

Kroniek Pensioenrecht

De afgelopen periode gaf meer dan voldoende stof voor deze Kroniek Pensioenrecht 2013-2014. Centraal in de media stond vooral de discussie tussen 'jong en oud': dienen de pensioenen van pensioengerechtigden te worden geïndexeerd, eventueel ten koste van de pensioenen van latere generaties? Maar er waren meer ontwikkelingen.



*Bastiaan Bodewes, Annemiek Cramer,
Jan Aart van de Hoef, Naime Tali en Wim Thijssen¹*

Inleiding » De pensioenovereenkomst » Wijziging pensioenovereenkomst/wijziging bijdrage premie zorgverzekering » De uitvoeringsovereenkomst » Aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen » Vrijstelling van verplichte deelneming aan bedrijfstakpensioenfondsen » Evenwichtige belangenbehartiging door pensioenfondsbesturen » Pensioenadvisering » Herstel van fouten door pensioenuitvoerders » Gelijke behandeling » Pensioen en scheiding » Procesrecht » Tot besluit

¹ Mr. B.J. Bodewes is verbonden aan Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries, mr. A.W. Cramer CPL aan Cramer Pensioen Advocatuur te Amsterdam, mr. J.A. van de Hoef CPL aan Van de Hoef Pensioen Advocatuur te Woerden, mr. N. Tali aan Tali Advocatuur te Amsterdam en mr. W.P.M. Thijssen aan Thijssen Pensioen Advocatuur te Heemstede. Mrs. Cramer, Van de Hoef en Thijssen werken in een kantoorcombinatie (www.pensioenadvocaten.nl). Mr. Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

INLEIDING

Medio 2014 trad de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (*Stbl.* 2013/302) in werking. Deze wet had grote impact voor de governance van pensioenfondsen. Pensioenfondsen dienden te kiezen uit vijf bestuursmodellen, al dan niet met externe onafhankelijke bestuursleden en al dan niet met intern toezicht ('*one tier board*') of extern toezicht. De medezeggenschap kwam te liggen bij een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan in plaats van bij de vroegere deelnemersraad, bekleed met het beroepsrecht bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam zoals dat aan de vroegere deelnemersraad toekwam. In het kader van medezeggenschap valt nog een belangrijke wijziging te melden die onderdeel was van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen: in de Wet op de ondernemingsraden werd in artikel 27, lid 7 een instemmingsrecht opgenomen voor de ondernemingsraad voor wijziging van de pensioenovereenkomst die wordt uitgevoerd door pensioenfondsen. Voorheen lag slechts vast dat de ondernemingsraad instemmingsrecht had voor wijziging van een pensioenovereenkomst die door een verzekeraar werd uitgevoerd. Tot slot kwam eind 2014 de Wet aanpassing financieel toetsingskader (*Stbl.* 2014/567) tot stand. Deze wet regelde dat pensioenfondsen grotere buffers dienen aan te houden om pensioenen op lange termijn veilig te stellen. Feitelijk betekent dat meer zekerheid op de langere termijn, wat vooral voor jongeren van belang is. Voor pensioengerechtigden betekent het dat indexering van hun pensioen vrijwel illusoir zal blijken. Hoewel de rendementen van de pensioenfondsen een stijgende lijn vertonen, nemen de verplichtingen door de structureel lage rente ook (enorm) toe. De rendementen zijn hard nodig ter dekking van die toename van

de verplichtingen. Kortom: op wetgevingsterrein was 2014 een boeiend jaar voor de pensioenwereld, maar dat geldt niet minder voor de ontwikkelingen in de rechtspraak. Die ontwikkelingen komen hierna gerubriceerd naar de belangrijkste thema's aan de orde.

