

kroniek

pensioen

recht



2005-2006

Inhoud

Beëindiging dienstverband

Affinanciering

Onjuiste voorlichting

(Wijziging van) toeslagverlening

Wijziging ten opzichte van werknemers/

actieven

Oud-werknemers/slapers en

gepensioneerden

Administratieve fouten

Uitleg pensioentoezeggingen

VUT versus pensioen

Uitleg pensioenreglement

Waardeoverdracht

Faillissement

Gelijke behandeling

Voltyd/deeltijd

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde/

onbepaalde tijd

Mannen en vrouwen

Ontbinding arbeidsovereenkomst in

verband met pensionering

Echtscheiding

Pensioenverevening

Pensioenverrekening

Pensioenfondsen

VUT

Procesrecht

De kroniek pensioenrecht van 2004-2005 (*Advocatenblad* 2005-10 en 2005-11) is de basis voor deze en latere kronieken, omdat daar algemenere onderwerpen en begrippen werden ingeleid en uitgelegd. De kroniek 2005-2006 houdt zoveel mogelijk de indeling van de vorige aan.¹ Deze tweede aflevering behelst in systematische, niet-alfabetische volgorde de belangrijkste of interessantste ontwikkelingen in het pensioenrecht in de tweede helft van 2005 en in 2006.²

Pensioenvoorwaarden?
Geschreven met citroensap?
Zat in mijn contract?



.....
B.J. Bodewes, A.W. Cramer
en W.P.M. Thijssen,
advocaten te Amstelveen³
.....

Beëindiging dienstverband

Affinanciering

In de vorige kroniek bevatte een arrest van het Hof Arnhem over de hoogte van de door een werkgever verschuldigde affinancieringspremie (21 oktober 2004, *PJ* 2004/58). Dit arrest is door de Hoge Raad in stand gelaten (HR 9 september 2005, *PJ* 2005/102).

Onjuiste voorlichting

De Hoge Raad heeft in 2003 (HR 19 september 2003, *PJ* 2003/140) een zorgplicht voor de werkgever geformuleerd ten aanzien van voorlichting aan werknemers. Het Gerechtshof Den Haag (28 april 2006, *PJ* 2006/104) heeft die zorgplicht getoetst. De werkgever had bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst onjuiste informatie verstrekt over de mogelijkheden van verdere pensioenopbouw. Het hof was van oordeel dat de werkgever niet aan de hiervoor bedoelde zorgplicht had voldaan. Het hof had in zijn uitspraak de in casu zwakke positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever, het belang van de pensioenopbouw voor het inkomen van de werknemer, de

oudere leeftijd van de werknemer en de ondeskundigheid van de werknemers ten aanzien van pensioenvraagstukken laten meewegen. Het hof was daarom van oordeel dat de dwaling voor rekening van de werkgever diende te komen. Onder voornoemde omstandigheden mocht de werknemer afgaan op de (onjuiste) mededeling van de werkgever en viel hem niet te verwijten dat hij de onduidelijke tekst in een brochure niet taalkundig had ontleed, daarin niet had ontdekt dat de mededeling onjuist was en evenmin aanleiding had gezien zelf nadere informatie te vragen bij de verzekeraar of elders.

1 Net als de vorige aflevering gaat het nu alleen om de tweede pijler: de aanvullende pensioenen zoals die door de sociale partners in het kader van het arbeids-

voorwaardenoverleg zijn opgezet of tussen individuele werkgevers en werknemers worden overeengekomen en door bedrijfstakpensioenfondsen, onderne-

mingspensioenfondsen, verzekeraars en pensioenvennootschappen en pensioenstichtingen worden uitgevoerd. De eerste pijler, de staatspensioenen, en de

derde pijler, te weten de individuele verzekeringen, zullen nauwelijks aan de orde komen.

2 De nieuwe Pensioenwet (PW), die per 1 januari jl. in werking trad, zal

nauwelijks aan de orde komen, vanwege het artikel van mr. H. van den Hurk in het vorige nummer, *Advocatenblad* 2007-2 dat speciaal aan deze wet is gewijd.

3 De auteurs zijn werkzaam als advocaten bij Thijssen Pensioenadvocaten in Amstelveen.

(Wijziging van) toeslagverlening

Wijziging ten opzichte van werknemers/actieven

Aan de Kantonrechter Utrecht (6 juli 2005, *PJ 2005/103*) werd de wijziging in een rechtstreeks bij een verzekeraar verzekerde regeling voorgelegd van een onvoorwaardelijke indexerings-toezegging in een voorwaardelijke indexerings-toezegging. Tussen de werkgever en de werknemers was geen eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen. De kantonrechter oordeelde dat de eenzijdige wijziging niet rechtsgeldig was, omdat de werkgever voor de eenzijdige wijziging van de pensioenregeling niet een zodanig zwaarwichtig belang had, dat de belangen van de werknemers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienden te wijken. Het beroep van de werkgever op maatschappelijke discussie en de door hem aangevoerde financiële argumenten mochten hem niet baten. Daarbij wreekte zich dat de werkgever, in strijd met het pensioenreglement, niet met de werknemers had overlegd over de wijziging.

De Kantonrechter Arnhem (30 juni 2006, *PJ 2006/106*) oordeelde bij een rechtstreeks verzekerde regeling, dat een wijziging van de indexeringsbepaling in die regeling rechtsgeldig was. De rechter oordeelde dat er tussen de werkgever en de individuele werknemers sprake was van een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW, zodat aan dat artikel getoetst diende te worden. Nu de ondernemingsraad en een grote meerderheid van het personeel hadden ingestemd met de aangepaste pensioenregeling, was volgens de kantonrechter voorshands aannemelijk dat sprake was van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever, waarvoor het belang aan de zijde van de eisende werknemers dat door wijziging zou worden geschaad, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moest wijken.

