

Kroniek pensioen- recht



2007-2008

In dit nummer

- * Pensioenwet
- * Aansprakelijkheid voor uitvoering pensioenregelingen
- * Evenredige opbouw en (af)financiering van pensioen
- * Herstel administratieve fouten
- * Faillissement en pensioen
- * Overgang van onderneming
- * Echtscheiding
 - Pensioenverrekening
- Pensioenverevening
- Alimentatie
- * Gelijke behandeling
 - Arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, voltijd of deeltijd
 - Franchise
 - Ruilvoet
 - Leeftijdsonderscheid
 - Handicap of chronische ziekte
- * Ontbinding arbeidsovereenkomst door pensionering
 - Pensioenregel
 - Beëindiging dienstverband na verlenging
 - Doorwerken naast pensioen
- Wijziging pensioenregeling/indexering
 - Intrekken bijspaarregeling na wetswijziging
- Wijziging pensioenregeling gebrekkig gecommuniceerd
- (Ontbreken van) eenzijdig wijzigingsbeding in pensioenovereenkomst
- Rechtsverwerking
- Wijziging uitvoeringsovereenkomst
- * Verjaring/rechtsverwerking

In deze Kroniek pensioenrecht worden voor de periode 2007-2008 actuele pensioenvraagstukken belicht. Daarbij komt naast jurisprudentie ook de met ingang van 1 januari 2007 in werking getreden Pensioenwet (PW) aan bod.

.....
B.J. Bodewes, A.W. Cramer,
Z. Kasim en W.P.M. Thijssen
advocaten¹
.....

Pensioenwet

De PW richt zich sterk op de drie bij een pensioenverhouding betrokken partijen: de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder (een bedrijfstakpensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeringsmaatschappij). Met de PW is een gesloten stelsel van pensioenovereenkomsten geïntroduceerd. Doel is te voorkomen dat voor werknemers onduidelijkheid bestaat over de inhoud van hun pensioenregeling (zie art. 13 PW en TK 30 413, nr. 3, p. 3). Daarnaast is in lagere regelgeving de zogenoemde toeslagenmatrix opgenomen. Deze moet onduidelijkheid voorkomen over de indexering van een ingegaan pensioen of een 'slapend' pensioen (de pensioenaanspraak van degene van wie het dienstverband is geëindigd voor diens pensioendatum). Verder bevat de PW een uitgebreide *governance*-regeling (art. 30 PW) die het bestuur van een pensioenfonds onder intern en extern toezicht stelt. De PW beoogt het waarborgen van pensioen en de indexering daarvan.

De belangrijkste naslagwerken over de PW zijn de bundel *Tekst & Commentaar Pensioenrecht*, 2e druk, Kluwer, Deventer, 2007 en het verzamelwerk *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, on-

je wakte bij mij –
maar ik hoorde toch
je broek niet te verschonen?



der redactie van E. Lutjens, Kluwer, Deventer, 2008 (2e druk).

Aansprakelijkheid voor uitvoering pensioenregelingen

In jurisprudentie gewezen onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) is de lijn waar te nemen dat pensioenuitvoerders naast werkgevers in toenemende mate aansprakelijk zijn voor de inhoud van een pensioenregeling (zie 'Kroniek Pensioenrecht 2004-2005, deel I', in: *Advocatenblad* 2005-10, p. 476). Die lijn is voortgezet in (de toelichting op)

de PW, in die zin dat een pensioenuitvoerder een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft voor de 'juridische correctheid' van een pensioenreglement (o.a. TK 30 413, nr. 17, p. 38). Kon een pensioenuitvoerder voorheen volstaan met het geven van een waarschuwing aan de werkgever of aan CAO-partijen die een met de wet strijdige pensioenregeling creëerde(n), momenteel kan hij ook zelfstandig worden aangesproken.

Van groot belang voor verzekeraars is dat met de uitvoering van de PW de regel 'geen premie, geen uitkering' (art. 4 lid 2 van de tot 1 januari 2007 geldende Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW) is komen te vervallen. Deze regel beschermt verzekeraars niet langer, bijvoorbeeld tegen een werkgever die voor vrouwelijke werknemers geen pensioenpremie wenst af te dragen.

.....
¹ Mr. Z. Kasim en mr. W.P.M. Thijssen zijn werkzaam als advocaten bij Thijssen Pensioen Advocaten in Amstelveen. Mr. B.J. Bodewes en mr. A.C. Cramer zijn werkzaam als advocaten bij Bodewes & Cramer Pensioenrechtadvocaten te Amsterdam.
.....

Evenredige opbouw en (af)-financiering van pensioen

Financieringsachterstand kan onder meer het gevolg zijn van premieachterstand, onjuiste berekening van de premie verschuldigd voor een premieovereenkomst met garantieniveau en dergelijke.

Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2006, PJ 2007/1 betrefte de situatie dat het uitvoeringsorgaan niet goed was geïnformeerd over salarisstijgingen en illustreert weer eens dat de C-polisconstructie (de constructie waarbij de werkgever de werknemer financieel in staat stelt een pensioenverzekering bij een verzekeraar te sluiten ter uitvoering van een pensioenovereenkomst) tot veel getouwtrek kan leiden op het moment dat een dienstverband eindigt. Een interessant aspect dat in het arrest aan de orde komt, is de vraag welke verplichtingen in geval van een C-polisconstructie op de werknemer rusten en welke verplichtingen op de werkgever. Het hof oordeelde dat de werknemer zelf verantwoordelijk was voor het doorgeven van salarisverhogingen aan de pensioenverzekeraar omdat de werknemer zelf verzekeringnemer is.

Deze problematiek is ook onder de Pensioenwet nog relevant, omdat het weliswaar niet meer mogelijk is nieuwe C-polissen af te sluiten, maar bestaande C-polissen nog wel mogen worden voortgezet (art. 18 van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet).

Herstel administratieve fouten

Regelmatig rijst de vraag of een werknemer mocht vertrouwen op onjuiste informatie die door een pensioen-uitvoerder is verstrekt (art. 3:35 BW). Het blijft lastig te bepalen welk kennisniveau en welk onderzoek mag worden verwacht van een werknemer die onjuiste informatie ontvangt. In zijn arrest van 24 november 2006 (LJN: AZ4235) overwoog het Hof Den Haag

Moet ik in staat zijn mijn pensioenopbouw te begrijpen? Als verder er ook niemand iets van snapte?



dat algemeen bekend is dat 'weinig werknemers in dit land in staat' zijn 'de opbouw van hun pensioenaanspraken aan de hand van jaarlijkse opgaven van – uitsluitend – de verzekerde pensioenbedragen te doorgronden' en oordeelde vervolgens in het voordeel van de betrokken werknemer. Hof Amsterdam 11 januari 2007 (LJN: BA5915) en Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, PJ 2008/25 worstelden met vergelijkbare kwesties, maar in beide zaken werd ten nadele van de werknemer geoordeeld. In de eerstgenoemde zaak omdat de fout ook voor een leek kenbaar was, in de tweede omdat de omstandigheid dat sprake was van een extreem groot leeftijdsverschil tussen de pensioenge-rechtigde en haar overleden man, niet was gemeld.

Faillissement en pensioen

De combinatie faillissement en pensioen is de afgelopen tien jaar veelbesproken geweest in verband met geruchtmakende faillissementen. De rechtspraak is in dat opzicht uitgekristalliseerd en de materie is door het verbod op uitstel-

financiering van 1 januari 2000 wel tot rust gekomen. De rechtspraak beperkte zich de afgelopen periode tot twee technische zaken, voor de praktijk niet alleen interessant maar ook relevant.

Een vergoeding in het kader van de ontbinding van een arbeidsovereenkomst dient te worden toegerekend aan de periode gelegen na het einde van de dienstbetrekking, omdat de vergoeding strekt tot het compenseren van toekomstig gemist inkomen. Een werkgever had bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding rekening gehouden met de betalingsverplichting voor niet-afgedragen pensioenpremies. Door een daaropvolgend faillissement kon de vergoeding niet betaald worden. Het UWV weigerde om op grond van het bepaalde in art. 64 WW deze betalingsverplichting voor de achterstallige pensioenpremies over te nemen. De CRvB gaf het UWV daarin gelijk, in de uitspraak van 18 april 2007, LJN: BA 3606.

Rechtbank Leeuwarden 24 oktober 2007, PJ 2007/140 oordeelde dat aan een bestuurder van een gefailleerde vennootschap een dusdanig ernstig persoonlijk verwijt kon worden gemaakt, dat de bestuurder persoonlijk aanspra-

kelijk was voor het feit dat gedurende bijna vijf jaar de op het salaris van de werknemers ingehouden pensioenpremies niet aan een pensioenuitvoerder waren afgedragen. De rechtbank verweet de bestuurder dat hij niet had ingegrepen terwijl hij ervan op de hoogte was dat premieafdracht achterwege was gebleven, dat hij de werknemers aan het lijntje had gehouden en dat hij de werknemerspremies had gebruikt voor de gewone bedrijfsvoering.

Overgang van onderneming

Door EG-Richtlijnen en implementatiewetgeving zijn werknemers beschermd bij de overgang van ondernemingen. Gaat een onderneming over op basis van een activa-passivatransactie, dan gaan ook de werknemers over. De hoofdregel (art. 7:662 BW) is dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder dient voort te zetten. Sedert 1 juli 2002 geldt dit, behoudens enkele bijzondere situaties, ook voor pensioen.

Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, *PJ* 2007/114 oordeelde ten aanzien van een pensioentoezegging dat de verkrijgende onderneming niet verplicht was de pensioentoezegging voort te zetten die gold bij de vervreemder. Reden daarvoor was dat bij de verkrijger al vóór de overdracht een eigen pensioenregeling gold, waardoor ingevolge art. 7:664 BW de 'eigen' pensioentoezegging op de werknemers die overkwamen, kon worden toegepast. Het hof benadrukte dat ten aanzien van de beoordeling van het tijdstip van het bestaan van de dienstverbanden bij de verkrijgende partij (art. 7:664 BW) het moment van overgang beslissend is en niet het moment waarop tussen de overdragende en de verkrijgende partijen overeenstemming is bereikt. Dit betekent dat een 'eigen' regeling nog in het leven kan worden geroepen na het sluiten van de overeenkomst die tot de overgang van een onderneming leidt om te ontkomen aan de werking van art. 7:663 BW, mits dit gebeurt vóór de feitelijke uitvoering van deze overeenkomst. Rest de vraag of vereist is dat er ook feitelijk werknemers deelnemen aan die 'eigen' regeling.

Echtscheiding

In het kader van echtscheiding gaan we in op jurisprudentie rond de bekende thema's pensioenverrekening en pensioenverevening. Voorts is, in het kader van procedures over alimentatie, jurisprudentie gewezen over de invloed van pensioen op draagkracht en behoefte, de toetsstenen van de alimentatieberekening.

Pensioenverrekening

In geval van inschrijving van scheiding van tafel en bed of echtscheiding op of na 27 november 1981, maar vóór 1 mei 1995, is het Boon/Van Loon-regime voor pensioenverrekening (HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503) van toepassing (zie 'Kroniek pensioenrecht 2004-2005, deel I', in: *Advocatenblad* 2005-10; 'Kroniek pensioenrecht 2004-2005, deel II', in: *Advocatenblad* 2005-11; en 'Kroniek pensioenrecht 2005-2006', in: *Advocatenblad* 2006-3).

In HR 22 december 2006, *PJ* 2007/28 ging het om de verrekening van pensioenrechten uit een in juni 1981 ontbonden gemeenschap. Verrekening van pensioenaanspraken was achterwege gebleven. De man verzocht om nihilstelling alimentatie. De vrouw bestreed het verzoek en verzocht in reconventie alsnog om verrekening van de pensioenaanspraken van de man. De Hoge Raad wees het verzoek van de vrouw af, omdat de verdeling in juni 1981 was voltooid en in overeenstemming was met het destijds geldende recht. De Hoge Raad heeft met het Boon/Van Loon-arrest beoogd oude verdelingen niet opnieuw ter discussie te stellen, maar slechts voor toekomstige verdelingen vanaf 27 november 1981 'nieuw recht' te scheppen.

Rechtbank Maastricht 4 juli 2007, *PJ* 2007/119 had betrekking op een echtscheiding die op 5 augustus 1982 (onder het Boon/Van Loon-regime) werd ingeschreven. Pensioenverrekening was achterwege gebleven. In 2006 bereikte de man de pensioengerechtigde leeftijd en ontving hij pensioenuitkeringen. De vrouw vorderde betaling van een deel van het ouderdomspensioen van de man, te weten dat deel dat tijdens het huwelijk was opgebouwd. De rechtbank oordeelde dat het recht op pen-

sioenverrekening alsnog kon worden ingeroepen. Een beroep op verjaring slaagde niet. Art. 3:179 lid 2 BW houdt namelijk in dat nadere verdeling van een ontbonden gemeenschap kan worden gevorderd, indien bij een verdeling tot de gemeenschap behorende goederen zijn overgeslagen.

Pensioenverevening

De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS) is van toepassing op beëindigingen van huwelijken (het geregistreerd partnerschap wordt gelijkgesteld met een huwelijk) of scheidingen van tafel en bed tot stand gekomen op of na 1 mei 1995. In HR 9 februari 2007, *PJ* 2007/42 handelde het om de verevening van ouderdomspensioen dat door een werknemer/grotoaandeelhouder in een pensioenvennootschap was opgebouwd. De vrouw eiste afstorting van haar recht op uitbetaling van ouderdomspensioen door de bv bij een externe verzekeraar. De werknemer/grotoaandeelhouder stelde over onvoldoende liquide middelen te beschikken om de afstorting te kunnen realiseren. De Hoge Raad oordeelde dat afstorting bij een verzekeraar in beginsel verplicht is. Slechts wanneer de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt, geldt een uitzondering. Als de onderneming niet zelf over voldoende middelen beschikt, dient afstorting met gelden van buiten de vennootschap te worden gefinancierd.

In latere rechtspraak inzake verevening van in eigen beheer opgebouwde pensioenrechten, is in dezelfde lijn als door de Hoge Raad geoordeeld (Rechtbank Breda 3 oktober 2007 (LJN: BB7052) en Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *PJ* 2008/19). De Rechtbank Arnhem 8 november 2007, *PJ* 2007/3 hield een beslissing in een soortgelijke zaak aan in afwachting van een deskundigenrapport over de hoogte van het af te storten bedrag. De auteurs zijn nog niet bekend met het eindvonnis, maar dat zal naar alle waarschijnlijkheid in lijn liggen met de hiervoor besproken rechtspraak. In Rechtbank Zutphen 1 augustus 2007, *PJ* 2008/20 ging het om een te verevenen pensioen uit hoofde van een streefregeling (een premieovereenkomst met beoogd pensioenniveau). De Wet VPS

voorziet niet in een expliciete regeling voor het bepalen van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van streefregelingen. Het geschil betrof de vraag of de verzekeraar het te verevenen ouderdomspensioen op de juiste wijze had berekend. De rechtbank was van oordeel dat de berekeningsmethode van de verzekeraar niet ongebruikelijk was en in lijn lag met de strekking en de methodiek van de Wet VPS. Er bestond een recht op uitbetaling conform de berekening van de verzekeraar.