DE PENSIOEN- OVEREENKOMST

De werkgever gemeente Bergen had eiseres in een bestuursrechtelijke kwestie waarover Rechtbank Noord-Holland te oordelen kreeg (ECLI:NL:RBNHO:2014:2525, *PJ* 2014/144), voortgaand aan het ontslag van eiseres, niet geïnformeerd dat het ontslag zou leiden tot verlies van voorwaardelijke pensioenaanspraken. Eiseres, die met het ontslag had ingestemd, verzocht enige tijd later schadevergoeding van de gemeente Bergen. De rechtbank overwoog dat eiseres het in feite niet eens was met het ontslagbesluit, aangezien dit besluit voor haar verlies van pensioenaanspraken impliceerde. Vervolgens overwoog de rechtbank dat, op grond van de leer van de formele rechtskracht van besluiten waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat, van de rechtmatigheid van het ontslagbesluit moest worden uitgegaan, en dat daar volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep slechts in uitzonderlijke situaties van kon worden afgeweken. De omstandigheid dat de gemeente Bergen eiseres voortgaand aan het ontslag niet had geïnformeerd, maakte naar het oordeel van de rechtbank niet dat sprake was van een uitzonderlijke situatie waardoor het bestreden besluit onrechtmatig zou zijn. De rechtbank overwoog daarbij dat het aan eiseres bekend was dat het ABP de pensioenuitvoerder was en dat het op haar weg had gelegen om bij het ABP navraag te doen over de gevolgen van een ontslag, alvorens daarmee in te

stemmen. De vraag rijst of de uitspraak op basis van het civiele recht gelijklopend zou zijn geweest.

WIJZIGING PENSIOEN- OVEREENKOMST/WIJZIGING BIJDRAGE PREMIE ZORGVERZEKERING

De vraag of, en zo ja op welke grondslag (artikel 3:13, artikel 6:2, artikel 6:248, lid 2, artikel 7:611, artikel 7:613 Burgerlijk Wetboek of artikel 19 Pensioenwet?) een met een werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarde die na pensionering doorloopt door de ex-werkgever kan worden gewijzigd, bleek ook in de periode 2013-2014 weer actueel.

In de Kroniek Pensioenrecht van april 2014 kwam het arrest-ECN/OMEN (Hoge Raad 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, *PJ* 2013/161) al aan de orde. ECN wijzigde eenzijdig de indexatie ten opzichte van haar ex-werknemers van een onvoorwaardelijk recht naar een voorwaardelijk recht. Het oordeel van de Hoge Raad kwam er, kort samengevat, op neer dat indien sprake is van pensioenaanspraken, het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de pensioenrechtelijke verhouding tussen partijen als 'uitgewerkt' zou moeten worden aangemerkt. Volgens de Hoge Raad wordt die rechtsverhouding in dat geval, zij het niet meer in de hoedanigheid van werkgever en werknemer, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Het arrest lag in lijn van Hof Amsterdam 12 juni 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, *PJ* 2012/119), bekrachtigd in HR 8 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1134, *PJ* 2013/191) inzake Delta Lloyd. Volgens de Hoge Raad betekent de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd niet dat de aanspraak op indexatie in de uitkeringsfase van het pensioen onaantastbaar zou zijn



geworden. Of (en zo ja: in hoeverre) die aanspraak kan worden aangetast, was afhankelijk van de wet, de regels die de uitvoering van de pensioenovereenkomst beheersten en van de inhoud van die overeenkomst. Volgens de Hoge Raad gold artikel 19 Pensioenwet (de regeling die het eenzijdig wijzigen van de pensioenovereenkomst mogelijk maakt indien de werkgever daarvoor een zwaarwichtig belang heeft) in deze zaak niet omdat de Pensioenwet (Pw) op dat moment nog niet in werking was getreden. De Hoge Raad concludeerde dat voor zover de pensioenreglementen van ECN de bevoegdheid tot wijziging gaven, het gebruikmaken van die bevoegdheid slechts werd beperkt voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik zou maken (artikel 3:13 BW; lichtere toets) of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandig-

heden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW, de zwaardere 'onaanvaardbaarheids' toets).

Op het moment dat de Hoge Raad het arrest-ECN/OMEN wees, had Hof Amsterdam op 11 maart 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4015) inmiddels tussenarrest gewezen in een zaak van een groep van ex-werknemers (gepensioneerden) van ASR tegen ASR. Het hof had daarbij met verwijzing naar de systematiek (en bewoordingen) in de Wet CAO geoordeeld dat indien bij cao is overeengekomen dat de bijdrage in de premie voor de ziektekostenverzekering voor werknemers vervalt, dit niet betekent dat deze ook automatisch vervalt voor postactieven. Uit het tussenarrest van het hof bleek dat het hof (duidelijk anders de Hoge Raad in de zaak-ECN/OMEN) in

r.o. 4.26 uitging van een uitgewerkte rechtsverhouding:

'(...) in die zin kan ook worden gesproken worden van een "bevroren" rechtsverhouding tussen partijen, op de datum van het einde van het dienstverband, die een "levenslange" aanspraak op de op dat moment bestaande rechten, te weten een bijdrage in de premie ziektekostenverzekering meebrengt.'