Oud-werknemers/slapers en gepensioneerden

De Kantonrechter Alkmaar (15 februari 2006, *PJ 2006/102*) oordeelde dat een werkgever ook jegens oud-werknemers een beroep mocht doen op een in een rechtstreeks verzekerde regeling opgenomen wijzigingsbeding dat volgens de kantonrechter kon worden beschouwd als een equivalent van een financieel voorbehoud als bedoeld in artikel 2, lid 7 PSW. De kantonrechter overwoog dat een rechterlijke toetsing ten aanzien van oud-werknemers ruimer diende te zijn dan een (marginale) redelijkheids-toetsing, onder meer omdat inactieven, anders dan actieven, de mogelijkheid missen zich bij loononderhandelingen te laten bijstaan door professionals van de vakbond en niet beschikken over machtsmiddelen zoals actie voeren, zodat inactieven bij een conflict geen gelijkwaardige positie bekleeden. Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis bij artikel 2, lid 7 PSW dat een gerechtvaardigd beroep op dat artikel niet te snel dient te worden aangenomen.

Aangaande de korting van indexering voor gewezen deelnemers van een ondernemingspensioenfonds in de zui-velbranche, die in de vorige aflevering aan de orde kwam (President Rechtbank Arnhem 16 april 2004, *PJ 2004/74* en Gerechtshof Arnhem 25 januari 2005, *PJ 2005/31*), bevestigde de kantonrechter in de bodemprocedure het oordeel van het hof dat de gewezen deelnemers wél waren gebonden aan de reglementswijziging die de korting van de indexering mogelijk maakte. In lijn met het hof oordeelde de kantonrechter ook dat de gewezen deelnemers (oud-werknemers) níét waren gebonden aan afspraken tussen de werkgever en de vakorganisaties, omdat de gewezen deelnemers niet bij die afspraken betrokken waren en ook geen lid waren van de vakorganisaties.

De Kantonrechter Meppel (27 juni 2005, *PJ 2006/36*) beoordeelde een situatie waarin de oud-werknemers stelden dat ze aan een lopende CAO aanspraken op indexering konden ontlenuen. De kantonrechter oordeelde dat uit de definitie van 'werknemer' in de desbetreffende CAO niet viel op te maken dat werknemers die uit dienst zijn getreden vóór inwerkingtreding van de CAO,

onder de werking van die CAO zouden vallen, althans dat die oud-werknemers aan de CAO aanspraak op indexering zouden kunnen ontlenuen. Dat vloeide volgens de kantonrechter ook niet voort uit de Wet op de Collectieve arbeids-overeenkomst.

De Kantonrechter Amsterdam (20 januari 2006, *PJ 2006/37*) oordeelde in een procedure tussen een belangenvereniging van gepensioneerden en de oud-werkgever, een bank, en het pensioenfonds van die bank. Omdat in het pensioenreglement was bepaald dat de CAO-partijen de hoogte van de te verlenen indexering periodiek vaststelden, oordeelde de kantonrechter dat ook gepensioneerden daaraan zijn gebonden. Het staat de CAO-partijen in die situatie vrij een jarenlange koppeling tussen loonsverhoging en de verhoging van de pensioenen ('een bestendige gedragslijn') los te laten, althans in die situatie is geen sprake van een juridisch relevante bestendige gedragslijn van het pensioenfonds.

In dezelfde lijn – een oorspronkelijk voorwaardelijke indexerings-toezegging wordt door het volgen van een bestendige gedragslijn niet gewijzigd in een onvoorwaardelijke toezegging – ligt een vonnis van de Kantonrechter Rotterdam (25 april 2006, *PJ 2006/77*). Ook hier was volgens de rechter geen sprake van een juridisch relevante bestendige gedragslijn bij indexering. De kantonrechter overwoog dat een redelijke uitleg van de indexerings-toezegging inhield dat indexering voorwaardelijk is, namelijk afhankelijk van de vraag of voldoende middelen in het depot aanwezig zijn. Aan het feit dat gedurende een bepaalde periode steeds is geïndexeerd, mag niet het gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend dat dit ook nadien zal plaatsvinden. Daaruit kan volgens de rechter slechts worden afgeleid dat in die periode voldoende middelen in het depot aanwezig waren.

Ten slotte een kwestie over een protocol over indexering dat een werkgever en een ondernemingsraad waren overeengekomen, waarbij ook de leden van de vereniging van gepensioneerden partij zijn door aanvaarding van een derdenbeding in het protocol. De Kantonrechter Rotterdam (28 maart 2006,

PJ 2006/64) oordeelde dat wijziging van het protocol alleen met instemming van alle contractspartijen kon geschieden. De in casu door de werkgever aangevoerde omstandigheden deden daar niet aan af. Wijziging van de financieringsovereenkomst tussen de werkgever en het pensioenfonds was mogelijk, maar mocht geen afbreuk doen aan de afspraken uit het protocol.

Administratieve fouten

Bij de toetsing van situaties waarin een pensioenuitvoerder door die uitvoerder gemaakte administratieve fouten herstelt, draait het steeds om de vertrouwensleer (art. 3:35 BW). Zo ook in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (27 juli 2005, PJ 2006/7) ten aanzien van het herstel van een fout van een levensverzekeraar. De levensverzekeraar had in het kader van een levensverzekeringsovereenkomst over de jaren 1996-2001 aan eiser een te hoge opgave van de winstdeling gedaan. De rechtbank overwoog dat de winstbrieven extra voordeel opleverden zonder een tegenprestatie van eiser en dat eiser zich daarom in sterkere mate dan bij een gewone verzekeringsovereenkomst onder bezwarende titel had moeten afvragen of het aanbod in de winstbrieven overeenstemde met de werkelijke bedoeling van de verzekeraar. De rechtbank overwoog vervolgens dat het verschil tussen de winstdeling in 1995 en 1996 zo opmerkelijk was (zesmaal hoger), dat eiser er niet op mocht vertrouwen dat de opgave overeenkwam met de wil van de verzekeraar, ook al kon eiser niet narekenen hoe de winstdeling was vastgesteld. Dat zou alleen anders zijn als andere factoren een dergelijke wijziging konden verklaren. De goede resultaten van de verzekeraar en het gunstige beursklimaat konden dat naar het oordeel van de rechtbank niet. Eiser heeft niet aan



zijn onderzoeksplicht voldaan. Hij had in de visie van de rechtbank kennelijk moeten vragen of de plotselinge winststijging wel klopte. Niet voldoende was het om naar de rekenregels voor de vaststelling van de winstdeling en naar de juistheid van bedragen uit een bepaalde brief uit 1997 te vragen.