Alimentatie

Op grond van de Wet limitering alimentatie (als onderdeel van Boek 1 van het BW op 1 juli 1994 in werking getreden) eindigt de alimentatieverplichting van de gewezen echtgenoot in beginsel na twaalf jaar. Alimentatieverplichtingen voortvloeiend uit een rechterlijke uitspraak of overeengekomen voor 1 juli 1994 eindigen in de regel, op grond van overgangsrecht, na vijftien jaar. Een rechter kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid anders oordelen en de termijn verlengen (Rechtbank 's-Gravenhage 21 november 2006, LJN: AZ5415).

HR 10 november 2006, *PJ* 2007/15 oordeelde over een verzoek tot alimentatiebeëindiging van een vóór 1 juli 1994 vastgestelde alimentatieverplichting. De Hoge Raad was van oordeel dat bij de beoordeling van een verlenging na vijftien jaar rekening dient te worden gehouden met de omstandigheid of de gewezen echtgenoot al dan niet aanspraak heeft op betalingen uit hoofde van verrekening of verevening van het pensioen van de alimentatieplichtige.

HR 19 januari 2007, *PJ* 2007/41 betrof een verzoek tot vermindering van alimentatie op grond van gewijzigde omstandigheden. De alimentatiegerechtigde vrouw genoot inmiddels AOW, eigen pensioen en een deel van het pensioen van haar ex-echtgenoot. De Hoge Raad oordeelde dat een rechter met voren genoemde inkomsten van de vrouw rekening kan houden bij de vaststelling van een nieuw alimentatiebedrag. Hof 's-Gravenhage 2 mei 2007 (LJN: BA7421) oordeelde in een soortgelijke kwestie dat de alimentatieverplichting werd verlengd, maar dat de alimentatie op

een lager bedrag werd bepaald.

Rechtbank Zutphen 8 maart 2007, *PJ* 2007/70 hield in dat bij de vaststelling van de draagkracht voor de berekening van een alimentatieverplichting rekening kan worden gehouden met daling van inkomen als gevolg van pensionering.

Gelijke behandeling

Het onderwerp gelijke behandeling is in de vorige twee kronieken uitgebreid aan de orde gekomen. Hierna behandelen wij diverse onderwerpen met betrekking tot gelijkebehandelvraagstukken in relatie tot pensioen. Gelijkebehandelingswetgeving is pensioenregelingen steeds meer gaan beheersen en is, zo blijkt uit de navolgende jurisprudentie, soms zelfs direct bepalend voor de inhoud van pensioenovereenkomsten.

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, voltijd of deeltijd

In CGB 10 mei 2007, CGB 2007-73, *PJ* 2007/133 oordeelde de CGB (conform eerdere beslissingen) dat uitsluiting van deelneming aan een pensioenregeling van werknemers met een tijdelijk contract nadelig uitpakt voor vrouwe-

lijke werknemers omdat vaststaat dat feitelijk meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken. In de berechte situatie was sprake van direct onderscheid tussen mannen en vrouwen op grond van het tijdelijke karakter van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten.

In CGB 13 september 2007, CGB 2007-167, *PJ* 2007/38 werd geoordeeld dat een pensioenfonds verboden onderscheid maakte op grond van arbeidsduur bij korting van neveninkomsten op een vroegpensioenuitkering. Door bijverdiensten van deelnemers te korten op de uitkering, werden deeltijders zwaarder getroffen dan voltijders, hetgeen naar het oordeel van de CGB niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen opleverde, omdat significant meer vrouwen dan mannen in deeltijd werken.

Franchise

De tegenstrijdigheid in de visie tussen de CGB en de burgerlijke rechter (Kantonrechter Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93) ten aanzien van de kostwinnersfranchise is in de vorige kroniek reeds uitgebreid aan de orde gekomen. In hoger beroep tegen het vonnis van de Kantonrechter Heerlen, oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2007, *PJ* 2007/72 dat de kantonrechter juist had geoordeeld. De tegenstrijdigheid



in de visie van de CGB en de rechtspraak ten aanzien van de kostwinnersfranchise blijft daarom bestaan.

Ruilvoet

In CGB 6 juli 2007, CGB 2007-123, PJ 135 was de CGB van oordeel dat een beroepspensioenfonds geen verboden onderscheid maakte tussen mannen en vrouwen (geen verboden onderscheid op grond van geslacht) door voor mannen en vrouwen een verschillende ruilvoet voor de omrekening van ouderdomspensioen in nabestaandenpensioen (zie art. 12c lid 4 WGB) te hanteren.

