

## Nieuwsbrief PR Updates

Nummer 11, 2022

Redactie: Prof. mr. drs. M. Heemskerk.

### INHOUDSOPGAVE

#### Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

[Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2022:3332](#) 23-11-2022

Pensioenfonds PME hoeft zijn jaarrekening niet aan te passen.

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1759](#) 25-11-2022

Pensioenovereenkomst collectief wijzigbaar wegens goed werknemerschap maar niet volgens onaanvaardbaarheidsmaatstaf.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2022:1732](#) 25-11-2022

Pizza's zijn waren: franchisenemers Domino's Pizza vallen onder werkingssfeer detailhandel.

#### Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:10007](#) 22-11-2022

Verevening buitenlands pensioen: beoordeling buitenlandse pensioenregeling als oudedagsvoorziening.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3760](#) 01-11-2022

Pensioenschade aannemelijk doordat werkgever werknemer niet heeft aangemeld bij verzekeraar.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:3759](#) 01-11-2022

Deskundigenbericht over wijziging eindloon naar premieovereenkomst of middelloon.

#### Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:4909](#) 23-11-2022

Werkgever heeft onverschuldigd pensioenpremies over onregelmatigheidstoeslag betaald aan pensioenfonds StiPP.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:11718](#) 09-11-2022

Holding ex-echtgenoot veroordeeld tot afstorting pensioen.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:6205](#) 04-11-2022

Onterecht gegeven ontslag op staande voet: billijke vergoeding inclusief pensioenschade.

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:4936** 02-11-2022

Geen nabestaandenpensioen ondanks verkeerde toetsing hardheidsclausule door commissie van beroep.

### **Uitspraken zonder ECLI**

**College voor de Rechten van de Mens** 08-11-2022

Pensioenontslag 73-jarige raadsheer-plaatsvervanger is geen leeftijdsdiscriminatie.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

RECHTSPRAAK

## **Pensioenontslag 73-jarige raadsheer-plaatsvervanger is geen leeftijdsdiscriminatie.**

***Een raadsheer-plaatsvervanger in het hof Arnhem-Leeuwarden protesteert tegen zijn ontslag op 73-jarige leeftijd. Het CRM oordeelt dat geen sprake is van verboden leeftijdsonderscheid. Het CRM oordeelt dat de uitzonderingsgrond van artikel 7 onder b WGLB van toepassing is. Het College toetst of de ontslagleeftijd een passend en noodzakelijk middel is om de twee door het gerechtshof aangevoerde doelen te bereiken. Dat is het geval. Ten eerste geldt dat de ontslagleeftijd bij een raadsheer-plaatsvervanger weliswaar minder bijdraagt aan doorstroming binnen de organisatie dan een reguliere raadsheer, maar het draagt wel degelijk bij. Ten tweede is een vaste ontslagleeftijd een objectief criterium om een raadsheer-plaatsvervanger te ontslaan. Het alternatief dat de man voordraagt van een individuele beoordeling van de kwaliteit van het functioneren, heeft een risico van willekeur en subjectiviteit in zich die de rechterlijke onafhankelijkheid kunnen aantasten.***

Verzoeker is vanaf 1977 werkzaam als (kanton)rechter en raadsheer bij de rechterlijke macht. In 2014 is hij met pensioen gegaan, waarna hij raadsheer-plaatsvervanger is geworden bij verweerder. Op 1 december 2019 is verzoeker eervol ontslagen als raadsheer-plaatsvervanger, vanwege het bereiken van de leeftijd van 70 jaar. Dat is op dat moment de wettelijke ontslagleeftijd voor raadsheeren-plaatsvervangers.

Op 15 juli 2020 is de Tweede Verzamelwet COVID-19 (hierna: Covid Spoedwet) in werking getreden. In die wet is de leeftijdsgrens voor – onder meer – raadsheeren-plaatsvervangers tijdelijk verruimd van 70 naar 73 jaar. Verweerder heeft verzoeker daarop opnieuw benoemd als raadsheer-plaatsvervanger. In november 2022 wordt verzoeker 73 jaar.

Om die reden zal verweerder aan verzoeker opnieuw eervol ontslag verlenen, ditmaal per 1 december 2022. Volgens verzoeker is zijn ontslag verboden leeftijdsonderscheid.

