

# Kroniek Pensioen- recht



kroniek  
2009-2010

## Inhoud

**Inleiding » Uitleg van een pensioenovereenkomst » Algemeen » Diversen » Wijzigen pensioenovereenkomst » Algemeen » (Ontbreken van) eenzijdig wijzigingsbeding » Wetswijziging » Werking ten aanzien van gepensioneerden » Ontbinding arbeidsovereenkomst en pensioen » Pensioenregel » Evenredige pensioenverwerving » Uitvoeringsovereenkomst » Verjaring en rechtsverwerking » Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds » Merknaam bedrijfstakpensioenfonds » Gelijke behandeling » Onderscheid naar leeftijd » Pensioenontslag » Onderscheid op grond van geslacht » Onderscheid op basis van handicap of chronische ziekte » VUT-overeenkomst » Herstel van fouten, informatieverplichtingen » Echtscheiding » Pensioenverevening » Pensioenverrekening » Pensioenverweer » Uitvoeringsverplichting dga bij scheiding » Alimentatie » Tot besluit**

Deze Kroniek Pensioenrecht behandelt de periode 2009–2010. Grote verschuivingen deden zich in de rechtspraak niet voor, maar onder andere de ontwikkelingen in verband met de pensioenovereenkomst, de uitvoeringsovereenkomst en het pensioenreglement leverden voldoende stof op.

mr. B.J. Bodewes, mr. A.W. Cramer,  
mr. J.A. van de Hoef CPL,  
mr. W.P.M. Thijssen en K.A. Jessurun LL.B.<sup>1</sup>

## Inleiding

In 2010 kreeg de financiële (on)houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel veel aandacht. Veel pensioenfondsen kampen met tekorten en sommige dienden tot rechtenkorting over te gaan. Het jaar begon met het verschijnen van twee belangrijke rapporten: op 19 januari verscheen dat van de Commissie-Frijns, *Pensioen: Onzekere zekerheid* en op 27 januari volgde het rapport van de Commissie-Goudswaard, *Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*. Beide rapporten betoogden dat het pensioenstelsel schokbestendiger zou moeten worden gemaakt, onder meer door de risico's mede op de (gewezen) deelnemers af te wentelen. Deze adviezen werkten door in het Sociaal Akkoord van 4 juni 2010. De AOW-leeftijd zou in 2020 naar 66 en indien nodig in 2025 naar 67 jaar gaan. Het ambitieniveau van de aanvullende pensioenen zou kunnen worden gematigd en risico's zouden mede door de (gewezen) deelnemers aan pensioenregelingen moeten worden gedragen. Zo zou rechtenkorting in de toekomst moeten worden voorkomen.

Op 11 juni 2010 trad de wet in werking die het mogelijk maakt een 'multi-ondernemingspensioenfonds' op te zetten.



Daardoor is schaalvergroting in de wereld van ondernemingspensioenfondsen mogelijk gemaakt. Op 1 juli 2010 nam de Tweede Kamer het initiatiefwetsvoorstel Koser Kaya en Blok aan op grond waarvan de positie van gepensioneerden binnen pensioenfondsen zal worden versterkt (TK 2008-2009, 31 537). Het wetsvoorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer.

Deze Kroniek Pensioenrecht focust, zoals gewoonlijk, op ontwikkelingen in de rechtspraak. Belangrijke ontwikkelingen op wetgevingsvlak en beleidsmatig gebied werken vertraagd door in de rechtspraak zodat de lezer deze hierna dan ook niet direct terugvindt; gelukkig zijn voor degenen die gefascineerd zijn door het pensioenrecht ook rechtspraakontwikkelingen boeiend.

## Uitleg van een pensioenovereenkomst

### Algemeen

Het Halliburton-arrest (HR 23 april 2010, PJ 2010/157) behandelt de uitleg van een afspraak over pensioen in de verhouding tussen een werkgever en een werknemer. Het betreft de toezegging die werkgever Halliburton in 1994 had gedaan aan haar werknemers, onder wie verweerder in cassatie, over een wijziging van de bestaande collectieve pensioenregeling. Met toepassing van de Haviltexnorm had het hof geoordeeld dat de werknemer er in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

<sup>1</sup> Mr. B.J. Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries, mr. A.W. Cramer, mr. J.A. van de Hoef CPL en mr. W.P.M. Thijssen zijn advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Amstelveen, K.A. Jessurun LL.B. is documentatiemedewerkster bij dat kantoor.

van mocht uitgaan dat Halliburton een onvoorwaardelijke indexering van pensioenaanspraken had toegezegd.

Halliburton stelde dat de indexering voorwaardelijk was, afhankelijk van door de pensioenverzekeraar aan Halliburton uitgekeerde overrente. In het arrest van de HR was vervolgens de vraag aan de orde of het hof de Haviltexnorm juist had toegepast. De HR oordeelde dat het hof deze niet had miskend. Uit het arrest kan worden afgeleid dat feiten van een latere datum mee kunnen wegen bij de uitleg van een brief van eerdere datum, te weten: de brief waarin de indexering was toegezegd. Een ander voorbeeld van de toepassing van de Haviltexnorm bij de uitleg van een afspraak in verband met pensioen is te vinden in Gerechtshof 's-Gravenhage 21 april 2009, *PJ 2009/153*.

Op 8 oktober 2010 wees de HR een arrest over de uitleg van een pensioenreglement van het ABP, dat als recht in de zin van art. 79 RO dient te worden aangemerkt (HR 8 oktober 2010, *PJ 2010/189*). Onder verwijzing naar zijn arrest van 20 februari 2004 (*PJ 2004/43* inzake DSM/Fox) nam de HR als uitgangspunt dat de cao-norm van toepassing is bij de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen een pensioenfonds (het ABP) en een werknemer. De HR herhaalde (mede verwijzend naar HR 2 april 2004, LJN: AO3857) dat de cao-norm inhoudt dat bij de uitleg van het pensioenreglement geen betekenis toekomt aan de bedoeling van de sociale partners die de inhoud van het pensioenreglement hebben bepaald, indien die bedoeling voor derden niet kenbaar is uit het pensioenreglement of een bijbehorende toelichting.