Leeftijdsonderscheid

De Rechtbank 's Gravenhage 18 juli 2006, PJ 2007/16 oordeelde over de vraag of het Notarieel Pensioenfonds onderscheid maakte naar leeftijd ten aanzien van het arbeidsongeschiktheidspensioen. Wanneer een deelnemer aan het Notarieel Pensioenfonds arbeidsongeschikt wordt op of na de leeftijd van vijftig jaar, geldt als arbeidsongeschiktheids criterium of de deelnemer nog werkzaamheden als notaris kan verrichten. Indien een deelnemer arbeidsongeschikt wordt vóór het bereiken van de leeftijd van vijftig jaar, geldt het criterium of de deelnemer arbeid kan verrichten in een functie zoals gezonde personen met soortgelijke opleiding en ervaring dat kunnen. Het leeftijdsonderscheid werd door het pensioenfonds gerechtvaardigd met het argument dat ouderen minder mogelijkheden hebben op de arbeidsmarkt. Volgens de rechtbank was dit geen rechtvaardiging, want de vóór het bereiken van de leeftijd van vijftig jaar arbeidsongeschikt geworden notaris blijft na zijn vijftigste met het afwijken van de arbeidsongeschiktheids criterium te maken houden.

CGB 17 april 2007, CGB 2007-64 oordeelde over een overgangsregeling die was getroffen naar aanleiding van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL). In deze overgangsregeling werd voor oudere werknemers een aanzienlijk hogere



aanvullende prepensioenpremie afgedragen dan voor jongere werknemers. De CGB constateerde dat sprake was van onderscheid op grond van leeftijd. Het onderscheid was echter terug te voeren op actuariële berekeningen en viel daarmee onder de uitzondering van art. 8 lid 3 WGBLA.

In een oordeel van de CGB van 14 mei 2007, CGB 2007-79 kwam leeftijds-onderscheid in een ouderenregeling aan de orde. Voor ex-werknemers van 56 jaar en ouder gold een minder gunstige afvloeiingsregeling dan voor ex-werknemers jonger dan 56 jaar. De CGB oordeelde dat het gemaakte leeftijds-onderscheid objectief gerechtvaardigd was, omdat de afvloeiingsregeling van de oudere groep was gebaseerd op inkomenszekerheid. De afvloeiingsregeling voor de jongere groep was gebaseerd op de gedachte 'van werk naar werk'.

CGB 7 september 2007, CGB 2007-164 betrof een ambtenaar die geen gebruik mocht maken van het FPU-arrangement van het ABP omdat de ambtenaar nog geen 57 jaar was. De CGB was van oordeel dat deze weigering op grond van leeftijd gerechtvaardigd was. De werkgever had ervoor gekozen om de hem opgelegde reductiecapaciteit te bereiken binnen een bepaald budget en daarom het FPU-arrangement alleen in te zetten voor werknemers van 57 jaar en ouder. Dit doel was legitiem en het leeftijds-onderscheid was een proportioneel middel om dit doel te bereiken.

CGB 13 december 2007, CGB 2007-216 betrof een compensatieregeling ge-

troffen naar aanleiding van het afschaffen van de VUT-regeling. Jaarlijks was 5% van de loonruimte beschikbaar voor arbeidsvoorwaardelijke regelingen. De CGB stelde vast dat geen sprake was van onderscheid op grond van leeftijd, aangezien de compensatieregeling niet direct naar leeftijd verwijst en de compensatieregeling niet nadelig uitpakt voor bepaalde leeftijdsgroepen, nu de regeling inhield dat 5% van het brutojaarsalaris beschikbaar was voor compensatie en daarom leeftijdsneutraal is. Het feit dat salarissen bij het stijgen van de leeftijd hoger plegen te zijn, zodat voor ouderen een relatief hoger bedrag voor compensatie beschikbaar werd gesteld, hield geen onderscheid in.

CGB 3 maart 2008, CGB 2008-24 betrof een pensioenreglement van een bedrijfstakpensioenfonds waarin met betrekking tot de pensioenopbouw voor deelnemers die op of na 1 januari 1950 waren geboren, een lagere franchise (AOW-inbouw) en een hoger opbouwpercentage werden gehanteerd dan voor deelnemers die vóór 1950 waren geboren. De CGB stelde vast dat sprake was van direct onderscheid naar geboortejaar. Het bedrijfstakpensioenfonds had aangevoerd dat met de pensioenregeling werd beoogd een collectieve regeling te creëren, gebaseerd op solidariteit, die aansloot op de Wet VPL en voor alle deelnemers een vergelijkbaar pensioenresultaat opleverde, zonder dat dit zou leiden tot een algehele stijging van de pensioenlasten binnen de bedrijfstak. De CGB overwoog dat dit doel legitiem is en dat het middel passend en noodzakelijk was om het doel te bereiken. Het bedrijfstakpensioenfonds maakte derhalve geen verboden onderscheid op grond van leeftijd.

