door toepassing van (één van) deze pensioenuitzonderingen is artikel 7:663 BW niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst. Er is dan sprake van beëindiging van de deelneming in de pensioenregeling van de overdragende werkgever.

De rechtsgevolgen van het einde van de deelneming zijn vastgelegd in artikel 55 van de Pensioenwet (PW), waarbij het uitgangspunt is dat de tot dat moment opgebouwde aanspraken op pensioen behouden blijven. Het behoud van pensioenaanspraken op grond van artikel 55 PW geldt alleen voor opgebouwd pensioen in de zin van de PW. Veel pensioenregelingen kennen ook toezeggingen van voorwaardelijke pensioenaanspraken. Dit geldt ook voor het voorwaardelijke pensioen waarop de werknemers hun vorderingen baseren.

Voorwaardelijk pensioen geen pensioen in de zin van de Pensioenwet

Op grond van het Besluit konden aanspraken op pensioen worden toegezegd tot uiterlijk 31 december 2007. De opbouw en de financiering van deze aanspraken kon worden uitgesteld tot uiterlijk 15 jaar nadat de aanspraken waren toegezegd of tot uiterlijk de ingangsdatum van het ouderdomspensioen indien die datum binnen de 15 jaar zou liggen. Zolang deze voorwaardelijke aanspraken niet (deels)⁴ zijn gefinancierd, zijn deze ingevolge artikel 65 Invoerings- en aanpassingswet PW geen pensioen in de zin van de PW. Op dergelijke nog niet gefinancierde aanspraken is artikel 55 PW, waarin het behoud van pensioenaanspraken is geregeld voor opgebouwd pensioen in de zin van de Pensioenwet, derhalve niet van toepassing.

⁴ Zie ook Vraag & Antwoord 05-071 d.d. 30 januari 2006 waarin een onderscheid wordt gemaakt tot financiering achteraf ineens en een periodieke evenredige financiering. Wordt gekozen voor die laatste optie dan is het reeds gefinancierde deel pensioen in de zin van de Pensioenwet.

De niet gefinancierde voorwaardelijke aanspraken zullen dus (geheel) verloren gaan bij het einde van de deelneming aan desbetreffende voorwaardelijke pensioenregeling.

Voorwaardelijk pensioen wel pensioen in de zin van de Pensioenwet

Dit leidt volgens de Rechtbank evenwel niet tot de conclusie dat de werknemers de werkgever op grond van artikel 7:663 BW kunnen aanspreken op het verlies van deze voorwaardelijke aanspraken. De pensioenregeling bij de werkgever moet in zijn geheel worden aangemerkt als een “pensioenovereenkomst” als bedoeld in artikel 1 PW, althans als een ingevolge artikel 2 lid 2 sub b PW daarmee gelijkgestelde rechtsbetrekking. De pensioenovereenkomst is daar immers gedefinieerd als “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen”. Onderdeel daarvan is de onderhavige voorwaardelijke pensioenaanspraak. De enkele omstandigheid dat de financiering van deze aanspraak nog niet heeft plaatsgevonden maakt niet dat er geen sprake is van een onderdeel van de pensioenregeling die partijen zijn overeengekomen. Het voorwaardelijk pensioen is onderdeel van de uit de deelneming aan het ABP voortvloeiende rechten en verplichtingen en betreft geen separate pensioentoezegging van de zijde van de werkgever. Daarom is, aldus de Rechtbank, artikel 7:664 lid 1 BW van toepassing. Er is geen sprake van een separate arbeidsvoorwaarde die ingevolge artikel 7:663 BW overgaat op de verkrijger.

Met de overgang is de pensioenregeling van de werkgever beëindigd en zijn de voorwaardelijke pensioenaanspraken komen te vervallen. Partijen zijn het erover eens dat de situatie van artikel 7:664 lid 1 aanhef en sub b BW zich voordoet. De werkgever had geen keuzevrijheid ten aanzien van de pensioenuitvoerder. Dat de pensioenregeling waarin de verkrijgende werkgever deelneemt voor de overgaande werknemer kan leiden tot een verslechtering van de pensioenaanspraken, is uitdrukkelijk erkend door de wetgever (zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3 p. 4). De werknemers hebben dan ook geen recht op grond van artikel 7:663 BW jegens de werkgever op compensatie van het verlies van de voorwaardelijke pensioenaanspraken. Uitsluitend indien daarover andersluidende afspraken zouden zijn gemaakt zou dat anders zijn.

Dat is echter niet het geval. In het Overgangsprotocol dat is vastgesteld in de gesprekken tussen de ondernemingsraad en de vakbonden is opgenomen dat *“overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:664 BW zal na de overgang de bij de werkgever geldende pensioenregeling op de arbeidsverhouding met de medewerker van toepassing zijn”*.

Bij het overeenkomen van het Overgangsprotocol was bekend dat het einde van de deelneming aan de pensioenregeling van het ABP het vervallen van het voorwaardelijk pensioen tot gevolg had. Niettemin zijn daarover geen andersluidende afspraken gemaakt. De Rechtbank concludeert dat de werkgever niet gehouden is een voorziening te treffen voor de werknemers die gelijk is aan de voorwaardelijke pensioenaanspraken die zij hadden bij de vorige werkgever.

Een opmerkelijke uitspraak. Zo luidt de tot 1 januari 2007 geldende tekst van art. 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 als volgt: *“In afwijking van art. 1 van het Besluit pensioentoezegging, is de in de eerste volzin bedoelde toezegging geen toezegging omtrent pensioen zo lang en voor zover de toegezegde aanspraak nog niet is gefinancierd.”* Deze zin is vervallen bij de inwerkingtreding van de PW *“om aan te sluiten bij de in Pensioenwet gehanteerde terminologie”* (Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, Stb. 2006, nr. 709, p. 63). In plaats daarvan is in art. 65 Invoerings- en aanpassingswet PW bepaald dat het vooruitzicht op voorwaardelijk pensioen geen pensioen is in de zin van de Pensioenwet zolang deze voorwaardelijke aanspraken niet zijn gefinancierd. Met deze aanpassing van art. 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004 heeft de wetgever dus geen inhoudelijke wijziging beoogd, zodat nog steeds geldt dat de toezegging omtrent het voorwaardelijk pensioen geen *“toezegging omtrent pensioen”* is. Het voorwaardelijk pensioen betreft dan ook *“een arbeidsvoorwaardelijke overeenkomst tot inkoop van extra pensioen over achterliggende dienstjaren op basis van niet-tijdsevenredige opbouw en financiering”* (*Kamerstukken II, 2005-06, 30655, nr. 3, p. 22*). Zie ook en meer uitgebreid *Asser/Lutjens 7-XI 2016/816*.

Er is hoger beroep ingesteld. We kijken uit naar het vervolg.

Ontslagvergoeding op of net voor pensioendatum

Per 1 juli 2015 is het ontslagrecht gewijzigd. Vanaf dat moment is de werkgever aan de werknemer (onder voorwaarden) een transitievergoeding verschuldigd (artikel 7:673 BW). De **Hoge Raad (20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, PJ 2018/160)** mocht oordelen over de vraag of de wettelijke uitsluiting van een transitievergoeding voor een AOW-gerechtigde werknemer verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. De werkgever is volgens art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b. BW geen transitievergoeding verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd (ook genoemd pensioenontslag).

In deze zaak heeft een (ex-)werknemer zijn (ex-)werkgever gemaand tot betaling van een transitievergoeding, en wel nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Vanaf dat moment ontvangt hij weliswaar een pensioenuitkering van het pensioenfonds en een (volledige) AOW-uitkering, maar de werknemer meent dat deze wettelijke uitsluiting een verboden onderscheid naar leeftijd maakt.

De vraag hier is met name of art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b, BW in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG (hierna "de Richtlijn"). De Richtlijn stelt een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De werknemer, de werkgever en de Staat (ministerie van SZW) hebben op verzoek schriftelijke opmerkingen ingediend. De Hoge Raad overweegt dat het betreffende artikel directe discriminatie als bedoeld in de Richtlijn oplevert, omdat deze bepaling een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling maakt. Verschillen in behandeling op grond van leeftijd vormen echter geen verboden discriminatie, als zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Uit het *Landin*-arrest (HvJ EU 26 februari 2015, ECLI:EU:C:2015:115) volgt dat lidstaten daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt.

De Hoge Raad overweegt dat een legitiem doel aanwezig is. Uit de wetsgeschiedenis bij de in 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (hierna "Wwz") volgt dat de uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die

de AOW-leeftijd hebben bereikt, tot doel heeft te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levenshoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding. Anders gezegd: de regel voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan een categorie van personen voor wie de vergoeding niet is bedoeld. Mede tegen de algemene achtergrond van de Wwz om het ontslag voor werkgevers minder kostbaar te maken, acht de Hoge Raad dit doel legitiem in de zin van de Richtlijn.

De Hoge Raad overweegt voorts dat de wettelijke uitsluiting ook passend en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel, nu de regel daadwerkelijk voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan de hiervoor genoemde categorie van personen. De wettelijke uitsluiting gaat volgens de Hoge Raad daarnaast niet verder dan noodzakelijk is.

Daarbij is van belang dat de uitsluiting op een bewuste keuze van de wetgever berust, die daarin een ruime beoordelingsvrijheid heeft. De wetgever heeft bij de totstandkoming van dit stelsel de belangen van de diverse te onderscheiden groepen tegen elkaar afgewogen. De uitkomst daarvan is dat een arbeidsovereenkomst zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever moet kunnen eindigen op het moment dat de werknemer de AOW-leeftijd heeft bereikt. Deze werknemer kan in het algemeen, ter compensatie van het wegvallen van zijn inkomen uit arbeid, aanspraak maken op een AOW-uitkering, die veelal wordt aangevuld met een in dienstverband opgebouwde pensioenuitkering. Dat sommige werknemers geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd, brengt nog niet mee dat op de legitieme belangen van deze werknemers op excessieve wijze inbreuk wordt gemaakt, aldus de Hoge Raad.

De uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt (art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b, BW), is volgens de Hoge Raad daarom niet in strijd met de Richtlijn. De uitsluiting maakt (weliswaar) direct onderscheid op grond van leeftijd, maar van een verboden onderscheid is geen sprake. Met de doelstelling van de wetgever om met de invoering van de Wwz het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken, verdraagt zich niet dat in individuele gevallen moet worden getoetst of er toch een recht op een transitievergoeding bestaat.

Gelet op voornoemde uitspraak van de Hoge Raad zou mogelijk ook een eventuele aftopping van een transitievergoeding geen verboden onderscheid naar leeftijd opleveren. De vraag is of een dergelijke aftopping wel is toegestaan.

Voor de invoering van de Wwz werd de hoogte van de ontbindingsvergoeding (doorgaans) vastgesteld aan de hand van de zogenoemde kantonrechttersformule. Daarbij gold als uitgangspunt dat rekening gehouden werd met de verwachte pensioendatum: de ontbindingsvergoeding werd afgetopt op de inkomstenderving tot aan de pensioendatum.

De wettelijke transitievergoeding daarentegen voorziet niet in aftopping van de transitievergoeding op de inkomstenderving tot aan pensioenleeftijd. Enkel werknemers die bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben bereikt, hebben geen recht op de transitievergoeding. Dit is nog eens bevestigd in het recente arrest van de **Hoge Raad (5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, PJ 2018/185)**. De werknemer ontving geen transitievergoeding van zijn werkgever nadat zijn arbeidsovereenkomst vlak voor het bereiken van zijn AOW-leeftijd werd ontbonden.

Wat speelde er? De arbeidsovereenkomst van de werknemer werd door zijn werkgever met toestemming van het UWV opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Zijn werkgever ziet geen reden om de wettelijke transitievergoeding uit te betalen, nu aan de werknemer een IVA-uitkering is toegekend en hij bovendien bijna AOW-gerechtigd is. De werknemer legt zich hier niet bij neer en vordert in rechte de volledige wettelijke transitievergoeding (€ 73.541 bruto). De Rechtbank oordeelt dat een gedeeltelijke transitievergoeding redelijk is. Het is niet aannemelijk is dat de werknemer nog een andere baan zal krijgen en dat zijn situatie vrijwel gelijk is aan die van de werknemer die wordt ontslagen wegens het bereiken van de AOW-leeftijd. Nu de werknemer de AOW-leeftijd nog niet heeft bereikt, ziet de Rechtbank wel aanleiding een gedeeltelijke transitievergoeding van € 25.000 bruto toe te kennen.

Het Gerechtshof stelt daarentegen dat de wetgever (bewust) heeft gekozen voor een forfaitaire vergoeding, die ook verschuldigd is indien er niet of nauwelijks sprake is van kosten in verband met een overgang naar een andere baan of inkomensverlies. Het Gerechtshof acht toekenning van een volledige transitievergoeding niet onaanvaardbaar en kent dan ook de volledige transitievergoeding toe.

De Hoge Raad mocht vervolgens oordelen of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de volledige transitievergoeding wordt toegekend. (Het salaris dat werknemer zou hebben ontvangen als hij had gewerkt tot aan zijn AOW-leeftijd bedraagt circa € 46.000. Daar komt bij dat aan de werknemer een IVA-uitkering is toegekend, zodat zijn werkelijke schade circa € 6.000 zou bedragen. En de volledige wettelijke transitievergoeding € 73.541.)

Volgens de Hoge Raad is er sprake van een abstract en gestandaardiseerd stelsel, waarin de voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en de regels voor de berekening van de hoogte daarvan, nauwkeurig in de wet zijn omschreven. Dit gestandaardiseerde karakter blijkt onder andere uit het feit dat voor de aanspraak niet van belang is of de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst werkloos is, dan wel aansluitend een andere baan heeft gevonden.

Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever onder ogen gezien dat de wettelijke regeling van de transitievergoeding ertoe kan leiden dat een werknemer die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding die hoger is dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij in dienst zou zijn gebleven. Desondanks is niet voor aftopping gekozen. Er is dan ook geen grond om toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

Wordt een werknemer kort voor zijn AOW-gerechtigde leeftijd ontslagen dan heeft hij recht op een volledige transitievergoeding. Daarbij maakt het niet uit of de werknemer nog aanspraak kan maken op een inkomen (bijvoorbeeld uit een baan elders of een uitkering).

Sociaal plan en de anticumulatiebepaling

In hetzelfde licht als wat is behandeld in 1.2 kan de vraag worden gesteld of een werkgever de ontslagvergoeding opgenomen in een sociaal plan mag maximeren op de inkomstenderiving tot 'pensioneringsdatum'. Een maximering van een ontslagvergoeding (via toepassing van een zogenaamde anticumulatiebepaling) met het oog op een naderend pensioen levert weliswaar onderscheid op grond van leeftijd op maar is niet per definitie verboden. Het maximeren van een ontslagvergoeding tot de verwachte inkomstenderiving tot de AOW-gerechtigde leeftijd wordt over het algemeen (met een beroep op de uitspraak van het HvJ EU van 6 december 2012, JAR 2013/19) toegestaan. Ook de Rechtbank Rotterdam 5 september 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:8801) beoordeelde de maximering van de ontslagvergoeding als passend en noodzakelijk (onderstreping ES):

“Het is een legitiem doel te bevorderen dat de voor ontslagvergoedingen beschikbare middelen in het kader van een reorganisatie worden verdeeld onder alle bij dat ontslag betrokkenen en niet (vrijwel) geheel ten goede

komen aan de oudere werknemers, terwijl bovendien moet worden voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen voor ouderdomspensioen zullen ontvangen. Het gekozen middel – aftopping van de vergoeding op 65 jarige leeftijd – is geschikt om dit doel te bereiken. Dat de maatregel passend en noodzakelijk is, blijkt uit het feit dat dat de vergoeding [...] gelijk is aan de inkomensderiving van de werknemer tot zijn pensioenleeftijd. Met een eventuele vervroegde pensionering is (terecht) geen rekening gehouden. Daarmee blijft de werknemer op hetzelfde inkomensniveau als ware hij bij de werkgever tot zijn pensioengerechtigde leeftijd in dienst gebleven.”

Hierbij ging het wel om de (destijds reguliere) pensioen(richt)leeftijd van 65 jaar en niet om vroegpensioen (er was wel sprake van vroegpensioen, maar daar werd bij het bepalen van de vergoeding geen rekening mee gehouden). En speelde dit in de tijd waarin de kantonrechttersformule van toepassing was (waarbij een beperking van de vergoeding tot de pensioengerechtigde leeftijd gebruikelijk was), en niet de transitievergoeding.

Of bij het maximeren van de ontslagvergoeding door het hanteren van een eerdere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd is toegestaan, is minder duidelijk. Dit is een direct onderscheid in de zin van art. 1 onder b van de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna “WGBLA”). De vraag is dan of dit een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat voor het maken van dit onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat (artikel 7 lid 1 sub a en c WGBLA). Voorwaarden voor die rechtvaardiging zijn (in het kort): er is sprake van een legitiem doel en de betreffende maatregel is passend en noodzakelijk (proportioneel) om dit doel te bereiken. Hoewel sociale partners een grote vrijheid hebben bij de keuze van de doelstellingen en de middelen om die te bereiken, dient de rechter bij de vraag of daarbij voldaan is aan de eisen van noodzakelijkheid (vol dus niet marginaal) alle relevante omstandigheden te betrekken (zie ook HR 18 december 2015, JAR 2016).

Uit de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2293) kan worden afgeleid dat het mogelijk is om rekening te houden met inkomen (een inkomensvervangende en/of een uitkering of een (vroeg)pensioenuitkering), mits de werkgever kan motiveren waarom ervoor gekozen is niet aan te knopen bij de AOW-gerechtigde leeftijd.

Bijvoorbeeld omdat de reorganisatie vooral jongere werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie raakt. Een gedetailleerd uitgewerkte en onderbouwde aanpak is hierbij dan wel noodzakelijk.

Wat was het geval? De betreffende bepaling in het sociaal plan strekt ertoe de vergoeding te beperken tot het bedrag aan inkomensderving, gerekend tot het moment waarop werknemer met vervroegd ouderdomspensioen kan gaan, ongeacht of hij vervroegd wil uittreden of wil doorwerken. De vergoeding waarop jongere werknemers recht hebben wordt uiteraard niet afgetopt.

Ten aanzien van de passendheid heeft het Gerechtshof geoordeeld dat het middel geschikt is om het doel te bereiken. Het Gerechtshof acht het hanteren van een vervroegde pensioenleeftijd geschikt om te bereiken dat (beperkte) financiële middelen zo eerlijk mogelijk worden verdeeld en dat aan de ontslagen werknemers een zekere inkomensbescherming wordt geboden. Kort gezegd komt het erop neer dat de werknemers die aanspraak kunnen maken op een vervroegd ouderdomspensioen, over een inkomen kunnen beschikken nadat een einde is gekomen aan de WW-uitkering, terwijl werknemers die nog geen aanspraak kunnen maken op een vervroegd ouderdomspensioen dat na afloop van de WW-uitkering niet kunnen. De ontslagvergoeding wordt voor de eerstgenoemde groep 'afgetopt' omdat die groep op een andere wijze in inkomen kan voorzien, welke mogelijkheid de laatstgenoemde groep niet heeft. De werknemers hebben aangevoerd dat het juist geen eerlijke verdeling van de middelen betreft, nu oudere werknemers onevenredig hard getroffen worden ten opzichte van de jongere werknemers. Het Gerechtshof acht de keuze van de sociale partners om rekening te houden met andere inkomensvoorzieningen niet oneerlijk. De arbeidsmarktpositie van oudere werknemers – en de daarmee verband houdende inkomenspositie en het risico op een terugval in inkomen, is nu eenmaal een andere dan die van jongere werknemers. De keuze om rekening te houden met de inkomensvoorziening voor oudere werknemers, leidt ertoe dat ruimer kan worden voorzien in de inkomensachteruitgang waarmee jongere werknemers te maken krijgen na het eindigen van een recht op uitkering. Voor wat betreft de achteruitgang in pensioenopbouw heeft te gelden dat deze deels is verzacht door een aanvullingsregeling, waarvan oudere werknemers wel, maar jongere werknemers geen gebruik kunnen maken. Het Gerechtshof is van oordeel dat die keuze als 'eerlijk' kan worden beschouwd in de zin van een passend middel om het beoogde doel te bereiken.

De vraag is dan in het kader van de noodzakelijkheid of het middel voldoet aan de eisen van proportionaliteit (dat wil zeggen dat het middel in verhouding dient te staan tot het nagestreefde doel) en subsidiariteit (is er een ander middel dat niet of in mindere mate het indirecte onderscheid oplevert). Het Gerechtshof ziet in een nieuw sociaal plan bij de werkgever (dat vanwege de looptijd niet op werknemer van toepassing is) een aanwijzing dat er ook een ander middel voorhanden was om het doel te bereiken. In het nieuwe sociaal plan worden weliswaar lagere vergoedingen toegekend, maar wordt onder pensioenrichtleeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd verstaan. Er wordt dus nog steeds een leeftijds onderscheid gemaakt, maar in mindere mate dan in het onderhavige sociaal plan, omdat de AOW-leeftijd minder willekeurig is dan de leeftijd waarop werknemers van werkgever gemiddeld genomen met pensioen gaan. Het Gerechtshof had echter onvoldoende gegevens om te beoordelen of het hanteren van de AOW-gerechtigde leeftijd meer geschikt zou zijn om het doel te bereiken.

Rechtbank Amsterdam (12 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:182, PJ 2018/22)

mocht oordelen of de ‘aftopping’ van een vertrekvergoeding, tot een bedrag dat nodig is om een bepaald niveau aan vroegpensioen tot leeftijd 65 te ontvangen, in een sociaal plan leidt tot verboden onderscheid naar leeftijd. In de regeling is bepaald dat de ontslagvergoeding alleen wordt gemaximeerd voor de werknemers die met vroegpensioen (kunnen) gaan, wat alleen van toepassing is op werknemers die 60 jaar of ouder zijn. Neemt de werknemer zelf ontslag dan kan de werknemer jonger dan 60 jaar een ontslagvergoeding krijgen, gebaseerd op de oude kantonrechttersformule - naast een recht op een (bovenwettelijke) WW-uitkering. Voor de werknemer vanaf 60 jaar is de ontslagvergoeding zo gemaximeerd dat zowel bij opname van het vroegpensioen als ontvangst van een (bovenwettelijke) WW-uitkering aanzienlijke inkomensschade en pensioenschade ontstaat. Dit is een direct onderscheid in de zin van artikel 1 onder b WGBLA.

De vraag is dan of dit een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. De maximering van de ontslagvergoeding heeft volgens de werkgever tot doel om werknemers te stimuleren tot het voortzetten van een actieve loopbaan. Voorts heeft de maximering tot doel kostenbeheersing van de gevolgen van de reorganisatie in samenhang met een rechtvaardige verdeling van de middelen. De Rechtbank oordeelt dat het doel beantwoordt aan een werkelijke behoefte binnen de organisatie en daaraan geen discriminerend oogmerk is verbonden.

Voor beantwoording van de vraag of de maatregel passend en noodzakelijk is ziet de Rechtbank de volgende omstandigheden van belang. In 2015, toen de reorganisatie van start ging, waren de AOW-gerechtigde en de pensioenrichtleeftijd al aanzienlijk omhoog gegaan. Vanuit arbeidsmarkt-perspectief is verder van belang dat de overheidsmaatregelen, waaronder fiscale, op dat moment waren gericht op een langere deelname van de oudere werknemer aan het arbeidsproces. Anders dan de werkgever meent kan de leeftijd waarop gebruik kan worden gemaakt van vroegpensioen dan ook niet als “de gebruikelijke pensioenrichtleeftijd” worden aangemerkt. In dat kader is tevens van belang dat het een feit van algemene bekendheid is dat in de laatste jaren voorafgaand aan het bereiken van de AOW-leeftijd nog een belangrijke opbouw van het ouderdomspensioen plaatsvindt. De verwachting is dan ook dat een eventuele pensioenbreuk nog vele jaren tot aanzienlijke inkomensschade zal leiden.

Daarnaast was ten tijde van de verlenging van het sociaal plan sprake van voorgenomen en in een vergaand stadium verkerende wijzigingen in het ontslagrecht, waarin een wettelijke transitievergoeding was opgenomen die enerzijds bedoeld was als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De transitievergoeding is uiteindelijk geregeld in artikel 7:673 lid 1 BW, dat vóór het ontslag van de werknemer, in werking is getreden. De wet voorziet niet in een aftoppingsregeling. De vraag of het door de werkgever gekozen middel passend en noodzakelijk is dient naar het oordeel van de Rechtbank mede tegen de hiervoor geschetste achtergrond te worden beoordeeld.

De getroffen voorziening voor 60-plussers staat, aldus de Rechtbank, te ver af van de riantere voorziening voor werknemers tot die leeftijd, terwijl de positie van bijvoorbeeld een 60-jarige niet zodanig verschilt van een 59-jarige waar het gaat om gerichtheid en kansen op de arbeidsmarkt en potentiële inkomensschade, dat dit verschil daardoor gerechtvaardigd wordt. De werkgever heeft ook geen concrete feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan moet worden aangenomen dat het vanuit financieel oogpunt niet mogelijk was om een eerlijker verdeling te bereiken. De Rechtbank acht daarom de gekozen regeling niet passend en niet noodzakelijk.

Dit volgt overigens ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/296 (*Andersen*) en 26 september 2013, JAR 2013/266 (*Toftgaard*)). Daaruit blijkt dat het gelijk stellen van personen die voor een vroegpensioen in aanmerking komen met personen die daadwerkelijk een dergelijk pensioen ontvangen, een te vergaand middel is, omdat dit werknemers benadeelt die op de arbeidsmarkt actief willen blijven en zonder enige vergoeding voor hen de overgang naar ander werk bemoeilijkt wordt. In de arresten van het Europese Hof is expliciet overwogen dat de maatregel werknemers ertoe kan dwingen een ouderdomspensioen te accepteren dat lager is dan het pensioen waarop zij aanspraak zouden kunnen maken wanneer zij tot hogere leeftijd blijven werken, wat voor hen een aanzienlijk verlies aan inkomen op de langere duur meebrengt.

De Rechtbank komt daarmee tot conclusie dat de betreffende maximeringsregeling in strijd is met de WGBLA en derhalve als nietig buiten toepassing moet blijven.

Interessant is nog dat door de werkgever tevens een beroep is gedaan op de uitspraak van het HvJ EU van 6 december 2012, JAR 2013/19 (*Odar*). Hierin stelde het Europese Hof (onderstreping ES):

“Het is een legitiem doel te bevorderen dat de voor ontslagvergoedingen beschikbare middelen in het kader van een reorganisatie worden verdeeld onder alle bij dat ontslag betrokkenen en niet (vrijwel) geheel ten goede komen aan de oudere werknemers, terwijl bovendien moet worden voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen voor ouderdomspensioen zullen ontvangen.”

De omstandigheden van het geval in de uitspraak van het Europese Hof acht de Rechtbank echter afwijkend van de onderhavige omstandigheden; in de uitspraak van het Europese Hof werd weliswaar de ontslagvergoeding gemaximeerd, maar met de substantiële ondergrens van de helft van de volgens een standaardformule berekende vergoeding. Bovendien ging het daar om de pensioenleeftijd van 65 jaar en niet om vroegpensioen, en achtte het Europese Hof het niet gerechtvaardigd om rekening te houden met de vervroegde pensioenleeftijd van 60 jaar voor gehandicapten.

Inmiddels zijn in Nederland de omstandigheden op de arbeidsmarkt sterk gewijzigd. Het ontslagrecht is versoerd (de WW-duur is verkort en de transitievergoeding voor ouderen is in de regel lager dan de kantonrechtters-formule), de pensioenrichtleeftijd en de AOW-gerechtigde leeftijd zijn gestegen, vroegpensioenfaciliteiten zijn afgebouwd en de positie van ouderen op de arbeidsmarkt is nog ongewijzigd slecht. Deze omstandigheden zullen derhalve sneller dan voorheen aanleiding zijn tot ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. Voor zover deze er nog zijn, het beperken van de ontslagvergoeding in een sociaal plan met (mogelijke) vroegpensioenuitkeringen zal een rechterlijke toets op onderscheid nagenoeg niet meer kunnen doorstaan. Zondermeer geldt vanaf 1 juli 2015 bij de aanpassing van het ontslagrecht dat de vergoeding (ongeacht de leeftijd, resterende duur tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd en eventueel inkomensvervangende uitkeringen) minimaal gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding (zie hierna).

Ook het **Gerechtshof Amsterdam (25 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3495)** mocht zich over een soortgelijk geval buigen. Door een reorganisatie wordt het dienstverband van twee oudere werknemers beëindigd. Zij hebben op grond van het sociaal plan recht op een vergoeding bij ontslag. Conform het sociaal plan topt de werkgever de ontslagvergoedingen van deze oudere werknemers af. De werknemers stellen dat de aftopping leidt tot een verboden onderscheid op basis van leeftijd. Hoewel de rechter de aftopping nietig verklaart, vermindert hij toch de ontslagvergoeding. Wat was hier de situatie? In 2016 verbreekt de werkgever het dienstverband van twee werknemers. In het sociaal plan is een regeling opgenomen die voorziet in een vergoeding bij voortijdig ontslag wegens een reorganisatie. Volgens deze regeling krijgen werknemers die boventallig zijn en worden ontslagen een ontslagvergoeding. De ontslagvergoeding bedraagt 75% van het bruto maandsalaris keer de gewogen diensttijd. De gewogen diensttijd wordt bepaald volgens de kantonrechtters-formule (dienstjaren op latere leeftijd wegen zwaarder). Volgens het sociaal plan kunnen ontslagvergoedingen worden afgetopt. De ontslagvergoedingen zijn hierdoor niet hoger dan het bruto salaris tot de "individuele pensioenleeftijd" van de werknemer. De individuele pensioenleeftijden van de werknemers liggen vóór de ontslagdatum in 2016. Daarom krijgen beiden geen ontslagvergoeding.

Volgens het sociaal plan zou de ontslagvergoeding (zonder aftopping) respectievelijk circa € 230.000 en circa € 98.000 bedragen. De aftopping is volgens de werknemers ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd.