Een ander voorbeeld van de uitleg van een pensioenreglement van een pensioenfonds aan de hand van de cao-norm is Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2010, *PJ 2010/98*. Het hof oordeelde toen dat in het pensioenreglement van een bedrijfstakpensioenfonds niet het uitdrukkelijke voorbehoud 'geen premie, geen pensioen' kon worden gelezen.

Tot slot de Kantonrechter Amsterdam 12 april 2010, *PJ 2010/138*. De kantonrech-

ter oordeelde dat het 'stellige voornemen' van de betreffende werkgever om een aanvullend pensioen te verschaffen indien een werknemer tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd in dienst blijft van de werkgever, een niet-afdwingbare pensioentoezegging is, waarop de geldende pensioenwetgeving niet van toepassing is. De werkgever voorkwam – door geen toezegging te doen, maar slechts een 'stellig voornemen' te uiten – aan de verplichting om bij uitdiensttreding voor de pensioendatum evenredige pensioenaanspraken toe te kennen (art. 55 Pensioenwet).

### Diversen

In deze kroniekperiode zijn wederom enkele vonnissen gewezen terzake de beëindiging door de werkgever van bijdrageregelingen in premieziektekostenverzekeringen voor gepensioneerden. Achtergrond van deze problematiek vormt de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006, waardoor het onderscheid tussen particuliere en ziekenfondsverzekeringen is vervallen.

In een situatie waar gepensioneerden opkwamen tegen de beëindiging van de bijdrageregeling oordeelde Kantonrechter Utrecht op 3 juni 2009, *PJ 2009/160* dat een beroep van de werkgever op 'goed werknemerschap' niet kon slagen omdat geen sprake was van een individuele, maar van een collectieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Het feit dat de arbeidsverhouding reeds was beëindigd voordat de bijdrageregeling werd ingetrokken, kon volgens de kantonrechter niet leiden tot de conclusie dat gepensioneerden onverminderd recht behielden op de regeling. Rechten van gepensioneerden kunnen worden aangepast op grond van de artt. 6:248 lid 2 en 6:258 BW. Daarbij past terughoudende toetsing, omdat het gepensioneerden betreft die zelf geen compenserende maatregelen meer kunnen treffen. De kantonrechter oordeelde voorts dat de bescherming van verworven aanspraken niet zo ver gaat dat de regeling volledig intact dient te blijven, maar slechts zo ver de beëindiging leidt tot een inkomensachteruitgang.

Op 6 maart 2009 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam al in deze procedure

over de beëindiging van de werkgeversbijdrage aan de ziektekostenpremie. Verkort weergegeven achtte de kantonrechter gepensioneerden gebonden aan de gewijzigde cao. Op 9 oktober 2009 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat de getroffen overgangsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was (*PJ 2010/103*). Tevens was het oordeel dat de overgangsregeling weliswaar onderscheid maakte op grond van leeftijd, maar dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestond. Ook was er geen alternatief voor de regeling.

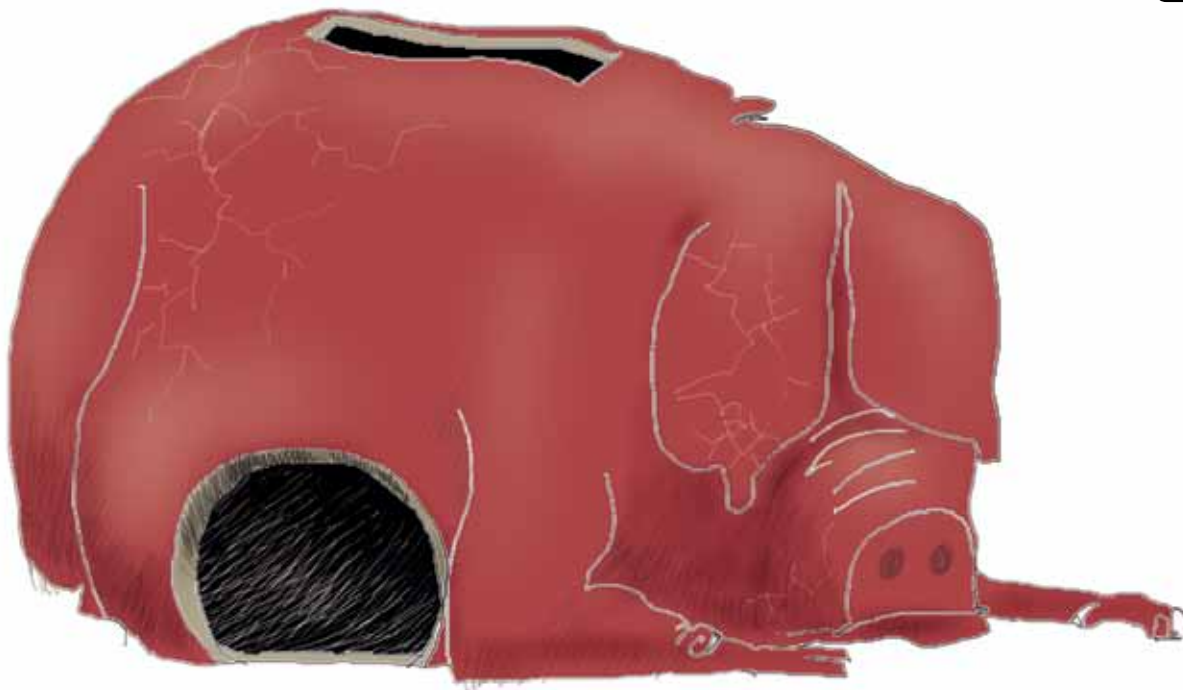
Een vergelijkbaar oordeel waarbij de bijdrageregeling ziektekostenpremie in het kader van een cao werd beëindigd, werd gegeven door Kantonrechter Utrecht op 23 juni 2010 (*PJ 2010/183*). Ook hier achtte de kantonrechter de beëindiging van de bijdrage in de premie ziektekostenverzekering voor gepensioneerden op basis van een cao naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. De werkgever hoefde de gepensioneerden geen levenslange bijdrageregeling uit te betalen.