CGB 7 augustus 2007, CGB 2007-150 oordeelde juist wel dat sprake was van verboden onderscheid op grond van leeftijd, ondanks het gestelde dat de solidariteitsgedachte de aanleiding was voor het maken van het onderscheid. Dit omdat de categorie werknemers die de bijdrage moest voldoen op de pensioendatum in een slechtere positie zou verkeren dan de categorie ten behoeve van welke de bijdrage moest worden voldaan.

Kantonrechter Maastricht 23 januari 2008, PJ 2008/18 was van oordeel dat het

leeftijdsonderscheid dat wordt gemaakt in het pensioenreglement van het ABP zijn rechtvaardiging vindt in de solidariteitsgedachte.

De auteurs concluderen dat, mits een proportioneel middel wordt toegepast, leeftijdsonderscheid in een pensioenregeling gerechtvaardigd kan zijn, indien daarmee een goede aansluiting op de wetgeving wordt gerealiseerd.

Rechtbank Arnhem 13 december 2006, PJ 2007/33 betrof een Sociaal Plan dat twee regelingen kende, namelijk één voor werknemers van 57,5 jaar en ouder en een andere voor werknemers zonder het stellen van een leeftijdscriterium, echter met uitsluiting van die tweede regeling voor werknemers van 57,5 jaar en ouder. Dit leverde verboden leeftijdsonderscheid op. De werkgever diende alle werknemers, ongeacht hun leeftijd, de keuze tussen beide regelingen te bieden.

In Rechtbank 's-Gravenhage 15 augustus 2006, PJ 2007/31 diende te worden geoordeeld over een FPU-arrangement dat alleen openstond voor werknemers vanaf 57 jaar. Ter onderbouwing van de beslissing om aan 55- en 56-jarigen niet de mogelijkheid te bieden om vervroegd met pensioen te gaan, werd overwogen dat toekenning van een aanvulling op het FPU-pensioen voor 55- en 56-jarigen in verband met de tot het 65ste jaar te overbruggen periode tot onaanvaardbaar hoge uitgaven zou leiden. Die toekenning zou voorts niet nodig zijn voor het behalen van de taakstelling. Volgens de rechtbank leverden deze argumenten voldoende rechtvaardigingsgronden op voor dit leeftijdsonderscheid. De Centrale Raad van Beroep (CrvB 12 juli 2007, PJ 2007/108) oordeelde in een soortgelijke zaak eveneens dat in die kwestie voldoende rechtvaardigingsgronden voor leeftijdsonderscheid aanwezig waren voor het niet-aanbieden van FPU-arrangementen aan werknemers jonger dan 55 jaar.

CGB 6 juli 2007, PJ 2007/135 gaf een oordeel over eigen handelen bij een aantal modellen dat in verband met verlaging van de toetredingsleeftijd van 25 naar 21 jaar in de beschikbare premieregeling werd gehanteerd. In alle modellen gold voor de leeftijdsgroep 21-25 jaar een andere premie dan voor

de leeftijdsgroep 25 jaar en ouder. Hoewel de commissie erkende dat het doel – aanpassen van de bestaande regeling aan de Pensioenwet – legitiem was, was het leeftijdsonderscheid niet gerechtvaardigd, want die aanpassingen konden ook worden gerealiseerd zonder leeftijdsonderscheid te maken.

Handicap of chronische ziekte

Rechtbank 's-Gravenhage 28 september 2006, PJ 2007/32 oordeelde dat het op de FPU-uitkering in mindering brengen van invaliditeitspensioen geen verboden onderscheid als bedoeld in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte opleverde, omdat het doel van de kortingsregeling objectief was gerechtvaardigd, namelijk het tegengaan van onbeperkte cumulatie van inkomens.

CGB 13 december 2007, CGB 2007-217 betrof de vraag of in een pensioenreglement van een pensioenfonds onderscheid mocht worden gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door te bepalen dat bij het intreden van arbeidsongeschiktheid geen premievrijstelling zou worden verleend wanneer de deelnemer al ten minste 25% arbeidsongeschikt was op de datum waarop zijn deelneming laatstelijk aanving. Het doel van deze bepaling was om te voorzien in premievrije deelneming voor mensen die arbeidsongeschikt waren geworden voor het verrichten van werkzaamheden in de bedrijfstak. De CGB oordeelde dat het middel niet geschikt was om het doel te bereiken en dat het pensioenfonds om die reden jegens de deelnemer verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte had gemaakt.

Ontbinding arbeidsovereenkomst door pensionering

Op de zogenoemde pensioenregel (een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege bij pensioeningang) valt veel en steeds meer af te dingen. Dat blijkt ook uit de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie.

Pensioenregel

HvJ EG 16 oktober 2007, JAR 2007/288 betrof de nationale regeling van Spanje die inhoudt dat clausules in CAO's over gedwongen pensionering rechtsgeldig zijn als de 65-jarige leeftijd is bereikt en aanspraak kan worden gemaakt op ouderdomspensioen. Dergelijk leeftijdsonderscheid dient een legitiem doel indien positieve effecten voor werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of beroepsopleidingen worden beoogd. Het doel van de Spaanse regeling was bestrijding van werkloosheid. De mid-delen waren passend en noodzakelijk, temeer daar de regeling niet alleen uitging van een vaste pensioenleeftijd, maar ook rekening hield met de feitelijke ingangsdatum van ouderdomspensioen. Het gemaakte leeftijdsonderscheid was gerechtvaardigd.