Uitleg pensioen-toezeggingen⁴

VUT versus pensioen

Dit geschil is in de vorige kroniek reeds aan de orde gekomen. Deze zaak is eerst behandeld door de Kantonrechter 's-Gravenhage (28 augustus 2002, PJ 2003/5), vervolgens door het Hof Den Haag (20 februari 2004, PJ 2004/46) en ten slotte door de Hoge Raad (HR 16 september 2005, PJ 2005/116). De casus is dat een VUT-regeling werd vervangen door een prepensioenregeling, maar

voor bepaalde groepen oudere werknemers bleef de oude VUT-regeling bestaan in de vorm van een VUT-garantie. Eiser stelde dat de overgangsregeling, getroffen in het kader van de vervanging van de VUT-regeling door een prepensioenregeling per 1 april 1996, als pensioen moest worden gekwalificeerd. Eiser werd vroegtijdig ontslagen, waardoor zijn recht op de overgangsregeling in de visie van zijn werkgever kwam te vervallen. Het hof oordeelde dat de overgangsregeling een aantal kenmerken vertoonde van een VUT-regeling, te weten: de hoogte van de uitkering was gerelateerd aan het laatstverdiende salaris, de uitkering was niet afhankelijk van het aantal dienstjaren, de financiering was volgens een omslagstelsel, de regeling had een tijdelijk karakter (vijf jaar), er bestond geen premievrije aanspraak bij een vroegtijdig ontslag, de regeling werd bovendien VUT genoemd en tot slot verrichtte niet het pensioenfonds maar de werkgever de uitkering.

4 In dit onderdeel komt het belang van het verschil tussen pensioen en VUT aan de orde. Dit was in de vorige kroniek

opgenomen onder 'Rechtskarakter en uitleg van pensioentoezegging'.

Hierdoor kon de regeling volgens het hof geen pensioenregeling zijn. Eiser was het niet met het hof eens en ging in cassatie bij de Hoge Raad, die het beroep verwierp.

Uitleg pensioenreglement

De Centrale Raad van Beroep oordeelde in 2005 (10 maart 2005, *PJ 2005/70*) inzake de uitleg van een pensioenreglement dat een incidentele beloning voor extra werkzaamheden niet tot de pensioengrondslag behoorde. In casu was sprake van een hoger beroep tegen een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage. Appellant (in de functie van luitenant-kolonel) heeft op zijn verzoek een tijdelijke geldelijk toelage ontvangen die een aanvulling gaf tot 100 procent van het salaris behorend bij de naasthogere rang kolonel, daar appellant deze functie waarnam. Appellant vorderde dat deze toelage zou worden meegenomen in de hoogte van de pensioengrondslag. De raad wees, evenals de Rechtbank Rotterdam, deze vordering af, daar de extra toelage geen vast onderdeel van het inkomen was.

Waardeoverdracht

Het wettelijk recht op waardeoverdracht is vastgelegd in artikel 32b, lid 2 PSW respectievelijk artikel 16a, lid 2 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW en de vrijwillige waardeoverdracht is geregeld in artikel 32a PSW. In de hiernavolgende uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (15 september 2005, *PJ 2005/128*) oordeelde de raad dat geen sprake was van een wettelijk recht op waardeoverdracht. Belanghebbende verzocht krachtens de Algemene pensioenwet politiek ambtsdragers om waardeoverdracht van pensioenaanspraken naar het Rijk. De over te dragen aanspraken waren opgebouwd bij een verzekeraar en een pensioenfonds. Het verzoek om waardeoverdracht werd echter door het Rijk afgewezen omdat geen sprake zou zijn van een wettelijk recht op waardeoverdracht. De belanghebbende ging in beroep bij de Centrale Raad van Beroep. Het Rijk stelde dat

slechts pensioenaanspraken waarvan de opbouw is geëindigd op of na 8 juli 1994, voor waardeoverdracht door het Rijk in aanmerking konden komen. Aangezien de opbouw voor 8 juli 1994 was geëindigd, bestond volgens het Rijk geen wettelijk recht op waardeoverdracht volgens de PSW. De Raad oordeelde dat geen sprake was van een wettelijk recht op waardeoverdracht.

De Rechtbank Zutphen oordeelde in 2006 (2 augustus 2006, *PJ 2006/113*) over een collectieve waardeoverdracht. Om een vrijstelling bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds te kunnen behouden, diende een pensioenregeling te worden aangepast. De uitvoerder van de pensioenregeling weigerde dat en weigerde ook om mee te werken aan een collectieve waardeoverdracht. De rechtbank gaf de verzekeraar gelijk omdat het contract hier niet in voorzag. De collectieve waardeoverdracht kon, hoewel hieromtrent tussen partijen niets was overeengekomen, de verzekeraar op grond van redelijkheid en billijkheid niet tegenhouden. Als werkgevers en uitvoerders vooraf afspraken maken omtrent collectieve waardeoverdrachten, kunnen dergelijke problemen worden voorkomen.