Bij eindarrest van 23 september 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4007, PJ 2014/164) kwam het Hof Amsterdam (gelet op het ECN-arrest) echter terug op zijn beslissing in het tussenarrest en oordeelde dat tussen ASR en de postactieven sprake was van een voortgezette (dat wil zeggen: niet-uitgewerkte) rechtsverhouding. Voor de vraag of de bijdrage aan de ziektekostenverzekering ten opzichte van postactieven gewijzigd kon worden, moest volgens het hof aansluiting worden gezocht bij de wettelijke bepalingen over de arbeidsovereenkomst, namelijk artikel 7:613 BW, niet bij de lichtere toets van artikel 3:13 BW. Hierbij merken wij op dat artikel 7:613 BW qua bewoordingen, evenals de Wet CAO, uitsluitend ziet op de relatie tussen werkgever en werknemer. Indien dat anders zou zijn, zouden postactieven volgens het hof immers minder rechtsbescherming genieten dan tijdens hun actieve dienstverband. Aan de norm van artikel 7:613 BW werd volgens het hof overigens niet voldaan. Evenmin werd voldaan aan de norm van artikel 6:248, lid 2 BW, zodat de wijziging niet rechtsgeldig werd geacht.

Hof Den Haag 12 augustus 2014 (niet gepubliceerd, zaaknummer 200.122.979/01) ging uit van de voortgezette rechtsverhouding bij de vraag of een onvoorwaardelijke indexatieregeling ten opzichte van een ex-werknemer kon worden gewijzigd. Het hof oordeelde (zonder een wetsbepaling te noemen) dat onder de omstandigheden van de te berechten situatie de ex-werkgever een zwaarwichtig belang had bij wijzi-

ging van de indexatieregeling waarvoor het belang van de ex-werknemer moest wijken. Onduidelijk is echter of het hof stilzittend artikel 7:613 BW of artikel 19 Pw toepaste.

In Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:1214, PJ 2014/52) inzake Aegon betrof het een wijziging van de bijdrage aan de zorgverzekering ten opzichte van gepensioneerden. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter dat het ging om een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, zodat moest worden getoetst of Aegon daartoe aanleiding had kunnen vinden, of het voorstel redelijk was en of aanvaarding van dat voorstel (in het licht van de omstandigheden van het geval) in redelijkheid van de werknemer gevegd kon worden. Het hof ging, met verwijzing naar het hiervóór genoemde ECN-arrest, uit van een niet-uitgewerkte rechtsverhouding. Ten aanzien van de vraag of Aegon de bijdrage zorgverzekering mocht wijzigen ten opzichte van gepensioneerden oordeelde het hof dat aangezien een wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW ontbrak, de kantonrechter terecht had getoetst aan het toetsingskader geformuleerd in het arrest-Stoof/Mammoet (de 'dubbele redelijkheidstoets', HR 11 juli 2008, ECLI: NL:HR:2008:BD1847). Omdat het voorstel van Aegon echter onderscheid maakte tussen groepen postactieven en onvoldoende zwaarwegende redenen voor dat onderscheid werden aangevoerd, werd het zowel in eerste aanleg als in hoger beroep onbillijk bevonden.

Geconcludeerd kan worden dat na het arrest-ECN de lijn in de jurisprudentie lijkt dat ten aanzien van pensioengerechtigden van een niet-uitgewerkte rechtsverhouding met de vroegere werkgever wordt uitgegaan. Uit de uitspraken volgt ook dat de tendens is dat wetsbepalingen die toezien op de arbeidsovereenkomst dan wel de werknemer-/werkgeververhouding als

min superieur,
staande aan het loket,
Viel in acute betalingsonmacht.
Reanimatie ging op dat moment
voor het besef dat we het
moesten melden...



...daar mag ik
uw begrip voor
vragen!

onderwerp hebben (artikel 7:611 BW, artikel 7:613 BW en artikel 19 Pw) extensief worden geïnterpreteerd. De les die in elk geval uit de jurisprudentie van het afgelopen jaar kan worden geleerd is dat indien de wijzigingsbevoegdheid ook ten aanzien van pensioengerechtigden contractueel vastligt, wijziging van hun pensioenverhouding mogelijk is mits aan de contractuele voorwaarden is voldaan.