Het beeld dat zich uitkristalliseert, is dat wijziging bij cao wel mogelijk is, terwijl zonder cao de werkgever in beginsel gehouden lijkt te zijn de regeling in stand te houden waarbij terughoudend wordt getoetst aan de artt. 6:248 lid 2 en 6:258 BW.

## Wijzigen pensioenovereenkomst

### Algemeen

De HR heeft in het eerderegenoemde Halliburton-arrest (HR 23 april 2010, *PJ 2010/157*) en in het CZ-arrest (HR 12 februari 2010, *PJ 2010/69*) randvoorwaarden gegeven voor het rechtsgeldig wijzigen van een pensioenovereenkomst. Deze arresten draaien met name om de vraag of is ingestemd met de wijziging. Bij de beantwoording van deze vraag kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen en gaat het niet zozeer om 'ondubbelzinnige instemming'.



Het CZ-arrest betrof het beëindigen van een pensioenregeling waaraan buitendienstmedewerkers pensioenopbouw over provisie-inkomsten ontleenden. Tevens zou waardeoverdracht naar een andere regeling worden gerealiseerd. De HR oordeelde dat de beëindiging van de pensioenregeling een wijziging van de arbeidsovereenkomst inhoudt waarvoor een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen de werkgever en werknemer vereist was. In dat verband was het vertrouwensbeginsel van art. 3:37 BW van belang. De werkgever mocht er slechts op vertrouwen dat een werknemer had ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhielden, indien de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging was verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mocht worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging had ingestemd.

Of de werknemer met de wijziging had ingestemd, hing af van alle feitelijke omstandigheden. Niet was vereist dat de rechter steeds met zo veel woorden zou moeten vaststellen dat de instemming ondubbelzinnig was. De werkgever had de werknemers in een aantal werkbesprekingen geïnformeerd en hen tevens afzonderlijk op de hoogte gesteld van de waarde van hun pensioen. Allen hadden de aanvraag voor de waardeoverdracht voor akkoord ondertekend. Het hof oordeelde dat daardoor de pensioenregeling was beëindigd en de HR volgde dit oordeel.

In het Halliburton-arrest oordeelde het hof dat 'uitdrukkelijke instemming' van de werknemer was vereist om afwijking van de overeengekomen onvoorwaardelijke indexering te kunnen aannemen. De HR heeft dit genuanceerd door aan te geven dat het hof met deze overweging tot uitdrukking heeft gebracht dat Halliburton aan het 'stilzitten' van de werknemer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de betekenis mocht toekennen dat deze had ingestemd met een voorwaardelijke indexering in plaats van een onvoorwaardelijke. Van de werknemer behoefde redelijkerwijs niet te worden gevergd dat hij verifieerde of latere toegezonden stukken op het punt van de indexering iets anders inhielden dan voorheen. Halliburton had hem ondubbelzinnig op de voorgenomen wijziging moeten wijzen. Getoetst werd aan art. 7:611 BW ('Taxi Hofman'-regel).

### **(Ontbreken van) eenzijdig wijzigingsbeding**

De Kantonrechter Rotterdam beoordeelde in een uitspraak van 9 april 2010 (*PJ 2010/137*) of, en zo ja, in hoeverre werknemers door een wijziging van het pensioenreglement van het ondernemingspensioenfonds waaraan zij deelnamen, gebonden waren aan een wijziging van de pensioenovereenkomst. Via het pensioenreglement kon een wijzigingsbeding ten aanzien van de pensioenovereenkomst, zonder instemming van de individuele werknemer, niet worden geïmporteerd in de arbeidsovereenkomst. Al maakten de

statuten en reglementen deel uit van de arbeidsovereenkomst, de werkgever kon niet eenzijdig terugkomen op de pensioenovereenkomst op grond van een wijziging van het pensioenreglement van het pensioenfonds. Onvoldoende was gesteld om te oordelen dat onverkorte handhaving van de pensioenovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de werkgever (art. 6:248 lid 2 BW). Tevens gold geen reden voor toepassing van art. 6:258 BW. Andere voorbeelden zijn te vinden in Kantonrechter Alkmaar 8 september 2010, *PJ 2010/197* en Kantonrechter Almelo 26 oktober 2010, *PJ 2010/199*.

### **Wetswijziging**

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 28 april 2009 (*PJ 2009/187*) had de werkgever de pensioenregeling gewijzigd in verband met gewijzigde fiscale wet- en regelgeving. Het hof overwoog dat door die gewijzigde regelgeving geen aanspraak op onverkorte nakoming van de pensioenovereenkomst ten opzichte van de werkgever kon worden gemaakt. Dit nam niet weg dat de pensioenregeling op een overeenkomst berustte en dat de werknemer niet had ingestemd met het zonder meer intrekken van deze regeling. De eisen voortvloeiend uit art. 7:611 BW betekenden dat, gegeven het oordeel dat onverkorte nakoming van de pensioenovereenkomst onmogelijk was, de aanspraken niet zonder meer kwamen te vervallen. Beoordeeld moest worden wat redelijk en billijk was. De werkgever had

het nadeel van de werknemer niet gecompenseerd, waardoor het hof oordeelde dat de pensioenregeling ten onrechte was gewijzigd. Het belang van het treffen van een alternatieve voorziening komt, in lijn met de uitspraken in de vorige kroniek, ook hier naar voren.