Tussen partijen is niet in geschil dat het bereiken van de 73-jarige leeftijd de enige reden is geweest voor het ontslag van verzoeker. Het College stelt daarom vast dat verweerder met dit ontslag onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt. Het verbod geldt niet als het onderscheid gemaakt wordt bij de beëindiging van een dienstverband van een ambtenaar vanwege het bereiken van de AOW-leeftijd, of een hogere leeftijd die in een wet is vastgesteld (art. 7 aanhef en onder b WGBL). Blijkens de wetsgeschiedenis van de WGBL is deze uitzonderingsgrond bedoeld voor de situatie waar iemand 'bij het bereiken van een vaste leeftijd' wordt ontslagen (*Kamerstukken II 2001/02, 28170, nr. 3, p. 31*). Het College constateert dat er in deze zaak een nationale wettelijke bepaling is die het leeftijdsonderscheid gebiedt, namelijk artikel 3.3 lid 5 van de Covid Spoedwet. De in deze wet opgenomen ontslagleeftijd van 73 jaar is hoger dan de AOW-leeftijd. Het College oordeelt dat daarmee de uitzonderingsgrond, neergelegd in artikel 7 aanhef en onder b WGBL, van toepassing is. Het eerste doel is om doorstroming binnen de rechterlijke organisatie te bevorderen en het tweede doel is om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen, althans te voorkomen dat de onafhankelijkheid van individuele rechterlijke ambtenaren wordt aangetast. Het College overweegt als volgt over de vraag of de leeftijdsgrens passend en noodzakelijk is om doorstroming binnen de rechterlijke macht te bevorderen. Het College volgt verweerder in zijn stelling dat de ontslagleeftijd voor raadsheren-plaatsvervangers weliswaar minder bijdraagt aan doorstroming dan voor reguliere raadsheren, maar dat een vaste ontslagleeftijd ook voor plaatsvervangers wel degelijk kan bijdragen aan doorstroming van personeel. Een vaste ontslagleeftijd kan ervoor zorgen dat er aanstellings- en zittingsruimte komt voor jongere raadsheren-plaatsvervangers of raadsheren in opleiding, wat bijdraagt aan een evenwichtiger verdeling van functies binnen de rechterlijke macht. Dat het middel van de leeftijdsgrens kennelijk ongeschikt is om doorstroming te bevorderen, is naar het oordeel van het College niet gebleken. Een lichtere of minder ingrijpende maatregel om doorstroming te bevorderen is niet gesteld of gebleken, waardoor het College ook constateert dat het middel noodzakelijk is. Het College overweegt als volgt over de geschiktheid en noodzaak van de ontslagleeftijd voor de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Verzoeker voert aan dat er een lichter middel voorhanden is, waarbij geen onderscheid naar leeftijd gemaakt hoeft te worden, namelijk een individuele kwaliteitstoets naar het functioneren van raadsheren-plaatsvervangers. Hoewel bij een individuele kwaliteitstoets inderdaad geen onderscheid naar leeftijd gemaakt wordt, heeft verweerder hiertegen naar het oordeel van het College terecht bezwaren ingebracht. Zelfs bij een toets die gebaseerd is op vaste kwaliteitscriteria liggen willekeur en subjectiviteit op de loer. Bovendien acht het College het aannemelijk dat een dergelijke werkwijze binnen gerechten tot meer discussies of

zelfs geschillen over individuele geschiktheid zal leiden. Deze discussies en geschillen kunnen de rechterlijke onafhankelijkheid aantasten. Het gerechtshof dient bij het beoordelen van de kwaliteit van het functioneren van een rechter of raadsheer bovendien weg te blijven bij de inhoud van zijn of haar uitspraken en bij de beraadslaging die plaatsvindt in een raadkamer. Een beoordeling van de kwaliteit van het functioneren zal zich dus slechts mogen richten op andere aspecten van dat functioneren. Daarbij is er echter een risico dat een negatieve beoordeling van die andere aspecten wordt ervaren als een indirecte of verhulde bemoeienis met de inhoud van de uitspraken van de betreffende raadsheer-plaatsvervanger, juist omdat de grens tussen de werkwijze in de totstandkoming van een uitspraak en die inhoud daarvan niet altijd heel helder te trekken valt. In een sector als de rechterlijke macht, waar de onafhankelijkheid en objectiviteit bij uitstek belangrijke pijlers zijn, weegt dit argument zwaar. Bovenstaande maakt dat het College oordeelt dat niet is gebleken dat er een geschikt, minder ingrijpend middel dan de vaste ontslagleeftijd voorhanden is om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