Zowel de Rechtbank als het Gerechtshof zijn van oordeel dat de aftoppingsregeling een direct onderscheid naar leeftijd maakt. Volgens de werkgever is het hoofddoel van de ontslagvergoedingsregeling het bieden van inkomensbescherming aan ontslagen werknemers. De aftopping dient volgens de werkgever om een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen te bewerkstelligen. Het Gerechtshof oordeelt dat dit een legitiem doel is. Het plaatst hierbij wel de kanttekening dat het doel zo algemeen is geformuleerd dat het ruimte laat voor een scala aan middelen om dat doel te bereiken.

De werkgever betoogt vervolgens dat werknemers die hun individuele pensioenleeftijd hebben bereikt (zoals de betreffende werknemers) geen behoefte hebben aan inkomensondersteuning. De individuele pensioenleeftijd wijkt af van de pensioenleeftijd in de huidige regeling. Dat komt omdat de werkgever bij wijziging van de pensioenregeling in 2006 extra pensioen heeft toegekend zodat betrokken werknemers al op 62- of 63-jarige leeftijd een volledig pensioen hebben kunnen opbouwen. Volgens de werkgever hebben sociale partners om die reden het redelijk gevonden om de ontslagvergoedingsregeling niet pas af te toppen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (die hier ongeveer gelijk is aan de AOW-gerechtigde leeftijd en dus hoger is dan de individuele pensioenleeftijd).

De werknemers stellen weldegelijk nadeel te ondervinden van de aftopping. Als zij aanspraak zouden maken op een WW-uitkering ontvangen zij maar 70% van hun laatstgenoten salaris. Hoewel de betreffende werknemers voornemens waren door te werken tot hun AOW-gerechtigde leeftijd zien zij zich genoodzaakt ruim voor het bereiken van deze leeftijd respectievelijk pensioen op te vragen (de ene werknemer) dan wel een WW-uitkering aan te vragen (de andere werknemer). De pensioen- en de WW-uitkering zijn veel lager dan het laatstgenoten salaris. Daardoor leiden zij inkomensschade. Ook leiden zij pensioenschade omdat zij na de ontslagdatum geen pensioen meer opbouwen.

Het Gerechtshof constateert dat door de aftoppingsregeling oudere werknemers met een lang dienstverband zonder aanwijsbare noodzaak onevenredig hard worden getroffen. Zij krijgen als zij ten tijde van hun ontslag hun individuele pensioenleeftijd hebben bereikt, geen of een relatief lage ontslagvergoeding, terwijl zij gezien hun leeftijd slechte kansen op de arbeidsmarkt hebben en - als zij

niet waren ontslagen - nog enkele jaren hadden kunnen werken. Daarbij komt dat zij, indien zij geen ander werk vinden in die jaren, in ieder geval (minimaal) 30% van hun inkomen missen en hun pensioen niet verder opbouwen. Zij hebben dus wel degelijk nadeel van de aftopping. De extra pensioenstorting ten behoeve van alle werknemers rechtvaardigt volgens het Gerechtshof niet het aftoppen van de ontslagvergoeding van de enkele werknemers die hun individuele pensioengerechtigde leeftijd al (bijna) hebben bereikt. Het Gerechtshof is van oordeel dat de aftoppingsregeling van het sociaal plan niet een passend en noodzakelijk middel is om het door de werkgever geformuleerde doel te bereiken. Het Gerechtshof is echter wel van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de werknemers de volledige ontslagvergoeding ontvangen waarop zij ingevolge het sociaal plan recht hebben. Want dat zou inhouden dat zij meer inkomen zouden ontvangen dan hetgeen waarop zij recht hadden als zij tot de AOW-datum zouden blijven werken. De vorderingen van de werknemers zijn daarom slechts toewijsbaar voor zover zij ten gevolge van het ontslag door de werkgever inkomen derven tot aan de AOW-leeftijd en pensioenschade lijden als gevolg van het feit dat zij verdere pensioenopbouw missen tot die leeftijd. Daarbij mag de werkgever rekening houden met de toegekende WW-uitkering dan wel het ingegaan vroegpensioen.

Maar minimaal de transitievergoeding?

Het Gerechtshof staat het korten van de ontslagvergoeding dus toe. Maar dient de ontslagvergoeding niet minimaal gelijk of gelijkwaardig te zijn aan de (wettelijke) transitievergoeding? Sinds de invoering van de Wwz bepaalt artikel 7:673b BW dat een werkgever geen transitievergoeding aan zijn ontslagen werknemer hoeft te betalen als er in de toepasselijke cao een "gelijkwaardige voorziening" is opgenomen. Deze cao-voorziening moet volgens de wetsgeschiedenis, om gelijkwaardig te zijn aan de transitievergoeding, in geld of natura het equivalent zijn van de transitievergoeding die aan een werknemer toekomt. Dat roept natuurlijk de vraag op wat onder gelijkwaardig kan worden verstaan. Zo overweegt het Gerechtshof in de onderliggende uitspraak dat de werknemers geen recht hebben op de (subsidiar) verzochte transitievergoeding omdat in het sociaal plan een regeling is opgenomen voor een zogenoemde "gelijkwaardige voorziening bij ontslag" als bedoeld in artikel 7:673b lid 1 BW. Dat die regeling een aftopping kent en de transitievergoeding in beginsel niet, maakt de regeling volgens het Gerechtshof niet ongelijkwaardig.

Het lijkt mij echter eerder dat in dat geval het sociaal plan, anders dan het Gerechtshof aanneemt, juist niet voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid. En de werknemer minimaal aanspraak kan maken op de wettelijke transitievergoeding. Als daarentegen uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding (en er in de cao dus geen andere voorzieningen zijn overeengekomen voor werknemers) blijft een vergoeding van toepassing die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding.

Hierover is sinds de invoering van de Wwz per 1 juli 2015 al veel te doen geweest. Eerder waren er al twee uitspraken met ieder een andere uitkomst. Rechtbank Groningen (4 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:884) oordeelde dat een aanspraak in een sociaal plan op premievrije voortzetting van het ouderdomspensioen voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid, terwijl Rechtbank Arnhem (8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079) over een zelfde voorziening juist het tegenovergestelde oordeelde: de vergoeding dient niet globaal voor een werknemer gelijkwaardig te zijn, maar voor elke werknemer specifiek. Een voor alle werknemers gemiddeld gelijkwaardige vergoeding voldoet dus niet aan artikel 7:673b BW, aldus Rechtbank Arnhem. Dit oordeel is ook in overeenstemming met de wetsgeschiedenis.

Wijziging wet transitievergoeding bij reorganisatie

Op dit moment dient een gelijkwaardige voorziening dus nog individueel gelijkwaardig te zijn; de contante waarde van de voorziening dient minimaal gelijk te zijn aan de hoogte van de wettelijke transitievergoeding waar de betreffende werknemer recht op heeft. Het voorschrift dat op het niveau van de individuele werknemer sprake moet zijn van een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening kan een belemmering zijn om te komen tot collectieve (sectorale) afspraken over van werk naar werk. De zogenoemde gelijkwaardige voorziening kan namelijk bestaan uit een eigen vergoedingsregeling, scholingsfaciliteiten, outplacement of een bovenwettelijke WW-uitkering. Daarom is inmiddels in het Staatsblad gepubliceerd de Wet wijziging transitievergoeding (Stb. 234, Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid; Kamerstukken dossier 34699).

Deze wet maakt het, via wijziging van artikel 7:673b lid 1 BW, mogelijk om een collectief gelijkwaardige voorziening af te spreken waarvan de (gekapitaliseerde)

waarde van dergelijke voorzieningen niet gelijkwaardig is aan de transitievergoeding waar een individuele werknemer recht op zou hebben gehad. Wel blijft gelden dat in het geval uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding (en er in de cao dus geen andere voorzieningen zijn overeengekomen voor werknemers) een vergoeding van toepassing blijft die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding.

Onder omstandigheden kan echter ook een lagere financiële vergoeding redelijk zijn, namelijk wanneer naar het oordeel van cao-partijen de financieel-economische situatie zodanig is dat het omwille van de continuïteit van een bedrijf of van bedrijven in een sector niet verantwoord is om vergoedingen van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken, of als door cao-partijen een deel van de beschikbare middelen is aangewend voor de financiering van andere voorzieningen. Dat kan bijvoorbeeld zijn de inrichting van een mobiliteitscentrum of scholingstrajecten voor werknemers die gelet op hun kennis en ervaring niet gemakkelijk een andere baan zullen vinden.

Ook is het mogelijk dat recht bestaat op een combinatie van voorzieningen die kunnen bijdragen aan het beperken van werkloosheid en een – in dat geval veelal aanvullende – financiële vergoeding. Ook dan zal de financiële vergoeding lager kunnen zijn (en naast een eenmalig bedrag bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een suppletierегeling op een uitkering of op het loon bij het aanvaarden van lager betaalde arbeid) gelet op de kosten gemoed met de voorzieningen die kunnen bijdragen aan het beperken van werkloosheid. Dat is bij de huidige wettelijke regeling van de transitievergoeding niet anders nu hierop (met instemming van de werknemer) zogenoemde inzetbaarheids- en transitiekosten in mindering kunnen worden gebracht. De verwachte inwerkingtredingsdatum van de wet is 1 januari 2020.

Ontslagvergoeding en reorganisatie: wel of geen RVU

Bij het vormgeven van ontslagvergoedingen bij reorganisaties blijft de Regeling Vervroegde Uittreding (RVU) de gemoederen bezig houden. Omdat de Belastingdienst er in de praktijk van uitging dat het feitelijk gebruik van de regeling bepalend is voor de kwalificatie als RVU, of omdat de RVU mogelijk één van de redenen is waarom de onderhandelingen tussen het kabinet en de sociale partners over een nieuw pensioenstelsel zijn geklapt.

Van een RVU is sprake bij een regeling of gedeelte van een regeling, die (nagenoeg) uitsluitend het doel heeft een financiële overbrugging te geven voor de periode van ontslag tot aan de ingangsdatum van het pensioen of AOW. Of er sprake is van een RVU toets de Belastingdienst eerst op grond van het zogenoemde kwalitatieve besluit (van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M) en vervolgens, mocht uit de kwalitatieve toets komen dat de van toepassing is, op grond van het zogenoemde kwantitatieve besluit (8 december 2005, nr. DGB2005/6722M). Op grond van het kwalitatieve besluit is in ieder geval geen sprake van een RVU, als de werkgever voor het ontslag een objectief criterium hanteert en het ontslag niet leeftijdsgerelateerd is. Er mag niet de intentie bestaan oudere werknemers met het oog op vervroegd uitreden te ontslaan. Afspiegelen en lifo ('*last in, first out*') zijn voorbeelden van een objectief criterium bij collectief ontslag die in het besluit worden genoemd. Daarnaast noemt het besluit een aantal voorbeelden van niet-leeftijdsgerelateerd ontslag in individuele situaties, zoals aantoonbaar disfunctioneren of onverenigbaarheid van karakters. In die gevallen is geen sprake van een leeftijdsgerelateerd ontslag.

Als er sprake is van een RVU, wordt bij de werkgever een pseudo-eindheffing van 52% geheven (artikel 32ba Wet op de Loonbelasting 1964), naast de belasting die de werknemer verschuldigd is over de ontvangen ontslaguitkering.

Het onderscheid tussen een RVU en een voor alle werknemers toegankelijke ontslagregeling is niet altijd helder. Dat blijkt uit de dagelijks praktijk met afstemming met de Belastingdienst als uit de rechtspraak hierover. Recent heeft de Hoge Raad een belangrijk vonnis gewezen. Bij de beoordeling of wel of geen sprake is van een RVU heeft de Hoge Raad op 22 juni 2018 (**HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:958, PJ 2018/129**) duidelijk gemaakt dat het gaat om de objectieve voorwaarden en kenmerken van de regeling, de RVU-toets vooraf moet plaatsvinden en dat het niet gaat, in tegenstelling tot wat de Belastingdienst veelal als uitgangspunt hanteerde) om de (pas achteraf vast te stellen) feitelijke uitwerking ervan (hoeveel ouderen zijn er vertrokken en welke vergoeding is, nadat de reorganisatie is voltooid, aan wie toegekend?). In cassatie betoogde de Staatssecretaris van Financiën dat (de achteraf pas vast te stellen) feitelijke uitstroom van werknemers en de hoogte van de feitelijk overeengekomen beëindigingsvergoedingen doorslaggevend moeten zijn bij de beoordeling van een regeling. En daarom deze (vertrek)regeling wél een RVU zou zijn. De Hoge Raad

was het hier dus niet mee eens.⁵ Voor de praktijk is dat een welkome verduidelijking.

Omdat dat voor de uitkomst van het vonnis van belang is ga ik hierna in op de feitelijke omstandigheden en het voorafgaande oordeel van het **Gerechtshof (18 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5158)**. Wat was hier het geval? De werkgever was in verband met een reorganisatie een sociaal plan overeengekomen met de vakbonden. Dit plan bevatte ook een vertrekregeling voor boventallige werknemers, onafhankelijk van leeftijd. De werknemers die de regeling wilden gebruiken als overbrugging tot hun pensioen ontvingen een beëindigingsvergoeding die maximaal de te verwachten inkomensderving tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd bedroeg. Hierin zijn boventallige werknemers aangewezen volgens het afspiegelingsbeginsel bij onderling uitwisselbare functies. Het plan bevat ook een vrijwilligers- en plaatsmakersregeling. De werkgever kan een verzoek van een werknemer om gebruik te maken van één van deze regelingen weigeren. De werkgever verzoekt de Belastingdienst een beschikking af te geven dat er geen sprake is van een RVU. De Belastingdienst weigert dit, omdat naar zijn mening wel degelijk sprake is van een RVU. De werkgever stapt daarop naar de rechter en wordt door zowel de Rechtbank als het Gerechtshof in het gelijk gesteld. Volgens het Gerechtshof gaat het bij de RVU-toets om de vraag of de uitkeringen en verstrekkingen *bedoeld zijn om* het inkomen van de werknemer tot de pensioendatum te overbruggen of aan te vullen. De beweegreden van de werkgever om de uitkeringen en verstrekkingen aan te bieden, doet niet ter zake. De subjectieve reden van de werkgever om de regeling aan te bieden, namelijk reorganisatie, is niet relevant. Ook niet relevant is de keuze van de individuele werknemer om van de regeling gebruik te maken en, als de werknemer dit doet, wat daarvan het (financiële) effect op hem is. Dat wil zeggen of de regeling overbrugging tot aan het pensioen of AOW mogelijk maakt. Het gaat bij de RVU-toets, aldus het Gerechtshof, om de vraag of de regeling en de daarin opgenomen voorwaarden ertoe strekken, dat een overbrugging wordt geboden tot de pensioendatum van de werknemer.

⁵ Zie ook het vonnis van de Hoge Raad op 13 mei 2016 (HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:827). In die procedure stelde de Hoge Raad vast dat er wel sprake was van een RVU. Dat is, gezien het bovenstaande, niet opvallend. Er was sprake van een non-activiteitsregeling waarvan enkel werknemers van 57 jaar en ouder gebruik konden maken en een uitkering werd aangeboden tot het ingaan van het pensioen of van de AOW-uitkering. De Hoge Raad oordeelde dat de beweegredenen (het doel en de intentie) van de werkgever om uitkeringen of verstrekkingen aan te bieden niet ter zake doen (in gelijke zin: HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8935).

Volgens het Gerechtshof gaat het in deze casus om een regeling die alle medewerkers, ongeacht hun leeftijd, een mogelijkheid biedt om vrijwillig het dienstverband te beëindigen tegen een vertrekvergoeding op basis van de kantonrechttersformule. De hoogte van de beëindigingsvergoeding is afhankelijk van het bruto maandinkomen van de betrokken werknemer en het aantal dienstjaren. De uitkering houdt geen (direct) verband met de leeftijd van de werknemer en ook niet met de pensioendatum van de werknemer.

Het feit dat in de regeling de hoogte van de vergoeding in verband met de pensioengerechtigde leeftijd van de betrokken medewerker werd beperkt (aftopping) en dat rekening werd gehouden met de inbouw van sociale zekerheidsuitkeringen, zoals de WW, de IO(A)W en dergelijke, maakt de regeling niet alsnog leeftijdsgerelateerd. De bedoeling van de werkgever bleek in dit geval uit objectieve criteria, zoals het baseren van de hoogte van de ontslagvergoeding op het aantal dienstjaren en het buiten beschouwing laten van de pensioendatum van de betrokken werknemer.

Het plan bevat geen voor een RVU kenmerkende bepalingen, bijvoorbeeld dat het een medewerker niet is toegestaan andere werkzaamheden te verrichten na beëindiging van het dienstverband of dat inkomsten van andere werkzaamheden in mindering komen op de beëindigingsvergoeding.

Naar aanleiding van het arrest zijn de besluiten van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M en 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M en van 18 december 2013, nr. BLKB2013/2200M bij het besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514 ingetrokken. In een Handreiking RVU d.d. 28 december 2018 wordt uiteengezet op welke wijze de Belastingdienst voortaan invulling geeft aan de RVU-toets.⁶

⁶ <https://www.belastingdienstpensioensite.nl/Handreiking%20RVU%20v281218.pdf>

2. Wijziging van de pensioenregeling

mr. Hennie de Graaf CPL, advocaat PAL Advocatuur

Inleiding

In 2018 is een aantal interessante uitspraken geweest over de vraag of de werkgever eenzijdig een werknemersbijdrage in de premie kon doorvoeren. In deze bijdrage ga ik eerst op deze uitspraken in. Ook is een aantal uitspraken gepubliceerd over de wijziging van een streefregeling in een beschikbare premieregeling. Die zal ik eveneens bespreken. Als laatste volgt een uitspraak (ze zijn er nog!) over de wijziging van een onvoorwaardelijke in een voorwaardelijke indexatie.

De wijziging van de pensioenovereenkomst waar het de bijdrage van de werknemer in de premie betreft

De eerste uitspraak is van de rechtbank Midden Nederland van 10 januari 2018⁷. De situatie is als volgt. Per 1 januari 2003 is de eindloonregeling die bij werkgever gold, vervangen door een collectieve beschikbare premieregeling en is een bijdrage in de premie ingevoerd voor de werknemers die vanaf 1 januari 2003 in dienst traden. De werknemers die op 31 december 2002⁸ deelnemer waren in de eindloonregeling hebben een premievrij pensioen. Per 1 januari 2015 wil de werkgever voor alle werknemers een premiebijdrage in gaan voeren. Er volgt overleg met de vakbonden over een wijziging van de premiebijdrage voor de werknemers die onder de cao vallen en de ondernemingsraad wordt gevraagd instemming te verlenen aan de wijziging voor de werknemers die niet onder de cao vallen. De werknemers die onder de cao vallen gaan van een premiebijdrage van 10% van het pensioengevend salaris naar 7% van het pensioengevend salaris. De premiebijdrage van de boven cao-werknemers gaat in stappen van 0 naar 3,5%. Op een na gaan alle vakbonden die betrokken zijn bij de cao akkoord met de wijziging. De ondernemingsraad verleent instemming.

⁷ **Rb. Midden-Nederland 10-01-2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62**

⁸ In de uitspraak staat een verwijzing naar het pensioenreglement met een datum van 31 december 2003. Naar ik aanneem is hier sprake van ofwel een verschrijving in het vonnis of is het pensioenreglement onjuist.

Als reden voor de wijziging voert de werkgever aan dat hij een bedrijfseconomisch belang heeft vanwege de kosten van de pensioenregeling en dat hij de verschillende regelingen binnen de onderneming waar het de werknemersbijdrage betreft, wil harmoniseren. Een aantal boven cao-werknemers stemt vervolgens niet in met de wijziging en komt (na bezwaar en beroep te hebben ingesteld bij de werkgever) bij de kantonrechter terecht. De vraag die voorligt is of de werkgever deze wijziging toch eenzijdig mag doorvoeren.

Eisers baseren hun vordering primair op een onrechtmatige daad van de werkgever. Subsidiair eisen zij een verklaring voor recht dat zij zich terecht baseren op artikel 6:248 lid 2 BW en meer subsidiair dat de werkgever in strijd handelt met artikel 7:613 BW.

De arbeidsovereenkomst bevat geen eenzijdig wijzigingsbeding. Daarover zijn partijen het eens. In het toepasselijke pensioenreglement is in artikel 19 wel een wijzigingsbeding (onder voorwaarden) opgenomen dat als volgt luidt:

Wijziging pensioenovereenkomst

De vennootschap zal zijn goedkeuring aan statuten of reglementswijzigingen, die beogen verandering te brengen in de omvang van de uitkering of in de bijdrage van de deelnemers niet geven, dan na overleg met de werknemersorganisaties.

Ter voorbereiding van een voorgenomen wijziging zal een werkgroep worden geformeerd met vertegenwoordigers van de vennootschap en de ondernemingsraad. In de werkgroep hebben evenveel vennootschapsvertegenwoordigers als werknemersvertegenwoordigers zitting. Het voorstel van de werkgroep tot wijziging van de pensioenovereenkomst wordt voor een formele vaststelling voorgelegd aan de directie van de vennootschap. Nadat het bestuur van het fonds akkoord is gegaan met de uitvoering zal een overeengekomen wijziging van de pensioenovereenkomst worden neergelegd in het pensioenreglement.

Een gewijzigd pensioenreglement is van toepassing op alle (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en de overige belanghebbenden. Ingeval van een wijziging van de pensioenovereenkomst worden

evenwel de voor de wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens een waardeoverdracht of ingeval van een financieel tekort als bedoeld in artikel 3 lid 3.

In artikel 20 van het pensioenreglement zoals dat tot 1 januari 2015 gold, staat het volgende:

“Artikel 20.2:

voor dit reglement zijn niet premieplichtig de werknemers in dienst van de vennootschap die:

a. op 31 december 2003 deelnemer waren aan de eindloonregeling; of

b. op 1 januari 2003 reeds in dienst waren van de vennootschap en op 31 december 2002 jonger waren dan 25 jaar”

De kantonrechter stelt eerst vast dat partijen er kennelijk vanuit gaan dat het premievrij pensioen onderdeel uitmaakt van de tussen partijen overeengekomen arbeidsvoorwaarden (arbeidsovereenkomst c.q. pensioenovereenkomst). De vraag of de wijziging rechtsgeldig is moet dan worden beoordeeld in de relatie werkgever/werknemer in de pensioendriehoek.

Vervolgens gaat de kantonrechter in op de vraag welk toetsingskader hier van toepassing is. Eisers stellen zich primair op het standpunt dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. De werkgever lijkt dit te aanvaarden omdat hij zich verweert met een beroep op artikel 7:611 BW.

De kantonrechter beslist op basis van de meer subsidiaire vordering van eisers. De kantonrechter is van mening dat artikel 7:613 BW wel van toepassing is. De kantonrechter komt tot dat oordeel omdat partijen er niet over van mening verschillen dat eisers deelnemer zijn in de pensioenregeling die wordt uitgevoerd door het ondernemingspensioenfonds en in het reglement van het ondernemingspensioenfonds wel een eenzijdig wijzigingsbeding van de pensioenovereenkomst is opgenomen.

Artikel 7:613 BW bepaalt dat de werkgever alleen dan gebruik kan maken van een schriftelijk overeengekomen eenzijdig wijzigingsbeding wanneer hij daarvoor een dermate zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de

wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De kantonrechter overweegt dat zwaarwichtige belangen kunnen bestaan in bedrijfseconomische, bedrijfstechnische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden, waarbij te denken valt aan de situatie dat een werkgever in grote financiële moeilijkheden verkeert. Voorts is denkbaar dat een zwaarwichtig belang als bedoeld in art. 7:613 BW kan worden gevormd door een financieel belang om ook op langere termijn een bedrijfseconomisch verantwoorde situatie in stand te houden, waarbij de continuïteit van de onderneming en de belangen van alle werknemers zoveel mogelijk zijn gewaarborgd. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de werkgever een zodanig zwaarwichtig belang niet heeft kunnen aantonen. De eisers worden in het gelijk gesteld.

In deze uitspraak valt een drietal zaken op. In de eerste plaats (i) dat de kantonrechter toetst op basis van artikel 7:613 BW hoewel geen van beide partijen stelt dat er een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. In de tweede plaats (ii) valt op dat de kantonrechter oordeelt dat de werkgever geen zwaarwichtig belang heeft terwijl de ondernemingsraad met de wijziging heeft ingestemd en er een overgangsregeling is overeengekomen. Twee factoren die in het arbeidsrecht bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarden van belang worden geacht. In de derde plaats (iii) dat de kantonrechter oordeelt dat ook wanneer op basis van artikel 7:611 BW zou worden getoetst eisers ook in het gelijk zouden worden gesteld.

Het eenzijdig wijzigingsbeding

In zijn noot onder deze uitspraak in PJ 2018/18 verwijst Lutjens naar een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden⁹ waarin is geoordeeld dat de premieverdeling een secundaire arbeidsvoorwaarde is die niet noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst. Lutjens is van mening dat wanneer de arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding bevat, de wijziging van de premiebijdrage (als onderdeel van de pensioenovereenkomst) niet per definitie gebaseerd kan worden op de wijzigingsmogelijkheid in de pensioenregeling die in een ander document is neergelegd waarin (zo begrijp ik Lutjens) de premieverdeling niet is vastgelegd. Dit geldt ook wanneer in de arbeidsovereenkomst wel naar de pensioenregeling wordt verwezen. In casu is echter in de pensioenregeling zowel de premieverdeling opgenomen als een

⁹ Hof Arnhem Leeuwarden 10 juni 2014, PJ 2014/117

eenzijdig wijzigingsbeding. Dan is een toets op basis van artikel 7:613 BW naar mijn mening wel terecht.

Het zwaarwichtig belang van artikel 7:613 BW

Kort samengevat komt het er in deze zaak op neer dat de werkgever de verlaging van de premie voor de werknemers die onder de cao vallen, wil compenseren met een introductie van een werknemersbijdrage van de werknemers die een premievrij pensioen hebben. Dit zonder te kunnen bewijzen dat het voor eigen rekening nemen van deze premieverhoging niet en evenmin op langere termijn van de werkgever kan worden gevegd. Daarbij is volgens de kantonrechter ook van belang dat de premie die de werkgever betaalt bepaald niet marktconform. Deze bedraagt maximaal 14% van de salarissom.

De redelijkheidstoets van artikel 7:611 BW

De kantonrechter maakt in een overweging ten overvloede ook kenbaar dat een toets op grond van artikel 7:611 BW dezelfde uitkomst had gehad. De toets van artikel 7:613 BW is een zwaardere dan die van artikel 7:611 BW waarop de redelijkheidscriteria van Stoof/Mammoet¹⁰ van toepassing zijn. De Hoge Raad overwoog in dat arrest het volgende:

“Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het

¹⁰ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847

door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.”

De kantonrechter overweegt het volgende:

“De door de werkgever aangevoerde gewijzigde omstandigheden zien voornamelijk op aanpassing van de pensioenregeling als gevolg van de Wet Witteveen, de onzekere levensverwachting, de solvabiliteitseisen en hogere uitvoeringskosten, maar hebben geen relatie met de voorgestane aanpassing van de premiebijdrage. De premiebijdrage leidt in eerste instantie juist tot een vermindering van de premieopbrengst en uiteindelijk slechts tot een verschuiving van de premiebijdrage tussen de verschillende werknemersgroepen, die van vóór 2013 en die van erna. Blijft over de wens te komen tot harmonisatie naar een marktconforme pensioenregeling. Voor zover dat al kan worden aangemerkt als een gewijzigde omstandigheid die voor de werkgever reden kan zijn om een wijziging van de overeenkomst voor te stellen, is naar het oordeel van de kantonrechter het gedane voorstel tot wijziging van de overeenkomst in het licht van alle omstandigheden van het geval niet redelijk en kan aanvaarding dus ook niet van eisers worden verlangd”.

Juist het feit dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met het wijzigingsvoorstel (mede vanwege de redenen die de kantonrechter noemt) en het feit dat een overgrote meerderheid van de werknemers wel heeft ingestemd met de wijziging zou naar mijn mening reden kunnen zijn om wel een gewijzigde omstandigheid aan te nemen. Ik wijs in dit verband ook op de uitspraak die ik verderop in deze bijdrage bespreek van de rechtbank Midden Nederland van 15 mei 2018. Voor de volledigheid merk ik op dat het Stoof/Mammoetarrest niet per definitie hoeft te zien op de wijziging van de arbeidsvoorwaarden van één werknemer. Zo restrictief wordt het Stoof/Mammoetarrest in de praktijk ook niet altijd toegepast.¹¹

¹¹ Zie in dit verband de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 18 februari 2014; ECLI:NL:GHARL:2014:1214 en PJ 2014/52 met noot van mr. A.G. van Marwijk-Kooy.

De tweede uitspraak over het invoeren van een werknemersbijdrage is van het hof 's-Hertogenbosch van 20 februari 2018¹²

In deze zaak geldt dat in de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer een eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen. Op de arbeidsovereenkomst is het Arbeidsreglement van toepassing en in het Arbeidsreglement is ook een eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen. In het Arbeidsreglement wordt voor de werknemer en haar collegae bepaald welke pensioenregeling geldt. In het Arbeidsreglement is ook opgenomen dat de pensioenpremie geheel voor rekening van de werkgever komt.

Met een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding heeft de werkgever – met instemming van de groepsondernemingsraad – de regeling betreffende het pensioen gewijzigd. De wijziging bestaat erin dat de werknemers na een overgangsregeling uiteindelijk 30% van de premie gaan betalen.

De werknemer wordt door de kantonrechter in het ongelijk gesteld. De kantonrechter is van mening dat de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang had. In hoger beroep stelt de werknemer dat er geen deugdelijke analyse is gemaakt van het door de werkgever overlegde cijfermateriaal. Dat betrof jaarcijfers. De werkgever legt bij het hof een analyse over van een door hem ingeschakeld bureau dat een analyse heeft gemaakt van de jaarcijfers over de periode 2007 tot en met 2015. Het hof komt tot de conclusie dat er geen zwaarwichtig belang is. Uit de cijfers blijkt dat de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de werkgever door de jaren heen is verbeterd. De overgelegde stukken bieden verder geen aanknopingspunt voor de stelling van de werkgever dat de financiële positie van de onderneming van dien aard is dat de continuïteit van die onderneming als onderdeel van de groep waartoe zij behoort zonder verdere besparing in gevaar komt.