Beëindiging dienstverband na verlenging

CGB 20 maart 2007, CGB 2007-42 oordeelde over de beëindiging van het dienstverband van een penitentiair inrichtingswerker bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd. Een verzoek tot verlenging van het dienstverband met één jaar was toegewezen, het verzoek tot een tweede verlenging werd afgewezen.

Het onderscheid hield verband met veiligheidsrisico's. Dit doel was naar het oordeel van de CGB legitiem. Het middel was bovendien geschikt. De verlenging diende om vacatures te vervullen en stond daarom haaks op het doel. Daarom was het middel niet geëigend om het gestelde legitieme doel te bereiken. Vlg. J.E. Bonn, 'Discriminatie bewijzen', *Advocatenblad* 2008-12, p. 509.

In Kantonrechter Amsterdam 15 november 2006, JAR 2007/4 was een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd van rechtswege geëindigd. Vervolgens werd de arbeidsovereenkomst drie keer voor bepaalde tijd voortgezet. De vraag was of de laatste overeenkomst op grond van art. 7:667 lid 4 BW van rechtswege kon eindigen. Omdat de CAO in beëindiging van het dienstverband van rechtswege bij het ingaan van het pensioen voorzorg, kon redelijkerwijs niet worden aangenomen dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde



tijd de positie van de werknemer onvoldoende zou zijn beschermd indien ontslagbescherming zou ontbreken. Het einde van rechtswege dient dan ook in dit geval voor de toepasselijkheid van art. 7:667 lid 4 BW gelijkgesteld te worden met een rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter.

Doorwerken naast pensioen

In Kantonrechter Amsterdam 30 januari 2008, JAR 2008/44 was een werknemer 67 jaar en werkzaam in de functie van verkoopadviseur. Vanaf zijn 60-jarige leeftijd maakte de werknemer gebruik van een vroegpensioenregeling en werkte hij daarnaast nog drie dagen per week. De werkgever verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat voor adequate doorstroming was vereist dat de werknemer werd vervangen door een verkoopadviseur die aanmerkelijk hogere verkoopresultaten boekte. De rechter oordeelde dat geen

sprake was van leeftijdsdiscriminatie. Het mocht zo zijn dat de werkgever feitelijk doende was zijn verkopersteam te verjongen, maar daarmee was niet aanmerkelijk geworden dat deze werkgever vanwege de leeftijd van de betreffende werknemer afscheid van hem wenste te nemen.

Wijziging pensioenregeling/indexering

Het (eenzijdig) wijzigen van arbeidsvoorwaarden is ook binnen het pensioenrecht een actueel thema. Daar gaat het niet alleen om wijziging van pensioenarbeidsvoorwaarden (pensioenovereenkomsten), maar ook om wijziging van de regelingen van pensioenfondsen (pensioenreglementen).

Intrekken bijspaarregeling na wetswijziging

De Kantonrechter Heerlen 24 januari 2007, PJ 2007/49 oordeelde dat het het ABP was toegestaan bijspaarproducten ter aanvulling van vroegpensioen te beëindigen. Achtergrond van deze beëindiging was de invoering van de Wet VPL, die het ABP tot aanpassing dwong. Naar het oordeel van de Kantonrechter Heerlen waren de pensioenaanspraken, voor zover nog niet ingegaan, voorwaardelijke rechten en leverde het ontnemen van voorwaardelijke rechten geen tekortkoming van het ABP ten opzichte van de deelnemers op.

Wijziging pensioenregeling gebrekkig gecommuniceerd

Rechtbank Rotterdam 15 november 2006, PJ 2007/23 betrof een eenzijdig doorgevoerde wijziging van een pensioenregeling over welke wijziging werknemers schriftelijk waren geïnformeerd. Op een formulier konden werknemers aangeven dat zij niet akkoord gingen met de regeling. Niet ws vermeld dat de indexering van het pensioen voorwaardelijk was. Enkele jaren later (in 1996) werd de tekst van het nieuwe reglement uitgereikt, dat wel een zogenoemde voorwaardelijkheidsverklaring bevatte. Pas in 2005 ondernam een van de werknemers actie en stelde recht te hebben op onvoorwaardelijke indexering. Gelet op het grote tijdsverloop oordeelde de Rechtbank Rotterdam echter dat de werkgever erop had mogen vertrouwen dat de werknemer akkoord was gegaan met de voorwaardelijke indexering. Hij had immers de mogelijkheid bezwaar te maken en om naar aanleiding van het pensioenreglement nadere informatie in te winnen, maar heeft dat nagelaten.