---

**Instantie:** College voor de Rechten van de Mens

**Datum uitspraak:** 08-11-2022

**Zaaknummer:** 2022-0220

RECHTSPRAAK

## **Onterecht gegeven ontslag op staande voet: billijke vergoeding inclusief pensioenschade.**

***Het gaat in deze zaak om de vraag of het gegeven ontslag op staande voet rechtsgeldig is of niet, en of werkgever gehouden is tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding, transitievergoeding en billijke vergoeding. Werknemer heeft zich na een gesprek met zijn leidinggevende over onvrede over de ontstane werksituatie ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft zowel arbeidsongeschiktheid door ziekte als verstoorde arbeidsrelatie geconstateerd en mediation voorgesteld. De werknemer is op vakantie gegaan om te herstellen en heeft dat niet gemeld bij zijn leidinggevende (die zelf op vakantie was) maar bij een collega. Werkgever roept hem op tijdens vakantie en verwijt hem onder meer ongeoorloofde vakantie en niet reageren op mails en voicemails. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven. Hij kent een gefixeerde vergoeding, transitievergoeding en billijke vergoeding toe, inclusief pensioenschade. Bij de billijke vergoeding wordt de transitievergoeding niet afgetrokken en de gefixeerde schadevergoeding wel.***

Werkgever is een onderneming die zich onder meer bezighoudt met de levering van producten die verband houden met apotheek- en transportautomatisering, alsook software. Werkgever faciliteert de logistieke processen binnen ziekenhuizen. Werknemer is met ingang van 6 januari 2020 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van de rechtsvoorganger van werkgever in de functie van *head of customer care/managing director Netherlands*. De leidinggevende en werknemer hebben op 4 januari 2022 en 6 januari 2022 elkaar uitgebreid gesproken over – kort gezegd – de onvrede die bij beiden was ontstaan over de ontstane werksituatie.

Werknemer heeft zich op 7 januari 2022 15:56 uur ziek gemeld. Bij e-mail van 7 januari 2022 16:24 uur heeft de leidinggevende aan werknemer een conceptvaststellingsovereenkomst gestuurd ('termination agreement').

Naar aanleiding van de op 3 mei 2022 ontvangen uitnodiging voor het spreekuur van de bedrijfsarts op 29 juni 2022 heeft werknemer de medewerker HR bij e-mail van 9 juni 2022 bericht dat hij in het kader van zijn verdere herstel heeft besloten in de bergen te gaan wandelen in Oostenrijk en niet in staat is om fysiek op het spreekuur te zijn (wel telefonisch) met het verzoek om de fysieke afspraak te verzetten. Het bezoek aan het spreekuur is daarop verplaatst. De bedrijfsarts schrijft dat zowel sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte als een verstoorde arbeidsrelatie. Hij stelt mediation voor binnen 2 weken.

Werknemer is van 20 juni 2022 tot en met 1 juli 2022 op vakantie geweest. Zijn leidinggevende is op 21 juni 2022 teruggekeerd van een aantal weken vakantie. Hij schrijft op 21 juni per e-mail dat hij vrijdag 24 juni een eerste gesprek wil hebben. Op 22 juni antwoordt de werknemer dat dit niet gaat lukken, dat hij t/m 1 juli op vakantie is en dat betrokkene 3 op de hoogte is. Verder gaat hij ervan uit dat het gesprek begeleid wordt door een onafhankelijke mediator. Zijn leidinggevende antwoordt dat werknemer niet zomaar op vakantie kan gaan zonder zijn leidinggevende daarbij te betrekken en dat werknemer weet dat betrokkene 3 niet gaat over zijn vakantie. Op 23 juni schrijft de leidinggevende dat hij geen reactie heeft gezien op de e-mail en dat werknemer het niet nodig vond om terug te bellen. Hij geeft aan dat dit niet zonder gevolgen voor werknemer blijft. Op 24 juni schrijft hij dat werknemer ongeoorloofd afwezig is en nergens meer op reageert. Hij geeft aan te overwegen om hem op staande voet te ontslaan. Voordat hij een besluit neemt, wil hij reactie ontvangen en evt. persoonlijke omstandigheden om rekening mee te houden. Werknemer heeft een gemachtigde ingeschakeld die op 24 juni de leidinggevende heeft bericht dat werknemer arbeidsongeschikt is, dat werknemer het advies van de bedrijfsarts opvolgt en dat de werkgever zich ernstig verwijtbaar gedraagt jegens een zieke werknemer. Op 25 juni 2022 heeft werkgever werknemer op staande voet ontslagen.