### Werking ten aanzien van gepensioneerden

Een pensioenfonds was overgegaan tot wijziging van de toeslagregeling. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde op 24 juli 2009 (PJ 2009/145) dat toezeggingen die afhankelijk zijn van nadere besluitvorming van het bestuur als voorwaardelijk moeten worden beschouwd. De zaak draaide om een onvoorwaardelijke toezegging omtrent indexering, omdat de toepassing van de indexering afhankelijk was gesteld van tevoren bepaalde, objectieve criteria. De indexering was daarom deel gaan uitmaken van de pensioenaanspraken. Gelet op de artt. 18 en 20 Pensioenwet had naar het huidige recht te gelden dat aan die verworven aanspraak niet meer kan worden getornd. De kantonrechter oordeelde dat de wijziging van de toeslagregeling niet voor de gepensioneerden gold.

## Ontbinding arbeids-overeenkomst en pensioen

In de zaak Kantonrechter Amsterdam 1 september 2010 (PJ 2010/185) vorderde een werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst met toekenning van een vergoeding wegens het afschaffen door de werkgever van de Functioneel Leeftijdsontslag-regeling (FLO-regeling). In het kader van de inwerkingtreding per 1 januari 2006 van de Wet VPL (die kort gezegd VUT en prepensioenregelingen voor werknemers geboren vanaf 1 januari 1950 'fiscaal' afschafte), had de werkgever de FLO-regeling afgeschaft en vervangen door een minder royale maar, naar het oordeel van de Kantonrechter Amsterdam, evenwichtige regeling die vroeg-

pensioen nog steeds mogelijk maakte. Afschaffing was het gevolg van een externe factor waarop de werkgever geen invloed had en de rechter ontbond de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding aan werknemer.

Kantonrechter Utrecht 30 juni 2010 (PJ 2010/184) betreft nog een uitspraak over een arbeidsovereenkomst die werd ontbonden onder toekenning van een vergoeding. Naderhand werd de oud-werknemer volledig arbeidsongeschikt en ontving hij een maximale WAO-uitkering. Aan de werkgever werd een arbeidsongeschiktheidsuitkering betaald die hij niet doorbetaalde aan de oud-werknemer. Deze vorderde uitbetaling. De werkgever beriep zich op verjaring (zie art. 3:307 BW) en meende dat in de ontbindingsprocedure reeds een vergoeding was bepaald waarin uitkeringen van de arbeidsongeschiktheidsverzekering aan de werkgever zouden zijn verdisconteerd. De kantonrechter oordeelde dat de exclusiviteit van de ontbindingsprocedure niet in de weg staat aan een afzonderlijke procedure tot uitbetaling van de uitkeringen. Hij beoordeelde voorts in hoeverre niet-verjaarde termijnen zouden hebben geleid tot een lagere ontslagvergoeding en kende de vordering aan de werknemer toe.

## Pensioenregel

De geldigheid van de pensioenregel (een dienstverband eindigt van rechtswege door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd; Codfried-arrest, HR 13 januari 1995, JAR 1995, 35) blijft de gemoederen bezighouden. In de vorige kroniek bleek dat in verschillende uitspraken van lagere rechters werd afgeweken van de pensioenregel. Dat doet ook de Kantonrechter Delft in een uitspraak van 23 april 2009 (PJ 2009/159). Daarmee onderstreept de kantonrechter het belang om in de arbeidsovereenkomst een pensioenontslagbeding op te nemen om onzekerheid over het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst te voorkomen.

Het is aardig ook te wijzen op een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht

van 12 juni 2009 (PJ 2009/161). Deze heeft betrekking op de situatie waarin een dienstverband werd voortgezet nadat de werknemer 65 jaar was geworden. Deze raakte arbeidsongeschikt en de vraag rees of het ontslagverbod van art. 7:670 lid 1 BW van toepassing was.

De kantonrechter oordeelde dat de arbeidsovereenkomst op het moment dat de werknemer 65 jaar werd van rechtswege eindigde vanwege de toepasselijke cao (met toepassing van art. 7:667 lid 1 BW). Hij oordeelde voorts dat de arbeidsovereenkomst vervolgens steeds voor ten hoogste een jaar was voortgezet (op grond van art. 7:668 lid 1 BW) en dat de zogenoemde Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 BW) toepassing miste.

## Evenredige pensioenverwerving

Op 27 oktober 2009 (PJ 2009/182) oordeelde Gerechtshof Amsterdam in een procedure betreffende de tijdsevenredige opbouw en financiering van pensioenaanspraken in een beschikbare-premiereregeling. De verzekeraar paste een hogere kosteninhouding toe gedurende de eerste acht verzekeringsjaren en de vraag die voorlag, was, of deze handelwijze strijdig was met de verplichting tot evenredige opbouw en financiering van pensioenaanspraken als bedoeld in art. 7a Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW, de voorganger van de Pensioenwet; vgl. artt. 17 en 17a Pensioenwet). Het hof overwoog dat noch uit artikel 7a PSW, noch uit een circulaire over dit onderwerp van De Nederlandsche Bank uit 2000 viel op te maken dat zonder meer sprake zou zijn van strijd met art. 7a PSW indien in de beginperiode meer kosten in rekening worden gebracht. Van strijd met art. 7a PSW kon slechts sprake zijn indien deze kostentoe rekening leidde tot onevenredige opbouw van pensioenaanspraken, aldus het hof. Art. 7a PSW schreef geen evenredige kostenverdeling voor zoals art. 17a Pensioenwet. Het hof vervolgde dat er wel sprake kan zijn van evenredige opbouw in een beschikbare-premiereregeling

als de voor pensioenopbouw beschikbare premie in het begin lager was. Het hof volgde de stelling van de verzekeraar dat, ook in geval van een lagere voor pensioenopbouw beschikbare premie gedurende de aanvangsperiode van de verzekering, daarna sprake kon zijn van evenredige pensioenopbouw.