Faillissement

Bij faillissement of als de werkgever de pensioenpremies om andere redenen niet kan betalen (uitgezonderd betalingsonwil), is het UWV op grond van de WW verplicht de betaling over te nemen van pensioenpremies die zijn verschuldigd over het laatste jaar voorafgaand aan het einde van de dienstbetrekking. Daarbij moeten de verschuldigde pensioenpremies kunnen worden toegerekend aan het laatste jaar. Voorts moet de werknemer aantonen richting de werkgever adequaat actie te hebben ondernomen om te trachten de premies alsnog te kunnen incasseren. De Centrale Raad van Beroep heeft in 2005 (12 januari 2005, *PJ 2005/82*) en in 2006 (13 juli 2005, *PJ 2006/16*) geoordeeld dat het UWV geen premies hoefde te betalen omdat door de werknemer richting de werkgever niet voldoende voortvarend actie was ondernomen. Het oordeel van

de Centrale Raad van Beroep 17 augustus 2006, *PJ 2006/115* viel wel in het voordeel van de werknemer uit, doordat de raad oordeelde dat niet vaststond dat de werknemer niet tijdig actie had ondernomen en derhalve geen benadelingshandeling richting het UWV had plaatsgevonden.

Gelijke behandeling⁵

Voltijd/deeltijd

Deeltijdwerkers die overwerk verrichten, kregen over de overuren die nog binnen de voltijdse arbeidsduur van voltijdswerknemers lagen geen pensioenopbouw, terwijl voltijders over dezelfde uren wel pensioenopbouw kregen. Dit was in een CAO bepaald. Deze regeling was volgens Europese jurisprudentie (HvJ EG 15 december 1994, zaak C-399/92) niet toegestaan. De (voorzitter van de) or verzocht de CGB te oordelen of de or in strijd had gehandeld met gelijkebehandelingswetgeving door in te stemmen met genoemde regeling. De CGB (16 juni 2005, *PJ 2005/95*) oordeelde dat dit niet het geval was, daar de or niet was betrokken bij de vaststelling van een eventuele vergoeding voor overuren, maar dat de regeling in strijd was met de jurisprudentie van het HvJ EG en daarom niet geoorloofd was.

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde/onbepaalde tijd

Een werkgever hanteerde bij het aanbieden van een pensioenregeling een wachttijd van één jaar, iets wat volgens de CGB (in beginsel) een verboden indirect onderscheid naar de duur van de arbeidsovereenkomst oplevert (CGB 1 maart 2004, *PJ 2004/60* en *PJ 2004/61*). De werkgever had deze ongelijke behandeling opgeheven door werknemers met een contract voor bepaalde tijd (een jaar) alsnog op te nemen in de pensioenregeling. Hij had echter ook bepaald dat werknemers met een contract voor onbepaalde tijd afstand konden doen van de pensioenregeling en de werkgeverspremie betaald konden krijgen; werknemers met een contract voor bepaalde tijd konden dit niet. De CGB oordeelde



(16 november 2005, PJ 2006/6) dat hier sprake was van verboden onderscheid op grond van de tijdelijkheid van het contract.

Mannen en vrouwen

Standby-stewardessen waren in casu uitgesloten van deelname in de pensioenregeling. De CGB (20 juni 2005, PJ 2005/97) kwam tot de conclusie dat deze uitsluiting in strijd was met gelijke-behandelingswetgeving. De aard van de werkzaamheden verschilde niet veel met die van andere stewards en stewardessen. Dat de uitsluiting in de CAO was geregeld, had volgens de CGB geen betekenis, daar sprake was van een overtreding van een wettelijk discriminatieverbod. Er was sprake van indirect onderscheid omdat flexibiliteit niet alleen door uitsluiting uit de pensioenregeling kon worden bereikt.

Voor een helder beeld van de ontwikkelingen in de *kostwinnersfranchise* (zie ook deel II van de vorige kroniek)

5 Ook in deze aflevering van de kroniek komt gelijke behandeling ter sprake, zij het wat beknopter dan in de eerste, omdat veel uitspraken van de CGB en

civiele rechtspraak ook elders worden besproken.
6 Overigens zijn alle oordelen van de CGB te vinden op de website van de CGB: www.cgb.nl.

worden hier de reeds gewezen oordelen van de CGB alsmede de huidige oordelen en de rechtspraak uiteengezet.⁶ Volgens de CGB leidt de kostwinnersfranchise tot ongelijke behandeling naar geslacht (en/of burgerlijke staat). Haar uitspraak in 2004 (30 maart 2004, PJ 2004-62) leidde tot veel commotie in de literatuur. De CGB volgde in 2005 niettemin haar lijn (CGB Oordeel 2005-117 en CGB Oordeel 2005-118). Maar de Kantonrechter Heerlen (6 juli 2005, PJ 2005/93) haalde kort daarop het oordeel van de CGB onderuit, omdat niet de pensioenregeling maar de AOW het onderscheid maakt. Tegen dit vonnis werd hoger beroep aangetekend. De CGB verwierp de strekking van het vonnis van de Kantonrechter Heerlen (3 november 2005, PJ 2006/4) en herhaalde het eigen standpunt. De kostwinnersfranchise zou vooral nadelig zijn voor vrouwen in tweeverdienersrelaties; de alleenstaandenfranchise zou vooral nadelig zijn voor lagerbetaalden en daarom overwegend voor vrouwen. Volgens de CGB is geen rechtvaardigingsgrond aan te wijzen. Indien het hof de redenering van de kantonrechter volgt, blijft de vreemde tegenstelling tussen rechtspraak en CGB bestaan.