Werknemer legt aan zijn verzoek aan de rechtbank ten grondslag dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, omdat het niet onverwijld is gegeven en een dringende reden ontbreekt. Hij berust echter in het ontslag en maakt aanspraak op een billijke vergoeding, een transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Nu sprake is van een verzoek dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst, volgt uit artikel 19 aanhef en lid 2 onder a Verdrag van Lugano 2007/EVEX II dat werkgever kan worden

opgeroepen voor de Nederlandse rechter, omdat werknemer zijn werkzaamheden gewoonlijk in Nederland verricht. Op het onderhavige geschil is het Nederlands recht van toepassing nu partijen dat in artikel 19 van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen.

Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet wel voldoende onverwijld gegeven. Werkgever heeft ter zitting toegelicht dat hij eerst de reactie van werknemer op de e-mails van de leidinggevende van 22, 23 en 24 juni 2022 heeft willen afwachten en dat hij naar aanleiding van de e-mail van de gemachtigde van 24 juni 2022 intern overleg heeft gehad, alvorens hij de volgende dag is overgegaan tot het ontslag op staande voet. Deze handelwijze is voortvarend genoeg. De omstandigheid dat werknemer zijn vakantie niet heeft afgestemd met de leidinggevende levert geen dringende reden op. Het advies van de bedrijfsarts kwam kort voor het moment dat werknemer op vakantie wilde gaan en de leidinggevende nog op vakantie was. De kantonrechter begrijpt dat de leidinggevende direct na zijn vakantie, op 21 juni 2022, voor het eerst kennis heeft genomen van het advies van de bedrijfsarts en daarop direct contact heeft gezocht met werknemer, die tot zijn verbazing op vakantie bleek te zijn. Hoewel het werknemer had gesierd als hij zijn e-mail van 9 juni 2022 aan [betrokkene 3] ook 'cc' aan de leidinggevende had verzonden, is het in de gegeven omstandigheden niet geheel onbegrijpelijk dat hij de e-mail alleen naar [betrokkene 3] heeft gezonden. De leidinggevende was immers op vakantie; werknemer werkte op dat moment niet vanwege arbeidsongeschiktheid, zodat zijn vakantieplannen geen gevolgen konden hebben voor de voortgang van de werkzaamheden. Bij deze stand van zaken was het niet aannemelijk dat er aan de zijde van werkgever gewichtige redenen waren die zich tegen toewijzing van het verlofverzoek zouden verzetten.

Dat de bedrijfsarts naar aanleiding van het gesprek op 15 juni 2022 heeft geadviseerd om samen met een mediator binnen twee weken in gesprek te gaan, leidt niet tot de conclusie dat van werknemer moest worden verwacht dat hij zijn vakantie zou afzeggen of uitstellen in afwachting van een uitnodiging voor een gesprek met een mediator. Het verwijt is daarom niet terecht. Het spreekuurcontact van de bedrijfsarts was vanwege de vakantie van werknemer vervroegd, daarmee is ok het advies 'inzet mediation' eerder gekomen. Het lag immers op de weg van werkgever om naar aanleiding van het advies van de bedrijfsarts zo spoedig mogelijk een mediationtraject op te starten. Van 'feitelijk blokkeren' van mediaton is dan ook geen sprake. Dit geldt temeer nu werknemer ter zitting heeft betoogd dat hij bereid was geweest om terug te keren van zijn vakantiebestemming op het moment dat hij een uitnodiging kreeg voor een gesprek in aanwezigheid van een mediator. Voor zover werkgever van mening was dat werknemer zich niet hield aan het advies van de bedrijfsarts en daardoor zijn re-integratieverplichting niet (voldoende) nakwam, had hij bovendien moeten kiezen voor een