DE UITVOERINGS- OVEREENKOMST

Op 9 september 2014 wees het Gerechtshof Den Haag arrest in het hoger

beroep in de procedure tussen Pensioenfonds Alcatel-Lucent en Alcatel-Lucent. Het betrof de vraag welke verplichtingen bleven gelden voor de werkgever jegens het pensioenfonds na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever. De verplichting van de werkgever uit hoofde van het kortetermijnherstelplan was tussen partijen niet in geschil. De extra premie voortvloeiend uit het kortetermijnherstelplan zou de werkgever ook na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst blijven betalen. Wel in geschil was (kort gezegd) de verplichting van werkgever na opzegging van de uitvoeringsovereenkomst tot betaling van (onder meer) opslagen op de premie

voor excassokosten, op de solvabiliteitsbuffer, voor instandhouding van de benodigde algemene reserve en voor de kosten voor herverzekering. Het hof oordeelde, evenals de rechtbank in eerste aanleg, dat deze verplichting niet uit de exit-bepaling in de uitvoeringsovereenkomst volgde en deze betalingen evenmin op andere grondslagen konden worden gevorderd, omdat die opslagen zijn bedoeld voor verdere (toekomstige) pensioenopbouw en niet voor reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Tevens oordeelde het hof dat de bijstortverplichtingen niet ineens opeisbaar waren geworden.

In een procedure (uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1451, PJ 2014/67) tussen Stichting Pensioenfonds Smit en de aangesloten werkgever Smit ging het eveneens om de overblijvende verplichtingen van de werkgever na zijn opzegging van de uitvoeringsovereenkomst. De werkgever was met het pensioenfonds bijstortverplichtingen overeengekomen teneinde pensioenkortingen te voorkomen. De rechtbank oordeelde hier terecht dat Smit de uitvoeringskosten van het pensioenfonds verschuldigd was tot de beëindigingsdatum van de uitvoeringsovereenkomst. Voor vergoeding van liquidatiekosten van het pensioenfonds door de werkgever achtte de rechtbank echter geen basis aanwezig in de exit-bepaling omdat die kosten eerst na de beëindigingsdatum van de overeenkomst opkomen. Een bedrag ter zake voorwaardelijk pensioen als bedoeld in het Sociaal Akkoord 2004 diende het pensioenfonds naar het oordeel van de rechtbank over te maken aan de nieuwe werkgever van de actieven omdat deze verplichting (immers) naar hem overgaat op grond van artikel 7:663 BW. De werkgever was geen extra bijdrage verschuldigd ter zake een voorwaardelijk recht op toeslagen bij overdracht van pensioenaanspraken

naar een verzekeraar omdat dan sprake zou van omzetting van een voorwaardelijk naar een onvoorwaardelijk recht op toeslagen bij een verzekeraar.

AANSLUITING BIJ BEDRIJFS-TAKPENSIOENFONDSEN

Ook in 2014 hebben weer een heel aantal geschillen tussen werkgevers en verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds tot rechtspraak geleid. Daarbij ging het vaak om de vraag of sprake was van verplichte aansluiting en de bijbehorende verplichting tot premiebetaling. Een tweetal arresten van het Hof Amsterdam inzake verplichte deelname bij Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) sprongen in het oog. Het betreft de 'FreshConnections-zaak', Hof Amsterdam 9 september 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4616, PJ 2015/8) en de 'C4C-zaak', Hof Amsterdam 28 oktober 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4547, PJ 2015/9). In beide procedures ging het om de vraag of een 'detacheringsbureau' verplicht diende deel te nemen aan StiPP. In beide arresten oordeelde het hof dat dit wel het geval was. In de verplichtstellingsbeschikking van StiPP moeten uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming verplicht deelnemen, waarbij voor uitleg van de begrippen 'uitzendovereenkomst' en 'uitzendonderneming' een verwijzing is opgenomen naar artikel 7:690 BW. Op grond van dit artikel moet, wil sprake zijn van een uitzendovereenkomst, sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, uitoefening van beroep of bedrijf, een overeenkomst van opdracht en het werk moet plaatsvinden onder leiding en toezicht van de inlener. Ten aanzien van de voorwaarde 'leiding en toezicht' is doorslaggevend of sprake is van instructiebevoegdheid bij de inlener. Dat werd in beide situ-

aties aangenomen. In beide arresten ging het hof, in tegenstelling tot eerdere lagere jurisprudentie van de kantonrechter Amsterdam van 1 juli 2013 (ECLI:NL:RBAMS:2013:6257), 18 november 2013 (ECLI:NL:RBAMS:2013:9897) en 22 september 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:6356, PJ 2014/161), daarnaast niet mee in de stelling dat een allocatiefunctie (het bij elkaar brengen van tijdelijk werkaanbod en tijdelijk personeel) zou zijn vereist om als uitzendonderneming onder de werkingssfeer van StiPP te vallen.