## Uitvoeringsovereenkomst

De HR verwierp op 23 april 2010 (*PJ 2010/128*) het beroep in cassatie van Optas inzake Optas/ECT. Na waardeoverdracht van Optas naar een nieuwe pensioenverzekeraar diende werkgever ECT een aanzienlijke bijbetaling te verrichten wegens zwaardere (lees: duurdere) grondslagen bij die verzekeraar. Drie elementen waren van belang. Het hof oordeelde dat in het garantiecontract dat werkgever ECT met verzekeraar Optas was overeengekomen besloten lag dat de verzekeraar de tariefsgrondslagen diende te garanderen tot het contractseinde en hij gehouden is de zogenoemde voorziening verzekeringsverplichting op peil te houden. Het hof oordeelde dat Optas ongerechtvaardigd verrijkt werd door een te lage overdrachtswaarde ter beschikking te stellen en aldus het garantiecontract niet nakwam. Ten slotte bedroeg ECT's schade hetgeen zij aan grondslagverhoging daadwerkelijk aan de nieuwe verzekeraar moest bijbetalen.

## Verjaring en rechtsverwerking

Verjaringsgeschillen, in het bijzonder in relatie tot pensioen, blijven lastige vraagstukken. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010 (*PJ 2010/99*) en Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2010 (*PJ 2010/98*) behandelden, ondanks casusverschillen, (deels) dezelfde rechtsvragen in de sfeer van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. In beide gevallen werd een vordering ingesteld tegen een bedrijfstakpensioenfonds tot toekenning van pensioenaanspraken. In beide gevallen

werd door een bedrijfstakpensioenfonds een beroep gedaan op verjaring van de vordering. Gerechtshof 's-Hertogenbosch kwalificeerde de vordering als een vordering tot nakoming van de toekenning van pensioenaanspraken, waardoor de vordering tijdens de verwervingsfase van de pensioenaanspraken opeisbaar was en op grond van art. 3:307 BW was verjaard. Gerechtshof Amsterdam stelde dat geen sprake was van verjaring, daar een bedrijfstakpensioenfonds geen aanspraken toekent maar slechts de uit het pensioenreglement voortvloeiende aanspraken administreert. Van een verjaring van vijf jaar (art. 3:307 BW) gebaseerd op een vordering tot nakoming (art. 3:296 BW) kon volgens Gerechtshof Amsterdam geen sprake zijn. Met betrekking tot het instellen van een vordering tegen een bedrijfstakpensioenfonds tot het toekennen van pensioenaanspraken verschillen beide uitspraken. Het verschil in benadering is van belang voor een beroep op verjaring, maar echte duidelijkheid ontbreekt.

Het vraagstuk van rechtsverwerking werd behandeld in Rechtbank Den Haag 12 augustus 2009 (*PJ 2009/191*). Door een tegenvallende beursontwikkeling was een te verwachten verzekeringsuitkering gehalveerd. Een assurantietussenpersoon had geadviseerd bij de totstandkoming van de verzekering. Zowel de verzekeraar als de assurantietussenpersoon werd aansprakelijk gesteld. Aan de verzekeringsnemer kon volgens de rechtbank met succes art. 6:89 BW (rechtsverlies door niet protesteren) worden tegengeworpen. In beginsel geldt de verplichting tot protesteren pas vanaf het moment dat de schuldeiser de prestatie heeft ontvangen. De rechtbank oordeelde dat de schuldeiser (de verzekeringsnemer) al op de hoogte was gebracht van het gebrek waardoor het beroep op rechtsverwerking gerechtvaardigd was. Tijdig protesteren tegen een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst is noodzakelijk om een beroep op rechtsverwerking te voorkomen.

## Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

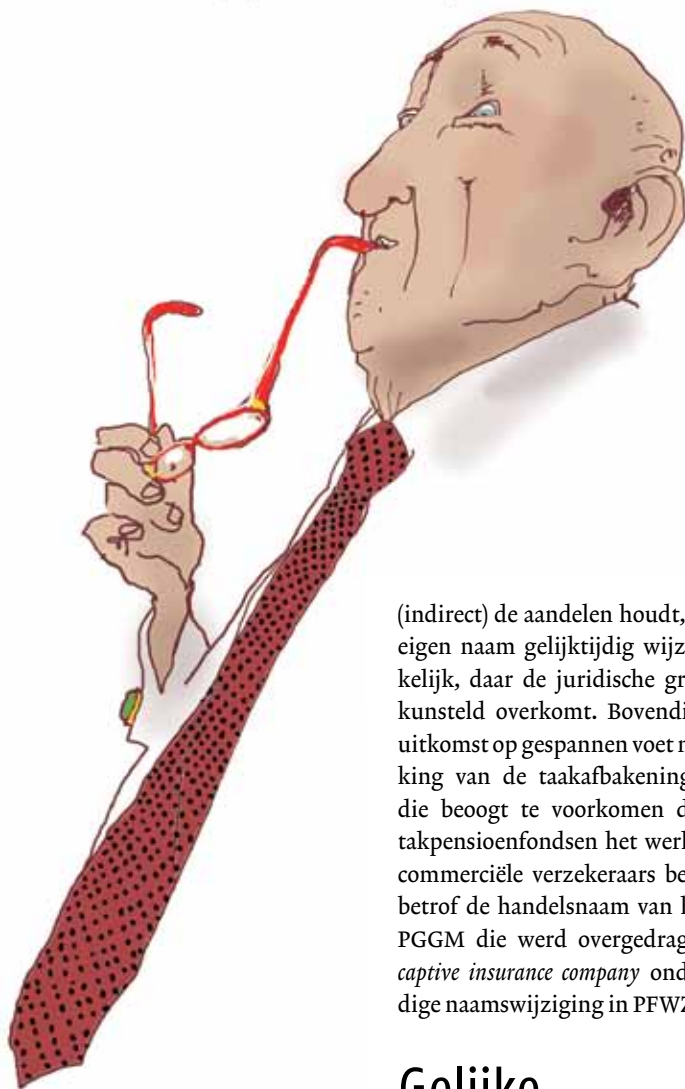
Gerechtshof Arnhem oordeelde op 25 maart 2008 (*PJ 2010/66*) over een zaak waarin een bedrijfstakpensioenfonds premies incasseerde middels het uitbrengen van een dwangbevel, dat het bedrijfstakpensioenfonds die bevoegdheid niet toekwam ter zake premiebetaling over een periode waarin (nog) geen sprake was van een verplichtstellingsbesluit, maar waarin aansluiting bij het fonds een andere grondslag zou kennen.