Op zich begrijpt het hof dat de werkgever een belang heeft bij winstmaximalisatie om van daaruit investeringen te kunnen verrichten maar gesteld nog gebleken is dat zonder het invoeren van de werknemerspremie noodzakelijke investeringen niet mogelijk zijn. De door de werkgever overgelegde analyse geeft geen uitsluitsel over de besparing die wordt gerealiseerd door het invoeren van de werknemersbijdrage, maar in eerste aanleg is door de werknemer gesteld dat het

¹² ECLI:NL:GHSHE:2018:685

gaat om een kostenreductie van €760.000. Dat is een fractie van de al door de werkgever gerealiseerde kostenreductie van €3,7 miljoen op personeelskosten in de achterliggende periode.

In het arrest van het hof wordt ook – met verwijzing naar de relevante kamerstukken - benadrukt dat het feit dat de ondernemingsraad instemming heeft verleend geen directe doorwerking kan hebben in de arbeidsovereenkomst. Het belang van de werkgever bij een toets op grond van artikel 7:613 BW is niet aangetoond door de instemming van de ondernemingsraad. De werkgever zal bij de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde (in casu de pensioenovereenkomst) als uitwerking van de instemming van de ondernemingsraad bij betwisting door de werknemer, alsnog een zwaarwichtig belang moeten aantonen. Ook het feit dat een zeer beperkt deel van de werknemers de wijziging niet aanvaardt (5 van de ca. 590) kan de werkgever niet baten. De wijziging kan daarom geen doorgang vinden.

Als derde uitspraak over de door de werkgever gewenste invoering van een werknemersbijdrage aan de premie, bespreek ik het vonnis van de rechtbank Oost Brabant van 1 maart 2018.¹³ Tussen werkgever en werknemers is niet in geschil dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding conform artikel 7:613 is overeengekomen. De werkgever heeft – als onderdeel van een pakket van wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden – van de ondernemingsraad instemming gekregen voor het vanaf 1 januari 2014 – geleidelijk - invoeren van een werknemersbijdrage voor de werknemers die voor 1 januari 2009 in dienst zijn getreden en tot januari 2014 een premievrij pensioen hadden. De werknemers zijn deelnemer in het bedrijfspensioenfonds voor de Metalektro.

De FNV start tegen deze eenzijdig doorgevoerde wijziging een procedure samen met een 18-tal werknemers. In eerste aanleg wordt zij in het gelijk gesteld. De werkgever stort de reeds ingehouden werknemerspremies terug maar gaat wel in hoger beroep bij het hof te Den Bosch. Na mediation wordt een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen FNV en de werkgever. Daarbij heeft FNV bedongen dat voor de werknemers van werkgever die geen partij waren in de

¹³ ECLI:NL:RBOBR:2018:1001

procedure de werknemersbijdrage niet met terugwerkende kracht kan worden ingevoerd en dat er een baangarantie tot oktober 2018 wordt gegeven. In het hoger beroep is vervolgens voor recht verklaard dat de werkgever gerechtigd is voor alle werknemers die niet in de procedure zijn betrokken vanaf 1 januari 2017 een bijdrage in de pensioenpremie in te voeren. Tevens wordt voor recht verklaard dat de werkgever voor de 18 werknemers die in de procedure zijn betrokken, geen werknemerspremie in het pensioen mag inhouden, invoeren dan wel te vorderen.

De werkgever voert vervolgens een werknemerspremie in op 1 januari 2017. Een aantal werknemers stelt daartegen bij de kantonrechter een vordering in. Zij stellen onder andere dat zij niet gehouden zijn aan het arrest van het hof omdat zij geen partij waren in het geding. Ook stellen zij dat zij nooit hebben ingestemd met de wijziging. Zij hebben weliswaar geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging maar dat was deels een gevolg van het feit dat de werkgever de inhouding van de premie vanaf 1 januari 2014 ongedaan heeft gemaakt en omdat zij de uitspraak in hoger beroep wilden afwachten. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat zij duidelijk en ondubbelzinnig met de wijziging hebben ingestemd.

De kantonrechter gaat eerst in op de stelling dat geen sprake is van welbewuste instemming. Hij oordeelt dat die instemming er niet was. De werkgever heeft volgens de kantonrechter wel aan haar informatieverplichting richting de werknemers voldaan maar daaruit volgt nog niet dat de werknemers – door geen bezwaar te maken tegen de wijziging - welbewust met de wijziging hebben ingestemd. De werkgever wordt ook niet gevolgd in zijn stelling dat de werknemers door stilzitten instemming hebben verleend. De kantonrechter volgt de werknemers in hun verweer dat zij de uitkomst van de procedure die de FNV had aangespannen wilden afwachten. De werkgever heeft bovendien steeds verklaard dat de FNV in de procedure opkwam voor alle werknemers. Dat de werknemers met hun bezwaar hebben gewacht, kan hen volgens de kantonrechter dan ook niet worden tegengeworpen.

De volgende vraag die dan voorligt, is of de werkgever toch eenzijdig tot het invoeren van de werknemersbijdrage mocht overgaan. De toets is die van artikel 7:611 BW. De kantonrechter toetst aan de criteria van Stoof/Mammoet. De werkgever heeft volgens de kantonrechter als gevolg van gewijzigde omstandigheden aanleiding kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging. Aan het eerste criterium op grond van Stoof/Mammoet wordt daarmee

door de werkgever voldaan. Bij toetsing van het tweede criterium (is het voorstel tot wijziging redelijk) gaat het voor de werkgever echter mis. De werkgever stelt dat een werknemersbijdrage in de pensioenpremie op grond van het pensioenreglement van de Metalektro verplicht is. Het niet inhouden van die bijdrage is derhalve in strijd met de wet (artikel 4 Wet Bpf 2000). De kantonrechter wil wel meegaan in de stelling dat het toepassen van het pensioenreglement verplicht is maar waar het de werknemersbijdrage betreft, volgt de kantonrechter de gemotiveerde betwisting van de werknemers dat in het pensioenreglement geen verplichting ligt besloten voor de werknemers om bij te dragen aan de premie. (De betreffende bepaling luidt dat de werkgever het recht heeft om een door het bestuur van het pensioenfonds te bepalen percentage te verhalen op de deelnemer). Bovendien past de werkgever die regel niet toe op de 18 werknemers die samen met de FNV hebben geprocedeerd en maakt het concern waartoe de werkgever behoort, winst. Alle omstandigheden in aanmerking nemende, is de kantonrechter dan ook niet overtuigd dat het belang van de werkgever zwaarder moet wegen dan het belang van de werknemers bij een ongewijzigde voortzetting van de met de werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

De conclusie van deze uitspraken is, dat wanneer de werkgever eenzijdig de premieverdeling tussen werkgever en werknemer wil wijzigen, hij met goede en goed onderbouwde argumenten dient te komen om te kunnen slagen met een beroep op artikel 7:611 BW of 7:613 BW. Algemene argumenten (bedrijfseconomische omstandigheden, fiscale maatregelen, harmonisatie van arbeidsvoorwaarden of het toekomstbestendig maken van de pensioenregeling) voldoen niet. Evenmin is het doorslaggevend dat de ondernemingsraad heeft ingestemd. Uit de besproken uitspraken volgt tevens dat het ook niet doorslaggevend is dat een overgroot deel van de werknemers wel met de invoering van de werknemersbijdrage heeft ingestemd. Het invoeren van een werknemersbijdrage in de premie lijkt op grond van deze uitspraken voor de werkgever dus een besluit waarop hij zich – juridisch - goed moet voorbereiden.

In het kader van de wijziging van de pensioenovereenkomst waar het de bijdrage in de premie door de werknemer betreft mag het sluitstuk van de juridische strijd over de hoogte van de werknemersbijdrage tussen tussen het Pensioenfonds voor de Metalektro en de Bovag tot slot niet ontbreken. Het sluitstuk is de uitspraak van de Hoge Raad van 2 maart 2018¹⁴. Het betreft hier de gebondenheid aan een

¹⁴

ECLI:NL:HR: 2018:300

wijziging van de premieverdeling tussen werkgever en werknemer op basis van een besluit van het verplicht gestelde pensioenfonds.

Zoals in de laatste uitspraak hiervoor al beschreven, kent het pensioenreglement van Pensioenfonds Metaal en Techniek ("PMT") een bepaling die de werkgever het recht geeft een bepaald deel van de premie op de werknemers te verhalen. De sector Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf is een sector die verplicht is deel te nemen in de regeling van PMT. De werkgevers binnen deze sector worden voor een groot deel vertegenwoordigd door de Bovag. De Bovag wil een hogere bijdrage van de werknemers invoeren en stelt dat PMT niet bevoegd is over de premieverdeling te beslissen. Het hof Arnhem Leeuwarden had voor recht verklaard dat PMT de bevoegdheid had om de premieverdeling te bepalen. Partijen hadden op grond van prorogatie¹⁵ geprocedeerd (zie PJ 2016/86). Het cassatieberoep van Bovag slaagt niet. De Hoge Raad oordeelt dat de werkgevers binnen de Bovag op grond van artikel 4 Wet Bpf2000 de gebonden zijn aan de statuten en reglementen van PMT. Aan de statuten en reglementen kan PMT de bevoegdheid onttelen om door besluiten nadere invulling te geven aan het pensioenreglement (en daarmee aan de pensioenregeling) en aan het uitvoeringsreglement. De klacht van Bovag dat het aan cao-partijen is om over de premieverdeling tussen werkgevers en werknemers bindende afspraken te maken, faalt daarmee. Hetzelfde lot is de klacht van Bovag beschoren dat het bestuur van PMT niet heeft gehandeld conform de eis van artikel 105 lid 2 Pensioenwet. In dit artikel is opgenomen dat *"de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen en mede bepalen zich bij het vervullen van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en ervoor zorgen dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen"*. De door PMT vastgestelde premieverdeling was voor de werkgevers die bij de Bovag waren aangesloten nadeliger dan voor werkgevers in andere sectoren die bij PMT waren aangesloten.

De Hoge Raad oordeelt dat aan het stelsel van de Wet Bpf 2000 (en daarmee doelt de Hoge Raad hier op de doorsneesystematiek) inherent is dat een premieverdeling, ook bij een evenwichtige belangenbehartiging, voor de ene groep werkgevers, mede in het licht van de overige arbeidsvoorwaarden die die

¹⁵ Partijen slaan dan als het ware de eerste instantie (in dit geval de kantonrechter) over en brengen het geschil dadelijk ter kennis van het hof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn.

groep is overeengekomen, nadeliger gevolgen kan hebben dan voor de andere groep werkgevers. De verplichtstelling stoelt op de solidariteit binnen de bedrijfstak als geheel. Dat de door PMT in het kader van de premieverdeling gehanteerde percentages op zichzelf onevenwichtig zouden zijn, is door Bovag niet aangevoerd.

De wijziging van de premieverdeling tussen werkgever en werknemer kan derhalve ook het gevolg zijn van een besluit van het pensioenfonds. Daarbij kan (althans dat lees ik in de conclusie van de A-G) per sector binnen een bedrijfstak een verschillende premieverdeling gelden tenzij die verschillende premieverdeling is gebaseerd op actuariële factoren. De Hoge Raad hoefde op dit punt in zijn arrest niet in te gaan omdat het premiebesluit van PMT op andere gronden bindend werd geoordeeld.

De wijziging van een streefregeling in een beschikbare premiereregeling

Dat de werkgever in 2018 niet altijd ongelijk heeft gekregen van de rechter bij een wijziging van de pensioenregeling, volgt uit een uitspraak van 15 mei 2018 van de Rechtbank Midden-Nederland.¹⁶ Een groep werknemers (eisers) eist dat een wijziging die met ingang van 1 januari 2004 is doorgevoerd, terug wordt gedraaid. De eisers hadden tot de wijziging een streefregeling gebaseerd op een gematigde eindloonsystematiek met een C-polis. Eisers stellen dat dit een uitkeringsovereenkomst betrof maar de kantonrechter oordeelt dat het een kapitaalovereenkomst was. In de pensioenbrief is namelijk opgenomen dat op de pensioendatum een hoger of lager pensioen kan worden aangekocht met het beschikbare kapitaal op die datum welk pensioen in de plaats komt van het streefpensioen en dat dit voor risico van de werknemers komt.

De wijziging in 2004 naar een beschikbare premiereregeling heeft de instemming van de centrale ondernemingsraad ("cor"). De wijziging is vervolgens doorgevoerd zonder dat aan de werknemers instemming is gevraagd. Partijen zijn het er eens dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen. De kantonrechter toetst daarom aan artikel 7:611 BW. In het memo aan de cor is met betrekking tot de aanleiding voor de wijziging met name gewezen op de wens van de werkgever om tot harmonisatie van pensioenregelingen binnen het bedrijf over te gaan. Daarnaast is gewezen op gewijzigde wetgeving die van kracht is geworden op

¹⁶ ECLI:NL:RBMNE:2018:2080

grond waarvan de bestaande regeling niet ongewijzigd kon worden voortgezet. De kantonrechter hecht ook waarde aan het feit dat het hybride karakter van de bestaande streefregeling tot onduidelijkheden leidde. Continuering van de regeling zodanig dat deze wel binnen het nieuwe wettelijke kader paste, zou tot hogere kosten voor de werkgever hebben geleid.

De kantonrechter is voorts van mening dat er in essentie niet zoveel verschil zit tussen de oude regeling (die een kapitaalovereenkomst was) en de beschikbare premiereregeling. Kortom: de werkgever had (op grond van de gewijzigde regelgeving) een redelijke aanleiding tot het doen van een wijzigingsvoorstel. Vervolgens onderzoekt de kantonrechter of het voorstel tot wijziging redelijk is. Ook daarop is het antwoord bevestigend. Het, op zich opmerkelijke, oordeel van de kantonrechter komt met name, althans zo lees ik de uitspraak, omdat de eisers er op geen enkele manier in slagen aan te tonen dat hun oude regeling beter was dan de beschikbare premiereregeling. De berekeningen die zij hebben overgelegd gaan allemaal uit van een uitkeringsovereenkomst op basis van eindloon en de kantonrechter oordeelt nu juist dat de regeling een kapitaalovereenkomst was. Wat wellicht ook bijdraagt aan de uitkomst is dat de werkgever heeft toegegeven dat de wijze waarop hij de wijziging heeft doorgevoerd niet de schoonheidsprijs verdient en dat hij de eisers enige financiële compensatie heeft geboden. Wat voor compensatie en voor welk bedrag, wordt uit de uitspraak overigens niet duidelijk.

In deze zaak zijn nieuwe fiscale regels en de wens tot harmonisatie over te gaan wèl doorslaggevend voor het oordeel dat de werkgever een redelijke grond had voor een wijzigingsvoorstel. In deze casus speelt met name dat de bestaande pensioenregeling niet kon worden voortgezet en dat aanpassing noodzakelijk was. Dat werd door eisers ook erkend. Dat is bij een wijziging van de premieverdeling tussen werkgever en werknemer (zie de voorgaande uitspraken) niet relevant. Ik kan mij verder niet aan de indruk onttrekken dat het feit dat eisers geen nadeel van de wijziging zouden ondervinden, bij de kantonrechter bij zijn oordeel over de redelijke grond voor een wijzigingsvoorstel een grote rol heeft gespeeld. Wat mij in de uitspraak verder opvalt, is dat de werknemers wel heel lang wachten met het starten van een procedure. Uit de uitspraak valt te lezen dat al wel in 2010 overleg is geweest tussen werkgever en eisers maar dan nog zou dat in het kader van de klachtplicht van artikel 6:89 BW rijkelijk laat zijn. Dit kan in het kader van de klachtplicht mogelijk een issue zijn. Op deze klachtplicht ziet ook de hierna te

behandelen uitspraak over de wijziging van een onvoorwaardelijke in een voorwaardelijke indexatie.

De conclusie van de kantonrechter dat er in essentie niet zoveel verschil zit tussen de oude regeling (die een kapitaalovereenkomst was) en de beschikbare premiereregeling wordt bepaald niet gedeeld door het hof Den Haag in een arrest van 4 december 2018¹⁷. Appellant is van 1 september 1977 tot 1 juni 2016 bij (een van de rechtsvoorgangers van) werkgever (een advocatenkantoor) in loondienst geweest en heeft zich gedurende zijn dienstverband ontwikkeld tot (senior) pensioenrechtadvocaat.

Tot 2004 gold voor de werknemer een kapitaalovereenkomst met pensioenclausule. Onderdeel van deze regeling was dat er vanaf de leeftijd van 55 geen backserviceverplichtingen meer waren. In 2004 diende de regeling te worden aangepast in verband met de Witteveen-wetgeving, waardoor onder meer de backserviceverplichting ook na het 55ste levensjaar van de werknemer doorliep. Op 8 maart 2007 heeft de werkgever een nieuwe pensioenbrief aan de werknemer toegestuurd waarin de nieuwe wetgeving met terugwerkende kracht tot 1 juni 2004 op de werknemer van toepassing zou zijn. In deze brief werd voor het eerst gesteld dat voor de opbouw van het kapitaal met een vaste rente van 5.5% zal worden gerekend en dat de werkgever, behalve de betaling van premies, verder is ontheven van iedere financiële verplichting ter zake van deze pensioenregeling. De werknemer wordt gevraagd de pensioenbrief voor akkoord te ondertekenen en retour te sturen. De werknemer heeft dat nooit gedaan. De werkgever wordt er door de verzekeraar in 2009 op gewezen dat de marktrente lager is dan de overeengekomen 5.5%. De werknemer wordt daarover niet geïnformeerd.

Het kapitaal komt per 1 november 2015 vrij. De werknemer gaat de discussie met de werkgever over het naar zijn mening te lage kapitaal op 10 februari 2016 aan op basis van een op 1 februari 2016 aan de werkgever toegezonden uitgebreide notitie en stelt uiteindelijk een vordering in bij de kantonrechter. De kantonrechter wijst de vordering af omdat kort en zakelijk weergegeven, de enige verplichting voor de werkgever die uit de pensioenovereenkomst voortvloeit de betaling van een deel van de premie is. De kantonrechter verwerpt het standpunt van de werknemer dat de tussen partijen overeengekomen pensioenregeling moet worden aangemerkt als een eindloonregeling. De vordering van de werknemer tot

¹⁷

ECLI:NL:GHDHA: 2018:3332

bijstorting door de werkgever van een aanvullend kapitaal mist volgens de kantonrechter daarom een deugdelijke grondslag.

De werknemer stelt hoger beroep in. De werkgever beroept zich in de eerste plaats op het feit dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met de klachtplicht. Naar de mening van de werkgever was het de werknemer na ontvangst van de pensioenbrief van 8 maart 2007 duidelijk dat er sprake was van een vast rentepercentage van 5.5%. Het hof gaat daar niet in mee. Het hof stelt dat het de werknemer pas bij het vrijvallen van het kapitaal duidelijk kon zijn, dat er door de werkgever in strijd met de pensioenregeling was gehandeld. Het feit dat de werknemer een ervaren pensioenrechtadvocaat was, kon de werkgever evenmin baten. Bovendien, zo stelt het hof, is niet in te zien hoe de werknemer op 8 maart 2007 al behoorde te weten dat een vaste rente van 5,5% gezien de – onzekere en onvoorziene – toekomstige ontwikkelingen, ontoereikend was om het kapitaal te bereiken dat nodig zou zijn om het beoogde pensioen op de pensioendatum in te kopen.

Het hof concludeert verder dat de werknemer de wijziging van de regeling zoals verwoord in de pensioenbrief van 8 maart 2007 niet heeft aanvaard. De stelling van Nauta (ook bij dit verweer) dat de werknemer een ervaren pensioenrechtadvocaat was en dat hij, door geen bezwaar te maken tegen de toegezonden pensioenbrief 2004, hier stilzwijgend mee akkoord is gegaan, wordt verworpen. Indien en voor zover de pensioenbrief 2004, zoals de werknemer stelt, voor hem nadelige wijzigingen (waaronder een door NN gehanteerde vaste rente van 5,5%) bevatte, mocht de werkgever er slechts dan op vertrouwen dat de werknemer hiermee had ingestemd als aan hem duidelijkheid was verschaft over de inhoud van die wijziging(en) en op basis van verklaringen of gedragingen van de werknemer een welbewuste en ondubbelzinnige instemming met die wijziging(en) mag worden aangenomen. Het hof verwijst hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2010¹⁸).

Het hof concludeert verder dat er geen sprake is van een beschikbare premieregeling, zoals de werkgever stelt en evenmin van een eindloonregeling, zoals de werknemer stelt. In de pensioenovereenkomst staat niet de hoogte van de door Nauta ter beschikking te stellen premies centraal, maar de hoogte van het nagestreefde pensioen en het bijbehorende te verzekeren kapitaal, waarop de

¹⁸ ECLI:NL:HR:2010:BK3570

premies worden gebaseerd. Van een systeem op basis van een premiestaffel, een fiscaal vereiste voor een beschikbare premiereregeling, is geen sprake. Het enkele feit dat in de pensioenovereenkomst is vermeld dat Nauta na het betalen van de verschuldigde premies is gekweten van haar verplichtingen, is volgens het hof onvoldoende om deze als beschikbare premiereregeling te kwalificeren.

Het arrest is overigens nog geen eindarrest. Dit heeft alles te maken met het volgende. Het hof leidt uit de rekenrente van 5,5% voorshands af dat de 5,5% ziet op de rekenrente aan de hand waarvan de hoogte van het te verzekeren kapitaal (doelvermogen) wordt berekend om het beoogde pensioen op de pensioendatum in te kopen. Daarbij wordt tot uitgangspunt genomen dat er op de pensioendatum wordt gerekend met een rendement van 5,5% om dit pensioen in te kopen. Indien het daadwerkelijke rendement waarmee wordt gerekend op de pensioendatum (de tariefrente) lager is dan de tijdens de loop van de pensioenverzekering gehanteerde rekenrente, heeft dit tot gevolg dat met het verzekerde kapitaal een lager pensioenbedrag kan worden aangekocht dan het pensioenbedrag waarnaar in de pensioenregeling werd gestreefd. De brief van de verzekeraar aan de werkgever van december 2009, waarin is vermeld dat de pensioenregeling van werknemer uitgaat van een hogere rente dan de actuele (markt)-rente, waardoor er een aanzienlijke kans is dat er te weinig kapitaal is verzekerd om het gewenste ouderdoms- en/of partnerpensioen in te kunnen kopen, sluit hierbij aan. De werkgever stelt zich echter op het standpunt dat de door de verzekeraar sinds 2004 gehanteerde rente van 5,5% het door de verzekeraar gegarandeerde rendement op de ingelegde premies betreft, wat gelet op de lagere actuele (markt)rente dus geenszins in het nadeel maar juist in het voordeel van de werknemer zou zijn geweest. Het hof acht dit standpunt voorshands onaannemelijk maar de werkgever wordt in de gelegenheid de juistheid van dit voorshandse bewijsoordeel te ontzenuwen. Het is aan de werkgever om te bepalen op welke wijze zij dit doet, maar het hof kan zich voorstellen dat de werkgever bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring van de verzekeraar overlegt, waarin duidelijk wordt toegelicht wat de betekenis is van de gehanteerde vaste rente van 5,5%.

In de Kroniek van 2019 zal ik – wanneer mogelijk – nog ingaan op het eindarrest in deze zaak. “Voorshands” ben ik van mening dat de werkgever hier wel een heel moeilijk uitvoerbare bewijsopdracht krijgt.

De wijziging van een onvoorwaardelijke in een voorwaardelijke indexatie.

Op 13 februari 2018 is een uitspraak gepubliceerd van het hof te Amsterdam van 17 oktober 2017¹⁹ waarin een werknemer opkwam tegen de wijziging van de onvoorwaardelijke indexatie van zijn pensioenaanspraken naar een voorwaardelijke.

De werknemer is in dienst geweest bij (rechtsvoorgangers van) de werkgever van 15 juni 1976 tot 1 juli 2016. De pensioenregeling waarin hij deelnam tot 1994 was een gematigde eindloonregeling. Er vond geen indexatie plaats van pensioenaanspraken en rechten na uitdiensttreding. Vanaf 1994 werd wel geïndexeerd. De financiering hiervan vond plaats uit de extra renteopbrengsten die de verzekeringsmaatschappij, waar de pensioenregeling was ondergebracht, aan de werkgever uitkeerde.

In 2007 werd de pensioenregeling gewijzigd in een beschikbare premieregeling. De uitvoering ervan werd ondergebracht bij een andere verzekeraar. Aan de werknemers werd een keuze gegeven. Ofwel de waarde van de opgebouwde aanspraken overdragen naar de nieuwe verzekeraar, ofwel de aanspraken bij de oude verzekeraar achterlaten. De achtergelaten pensioenaanspraken zouden worden ondergebracht in een bepaalde pool bij de verzekeraar en de binnen deze pool gemaakte winst zou tot op zekere hoogte worden gebruikt om die aanspraken te verhogen. De werkgever heeft haar werknemers omtrent deze wijziging van de collectieve pensioenregeling en de daarmee samenhangende keuzemogelijkheden geïnformeerd. Bij deze informatievoorziening zijn de gevolgen van het achterlaten van vóór 1 januari 2007 opgebouwde pensioenrechten bij Zwitserleven vergeleken met die van het afkopen daarvan en het aankopen van een kapitaal bij Fortis ASR. Hierbij is, onder andere, aandacht besteed aan de hoogte van de toekomstige pensioenuitkeringen bij een keuze voor achterlaten van de opgebouwde pensioenrechten bij Zwitserleven. Dit onderwerp is in ieder geval aan de orde gekomen tijdens een voorlichtingsbijeenkomst op 6 oktober 2006 en in brieven van 27 november 2006, 27 december 2006 en 23 april 2007 van de werkgever aan de betrokken werknemers. Eiser is bij de genoemde bijeenkomst aanwezig geweest en heeft de genoemde brieven ontvangen. Op 27 april 2007 heeft hij schriftelijk aan

¹⁹ ECLI:NL:GHAMS:2017:4223

Halliburton verklaard al zijn vóór 1 januari 2007 opgebouwde pensioenrechten te willen achterlaten bij de oude verzekeraar.

Van belang bij deze uitspraak is nog dat de werkgever Halliburton is. In het arrest van de Hoge Raad van 23 april 2010²⁰ (Haliburton I) is geoordeeld dat in 1994 een onvoorwaardelijke indexatie is overeengekomen die niet door louter stilzitten van de werknemer is gewijzigd in een voorwaardelijke indexatie. Een uitdrukkelijke instemming ontbrak. De vraag die in de onderhavige zaak voorligt, is of in 2007 het recht op onvoorwaardelijke indexatie terecht is gewijzigd in een voorwaardelijke indexatie. Het hof oordeelt dat deze wijziging terecht is doorgevoerd. Door de informatie die de eiser in 2006 en 2007 over de wijziging heeft ontvangen, heeft de werknemer welbewust de keuze gemaakt voor een wijziging van zijn onvoorwaardelijke indexatie in een voorwaardelijke indexatie. Bij het maken van die keuze wist de werknemer ook dat zijn werkgever niet voornemens was het al toen door de werknemer gestelde onvoorwaardelijke recht op indexatie gestand te doen.

Wat in deze zaak wel van belang is, is dat de wijziging nog onder de PSW heeft plaatsgevonden. De wijziging van een onvoorwaardelijke naar een voorwaardelijke indexatie kan onder de Pensioenwet alleen voor een toekomstige opbouw. Onder de Pensioenwet geldt immers dat een onvoorwaardelijke indexatie gelijk staat aan pensioen en dat een wijziging van een onvoorwaardelijke indexatie naar een voorwaardelijke indexatie geen invloed kan hebben op de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten.

Een ander belangrijk aspect in deze zaak is dat het hof oordeelt dat, zo er al sprake zou kunnen zijn van een wijziging zonder de welbewuste instemming van de werknemer, de werknemer te lang heeft gewacht met het instellen van zijn vordering. Op grond van artikel 6:89 BW dient binnen bekwame tijd nakoming te worden gevorderd van een verbintenis. Het hof oordeelt dat de werknemer tekort is geschoten bij deze zogenaamde klachtplicht. De werknemer heeft pas bij brief van 13 augustus 2013 om nakoming gevraagd. Dat is ruim zes jaar nadat hem duidelijk was geworden dat Halliburton zijn mening dat sprake was van een onvoorwaardelijke indexatie, niet deelde en de werknemer niettemin de keuze maakte de opgebouwde rechten bij de verzekeraar achter te laten. De werknemer beroept zich nog op het feit dat hij wilde wachten totdat door de Hoge Raad in

²⁰ HR 23 april 2010, *PJ* 2010/157

Haliburton I was geoordeeld dat tot 1 januari 2007 inderdaad sprake was van een onvoorwaardelijke indexatie maar dat mag hem niet baten.

De vraag die nu naar mijn mening wel openstaat, is wanneer het stilzitten van de werknemer waar het vorderingen in verband met de pensioenovereenkomst betreft, in strijd komt met de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Zullen daar normen voor worden ontwikkeld of blijft het altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval? Zie daarvoor ook de hiervoor behandelde uitspraak van het hof te Amsterdam die op 13 februari 2018 is gepubliceerd²¹. Dat kan wellicht ook in de toekomst nog mooie jurisprudentie opleveren die – naar ik aanneem - natuurlijk ook in de volgende Kronieken zal worden besproken.

²¹ Zie hiervoor ook het artikel van Mr. dr. R.M.J.M. de Greef en prof. dr. E. Lutjens in Tijdschrift Pensioenvraagstukken van 8 oktober 2018 (TPV 2018/38)

3. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen: geschillen over werkingsfeer en premiebetaling

mr. Bas Degelink CPL, pensioenrechtadvocaat bij DLA Piper Nederland

Inleiding

Geschillen tussen verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en werkgevers zijn een vaste bron van veel rechtspraak, ook in 2018. Ik bespreek in deze bijdrage een tiental uitspraken over dergelijke geschillen. De uitspraken heb ik onderverdeeld in vier thema's: (1) uitleg van de werkingsfeer van het verplichtstellingsbesluit, (2) verjaring van de premievordering, (3) verschuldigdheid van rente en kosten en (4) premiebetaling door werkgevers die in het buitenland zijn gevestigd.