minder vergaande sanctie, die in artikel 7:629 BW is opgenomen: loonopschorting of loonstop. Die sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen re-integratie serieus oppakt. Een ontslag op staande voet is volgens vast rechtspraak een te vergaande maatregel. Dat de leidinggevende verbaasd en waarschijnlijk ook geërgerd was over het feit dat werknemer op 22 juni 2022 op vakantie bleek te zijn, niet beschikbaar was voor een 'face to face gesprek' op 24 juni 2022 en niet (direct) reageerde zijn mails, is begrijpelijk, maar leidt geenszins tot de conclusie dat sprake is van een dringende reden voor ontslag. De leidinggevende miskent dat de toon in de e-mail van de advocaat van [verz./verw.] een reactie is op de toon die hij in zijn eigen (dwingende) e-mails van 22, 23 en 24 juni 2022 heeft aangeslagen, waarin zelfs is gedreigd met een ontslag op staande voet. De handelwijze van de leidinggevende heeft gezorgd voor een onnodige escalatie van de situatie. In de gegeven omstandigheden mocht en kon werkgever niet van werknemer verwachten dat hij direct reageerde en een gesprek zou aangaan zonder aanwezigheid van een mediator. Het ontslag op staande voet is niet rechtsgeldig gegeven. Werknemer heeft berust in de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder dat daarbij de opzegtermijn in acht is genomen. Hij heeft recht op uitbetaling van de gefixeerde vergoeding. De vergoeding wegens onregelmatige opzegging is gerelateerd aan het in geld vastgestelde loon (art. 7:672 lid 10 BW). Anders dan werkgever betoogt, valt niet in te zien waarom het variabele loon daarin niet betrokken zou moeten worden. Daarnaast heeft werknemer recht op de transitievergoeding. In het geven van een niet rechtsgeldig ontslag op staande voet ligt reeds het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever reeds besloten. De kantonrechter gaat er schattenderwijs van uit dat dat niet eerder dan 1 april 2023 het geval zal zijn omdat werknemer na zo'n kort dienstverband, arbeidsongeschiktheid en een voortijdig vertrek potentiële werkgevers/opdrachtgevers wat uit te leggen heeft. De kantonrechter zal daarom het inkomensverlies begroten op ongeveer negen maanden na ontslagdatum, waarbij wordt uitgegaan van het verlies aan salaris (vast en variabel) van € 12.582,73 bruto per maand (inclusief vakantiegeld), gedurende negen maanden. In totaal dus € 113.226,57 (9 x € 12.580,73). Daarop moet in mindering worden gebracht hetgeen werknemer door zijn tijdelijke opdracht aan inkomen zal verwerven, volgens zijn eigen opgave € 6.500 bruto per maand, gedurende drie maanden, derhalve € 19.500 bruto. De pensioenschade is door werknemer berekend op € 34.440,75 bruto (voor de duur van een jaar) en is, anders dan door werkgever is aangevoerd, onderbouwd aan de hand van de salarisspecificaties. Bij de berekening van de inkomensschade gaat de kantonrechter uit van een pensioenschade van € 2.870 per maand, gedurende negen maanden. In totaal dus € 25.830,00 (9 x € 2.870,00). Dit bedrag zal bij de begroting van de inkomensschade eveneens worden meegenomen. Aldus wordt de totale inkomensschade tot 1 april 2023 vooralsnog begroot op € 119.556 bruto (€ 113.226 minus € 19.500 plus € 25.830). De gefixeerde vergoeding is geen 'boete' maar een gestandaardiseerde vergoeding van de inkomensschade

die werknemer leidt als gevolg van de onregelmatige (en nu het loon niet wordt doorbetaald: onrechtmatige) opzegging. De kantonrechter zal daarom de gefixeerde vergoeding ten bedrage van € 50.322,92 op de component inkomensschade in mindering brengen.

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 04-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2022:6205

**Zaaknummer:** 9985789 HA VERZ 22-78

**Rechters:** E.W. de Groot

**Advocaten:** A.C.G. Reezigt en P.R. Hendriks

**Wetsartikelen:** 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

## **Geen nabestaandenpensioen ondanks verkeerde toetsing hardheidsclausule door commissie van beroep.**

***Geschil tussen nabestaande en pensioenfonds PFZW over partnerpensioen. Nabestaande had affectieve relatie maar geen notariële samenlevingsovereenkomst. Concrete trouwplannen werden niet uitgevoerd wegens ernstige ziekte. Commissie van beroep wees beroep op hardheidsclausule af omdat niet voldaan was aan onaanvaardbaarheidsmaatstaf en/of onbillijkheid van overwegende aard. Zelfde uitkomst bij herbeoordeling door pensioenfonds nadat nabestaande met SVB in vaststellingsovereenkomst was overeengekomen dat hij partner voor de Anw was. De kantonrechter oordeelt dat de commissie van beroep de verkeerde maatstaf heeft aangelegd en toetst de hardheidsclausule vol. Het pensioenfonds heeft – onder meer op grond van sterfbedbepaling – mogen besluiten om geen toepassing te geven aan de hardheidsclausule.***