(Ontbreken van) eenzijdig wijzigingsbeding in pensioenovereenkomst

De Kantonrechter Gouda 16 november 2006, PJ 2007/103 oordeelde over een werkgever die een werknemerspremie van 50% wilde invoeren. In het pensioenreglement was de volgende wijzigingsbevoegdheid opgenomen: 'Indien sociale wetten of verplicht gestelde pensioenvoorzieningen worden ingevoerd of gewijzigd, kan de werkgever, indien

hij dat noodzakelijk of gewenst acht, de in dit pensioenreglement vastgelegde pensioenregeling aan de gewijzigde omstandigheden aanpassen.' De Kantonrechter Gouda zag dat als een wijzigingsbeding als bedoeld in art. 2 lid 7 PSW en kwalificeerde de bepaling als *lex specialis* ten opzichte van art. 7:613 BW. De werkgever voerde slechts aan dat sprake was van extra pensioenlasten als gevolg van de verplichte toetreding tot het bedrijfstakpensioenfonds per 1 januari 2004. Daarbij was, als gevolg van de verplichte toetreding, tevens voor werknemers een aanspraak op pensioen ontstaan. De kantonrechter oordeelde dat niet voldaan was aan de voorwaarden om van het wijzigingsbeding gebruik te maken. Er was namelijk geen sprake van een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan de werkgever gerechtigd was om eenzijdig een werknemerspremie voor het ouderdomspensioen ten nadele van de werknemers in te voeren omdat de werkgever niet aan zijn wettelijke aansluitplicht had voldaan.

De Kantonrechter Alphen aan den Rijn oordeelde op 5 juni 2007, *PJ* 2007/118 over de wijziging van een voor de werknemers van de aangesproken werkgever premievrije pensioenregeling. Indien tussen partijen geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, is naar het oordeel van de kantonrechter de juridische maatstaf waarbinnen eventueel wijzigingen van collectieve arbeidsvoorwaarden kunnen plaatsvinden, de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. De vraag die beantwoord moest worden, was, of het in de gegeven omstandigheden in stand houden van het premievrij pensioen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de werkgever. De kantonrechter

beantwoordde die vraag ontkennend omdat de toepasselijke CAO voor de werkgever slechts de bevoegdheid kende een werknemerspremie te bedingen. Van die bevoegdheid was nu eenmaal geen gebruik gemaakt.

Rechtsverwerking

De Kantonrechter Breda wees op 12 maart 2008 (LJN: BC6867) een vonnis dat inhield dat geen sprake was van een onbevoegde eenzijdige aanpassing van de pensioenregeling in verband met gewijzigde wetgeving, aangezien de werknemer zelf stelde dat hij gehouden was deze aanpassingen te aanvaarden en dat hij zich, ook al had hij bezwaren geuit, daaraan gebonden achtte.

Wijziging uitvoeringsovereenkomst

In Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008/67 (Akzo) kreeg het hof te oordelen over de wijziging van een indexatieclausule. De financieringsafspraken tussen werkgever en pensioenfonds waren gewijzigd. Achtergrond hiervoor was dat de werkgever het jaarverslag volgens bepaalde richtlijnen (IFRS) moest inrichten en daarbij (toekomstige) pensioenverplichtingen moest verantwoorden. Het hof oordeelde dat het financieringssysteem van het pensioen geen onderdeel was geworden van de individuele arbeidsovereenkomst en dat de wijziging van de financieringsovereenkomst niet leidde tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst. Voorts oordeelde het hof dat onvoldoende was gesteld om aan te nemen dat gepensioneerden partij zouden zijn geworden bij de financieringsovereenkomst, ook al omvatte die overeenkomst de betalingsverplichting van de werkgever jegens het pensioenfonds, de afdracht van eventuele werknemersbijdragen en ook al hadden werknemers er jegens de werkgever recht op dat die bijdragen aan het pen-

sioenfonds werden afgedragen. Het pensioenfonds was daarom bevoegd de financieringsovereenkomst te wijzigen en die wijziging jegens gepensioneerden in te roepen.

Verjaring/ rechtsverwerking

Hoge Raad 5 januari 2007, *PJ* 2007/22 betrof parttimers en hulpkrachten die tot 1986 na een wachttijd van vijf jaar en van 1986 tot 1992 na een wachttijd van één jaar verplicht werden aangesloten bij het pensioenfonds. Wel konden zij op vrijwillige basis eerder toetreden. Een aantal van hen, dat geen gebruik had gemaakt van deze mogelijkheid, sprak de werkgever aan. De Hoge Raad overwoog dat de subjectieve bekendheid met een vordering als voorwaarde voor het gaan lopen van een verjaringstermijn in art. 3:310 lid 1 BW niet ook betrekking heeft op de juridische merites van de zaak. Het is in beginsel niet vereist dat de benadeelde weet dat hij een vordering heeft, omdat, zoals in het berechte geval, de pensioenregeling in strijd was met (thans) art. 141 EG-Verdrag. Zoals is beslist in HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115, is voor het gaan lopen van deze verjaringstermijn vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, maar niet dat hij ook bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden.

Al met al was het pensioenrecht sterk in beweging gedurende de beschreven periode. Ook voor een volgende kroniek pensioenrecht zal er voldoende stof zijn.