Tevens vermeldenswaard zijn een tweetal uitspraken inzake de melding van betalingsonmacht. In een arrest van Hof Den Haag van 3 juni 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, PJ 2014/178) en een vonnis van Rechtbank Amsterdam van 8 oktober 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, PJ 2014/185) kwam weer eens naar voren dat een juiste melding van betalingsonmacht voor het voorkomen van bestuurdersaansprakelijkheid van groot belang is.

VRIJSTELLING VAN VERPLICHTE DEELNEMING AAN BEDRIJFSTAK-PENSIOENFONDSEN

Op 1 mei 2014 wees Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBTOT:2014:3302, PJ 2014/183) een opmerkelijk vonnis. In deze procedure ging het om een verzoek om vrijstelling van verplichte deelneming in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 2 Vrijstellingsbesluit wet Bpf 2000 (hierna: 'VBB'). Bijzonder was hier dat de bestuursrechter oordeelde dat beoordeling van het verweer van de werkgever dat hij niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit zou vallen (de zogenaamde voorvraag), op grond van artikel 25 Wet

Bpf 2000 niet aan hem maar aan de kantonrechter was. De bestuursrechter diende in die lijn derhalve uit te gaan van de rechtmatigheid van het oordeel van het bedrijfstakpensioenfonds over de toepasselijkheid van de verplichtstelling. Tevens oordeelde de rechtbank dat geen sprake was van een tijdige eigen pensioenregeling als bedoeld in artikel 2 VBB omdat niet tijdig daadwerkelijke uitvoering aan de eigen pensioenregeling was gegeven doordat ter zake nog geen aanvraagformulieren waren ingestuurd naar de verzekeraar en ook nog geen premies waren ingelegd. Ook bleek niet dat de pensioenregeling voor alle werknemers, of een concreet omschreven bepaalde groep werknemers gold, wat een vereiste is voor verlening van de gevraagde vrijstelling.

Een ander vonnis op 13 februari 2014 gewezen door de Rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2014:774, PJ 2014/191) betrof een verzoek om ontheffing van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in plaats van aan het bedrijfstakpensioenfonds. De minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid kan deze ontheffing volgens artikel 15 Wet Bpf 2000 onder bijzondere omstandigheden verlenen aan een persoon die tijdelijk in Nederland werkzaam is. Hiervan was in dit geval echter geen sprake. De werknemer beschikte al over een ruime pensioenvoorziening en beriep zich onder meer op artikel 3:4, lid 2 Awb waaruit volgens de werknemer zou volgen dat het niet-verlenen van de ontheffing voor hem onevenredige nadelige gevolgen zou hebben. De rechtbank oordeelde terecht dat artikel 15 Wet Bpf 2000 de minister geen beleidsvrijheid laat om ook in andere gevallen dan omschreven de ontheffing toch te verlenen.

In een procedure (uitspraak van 26 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:239, PJ 2014/141) voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'CBB') draaide het om het begrip 'fusie' als



bedoeld in artikel 7b, lid 2 VBB. In deze casus ging het om overname van een contract tot exploitatie van een zwembad waarbij het personeel overging naar een nieuwe contractant en werkgever. De overnemende partij verzocht om vrijstelling van verplichte deelneming van het bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak Recreatie omdat de overdragende werkgever al een vrijstelling had op grond van artikel 2 VBB (tijdige eigen regeling) en ten minste vijftig procent van de vrijgestelde werknemers in dienst kwam bij de nieuwe werkgever. Volgens de hoofdregel van artikel 7b, lid 1 VBB vervallen eerdere vrijstellingen in geval van fusie, tenzij aan de uitzondering van lid 2 is voldaan. Gegeven de nauwkeurige omschrijving

van het begrip 'fusie' in artikel 1, sub d VBB en het feit dat artikel 7b, lid 2 VBB een uitzondering betreft, oordeelde het CBB, in tegenstelling tot de rechtbank in eerste aanleg, dat voor ruime interpretatie van het begrip 'fusie' geen ruimte bestaat zodat geen vrijstelling hoefde te worden verleend.