Kantonrechter Haarlem 10 februari 2009 (*PJ 2010/67*) betrof een verzetprocedure tegen een verstekvonnis waarin een verklaring voor recht was gegeven dat de werkgever niet verplicht hoefde deel te nemen in het bedrijfstakpensioenfonds. Tegen de werkgever was een dwangbevel ter zake achterstallige premiebetaling uitgevaardigd waartegen niet binnen de wettelijke termijn van dertig dagen in verzet was gekomen. Het dwangbevel had zo formele rechtskracht verkregen, hetgeen niet meer kon worden aangetast door een uitspraak van de kantonrechter. In de verzetprocedure vernietigde deze daarom het verstekvonnis.

Ook een interessante verzetprocedure (Kantonrechter Utrecht 2 december 2009 (*PJ 2010/101*)) betrof de situatie waarin een werkgever slechts tegen dwangbevelen van een bedrijfstakpensioenfonds verweer voerde tegen de hoogte van de premienota's. Geen verweer werd gevoerd tegen de stelling dat hij onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds zou vallen. De werkgever kon dit verweer niet meer voeren in een separate procedure, daar het pensioenfonds beroep deed op het gezag van gwijsde van het vonnis in de verzetprocedure. Dit verweer dient derhalve steeds te worden gevoerd in een verzetprocedure, althans indien dit redelijke kans van slagen heeft.

Verder oordeelde de Kantonrechter Amsterdam in een uitspraak op 22 juli

oh, ik leef van stellige voornemens...



2009 (PJ 2009/148) dat uit de indeling door het GAK en de Belastingdienst in een andere bedrijfstak niet zonder meer volgt dat de onderneming niet onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds zou vallen. De werkgever had geen andere argumenten aangevoerd waaruit zou blijken dat de onderneming beter in een andere bedrijfstak paste. De kantonrechter wees het verweer daarom af.

## Merksnaam bedrijfstakpensioenfonds

In Gerechtshof Amsterdam 15 juli 2008 (PJ 2009/68) werd geoordeeld dat een bedrijfstakpensioenfonds de merksnaam mag overdragen aan een verzekeraar waarvan het bedrijfstakpensioenfonds

(indirect) de aandelen houdt, mits het de eigen naam gelijktijdig wijzigt. Opmerkelijk, daar de juridische grondslag gekunsteld overkomt. Bovendien staat de uitkomst op gespannen voet met de strekking van de taakafbakeningswetgeving die beoogt te voorkomen dat bedrijfstakpensioenfondsen het werkterrein van commerciële verzekeraars betreden. Het betrof de handelsnaam van het bekende PGGM die werd overgedragen aan een *captive insurance company* onder gelijktijdige naamswijziging in PFWZ.

## Gelijke behandeling

### Onderscheid naar leeftijd

Op 1 mei 2004 is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA) in werking getreden. (In)direct onderscheid op grond van leeftijd is onder deze wet verboden, maar beide vormen kunnen objectief gerechtvaardigd zijn. In art. 7 WGBLA zijn algemene objectieve rechtvaardigingsgronden opgenomen voor het maken van leeftijds onderscheid. In art. 8 WGBLA zijn bijzondere (pensioen)uitzonderingen genoemd op het verbod op onderscheid.

Volgens de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) 10 september 2009, Oordeel 2009-89 (PJ 2009/185) viel een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage in een beschikbare-premieregeling niet onder de uitzondering van art. 8 WGBLA en was geen sprake van objectieve rechtvaardiging.

In 2009 en 2010 heeft de rechtspraak enkele keren geoordeeld over bepalingen in een sociaal plan in relatie tot verboden leeftijds onderscheid. Tweemaal werd een compensatie toegekend (of was de rechter voornemens een compensatie toe te kennen) aan oudere werknemers omdat sprake was van verboden leeftijds onderscheid (Rechtbank Breda 13 november 2009 (PJ 2010/4) en Rechtbank 's-Hertogenbosch 6 mei 2010 (PJ 2010/140)).

### Pensioenontslag

De pensioenregel is niet langer vanzelfsprekend. De vorige Kroniek Pensioenrecht noemde al een uitspraak (Rechtbank Den Haag 23 april 2009 (PJ 2009/113, overigens opnieuw opgenomen onder PJ 2009/159)) waarin dit werd bevestigd. Op het gebied van beëindiging van het dienstverband wegens pensionering zijn vervolgens meerdere uitspraken gedaan waarbij het aspect van verbod op leeftijdsdiscriminatie en een automatisch einde van de arbeidsovereenkomst op pensioenleeftijd aan de orde kwamen. Een pensioenontslag op de AOW-gerechtigde leeftijd (nu nog 65 jaar) wordt in het algemeen als objectief gerechtvaardigd beschouwd. Voor een eerder pensioenontslag zal een objectieve rechtvaardiging zijn vereist, die niet lichtvaardig zal worden aangenomen.