Werkingsfeer

Uitleg

Een verplichtstellingsbesluit is materiële wetgeving en recht in de zin van artikel 79 RO. Bij de uitleg van een verplichtstellingsbesluit gaat het om de bewoordingen van het besluit, gelezen in het licht van de gehele tekst van het besluit, en om een eventueel bij het besluit behorende schriftelijke toelichting. Het komt aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit deze bewoordingen. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in het besluit gebruikte formuleringen. Indien meer dan één uitleg mogelijk is, is tevens een beoordelingspunt de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de te onderscheiden, op zichzelf mogelijke, tekstinterpretaties zouden leiden. Deze wijze van uitleg is vaste rechtspraak van de Hoge Raad (zie o.a. HR 24 februari 2012, PJ 2012/65). Deze uitlegnorm voor verplichtstellingsbesluiten is dezelfde als die geldt voor de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten. Vandaar dat deze norm ook wel de "cao-norm" wordt genoemd

Bpf Bakkersbedrijf: belegde broodjes

Werkgevers die in hoofdzaak hun omzet behalen met het verkopen van bakkersartikelen zijn verplicht tot deelneming in Bpf Bakkersbedrijf. Brood is een bakkersartikel. Maar wat als een werkgever zijn omzet in hoofdzaak behaalt met het verkopen van *belegde* broodjes? Is dat het in hoofdzaak verkopen van brood (want belegd brood is brood, maar dan met beleg)? Of is een belegd broodje vanwege het beleg geen brood meer en dus überhaupt geen bakkersartikel? Het Hof kiest een middenweg: van een belegd broodje moet alleen de verkoopprijs van het losse broodje worden toegerekend aan bakkersartikelen. In deze zaak oordeelt het Hof daarom dat moet worden onderzocht welk deel van de omzet uit belegde broodjes kan worden toegerekend aan het losse broodje (het bakkersartikel), zodat kan worden vastgesteld of de betreffende werkgever meer dan de helft van zijn totale omzet behaalt uit de verkoop van bakkersartikelen (**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2018, PJ 2018/124, en 18 september 2018, PJ 2018/175**).

Bpf Reisbranche: online reisagent?

Werkgevers die het bedrijf van reisagent uitoefenen zijn verplicht tot deelneming in Bpf Reisbranche. Reisagent is volgens het verplichtstellingsbesluit “degene die in de uitoefening van zijn bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake vervoer, verblijf en pakketreizen”. Hotel Booker B.V. en Bungalow Booker B.V. exploiteren een website waarop consumenten accommodaties kunnen zoeken en boeken. Kantonrechter Utrecht oordeelt dat hier sprake is van bemiddeling als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit van Bpf Reisbranche, zodat Hotel Booker B.V. en Bungalow Booker B.V. onder de verplichtstelling van dat fonds vallen (**Rechtbank Midden Nederland 15 mei 2018, PJ 2018/108**). Dat is tegenovergesteld aan de beslissing van kantonrechter Amsterdam die ruim een jaar eerder besliste dat Booking.com - een werkgever die, zo lijkt mij, in de kern hetzelfde doet als Hotel Booker B.V. en Bungalow Booker B.V. - niet onder de verplichtstelling van Bpf Reisbranche valt (Rechtbank Amsterdam 30 december 2016, PJ 2017/10). Daarmee zijn deze twee zaken een goede illustratie dat rechters - net als partijen - heel verschillend kunnen denken over wat de juiste uitleg en toepassing is van een verplichtstellingsbesluit.

Bpf HIBIN: zelfstandige onderneming?

Ondernemingen die zich in hoofdzaak bezig houden met de groothandel in bouwmaterialen zijn verplicht tot deelneming in Bpf HIBIN. De werkgever in kwestie houdt zich bezig met deze groothandel, maar stelt dat zij desondanks niet verplicht is tot deelneming in Bpf HIBIN omdat zij geen zelfstandige “onderneming” zou zijn als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit. Dat standpunt onderbouwt de werkgever met het argument dat zij heel afhankelijk is van haar moederverenootschap. Daarin wordt de werkgever niet gevolgd door de kantonrechter, want de afhankelijkheid is slechts gebaseerd op interne afspraken tussen werkgever en moederverenootschap (**Rechtbank Zeeland-West-Brabant 11 juli 2018, PJ 2018/158**). Zoals gezegd is de aansprakelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de te onderscheiden, op zichzelf mogelijke, tekstinterpretaties zouden leiden van belang bij de uitleg van een verplichtstellingsbesluit. De kantonrechter overweegt dat de uitleg van de werkgever zou leiden tot een onaannemelijk rechtsgevolg, namelijk het gevolg dat een onderneming door het maken van interne afspraken met de moederverenootschap onder de verplichtstelling van Bpf HIBIN uit zou kunnen komen. Ook vanwege dat onaannemelijke rechtsgevolg wordt de uitleg van de werkgever niet gevolgd door de rechter.

Bpf Bouw: steigerverhuurder of steigerbouwer?

Ondernemingen die in hoofdzaak gericht zijn op - kort gezegd - productie voor derden op het gebied van het uitvoeren van bouwwerken zijn verplicht tot deelneming in bpfBOUW. Hieronder valt mede het *opbouwen en afbreken* van steigers. Het *verhuren* van steigers valt niet onder bpfBOUW. Alumont BV verhuurt steigermateriaal aan derden en Alumont BV is degene die het verhuurde steigermateriaal vervoert, opbouwt en na verloop van tijd ook weer afbreekt. In geschil is of deze combinatie van bedrijfsactiviteiten moet worden gekwalificeerd als hoofdzakelijk steigerbouw (valt onder bpfBOUW) of hoofdzakelijk steigerverhuur (valt niet onder bpfBOUW). Het Hof oordeelt dat - op grond van de feitelijke omstandigheden in deze zaak - de onderneming van Alumont BV in overwegende mate gericht is op de verhuur, zodat Alumont BV niet verplicht is tot deelneming in bpfBOUW (**Hof Amsterdam 30 mei 2017, PJ 2018/65, voor het eerst gepubliceerd in 2018**). Deze lijn van redenering doet denken aan de Adimex-uitspraak (HR 31 januari 2014, PJ 2014/69) waarin sprake was van een onderneming die geavanceerde camera's ontwikkelde en produceerde. Het ontwikkelen valt niet onder PMT, het produceren wel. Volgens de Hoge Raad was

van belang waar het zwaartepunt van de bedrijfsactiviteiten ligt (wat in die zaak was het ontwikkelen van de camera's).

PMT: testen of reparatie?

Ondernemingen waarin in hoofdzaak - kort gezegd - het be- en/of verwerken van metaal als werkzaamheid worden uitgeoefend zijn verplicht tot deelneming in PMT. De werkgever in kwestie verricht analyse- en testwerkzaamheden (valt niet onder PMT) en verricht de daaropvolgende reparatiewerkzaamheden (valt wel onder PMT). Hof Den Haag oordeelt dat de werkgever niet onder PMT valt omdat het merendeel van de arbeidsuren van de werknemers wordt besteed aan het analyseren en testen en slechts een minderheid van de arbeidsuren wordt besteed aan de reparatiewerkzaamheden (Hof Den Haag 6 juni 2017, PJ 2017/111). De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof (**Hoge Raad 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2363**). Volgens de Hoge Raad heeft het Hof een onjuiste uitleg en toepassing gegeven aan het verplichtstellingsbesluit van PMT. Ten eerste overweegt de Hoge Raad dat de tekst van het verplichtstellingsbesluit van PMT met zich brengt dat het niet gaat om het aantal arbeidsuren dat werknemers aan de betrokken werkzaamheden verrichten, maar om het totaal aantal overeengekomen arbeidsuren van de werknemers die de betrokken werkzaamheden verrichten. Ten tweede overweegt de Hoge Raad dat de arbeidsuren die de werknemers besteden aan de analyse- en testwerkzaamheden moeten worden toegerekend aan de reparatiewerkzaamheden. De analyse- en testwerkzaamheden worden namelijk uitgevoerd met het oog op uitsluitend de reparatiewerkzaamheden. Daarmee zijn de analyse- en testwerkzaamheden naar hun aard dienstbaar aan de reparatiewerkzaamheden. Willen de reparatiewerkzaamheden naar behoren kunnen worden uitgevoerd, dan zullen immers ook steeds de analyse- en testwerkzaamheden in enige omvang moeten plaatsvinden, om te bezien wat voor reparatie nodig is en om te bezien of de reparatie naar behoren heeft plaatsgevonden.

Conclusie

In de meeste rechtspraak waarin de werkings sfeer ter discussie staat zijn de overwegingen en beslissingen van de rechter verweven met het concrete verplichtstellingsbesluit dat in geschil is en met de feitelijke bedrijfsactiviteiten van de betreffende werkgever. Dat maakt het lastig om uit dergelijke individuele uitspraken een algemene rechtsregel te halen die kan worden toegepast op uitlegvragen over de verplichtstelling van andere bedrijfstakpensioenfondsen. Wel

is in 2018 weer bevestigd - maar dat is weinig verrassend - dat verplichtstellingsbesluiten aan de hand van de cao-norm moeten worden uitgelegd en dat van belang is waar het zwaartepunt ligt van de bedrijfsactiviteiten van de werkgever.

Verjaring

Als in een geschil over de werkingssfeer door de rechter wordt geoordeeld dat de werkgever verplicht is tot deelneming in het betreffende bedrijfstakpensioenfonds, dan is het geschil daarmee vaak nog niet afgelopen. De vervolgvraag is vaak of de werkgever niet alleen voor de toekomst, maar ook over het verleden pensioenpremie moet betalen aan het bedrijfstakpensioenfonds en zo ja voor hoeveel jaren over het verleden. Een veel voorkomend verweer van de werkgever is een beroep op verjaring voor zover het betreft de pensioenpremieschuld over een periode langer dan vijf jaar geleden. Een vordering tot periodieke premiebetaling verjaart namelijk vijf jaar na opeisbaarheid van de premievordering (art. 3:308 BW). Een belangrijke vraag is wanneer de premievordering voor het eerst opeisbaar is geworden. Dat is het moment waarop de verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen. In Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2017, PJ 2017/130 werd geoordeeld dat de premievordering pas opeisbaar was nadat het bedrijfstakpensioenfonds de premienota had verzonden. Van verjaring was daarom geen sprake, ook al zag de premienota op een periode langer dan vijf jaar geleden. Tot dat oordeel kwam het Hof omdat het uitvoeringsreglement van het betreffende bedrijfstakpensioenfonds (Bpf Schoonmaak) de aanvang van de betalingstermijn - en daarmee de opeisbaarheid van de premievordering en dus de aanvang van de verjaringstermijn - had gekoppeld aan het verzenden van de premienota door het bedrijfstakpensioenfonds.

Dat is een voor de praktijk belangrijk oordeel. Het komt immers regelmatig voor dat een werkgever pas na lange tijd “ontdekt” wordt door een verplicht bedrijfstakpensioenfonds waardoor er een premieachterstand van meer dan vijf jaar kan bestaan. Kritisch over dit oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden: Derksen, Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en terugvordering pensioenpremies, Kroniek Pensioenrechtspraak 2017 en Ter Horst en Beltman, Het Bpf, de overjarige pensioenpremie en de opeisbaarheid, TPV 2018/4. Hierop heeft Lutjens gereageerd in TPV 2018/17 met de strekking dat Hof Arnhem-Leeuwarden een juist oordeel heeft gegeven. Deze discussie in de literatuur bracht de vraag met

zich of andere rechters de lijn van Hof Arnhem-Leeuwarden zouden volgen. Op basis van een aantal uitspraken in 2018 luidt de conclusie vooralnog bevestigend, namelijk datzelfde **Hof Arnhem-Leeuwarden 18 september 2018, PJ 2018/174** en **Rechtbank Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7927**. Ook **Rechtbank Rotterdam 27 juni 2018, PJ 2018/157** lijkt een bevestiging te zijn van deze lijn.

Het bovenstaande betekent niet dat de verjaringstermijn van een premievordering “altijd” pas begint na het verzenden van de premienota door het bedrijfstakpensioenfonds. Het hangt er vanaf wat in het uitvoeringsreglement is bepaald over wanneer de premie voor het eerst opeisbaar is. In de hiervoor genoemde zaken was in het uitvoeringsreglement de opeisbaarheid van de premie afhankelijk gemaakt van het verzenden van de premienota door het bedrijfstakpensioenfonds. Maar in een uitvoeringsreglement kan ook een andere keuze zijn gemaakt. Dat deed zich bijvoorbeeld voor in de zaak van **Hof Den Haag 3 april 2018, PJ 2018/74**: volgens het uitvoeringsreglement van bpfBOUW zijn de premies na elke loonperiode (= elke vier weken of elke maand) opeisbaar. De verjaringstermijn van elke maandpremie begint dan in feite “van rechtswege”, dus ook als er nog geen premienota is verzonden door het bedrijfstakpensioenfonds. Daarom kwam Hof Den Haag tot het oordeel dat de vordering tot premiebetaling over een periode langer dan vijf jaar terug wel was verjaard op grond van art. 3:308 BW. Overigens staat een bedrijfstakpensioenfonds in zo’n geval niet met lege handen. Het niet-verstrekken van werknemersgegevens en het niet-betalen van pensioenpremie zal in strijd zijn met het uitvoeringsreglement, zodat veelal sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de werkgever. Het rechtsgevolg daarvan is dat het bedrijfstakpensioenfonds recht heeft op vergoeding van de daardoor geleden schade (art. 3:310 BW). Die schade lijkt mij in ieder geval de gemiste premie. De verjaring van een vordering tot schadevergoeding is - net als de verjaring van een vordering tot periodieke premiebetaling - vijf jaar, maar die begint pas nadat het bedrijfstakpensioenfonds bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Met andere woorden, deze verjaringstermijn begint als het bedrijfstakpensioenfonds bekend is met het bestaan van de werkgever en met zijn bedrijfsactiviteiten. De maximum verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding is overigens 20 jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, dus verder dan 20 jaar terug kan het bedrijfstakpensioenfonds niet.

Rente en kosten

Als een bedrijfstakpensioenfonds betaling vordert van achterstallige premie, dan wordt vaak ook een vergoeding gevorderd voor rente en kosten. Die rente en kosten kunnen substantiële bedragen betreffen, omdat voor de rente vaak wordt uitgegaan van de wettelijke handelsrente en omdat de kosten vaak een vast percentage van de premieschuld betreffen. Is de werkgever die rente en kosten verschuldigd? Daarover het volgende.

Art. 6:119 BW bepaalt - kort gezegd - dat in geval van te late betaling een wettelijke rentevergoeding is verschuldigd. Art. 6:119a BW geeft een afwijkende regeling voor handelsovereenkomsten: in dat geval is een wettelijke handelsrentevergoeding verschuldigd. De laatstgenoemde wettelijke handelsrente is veel hoger (nu: 8%) dan de “gewone” wettelijke rente (nu: 2%). In geval van te late premiebetaling aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds is geen sprake van een handelsovereenkomst, want de grondslag van de premiebetalingsplicht is geen overeenkomst maar de wet (meer specifiek: art. 4 Wet Bpf 2000 waarin de plicht tot naleving van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds is vastgelegd). Dat betekent niet dat een bedrijfstakpensioenfonds “slechts” recht heeft op vergoeding van de “lage” wettelijke rente. In het uitvoeringsreglement kan namelijk zijn bepaald dat in geval van te late premiebetaling een bepaalde rentevergoeding is verschuldigd. Het percentage van deze in het uitvoeringsreglement bepaalde rentevergoeding kan in het reglement zijn gelijkgesteld aan het percentage van de wettelijke handelsrente. In dat geval is de werkgever die zijn premie te laat betaalt een reglementaire rente verschuldigd, zijnde een rente gelijk aan de wettelijke handelsrente. Dat de werkgever is gebonden aan zo’n rentebepaling in het uitvoeringsreglement, zodat een rentevergoeding verschuldigd kan zijn die gelijk is aan de wettelijke handelsrente, is inmiddels vaste rechtspraak en is ook in 2018 weer bevestigd, zie **Rechtbank Limburg 7 maart 2018, PJ 2018/67**.

Een vergelijkbaar vraagstuk speelt bij de vergoeding van kosten. Op grond van art. 6:96 lid 2 BW kan een schuldeiser recht hebben op vergoeding van de gemaakte buitengerechtigde kosten. In het uitvoeringsreglement van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds is echter vaak bepaald dat in geval van te late betaling er een kostenvergoeding verschuldigd is ter grootte van een bepaald percentage van de achterstallige premie. Is de werkgever die forfaitaire kostenvergoeding

verschuldigd, ook al heeft het bedrijfstakpensioenfonds in werkelijkheid veel minder of misschien zelfs helemaal geen kosten gemaakt? Het antwoord op deze vraag luidt ja, zo is de vaste rechtspraak en is ook in 2018 weer bevestigd, zie **Hof Den Bosch 3 april 2018, PJ 2018/88**.

Buitenlandse werkgevers

Een werkgever die in het buitenland is gevestigd kan zijn werknemers arbeid laten verrichten in Nederland. Kan die buitenlandse werkgever dan gehouden zijn tot premiebetaling aan het verplichte bedrijfstakpensioenfonds dat van toepassing is in de Nederlandse sector waarin die werknemers werken?

Om die vraag draaide het in **Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, PJ 2018/61** (tussenarrest) en **11 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8124** (eindarrest). Het ging hier kort gezegd om een werkgever die in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd en die o.a. Poolse bouwvakkers arbeid liet verrichten in de Nederlandse bouwsector. Moet er voor deze werknemers pensioenpremie worden betaald aan bpfBOUW? Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van EG-verordening nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, kortweg: Rome I. Het Hof loopt de regels van Rome I langs. Er is een beperkte vrije rechtskeuze voor werkgever en werknemer van het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is (art. 3 Rome I). Deze vrije rechtskeuze is beperkt omdat een rechtskeuze niet tot gevolg kan hebben dat de werknemer de bescherming verliest van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest (art. 8 lid 1 Rome I). De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en het daarop gebaseerde verplichtstellingsbesluit van bpfBOUW zijn zulke dwingendrechtelijke bepalingen. Het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest wordt kortweg het objectief toepasselijke recht genoemd. Dat objectief toepasselijk recht wordt bepaald door de zogenaamde verwijzingsregels in art. 8 lid 2 t/m 4 Rome I. Deze verwijzingsregels houden het volgende in. De hoofdregel is dat het recht van het gewoonlijke werkland van toepassing is (art. 8 lid 2 Rome I). Het gewoonlijk werkland wordt vastgesteld aan de hand van waar of van waaruit de werknemer ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht.

Pas indien niet mogelijk is om het gewoonlijk werkland aan te wijzen, wordt het recht van het land van vestiging van de werkgever die de werknemer in dienst heeft genomen als het toepasselijke recht aangewezen (art. 8 lid 3 Rome I). Het recht van het gewoonlijk werkland en het recht van het land van de vestiging van de werkgever worden echter opzij gezet indien uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat er een kennelijk nauwere band is met een ander land (art. 8 lid 4 Rome I, de exceptieregel). Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden is in dit geval de hoofdregel van toepassing is: Nederland is het gewoonlijk werkland van de Poolse bouwvakkers en dus moet hun werkgever pensioenpremie betalen aan bfpBOUW. Dat de Poolse bouwvakkers tijdelijk - want op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd - in Nederland werkzaam waren maakt dat niet anders. Het gaat er volgens het Hof om vast te stellen waar de werknemers *ter uitvoering van hun arbeidsovereenkomst* gewoonlijk hun arbeid verrichten en dat was voor deze werknemers Nederland.

4. Uitvoeringsovereenkomst

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

Inleiding

In tegenstelling tot voorgaande jaren is in 2018 weinig rechtspraak gepubliceerd over de uitleg van bepalingen in een uitvoeringsovereenkomst. Een tweetal zaken over de bevoegde rechter in aan uitvoeringsovereenkomsten gerelateerde vorderingen kwam voorbij. Die bespreek ik in het volgende onderdeel. Daarna bespreek ik twee zaken omtrent een gesepareerd beleggingsdepot. In een zaak betrof het de post-contractuele verhoudingen tussen partijen. Beide zaken hebben met elkaar gemeen dat partijen eerder tegenover elkaar hebben gestaan over dezelfde uitvoeringsovereenkomst. De vraag komt dan op of een eerdere rechterlijke uitspraak in de weg kan staan aan een beoordeling van een geschil in een andere procedure. In het laatste onderdeel is de conclusie opgenomen.

Welke rechter is bevoegd?

In civiele zaken neemt in eerste aanleg de rechtbank kennis van de zaak.²² Artikel 93 lid 3 Rv bepaalt dat de kantonrechter bevoegd is in zaken die de arbeidsovereenkomst betreffen. Lid 4 bepaalt vervolgens dat de kantonrechter bevoegd is in andere zaken waarin de wet dat bepaalt. Artikel 216 PW is een dergelijke geval. Het artikel luidt:

Zaken betreffende vorderingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst, een uitvoeringsovereenkomst, een uitvoeringsreglement of een pensioenreglement worden door de kantonrechter behandeld en beslist.

De bevoegdheid van de kantonrechter in zaken betreffende een pensioenovereenkomst volgt reeds uit artikel 93 lid 3 Rv. Via artikel 216 PW worden naast de pensioenovereenkomst ook de andere zijden van de pensioendriehoek, de uitvoeringsovereenkomst/uitvoeringsreglement en pensioenreglement, onder de bevoegdheid van de kantonrechter gebracht. Het

²² Artikel 42 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

criterium 'uit hoofde van' dient ruim te worden uitgelegd. Niet alleen vorderingen tot nakoming van de overeenkomsten of de reglementen vallen hieronder, maar ook bijvoorbeeld een vordering tot vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad die hun oorsprong vinden in een schending van deze overeenkomsten of reglementen.²³

De wetgever heeft gekozen voor de kantonrechter omdat bij de kantonrechter een procedure op een zo eenvoudig mogelijke wijze tegen zo laag mogelijke kosten kan worden gevoerd.²⁴ Degelink geeft in zijn annotatie bij PJ 2018/153 overzichtelijk weer wat de verschillen zijn tussen procederen bij de kantonrechter en procederen bij de 'kamers voor andere zaken dan kantonzaken'. De 'kamers voor andere zaken dan kantonzaken' is een hele mond vol. Ik zal hierna spreken over de kantonrechter danwel de civiele rechter.²⁵ Verschillen tussen procederen voor de kantonrechter of de civiele rechter zijn bijvoorbeeld afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging en lagere griffiegelden bij de kantonrechter.

Een partij die meent dat een zaak door de wederpartij is aangebracht bij de verkeerde rechter kan de rechter verzoeken de zaak te verwijzen.²⁶ De rechter behandelt dit incidentele verzoek eerst. Daarna volgt pas de inhoudelijke behandeling van de zaak.

In 2018 stond de bevoegdheid van de civiele rechter danwel kantonrechter meermaals ter discussie in een procedure. Voorzover deze procedures een aanknopingspunten hadden met de uitvoeringsovereenkomst bespreek ik ze hierna.

²³ Asser/Lutjens 7-XI 2016/60

²⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 292.

²⁵ Vgl. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Rechtsgebieden/Civiel-recht>

²⁶ Artikel 71 Rv

Vordering tegen de administrateur

In **Rechtbank Limburg, sector kanton, 23 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9931, PJ 2018/153**, stond een vordering tussen eiser en AZL N.V. centraal. De rechtsvraag is welke rechter bevoegd is om over een dergelijke vordering te oordelen. AZL was de administrateur van Stichting Pensioenfonds Acordis en Stichting Diolen Pensioenfonds. Eiser stelt dat hij door verwijtbaar nalaten van AZL schade heeft geleden. Eiser stoelt zijn vordering op onrechtmatige daad en brengt de zaak aan bij de kantonrechter. AZL verweert zich door allereerst te stellen dat de kantonrechter niet bevoegd is van een dergelijke zaak kennis te nemen. De kantonrechter oordeelt in rechtsoverweging 2.8 dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de zinsnede “vorderingen uit hoofde van” impliceert dat de bevoegdheid van de kantonrechter ruimer moet worden uitgelegd dan alleen de vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een pensioenovereenkomst, uitvoeringsovereenkomst/uitvoeringsreglement of pensioenreglement. Ook een vordering op grond van onrechtmatige daad kan daaronder vallen indien de grondslag van de vordering een pensioenovereenkomst, uitvoeringsovereenkomst/uitvoeringsreglement of pensioenreglement is. Vervolgens concludeert de kantonrechter in rechtsoverweging 2.9 dat de onderhavige vordering een vordering uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst is en oordeelt zich bevoegd om over de zaak te beslissen. In deze zaak betekende dat dat de zaak verwezen werd naar de rol voor conclusie van antwoord. En mogelijk volgend jaar een inhoudelijke analyse van deze zaak in de Kroniek Pensioenrechtspraak.

Helaas maakt de rechter in deze uitspraak niet inzichtelijk waarom hij van mening is dat een vordering op de uitvoeringsorganisatie te zien is als een vordering uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst is een overeenkomst tussen de werkgever en de pensioenfondsen. Een deelnemer/gepensioneerde kan partij zijn bij de uitvoeringsovereenkomst middels het derdenbeding (6:253 BW).²⁷ Maar hoe de kantonrechter de betrokkenheid van AZL bij de uitvoeringsovereenkomst ziet, wordt helaas niet inzichtelijk. Het vermoeden van Degelink dat de kantonrechter in dit geval een verkeerde uitleg van artikel 216 PW voorstaat, onderschrijf ik dan ook.²⁸ Nadrukkelijk is in de wetsgeschiedenis bepaald dat de begrippen pensioenreglement, pensioenovereenkomst, uitvoeringsreglement en uitvoeringsovereenkomst ruim moeten

²⁷ Zie uitgebreid over het derdenbeding Asser/Lutjens 7-XI 2016/227

²⁸ Zie noot B. Degelink bij PJ 2018/153

worden uitgelegd, maar de uitleg van deze kantonrechter lijkt te ruim. De situatie tussen eiser en AZL bevindt zich niet binnen de driehoeksverhouding waar artikel 216 PW vanuit gaat.

Er is immers tussen eiser en AZL geen pensioenreglement, pensioenovereenkomst of uitvoeringsovereenkomst van toepassing. De enige contractuele relatie is (was) een uitbestedingsovereenkomst tussen AZL en de pensioenfondsen. Een overeenkomst waar eiser geen partij bij is. Bovendien blijft bij uitbesteding het pensioenfonds verantwoordelijk.²⁹ Door AZL gemaakte fouten zijn dan toerekenbaar aan de pensioenfondsen. Had eiser daadwerkelijk AZL willen dagvaarden dan was de grondslag daarvoor een onrechtmatige daad vanwege het ontbreken van een contractuele relatie. In dat geval is de civiele rechter bevoegd.

De juridisch juiste route had, mijns inziens, moeten zijn dat eiser de (rechtsoptvolgers van) pensioenfondsen had gedagvaard. De pensioenfondsen hadden dan AZL in vrijwaring kunnen oproepen. De eventuele schadevergoeding waarin de pensioenfondsen zouden kunnen worden veroordeeld, kan dan op AZL worden verhaald.

Waarom heeft eiser dan toch alleen AZL gedagvaard? Een snelle zoektocht via Google leert dat beide pensioenfondsen inmiddels zijn geliquideerd.³⁰ Maar dat betekent niet dat de processuele mogelijkheden voor eiser daarmee zijn vervallen. Immers een pensioenfonds in liquidatie is verplicht de pensioenverplichtingen over te dragen naar een nieuwe uitvoerder. De waardeoverdracht dient bij DNB gemeld te worden en DNB staat niet toe dat de overnemer zijn aansprakelijkheid voor het liquiderende pensioenfonds uitsluit. Deze nieuwe pensioenuitvoerder heeft daarmee ook alle 'gebreken/tekortkomingen' in de pensioenregeling mee overgenomen.³¹ Eiser had de rechtsoptvolgers van de pensioenfondsen moeten dagvaarden.

²⁹ Artikel 34 PW

³⁰ Pensioenfonds Acordis en Pensioenfonds Diolen zijn niet opgenomen in het register pensioenfondsen bij DNB. Verzekeraar Delta Lloyd lijkt de rechtsoptvolger te zijn van Pensioenfonds Diolen. Verzekeraar Aegon lijkt de rechtsoptvolger van pensioenfonds Acordis te zijn.

³¹ Zie brochure DNB van november 2014, liquidatie pensioenfondsen.

Vordering wegens onrechtmatige opzegging van de uitvoeringsovereenkomst

In de uitspraak van de **Rechtbank Rotterdam van 21 maart 2018**, **ECLI:NL:RBROT:2018:2357** stond eveneens de bevoegdheid van de rechter ter discussie.

Deze procedure tussen de Stichting Pensioenfonds Campina en Koninklijke FrieslandCampina c.s. was gestart bij de civiele rechter. Per 1 januari 2015 was de uitvoeringsovereenkomst tussen het pensioenfonds en FrieslandCampina opgezegd. Het pensioenfonds stelt dat de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst onrechtmatig althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

FrieslandCampina stelde dat vanwege de relatie met de uitvoeringsovereenkomst niet de civiele rechter, maar de kantonrechter op grond van artikel 216 PW bevoegd was.

De civiele rechter knoopt daarbij, evenals de kantonrechter in de vorige zaak, aan bij de wetsgeschiedenis en oordeelt dat deze vordering uit onrechtmatige daad ook onder de reikwijdte van een vordering uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst valt. Ik kan daar, gelet op de wetsgeschiedenis, volledig mee instemmen. De zaak wordt verwezen naar de kantonrechter voor verdere inhoudelijk behandeling.

Het pensioenfonds stelt nog dat de zaak zich vanwege complexiteit niet leent voor behandeling door de kantonrechter. Over dit verweer het volgende. De keuze om een zaak via een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad in te stellen kan gelegen zijn in de wens om de civiele rechter of rechters over het dossier te laten oordelen. Hoewel een zaak die nauw samenhangt met een uitvoeringsovereenkomst op grond van artikel 216 PW door de kantonrechter dient te worden beoordeeld kan toch de civiele rechter over de zaak oordelen. Dat is het geval als de kantonrechter zelf van oordeel is dat de zaak zich niet leent voor behandeling door een rechter. Hij kan dan bepalen de zaak te verwijzen naar de civiele rechter, meervoudige kamer.³² Partijen hebben geen recht op behandeling van hun zaak voor een meervoudige kamer, maar ze zouden de rechter dit wel in overweging kunnen geven. In casu oordeelde de civiele rechter in ieder geval dat de zaak niet te complex is voor de kantonrechter.

³² Artikel 98 Rv

Ook in deze procedure is vanwege de verwijzing naar een andere rechter de inhoudelijke behandeling van het geschil over de uitvoeringsovereenkomst nog niet aan de orde gekomen. Ik spreek de hoop uit dat dat in de Kroniek Pensioenrechtspraak 2019 wel het geval zal zijn.

