

Kroniek pensioenrecht 2004-2005 (I)

Mr. R. Achttienribbe, mr. B.J. Bodewes, mr. A.W. Cramer
en mr. W.P.M. Thijssen¹

Nieuw voor het Advocatenblad is deze kroniek pensioenrecht. Het pensioenrecht is binnen de advocatuur inmiddels een zo sterk verankerd specialisme, dat een pensioenrechtelijke kroniek gewenst is. De kroniek beslaat de belangrijkste ontwikkelingen in het pensioenrecht in 2004-2005.

INHOUD

DEEL I

AANSPRAKELIJKHEID VOOR UITVOERING PENSIOENREGELINGEN

EVENREDIGE OPBOUW EN (AF)FINANCIERING VAN PENSIOEN/ AFKOOPT(VERBOD)

- Affinancieringsverplichting rust op werkgever?
- Hoogte affinancieringsverplichting
- Affinancieringsverplichting onderdeel van ontbindingsvergoeding?

OVERGANG ONDERNEMING

TOESLAGVERLENING

HERSTEL VAN ADMINISTRATIEVE FOUTEN

RECHTSKARAKTER EN UITLEG VAN PENSIOENTOEZEGGING

- Concretiseren van de pensioentoezegging
- VUT versus pensioen
- Uitleg pensioenreglement

DEEL II

GELIJKE BEHANDELING

- Gelijke behandeling/Arbeidsovereenkomst voor bepaalde-onbepaalde tijd
- Gelijke behandeling/Arbeidsduur (voltijd/deeltijd)
- Gelijke behandeling/Mannen en vrouwen
- Gelijke behandeling/Leeftijdscriminatie/Ontbinding arbeidsovereenkomst in verband met pensionering
- Gelijke behandeling/Leeftijdscriminatie/Pensioensystemen

ECHTSCHIEDING

- Pensioenverevening
- Pensioenverrekening

PENSIOENFONDSEN EN HUN WERKINGSSFEER

- Werkingssfeer verplicht gestelde pensioenfondsen/Vrijstellingsbeleid
- Bedrijfstakpensioenfonds als inhoudingsplichtige
- Uitzendkrachten
- Vergoeding actuariel voordeel en nadeel
- Buitenwettelijke inspraak ondernemingsraad bij besluitvorming van een ondernemingspensioenfonds
- Restitutie en premiekorting

VRIJWILLIG VERVROEGDE UITTREDDING (VUT)

- Werkingssfeer en reikwijdte VUT-CAO/Vrijstelling
- VUT-breuk

PROCESRECHT

REGELGEVING



vennootschappen of pensioenstichtingen (zie art. 2 Pensioen- en spaarfondsenwet, de PSW). De *derde* pijler bestaat uit individuele verzekeringen.

Deze kroniek beperkt zich tot de tweede pijler, te weten de aanvullende pensioenen waarop recht ontstaat uit hoofde van een arbeidsverhouding. Verder beperkt deze kroniek zich tot de belangrijkste ontwikkelingen in het pensioen in de periode 2004-2005. De pensioenrechtelijke literatuur is te omvangrijk om te worden 'meegenomen'. Wel wijzen de auteurs op het verschijnen van een lijvige bundel '*Pensioenrecht*' in de reeks 'Tekst & Commentaar' (onder redactie van M. Dommerholt, P.M.C. de Lange en J.R. Wirschell).

De Commissie Gelijke Behandeling (de CGB) oordeelt ook regelmatig in pensioenzaken. Uitspraken van de CGB zijn niet bindend (art. 13 AWGB en TK 22 014, nr. 3, p. 10), maar zijn in veel gevallen wel erg principieel. Uitspraken van de CGB worden daarom in deze kroniek behandeld omdat het van belang is te weten welke weg de CGB inslaat en voorts om te volgen of deze weg ook door de burgerlijke rechter wordt gevolgd. De vindplaatsen van de genoemde jurisprudentie is in de tekst gemeld. De uitspraken van de CGB die worden genoemd zijn (ook) allemaal terug te vinden op de internetsite van de CGB (www.cgb.nl).

In deze kroniek komen achtereenvolgens de volgende willekeurig lijkende, maar in de periode 2004-2005 actuele, onderwerpen aan de orde: de aansprakelijkheid voor de uitvoering van pensioenregelingen, het gebod tot evenredige toekenning van pensioenopbouw (art. 7a PSW) en financiering van pensioen (art. 8 PSW) in combinatie met de reikwijdte van het afkoopverbod (art. 32, lid 4 PSW), de gevolgen voor pensioenregelingen van overgang van onderneming, toeslagverlening, de (on)mogelijkheid van herstel van administratieve fouten gemaakt bij de uitvoering van pensioenregelingen, uitleg en rechtskarakter van de pensioentoezegging, gelijke behandeling, de gevolgen van scheiding van tafel en bed respectievelijk beëindiging van huwelijk voor pensioenen, de positie van uitzendkrachten, de positie van pensioenfondsen als uitvoerders van pensioenregelingen, VUT-

Pensioen is vanuit maatschappelijk oogpunt belangrijk omdat het stelsel van pensioenen de financiële positie van (gewezen) werknemers bij ouderdom en arbeidsongeschiktheid en van hun nabestaanden bij overlijden waarborgt. De besparingen die met pensioen gemoed gaan worden belegd door pensioenfondsen en verzekeraars. Deze beleggingen zijn een belangrijke motor voor de economie.