In Gerechtshof Den Haag 4 augustus 2009 (PJ 2009/149) werd geoordeeld dat een pensioenontslag op 61 jaar nietig was op grond van de WGBLA. Voor een pensioenontslag voor het bereiken van de leeftijd van 65 jaar dient een objectieve rechtvaardigingsgrond te bestaan, die niet lichtvaardig aanwezig is. In Rechtbank Groningen 8 december 2009 (PJ 2010/86) werd een (pre)pensioenontslag op 62 jaar ook als nietig beschouwd wegens leeftijdsdiscriminatie. Een objectieve rechtvaardiging vond de rechter ook niet aangetoond. Rechtbank Amsterdam 2 november 2009 (PJ 2010/50) en Rechtbank Amsterdam 12 februari 2010 (PJ 2010/65) oordeelden echter dat bij pensioenontslag op 63-jarige leeftijd van piloten geen sprake was van strijdigheid met de WGBLA. Waarschijnlijk zal in deze kwestie nog verder worden geprocedeerd.

## Onderscheid op grond van geslacht

Over korting van partnerpensioen bij een groot leeftijdsverschil heeft de CGB regelmatig geoordeeld. Zo ook in 2009 (CGB 25 juni 2009, Oordeel 2009-53 (PJ 2009/166); CGB 25 juni 2009, Oordeel 2009-54 (PJ 2009/167); CGB 14 augustus 2009, Oordeel 2009-78 (PJ 2009/168), en CGB 29 oktober 2009, Oordeel 2009-101, (PJ 2009/48)). De CGB blijkt het uitgangspunt te hanteren dat de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil verboden (indirect) onderscheid op grond van geslacht kan opleveren.

In CGB 14 augustus 2009, Oordeel 2009-78 (PJ 2009/168) was het oordeel van de CGB dat een pensioenverzekeraar geen verboden onderscheid maakte op grond van geslacht door het hanteren van een korting op het partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil, omdat bij een objectieve toetsing bij de betreffende werkgever geen overwegende benadeling bleek – in tegenstelling tot het landelijk gebruikelijke beeld. In Rechtbank Roermond 15 december 2009 (PJ 2010/51) werd een pensioenfonds veroordeeld om een gehuwde arbeidsongeschikte vrouw als nog vanaf 1987 premievrije pensioenopbouw toe te kennen zolang de vrouw een WAO-uitkering ontving wegens arbeidsongeschiktheid van 65% of meer. Volgens de rechtbank waren gehuwde vrouwen ten onrechte uitgesloten van premievrije opbouw tijdens arbeidsongeschiktheid.

## Onderscheid op basis van handicap of chronische ziekte

In CGB 29 september 2009, Oordeel 2010-81 (PJ 2010/141) lag de vraag voor of een pensioenfonds verboden onderscheid maakte op grond van handicap of chronische ziekte door reglementair onderscheid inzake voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. Onderscheid werd gemaakt tussen *enerzijds* werknemers die bij aanvang van de deelneming arbeidsongeschikt waren en bij wie de toename van de arbeidsongeschiktheid dezelfde oorzaak had als de bestaande arbeidsongeschiktheid en *anderzijds* werknemers die bij aanvang van deelnemerschap arbeidsongeschikt waren en bij wie een toename van arbeidsongeschiktheid een andere oorzaak had.

Laatstgenoemden ontvingen wel voortgezette pensioenopbouw, eerstgenoemden niet. De CGB oordeelde dat sprake was van een objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid. Het bijzondere karakter van de bedrijfstak (in het kader van de Wet sociale werkvoorziening) betekende dat het gehanteerde middel noodzakelijk was om onaanvaardbare financiële risico's en een onevenredig groot beroep op de solidariteit van de deelnemers te vermijden. 'Brandende huizen' behoeften geen verzekering.

## VUT-overeenkomst

Een tweetal kenmerken van een VUT-regeling is dat geen rechten worden toegekend bij uitdiensttreding vóór de ingangsdatum van de uitkering en dat sprake moet zijn van een onafgebroken dienstverband gedurende een bepaalde periode. Deze twee aspecten speelden een rol in Rechtbank Den Haag 12 november 2009 (PJ 2010/2). Een werkneemster kwam zes maanden voor de beoogde vervroegde uittredingsdatum in het kader van overgang van onderneming in dienst bij een *payroll* bedrijf. Feitelijk bleef zij bij de 'oude' werkgever hetzelfde werk doen. Een aanvraag voor een uitkering door het VUT-fonds korte tijd later werd afgewezen, omdat niet aan een dienstjarencriterium van dertien jaar uit het VUT-fondsreglement werd voldaan. De werkneemster stelde dat het ontslag vernietigbaar was en deed daarop beroep. De arbeids-overeenkomst werd met terugwerkende kracht hersteld en de gevolgen van de beëindiging teruggedraaid. Het VUT-fonds diende vervolgens tot toekenning van een uitkering over te gaan.

## Herstel van fouten, informatieverplichtingen

Hof Leeuwarden 18 augustus 2009 (PJ 2010/3) oordeelde dat een accountmanager buitendienst van de administrateur

van een bedrijfstakpensioenfonds belast met de administratie en inning van pensioenpremies niet bevoegd is een bedrijfstakpensioenfonds te binden met (al dan niet onjuiste) toezeggingen. Een door het bedrijfstakpensioenfonds aangeslagen werkgever stelde tevergeefs dat hij op een mededeling mocht vertrouwen.