In veel pensioenreglementen is vastgelegd dat het *nabestaandenpensioen*

wordt gekort, indien tussen de partners een *groot verschil in leeftijd* bestaat. De CGB oordeelt dat deze korting verboden onderscheid naar geslacht oplevert. De Kantonrechter Heerlen (24 maart 2004, PJ 2004/86) sprak al in 2004 uit dat sprake was van (indirect) onderscheid naar geslacht, terwijl de Kantonrechter Amsterdam van mening was dat sprake kon zijn van een objectieve rechtvaardiging. Dit laatste vonnis is in hoger beroep door het Gerechtshof Amsterdam (31 augustus 2006, PJ 2006/119) bevestigd: de korting zou weliswaar als onderscheid kunnen worden gekwalificeerd, maar was niettemin objectief gerechtvaardigd. Het doel, beperken van de solidariteit, was immers noodzakelijk om het financiële voordeel van een groot leeftijdsverschil ten laste te brengen van degenen die het betreft. Andere middelen om dat doel te bereiken zouden net zo discriminerend zijn.

Ontbinding arbeidsovereenkomst in verband met pensionering

In het pensioenrecht houdt de 'pensioenregel' (uit het Codfried-arrest, HR 13 januari 1995, JAR 1995, 35) in dat het dienstverband van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst is derhalve niet noodzakelijk. Tot 2 december 2006 gold een overgangsmaatregel binnen de WGBLA, die inhield dat een ontslag in verband met pensionering vóór de AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar) geen onderscheid naar leeftijd opleverde. De periode van de overgangsmaatregel is inmiddels vervallen, hetgeen zou moeten betekenen dat ontslagen in verband met pensionering voor de 65-jarige leeftijd strijdig zijn met de WGBLA. In 2005 zijn enkele uitspraken geweest ter zake de ontbinding van een arbeidsovereenkomst in verband met pensionering.

Een psycholoog had de CGB verzocht een oordeel te geven over de vraag of een zorgverzekeraar in strijd handelt met de WGBLA door in de zorgverzekeringsovereenkomst te bepalen dat deze eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De CGB oordeelde (25 maart 2005, PJ 2005/65) dat de handelwijze weliswaar in strijd was met artikel



4 WGBLA (vrije beroepsuitoefening), maar dat het niet-contracteren van 65-plussers wel gerechtvaardigd was op grond van kwaliteitsbevordering. De CGB kent dus betekenis toe aan de relatie tussen enerzijds ouderdom en anderzijds het (mogelijk) afnemen van kwaliteit van werk door toenemende leeftijd in zijn algemeenheid.

Een werknemer was met de werkgever nimmer een schriftelijke arbeidsovereenkomst of een pensioenregeling overeengekomen. Na een overname van de werkgever in 1998 was de werknemer in 2002 arbeidsongeschikt geraakt tot aan het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De werknemer vorderde ontbinding van de arbeidsovereenkomst en voorts betaling van € 30.000 ter compensatie voor ten onrechte onthouden pensioenopbouw (na een bedrijfsovername), omdat toen wel voor hem een pensioenregeling zou hebben gegolden. De Kantonrechter Utrecht (22 februari 2005, PJ 2005/71 en Kantonrechter Utrecht 22 februari 2005, JAR 2005, 77) oordeelde dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst moest plaatsvin-

den maar zonder een compensatie. Het is opmerkelijk dat de kantonrechter de pensioenregel in twijfel trekt door te stellen dat hij in het arrest van de HR geen pensioenregel leest. Het is dus bepleitbaar dat in het algemeen de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd (Codfried-arrest). De vordering tot compensatie werd afgewezen omdat de grond voor de vordering niet compensatie van het inkomensverlies was, maar het alsnog treffen van een (gedeeltelijke) pensioenvoorziening, waar een ontbindingsvergoeding zich niet voor leent.

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was op grond van de CAO geëindigd doordat de werknemer gebruikmaakte van een overbruggingsuitkering. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde (26 mei 2005, PJ 2005/75) dat deze beëindiging gelijkgesteld moest worden met de beëindiging door opzegging of ontbinding.

Op 11 juli 2006 oordeelde het hof 's-Hertogenbosch (11 juli 2006, PJ 2006/97) dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer eindigde bij ingang van het vroegpensioen, daar de werknemer er zelf voor had gekozen gebruik te maken van zijn vroegpensioenrechten en in beginsel in de aanvraag om gebruik te maken van een vroegpensioenregeling ligt besloten dat de arbeidsovereenkomst eindigt, tenzij partijen anders overeen zijn gekomen.

Een werknemer verzocht zijn werkgever om uitstel van het tijdelijk overbruggingspensioen, dat op grond van de CAO zou ingaan op 62-jarige leeftijd. De werkgever weigerde en stelde dat de arbeidsovereenkomst bij 62 jaar eindigde. De werknemer stelde vervolgens dat sprake was van ongelijke behandeling op grond van leeftijd. De kantonrechter stelde de werknemer in het gelijk. Het Gerechtshof Arnhem (19 oktober 2004, PJ 2006/48) bepaalde dat het overgangsrecht van de WGBLA (dat tot 2 december 2006 een ontslag voor 65 jaar niet in strijd is met de WGBLA) niet van toepassing is, daar de CAO na 1 mei 2004 tot stand was gekomen. De werknemer werd daarom in het gelijk gesteld.

Een werkgever had voor een brandweerman ontslag aangevraagd en verkregen omdat de brandweerman de 55-

jarige leeftijd bereikte. De functie zou niet langer geschikt zijn voor oudere werknemers. De werknemer kreeg een schadeloosstelling, gebaseerd op een aanvulling van een uitkering tot 87,5% tot aan de pensioengerechtigde leeftijd en voortzetting van de pensioenopbouw. De werknemer wilde echter door blijven werken en stelde dat hij aan de eisen van de functie van brandweerman kon voldoen. De kantonrechter wees zijn vordering echter af. In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (10 mei 2005, JAR 2005, 149) dat het ontslag op 55-jarige leeftijd weliswaar onderscheid naar leeftijd is, maar dat dit wegens veiligheid voor de werknemer zelf en derden een legitiem doel was, en dat het functioneel leeftijdsontslag een passend en noodzakelijk middel was dat discussie over individuele geschiktheid voor de desbetreffende functie kon voorkomen.