Pensioenen worden ontleend aan de overheid, zijn onderdeel van arbeidsvoorwaarden en worden verkregen uit privé-besparingen. In het jargon wordt van het 'driepijlersysteem' gesproken. De *eerste* pijler bestaat uit de staatspensioenen, waarvan de belangrijkste voortvloeien uit de AOW, de Anw en de WAO. De *tweede* pijler bestaat uit de aanvullende pensioenen: de pensioenregelingen die door de sociale partners in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg zijn opgezet of tussen individuele werkgevers en werknemers worden overeengekomen en worden uitgevoerd door (meestal verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen, verzekeraars en (voor de werknemer van een besloten vennootschap die tevens grootaandeelhouder is) pensioen-

1 Alle 4 auteurs zijn werkzaam bij Thijssen Pensioen Advocaten in Amstelveen, mr. Achttienribbe als pensioenjurist, de overige auteurs als advocaat. In deze kroniek worden ook rechterlijke uitspraken behandeld waarbij het kantoor was betrokken. Daarbij is uiterste terughoudendheid betracht. In de tekst is aangegeven welke zaken het betreft.

regelingen, pensioenprocesrecht en enkele belangrijke ontwikkelingen in de pensioenwetgeving.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR UITVOERING PENSIOENREGELINGEN

Uit het veelbesproken Menauer-arrest (HvJ EG 9 oktober 2001, *PJ* 2001/101) blijkt dat niet alleen een werkgever verantwoordelijk is voor de inhoud van de pensioenregeling die deze werkgever aan zijn werknemers toezegt, maar dat ook de pensioenuitvoerder van de pensioenregeling een bepaalde verantwoordelijkheid draagt en zelfs aansprakelijk kan zijn voor gebreken die aan de pensioenregeling kleven. In de door het Hof in het Menauer-arrest berechte situatie was de pensioenregeling in strijd met art. 141 EG-Verdrag, dat gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid voorschrijft. De gediscrimineerde werknemer vorderde met succes herstel van deze discriminatie van de verzekeraar. Tot dan toe waren dergelijke vorderingen nog slechts met succes tegen de toezeggende werkgever ingesteld in de situatie van rechtstreekse verzekering (B- of C-polis; art. 2, lid 4 PSW) en tegen pensioenfondsen. Het praktische gevolg van het Menauer-arrest is dat verzekeraars, evenals pensioenfondsen sedert het Fisscher-arrest (HvJ EG 28 september 1994, *C-128/93, Jur.* 1994, p. I-4583), niet als lijdelijke uitvoerders kunnen fungeren, maar zich een zelfstandig oordeel omtrent de rechtmatigheid van een te verzekeren pensioenregeling zullen moeten vormen om aansprakelijkheid te voorkomen.

Een interessante uitspraak in dit verband is een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 29 april 2004 (*PJ* 2004/126 met noot in *PJ* 2004/140) over een voorlopige voorzieningsprocedure waarin onder meer de waarschuwingsplicht van een verzekeraar aan de orde was. De eiser in de procedure, die bij gedaagde, een verzekeraar, een pensioen in beleggingseenheden had ingekocht, zelf zijn beleggingsportefeuille, op zeer offensieve wijze, samenstelde en te maken kreeg met sterk dalende uitkeringen als gevolg van tegenvallende beleggingsresultaten, stelde in de procedure onder meer dat de verzekeraar zijn zorgplicht had geschon-

den door eiser niet te waarschuwen en niet regelmatig te adviseren. De Rechtbank Den Haag, die oordeelde dat voor toewijzing in 'kort geding' weliswaar niet de vereiste mate van waarschijnlijkheid van toewijzing van de vordering aanwezig was, overwoog desondanks dat niet was uitgesloten dat in een bodemprocedure zou worden geoordeeld dat de verzekeraar eiser nadrukkelijker had moeten waarschuwen en adviseren.

De CGB toetste (ook) in 2004 verschillende keren of een pensioenuitvoerder onderscheid maakte dat in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving, bijvoorbeeld in strijd met het verbod onderscheid te maken naar burgerlijke staat, naar geslacht of naar leeftijd. Uit de oordelen van de CGB (zie daarover bijvoorbeeld CGB 12 juli 2004, Oordeel 2004/90) blijkt dat een pensioenuitvoerder naar het oordeel van de commissie een eigen verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving.