EVENWICHTIGE BELANGEN- BEHARTIGING DOOR PENSIOENFONDSBESTUREN

In artikel 105, lid 2 Pw is de zogenaamde norm van evenwichtige belangenbehartiging opgenomen. Deze norm houdt onder meer in dat een pensioenfondsbestuur bij het nemen

van een besluit tot korting van pensioenen, op evenwichtige wijze rekening dient te houden met de belangen van de deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever. Kantonrechter Almere 29 oktober 2014 (2881446 MC 14-2909, niet gepubliceerd) kreeg te oordelen over de vraag of Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor PNO Media deze norm had geschonden. Het pensioenfonds had zowel de pensioenen van de actieven als de pensioenen van de gepensioneerden per 1 april 2013 met een percentage van 3,4 verlaagd. Eiser, een gepensioneerde, stelde dat dit kortingsbesluit vernietigbaar was op grond van artikel 2:15 lid 1 BW, omdat sprake zou zijn van onevenwichtige belangenbehartiging door het pensioenfonds. Daarvan zou volgens eiser sprake zijn omdat de actieven een aanzienlijk lagere bijdrage zouden leveren dan de gepensioneerden. Bij de actieven zou sprake zijn van een geringe korting. En de actieven zouden in staat zijn die korting tijdens hun verdere arbeidzame leven te repareren en zouden vanwege de verhoging van de pensioenleeftijd langer en dus meer pensioen kunnen opbouwen. Bij de gepensioneerden daarentegen zou sprake zijn van een hoge korting, die de gepensioneerden niet meer zouden kunnen repareren. De kantonrechter volgde de redenering van de gepensioneerde eiser niet, waarbij onder meer een rol speelt dat de actieven naar het oordeel van de kantonrechter al bijdragen aan het herstel van de positie van het pensioenfonds door premieverhoging en dat de actieven vanwege wettelijke beperkingen een lager pensioen zullen kunnen verwerven dan de gepensioneerden hebben verworven. Daaraan doet naar het oordeel van de kantonrechter niet af dat de actieven de gelegenheid hebben om zelf financiële maatregelen te treffen om verzekerd te

zijn van een redelijke ouderdomsvoorziening. Een saillante uitspraak gezien het spanningsveld waarin de Wet aanpassing financieel toetsingskader in 2014 tot stand kwam.

PENSIOENADVISING

Ook in 2014 is over een aantal kwesties ten aanzien van de kwaliteit van (pensioen)advising en schending van zorgplichten geprocedeerd. In deze zaken waren, zoals te verwachten, assurantietussenpersonen, financieel dienstverleners en administratiekantoren partijen die werden aangesproken voor (gestelde) tekortkomingen. In Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:5033, PJ 2014/147) was het echter een advocaat die werd aangesproken. Een advocaat had een werknemer bijgestaan bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst ter zake van het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst als gevolg van een reorganisatie. De werknemer stelde dat zijn advocaat hem onvoldoende had gewezen op de risico's van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst in geval van faillissement van de werkgever voor zijn pensioenaanspraken (en salaris-aanspraken). In lijn met rechtspraak van de Hoge Raad (HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304) ging het hof bij de beantwoording van de vraag of de advocaat jegens zijn cliënt een beroepsfout had gemaakt uit van de vraag of de advocaat bij zijn advisering de zorgvuldigheid in acht had genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mocht worden verwacht. Bij een juridische beoordeling van advisering door assurantietussenpersonen is dit criterium ook het uitgangspunt. Het hof oordeelde dat de advocaat was tekortgeschoten in de advisering, mede omdat de werknemer expliciet naar het risico van faillissement had geïnformeerd.