Een werknemer kwam pas in aanmerking voor een winstuitkering indien op de peildatum de arbeidsovereenkomst nog bestond. Indien de arbeidsovereenkomst zou eindigen wegens prepensioen, ontving betrokkene geen winstuitkering, maar bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar weer wel, ongeacht of de arbeidsovereenkomst nog wel of niet meer bestond. Volgens de CGB (17 juni 2005, PJ 2005/96) was er sprake van leeftijdsonderscheid, maar was dit objectief gerechtvaardigd door het bieden van een compensatie voor degene wiens arbeidsovereenkomst gedwongen eindigde.

Echtscheiding

Bij inschrijving van een echtscheiding of de ontbinding van de ontbinding na scheiding van tafel en bed, dient het bijzonder nabestaandenpensioen te worden afgesplitst op grond van artikel 8a PSW en artikel 9a Regelen PSW. Voor de wijze van afsplitsen van het nabestaandenpensioen dienen *pensioenverevening* en *pensioenverrekening* te worden onderscheiden.

Pensioenverevening

Bij pensioenverevening is de Wet ver-

evening pensioenrechten bij scheiding van toepassing ('Wet VPS'). Deze wet is van toepassing op beëindigingen van het huwelijk (geregistreerd partnerschap wordt gelijkgesteld met een huwelijk) of scheidingen van tafel en bed op of na 1 mei 2005.

Tussen een man en een vrouw is in 2004 een echtscheiding uitgesproken. Bij de (mondelinge) behandeling van de wijze van verdeling van de huwelijks-gemeenschap kwam tevens de vraag aan de orde of de uitkering die de man ontving in het kader van een regeling voor vervroegd uittreden onder de Wet VPS viel. In 1995 was de arbeidsrelatie van de man met zijn werkgever geëindigd. Met de werkgever was de afspraak gemaakt dat de werknemer tot zijn 60ste verjaardag een uitkering van de werkgever zou ontvangen. De werknemer ontving vanaf 60-jarige leeftijd een uitkering van het pensioenfonds. De man stelde dat deze uitkeringen vanaf 60 jaar niet onder de Wet VPS vallen, terwijl de vrouw (in navolging van het pensioenfonds) stelde dat dit wel het geval diende te zijn. De Rechtbank Leeuwarden (8 juni 2005, PJ 2005/89) overwoog dat de uitkering niet onder artikel 1, lid 3 van de Wet VPS viel, daar in casu sprake was van pensioenaanspraken en pensioen derhalve onder de Wet VPS verevend dient te worden.

In 1991 heeft een ontbinding van een huwelijk plaatsgevonden. Artikel 12, lid 1 en lid 2 Wet VPS bepalen dat de Wet VPS niet van toepassing is op scheidingen die voor 1 mei 1995 hebben plaatsgevonden, behoudens een uitzondering voor bepaalde echtscheidingen voor 27 november 1981. De vrouw stelde dat toch verevening diende plaats te vinden wegens bijzondere omstandigheden, waaronder koude uitsluiting, op grond van de Wet VPS. Het Hof Arnhem (2 augustus 2005, PJ 2005/110) oordeelde dat de wetgever een bewuste keuze had gemaakt om de Wet VPS niet toepas-selijk te verklaren voor echtscheidingen daterende voor 1995.

Een man en een vrouw waren, na een aantal jaren samengewoond te hebben, voor een korte periode (in koude uitsluiting) gehuwd geweest en daarna gescheiden. Voor zowel de man als de vrouw betrof het een tweede huwelijk.

De man heeft na zijn tweede echtscheiding aan de vrouw altijd alimentatie betaald. De vrouw werd echter gedwongen om met 62 jaar met pensioen te gaan en op grond van de Wet limitering alimentatie (WLA) eindigde de alimentatie. De vrouw verzette zich tegen limitering van de alimentatie omdat dit een grote inkomensval teweeg zou brengen, daar zij was gehuwd in koude uitsluiting en voorts was gescheiden voor de inwerkingtreding van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet VPS). De vrouw stelde onder andere dat de WLA en de Wet VPS bedoeld waren als één pakket, wat voor de vrouw anders uitpakte. Het Gerechtshof 's-Gravenhage (23 augustus 2006, PJ 2006/107) oordeelde dat in de gegeven omstandigheden van de vrouw mocht worden gevergd dat het inkomen van de vrouw met een zesde deel achteruit ging, rekening houdende met de korte periode van het huwelijk, er geen kinderen zijn geboren uit het huwelijk, zij zelf pensioen heeft opgebouwd en niet gebleken is dat de verdien capaciteit door het huwelijk negatief was beïnvloed. Voorts speelde een rol dat zij (een gering) nabestaandenpensioen uit haar eerste huwelijk ontving en het feit dat zij (enig) vermogen uit een nalatenschap had ontvangen. Het hof ging niet in op de stelling dat de WLA en de Wet VPS als één pakket zouden moeten worden gezien.

Pensioenverrekening

Pensioenverrekening dient toegepast te worden bij scheidingen waarop het Boon/Van Loon-regime van toepassing is. In het Boon/Van Loon-arrest oordeelde de Hoge Raad (HR 27 november 1981, NJ 1982, 503) dat de partner (in de meeste gevallen de vrouw) recht had op een deel van het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen van de partner (meestal de man). Met andere woorden: het tijdens het huwelijk opgebouwde pensioen was niet langer verknocht aan de persoon die het had opgebouwd, maar diende te worden verrekend tussen de partners. Nog steeds doen zich hierover geschillen voor tussen echtgenoten. De verrekening heeft betrekking op echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed in de periode tussen 27

november 1981 tot 1 mei 1995.