Indien in een pensioenreglement direct, en daarmee voor de pensioenuitvoerder kenbaar, onderscheid wordt gemaakt, handelt de pensioenuitvoerder in beginsel in strijd met gelijkebehandelingswetgeving. Maar ook indien een pensioenregeling neutraal is geformuleerd, in die zin dat (indirecte) discriminatie niet uit de formulering van de pensioenregeling blijkt, maar de pensioenregeling desondanks feitelijk tot discriminatie leidt, is het mogelijk dat een pensioenuitvoerder in strijd met gelijkebehandelingswetgeving handelt. Uit de uitspraken van de

CGB komt in dit verband het volgende beeld naar voren. In de situatie waarin er voor de pensioenuitvoerder geen aanleiding bestaat te veronderstellen dat sprake is van discriminatie (dit is denkbaar in de situatie waarin een werkgever selectief werknemers bij de pensioenuitvoerders aanmeldt), handelt een pensioenuitvoerder naar het oordeel van de CGB niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving (CGB 26 maart 2004, Oordeel 2004/28). In de situatie waarin de pensioenregeling mogelijk discriminatie oplevert, handelt de pensioenuitvoerder, afhankelijk van de samenstelling van het personeels- dan wel deelnemersbestand, mogelijk wel in strijd met gelijkebehandelingswetgeving (CGB 7 januari 2004, Oordeel 2004-2; CGB 30 januari 2004, Oordeel 2004-31; CGB 30 januari 2004, Oordeel 2004-32; CGB 30 januari 2004, Oordeel 2004-34, *PJ* 2004/62; CGB 1 maart 2004, Oordeel 2004-17).

In de als laatste genoemde uitspraak van de CGB, oordeelde de CGB dat van een pensioenverzekeraar, als bij uitstek deskundige partij op het gebied van pensioenen, mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van de ontwikkelingen die maken dat onderdelen van de door die verzekeraar uitgevoerde pensioenregelingen discriminatoir zouden kunnen zijn en dat hij zijn klanten daarover op adequate wijze dient te informeren.

EVENREDIGE OPBOUW EN (AF)FINANCIERING VAN PENSIOEN/ AFKOOP(VERBOD)

Tot 1 januari 2000 gold dat uitstelfin-





ciering van pensioenaanspraken was toegestaan. Dit betekende dat de financiering van pensioenaanspraken mocht achterlopen op de opbouw van die pensioenaanspraken. Sedert 1 augustus 1987 gold op grond van art. 8 PSW (oud) (voor pensioenfondsen) en art. 9 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen PSW) (oud) (voor rechtstreeks, zonder tussenkomst van een pensioenfonds, bij een verzekeraar verzekerde pensioenregelingen) dat de werkgever in geval van beëindiging van de deelneming aan het pensioenfonds, respectievelijk bij het einde van het dienstverband, diende zorg te dragen voor de affinanciering van toegekende aanspraken op ouderdomspensioen tussen de datum van beëindiging van de deelneming respectievelijk het dienstverband en de pensioendatum. Snellere affinanciering was toegestaan en in geval van waardeoverdracht was onmiddellijke affinanciering verplicht. Voor nabestaandenpensioen bleef de vóór 1 augustus 1987 geldende regeling gelden. Sinds 1 januari 2000 geldt zowel voor ouderdomspensioen als voor nabestaandenpensioen het gebod dat in de tijd gelijkmatige pensioenopbouw moet worden toegekend (art. 7a PSW) en dat in een bepaald jaar toegekende pensioenaanspraken in dat jaar moeten worden gefinancierd (art. 8 PSW).

Voor pensioenaanspraken opgebouwd vóór 1 januari 2000 geldt dat gelijkmatige affinanciering in de periode tot 2010 (met onthefing van De Nederlandsche Bank (DNB) is uitstel tot 2015 mogelijk) moet worden gerealiseerd. In dit onderdeel wordt achtereenvolgens ingegaan op de vraag welke partij tot affinanciering van pensioen verplicht is, welke de omvang van de affinancieringsverplichting is en of en in hoeverre de affinancieringsverplichting onderwerp van een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW) kan zijn.

Affinancieringsverplichting rust op werkgever?

In art. 8 PSW en art. 9 Regelen PSW is het dwingendrechtelijke uitgangspunt neergelegd dat affinanciering voor rekening van de werkgever komt. In Hof Amsterdam 13 mei 2004, *PJ* 2004/108², werd afgeweken van dit uitgangspunt. In deze zaak gold voor de werknemer oorspronkelijk een pensioentoezegging die was gebaseerd op 50% van het laatstgenoten salaris. Op initiatief van de werknemer werd deze pensioentoezegging gewijzigd in een toezegging op basis van 60% van het laatstverdiende salaris. De premie voor de verhoging kwam volledig voor rekening van de werknemer. Toen het dienstverband vóór de pensioendatum eindigde, stelde de werkgever zich op het standpunt slechts tot affinanciering van de oorspronkelijke toezegging, op basis van 50% van het laatstgenoten salaris, gehouden te zijn. De werknemer vorderde affinanciering op basis van 60% van het laatstgenoten salaris. Het Hof wees die vordering af, omdat volgens het Hof niet kon worden aangenomen dat de wetgever met de regelgeving van art. 8 PSW en art. 9 Regelen PSW heeft beoogd in een specifieke situatie als de onderhavige, de werkgever te belasten met de affinanciering. Strikt pensioenrechtelijk bezien stemt de uitspraak van het Hof niet overeen met de toepasselijke (materiële) wetgeving, met name gelet op het feit dat een werknemer slechts met instemming van zijn werkgever de voor hem geldende pensioentoezegging kan wijzigen. De bijzondere omstandigheden van het geval brachten het Hof echter tot een ander oordeel. Opvallend is dat het Hof oordeelde dat de affinancieringsverplichting in de berechte situatie niet gold. Zuiverder zou zijn geweest als het Hof zou hebben geoordeeld dat de affinancieringsverplichting strikt genomen wel gold, maar op grond van derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terzijde werd gezet. Het Hof heeft deze 'route' mogelijk niet willen bewandelen, omdat de redelijkheid en billijkheid in de jurisprudentie slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot het terzijde schuiven van verbintenissen plegen te leiden.