Gesepareerd beleggingsdepot en gezag van gewijsde

De werking van de redelijkheid en billijkheid

Wat was de bedoeling van partijen na einde van de uitvoeringsovereenkomst?³³ Daarvoor zal de overeenkomst moeten worden uitgelegd. Er zijn dan 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 eventueel het contract weer wordt aangevuld met een nieuwe bepaling).³⁴ 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.³⁵

Uitvoeringsovereenkomst met gesepareerd beleggingsdepot

Een uitvoeringsovereenkomst met van een gesepareerd beleggingsdepot heeft al vaker tot rechterlijke uitspraken geleid.³⁶ Bij een gesepareerd beleggingsdepot heeft de werkgever meer zeggenschap over de beleggingen in het depot. Deze beleggingen dienen ter financiering van de pensioenverplichtingen jegens de werknemers. Omdat er richting de werknemers sprake is van een gegarandeerde pensioenuitkering blijft de verzekeraar verantwoordelijk voor de nakoming van de pensioenverplichtingen, ook als de beleggingen te weinig opleveren. Om zijn positie te beschermen heeft de verzekeraar, afhankelijk van de specifieke overeengekomen condities van het gesepareerde depot, veelal de contractuele

³³ Zie meer uitgebreid over uitleg, aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid & billijkheid Kroniek Pensioenrechtspraak 2017; onderdeel uitvoeringsovereenkomst.

³⁴ 6:248 lid 2 BW

³⁵ 6:248 lid 1 BW

³⁶ Zie bijvoorbeeld in de Kroniek Pensioenjurisprudentie 2017 de bespreking van Hoge Raad 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2276 en in de Kroniek Pensioenjurisprudentie 2016, Gerechtshof Amsterdam, 8 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:862. Zie ook de annotaties van Mr. W.P.M. Thijssen bij PJ 2013/172 en PJ 2016/2.

mogelijkheid om aanvullende stortingen van de werkgever in het depot te verlangen.

Accon avm groep BV had een uitvoeringsovereenkomst gesloten met ASR Levensverzekering NV. De uitvoeringsovereenkomst was geldig van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2011. De werknemers bouwden ouderdomspensioen op in de vorm van een middelloonregeling. De beleggingen worden geadmistreerd in een gesepareerd beleggingsdepot. Vanuit het gesepareerde depot wordt getracht het opgebouwde pensioen te verhogen met een toeslag. Gedurende de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst was Accon -kortgezegd- administratiekosten, kosten voor het renterisico en een bijdrage aan de solvabiliteitsreserve verschuldigd.

De uitvoeringsovereenkomst bevatte ook afspraken na afloop van de contractperiode. Er bestonden drie mogelijkheden na afloop:

1. partijen sluiten een nieuwe uitvoeringsovereenkomst tegen nieuwe voorwaarden;
2. de verzekeringen blijven premievrij achter bij ASR;
3. de aanspraken en rechten worden door middel van een collectieve waardeoverdracht overgedragen aan een andere uitvoerder.

Bij de keuze voor optie 2. bepaalde de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk dat Accon verplicht bleef bij te dragen aan de administratiekosten, renterisico en solvabiliteitsreserve in verband met het gesepareerde beleggingsdepot. Per 1 januari 2012 heeft Accon gekozen voor pensioenopbouw bij een andere pensioenuitvoerder. Accon verzoekt ASR om het gesepareerde beleggingsdepot op te heffen. ASR heeft zich daartoe bereid verklaard onder de voorwaarde dat Accon nog aanvullende betaling zou doen en tevens zou aantonen dat de werknemers hebben ingestemd met aanpassing van hun pensioenregeling. Immers door opheffing van het beleggingsdepot zou de voorwaardelijke toeslagverlening volledig komen te vervallen. Dat impliceert een wijziging van de pensioenovereenkomst.

Accon gaat hiermee niet akkoord en dit leidt tot een eerste procedure bij de kantonrechter) in 2015.³⁷ De kantonrechter oordeelde toen dat Accon gebonden was aan de afspraken in de uitvoeringsovereenkomst en dat ASR niet hoefde in te

³⁷ Zaaknummer c/02/304595 HA ZA 15-592

stemmen met een wijziging hiervan. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

Na het vonnis hebben partijen nog met elkaar gesproken over beëindiging van het gesepareerde beleggingsdepot maar dit heeft niet geresulteerd in een nieuwe afspraak. ASR is de kosten voor het gesepareerde depot bij Accon in rekening blijven brengen. In 2018 tracht Accon nogmaals via de rechter opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot te realiseren (**Rechtbank Midden-Nederland van 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4070, PJ 2018/155**) ditmaal met ingang van 1 januari 2017. Volgens Accon moet de overeenkomst worden aangepast vanwege de onredelijke exitvoorwaarden in de overeenkomst en de onredelijke voorwaarde die ASR achteraf heeft gesteld, namelijk het verkrijgen van instemming van de werknemers.

ASR verweert zich door te stellen dat er over deze discussie reeds een vonnis ligt uit 2015 dat gezag van gewijsde heeft. Deze stelling van ASR is een juridisch interessante stelling, alhoewel niet zo zeer pensioenrechtelijk van aard. Gezag van gewijsde houdt in dat een rechterlijke uitspraak, nadat de termijn om in (hoger) beroep te gaan is verstreken, ervoor zorgt dat de rechterlijke uitspraak de verhouding tussen partijen blijft beheersen.³⁸ Ook in andere procedures tussen dezelfde partijen. Zo wordt voorkomen dat partijen eindeloos kunnen blijven debatteren over hetzelfde discussiepunt. Over de vraag wanneer sprake is van eenzelfde discussiepunt kan -uiteraard- ook weer worden gediscussieerd.

De rechtbank gaat dan ook allereerst in op dit verweer van ASR. Volgens vaste rechtspraak kan een eerder vonnis van belang zijn voor de beoordeling van andere vorderingen die daarna worden ingesteld (HR 13 oktober 2000, NJ 2001/210). Anderzijds als de rechter in zijn uitspraak niet-dragende of beslissingen ten overvloede neemt, dan komt aan deze beslissingen geen gezag van gewijsde toe (HR 19 november 1984, NJ 1987/295). De rechtbank pluisht het vonnis minutieus uit en oordeelt dat hij nog bevoegd is te oordelen over de beweerde onredelijke opstelling van ASR omdat in de procedure in 2015 de opstelling van ASR samen hing met het bestaan van een betalingsachterstand door Accon. Die achterstand is inmiddels ingelopen, waardoor de beweerde onredelijke opstelling om mee te werken aan opheffing van het gesepareerde beleggingsdepot naar de omstandigheden van nu (2017/2018) beoordeeld kunnen worden.

³⁸ artikel 236 Rv

De rechter oordeelt dat het gesepareerde depot was geëindigd als Accon een nieuwe overeenkomst had gesloten met ASR (optie 1) danwel collectieve waardeoverdracht had plaatsgevonden (optie 3). Voor optie 2, het premievrij achterblijven van de opgebouwde aanspraken en rechten bevatte de overeenkomst een duidelijke afspraak. Eventuele ruimte om de overeenkomst met een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (6:248 lid 1 BW) aan te vullen, ontbrak. Er is geen leemte in de overeenkomst, dus aanvullen ervan is niet aan de orde.

ASR kon een vergoeding vragen om mee te werken aan opheffing van het beleggingsdepot. Accon kon daarvoor niet een deel van het in het depot aanwezige vermogen gebruiken om de vergoeding aan ASR te voldoen. Het vermogen in het depot heeft immers al een pensioenbestemming en kan niet meer worden gebruikt om vorderingen van de werkgever aan ASR mee te voldoen. Dat zou immers afkoop impliceren.³⁹

De bevoegdheden in de pensioendriehoek

Dat de rechtbank bepaalt dat Accon verplicht is de overeenkomst na te leven is geen verrassing. Maar is het terecht dat ASR verlangde dat Accon aantoonde dat de werknemers akkoord waren gegaan met wijziging van hun pensioenovereenkomst? De pensioenovereenkomst is immers een aangelegenheid tussen werkgever en werknemer. De rechtbank koppelt deze eis van ASR aan artikel 35 PW dat bepaalt dat een wijziging in het pensioenreglement (namelijk voorwaardelijke toeslagverlening naar geen toeslagverlening) alleen mogelijk is als de pensioenovereenkomst ook is gewijzigd. Een verzekeraar mag de pensioenovereenkomst niet (eenzijdig) wijzigen. Dat impliceert daarmee een verplichting voor ASR om na te gaan of die pensioenovereenkomst ook echt is gewijzigd.⁴⁰ De pensioenovereenkomst is het vertrekpunt, daarna sluiten werkgever en uitvoerder een uitvoeringsovereenkomst en daarna volgt de verplichting van de uitvoerder om een pensioenreglement op te stellen. Deze driehoeksverhouding is de basisgedachte van de Pensioenwet.⁴¹ Alleen in geval van dwingende wetgeving kan de pensioenuitvoerder het reglement zelf wijzigen omdat dwingende wetgeving automatisch is doorgewerkt in de pensioen-

³⁹ artikel 65 PW

⁴⁰ Zie ook noot E. Lutjens onder PJ 2018/155

⁴¹ Zie uitgebreid over de verhoudingen in de pensioendriehoek Asser/Lutjens 7-XI 2016/188, 238, 531 en 532.

overeenkomst.⁴² Instemming is dan niet vereist en er is ook geen sprake van eenzijdige wijziging door de pensioenuitvoerder.

In gevallen waarin wel sprake is van een eenzijdige wijziging is de opstelling van ASR te begrijpen. De werknemer heeft immers een zelfstandig vorderingsrecht jegens de pensioenuitvoerder uit hoofde van het pensioenreglement. Een pensioenuitvoerder zal zich ervan willen vergewissen dat de wijziging van het pensioenreglement voortvloeit uit een rechtsgeldige wijziging van de pensioenovereenkomst.

Gezag van gewijsde van een eerder vonnis

Ook in 2018 een procedure over een gesepareerd beleggingsdepot bij een andere pensioenverzekeraar (**gerechtshof Amsterdam 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3786**). Over deze casus is al geschreven in de Kroniek Pensioenrechtspraak van 2017 en 2016. IV-groep ageert tegen Zwitserleven vanwege de bijstortingsverplichting in het gesepareerde beleggingsdepot. Kort gezegd komt het standpunt van IV-groep erop neer dat een pensioenverzekeraar uitsluitend garantiecontracten kan aanbieden en dus nooit tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst om bijstorting en bankgaranties kan vragen. Door om aanvullende bedragen te vragen, legt de pensioenverzekeraar het risico feitelijk bij de werkgever.⁴³ Zwitserleven verdedigt zich door te stellen dat de aard van het beleggingsdepot, waar een werkgever inspraak heeft, nu eenmaal met zich meebrengt dat de daarbij komende risico's ook voor rekening van de werkgever komen. Anders gezegd, bij een zuiver garantiecontract zou Zwitserleven een (veel) hogere premie hebben gevraagd omdat de risico's dan volledig bij de verzekeraar zouden liggen.

In deze procedure strandt de zaak vooral op de omstandigheid dat eerder tussen partijen is geprocedeerd over de uitvoeringsovereenkomst. Volgens het hof betekent dat dat vorderingen gebaseerd op bijstortingsverplichtingen en verplichtingen om bankgaranties te stellen in dezelfde uitvoeringsovereenkomst beperkt kunnen worden indien door eerder tussen partijen over hetzelfde onderwerp is geprocedeerd.⁴⁴ Ook als een andere grondslag wordt gekozen, kan de vordering in de kern nog steeds dezelfde zijn als in eerdere procedures. In dat

⁴²Kamerstukken // 2005/06, 30 413, 24 blz. 22.

⁴³ zie r.o. 3.8

⁴⁴ verwezen wordt naar de procedure bij het Gerechtshof Amsterdam van 8 maart 2016, PJ 2016/102

geval geldt het gezag van gewijsde van het eerdere arrest en zal de rechter niet nogmaals over het dossier oordelen. De werkgever wordt in het ongelijk gesteld.

In deze zaak werd door de werkgever tevens een beroep gedaan op de werking van de redelijkheid en billijkheid van 6:248 BW maar dan specifiek ten aanzien van verplichtingen uit de Wet op het financieel toezicht (Wft). IV-groep betoogde dat op een pensioenverzekeraar ook de voor beleggingsondernemingen geldende zorgvuldigheids- en loyaliteitsverplichtingen uit de Wft van toepassing zouden moeten zijn. Deze analogieredenering volgt het hof niet. Is de pas naar een nieuwe beoordeling van een casus dan helemaal afgesneden? Ik meen van niet. Gelijk de rechter aangaf in voormelde procedure van Accon tegen ASR is de werking van de redelijkheid en billijkheid dynamisch. Naar de omstandigheden van het moment kan een verplichting uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst zwaarder gaan drukken. Dit kan een reden zijn om op een later moment alsnog aanpassing van een uitvoeringsovereenkomst te vragen. Gezag van gewijsde brengt in dat geval met zich mee dat de omstandigheden die tot het moment van de rechterlijke uitspraak van toepassing waren, geen rol spelen bij de beoordeling. Alle omstandigheden die na de datum van de uitspraak opkwamen, zouden wel in de beoordeling betrokken kunnen worden.

Conclusie

De kantonrechter is bevoegd om kennis te nemen van vorderingen uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst. Ook als de grondslag van de vordering is gebaseerd op een onrechtmatige daad. Of de kantonrechter in de toekomst ook bevoegd blijft om te oordelen over geschillen tussen een deelnemer en een pensioenuitvoeringsorganisatie is wat mij betreft zeer de vraag omdat een pensioenfonds, ook wanneer het werkzaamheden uitbesteedt aan een uitvoeringsorganisatie, verantwoordelijk blijft, en dus in rechte aan te spreken, voor/op een juiste nakoming van de afspraken.

De post-contractuele relatie tussen werkgever en pensioenuitvoerder wordt beheerst door de afspraken die partijen hieromtrent hebben gemaakt. Alleen bij afwezigheid van die afspraken kan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. Voorts kan bij een eerdere rechterlijke uitspraak de redelijkheid en billijkheid uitsluitend nog een betekenis hebben ten aanzien van omstandigheden die zich voor hebben gedaan na het in gezag van gewijsde treden van de rechterlijke uitspraak.

5. Functioneren pensioenuitvoerders

mr. Jorn de Bruin CPL, advocaat pensioenrecht Van Doorne

Inleiding

Voor veel pensioenuitvoerders was 2018 niet alleen het jaar waarin opnieuw werd uitgekeken naar het te bereiken pensioenakkoord, dat in elk geval vooralsnog uitbleef. Het was ook het jaar waarin opmerkelijk veel geschillen beslecht werden die te maken hadden met zeggenschapsverdeling. Zo wees de Hoge Raad arrest in het geschil tussen werkgeversvereniging BOVAG en Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT), sleepte het geschil tussen de vereniging Vereniging voor gepensioneerden Landbouwpensioen, ook wel Mijn Landbouw Pensioen (MLP), en Stichting BPL Pensioen (BPL) over de benoeming van de vertegenwoordiger van gepensioneerden in het bestuur van BPL zich voort en tot slot diende het verantwoordingsorgaan (VO) van Stichting Pensioenfonds voor de Tandtechniek (PF Tandtechniek) voor de eerste maal een enquêteverzoek in bij de Ondernemingskamer. In deze bijdrage passeren deze uitspraken de revue⁴⁵.

Zeggenschapsgeschillen

BOVAG / PMT

Allereerst aandacht voor het langstlopende geschil, namelijk dat tussen BOVAG en PMT.⁴⁶ Dit arrest betrof de principiële rechtsvraag of een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, in dit geval PMT, een eigenstandige bevoegdheid heeft om de premieverdeling (tussen werkgever en werknemer) bindend vast te stellen voor de hele bedrijfstak, in dit geval de bedrijfstak Metaal en Techniek.

BOVAG was met de bonden in de sector Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (MvT) in het kader van cao-onderhandelingen een loonsverhoging overeengekomen. Vervolgens sloten de werkgevers- en werknemersverenigingen, die gezamenlijk binnen overleggenium Stichting Vakraad Metaal en Techniek (Vakraad) onderhandelden over vijf andere sectoren binnen de bedrijfstak Metaal en Techniek een cao-akkoord, waarbij zij in plaats van een loonsverhoging

⁴⁵ J.W. de Bruin is advocaat pensioenrecht bij Van Doorne N.V. Hij schreef dit artikel op persoonlijke titel.

⁴⁶ Als één van de advocaten van BOVAG in de feitelijke instanties past mij enige terughoudendheid bij de bespreking van het arrest van de Hoge Raad. Het BOVAG-arrest komt ook aan bod in de bijdrage "Wijziging van de pensioenregeling".

overeenkwamen dat werkgevers in hun sectoren de volledige VPL-premies⁴⁷ zouden gaan betalen. PMT zag de sociale partners, verenigd in de Vakraad, als opdrachtgevers van het fonds en had met hen een zogenaamde bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst gesloten, waarin ook VPL-afspraken vastlagen.⁴⁸ Daarbij zal mee hebben gewogen dat in het verleden BOVAG ook lid was geweest van de Vakraad. Langs de band van de verplichtstelling kregen BOVAG-werkgevers die gewijzigde VPL-premieverdeling ook voor hun kiezen. BOVAG zag zich – nadat overleg met PMT niet had uitgemond in het gewenste resultaat – gedwongen om een gerechtelijke procedure aan te spannen, waarbij BOVAG zich kort gezegd op het standpunt stelde dat het besluit van PMT om de VPL-premieverdeling te wijzigen voor de gehele bedrijfstak, niet bevoegd was genomen: immers, BOVAG was niet betrokken bij de totstandkoming van dit besluit, terwijl PMT niet om BOVAG heen had mogen gaan, nu BOVAG ook de verplichtstelling van PMT had aangevraagd⁴⁹ en zij bovendien de enige representatieve werkgeversvereniging is voor de sector MvT.

In kort geding stelde eerst de Rechtbank Den Haag BOVAG in het ongelijk,⁵⁰ waarna in hoger beroep Hof Den Haag BOVAG wel gelijk gaf.⁵¹ Nadat PMT had aangegeven zich niet neer te kunnen leggen bij arrest in kort geding van Hof Den Haag, kwamen partijen prorogatie overeen bij Hof Arnhem-Leeuwarden.⁵² Dat hof oordeelde dat *"naar het oordeel van het hof (...) op het gebied van de pensioenen bij deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds er geen onderhandelingsruimte en contracteervrijheid meer bestaat tussen (individuele) werkgevers en (individuele) werknemers."*⁵³ En *"dat PMT de vaststelling van de Vakraad heeft overgenomen, althans het advies van de Vakraad heeft opgevolgd, (...) geen afbreuk aan deze bevoegdheid [doet]."*⁵⁴

⁴⁷ De premies ten behoeve van het voorwaardelijk pensioen (ook wel VPL-pensioen), als bedoeld in artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004.

⁴⁸ Zie voor een nadere duiding van de bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst A.G. van Marwijk Kooij 'bedrijfstakpensioenregelingen en onderbrenging: de Pensioenwet nader beschouwd', *TPV* 2013/52.

⁴⁹ BOVAG behoort tot het zogenaamd 'georganiseerd bedrijfsleven' als bedoeld in artikel 2 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

⁵⁰ Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15029, *PJ* 2015/2 m. nt. V. Gerlach.

⁵¹ Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:711, *PJ* 2015/87 m. nt. J.M. van Riemsdijk.

⁵² In dit geval prorogatie op grond van artikel 329 Rv. Daarbij spreken procespartijen gezamenlijk af om een feitelijke instantie, de rechtbank, over te slaan.

⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3725, *PJ* 2016/86 m. nt. Van Heest, rov. 2.19.

⁵⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3725, *PJ* 2016/86 m. nt. Van Heest, rov. 2.24.

Tegelijkertijd oordeelde het hof dat in de statuten en reglementen van PMT niet expliciet verankerd was dat PMT ook mocht besluiten over VPL-pensioen. Daarbij nam het hof in aanmerking dat het VPL-pensioen geen pensioen in de zin van de Pensioenwet is.⁵⁵ De BOVAG-werkgevers moesten dus de premiebesluiten van PMT naleven, maar niet voor zover deze besluiten betrekking hadden op de gewijzigde VPL-premieverdeling. Daarmee haalde Hof Arnhem-Leeuwarden de financiële angel uit het geschil en kwam BOVAG met de schrik vrij.

Desalniettemin kon BOVAG zich niet neerleggen bij de gedachte dat sociale partners in andere sectoren van de bedrijfstak hun premieverdelingsafspraken ook zouden kunnen opleggen aan de sector MvT en stelde cassatie in.

De Hoge Raad volgt BOVAG echter evenmin in haar stellingname.⁵⁶ Hij oordeelt dat *"na verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op aanvraag van het georganiseerde bedrijfsleven, de onderhandelings- en contracteerruimte op het gebied van de arbeidsvoorwaarden betreffende het pensioen zowel tussen individuele werkgevers en werknemers als tussen afzonderlijke werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties aanzienlijk is beperkt. Het pensioenreglement, en daarmee de inhoud van de pensioenregeling, wordt vanaf dat moment immers vastgesteld en gewijzigd op een wijze zoals voortvloeit uit de afspraken tussen de sociale partners in de bedrijfstak en zoals voorzien in de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds. Datzelfde geldt voor het uitvoeringsreglement."*⁵⁷ Als gevolg bestaat er voor werknemers- en werkgeversverenigingen geen ruimte om buiten het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds om andere premieverdelingsafspraken te maken.

Een bedrijfstakpensioenfonds kan dus relatief eenvoudig onderwerpen naar zich toe trekken en daarover bindend regels uitvaardigen, ook wanneer deze regels niet berusten op afspraken van sociale partners in de bedrijfstak. Daarmee borgt de Hoge Raad de onafhankelijkheid van het (bestuur van het) bedrijfstakpensioenfonds.

⁵⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3725, PJ 2016/86 m. nt. Van Heest, rov. 2.26.

⁵⁶ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, NJ 2018/317 m. nt. M. Heemskerck, PJ 2018/48.

⁵⁷ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, NJ 2018/317 m. nt. M. Heemskerck, PJ 2018/48, rov. 3.3.8.

Tegelijkertijd maakt de Hoge Raad duidelijk dat van het primaat voor de inhoud van de pensioenovereenkomst en de daaruit voortvloeiende pensioenregeling – dat blijkens de wetsgeschiedenis bij sociale partners ligt⁵⁸ – na de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds slechts sprake is wanneer dit volgt uit de statuten van het pensioenfonds.

Terecht stelt Heemskerck in zijn noot bij dit arrest de vraag in hoeverre sociale partners na hebben nagedacht over de vraag of de verplichtstelling niet tot gevolg heeft dat hun contractsvrijheid wordt beperkt.⁵⁹ Ook vraagt hij zich af of de bevoegdheid van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds niet ook zijn grenzen kent, bijvoorbeeld wanneer het bestuur zou besluiten tot wijziging van de pensioenregeling van een middelloonregeling in een beschikbare-premiereregeling. Intrekking van de algehele verplichtstelling op de voet van artikel 11 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 is dan natuurlijk mogelijk maar wel – in de woorden van Heemskerck – "*een paardenmiddel*".

De Hoge Raad laat in zijn arrest echter de deur op kier staan, waar het gaat om de contractsvrijheid van sociale partners. Deze ontbreekt niet volledig, maar is "*aanzienlijk beperkt*".⁶⁰ Mogelijk beoogt de Hoge Raad op dit punt nog enige ruimte te laten voor werknemers- en werkgeversverenigingen.

De bevoegdheidsverdeling tussen sociale partners en bedrijfstakpensioenfonds is een actueel onderwerp. Waar voorheen slechts de sociale partners zelf zitting hadden in de besturen van bedrijfstakpensioenfondsen, laten de laatste jaren een toename van het aantal externe bestuurders – dus niet afkomstig uit de kring van sociale partners – zien. De eerste fondsen met een uitvoerend bestuur, dat volledig uit externen bestaat, zijn inmiddels een feit. Daarnaast zorgt de al decennia gaande consolidatieslag onder pensioenfondsen ervoor dat steeds meer sectoren toetreden tot een bedrijfstakpensioenfonds. Door beide ontwikkelingen komen bedrijfstakpensioenfondsen geleidelijk aan op grotere afstand te staan van sociale partners.

Willen sociale partners invloed blijven uitoefenen op de inhoud van de pensioenregeling of de premieverdeling, dan doen zij er goed aan om dit vast te

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 13.

⁵⁹ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, *NJ* 2018/317 m. nt. M. Heemskerck.

⁶⁰ HR 2 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:300, *NJ* 2018/317 m. nt. M. Heemskerck, *PJ* 2018/48, rov. 3.3.8.

leggen. Dat kan bijvoorbeeld in de statuten van het bedrijfstakpensioenfonds, al is het dan de vraag of een dergelijk goedkeuringsrecht van sociale partners niet op gespannen voet staat met het verbod op goedkeuringsrechten van partijen, die geen orgaan van het pensioenfonds zijn.⁶¹ Een alternatief is om een bedrijfstakuitvoeringsovereenkomst te sluiten met het fonds. Daarin kunnen sociale partners en het bedrijfstakpensioenfonds uitwerken hoe zij zich tot elkaar verhouden, welke afspraken gelden ten aanzien van wijziging van de pensioenregeling en hoe het fonds de premie vaststelt.

MLP / BPL

Dan het geschil tussen MLP en BPL, het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak Landbouw. In feite is niet sprake van één geschil, maar van twee geschillen, die beiden in kort geding zijn gevoerd. In de eerste procedure ging het erom of het BPL vrijstond om af te zien van het organiseren van verkiezingen onder de pensioengerechtigden. In de tweede procedure lag de vraag voor of het bestuur van BPL de door de MLP aangedragen kandidaat-bestuurder mocht weigeren onder verwijzing naar de profielschets.⁶²

MLP is een in 2016 opgerichte vereniging van gepensioneerden (als bedoeld in artikel 115h Pensioenwet), actief in de bedrijfstak Landbouw. MLP meende dat BPL – na het onverwachte overlijden van de toenmalige vertegenwoordiger van pensioengerechtigden in het bestuur van BPL op 2 juli 2015 – niet een nieuwe vertegenwoordiger van pensioengerechtigden heeft mogen benoemen zonder verkiezingen te organiseren onder de pensioengerechtigden. De benoeming van de door BPL geselecteerde bestuurder acht MLP dan ook niet nietig. Deze kwestie houdt partijen al verdeeld sinds 2016.

Toen BPL in augustus 2017 aankondigde dat het verkiezingen zou organiseren voor een tweede vertegenwoordiger van pensioengerechtigden in het bestuur, maakte MLP bezwaar en drong zij aan op verkiezingen voor beide pensioengerechtigden-zetels. Daarnaast meent MLP dat BPL gehouden is een door MLP opgestelde flyer rond te sturen onder de pensioengerechtigden van het fonds. BPL heeft dat geweigerd.

⁶¹ Vgl. artikel 110 PW.

⁶² Als kantoorgenoot van de advocaten van MLP past mij opnieuw enige terughoudendheid. Overigens ben ik zelf niet betrokken geweest bij deze zaak.

Wel heeft BPL een bericht rondgestuurd waarin MLP genoemd werd, naast drie andere algemene belangenverenigingen voor senioren (namelijk FNV Senioren, CNV Senioren en ANBO).

Partijen vonden elkaar niet, waarop MLP BPL in een kort geding betrok waarin het vorderde dat BPL verkiezingen voor twee bestuurszetels namens de pensioengerechtigden zou organiseren en voorts eiste dat MLP's flyer zou worden toegestuurd. De kortgedingrechter gaat niet mee in het verweer van BPL dat de verkiezingen zijn georganiseerd in lijn met het verkiezingsreglement van BPL: immers, met de invoering van artikel 102 lid 4 Pensioenwet beoogde de wetgever de invloed van pensioengerechtigden te vergroten.⁶³ Het stond BPL dus niet vrij om geen verkiezingen te organiseren en de eerder verrichte benoeming was nietig.

Voor wat betreft de informatieverstrekking aan de pensioengerechtigden kiest de kortgedingrechter de middenweg: het fonds is niet gehouden de door MLP opgestelde flyer te versturen, maar het reeds verstuurd bericht voldoet niet aan de eisen van artikel 115h Pensioenwet. Dit omdat daarin onvermeld is gebleven dat MLP een vereniging is van pensioengerechtigden van BPL als bedoeld in artikel 115h Pensioenwet. De plaatsing van MLP tussen drie algemene ouderenorganisaties maakt het volgens de kortgedingrechter nog minder waarschijnlijk dat de geadresseerden zich hebben gerealiseerd dat MLP een vereniging van pensioengerechtigden is.⁶⁴ Het gevolg is dat de kortgedingrechter zelf een tekst formuleert die naar zijn oordeel aan de voorwaarden van artikel 115h Pensioenwet voldoet, en welke tekst BPL moet gebruiken om haar pensioengerechtigden te informeren.⁶⁵

Deze uitspraak betekende echter niet het einde van het geschil tussen MLP en BPL. Toen BPL weigerde de door MLP voorgedragen kandidaat op de verkiezingslijst van het fonds te plaatsen, maakte MLP opnieuw een kortgeding aanhangig.

⁶³ Rb. Midden-Nederland 15 september 2017 ECLI:NL:RBMNE:2017:4756, PJ 2017/161, rov. 4.10.

⁶⁴ Rb. Midden-Nederland 15 september 2017 ECLI:NL:RBMNE:2017:4756, PJ 2017/161, rov. 4.17.

⁶⁵ Deze tekst luidt als volgt: "Geachte heer / mevrouw [●], BPL Pensioen hecht veel waarde aan onafhankelijke belangenbehartiging voor huidige en toekomstige gepensioneerden. BPL Pensioen wijst u daarom op het bestaan van MLP. Deze vereniging richt zich speciaal op gepensioneerden van ons pensioenfonds en is een vereniging van gepensioneerden als bedoeld in artikel 115h van de Pensioenwet. Meer informatie over deze vereniging vindt u op de website [website] en is verkrijgbaar via de contactgegevens hieronder. MLP, [adres], [vestigingsplaats], E-mail: [e-mail], Website: [website]. U ontvangt dit bericht omdat de vereniging MLP ons heeft gevraagd om haar bestaan onder de aandacht van onze gepensioneerden te brengen. BPL Pensioen is op grond van de Pensioenwet verplicht om dat te doen. [afsluiting]."