HERSTEL VAN FOUTEN DOOR PENSIOENUITVOERDERS

Hof Den Bosch oordeelde op 26 augustus 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:2997, PJ 2014/149) over de vraag of een slaper die de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, op basis van elf 'onjuiste' pensioenoverzichten van een pensioenfonds, op grond van artikel 3:35 BW aanspraak kon maken op hogere pensioenuitkeringen dan reglementair mogelijk was. Hoewel dat niet uit het arrest kan worden opgemaakt, leken de pensioenoverzichten er ten onrechte vanuit te gaan dat de slaper nog in dienst was op het moment van pensionering. Het hof wees, evenals de kantonrechter in eerste aanleg, de vordering af, met als motivering dat een beroep op het vertrouwensbeginsel slechts mogelijk is indien gerechtvaardigd is vertrouwd op een rechtshandeling. De pensioenoverzichten zijn slechts van informatieve aard, maar kwalificeerden niet als rechtshandeling, waardoor geen sprake kon zijn van een rechtens te beschermen opgewekt vertrouwen volgens het hof. Het hof liet andere informatie die naast het pensioenreglement was verstrekt, waarvan in de procedure was gesteld dat deze van belang zouden kunnen zijn bij toepassing van artikel 3:35 BW, buiten beschouwing, terwijl in eerdere jurisprudentie en in de vakliteratuur hier in sommige gevallen wel waarde aan werd gehecht.

In een vonnis van 12 mei 2014 van Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2014:2752, PJ 2014/127) oordeelde de rechtbank dat een pensioenfonds een gemaakte fout (een te hoog pensioen omdat geen rekening was gehouden met een echtscheiding) voor de toekomst mocht herstellen, maar dat het te veel betaalde over het verleden niet mocht worden teruggevorderd.

GELIJKE BEHANDELING

Over de vraag of korting van partnerpensioen vanwege een groot leeftijdsverschil tussen de partners verboden indirect onderscheid naar geslacht en/of leeftijd inhoudt, is de laatste uitspraak waarschijnlijk nog niet gedaan. Kantonrechter Den Haag oordeelde op 23 januari 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:3286, PJ 2014/35) dat de door het betrokken pensioenfonds gehanteerde korting, geen verboden indirect onderscheid naar geslacht of leeftijd inhield. Het College voor de Rechten van de Mens had eerder, op 15 december 2011 (ECLI:NL:XX:2011:BV6805), in dezelfde kwestie anders geoordeeld, conform de vaste lijn van het college ten aanzien van de kwestie. De civiele rechtspraak laat geen eenduidig beeld zien ten aanzien van de vraag of bij korting vanwege groot leeftijdsverschil sprake is van verboden indirect onderscheid naar geslacht (vgl. Hof Den Bosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564, PJ 2005/135 en Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535, PJ 2006/119). Kortom: een eenduidig antwoord op de vraag of de bedoelde korting vanwege groot leeftijdsverschil is toegestaan, is er niet.

Het beroepspensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor Huisartsen maakte naar het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden van 11 maart 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:1930, PJ 2014/87) direct onderscheid naar seksuele gerichtheid en handelde daarmee onrechtmatig. Het pensioenfonds deed dit door (tot 2007) voor het nabestaandenpensioen verschillende premies voor mannen en vrouwen te hanteren zonder rekening te houden met het geslacht van de partner.

Interessant is een zeer recente uitspraak van het Hof van Justitie EU in een Oostenrijkse kwestie, C-529/13 van

21 januari 2015. Het hof oordeelde dat het niet-verwerven van pensioen over tijdvakken gelegen voor het bereiken van de achttienjarige leeftijd direct onderscheid naar leeftijd in de zin van Richtlijn 2000/78 EG inhield, maar dat deze vorm van onderscheid in de aan het hof voorgelegde situatie objectief kon worden gerechtvaardigd.

PENSIOEN EN SCHEIDING

Een directeur-grotoaandeelhouder (dga) met pensioen in eigen beheer ziet zich bij echtscheiding geconfronteerd met de verplichting om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen dat voor zijn ex voortvloeit uit artikel 2, lid 2 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding en het recht op bijzonder partnerpensioen voortvloeiend uit artikel 3a van die wet (aannemend dat die rechten uit zijn pensioenovereenkomst volgen) extern uit te voeren. Dat betekent dat de dga die rechten moet verzekeren. Deze verplichting is gebaseerd op aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en volgt uit twee standaardarresten van de Hoge Raad. Uit HR 12 maart 2004 (ECLI:NL:HR:2004:1289, PJ 2004/63) volgt dat de vennootschap die het pensioen uitvoert tot externe uitvoering van de pensioenrechten van de ex-partner van de dga verplicht is, tenzij de continuïteit van de vennootschap daardoor in gevaar zou komen. Uit HR 9 februari 2007 (ECLI:NL:HR:2007:2658, PJ 2007/42) volgt dat de dga in hoedanigheid van ex-partner verplicht is externe uitvoering door de dga in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap te bewerkstelligen.