Hoogte affinancieringsverplichting

In Hof Arnhem 21 oktober 2004, *PJ* 2004/58, bestond geen discussie over de vraag of de werkgever de verplichting had het pensioen van een werknemer, die uit dienst trad voordat hij de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, tot het tijdsevenredige niveau af te financieren. Over de hoogte van het af te financieren bedrag ontstond echter wél discussie. De werkgever had aan de werknemer een pensioenregeling volgens een eindloonstelsel toegezegd en had de werknemer, conform art. 2, lid 4, sub C van de PSW, in staat gesteld deze eindloonregeling te verzekeren in de vorm van een C-polis. Deze C-polis deelde in de maatschappijwinst van de verzekeraar. De werkgever stelde dat bij de vaststelling van de hoogte van de door de werkgever verschuldigde affinancieringspremie, rekening diende te worden gehouden met de winstbijbeschrijving op de C-polis.

De werknemer was een andere mening toegedaan. In zijn visie dienden de winstbijbeschrijvingen niet voor de dekking van de nominale pensioenaanspraken, maar waren deze bedoeld om die nominale rechten te kunnen indexeren. Het Hof stelde de werkgever in het gelijk, omdat de werkgever, op grond van de tussen de werknemer en de verzekeraar gesloten C-polis, er op mocht vertrouwen dat zowel de premie als de winstdeling zou worden aangewend voor de financiering van de nominale pensioentoezegging.

Uit het arrest blijkt maar weer eens, dat het van groot belang is dat een werkgever en een werknemer duidelijke afspraken maken over de pensioentoezegging en de verzekering en financiering daarvan, met name indien vast omschreven pensioenaan-

spraken worden toegezegd en ter dekking daarvan een kapitaalverzekering met pensioenclausule wordt gesloten (men spreekt van hybride pensioenregelingen). Overigens geldt óók voor hybride pensioenregelingen sedert 1 januari 2000 het gebod tot evenredige pensioenopbouw en financiering. Dit gebod wordt door DNB strikt uitgelegd blijkens haar beleidsregel van 20 december 2000, te vinden op www.dnb.nl. DNB dwingt verzekeraars jaarlijks vast te stellen hoe het te bereiken kapitaal, uitgaande van de actuele markttrente en actuele tarieven voor de inkoop van direct ingaande en uitgestelde pensioenen, zich verhoudt tot het te bereiken pensioen. Een tekort dient in het betreffende jaar te worden bijverzekerd.

Affinancieringsverplichting onderdeel van ontbindingsvergoeding?

De Kantonrechter Haarlem oordeelde op 7 april 2004 (PJ 2004/111) dat de verplichting van de werkgever om het door hem toegezegde pensioen tot het tijdsevenredige niveau af te financieren in geval van beëindiging van het dienstverband met een werknemer vóór diens pensioendatum, geacht moest worden in de ontbindingsvergoeding te zijn begrepen, omdat de affinancieringsverplichting het dwingendrechtelijk gevolg is van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze uitspraak wijkt af van de zogenaamde Baijings-doctrine (in gang gezet met HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248) die (globaal) inhoudt dat een werknemer na het aangaan van een vaststellingsovereenkomst die tot ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst leidt, geen contractuele vorderingen meer op zijn (vroegere) werkgever heeft, omdat de affinancieringsvordering (althans voorzover het ouderdomspensioen betreft) op een verbintenis uit de wet berust.

In dit verband wordt opgemerkt dat de affinanciering van nabestaandenpensioen onder de tot 2000 geldende regeling niet wettelijk verplicht is, maar in de praktijk wel vaak in pensioenregelingen wordt toegezegd. De uitspraak van de Kantonrechter Haarlem wijkt eveneens af van eerdere rechtspraak waarin de lijn werd uitgezet dat van de dwingendrechtelijke affinancieringsverplichting slechts afstand kan worden gedaan conform het bepaalde in art. 6:14 BW in het

kader van een vaststellingsovereenkomst indien de werknemer zich deze consequentie van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst uitdrukkelijk realiseert (Hof Amsterdam 11 november 1993, PJ 1996/23, Hof 's-Gravenhage 17 december 1998, PJ 1999/20 en Arbitraal vonnis 29 juni 2002, PJ 2003/136).

De Baijings-doctrine volgend, zou over de dwingendrechtelijke affinancieringsverplichting van ouderdomspensioen niet, maar over de contractuele affinancieringsverplichting van nabestaandenpensioen (gemeengoed in aanvullende pensioenregelingen) wel kunnen worden beschikt in het kader van het aangaan van een vaststellingsovereenkomst indien de verplichting tot affinanciering ontstaat door beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In elk geval blijkt dat het van groot belang is in het kader van onderhandelingen over de voorwaarden voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst aandacht te besteden aan de vraag of op de werkgever mogelijk nog een affinancieringsverplichting rust.