In 2002 vond op verzoek van een (nieuwe) deelnemer in een bedrijfstakpensioenfonds een waardeoverdracht van een verzekeraar naar het bedrijfstakpensioenfonds plaats. Kort na de waardeoverdracht werd het pensioenreglement gewijzigd, waardoor uitruilmogelijkheden naar een hoger ouderdomspensioen of nabestaandenpensioen werden beperkt. De deelnemer stelde hierdoor benadeeld te zijn. Ter onderbouwing van dit standpunt stelde hij onder andere dat ten onrechte inlichtingen over de aanstaande wijziging achterwege waren gelaten door het bedrijfstakpensioenfonds. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2008 (PJ 2010/46) oordeelde echter dat geen sprake was van onrechtmatig handelen door de deelnemer niet vooraf actief te informeren over de lopende onderhandelingen met betrekking tot wijzigingen van uitruilmogelijkheden. De deelnemer had zelf onvoldoende kenbaar gemaakt dat de uitruilmogelijkheden voor hem van doorslaggevend belang waren. Met de wijzigingen gingen bovendien geen pensioenrechten verloren.

## Echtscheiding

### Pensioenverevening

Voor degene die huwelijkse voorwaarden opstelt is van belang dat Hof Arnhem 26 mei 2009 (PJ 2010/35) oordeelde dat geen recht op pensioenverrekening of pensioenverevening bestaat indien bij huwelijkse voorwaarden opgemaakt in 1992 een regeling omtrent pensioenverrekening is overeengekomen die niet van toepassing zou zijn indien een dwingendrechtelijke regeling omtrent pensioenverrekening tot stand zou komen. Omdat de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van regeland recht is, vond deze geen toepassing. Ook hoefde niet tot pensioenverrekening te worden overgegaan omdat de scheiding na 1995 speelde.



Gaat u  
met mij de  
uitdaging  
aan?



**4 maart Zuidas Vrijdagmiddagborrel  
De Blauwe Engel en Amsterdam Bright City**



Daardoor diende de overeengekomen regeling zo te worden uitgelegd, dat van pensioenverrekening of pensioenverevening na introductie van een wettelijke regeling slechts sprake zou zijn indien het een dwingendrechtelijke regeling zou betreffen.

In Gerechtshof 's-Gravenhage 8 juli 2009 (PJ 2010/37) betrof het de situatie waarin de vereveningsplichtige de keuze had tussen een uitkering voor vervroegd uittreden die niet zou behoeven te worden verevend of een uitkering die wel zou moeten verevend. Het hof kwam niet toe aan het vellen van een oordeel of een vereveningsplichtige in die situatie al dan niet is gedwongen te kiezen voor de uitkering die moet worden verevend. Uiteindelijk zou de kwestie waarschijnlijk toch worden gladgestreken in de sfeer van de alimentatie: indien geen plicht tot pensioenverevening bestaat, is de draagkracht immers groter.

### Pensioenverrekening

Tegen vorderingen tot pensioenverrekening zal in toenemende mate een beroep op verjaring of rechtsverwerking worden gedaan. Gerechtshof Arnhem 12 mei 2009 (PJ 2010/34) oordeelde dat de vordering tot pensioenverrekening in geval van inschrijving van een echtscheiding op 5

april 1982 ingesteld op 6 april 2002 was verjaard. De Rechtbank Zwolle-Lelystad oordeelde op 3 december 2008 (PJ 2010/42) echter dat het recht van een verrekeningsgerechtigde om pensioenverrekening te vorderen 25 jaar na het einde van het huwelijk niet was verwerkt.

### Pensioenverweer

In de situatie waarin de verzoeker tot echtscheiding het gevoerde pensioenverweer bestrijdt door uitruil van ouderdomspensioen naar partnerpensioen aan te bieden, is sprake van een 'billijke voorziening'. Een pensioenverweer dient dan niet te slagen (Rechtbank Alkmaar 18 februari 2010 (PJ 2010/150)).

### Uitvoeringsverplichting dga bij scheiding

De bekende lijn dat de dga het recht op bijzonder partnerpensioen en het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen uit hoofde van pensioenverevening extern dient uit te voeren, werd voortgezet. De volgende uitspraak verdient aandacht: ook indien de pensioenvoorziening op de balans uitsluitend werd opgevoerd vanwege de fiscale faciliteit, geldt deze rechtspraak onverkort (Gerechtshof 's-Gravenhage 25 november 2009 (PJ 2010/53)).

### Alimentatie

Aan de rechter werden in 2009-2010 geschillen voorgelegd over de invloed van pensioeningang op alimentatie. Het inkomen van de alimentatieplichtige pleegt bij pensioeningang lager te worden en vaak ontstaat bij pensioeningang recht op pensioenverevening. Zo luidde het oordeel in Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2009 (PJ 2010/31) dat de alimentatie bij pensioeningang in beginsel opnieuw diende te worden vastgesteld, indien het inkomen van de alimentatiegerechtigde door cumulatie van pensioenverevening en alimentatie zou verbeteren. In Rechtbank Breda 18 november 2008 (PJ 2010/41) speelde in dit verband ook het ingaan van de eigen AOW van de alimentatiegerechtigde een rol: die werd bij het bepalen van de 'behoefte' aan alimentatie in aanmerking genomen. Interessant is voorts dat Gerechtshof 's-Gravenhage 8 juli 2009 (PJ 2010/37) de vordering tot vooruitbetaling van termijnen verschuldigd uit hoofde van pensioenverevening afwees, omdat de pensioentermijnen waaruit die termijnen dienden te worden betaald bij achterafbetaling beschikbaar kwamen aan de vereveningsplichtige. Interessant, daar alimentatie vooruit moet worden betaald indien niet anders wordt overeengekomen, terwijl het inkomen waaruit deze moet worden voldaan ook bij achterafbetaling beschikbaar pleegt te komen.

### Tot besluit

Zoals uit het vorenstaande blijkt, deden zich in de rechtspraak in 2009-2010 geen grote verschuivingen voor. De periode 2010-2011 lijkt diezelfde kant op te gaan, maar er kan wel worden uitgekeken naar boeiende rechtspraak over de pensioenkortingen die in 2011 zijn toegepast.