De kortgedingrechter stelde voorop dat *"aan het zittend bestuur van een pensioenfonds een ruime vrijheid toekomt bij het beoordelen of een voorgedragen kandidaat bestuurder voldoet aan het opgestelde functieprofiel."* Hij onderkent *"het belang van goede samenwerkingskwaliteiten bij een paritair bestuur, evenals het belang van onomstreden integriteit van een bestuurder van een pensioenfonds. (...) Genoemde vrijheid wordt echter begrensd door de situatie waarin het oordeel dat niet aan het profiel wordt voldaan, is gebaseerd op feiten en omstandigheden die niet juist zijn of die dit oordeel naar objectieve maatstaven bezien niet kunnen dragen."*⁶⁶ De ruime bevoegdheid die de kortgedingrechter toekent aan het bestuur is wellicht opmerkelijk: immers, langs deze weg kan de invloed van pensioengerechtigden ook ondergraven worden.

Ondanks die ruime bevoegdheid oordeelde de kortgedingrechter dat in dit geval BPL de kandidaat van MLP niet heeft mogen afwijzen: hoewel de kandidaat-bestuurder een praktische fout heeft begaan bij de vereffening van een ander pensioenfonds (namelijk beëindiging van de registratie van dat pensioenfonds), rechtvaardigde dat niet het label *"ernstige twijfel aan de integriteit"*.⁶⁷ Evenmin was volgens de kortgedingrechter sprake van belangverstengeling. Ook het verweer van BPL dat de kandidaat-bestuurder de confrontatie zocht met BPL in plaats van de samenwerking, gaf BPL niet het recht de kandidaat-bestuurder te weigeren. Daarbij woog de kortgedingrechter mee dat het bestuur van BPL het gesprek met de kandidaat-bestuurder aan is gegaan met het vertrekpunt dat hij zich niet integer zou hebben gedragen. Voorts achtte de kortgedingrechter van belang dat verschillende rapporten van externe deskundigen beschikbaar zijn, die erop duiden dat de kandidaat-bestuurder zeer geschikt is als pensioenfondsbestuurder, ook waar het gaat om integriteits- en samenwerkingscompetenties.⁶⁸

BPL kon zich evenwel niet neerleggen bij dit oordeel en stelt hoger beroep in: het hof ging echter ook voorbij aan de stellingen van BPL. Interessanter is wat mij betreft dat MLP incidenteel hoger beroep heeft ingesteld tegen het oordeel van de rechtbank dat aan het bestuur van een pensioenfonds een ruime vrijheid toekomt bij het beoordelen of een voorgedragen kandidaat- bestuurder voldoet aan het opgestelde functieprofiel.

⁶⁶ Rb. Midden-Nederland 30 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1353, PJ 2018/86, rov. 4.2.

⁶⁷ Rb. Midden-Nederland 30 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1353, PJ 2018/86, rov. 4.6.

⁶⁸ Rb. Midden-Nederland 30 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1353, PJ 2018/86, rov. 4.10.

Het hof komt evenwel niet toe aan bespreking van deze grieven, naar het zich laat aanzien omdat MLP daarbij geen belang meer heeft, nu het hof de grieven van BPL heeft verworpen.

VO Tandtechniek / PF Tandtechniek

Ten slotte nog aandacht voor de uitspraak van de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam, dat zich voor de eerste keer arrest wees over het recht van enquête bij een pensioenfonds.⁶⁹ Het recht van enquête is een paardenmiddel, waarbij het beleid van een rechtspersoon in twee fasen getoetst wordt: eerst de procedure tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Deze procedure culmineert in een zogenaamde eerstefasebeschikking. Van een toewijzende eerstefasebeschikking zal alleen sprake zijn wanneer er een behoorlijke kans is dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid. In dat geval volgt – na het onderzoek – een procedure tot het treffen van voorzieningen nadat is vastgesteld dat sprake is van wanbeleid, uitmondend in een tweedefasebeschikking. Het VO Tandtechniek kwam echter niet verder dan de eerstefasebeschikking: naar het oordeel van de Ondernemingskamer waren er geen gegronde redenen om aan juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen.

Tussen het VO Tandtechniek en PF Tandtechniek boterde het al jaren niet. In 2014 oordeelde het VO Tandtechniek dat het bestuur wat betreft de governance onvoldoende had gepresteerd. 2015 bracht kennelijk geen verbetering: het VO Tandtechniek spreekt over een "*cumulatie van tekortkomingen*". In 2016 verlangt het VO Tandtechniek dat het bestuur van het fonds binnen drie dagen verstrekkende besluiten neemt over een planning over de toekomst van het fonds. Eind 2016 trad vervolgens de Raad van Toezicht af op instigatie van het VO Tandtechniek (al heeft deze omstandigheid het arrest niet gehaald).

Begin mei 2017 adviseert het VO Tandtechniek over de voorgenomen besluiten tot liquidatie en collectieve waardeoverdracht (en overigens ook over het met deze besluiten samenhangende voorgenomen besluit tot korting, waarover het bestuur kennelijk onverplicht advies heeft gevraagd). Aan het negatieve advies voegt het VO evenwel toe dat het onder voorwaarden bereid is het advies te heroverwegen. Dat vereist dan wel dat het bestuur onder andere – in mijn woorden – met Syntрус Achmea moet onderhandelen over een schadevergoeding, het VO Tandtechniek

⁶⁹ Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2017:378, PJ 2018/42.

informatie moet verstrekken over de wijze waarop de continuïteit van de administratie is geborgd in het licht van de liquidatie en waarom het fonds niet besloten heeft tot gedifferentieerde korting,⁷⁰ het bestuur een uitgebreid onderzoek naar ringfencing instelt, het bestuur VO Tandtechniek een schriftelijke bevestiging van de toezeggingen van Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn – het fonds waarnaar wordt overgedragen – verstrekt. Het bestuur doet weinig met dit advies en besluit onverminderd tot de voorgenomen liquidatie en collectieve waardeoverdracht. Opmerkelijk genoeg blijft een beroep van het VO Tandtechniek op grond van artikel 217 Pensioenwet uit. Nu het bestuur van PF Tandtechniek anders besluit dan geadviseerd door het VO Tandtechniek had men immers beroep kunnen instellen bij de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam. Wel dreigt het VO Tandtechniek in juni 2017 met het inzetten van het recht van enquête. Daarop vraagt het bestuur van PF Tandtechniek naar welke concrete verwijten het VO Tandtechniek het bestuur maakt. Na een eerste trits van abstracte verwijten vraagt het bestuur naar concrete voorbeelden, vergezeld met informatie over namen en rugnummers. Hierop start het VO Tandtechniek een enquêteprocedure.

In de kern verwijt het VO Tandtechniek het bestuur dat het niet voldoet aan de wettelijke verplichting verantwoording af te leggen aan het VO Tandtechniek over het beleid en de wijze waarop dat is uitgevoerd, dat het niet de gevraagde schriftelijke informatie verstrekt aan het VO Tandtechniek en dat het niet voldoet aan de wettelijk voorgeschreven procedures in besluitvormingstrajecten. Veelzeggend is dat het VO Tandtechniek deze verwijten onder andere onderbouwt door te stellen dat het bestuur niet juist heeft gehandeld door zonder dat het VO Tandtechniek daarvan op de hoogte was, heeft gecorrespondeerd met externe partijen als DNB. Het bestuur verweert zich door te stellen dat hij niet weet welke verwijten hem feitelijk gemaakt worden en dat het VO Tandtechniek zich bevoegdheden toe-eigent, die het niet toekomen.

De Ondernemingskamer kwalificeert het verantwoordingsorgaan als een medezeggenschapsorgaan, overigens zonder erg veel acht te slaan op de meer hybride herkomst van het verantwoordingsorgaan als enerzijds medezeggenschapsorgaan en anderzijds orgaan waaraan verantwoording moet

⁷⁰ Een korting waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen actieve deelnemers, gewezen deelnemers en/of pensioengerechtigden.

worden afgelegd.⁷¹ De Ondernemingskamer vervolgt met de vaststelling dat voor de leden van een verantwoordingsorgaan niet de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing geldt. Op basis daarvan oordeelt de Ondernemingskamer dat de leden van het verantwoordingsorgaan niet kwalificeren als (mede)beleidsbepaler. Slechts heeft het de taak om een oordeel te geven over het gevoerde beleid en over beleidskeuzes voor de toekomst. Een ander oordeel lijkt mij niet denkbaar.

De Ondernemingskamer vervolgt dat het VO Tandtechniek echter zijn rol ten opzichte van het bestuur en de raad van toezicht heeft miskend en zijn taken en bevoegdheden te ruim opvat. Als gevolg is de verstoorde verhouding tussen het bestuur en de raad van toezicht enerzijds en het VO Tandtechniek anderzijds in overwegende mate te wijten aan de opstelling van het VO Tandtechniek. Daarbij benadrukt de Ondernemingskamer dat het VO Tandtechniek ook in het verzoekschrift (tot enquête) zijn bezwaren onvoldoende heeft gespecificeerd en onderbouwd. Uiteindelijk overweegt de Ondernemingskamer dat *"het verantwoordingsorgaan onwelwillend is om een bijdrage te leveren aan een werkbare relatie met het bestuur en de raad van toezicht met als gevolg dat een goede en effectieve uitvoering van de medezeggenschap en het – in de woorden van artikel 115a lid 1 PW – afnemen van verantwoording door het verantwoordingsorgaan uitblijft."*⁷² Aldus legt de Ondernemingskamer de schuld voor ontstane situatie bij het VO Tandtechniek.

Deze uitspraak toont aan dat de lat hoog ligt wil de Ondernemingskamer overgaan tot een toewijzende eerstefasebeschikking afgeeft (al moet gezegd worden dat dat ook al volgde uit eerdere jurisprudentie van de Ondernemingskamer).

⁷¹ Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2017:378, PJ 2018/42, rov. 3.5.

⁷² Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2017:378, PJ 2018/42, rov. 3.9.

Conclusie

Hoewel de hierboven besproken uitspraken behoorlijk verschillen qua setting en omstandigheden, lijken zeggenschapsgeschillen meer en meer voor te komen. Verschillende ontwikkelingen kunnen hier de oorzaak van zijn: toegenomen communicatieverplichtingen kunnen hebben geleid tot een verhoogd pensioenbewustzijn. Daarnaast is het wantrouwen naar pensioenuitvoerders sinds het uitbreken van de financiële crisis fors toegenomen (en opmerkelijkerwijs – in tegenstelling tot bij andere financiële dienstverleners zoals banken – nauwelijks gedaald sindsdien). Tegelijkertijd komen pensioenfondsen op grotere afstand te staan van sociale partners en bestrijken zij meerdere bedrijfstakken tegelijkertijd. Het zou mij dan ook niet verbazen wanneer we in de toekomst nog meer van dit soort uitspraken over zeggenschapsgeschillen zullen tegenkomen.

6. Toezichtsuitoefening

mr. Laurie Kuijpers CPL, advocaat pensioenrecht Loyens & Loeff

Inleiding

Op het gebied van toezichtsuitoefening was 2018 een betrekkelijk rustig jaar. Stichting GSFS Pensioenfond stelde toezichthouder DNB aansprakelijk voor de schade die het pensioenfonds meende te hebben geleden nadat DNB had besloten tot doorhaling van de inschrijving in het register (**Hoge Raad, 9 maart 2018, PJ 2018/63**).

Sinds jaar en dag staan pensioenuitvoerders onder toezicht van DNB en de AFM.⁷³ Het gaat daarbij voornamelijk om toezicht achteraf.⁷⁴ Het komt voor dat de toezichthouder bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden fouten maakt. De vraag die dan voorligt is of de toezichthouder hiervoor aansprakelijk is. Dit wordt getoetst tegen de maatstaf van art. 1:25d Wet op het financieel toezicht (**Wft**). Uit deze bijdrage zal blijken dat de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking ver rijkt, maar dat de Hoge Raad in feite nog een stapje verder gaat.

De beperkte aansprakelijkheid van de toezichthouders

De aansprakelijkheid van toezichthouders op de financiële sector, te weten DNB en de AFM, heeft zich de afgelopen jaren ten faveure van laatstgenoemden ontwikkeld.⁷⁵ Waar voorheen de civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders op dezelfde voet als de aansprakelijkheid van private partijen, namelijk: onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) werd beoordeeld, is zulks sinds 1 juli 2012 niet langer het geval.⁷⁶ Sindsdien wordt de aansprakelijkheid van DNB en de AFM beoordeeld op grond van art. 1:25d Wft.

Art. 1:25d Wft schrijft voor dat DNB en de AFM niet aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij die schade in belangrijke mate het gevolg is van (i) een opzettelijk onbehoorlijke

⁷³ Artikel 151 lid 3 en 5 Pw.

⁷⁴ Asser/Lutjens 7-XI 2016/53.

⁷⁵ Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3, HR 13 oktober 2006, PJ 2007,43 (*Vie d'Or/DNB*).

⁷⁶ Conform artikel 6:162 BW, zie Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3.

taakuitoefening, (ii) een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden, of (iii) in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.

De invoering van art. 1:25d Wft heeft nog wel wat voeten in de aarde gehad. Reeds in 2009 is onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van een mogelijke (wettelijke) aansprakelijkheidsbeperking van de financiële toezichthouders.⁷⁷ Kort samengevat was de conclusie dat DNB en de AFM geen onaanvaardbaar risico liepen, zeker nadat de Hoge Raad zich in 2006 bewust had getoond van de bijzondere positie die toezichthouders in het juridische verkeer innemen.⁷⁸ Op basis van de in dit arrest gestelde norm bleek het al vrij lastig om de toezichthouders met succes aansprakelijk te stellen. Dit blijkt ook wel uit het feit dat, voor zover bekend, een toezichthouder slechts eenmaal is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding na een onrechtmatig opgelegde aanwijzing.⁷⁹

De financiële crisis heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de uiteindelijke ommezwaai om de aansprakelijkheidsbeperking van DNB en de AFM alsnog een wettelijke basis te geven. De voornaamste argumenten hiervoor zijn dat de toezichthouder snel en doortastend moet kunnen handelen en het zogenoemde “knellende toezichthouderdilemma” waarmee toezichthouders zich geconfronteerd (kunnen) zien.⁸⁰ Dit dilemma behelst dat toezichthouders een aanmerkelijke kans maken om bij (niet-)ingrijpen geconfronteerd te worden met aansprakelijkheidsclaims vanwege tegengestelde belangen tussen betrokkenen.⁸¹ Kortom, een situatie waarin een toezichthouder zich *de facto* in een spagaat bevindt. Het is echter maar zeer de vraag hoe vaak een dergelijke situatie zich nu daadwerkelijk voordoet en of deze redenering één op één kan worden toegepast op het toezicht op pensioenuitvoerders.

In de memorie van toelichting wordt wel opgemerkt dat bewust niet is gekozen voor een algehele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de toezichthouders. Dit zou immers benadeelden de mogelijkheid ontnemen om geleden schade (volledig)

⁷⁷ C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*.

⁷⁸ HR 13 oktober 2006, PJ 2007,43 (*Vie d'Or/DNB*).

⁷⁹ S. Nuijten, Rb. Rotterdam: DNB moet vijf miljoen euro schadevergoeding betalen wegens onrechtmatige aanwijzing aan pensioenfondsen, Rb. Rotterdam, 11 december 2014, PJ 2015/20, m. nt. Maatman.

⁸⁰ Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3, p.1 e.v.

⁸¹ Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3, p.1 e.v.

te verhalen. De kritische lezer zal echter begrijpen dat de lat (lees: opzet of grove schuld) om een toezichthouder met succes aansprakelijk te stellen zeer hoog is.

In 2018 heeft de Hoge Raad zich voor de eerste maal uitgelaten over de aansprakelijkheid van *in casu* DNB tegen de maatstaf van , het toch wel controversiële⁸², art. 1:25d Wft.⁸³ De vraag die in dit arrest voorlag was of DNB aansprakelijk kon worden gehouden voor de schade die Stichting GFSF Pensionfund meende te hebben geleden ten gevolge van het besluit van DNB tot doorhaling van de inschrijving in het register.

Het arrest van de Hoge Raad

De feiten zijn als volgt. GFSF Asset Management B.V. is een onderneming wiens bedrijfsactiviteiten onder meer zijn gericht op het doen van beleggingen. In 2008 is Stichting GFSF Pensionfund (het **Pensioenfonds**) opgericht om de pensioentoezeggingen van GFSF Management als werkgever aan de werknemers uit te voeren.

Eind 2009 is het Pensioenfonds door DNB ingeschreven in het register pensioenfonds als bedoeld in artikel 201 PW. DNB heeft op enig moment besloten het Pensioenfonds uit te schrijven bij het register. Naar het oordeel van DNB zou het Pensioenfonds niet (langer) kwalificeren als pensioenfonds in de zin van de Pensioenwet, omdat de belangrijkste feitelijke doelstelling van het Pensioenfonds geen relatie zou hebben met de financiering van de oudedagsvoorziening van de deelnemers.⁸⁴ Het Pensioenfonds heeft op zijn beurt bezwaar gemaakt tegen dit besluit en tevens de voorzieningenrechter verzocht om schorsing van het besluit. Dit verzoek is toegewezen. Het Pensioenfonds c.s. vorderen in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat DNB met het voornoemde besluit onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en om die reden schadeplichtig is. Het Pensioenfonds c.s. voeren in dit kader onder meer aan dat DNB niet de bevoegdheid heeft om een inschrijving van een pensioenfonds in het

⁸² De in artikel 1:25d Wft geformuleerde aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouders kent een buitengewoon ruim toepassingsbereik. Het bestrijkt immers al het handelen en nalaten van de toezichthouders in de uitoefening van een wettelijke taak- of bevoegdheid en de aansprakelijkstelling heeft alleen succes als is gehandeld of nagelaten met opzet of grove schuld. In feite is gebroken met de gedachte dat de aansprakelijkheid van de overheid (en dus ook: de toezichthouders) niet wezenlijk anders wordt beoordeeld dan private partijen. Op basis van deze maatstaf en de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten in *Vie d'Or* bleek het ook al vrij lastig om een toezichthouder met succes aansprakelijk te stellen.

⁸³ HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte.

⁸⁴ Rb. Amsterdam, 28 januari 2015, PJ 2015/52.

register pensioenfondsen door te halen. DNB verweert zich hiertegenover met een beroep op de beperking van haar aansprakelijkheid ex art. 1:25d lid 1 Wft.

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde reeds in 2016 dat aan DNB de bevoegdheid toekomt om een inschrijving van een pensioenfonds in het register door te halen en in dat kader niet aansprakelijk is als toezichthouder op grond van art. 1:25d lid 1 Wft.⁸⁵ In cassatie liggen de twee volgende vragen voor: (i) was DNB bevoegd tot uitschrijving bij het register, en (ii) is DNB voor deze uitschrijving aansprakelijk.

Alvorens in te gaan op de overwegingen van de Hoge Raad sta ik kort stil bij de conclusie van de A-G bij dit arrest. Kort samengevat komt de A-G tot de conclusie dat DNB niet aansprakelijk is jegens het Pensioenfonds. Hij stelt in dat kader dat DNB “in de uitoefening van een krachtens wettelijk voorschrift opgedragen taak” heeft gehandeld, nu het onderhavige besluit tot doorhalen bij het register in voldoende inhoudelijk verband met deze wettelijke taak staat.⁸⁶ De A-G verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis.⁸⁷ Het maken van onderscheid tussen in beginsel bestaande- en niet bestaande bevoegdheden zou volgens de A-G kunnen leiden tot grote rechtsonzekerheid. Mede in dat licht acht de A-G *in casu* de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van toepassing, ook als DNB niet bevoegd zou zijn tot het doorhalen van de inschrijving van een pensioenfonds in het register.⁸⁸

De Hoge Raad laat zich allereerst uit over het toepassingsbereik van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking. De Hoge Raad zoekt in dit kader aansluiting bij de memorie van toelichting die ziet op art. 1:25d lid 1 Wft. Hieruit volgt dat dit artikel niet enkel strekt tot het handelen en nalaten van DNB bij de uitoefening van haar wettelijke bestuurstaken, maar ook strekt tot handelen en nalaten dat rechtsreeks dan wel voldoende inhoudelijk verband houdt met de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden, waaronder het nemen van bestuursrechtelijke besluiten.⁸⁹ De Hoge Raad kent aldus, in lijn met de wetsgeschiedenis, een ruim toepassingsbereik toe aan art. 1:25d lid 1 Wft.

⁸⁵ Hof Amsterdam, 21 juni 2016, PJ 2016/123, r.o. 3.4.4.

⁸⁶ Concl. A-G W.L. Valk bij: HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte, r.o. 2.11.

⁸⁷ Kamerstukken II, 2011/12, 33058, nr. 3, p.1 e.v.

⁸⁸ Concl. A-G W.L. Valk bij: HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte r.o. 2.11.

⁸⁹ HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte, r.o. 3.3.3.

Voorts laat de Hoge Raad zich uit over de bevoegdheden van DNB in het onderhavige geschil. Ingevolge artikel 151 lid 3 PW is DNB belast met het prudentieel en materieel toezicht op pensioenfondsen. Blijkens artikel 210 PW is onderdeel van deze taak dat zij het in deze bepaling bedoelde register pensioenfondsen beheert. Met inachtneming daarvan oordeelt de Hoge Raad dat ook indien DNB *niet* bevoegd zou zijn om een inschrijving in het register pensioenfondsen door te halen, art. 1:25d lid 1 Wft niettemin toepassing vindt op eventuele aansprakelijkheid van DNB. Een genomen besluit tot doorhaling staat namelijk onmiskenbaar in rechtstreeks en voldoende inhoudelijk verband met de uitvoering van de aan DNB opgedragen taken en verleende bevoegdheden.⁹⁰

Overigens geldt dat indien DNB de bevoegdheid zou missen om een inschrijving in het register door te halen, dit enkele feit, zonder bijkomende omstandigheden, onvoldoende zou zijn om het besluit tot doorhaling aan te merken als handelen met opzet of grove schuld, zulks in de zin van art. 1:25d lid 1 Wft.⁹¹

Volledigheidshalve merkt de Hoge Raad tot slot nog op dat in art. 210 PW besloten ligt dat DNB niet alleen bevoegd is om pensioenfondsen in te schrijven, maar ook bevoegd is om over te gaan tot doorhaling van die inschrijving. De vraag in welke gevallen DNB kan overgaan tot doorhaling van die inschrijving behoeft echter verder geen beantwoording, nu in onderhavig geval art. 1:25d lid 1 Wft reeds toepassing vindt en DNB dienaangaande niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de doorhaling van het Pensioenfonds in het register.⁹²

Het (zeer) ruime toepassingsbereik van art. 1:25d Wft

De in artikel 1:25d Wft geformuleerde aansprakelijkheidsbeperking kent een (buitengewoon) ruim toepassingsbereik. Immers bestrijkt de beperking al het handelen en nalaten van de toezichthouder in de uitoefening van een wettelijk opgedragen taak of verleende bevoegdheid en dan ook alleen in de gevallen van, kort gezegd, opzet of grove schuld.

Beziet men de voorgaande overwegingen van de Hoge Raad dan kan men zich afvragen of op een rechtvaardige wijze is geoordeeld in het kader van het toepassingsbereik van art. 1:25d Wft.

⁹⁰ HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte, r.o. 3.3.4.

⁹¹ HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte, r.o. 3.3.5.

⁹² HR 9 maart 2018, PJ 2018/63 m.nt. Witte, r.o. 3.3.6.

In de literatuur is – met name bij de invoering van de aansprakelijkheidsbeperking in 2012 – het nodige geschreven. De meerderheid van de auteurs is van mening, in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad, dat een ruime uitleg van art. 1:25d Wft gerechtvaardigd is. Zo legt het eerder genoemde knellende toezichthouderdilemma gewicht in de schaal om een dergelijk oordeel te vormen. In het verlengde daarvan merkt Asser/Lutjens op dat de enkele omstandigheid dat een handavingsbevoegdheid ten onrechte is uitgeoefend, niet maakt dat de betreffende toezichthouder als gevolg daarvan aansprakelijk is.⁹³ Van Eersel voegt hieraan toe dat het handelen (of nalaten) onder de aansprakelijkheidsbeperking van art. 1:25d Wft zowel kan bestaan uit feitelijk handelen (of nalaten) als ook uit het (niet) verrichten van rechtshandelingen, waaronder het nemen van bestuursrechtelijke besluiten als bedoeld in art. 1:3 Awb.⁹⁴ Voorts is Van Praag van mening dat geschillen die zien op specifieke besluiten van de toezichthouder of het verwijt⁹⁵ betreffen dat de toezichthouder onvoldoende toezicht heeft gehouden, altijd onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking zullen vallen.⁹⁶ Kortom, voorgaande opvattingen versterken de zienswijze dat art. 1:25d Wft ruim moet worden uitgelegd, in die zin dat de aansprakelijkheidsbeperking zelfs van toepassing kan zijn indien de toezichthouder een bevoegdheid meent te hebben, waarvan achteraf blijkt dat dit niet het geval was.

Niettemin zijn ook tegengeluiden waarneembaar ten aanzien van het (zeer) ruime toepassingsbereik van art. 1:25d Wft. Zo is Roth van mening dat in kaart moet worden gebracht voor welke situaties een aansprakelijkheidsbeperking zoals art. 1:25d Wft noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Roth pleit in dat kader voor een gedifferentieerder en eerlijker aansprakelijkheidsbeperking in plaats van de *one size fits all-clausule* zoals die thans is neergelegd in art. 1:25d Wft.⁹⁷

⁹³ E. Lutjens, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 54.

⁹⁴ M. van Eersel, *GS Toezicht Financiële Markten*, art. 1:25d Wft, aant. 5.3.

⁹⁵ Een dergelijk verwijt ziet hier (o.a.) op het feit dat de toezichthouder zijn wettelijke taak- en bevoegdheid niet heeft uitgevoerd.

⁹⁶ E.J. van Praag in: *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (O&R nr. 78), nr. 23.4.6.

⁹⁷ G.P. Roth, 'De beperkte aansprakelijkheid van DNB en de AFM', *Ondernemingsrecht* 2017, afl. 17, par. 5.

Conclusie

Het is duidelijk dat met de invoering van artikel 1:25d Wft een wettelijke drempel is opgeworpen om de toezichthouder aansprakelijk te stellen. Immers geldt dat de toezichthouder in de uitoefening van zijn wettelijke taak met opzet of grove schuld moet hebben gehandeld alvorens met succes aansprakelijk te kunnen worden gesteld. De uitspraken in dat kader zijn schaars. In het voorjaar van 2018 heeft de Hoge Raad een voor de praktijk belangrijk, principiële arrest gewezen.

Ingevolge art. 1:25d lid 1 Wft is DNB niet aansprakelijk voor schade toegebracht in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak, behoudens opzet of grove schuld.

Uit het onderhavige arrest volgt dat DNB niet aansprakelijk is jegens het Pensioenfonds. Kort samengevat kent de Hoge Raad een (zeer) ruim toepassingsbereik toe aan voornoemde bepaling.

Hij oordeelt namelijk dat dat art. 1:25d lid 1 Wft niet alleen strekt tot het handelen en nalaten van DNB bij de uitoefening van haar wettelijke (bestuurs)taken, maar ook strekt tot het handelen en nalaten dat in rechtstreeks dan wel voldoende inhoudelijk verband staat met de uitvoering van de aan DNB opgedragen taken en verleende bevoegdheden.

De Hoge Raad voegt aan deze zienswijze nog toe dat het enkele feit dat DNB een bevoegdheid mist, (*in casu*: de bevoegdheid om een inschrijving van een pensioenfonds door het register te halen) onvoldoende is om te kunnen spreken van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening, een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of een gedraging die in belangrijke zin is te wijten aan grove schuld. Van belang in dat kader is dat het betreffende handelen van DNB in rechtstreeks en in voldoende inhoudelijk verband staat met de uitvoering van de aan haar opgedragen taak. Kortom, de reikwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking van financiële toezichthouders wordt door de Hoge Raad zeer ruim uitgelegd.

Het toch wel bijzondere aan deze uitspraak is de vraag wat moet worden verstaan onder “in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak”. Waar de wetgever vrij evident uitgaat van handelen of nalaten

in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, gaat de Hoge Raad *de facto* nog een stapje verder door deze reikwijdte op te rekken tot situaties waarin een toezichthouder stelt een bepaalde bevoegdheid te hebben die achteraf onjuist blijkt te zijn, voor zover dat handelen of nalaten in voldoende oorzakelijk verband staat met de bevoegdheden die op grond van de wet reeds zijn toegekend.

In principe leidt dit ertoe dat de vraag of een toezichthouder een bepaalde bevoegdheid op grond van een wettelijk voorschrift heeft in feite onbeantwoord kan blijven, voor zover de uitoefening van die bevoegdheid en in voldoende verband staat met de aan haar opgedragen taak. Het gevolg hiervan is dat het merendeel van de gevallen waarin uitoefening door DNB en of de AFM van haar bevoegdheden ter discussie staat, de toezichthouder naar alle waarschijnlijkheid (met succes) een beroep kan doen op de aansprakelijkheidsbeperking van art. 1:25d Wft.

7. Pensioen en scheiding

mr. Annemiek Cramer CPL, advocaat pensioenrecht Pensioenadvocaten.nl

Inleiding

Het onderwerp “pensioen en scheiding” kan worden verdeeld in verschillende deelonderwerpen. In deze bijdrage komen naar aanleiding van de jurisprudentie in 2018 (tot half januari 2019), net zoals in de vorige kroniek naar aanleiding van de jurisprudentie in 2017, achtereenvolgens de volgende deelonderwerpen aan de orde:

- pensioenverevening;
- de directeur-grootaandeelhouder;
- 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 bijdragen aan de voorgaande twee kronieken.