OVERGANG ONDERNEMING

Bij de overgang van een onderneming in de zin van art. 7:662 BW (er dient sprake te zijn van een overgang van ondernemingsactiviteiten of delen daarvan, bijvoorbeeld door een bedrijfsfusie of een bedrijfsplitsing), gaan arbeidsvoorwaarden mee over. De nationale rechter beoordeelt aan de hand van de feitelijke omstandigheden of sprake is van een overgang van onderneming. De implementatiewetgeving in de art. 7:662 e.v. BW is gebaseerd op EG-Richtlijn 77/187 en op EG-Richtlijn 98/50, beide geconsolideerd in en vervangen door EG-Richtlijn 2001/23 die ziet op de bescherming van rechten van werknemers bij de overgang van een onderneming. In de EG-Richtlijn 2001/23 is in art. 4, onder a een uitzondering opgenomen voor pensioenen, zodat pensioenen niet onder de richtlijn vallen.

In art. 7:662 e.v. BW is evenwel sedert 1 juli 2002 bepaald dat pensioenen wél mee overgaan, behalve in bijzondere situaties (te weten: de situatie waarin voor de werknemers die bij de overgang zijn betrokken bij de verkrijger een verplicht gestelde pensioenregeling van een bedrijfstakpensioen-

deze pensioenen in mijn pensioen geeft me net zo goed opvliegers...



fonds gaat gelden of de situatie waarin de verkrijger reeds een 'eigen' pensioenregeling kende die ook voor de werknemers afkomstig van de vervreemder gaat gelden, zelfs indien die pensioenregeling in neerwaartse zin afwijkt van de pensioenregeling die bij de vervreemder gold).

Het HvJ EG oordeelde op 6 november 2003, PJ 2004/71, naar aanleiding van prejudiciële vragen vanuit het Verenigd Koninkrijk, dat de uitzondering voor pensioenen van art. 3, lid 3, van EG-Richtlijn 77/187 strikt moet worden uitgelegd. Het Hof overwoog dat onder de uitzondering slechts vallen 'uitkeringen die worden uitbetaald vanaf het moment waarop de werknemer het in de algemene opzet van het betrokken pensioenstelsel voorziene normale einde van zijn loopbaan bereikt, en niet de uitkeringen die worden betaald in andere omstandigheden, ook niet indien die uitkeringen worden berekend aan de hand van de berekeningswijze van de gewone pensioenen' (zie voor een vergelijkbare uitspraak HvJ EG 4 juni 2002, PJ 2002/99).

Zoals opgemerkt, geldt in het Nederlandse recht sedert 1 juli 2002 als hoofdregel dat bij de overgang van een onderneming ook pensioenen mee overgaan. De onderhavige uitspraak zal daarom voor de Nederlandse situatie slechts van belang kunnen zijn, voorzover op die hoofdregel uitzonderingen gelden. Gedacht zou kunnen worden, bij wijze van voorbeeld, aan een dienstjarenafhankelijke periodieke uitkering die in het

voorzicht is gesteld aan bij de overgang betrokken werknemers, die ver vóór de reguliere pensioendatum meewerken aan de beëindiging van hun dienstverband in het kader van een reorganisatie, ter compensatie van als gevolg van uitdiensttreding gederfd inkomen.

TOESLAGVERLENING

Sedert ongeveer het jaar 2000 zijn de beleggingsrendementen van pensioenfondsen sterk gedaald. Deze daling had tot gevolg dat veel pensioenfondsen niet in staat waren tot adequate toeslagverlening aan slapers en gepensioneerden. Met name gepensioneerden werden geconfronteerd met het gevolg dat de jaarlijkse index die gewoonlijk aan hen werd toegekend, niet meer of slechts in beperkte mate kon worden toegekend door het pensioenfonds of de verzekeraar waarvan zij pensioen ontvingen. Het gevolg was dat de vraag rees of en in hoeverre indexering een onvoorwaardelijk recht was, of door het volgen van een bestendige gedragslijn voor indexering was geworden, of een voorwaardelijk recht, gezien het vaak in pensioenreglementen gemaakte voorbehoud dat de jaarlijkse index slechts wordt toegekend indien en voorzover de financiële middelen indexering toelaten. De lijn in de rechtspraak tot 2004 was dat specifieke toezeggingen omtrent toeslagverlening zonder financieel voorbehoud dienden te worden nagekomen (Hoge Raad 20 april 2001, *PJ* 2001/54 inzake Protector). Een bestendige gedragslijn met betrekking tot toeslagverlening die voorwaardelijk is geformuleerd kon echter volgens de rechtspraak worden doorbroken, mits de doorbreking van de bestendige gedragslijn goed werd gemotiveerd en de betrokkenen goed werden geïnformeerd (Ondernemingskamer Hof Amsterdam 9 juli 2002, *PJ* 2002/97 inzake Kemira).

In een geruchtmakend vonnis in 2004 gewezen (President Rechtbank Arnhem 16 april 2004, *PJ* 2004/74) heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat het pensioenfonds van een werkgever in de zuivelbranche, dat met een financieel tekort kampte, en die werkgever, vooruitlopend op de uitkomst van een lopende bodemprocedure, de indexering over 2004 niet mochten korten. In het vonnis werd door de voorzienin-

genrechter over de volgende aspecten een voorlopig oordeel gegeven: het verschuldigd zijn van (extra) financiële middelen door de werkgever aan het pensioenfonds voor indexering op basis van de financieringsovereenkomst, de status van het herstelplan dat door het pensioenfonds bij DNB was ingediend, premierestituties uit het verleden, het (on)voorwaardelijke karakter van de door het pensioenfonds toegekende indexering en de status van de CAO die bij de werkgever gold ten opzichte van slapers en gepensioneerden.