Deze rechtspraak gaf in de praktijk grote problemen voor dga's die er door werden geraakt. Op grond van fiscale wetgeving dient een dga zijn pensioenvoorziening te berekenen uitgaande van een verondersteld rendement

van vier procent per jaar. Gezien het feit dat de rente structureel veel lager is (meer dan vijftig procent lager), zijn pensioenvoorzieningen in eigen beheer verre van ontoereikend ter dekking van de pensioenverplichtingen berekend op basis van de koopsom die een verzekeraar in rekening zou brengen voor het verzekeren van de aan de dga toegekende pensioenen. Het verschil bedraagt grosso modo meer dan vijftig procent omdat de rente lager dan twee procent is. In de praktijk betekent dit dat de koopsom voor externe uitvoering van de rechten van de ex van de dga vaak méér bedraagt dan de totale voorziening voor die ex en de dga zelf. Indien de koopsom zou worden gestort, zou dat feitelijk betekenen dat de dga zijn eigen pensioen afkoopt. Hij wordt dan geconfronteerd met 72 procent belastingheffing privé over de marktwaarde van zijn pensioenaanspraak en met de heffing van vennootschapsbelasting in de vennootschap vanwege het vrijvallen van de fiscale pensioenvoorziening over die pensioenvoorziening.

Deze problematiek werd voor het eerst erkend in Rechtbank Middelburg 22 december 2010 (ECLI:NL:RBMID:2010:1976). De rechtbank oordeelde dat voor de ex van de dga slechts recht op externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het bijzonder partnerpensioen bestond naar rato van de aanwezige middelen. Deze rechtspraak is bestendigd in Hof Den Haag 18 juni 2014 en 17 september 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:2744 en ECLI:NL:GHDHA:2014:3016, PJ 2014/136). Het hof oordeelde in de situatie dat het pensioen van de dga al was ingegaan ten tijde van de echtscheiding en dat externe uitvoering van de rechten van de ex beperkt bleef voor zover mogelijk naar rato van het beschikbare pensioenvermogen. De uitspraken van de Rechtbank Mid-

delburg en het Hof Den Haag vinden ook hun grond in artikel 6:2 BW. Het hof gaf aan dat de ex-partner van de dga genoeg diende te nemen met 'beperkte' externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het bijzonder partnerpensioen diende te dulden op grond van 'postrelationele solidariteit'.

Vermeldenswaard is nog Rechtbank Noord-Nederland 8 april 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:5076, PJ 2015/18), waarin werd geoordeeld dat alimentatie die uit een pensioen diende te worden voldaan niet volgens de (hogere) wettelijke indexering van artikel 1:402a BW behoefde te worden geïndexeerd, maar diende te worden geïndexeerd conform de index van het pensioen. De rechtsgrond voor deze beperkte indexering was gelegen in artikel 6:2, lid 2 BW, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

PROCESRECHT

Uit Hoge Raad 5 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3533) volgt dat ook in een verzoekschriftprocedure een incidenteel verzoek kan worden gedaan tot het treffen van een voorlopige voorziening voor de duur van het geding. Artikel 223 Rv ziet niet uitsluitend, zoals voorheen in de rechtspraak werd geoordeeld, op de dagvaardingsprocedure. Deze uitspraak is voor de praktijk van groot belang omdat voorlopige voorzieningen in het kader van een verzoekschriftprocedure voortaan niet meer bij separaat 'kort geding' hoeven te worden gevorderd. Verzoekschriftprocedures komen in het pensioenrecht veelvuldig voor.

In Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 januari 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:26, PJ 2014/32) had de deelnemersraad van pensioenfonds Unisys beroep ingesteld tegen een voortbouwend uitvoeringsbesluit dat

tot doel had een eerder besluit (waarbij de toeslagambitie werd versoerd) te implementeren in het pensioenreglement. Kort samengevat kwam het oordeel van het hof erop neer dat de deelnemersraad tegen uitvoeringsbesluiten geen beroep meer kan instellen als door de deelnemersraad over het voorafgaande principiële besluit positief werd geadviseerd en er geen 'apen uit de mouw' komen. De deelnemersraad werd niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep.

TOT BESLUIT

In het voorafgaande werd de lezer over veel rechtspraak met op onderdelen duidelijke kenteringen geïnformeerd. Ook in het pensioenrecht is waarneembaar dat de rechtspraak de maatschappelijke ontwikkelingen volgt. Dat geeft genoeg reden voor het schrijven van weer een volgende Kroniek Pensioenrecht. <<