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 2 sub b BW). Deze nieuwe wettelijke regeling brak met het daarvóór geldende Boon/Van Loon-regime, waarover straks meer. Pensioenrechten (oudedagsvoorzieningen) waarop de WVPS niet van toepassing is, vallen wel in de huwelijksgoederengemeenschap, zoals de Hoge Raad recent nog bevestigde (Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:270). De WVPS heeft betrekking op de verdeling van ouderdomspensioen.⁹⁸ Het gaat om verdeling, in jargon “verevening”, van ouderdomspensioen dat is opgebouwd

⁹⁸ 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-grootaandeelhouder (artikel 3a WVPS).

tijdens het huwelijk of tijdens het geregistreerd partnerschap.⁹⁹ 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 buitenlandse pensioenen

Zoals hiervoor al opgemerkt, is sinds de inwerkingtreding van de WVPS, in het Burgerlijk Wetboek vastgelegd, dat pensioenrechten waarop de WVPS van toepassing is niet tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren. De WVPS kan ook op buitenlandse pensioenen van toepassing zijn, met als gevolg dat ook deze buitenlandse pensioenen buiten de huwelijksgoederengemeenschap vallen en conform de WVPS dienen te worden verevend. Om welke buitenlandse pensioenen gaat het? In artikel 1 lid 8 WVPS is bepaald, dat de WVPS van toepassing is op pensioenen ingevolge een buitenlandse pensioenregeling die niet een pensioenregeling als bedoeld in artikel 1 leden 4 t/m 6 WVPS is, indien het Nederlands huwelijksvermogensrecht op de scheiding van toepassing is.

De Hoge Raad kreeg, in verband met een echtscheiding waarop het Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing is, te oordelen over de vraag of de WVPS op bepaalde buitenlandse pensioenen van toepassing is (**HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1219**). Een vrouw had in de Verenigde Staten verschillende dienstverbanden gehad, uit hoofde waarvan zij had deelgenomen aan zogenaamde “401(K)-plannen”, die door de betreffende werkgevers waren opgezet. Het grootste deel van het in die 401(K)-plannen opgebouwde vermogen was vervolgens ondergebracht in het “Vanguard Rollover Individual Retirement Account” (hierna: “VRIRA”). Indien de WVPS op de 401(K)-plannen en de VRIRA van toepassing is, vallen zij buiten de huwelijksgoederengemeenschap en dienen zij te worden verevend conform de WVPS. Indien de WVPS niet van toepassing is, vallen het 401(K)-plan en de VRIRA in de huwelijksgoederengemeenschap en dienen ze dienovereenkomstig te worden verdeeld. Het oordeel van de Hoge Raad houdt in, dat een buitenlandse pensioenregeling onder het toepassingsbereik van de WVPS valt, indien die buitenlandse pensioenregeling gelijkwaardig is aan een Nederlandse pensioenregeling. En dat, gelet op het doel van de WVPS en de daarmee strokende, ruime omschrijving van het begrip “pensioen”, voor de beantwoording van de vraag of sprake is van die

⁹⁹ Conversie (art. 5 WVPS) laat ik hier buiten beschouwing.

gelijkwaardigheid, het volgende beslissend is: of de buitenlandse pensioenregeling in de context van het maatschappelijke leven in het desbetreffende land, een functie vervult die in voldoende mate overeenstemt met de functie van de Nederlandse pensioenregelingen waarop de WVPS van toepassing is, te weten: oudedagsvoorziening. De vereisten die volgens de man aan de buitenlandse pensioenregeling moeten worden gesteld, te weten: aanspraak geven op een periodieke, levenslange uitkering, waarop een afkoopverbod van toepassing is (bestemmingsgebondenheid), zijn naar het oordeel van de Hoge Raad dus niet bepalend. Het oordeel van de Hoge Raad houdt in, dat een buitenlandse pensioenregeling vrij snel onder het toepassingsbereik van de WVPS valt. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof dat de 401(K)-plans en de VRIRA onder het toepassingsbereik van de WVPS vallen in stand. Zij dienen conform de WVPS te worden verevend. De Hoge Raad verwijst in haar motivering naar het doel van de WVPS. Dat doel is volgens de Hoge Raad *“ex-echtgenoten de oudedagsvoorzieningen die zij tijdens hun huwelijk door gezamenlijke inspanning hebben opgebouwd, te laten delen, om ieder van hen na pensionering een met die opbouw corresponderend inkomen te verschaffen.”*

In dit arrest geeft de Hoge Raad onder verwijzing naar het doel van de WVPS een ruime werking aan de WVPS. Met een beroep op de ratio van de WVPS, geeft de Hoge Raad ook in het hierna te bespreken arrest ruim baan aan de WVPS.

Vergoedingsrecht jegens huwelijksgoederengemeenschap in verband met afkoopsom?

In een arrest van 13 juli 2018 (**HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1180**) oordeelde de Hoge Raad over de kwestie, of een man een vergoedingsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap heeft, nu de afkoopsom voor door hem opgebouwde pensioenen, is geïnvesteerd in een huis dat in de huwelijksgoederengemeenschap valt. De ex-partners waren, met een tussenpoos van een kleine zes jaar, twee keer met elkaar gehuwd geweest in algehele gemeenschap van goederen. De man had het pensioen dat hij in die kleine zes jaar had opgebouwd afgekocht. De afkoopsom was gebruikt voor de aankoop van een huis in Frankrijk, dat gemeenschappelijk eigendom was van de man en de vrouw. De Rechtbank oordeelde dat de man geen vergoedingsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap had in verband met de in het huis geïnvesteerde afkoopsom. Het Hof bekrachtigde die uitspraak.

De Hoge Raad oordeelde anders, namelijk dat de man wel een vergoedingsrecht heeft. De Hoge Raad overweegt dat het strookt met (de ratio van) de WVPS om afgekochte en niet afgekochte pensioenen bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap op zoveel mogelijk gelijke wijze in aanmerking te nemen. Indien de man de pensioenen niet zou hebben afgekocht, zouden zij niet in de huwelijksgoederengemeenschap zijn gevallen omdat het pensioenrechten betreft waarop de WVPS van toepassing is (artikel 1:94 lid 2, aanhef en onder b, BW). En volgens de WVPS zouden die pensioenen niet zijn verevend omdat zij niet tijdens het huwelijk zijn opgebouwd (artikel 2 lid 1 WVPS). De achtergrond van de beperking van de pensioenverevening tot de huwelijkse periode is, aldus de Hoge Raad, dat *“het delen van de pensioenrechten samenhangt met de – met de huwelijkse taakverdeling samenhangende – gezamenlijke inspanning van de huwelijkspartners die erop is gericht dat zij beiden kunnen genieten van een redelijke oudedagsvoorziening.* Buiten deze met de huwelijkse taakverdeling samenhangende, gezamenlijke inspanning, is er naar het oordeel van de Hoge Raad geen grond voor verevening. De afkoopsom dient, gelet op herkomst en bestemming van de afkoopsom, volgens de Hoge Raad te worden aangemerkt als privévermogen.

De man heeft voor dat bedrag een vergoedingsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap. Mij lijkt dat de Hoge Raad met “herkomst” doelt op het feit dat de afkoopsom niet het resultaat is van de gezamenlijke inspanning van de huwelijkspartners (zoals het oorspronkelijke pensioen dat ook niet was), maar van de man alleen. En dat de Hoge Raad met “bestemming” doelt op het feit dat de afkoopsom niet is bedoeld als oudedagsvoorziening voor beide huwelijkspartners (zoals het oorspronkelijke pensioen dat ook niet was). In die situatie bestaat, indien niet zou zijn afgekocht, volgens de Hoge Raad geen grond voor verevening. De afkoopsom behoeft dan ook niet in de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap te worden betrokken.

De essentie van het arrest lijkt te zijn, dat pensioenen waarop de WVPS van toepassing is en die om die reden buiten de huwelijksgoederengemeenschap vallen, maar die conform de WVPS niet behoeven te worden verevend, door afkoop niet alsnog in de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap behoeven te worden betrokken.

*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-grootaandeelhouder extern te verzekeren (HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289).

Dekkingstekort - algemeen

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de vennootschap (zich op het standpunt stelt dat de vennootschap) financieel niet in staat is om de rechten van de ex-partner van de directeur-grootaandeelhouder extern te verzekeren, althans daartoe niet in staat is zonder de voorziening voor het voor de directeur-grootaandeelhouder resterende ouderdomspensioen uit te hollen. Het risico dat de Belastingdienst zal oordelen dat sprake is van afkoop, met alle gevolgen van dien, ligt in die situatie op de loer. Deze problematiek wordt mede veroorzaakt doordat bij de berekening van de pensioenverplichtingen van een directeur-grootaandeelhouder, conform fiscale regelgeving, rekening moet worden gehouden met een rekenrente van minimaal 4%. Dat betekent in 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. In een voor de praktijk belangrijk arrest uit 2017 (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693; dit arrest kwam in de vorige kroniek al aan de orde), gaf de Hoge Raad meer houvast om te bepalen in hoeverre de rechten van de ex-partner extern moeten worden uitgevoerd. In het arrest oordeelde de Hoge Raad onder meer dat, 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, het tekort in beginsel naar evenredigheid moet worden verdeeld.

Naar aanleiding van het oordeel van de Hoge Raad rijst de volgende vraag: indien op enig moment *na het tijdstip van scheiding* wél voldoende kapitaal aanwezig is om de pensioenaanspraken van de vereveningsplichtige en vereveningsgerechtigde volledig af te storten (waarbij dan tevens de vraag rijst welke vermogensbestanddelen in aanmerking zouden moeten worden genomen om te bepalen of er voldoende kapitaal is), dienen de pensioenaanspraken van de vereveningsgerechtigde dan alsnog volledig te worden afgestort? Dat zou uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen voortvloeien. Een arrest van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst in die richting (**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2246**). Het betrof een situatie waarin kennelijk geen ruimte was voor afstorting. Het Hof oordeelt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen echtgenoten beheersen, in een geval als dit meebrengen, dat de directeur-groootaandeelhouder de ex-partner in staat moet stellen te kunnen beoordelen of in de toekomst die ruimte wel aanwezig is.

Gerechtshof Den Bosch oordeelde dat een latente belastingclaim op de directeur-groootaandeelhouder in verband met een dekkingstekort, voor rekening en risico van de directeur-groootaandeelhouder dient te blijven en dat de ex-partner niet in die eventuele fiscale last behoef te delen (**Gerechtshof Den Bosch 9 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3371**).

Dekkingstekort - Wet uitfasering PEB/hoogte alimentatie en waarde aandelen

Op 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen (hierna: "Wet uitfasering PEB") 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- grootaandeelhouder 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 (het zogenaamde "afstempelen"), 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-grootaandeelhouder uit de WVPS voortvloeien, na afkoop of omzetting in principe niet meer aan de orde zijn. De partner of ex-partner van de directeur-grootaandeelhouder dient wel met afwaardering gevolgd door afkoop of omzetting in te stemmen. Indien de directeur-grootaandeelhouder 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.

Maar wat nu als de ex-partner zijn medewerking weigert, waardoor die ex-partner de door de Wet uitfasering PEB geboden keuzemogelijkheden voor de directeur-grootaandeelhouder blokkeert? Rechtbank Amsterdam (31 januari 2018, **ECLI:NL:RBAMS:2018:1755**) kreeg te oordelen over een situatie waarin een ex-partner weigert in te stemmen met afwaardering van het in eigen beheer opgebouwde pensioen en omzetting van dat pensioen in een ODV. De Rechtbank oordeelt, dat de ex-partner in de betreffende situatie verplicht is zijn medewerking te verlenen, gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten beheersen, waaronder de postsolidariteitsgedachte (postrelationele solidariteit). De Rechtbank overweegt in dat kader onder meer, dat de ex-partner (in ieder geval deels) zou worden gecompenseerd voor het afstempelen. Dat is het geval, omdat de waarde van de aandelen als gevolg van het afstempelen zou stijgen en de ex-partner, vanwege een finaal verrekenbeding in de huwelijksvoorwaarden van partijen, mee zou delen in die waardestijging van de aandelen. De Rechtbank overweegt ook, dat de ex-partner tegelijkertijd aan de directeur-grootaandeelhouder de mogelijkheid

onthoudt gebruik te maken van fiscale regelgeving die juist is bedoeld om een einde te maken aan de pensioenproblematiek van directeur-grootaandeelhouders. Tevens houden de overwegingen van de Rechtbank het volgende in. Indien geen gebruik zou worden gemaakt van de mogelijkheden van de Wet uitfasering PEB, waardoor het fiscale regime zoals dat voor 1 januari 2017 gold van toepassing blijft, zal de aan de ex-partner te betalen alimentatie lager moeten uitpakken. De reden daarvoor is dat een dekkingstekort van het pensioen naar evenredigheid van ieders aanspraken zal moeten worden verrekend. Bij de hoogte van de alimentatie zal daarom rekening moeten worden gehouden met de omstandigheid dat de directeur-grootaandeelhouder een groot deel van haar inkomsten zal moeten aanwenden om het pensioentekort te dekken. Bovendien zal het in die situatie vanwege het dekkingstekort niet mogelijk zijn dividend uit te keren (de zogenaamde “dividendklem”) waardoor het afwikkelen van de huwelijkse voorwaarden ernstig zou worden belemmerd. De ex-partner moest dus meewerken, mede omdat hij (in ieder geval deels) werd gecompenseerd. In een overweging ten overvloede voegt de Rechtbank nog toe, dat de Rechtbank ervan uitgaat dat de directeur-grootaandeelhouder haar toezegging om voor de ex-partner een *eigen* ODV-aanspraak te bewerkstelligen, voor zover mogelijk, gestand doet. Door een eigen ODV-aanspraak voor de ex-partner te realiseren, wordt voor de ex-partner het risico weggenomen dat hij na omzetting geen recht zal hebben op de ODV-aanspraak, waarop de Wet WVPS niet van toepassing is.

Net zoals Rechtbank Amsterdam in de voorgaande uitspraak, legt ook Hof Den Haag een verband tussen een dekkingstekort bij pensioen in eigen beheer en de hoogte van de alimentatie, in die zin dat het Hof overweegt dat het zo kan zijn dat de algemene reserve moet worden aangewend ter dekking van de pensioenverplichting van de directeur-grootaandeelhouder, waardoor verhoging van de draagkracht van de directeur-groothandel door een dividenduitkering of door toekenning van een hoger salaris niet kan plaatsvinden (**Hof Den Haag 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2664**).

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 Loonarrest 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/redelijkheid en billijkheid

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.

In de vorige kroniek uitte ik mijn twijfels over een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland (3 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1921) in verband met een echtscheiding uit 1986. In die uitspraak werd een beroep op rechtsverwerking over de periode voordat de verrekeningsgerechtigde aanspraak had gemaakt op verrekening (periode 2009 – 2016) toegewezen. Het beroep op rechtsverwerking werd voor de periode nadat de verrekeningsgerechtigde aanspraak had gemaakt op verrekening (vanaf 2016) afgewezen. In deze zaak had de verrekeningsgerechtigde kennelijk niet het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt, dat de aanspraak op pensioenverrekening niet meer geldend zou worden gemaakt. De hiervoor als eerste genoemde grond voor rechtsverwerking was dus niet aan de orde. De Rechtbank wees het beroep op rechtsverwerking over het verleden op de tweede grond toe, omdat de verrekeningsplichtige naar het oordeel van de Rechtbank onredelijk zou worden benadeeld indien over het verleden alsnog zou moeten worden verrekend. Dat was volgens de Rechtbank het geval, omdat het pensioen van de verrekeningsplichtige al in 2009 was ingegaan, terwijl de verrekeningsgerechtigde 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 resultaat van een uitspraak van Rechtbank Den Haag van 7 februari 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:10849) in verband met een echtscheiding in 1991, is vergelijkbaar met het resultaat van de zojuist genoemde uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 3 mei 2017. Ook in de zaak bij Rechtbank Den Haag, had de verrekeningsgerechtigde niet het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de aanspraak op pensioenverrekening niet meer geldend zou worden gemaakt. In het betoog van de verrekeningsplichtige, dat de verrekeningsgerechtigde pas eind 2016 om verrekening had verzocht en dat de verrekeningsplichtige als gevolg daarvan de reeds uitgekeerde pensioentermijnen had geconsumeerd, ziet

Rechtbank Den Haag evenwel aanleiding om te oordelen dat over het verleden (periode 2014-2016) niet meer hoeft te worden verrekend. De reden daarvoor is, dat de positie van de verrekeningsplichtige onredelijk zou worden verzaamd indien dat alsnog zou moeten gebeuren. Rechtbank Den Haag plaatst dit oordeel niet in de sleutel van rechtsverwerking, maar in de sleutel van de Boon/Van Loonmaatstaf, die de rechter veel vrijheid geeft om aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Het resultaat is hetzelfde: geen verrekening over het verleden.

Bij de uitspraak van Rechtbank Den Haag uit 2017 heb ik dezelfde twijfels als bij de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland uit 2018, omdat de uitspraken in de hand werken dat een 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. In mijn visie, die ook blijkt uit de vorige kroniek, dient de verrekeningsplichtige die niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat niet meer zou worden verrekend, er in beginsel rekening mee te houden dat de verrekeningsgerechtigde nog een vordering tot pensioenverrekening zal 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.

Een uitspraak van Hof Amsterdam van 6 maart 2018 (**ECLI:NL:GHDHA:2018:716**), gaat zelfs nog een stap verder dan de zojuist besproken uitspraken van Rechtbank Midden-Nederland en Rechtbank Den Haag. Hof Amsterdam oordeelde, in verband met een echtscheiding uit 1982, dat de verrekeningsgerechtigde ook in die zaak niet het gerechtvaardigd vertrouwen had gewekt dat hij zijn vordering niet meer geldend zou maken. Vervolgens matigt Hof Amsterdam de vordering op pensioenverrekening op grond van de redelijkheid en billijkheid, omdat de verrekeningsplichtige naar het oordeel van het Hof onredelijk zou worden benadeeld indien ook over het verleden (periode 2004 – 2016) zou moeten worden verrekend. De uitspraak gaat in die zin nog een stap verder dan de uitspraken van Rechtbank Midden-Nederland en Rechtbank Den Haag, omdat Hof Amsterdam in deze zaak vaststelt dat de verrekeningsplichtige bij de ingang van het pensioen in 2004 door de verrekeningsgerechtigde was aangeschreven en dat

de verrekeningsplichtige daar niet op had gereageerd. De verrekeningsplichtige wist dus van de potentiële verrekeningsclaim (overigens wist de verrekeningsgerechtigde dat ook), maar wordt toch beschermd door het Hof. Uit het arrest blijkt niet dat het Hof heeft meegewogen of de man de reeds ontvangen pensioentermijnen al dan niet had geconsumeerd. Ook in **Rechtbank Rotterdam 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9530**, over een echtscheiding uit 1988, wordt de verrekeningsplichtige over het verleden (2010-2017) beschermd. De Rechtbank oordeelt in de betreffende situatie dat, doordat de verrekeningsgerechtigde geen actie ondernam (!) terwijl zij had kunnen weten vanaf wanneer zij aanspraak had kunnen maken op haar aandeel in het pensioen, bij de verrekeningsplichtige “de indruk” (kennelijk is bedoeld: het gerechtvaardigd vertrouwen) heeft kunnen ontstaan dat de verrekeningsgerechtigde afzag van haar rechten. Tevens oordeelt de Rechtbank dat uitbetaling over de gehele periode, mede gelet op de financiële omstandigheden, tot onredelijke benadeling van de verrekeningsplichtige zou leiden.

Anders dan in de uitspraken hiervoor, stelt Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (24 juli 2018, **ECLI:NL:OGHACMB:2018:132**) juist voorop, ten aanzien van een echtscheiding uit 2005, dat de verrekeningsplichtige vanaf het moment van echtscheiding rekening had dienen te houden met pensioenverrekening en dat de stelling dat de positie van de verrekeningsplichtige door pensioenverrekening onredelijk zou worden verzaamd dan ook niet zonder meer opgaat. De verrekeningsplichtige was in 2009 met pensioen gegaan. De verrekeningsgerechtigde, die niet het gerechtvaardigd vertrouwen had gewekt dat hij zijn verrekeningsvordering niet meer geldend zou maken, had de verrekeningsplichtige in 2015 aangeschreven. De verrekeningsplichtige had naar het oordeel van het Hof onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die tot de conclusie leiden dat zijn positie door pensioenverrekening vanaf 2009 (dus ook over het verleden) onredelijk zou worden verzaamd.

Hof Arnhem-Leeuwarden kreeg te oordelen over een situatie waarbij de echtgenoten na een echtscheiding in 1985, lange tijd onwetend waren over mogelijke pensioenverdeling (**Hof Arnhem Leeuwarden 17 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3623**). De verrekeningsgerechtigde maakte in 2015 aanspraak op pensioenverrekening, terwijl de verrekeningsplichtige al in 2005 (waarschijnlijk; het blijkt niet heel duidelijk uit de uitspraak) met pensioen was

gegaan. De verrekeningsgerechtigde had niet het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij zijn vordering niet meer geldend zou maken. Het Hof stelt vast dat beide partijen tot 2015 onwetend waren over mogelijke pensioenverdeling. En oordeelt, in het kader van de redelijkheid en billijkheid die ook tussen gewezen echtgenoten geldt, dat ieder van de partijen een deel van de gevolgen van het niet-weten voor hun rekening moet nemen, en dat de positie van de verrekeningsplichtige niet onredelijk is benadeeld of verzaamd indien vanaf 2015 alsnog moet worden verrekend. Het Hof oordeelt dat de Rechtbank in eerste aanleg het leerstuk van rechtsverwerking juist heeft toegepast. Het pensioen behoefde over het verleden (2005 – 2015) niet te worden verrekend, maar voor de toekomst (vanaf 2015) wel. Wat het verleden betreft, acht het Hof mede van belang dat het inkomen van de verrekeningsgerechtigde en zijn nieuwe partner laag is en dat dat inkomen over het verleden is geconsumeerd. Wat deze uitspraak bijzonder maakt, is dat het Hof vaststelde dat beide partijen tot 2015 daadwerkelijk onwetend waren over mogelijke pensioenverdeling.

Al met al tekent zich in de uitspraken over (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid in relatie tot pensioenverrekening over het verleden, nog geen duidelijke lijn af.

Afsluiting

De Hoge Raad wees in 2018 twee interessante arresten over pensioen en scheiding. Het ene arrest heeft betrekking op de vraag welke buitenlandse pensioenen conform de WVPS dienen te worden verevend. Het andere arrest gaat over de vraag of een afkoopsom voor pensioen dat conform de WVPS niet behoeft te worden verevend, wel in aanmerking moet worden genomen bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap. In beide arresten geeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar doel respectievelijk ratio van de WVPS, ruim baan aan de werking van de WVPS.

Ook rond de pensioenperikelen van de directeur-groootaandeelhouder waren in de afgelopen periode weer wat interessante ontwikkelingen. Die zullen er in 2019 ongetwijfeld weer zijn. In 2019 zijn ook nieuwe uitspraken te verwachten over (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid in relatie tot pensioenverrekening over het verleden, want op dat punt is nog geen duidelijke lijn in de jurisprudentie te zien.

8. Fiscaal pensioenrecht

mr. Carina Houwen CPL, pensioenjurist Deloitte Benefits & Pension Advisory

Inleiding

Deze bijdrage is verdeeld in drie delen. Het eerste deel bevat twee uitspraken die inhaken en voortborduren op de in Kroniek Pensioenrechtspraak 2017 opgenomen bijdrage over conserverende aanslagen bij emigratie en de heffingsbevoegdheid van een bron- of woonstaat. In het tweede deel wordt stilgestaan bij een aantal uitspraken waarbij de antimisbruikbepalingen van de Wet op de Loonbelasting 1964¹⁰⁰ aan de orde komen. Ten slotte wordt het duidelijke antwoord van de Hoge Raad inzake de belastingheffing bij zogenaamde vertrekregelingen behandeld. Het geheel wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie.

Internationale aspecten

In Kroniek Pensioenrechtspraak 2017 is een uitgebreide uiteenzetting opgenomen over internationale aspecten van pensioen¹⁰¹. Beide hierna opgenomen uitspraken hebben een nauwe band met de opgenomen uitspraken in de vorige editie.

Conserverende aanslag en compartimentering in de tijd

In lijn met de inmiddels uitgekristalliseerde jurisprudentie rondom de conserverende aanslagen bij pensioenen en lijfrenten, heeft de Rechtbank Zeeland West-Brabant op 8 mei 2018 (**ECLI:NL:RBZWB:2018:2796**) geoordeeld dat de opgelegde conserverende aanslag met betrekking tot de pensioenaanspraken tot een te hoog bedrag is vastgesteld.

Belanghebbende is in 2013 naar de Filipijnen geëmigreerd. Tot die datum heeft belanghebbende in Nederland lijfrente- en pensioenaanspraken opgebouwd. In verband met de emigratie is een conserverende aanslag opgelegd welke ziet op de (fictieve) inkomsten uit lijfrente en pensioen.

¹⁰⁰ Hierna: Wet LB

¹⁰¹ De bijdrage inzake het fiscale pensioenrecht door mr. Jan Aart van de Hoef CPL

Ten aanzien van de lijfrente oordeelt de Rechtbank dat de aanslag naar een juist bedrag is vastgesteld. De aanslag is opgelegd naar de waarde in het economische verkeer¹⁰² van de lijfrenteaanspraak. Het Verdrag¹⁰³ tussen Nederland en de Filipijnen bevat alleen een specifieke regel over de toewijzing van het heffingsrecht over de termijnen van lijfrenten aan de woonstaat en niet over de afkoopsommen van lijfrente. Nu het Verdrag zich er niet tegen verzet dat Nederland na emigratie over de afkoopsom van een lijfrente zou heffen, komt het niet in strijd met de goede verdragstrouw om bij emigratie een conserverende aanslag op te leggen naar de waarde in het economische verkeer van de lijfrenteaanspraak.

Vervolgens stelt de Rechtbank vast dat ten aanzien van het pensioen de aanslag tot een te hoog bedrag is vastgesteld. Ook hier is de aanslag opgelegd rekening houdend met de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak.

Op 19 juni 2009 heeft de Hoge Raad¹⁰⁴ geoordeeld dat het opleggen van een conserverende aanslag over de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken bij emigratie vanuit Nederland naar de Filipijnen in strijd is met de goede verdragstrouw die in acht moet worden genomen. In lijn met de Hoge Raad 14 juli 2017¹⁰⁵ stelt de Rechtbank vervolgens vast dat de conserverende aanslag alleen in verband met de pensioenaanspraken mag worden opgelegd ten aanzien van de pensioenpremies die zijn ingelegd na 15 juli 2009 (start inleg) tot 18 februari 2013 (de datum van emigratie) en die op grond van art. 3.81 van de Wet inkomstenbelasting 2001¹⁰⁶ niet tot het loon zijn gerekend. Omdat niet duidelijk is hoe hoog het te conserverende inkomen ten aanzien van het pensioen moet zijn, wordt de zaak terugverwezen naar de Inspecteur.

De Rechtbank verwijst vooral naar het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2017 maar ook in het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2017¹⁰⁷ is een in vergaande mate vergelijkbaar oordeel opgenomen. In de literatuur¹⁰⁸ wordt de uitspraak van de Rechtbank in lijn gezien met het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2017.

¹⁰² Het bedrag dat bij een pensioenverzekeraar moet worden gestort om de levenslange pensioenaanspraak te verzekeren.

¹⁰³ Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en de Filipijnen

¹⁰⁴ ECLI:NL:HR 2009:BI8566

¹⁰⁵ ECLI:NL:HR:2017:1324

¹⁰⁶ Hierna: Wet IB

¹⁰⁷ ECLI:NL:HR:2017:2985

¹⁰⁸ NTFR 2018/2136 en V-N 2018/51.4

Heffingsbevoegdheid toch niet bij bronstaat maar bij woonstaat

In Kroniek Pensioenrechtspraak 2017 is ten aanzien van de heffingsbevoegdheid stilgestaan bij de uitspraak van Rechtbank Zeeland West-Brabant¹⁰⁹. Belanghebbende had in 2001 Nederland verlaten en zich in 2010 in Portugal als resident laten inschrijven. De door belanghebbende in 2012 van een in Nederland gevestigd pensioenfonds ontvangen pensioenuitkering werd volgens de Rechtbank terecht in de Nederlandse belastingheffing betrokken.

Belanghebbende gaat in hoger beroep en bij Gerechtshof 's - Hertogenbosch (**ECLI:NL:GHSHE:2018:2263**) komt op 25 mei 2018 opnieuw de vraag te liggen of de ontvangen pensioenuitkering terecht en tot het juiste bedrag tot het belastbare inkomen is gerekend. Meer specifiek is in geschil of art. 18 van het Verdrag¹¹⁰ op de juiste wijze is toegepast.

Art.18 lid 1 van het Verdrag bepaalt dat inkomsten uit pensioen, betaald aan een inwoner van een verdragsluitende staat, slechts in de woonstaat belastbaar zijn. Lid 2 maakt daar een uitzondering op en geeft aan dat het pensioen ook mag worden belast in de bronstaat indien cumulatief aan de volgende voorwaarden (samengevat en voor zover van belang) wordt voldaan:

- a. de aanspraken op het pensioen zijn in de bronstaat vrijgesteld van belasting;
- b. de bruto pensioenuitkering wordt in de woonstaat van de genierter voor minder dan 90% in de belastingheffing betrokken, en
- c. het gezamenlijke bedrag van de pensioenuitkeringen in een kalenderjaar bedraagt meer dan € 10.000.

De vraag is of aan bovengenoemd onderdeel b wordt voldaan. Zowel de Rechtbank als het Gerechtshof hechten hierbij betekenis aan de uitleg van art. 54, lid 2 van de Portugese Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Personal Income Tax (hierna: PIT)).

Het Gerechtshof komt hierbij echter tot een andere conclusie dan de Rechtbank en is van oordeel dat de pensioenuitkering volledig aan de Portugese belastingheffing is onderworpen. Art. 54, lid 1 van de PIT is in het geval van belanghebbende niet van toepassing, aangezien de pensioenpremies in Nederland niet tot het loon

¹⁰⁹ ECLI:NL:RBZWB:2017:1157

¹¹⁰ Verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en Portugal

behoorden, dan wel aftrekbaar waren. Het Gerechtshof is van mening dat deze uitleg aansluit bij de tekst (van de Engelse vertaling) van art. 99, lid 4, van de PIT:

‘For the purposes of Article 54, it is the recipient of the income that has the obligation to prove towards the paying entity that the amount which is due includes the reimbursement of capital paid by him or, in the case of contributions made by a person or entity other than the recipient, these contributions were total or partially taxed as income in his/her hands.’