De voorzieningenrechter oordeelde dat de werkgever het pensioenfonds van extra financiële middelen zou moeten voorzien omdat door de werkgever bij het aanvaarden van premierestituties in het verleden zou zijn toegezegd dat deze weer zouden worden teruggestort indien het pensioenfonds in de toekomst met een tekort zou worden geconfronteerd. In die zin was geen sprake van een voldoende voorwaardelijke toezegging om de indexering te kunnen korten. Door de werkgever en het pensioenfonds werd echter geen beroep gedaan op in de visie van auteurs relevante beschikbare argumenten, zoals het aan het algemene vermogensrecht te ontleen argument dat duurovereenkomsten in de regel kunnen worden opgezegd.

In hoger beroep oordeelde het Hof Arnhem op 25 januari 2005, *PJ* 2005/31 meer in lijn van de eerdere rechtspraak, dat het pensioenfonds de toeslagverlening wel kon stopzetten. Het pensioenreglement van het pensioenfonds was met het oog op het tekort in deze zin aangepast, dat op grond van een nieuwe bepaling in het pensioenreglement door middel van een bestuursbesluit de indexering kon worden gekort.

Ook in een vonnis betreffende een werkgever in de kantoormachinebranche van de Kantonrechter te Venlo (16 juni 2004, *PJ* 2004/99) oordeelde de kantonrechter dat het besluit van het pensioenfonds waarbij die werkgever was aangesloten om niet te indexeren op juiste gronden was genomen omdat indien wel een index zou zijn toegekend, het pensioenfonds in een situatie van onderdekking zou zijn gekomen en het besluit om niet te indexeren werd genomen in het kader van een herstelplan. Het besluit om niet te indexeren was in het kader van

een goede belangenafweging op grond van art. 5 lid 4 PSW volgens de kantonrechter evenwichtig.

Het hiervoor behandelde vonnis van 16 april 2004 van de President Rechtbank Arnhem (*PJ* 2004/74) was onder andere van belang omdat de voorzieningenrechter in die zaak oordeelde dat een CAO de positie van slapers en gepensioneerden ten opzichte van het pensioenfonds niet kon beïnvloeden. In gelijke zin oordeelde de Rechtbank Middelburg op 5 november 2003, *PJ* 2004/83 over de binding van VUT'ers aan een bij CAO overeengekomen wijziging. Een CAO heeft volgens de rechtbank niet een zodanige ruime strekking dat voor ex-werknemers bindende afspraken kunnen worden gemaakt. De vraag naar de gebondenheid van gepensioneerden en slapers aan een bij CAO overeengekomen wijziging heeft op pensioengebied grote actualiteitswaarde in verband met beantwoording van de vraag of slapers en gepensioneerden op basis van een CAO kunnen worden gebonden aan een korting op de indexatie. In de literatuur wordt wel aangenomen dat dit het geval zou kunnen zijn, zeker indien zij lid zijn van een vakorganisatie die partij is bij de CAO.

HERSTEL VAN ADMINISTRatieve FOUTEN

In het pensioenrecht is een duidelijke trend waarneembaar naar stringenter toetsing van de administratieve uitvoering van pensioenregelingen door pensioenfondsen en verzekeraars. Bij de toetsing draait het steeds om toepassing van de vertrouwensleer (art. 3:35 BW), zie Kantonrechter Amsterdam 12 februari 1997, *PJ* 1998/3 en Rechtbank Den Haag 29 september 1999, *PJ* 2000/42.

Een pensioenfonds uit de bouwsector had in de periode 1993-1997 abusievelijk extra pensioenaanspraken toegekend aan een gewezen deelnemer op basis van de onjuiste veronderstelling dat deze gewezen deelnemer recht had op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw in verband met arbeidsongeschiktheid, terwijl de deelnemer niet meer arbeidsongeschikt was in de zin van het relevante pensioenreglement. Het pensioenfonds had betrokkene in die periode ook geïnformeerd over de toekenning van de extra pensioenaanspraken. Toen het pensioenfonds de fout ontdekte, draaide

het deze toekenning terug. De Rechtbank Maastricht 17 december 2003 (PJ 2004/59 en 84) oordeelde dat het pensioenfonds daartoe bevoegd was, omdat betrokkene in de gegeven omstandigheden (eiser was al 17 jaar niet meer werkzaam in de bouwsector en had in de periode 1976-1993 geen pensioenopgave van het Pensioenfonds ontvangen) aan de bijboekingen niet het gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontlenen dat hij recht had op de bedoelde premievrije pensioenopbouw.

Deze uitspraak wijkt, kennelijk gezien de bijzondere feitelijke omstandigheden, af van de 'strengere' lijn die in oudere rechtspraak is gevolgd.

RECHTSKARAKTER EN UITLEG VAN PENSIOENTOEZEGGING

In dit onderdeel wordt ingegaan op jurisprudentie die de vraag beantwoordt of onder bepaalde omstandigheden sprake is van een toezegging die een afdwingbaar recht op toekenning van pensioenaanspraken schept, of sprake is van VUT dan wel van (pre)pensioen en op jurisprudentie terzake de uitleg van een pensioentoezegging en een overeenkomst van pensioenverzekering.