Een man en een vrouw verschilden van mening over de omvang van de pensioenverrekening. De vrouw stelde meer te moeten ontvangen dan de helft van de pensioenaanspraken van de man. Het Hof Den Haag (23 februari 2005, PJ 2005/62) oordeelde echter dat partijen bij het opstellen van de huwelijksvoorwaarden de bedoeling hebben gehad de pensioenaanspraken te verrekenen conform het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1981 (Boon/Van Loon). Daarom dienden zij ervan uit te gaan dat ieder per saldo de helft van de waarde van de totale pensioenaanspraken zou ontvangen.

Twee echtgenoten waren in koude uitsluiting gehuwd geweest. Nadat in 1988 de scheiding was uitgesproken, betaalde de man enkele jaren alimentatie. De man verzocht bij de Rechtbank Den Haag om stopzetting c.q. verlaging van de verplichting tot alimentatie, omdat de vrouw aanzienlijke bedragen heeft geërfd. Daardoor zou ze niet meer afhankelijk zijn van de betalingen van de man. De vrouw stelde dat ondanks de koude uitsluiting toch de Wet VPS van toepassing was, daar er een leemte bestond in de Wet VPS. De Rechtbank Den Haag (16 augustus 2005, PJ 2005/111) was van oordeel dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet VPS bewust geen voorziening heeft getroffen voor echtgenoten die onder het regime van koude uitsluiting zijn gehuwd en van wie de echtscheiding na 27 november 1981 (Boon/Van Loon) maar voor 1 mei 1995 (Wet VPS) is uitgesproken. De rechtbank kwam tot dit oordeel op grond van het overgangsrecht Wet VPS en de MvA.

In oktober 2006 (HR 6 oktober 2006, PJ 2006/129) wees de Hoge Raad een arrest over het aanwezig zijn van een indexeringsverplichting van het voor de partner (in casu de vrouw) bestemde deel van het ouderdomspensioen in het kader van pensioenverrekening. De vrouw had conform Boon/Van Loon recht op pensioen als gevolg van een scheiding in 1987. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het Hof Amsterdam, dat de aanspraak op indexering van de pensioenuitkering deel uitmaakt van het tijdens het huwelijk opgebouw-

kuurlijk heb ik zijn alimentatie niet meer nodig. Tante Dicky is dood, maar dat Schenkt hem geen enkele clementie!



de pensioen. Het past volgens de Hoge Raad in de lijn van het arrest Boon/Van Loon dat de indexeringsregeling ook moet worden toegepast over het deel van het pensioen van de man dat haar toekomt.

Pensioenfondsen

Welke pensioenregeling is op een uitzendkracht van toepassing: de regeling van het uitzendbureau of de regeling van de inlener? Het Gerechtshof 's-Gravenhage (7 november 2003, *PJ* 2004/33; zie vorige kroniek) stelde vast dat uit het werkingsfeerbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds volgde dat deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds verplicht is voor werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn in de bedrijfstak. Omdat de uitzendkracht een uitzendovereenkomst heeft met het uitzendbureau, en niet met een werkgever die een onderneming drijft in de bedrijfstak, valt hij

naar het oordeel van het hof niet onder de werkingsfeer van het bedrijfstakpensioenfonds. De Hoge Raad heeft het arrest ook (zie hierna onder 'VUT') op dit punt vernietigd op basis van de tekst van het werkingsfeerbesluit (HR 20 mei 2005, *PJ* 2005/76). Dit arrest is in overeenstemming met het zogenaamde Heineken-arrest (HR 10 januari 1986, *NJ* 1986, 476).

In een situatie waarover hof Den Haag eveneens kreeg te oordelen (21 januari 2005, *PJ* 2005/131) was in het werkingsfeerbesluit van een bedrijfstakpensioenfonds als eis voor verplichte deelneming opgenomen dat een arbeidsovereenkomst met bepaalde instellingen bestond. De algemeen directeur van een dergelijke instelling was echter werkzaam op basis van een managementovereenkomst tussen de instelling en de besloten vennootschap waarvan de algemeen directeur DGA was. Het hof oordeelde dat feitelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen

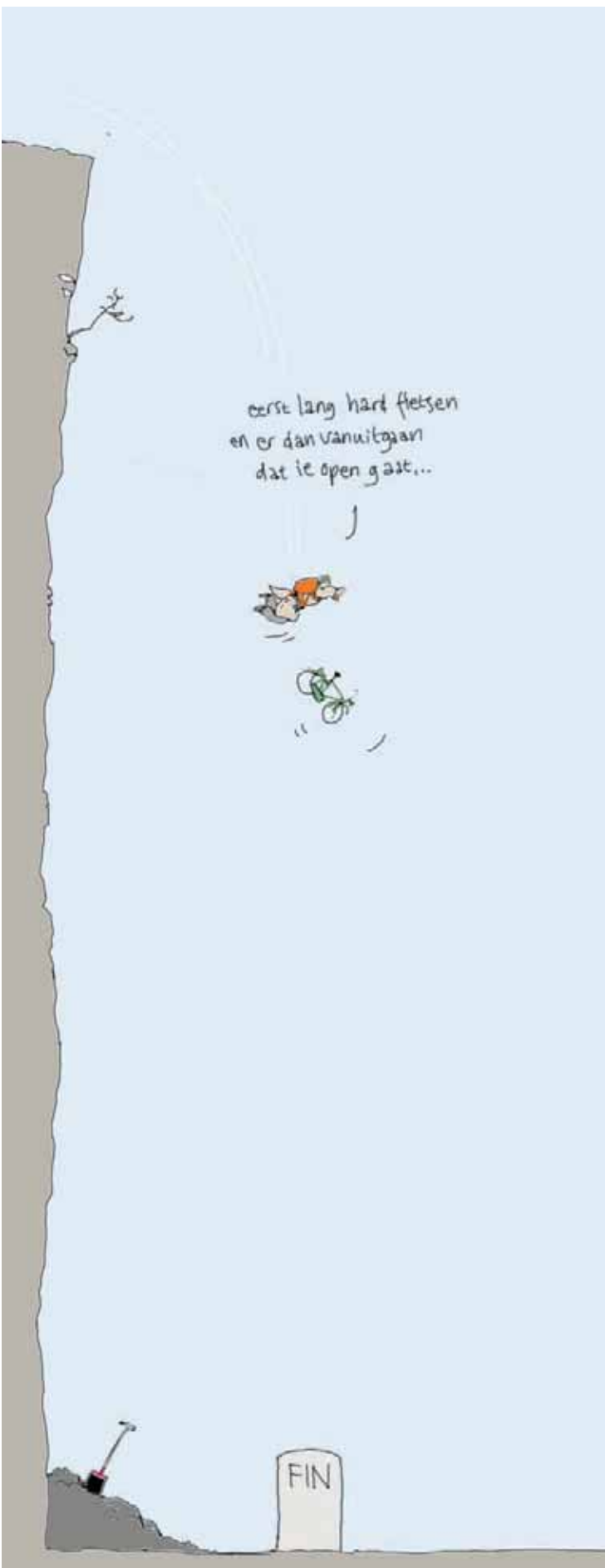
de instelling en de algemeen directeur, zodat de directeur verplicht was deel te nemen in het desbetreffende bedrijfstakpensioenfonds.

VUT

In de conclusie bij de Hoge Raad 9 december 2005 (HR 9 december 2005, *PJ* 2006/42) geeft A-G Keus een overzicht van de stand van zaken rond de wijze waarop CAO-bepalingen dienen te worden uitgelegd. Dat is met het oog op de uitleg van VUT-regelingen van belang, omdat deze doorgaans zijn neergelegd in een CAO. In Hoge Raad 20 mei 2005 (HR 20 mei 2005, *PJ* 2005/76), over onder meer de vraag of uitzendkrachten werkzaam in de glastuinbouw vallen onder de werkingsfeer van de VUT-CAO van de agrarische sectoren, oordeelde de Hoge Raad dat het Gerechtshof Den Haag (7 november 2003, *PJ* 2004/33) de werkingsfeer niet op de juiste wijze had uitgelegd. (Dit arrest werd ook genoemd onder 'Pensioenfondsen'.)

In een arrest van het Gerechtshof Amsterdam (24 november 2005, *PJ* 2006/41) was onder meer de vraag aan de orde of aan het recht op een VUT-uitkering uit hoofde van de CAO, de voorwaarde was verbonden dat de werkgever premie had betaald en dat de werknemer een bijdrage had betaald. Het hof oordeelde dat volgens de desbetreffende CAO en het daarbij behorende reglement dit niet het geval was. De Kantonrechter Zwolle kwam in een kort geding in verband met een andere CAO echter tot de tegenovergestelde conclusie (16 juli 2004, *PJ* 2005/63).

Een werknemer vorderde in een kort geding van een VUT-stichting toekenning van een VUT-uitkering. De werknemer voldeed echter niet aan de voorwaarde dat zij gedurende tien jaar werkzaam is geweest bij een contractcateraar. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer ook niet op basis van andere bepalingen uit de CAO, inclusief de hardheidsclausule, recht had op een VUT-uitkering (Kantonrechter Tilburg 27 oktober 2004, *PJ* 2005/77).



Procesrecht

De Rechtbank Rotterdam (16 mei 2006, *PJ* 2006/85) oordeelde over haar eigen bevoegdheid. Het betrof een kwestie waarin de toezichthouder (thans DNB) weigerde te voldoen aan een verzoek om bepaalde informatie te verstrekken. Volgens de rechtbank ging het om informatie uit hoofde van de Wet BPF (oud) en/of de Wet BPF 2000. Tegen de afwijzende reactie van DNB op een bezwaarschrift dat ter zake bij DNB was ingediend, werd bij de Rechtbank Rotterdam beroep ingesteld. De rechtbank achtte zich bevoegd kennis te nemen van de kwestie en overwoog in dat verband dat de weigering waartegen het bezwaarschrift was gericht, weliswaar om verschillende redenen geen besluit was in de zin van de Awb, maar dat de reactie van DNB op het bezwaarschrift desondanks, op basis van vaste jurisprudentie, als een besluit als bedoeld in artikel 7:1 Awb diende te worden aangemerkt. Tegen een dergelijk besluit staat beroep bij de rechtbank open, in dit geval bij de Rechtbank Rotterdam op basis van artikel 18e van de Wet BPF dan wel artikel 26 van de Wet BPF 2000.

De tweede noemenswaardige uitspraak is een arrest van het Gerechtshof Amsterdam (24 november 2005, *PJ* 2006/41). Het hof oordeelde dat een niet-georganiseerde werknemer, die stelt uit hoofde van een niet algemeen verbindend verklaarde CAO recht te hebben op een VUT-uitkering, een zelfstandig vorderingsrecht heeft jegens de VUT-stichting die de CAO uitvoert. De rechtbank komt tot dit oordeel omdat de desbetreffende CAO ook aan niet-georganiseerde werknemers een zelfstandig vorderingsrecht verleent en de werknemer dat recht heeft aanvaard. De werknemer kon zijn gepretendeerde recht op een VUT-uitkering met bijkomende aanspraken volgens het hof rechtsgeldig cederen aan een andere VUT-stichting, die vervolgens op naam van de werknemer een procedure tegen de uitvoerende VUT-stichting startte. (Zie ook hiervoor onder 'VUT'.)