Belanghebbende stelt gemotiveerd dat hij ook niet in aanmerking komt voor de vrijstelling krachtens de speciale regeling voor ‘non-habitual residents’ bedoeld in art. 16 van de PIT omdat hij een regulier inwoner is van Portugal. In dit geval wordt voldaan aan de eisen die art. 18 van het Verdrag stelt om het heffingsrecht over de pensioenuitkeringen toe te wijzen aan Portugal. Dat het pensioen in Portugal ten onrechte voor slechts 15% is aangegeven, doet daaraan niet af.

In de literatuur¹¹¹ wordt aangehaald dat de verwijzing naar art. 54 van de PIT opmerkelijk is, aangezien dit artikel de terugbetaling van pensioenkapitaal lijkt te betreffen. Art. 54 van de PIT zegt op zich niets over de hoofdregel waaronder pensioen- en lijfrentetermijnen in beginsel in de Portugese belastingheffing worden betrokken. De werking van deze hoofdregel is echter wel relevant voor de uitleg van een eventuele uitzondering hierop op grond van art. 54 van de PIT. Ook dient onderzocht te worden wat de invloed is van het feit dat de genoten uitkering voor slechts 15% is aangegeven. Tegen de uitspraak van het Gerechtshof is beroep in cassatie ingesteld. Wellicht dat dit tot antwoorden op deze vragen leidt.

¹¹¹ NLFiscaal, NLF 2018/1651

Antimisbruikbepalingen blijven actueel

De antimisbruikbepalingen van art. 19b lid 1 Wet LB liegen er niet om. Is namelijk sprake van een van de volgende situaties ('verboden handelingen'):

- de pensioenregeling voldoet niet meer aan de wettelijke vereisten van de Wet LB;
- de aanspraak op het pensioen wordt afgekocht, vervreemd danwel wordt formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid, anders dan ten behoeve van uitstel van betaling; of
- de zekerheidstelling ten behoeve van de invordering van belasting wordt beëindigd door de (gewezen) werknemer,

dan wordt op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip de pensioenaanspraak aangemerkt als loon uit een vroegere dienstbetrekking van de werknemer. De waarde van de pensioenaanspraak wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer¹¹².

Op grond van art. 38n, lid 1 Wet LB blijven voor de zogenaamde 'eigen beheersituaties' de bepalingen en artikelen zoals deze luiden per 31 december 2016 van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat aan de hierboven genoemde situaties de situatie toegevoegd moet worden waarin een pensioenaanspraak wordt prijsgegeven, behoudens voor zover deze aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is¹¹³.

De volgende vier uitspraken laten zien dat de aanwezigheid van bovengenoemde situaties niet altijd duidelijk zichtbaar is in de praktijk. Het moment waarop precies sprake is van een zogenaamde verboden handeling is eveneens niet altijd duidelijk, hetgeen een juiste heffing, al dan niet in de vorm van een navordering, niet altijd eenvoudig maakt.

Vervallen van na-indexatie vormt prijsgeven pensioenaanspraak

In de uitspraak van Gerechtshof Den Haag van 1 augustus 2018 (**ECLI:NL:GHDHA:2018:1971**) waren partijen het er niet over eens of in 2011 pensioenaanspraken voor een deel werden prijsgegeven dan wel niet voor verwezenlijking vatbaar waren.

¹¹² Art. 13, lid 6 Wet Loonbelasting 1964 jo art. 3.12, lid 1 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011

¹¹³ Zie voor uitleg Belastingdienst, Vraag & Antwoord 08-078 d.d.261017

De rechtsvoorganger van belanghebbende, Beheer BV, heeft in het verleden aan haar DGA¹¹⁴ (A) pensioenaanspraken toegekend. In de pensioenbrief is opgenomen dat ingegane en premievrije pensioenen zoveel mogelijk zullen worden aangepast aan de prijsontwikkeling. In 2012 is de pensioenaanspraak feitelijk overgedragen aan een beleggings-BV van A.

Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat het voorwaardelijk geformuleerd recht op aanpassing aan de prijsontwikkeling geen pensioenaanspraak vormt in de zin van de Wet LB. Daarnaast stond het volgens belanghebbende vrij om al dan niet een na-indexatie toe te passen en om met A overeen te komen dat de na-indexatie niet in de overdrachtswaarde zou worden opgenomen. Van handelingen op grond waarvan sprake zou zijn van het prijsgeven dan wel het niet voor verwezenlijking vatbaar zijn van pensioenaanspraken was daarom volgens belanghebbende geen sprake.

De Inspecteur is van mening dat in 2011, ten tijde van het stopzetten van de pensioenuitkeringen van A, sprake was van het prijsgeven van pensioenaanspraken, inclusief de aanspraak op na-indexatie.

Rechtbank Den Haag¹¹⁵ heeft zich eerder gebogen over deze casus. Geconcludeerd werd dat A in beginsel recht heeft op indexatie van zijn pensioen en dat er geen reden is daar bij de overdracht geen rekening mee te houden. Met het bedingen van de tegenprestatie dienen immers alle huidige en toekomstige verplichtingen te kunnen worden afgedekt¹¹⁶. Het Gerechtshof is van mening dat het voorwaardelijk recht op indexatie moet worden aangemerkt als een aanspraak ingevolge een pensioenregeling in de zin van art. 11, lid 1, onderdeel c, Wet LB¹¹⁷.

Vervolgens gaat het Gerechtshof nader in op de situatie zoals deze zich bij belanghebbende en A heeft afgespeeld. Het pensioen is in april 2011, de 62-jarige leeftijd van A, ingegaan en is per 1 november 2011 stopgezet. Op het moment van stopzetten bestond het plan om de pensioenaanspraken over te dragen naar een beleggings-BV van A. Deze overdracht heeft in 2011 nog niet plaatsgevonden.

¹¹⁴ Directeur-groootaandeelhouder

¹¹⁵ ECLI:NL:RBDHA:2017:12135

¹¹⁶ Steun hiervoor is volgens de Rechtbank te vinden in Hoge Raad van 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW1747

¹¹⁷ Zie ook Hoge Raad van 30 september 1953, nr. 11.506, BNB 1954/328

Wel vonden in 2011 de onderhandelingen over de prijs van de overdracht plaats, onder andere tussen belanghebbende en A en tussen belanghebbende en de Inspecteur. Deze laatste onderhandelingen leiden echter niet tot het door belanghebbende gewenste resultaat. Zo geeft de Inspecteur aan belanghebbende onder andere aan dat het achterwege laten van indexatie als een (gedeeltelijk) afzien van voor verwezenlijking vatbare pensioenaanspraken zal worden aangemerkt. Uit de stukken ter zake van de onderhandelingen tussen belanghebbende en A blijkt duidelijk dat A een hoger bedrag dan de voorgestelde overdrachtswaarde wilde in verband met het recht op na-indexatie. Ten tijde van het stopzetten van de pensioenuitkeringen was daarom nog niet vast komen te staan dat A de aanspraak op na-indexatie had prijsgegeven, zoals de Inspecteur heeft gesteld.

De omstandigheid dat bij de reeds gedane uitkeringen (nog) geen rekening gehouden was met na-indexatie, maakt dit volgens het Gerechtshof niet anders. Hetzelfde geldt voor hetgeen in 2011 na het stopzetten van de uitkeringen is gebeurd.

Ook in de laatste maanden van 2011, na het vastlopen van de onderhandelingen tussen belanghebbende en de Inspecteur over de overdrachtswaarde, blijkt niet dat A zijn aanspraak op na-indexatie heeft prijsgegeven. Begin 2012 wordt belanghebbende nog door A in kort geding gedagvaard tot overlegging van stukken ten aanzien van het gevoerde overleg tussen belanghebbende en de Inspecteur. Uit de overeenkomst, gedagtekend 12 maart 2012, inzake de overdracht blijkt dat bij de bepaling van de overdrachtswaarde geen rekening is gehouden met een na-indexatie. Pas op dat moment komt volgens het Gerechtshof vast te staan dat de aanspraak op na-indexatie is vervallen en derhalve door A is prijsgegeven. De naheffingsaanslag loonheffing 2011 wordt vernietigd.

In de literatuur¹¹⁸ wordt opgemerkt dat de feiten in deze casus voor zich lijken te spreken. Toch moest het Gerechtshof eraan te pas komen om de Rechtbank te corrigeren.

¹¹⁸ NLFiscaal, NLF 2018/1845

Niet kunnen voldoen van schulden aan eigen BV leidt tot afkoop van pensioenaanspraken

Dat geld lenen van een eigen BV niet zonder risico is, wordt bewezen door de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland van 13 september 2018 (**ECLI:NL:RBNHO:2018:8188**)¹¹⁹.

Belanghebbende was DGA van B BV en heeft een tweede woning op Bonaire. De (bouw van de) woning is door belanghebbende gefinancierd met een lening van B BV. Ook zijn rekening-courantschuld bij B BV heeft grotendeels betrekking op deze woning. In totaal bedroeg de schuld van belanghebbende aan B BV eind 2010 ongeveer € 1.300.000. Door B BV is aan belanghebbende een pensioentoezegging gedaan waarvan de fiscale waarde eind 2010 € 700.000 bedroeg. De commerciële waarde van de pensioenaanspraken is door de Inspecteur bepaald op € 1.400.000.

In 2010 is door belanghebbende een aflossingsvrije hypothecaire geldlening aangegaan voor een bedrag van \$ 1.000.000 bij bank A, gevestigd te Bonaire. Tot zekerheid heeft belanghebbende ten behoeve van de bank een recht op eerste hypotheek gevestigd op de woning op Bonaire.

De Inspecteur heeft aan belanghebbende in 2015 over 2010 een navorderingsaanslag inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen opgelegd in verband met vermeende afkoop van de pensioenaanspraak. In geschil is of sprake is van een nieuw feit dat de navordering¹²⁰ rechtvaardigt en, zo ja, of belanghebbende zijn pensioenaanspraak in 2010 heeft afgekocht of prijsgegeven.

De Rechtbank is op grond van de feiten van mening dat er sprake is van nieuw feit waardoor de navordering gerechtvaardigd is. Gelet op de inkomens- en vermogenspositie van belanghebbende in 2010 acht de Rechtbank het vervolgens aannemelijk dat belanghebbende zijn schulden aan B BV in 2010 niet meer zou kunnen voldoen. Het is niet aannemelijk dat de gezamenlijke waarde van de woningen (de eigen woning en de woning in Bonaire) voldoende was om de schuld aan B BV te kunnen voldoen. De eventuele verkoopopbrengst van de woningen zou nagenoeg geheel aangewend moeten worden voor de aflossing van de onder hypothecair verband bevoorrechte schuld van de bank. De Rechtbank hecht hierbij

¹¹⁹ PJ 2018/189

¹²⁰ Art. 16 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen

ook belang aan het feit dat B BV geen zekerheden heeft verstrekt die haar verhaalspositie sterker maakte dan die van de overige concurrerende schuldeisers, terwijl deze eveneens aanzienlijke vorderingen hadden.

B BV heeft tevens nagelaten actie te ondernemen op het moment dat door belanghebbende het recht van hypotheek werd verleend aan de banken. Aannemelijk is dat B BV dit wel zou hebben gedaan indien een willekeurige derde schuldeiser een dergelijke actie had ondernomen. Hiermee heeft B BV zich volgens de Rechtbank verhaalsmogelijkheden laten ontgaan en daarmee belanghebbende bevoordeeld.

Het aangaan van de lening bij bank A gevolgd door de vestiging van het recht van eerste hypotheek ten behoeve van bank A wordt derhalve door de Rechtbank aangemerkt als afkoop van de pensioenaanspraken van belanghebbende. De navorderingsaanslag is terecht opgelegd.

Vrijvalwinst door prijsgeven pensioenrechten

Gelet op de economische recessie en de slechte financiële en fiscale positie van belanghebbende, X BV, wordt in 2009 in de bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders de DGA verzocht af te zien van zijn pensioenaanspraken. In 2015 is door de Inspecteur een boekenonderzoek gestart waaruit blijkt dat het aanwezige pensioenkapitaal van een verzekeringsmaatschappij naar belanghebbende is overgedragen en dat de DGA heeft afgezien van pensioen. Eind 2015 wordt een navorderingsaanslag vennootschapsbelasting 2010 opgelegd.

Rechtbank Gelderland (**ECLI:NL:RBGEL:2018:2829**) buigt zich op 28 juni 2018 over de vraag of de navorderingsaanslag terecht is opgelegd. Het geschil spitst zich toe op de vraag of het voor navordering vereiste nieuwe feit aanwezig is, of sprake is van opgewekt vertrouwen en of de vrijval van het pensioen in het jaar 2009 (standpunt belanghebbende) of in het jaar 2010 (standpunt Inspecteur) moet plaatsvinden.

De pensioenaanspraken van de DGA zijn ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij en de expiratedatum van de onderliggende pensioenpolis was 2010. De waarde van de pensioenverzekering was € 360.000. Uit de notulen van de bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders uit 2009 blijkt dat de DGA bereid is onder bepaalde voorwaarden (niet nader opgenomen) van de

pensioenaanspraken af te zien. In de notulen wordt voorgesteld om de waarde van de voorziening in 2009 te laten vrijvallen, ter versterking van de financiële positie van belanghebbende.

In 2010 hebben belanghebbende en de DGA de verzekeringsmaatschappij verzocht tot een waardeoverdracht. In 2010 is vervolgens door de verzekeringsmaatschappij een bedrag ad € 373.013 aan belanghebbende uitgekeerd. Belanghebbende heeft op diezelfde datum een bedrag ad € 381.000 aan de DGA overgemaakt met als omschrijving ‘aflossing schulden’.

In de uitspraak wordt uitgebreid in gegaan over de aanwezigheid van het betwiste nieuwe feit. Op grond van de feiten concludeert de Rechtbank dat inderdaad sprake is van een nieuw feit waardoor de navordering terecht is.

Op het antwoord op de vraag of de DGA zijn pensioenaanspraken in 2009 danwel in 2010 heeft prijsgegeven concludeert de Rechtbank vervolgens dat dit in 2010 is geweest. De Rechtbank is van mening dat er in 2009 nog geen sprake was van daadwerkelijk afzien, maar dat slechts is onderzocht wat de gevolgen van een afzien zouden zijn. Niet blijkt dat de in de notulen van de bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders gestelde voorwaarden in 2009 zijn vervuld. Daarnaast zijn de notulen ondertekend door de DGA in zijn hoedanigheid als aandeelhouder en niet als pensioengerechtigde. Tot 2010 was de verzekeringsmaatschappij nog uitvoerder van de pensioentoezegging en stond vast dat de DGA zijn pensioenaanspraken jegens de verzekeringsmaatschappij geldend kon maken. Dit werd pas anders door de waardeoverdracht in 2010.

Op de datum van de waardeoverdracht ontving belanghebbende een kapitaal van € 373.013. Op diezelfde dag is tevens een bedrag van € 381.000 aan de DGA overgemaakt met omschrijving ‘aflossing schulden’. Daarnaast is in 2010 geen pensioenvoorziening opgenomen op de balans van belanghebbende. Op grond van deze omstandigheden acht de Rechtbank aannemelijk dat daadwerkelijk sprake is van afzien (prijsgeven) van pensioenaanspraken.

Prijsgeven kan ook door een passieve handeling

Beheer BV heeft op 10 augustus 1993 pensioenaanspraken toegekend aan belanghebbende (DGA) welke zijn vastgelegd in een pensioenbrief. Hierin is opgenomen dat Beheer BV zich het recht voorbehoudt de pensioenrechten,

gedeeltelijk of geheel te beëindigen, respectievelijk te beperken indien de financiële resultaten van Beheer BV de betreffende verplichtingen niet meer toelaten. Dit laatste is enkel aan Beheer BV om te beoordelen.

De pensioenaanspraak bedraagt op pensioendatum (1 mei 2013) € 57.327 bruto per jaar. In 2013 is geen pensioen aan belanghebbende uitgekeerd. De Inspecteur heeft bij het vaststellen van de aanslag inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen het inkomen van belanghebbende verhoogd met € 38.218, zijnde de hoogte van een tijdsevenredige pensioenuitkering.

Bij de Hoge Raad is op 30 oktober 2018 in geschil (**ECLI:NL:PHR:2018:1214**) de vraag of belanghebbende zijn pensioenrechten in 2013 heeft prijsgegeven.

Zoals eerder aangegeven valt het prijsgeven onder de antimisbruikbepalingen en leidt het ertoe dat de waarde van de pensioenaanspraak tot loon uit een vroegere dienstbetrekking wordt gerekend. De enige uitzondering op het belasten van de aanspraak is de situatie waarin het pensioen niet voor verwezenlijking vatbaar zou zijn. Kort samengevat kan hiervan alleen sprake zijn bij faillissement, surseance van betaling of schuldsanering¹²¹. Hiervan was volgens belanghebbende en de Inspecteur geen sprake.

In de discussie over het prijsgeven is belanghebbende van mening dat hiervoor een ‘actieve handeling’ voor nodig is. Belanghebbende heeft in cassatie nog aangevoerd dat in 2013 een verlaagde uitkering is genoten. Omdat deze mogelijkheid in de pensioenbrief was opgenomen heeft belanghebbende de verlaagde uitkering derhalve ‘passief’ geaccepteerd. Dit punt kan echter niet voor het eerst worden aangevoerd in cassatie en wordt derhalve niet verder behandeld. Desondanks merkt de A-G¹²² hierover in zijn conclusie nog op dat de fiscale gevolgen onderscheiden dienen te worden van de civiel juridische uitwerking. Een civiel juridische bepaling hoeft vanuit fiscale optiek niet tot eenzelfde uitwerking te leiden.

De A-G is tevens van mening dat er drie argumenten zijn waarom ook bij passief handelen sprake kan zijn van prijsgeven. Dit blijkt uit het normale spraakgebruik.

¹²¹ A-G Niessen gaat in zijn conclusie (30 oktober 2018, nr. 17/03827) uitgebreid in op de hierbij behorende wetsgeschiedenis en jurisprudentie

¹²² Conclusie A-G Niessen, 30 oktober 2018, nr. 17/03827

Daarnaast volgt dit uit de ratio van de wetgeving. Door passief te handelen zou anders eenvoudig de door de wetgever beoogde belastingheffing kunnen worden ontlopen. Ten slotte is er rechtspraak van de Hoge Raad¹²³. Hierin is bepaald dat het uitgangspunt dat van prijsgeven alleen sprake is indien uitdrukkelijk wordt kwijtgescholden, berust op een onjuiste en te beperkte opvatting van het begrip prijsgeven.

Kortom, belanghebbende krijgt geen gelijk. Ondanks deze voor belanghebbende negatieve uitkomst mag belanghebbende toch van geluk spreken! De Inspecteur heeft namelijk alleen de uitkering van het niet ontvangen pensioen tot het inkomen gerekend. Dit had echter de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak moeten zijn. In de huidige marktomstandigheden bedraagt deze al snel factor 15 tot 20 van de totale pensioenaanspraak van € 57.327.

Het duidelijke oordeel over de RVU

Op 22 juni 2018 heeft de Hoge Raad (**ECLI:NL:HR:2018:958**) zich uitgesproken over vraag wanneer sprake is van een Regeling voor vervroegde uitkering (RVU).

Een RVU is een (gedeelte van een) regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend als doel heeft voorafgaand aan het ingaan van een pensioen of de AOW¹²⁴ te voorzien in een of meer uitkeringen. Deze uitkeringen dienen ter overbrugging van de periode tot het ingaan van het pensioen of de AOW dan wel tot het aanvullen van het pensioen.¹²⁵ Een pensioen op basis van een pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet of een regeling als bedoeld in hoofdstuk IIB van de Wet LB is geen RVU.

13 jaar geleden is een eindheffing ingevoerd voor de RVU (ook wel 'vertrekregeling' genaamd). Deze heffing leidt ertoe dat, indien sprake is van een RVU, de werkgever bij wijze van eindheffing 52% loonbelasting verschuldigd is. Deze heffing komt boven op de reguliere loonheffing die voor een werknemer verschuldigd is over de uitkering uit een RVU. De maatregel maakte onderdeel uit

¹²³ ECLI:NL:HR:2001:AD6783

¹²⁴ Uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet

¹²⁵ Art. 32ba, lid 6 Wet Loonbelasting 1964

van een groter pakket dat erop was gericht om het vroegtijdig stoppen met werken te ontmoedigen, althans niet langer fiscaal te faciliteren.

De wet bleek helaas niet helder genoeg en de staatssecretaris van Financiën publiceerde al spoedig na inwerkingtreding van de regeling enkele beleidsbesluiten¹²⁶ waarin hij de praktijk handvatten bood om te beoordelen of een door een werkgever aangeboden vertrekregeling als RVU kwalificeerde. De besluiten zijn in de praktijk ook wel bekend als de ‘kwantitatieve en kwalitatieve toets’. Helaas brachten deze ook niet de gewenste helderheid, want de nodige rechtspraak volgde.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een RVU is bepalend of de uitkeringen of verstrekkingen op grond van de vertrekregeling bedoeld zijn om te dienen ter overbrugging of aanvulling van het inkomen van de (gewezen) werknemer tot pensioendatum. Onduidelijk bleef of hierbij wel of juist geen rekening gehouden diende te worden met hoe de vertrekregeling feitelijk uitpakt. Hierover heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven.

RVU: objectieve maatstaven bepalen de bedoeling van de regeling

Belanghebbende kwam in verband met een reorganisatie een sociaal plan overeen met de betrokken vakbonden. Dit plan voorziet in het aanwijzen van boventallige werknemers volgens het afspiegelingsbeginsel bij onderling uitwisselbare functies. Het plan bevat daarnaast een ‘vrijwilligers en plaatsmakersregeling’. Op basis hiervan kunnen de werknemers, in afwijking van de uitkomsten op grond van het afspiegelingsbeginsel, opteren voor een afvloeiingsregeling. Daardoor kan dan een werknemer die in eerste instantie op basis van het afspiegelingsbeginsel ontslagen zou worden toch in dienst blijven. Een werknemer kan alleen met uitdrukkelijke goedkeuring van de werkgever gebruik maken van de ‘vrijwilligers en plaatsmakersregeling’.

Belanghebbende heeft de Inspecteur verzocht om bij beschikking¹²⁷ te bepalen dat de vergoeding die op grond van het sociaal plan in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking aan een werknemer wordt uitgekeerd, niet wordt aangemerkt als een vergoeding uit hoofde van een RVU.

¹²⁶ Besluit van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M en Besluit van 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M

¹²⁷ Als bedoeld in art. 32ba, lid 7, Wet Loonbelasting 1964

De Inspecteur wees dat verzoek af. Het Gerechtshof 's - Hertogenbosch¹²⁸ bepaalde dat deze afwijzing niet terecht was en dat de regeling geen RVU was.

Uiteindelijk heeft de Hoge Raad op 22 juni 2018, in lijn met de Hoge Raad van 13 mei 2016¹²⁹, geoordeeld dat de beweegredenen van een werkgever om een vertrekregeling aan te bieden in dit verband niet ter zake doen. Dit geldt ook voor de intenties en keuzes van de werknemers om gebruik te maken van de vertrekregeling. De feitelijke uitstroom en de hoogte van de overeengekomen vertrekvergoedingen zijn evenmin van invloed. De vaststelling van de bedoeling van de vertrekregeling moet worden bepaald aan de hand van de objectieve kenmerken en voorwaarden. Dit is in overeenstemming met de mogelijkheid om vooraf te laten beslissen of een vertrekregeling een RVU vormt. Ter verkrijging van zekerheid vooraf kan alleen worden aangeknoopt bij de objectieve kenmerken en voorwaarden. Wat achteraf het feitelijk gebruik van de vertrekregeling is, is hierbij niet van belang.

De uitspraak is in de literatuur¹³⁰ (zeer) positief ontvangen. Het is nu duidelijk hoe en wanneer het doel van de vertrekregeling moet worden vastgesteld.

Ten slotte

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

Zo zullen als gevolg van de uitspraak inzake de RVU de collectieve vertrekregelingen minder snel als RVU aangemerkt worden. Bij individuele vertrekregeling is de toets of sprake is van een RVU nog wel van belang. In die situatie kan sneller sprake zijn van een regeling die louter is bedoeld als overbrugging tot de ingangsdatum van het pensioen of de AOW. Voor een collectieve regeling zal het voor de Inspecteur op basis van deze uitspraak erg lastig zijn om die bedoeling aan te tonen.

¹²⁸ ECLI:NL:GHSHE:2016:5158

¹²⁹ Hoge Raad 13 mei 2016, ECLI:NL:HR 2016:827

¹³⁰ PJ 2018/129, PensioenMagazine 2018/114, TPV 2018/28

Ten aanzien van de zeer casuïstische uitspraken inzake de verboden handelingen is het goed om te weten dat zij, ondanks dat het aantal belastingplichtigen waarbij nog sprake is van pensioen in eigen beheer sinds vorig jaar¹³¹ aanzienlijk is afgenomen, nog steeds relevant zijn. Immers, de antimisbruikwetgeving is tevens van toepassing¹³² op de situaties waarbij het pensioen in eigen beheer is (of wordt) omgezet in een oudedagsverplichting (ODV).

De eerdergenoemde uitgekristalliseerde jurisprudentie rondom de conserverende aanslagen zal naar verwachting op korte termijn opgenomen worden in de Wet IB. Hoewel de beslissing van de Hoge Raad in de praktijk al wordt toegepast, zal de codificatie hiervan plaatsvinden in het voorgestelde art. 10a 19 Wet IB uit Belastingplan 2019.

¹³¹ Invoering Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale maatregelen

¹³² Art. 38p, lid 4 Wet Loonbelasting 1964 verklaart art. 19b Wet Loonbelasting 1964, zoals dat luidde op 31 december 2016, van overeenkomstige toepassing voor een ODV

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2018

Chronologisch register pensioenrechtspraak 2018

<i>Arrest</i>	<i>Datum</i>	<i>Bron</i>	<i>Pagina</i>
Rechtbank Midden-Nederland	10-01-18	ECLI:NL:RBMNE:2018:62	39
Rechtbank Amsterdam	12-01-18	ECLI:NL:RBAMS:2018:182	28
Rechtbank Amsterdam	31-01-18	ECLI:NL:RBAMS:2018:1755	107
Hof Amsterdam (OK)	06-02-18	ECLI:NL:GHAMS:2017:378, PJ 2018/42	88/90
Rechtbank Den Haag	07-02-18	ECLI:NL:RBDHA:2018:10849	110
Hof Den Bosch	20-02-18	ECLI:NL:RBMNE:2018:62	39
HR	23-02-18	ECLI:NL:HR:2018:270	101
Hof Arnhem-Leeuwarden	27-02-18	PJ 2018/61	66
Rechtbank Oost-Brabant	01-03-18	ECLI:NL:RBOBR:2018:1001	46
HR	02-03-18	ECLI:NL:HR: 2018:300	48
Hof Amsterdam	06-03-18	ECLI:NL:GHDHA:2018:716	111
Rechtbank Limburg	07-03-18	PJ 2018/67	65
Hof Arnhem-Leeuwarden	08-03-18	ECLI:NL:GHARL:2018:2246	106
Rechtbank Rotterdam	21-03-18	ECLI:NL:RBROT:2018:2357	73
Rechtbank Midden-Nederland	30-03-18	ECLI:NL:RBMNE:2018:1353, PJ 2018/86	87
Hof Den Haag	03-04-18	PJ 2018/74	64
Hof Den Bosch	03-04-18	PJ 2018/88	66
Hof Arnhem-Leeuwarden	17-04-18	ECLI:NL:GHARL:2018:3623	112
HR	20-04-18	ECLI:NL:HR:2018:651	22
Rechtbank Midden Nederland	05-05-18	PJ 2018/108	60
Rechtbank Zeeland West-Brabant	08-05-18	ECLI:NL:RBZWB:2018:2796	115
Rechtbank Midden-Nederland	15-05-18	ECLI:NL:RBMNE:2018:2080	50
Rechtbank Limburg	23-05-18	ECLI:NL:RBLIM:2018:9931	71
Gerechtshof 's - Hertogenbosch	25-05-18	ECLI:NL:GHSHE:2018:2263	117
Hof Arnhem-Leeuwarden	05-06-18	PJ 2018/124	60
HR	22-06-18	ECLI:NL:HR:2018:958	36/126
Rechtbank Rotterdam	27-06-18	PJ 2018/157	64
Rechtbank Gelderland	28-06-18	ECLI:NL:RBGEL:2018:2829	123
Rechtbank Zeeland-West-Brabant	11-07-18	PJ 2018/158	61
HR	13-07-18	ECLI:NL:HR:2018:1180	103
HR	13-07-18	ECLI:NL:HR:2018:1219	102
Rechtbank Overijssel	17-07-18	ECLI:NL:RBOVE:2018:2881	16
Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Sint Eustatius en Saba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire,	24-07-18	ECLI:NL:OGHACMB:2018:132	112
Rechtbank Midden-Nederland	01-08-18	ECLI:NL:RBMNE:2018:4070	76
Gerechtshof Den Haag	01-08-18	ECLI:NL:GHDHA:2018:1971	119
Hof Den Bosch	09-08-18	ECLI:NL:GHSHE:2018:3371	106
HR	03-09-18	PJ 2018/63	93
Hof Arnhem-Leeuwarden	11-09-18	ECLI:NL:GHARL:2018:8124	66
Rechtbank Noord-Holland	13-09-18	ECLI:NL:RBNHO:2018:8188	122
Hof Arnhem-Leeuwarden	18-09-18	PJ 2018/175	60
Hof Arnhem-Leeuwarden	18-09-18	PJ 2018/174	64
Hof Amsterdam	25-09-18	ECLI:NL:GHAMS:2018:3495	31
Rechtbank Oost-Brabant	27-09-18	ECLI:NL:RBOBR:2018:4667	18
HR	05-10-18	ECLI:NL:HR:2018:1845	24
Hof Den Haag	10-10-18	ECLI:NL:GHDHA:2018:2664	108

Gerechtshof Amsterdam	16-10-18	ECLI:NL:GHAMS:2018:3786	78
HR	30-10-18	ECLI:NL:PHR:2018:1214	125
Rechtbank Amsterdam	06-11-18	ECLI:NL:RBAMS:2018:7927	64
Hof Den Haag	04-12-18	ECLI:NL:GHDHA: 2018:3332	52
HR	21-12-18	ECLI:NL:HR:2018:2363	62