Concretiseren van de pensioentoezegging

De PSW is van toepassing indien sprake is van een pensioentoezegging. Om als werknemer een recht te kunnen ontlenen aan een pensioentoezegging, dient de toezegging voldoende geconcretiseerd te zijn. Dit blijkt uit art. 6:227 BW en voorts uit de jurisprudentie. In de volgende drie uitspraken kwam dit aan de orde. De Centrale Raad van Beroep heeft op 16 april 2003 (PJ 2004/18) geoordeeld dat het UWV, in het geval van overname van loonbetalingsverplichtingen van een werkgever, terecht heeft geweigerd de pensioenaanspraak in de loonbetalingsverplichtingen te betrekken omdat de pensioenaanspraak onvoldoende was geconcretiseerd. In het arrest van het Hof Leeuwarden van 24 september 2003 (PJ 2004/26) werd eveneens geoordeeld dat een toezegging voldoende geconcretiseerd dient te zijn om als pensioentoezegging afdwingbaar te zijn. In casu was tijdens een afscheidsceremonie van een werknemer gezegd 'dat als aanvulling op zijn pensioen een toelage zal worden



toegekend'. Het Hof achtte deze toezegging te weinig bepaald om als rechtens bindende (pensioen)toezegging opgevat te kunnen worden. Anders dan in de twee voorafgaande uitspraken werd geoordeeld, oordeelde de Hoge Raad op 27 februari 2004 (PJ 2004/44) wél in het voordeel van de werknemer. Het geschil betrof de vraag of de werknemer uit het feitelijk continueren van de pensioenregeling na de overname van het bedrijf waarbinnen hij werkzaam is, het vertrouwen kon ontlenen dat de werkgever daartoe ook zonder uitdrukkelijke toezegging verplicht was. Een mededeling dat de pensioenregeling niet zou worden voortgezet was nimmer verstrekt. Op de in dit arrest spelende overgang van onderneming was het vóór 1 juli 2002 geldende recht van toepassing. Dit betekent dat de pensioentoezegging niet van rechtswege overging, dit in tegenstelling tot het huidige recht op grond waarvan de hoofdregel vastgelegd in art. 7:663 BW ook voor pensioen geldt. De Hoge Raad oordeelde dat de werknemer er op mocht vertrouwen dat de pensioenvoorziening zou worden voortgezet.

Bovengenoemde zaak illustreert dat ook in het kader van de overgang van een onderneming pensioentoezeggingen door de verkrijgende werkgever zo concreet mogelijk dienen te worden geformuleerd en zo

duidelijk mogelijk dienen te worden gecommuniceerd om claims voor de verkrijgende werkgever te voorkomen.

VUT versus pensioen

Geschillen over de vraag of een bepaalde regeling als VUT-regeling of als pensioenregeling moet worden gekwalificeerd, zijn met regelmaat in de pensioenrechtelijke jurisprudentie terug te vinden. De vraag die in dergelijke zaken centraal staat, is meestal of een werknemer wiens dienstverband eindigt vóórdat de uitkering uit hoofde van de betreffende regeling ingaat, ondanks uitdiensttreding recht zal krijgen op de uitkering. Bij VUT-regelingen is dat niet het geval, bij pensioenregelingen wel (vgl. art. 8 PSW en art. 9 Regelen PSW).

In Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2003, PJ 2004/20 kwam het onderscheid wederom aan de orde. DNB heeft reeds in 1994 enkele essentiële kenmerken van VUT-regelingen naar voren gebracht. Een essentieel kenmerk van een VUT-regeling is in de visie van DNB de tijdelijkheid van die regeling. Het Hof kwam in de berechte situatie tot de conclusie dat de toegezegde overbruggingsuitkering van 62 jaar tot 65 jaar (hoewel onvoorwaardelijk toegezegd en niet slechts gegarandeerd voor personen die binnen een bepaalde periode de leeftijd

zouden bereiken waarop de uitkering zou ingaan) geen 'pensioen' was. Het Hof ging bij de beoordeling uit van de materiële kenmerken van de regeling en hanteerde niet uitsluitend het criterium van de tijdelijkheid van de regeling. Ook het Hof 's-Gravenhage boog zich in een arrest van 20 februari 2004 (PJ 2004/46, noot in PJ 2004/57)³ over de vraag of een toezegging 'VUT' of 'pensioen' was. Bij de invoering van een prepensioenregeling ter vervanging van de VUT werd voor oudere werknemers een overgangsmaatregel getroffen die inhield dat zij van de VUT-regeling gebruik konden blijven maken. Die regeling was in de CAO vastgelegd. Het Hof oordeelde dat een uitkering uit hoofde van de overgangsmaatregel geen 'pensioen' was en baseerde dit oordeel op de omstandigheden dat:

- de hoogte van de uitkering niet afhankelijk was van het aantal dienstjaren;
- de financiering plaatsvond op basis van een omslagstelsel;
- de regeling een tijdelijk karakter had omdat deze slechts gold voor de duur van de CAO;
- geen rechten werden toegekend bij uitdiensttreding vóór de ingangsdatum van de uitkering;
- de regeling 'VUT' werd genoemd; en ten slotte
- dat de uitkering niet door het pensioenfonds van de werkgever werd verleend, maar door de werkgever zelf.

Ook na deze uitspraken zal nog veel jurisprudentie volgen over de vraag of een toezegging als 'pensioen' of 'VUT' moet worden gekwalificeerd. In de praktijk dient een werknemer zich bij (onderhandelingen over de voorwaarden voor) uitdiensttreding de vraag te stellen of als gevolg van uitdiensttreding bepaalde vooruitzichten op een uitkering bij het bereiken van een bepaalde leeftijd verloren gaan en zo ja, of de werknemer daarvoor zou dienen te worden gecompenseerd.

In verband met dit laatste rijst tevens de vraag of en in hoeverre een werkgever een werknemer waarmee wordt onderhandeld over het sluiten van een vaststellingsovereenkomst tot beëindiging van het dienstverband, over de gevolgen van de regeling voor zijn pensioenrechten dient te informeren. In een uitspraak van de Kantonrechter Tilburg van 4 juni 2003 (PJ 2003, 98)⁴ kwam de hiervoor genoemde vraag aan de orde. De arbeidsovereenkomst van de werknemer eindigde door ontbinding. De werknemer was op dat moment ziek, maar ontving nog geen WAO-uitkering. Bij latere toekenning van de WAO-uitkering bleek hij niet meer in aanmerking te komen voor een arbeidsongeschiktheidspensioen of voor premievrijstelling voor de opbouw van zijn pensioen. De werknemer vorderde van de werkgever een vergoeding van de geleden pensioenschade daar de werkgever hem op deze consequentie van ontbinding van de arbeidsovereenkomst had moeten wijzen. De Kantonrechter oordeelde dat de claim van de werknemer moest worden afgewezen omdat de onderzoeksplicht van de werknemer in casu zwaarder diende te wegen dan de informatieplicht van de werkgever, mede gezien het feit dat de werknemer zelf terzake deskundig was en in het kader van de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst door een jurist was bijgestaan.

Uitleg pensioenreglement

Het spraakmakende arrest dat de Hoge Raad op 20 februari 2004 (JAR 2004/83 inzake Pensioenfonds DSM Chemie/Fox) wees, is ook voor het pensioenrecht van belang. In dit arrest ging de Hoge Raad in op de verhouding tussen de welbekende Haviltex-uitlegmethode en de CAO-uitlegmethode en overwoog dat tussen deze twee methoden van uitleg geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang. De twee uitlegmethoden hebben, zo overwoog de Hoge Raad, een gemeenschappelijke grondslag. Van beslissende betekenis zijn de concrete omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het concrete geval met zich brengen. In het arrest ging het concreet om de uitleg van een pensioenreglement in een procedure tussen een werknemer en een

pensioenfonds. In dat kader was de vraag hoe een pensioenreglement dient te worden gekwalificeerd. De Hoge Raad kwalificeerde het pensioenreglement in het berechte geval als een overeenkomst tussen de werkgever en het pensioenfonds, waarin een derdenbeding ten behoeve van de werknemer was opgenomen. In de verhouding tussen de werknemer en het pensioenfonds diende het pensioenreglement te worden uitgelegd aan de hand van de geobjectiverde CAO-uitlegmethode. Dat is opmerkelijk, omdat de Hoge Raad in een eerder arrest (HR 18 oktober 2002, NJ 2002/258; Pieterse/Nationale-Nederlanden) een pensioenreglement kwalificeerde als een overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer. In dit arrest oordeelde de HR ook op welke wijze de algemene voorwaarden bij de verzekeringsovereenkomst gesloten ter dekking van de aanspraken voortvloeiend uit een pensioenreglement dienen te worden uitgelegd, namelijk op basis van de Haviltex-formule rekening houdend met de contra proferentem regel. In HR 26 november 2004, JAR 2004/290, bevestigde de Hoge Raad, onder verwijzing naar het arrest van 20 februari 2004, dat een pensioenreglement in de verhouding tussen een werknemer en een pensioenfonds dient te worden uitgelegd aan de hand van de CAO-uitlegmethode, zonder zich overigens expliciet uit te laten over de kwalificatie van het pensioenreglement. In HR 28 mei 2004 oordeelde de Hoge Raad dat een pensioenreglement óók in de verhouding tussen een werknemer en een werkgever dient te worden uitgelegd op basis van de CAO-uitlegmethode, eveneens onder verwijzing naar het arrest van 20 februari 2004.

In 2005 kwam de Kantonrechter Deventer in een vonnis van 27 januari 2005, PJ 2005/33 tot het oordeel dat de tekst uit de pensioentoezegging voldoende helder was en daarom geen uitleg behoefde volgens het Haviltex-criterium. Lutjens stelt in de noot bij deze uitspraak in de PJ, ons inziens terecht, dat uit het arrest 'Pensioenfonds DSM Chemie/Fox' naar voren komt dat bij de uitleg van een pensioentoezegging of pensioenovereenkomst niet uitsluitend van de tekst moet worden uitgegaan, maar dat alle omstandigheden van het geval bij de uitleg moeten worden gewogen. ●

³ Kantoorzaak.

⁴ Kantoorzaak.