Eiser heeft vanaf mei 1999 een affectieve relatie gehad met mevrouw B. Zij is vanaf 1 mei 1989 tot haar overlijden in 2004 deelnemer geweest in het pensioenfonds van PGGM, de voorganger van PFZW. Het pensioenreglement van januari 2004 (hierna: het pensioenreglement 2004) bepaalt – voor zover hier van belang – dat na het overlijden van een deelnemer de partner recht heeft op partnerpensioen, tenzij de deelnemer is overleden binnen een jaar nadat zij met de partner is gehuwd of een gemeenschappelijke huishouding is begonnen en de gezondheidstoestand ten tijde van de huwelijksluiting dan wel bij aanvang van de gemeenschappelijke huishouding dit overlijden redelijkerwijs moest doen verwachten (de zogenoemde ‘sterfbedbepaling’). Als ‘partner’ in de zin van het pensioenreglement 2004 wordt aangemerkt de echtgenoot van de deelnemer of de ongehuwde man met wie de ongehuwde deelnemer blijkens een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst een gemeenschappelijke huishouding voert, met hem volgens inschrijving in de gemeentelijke

basisadministratie op hetzelfde adres woont, en die door de deelnemer als partner bij het pensioenfonds is aangemeld. Het pensioenreglement 2004 bevat een hardheidsclausule, inhoudend dat het bestuur van het pensioenfonds bevoegd is artikelen uit het pensioenreglement buiten toepassing te laten dan wel daarvan af te wijken voor zover toepassing, 'gelet op het doel of (de) strekking' van de betreffende bepaling(en), zou leiden tot 'onbillijkheid van overwegende aard'.

In oktober 1999 zijn eiser en B – ongehuwd – met elkaar gaan samenwonen. Vanaf eind november 2000 hebben zij gezamenlijk ingeschreven gestaan. In verband met hun beider kinderwens heeft eiser begin 2002 zijn eerdere sterilisatie ongedaan laten maken. Hun voornemen was om te gaan trouwen als B zwanger zou raken. Mede daarom hebben zij hun buitenhuwelijkse relatie niet door een notaris laten vastleggen. In januari 2003 bleek B zwanger van een dochter. De geboorte werd verwacht in oktober 2003. Eiser en B dachten nog tijd genoeg te hebben om hun voorgenomen huwelijk te regelen. In de loop van 2003 werd B ernstig ziek. Eiser en B besloten om vaart te maken met hun trouwplan. Ze bestelden trouwringen, spraken met hun kerk, en bij de gemeente Hof van Twente werd een afspraak voor ondertrouw gemaakt voor een week later, op 1 augustus 2003. Vanwege de verder verslechterde gezondheidssituatie van B moest die ondertrouw kort tevoren worden afgezegd en uitgesteld. B werd op 4 augustus 2003 met spoed geopereerd. Toen werd de diagnose alveeskliekkanker gesteld en de levensverwachting op enkele weken geschat. De dochter van eiser en B kwam die dag prematuur, met een keizersnede, ter wereld. B kreeg vanaf die dag permanente pijnbestrijding door middel van een morfinepomp. B is medio augustus 2003, na haar ontslag uit het ziekenhuis, ingetrokken bij haar tweelingzus, die in hun ouderlijk huis in [woonplaats] woonde waar hun vader aan dezelfde ziekte was overleden. Daar is B tot haar overlijden op [datum] 2004, samen met haar kind verzorgd. Voor een huwelijk met eiser is vanwege haar gezondheidstoestand – ze was aan bed gekluisterd – geen gelegenheid meer geweest. B heeft bij testament haar dochter tot enig erfgenaam benoemd. Het gezag over hun dochter is met ingang van 1 augustus 2004 aan eiser toegewezen.

Bij besluit van 7 september 2006 heeft PGGM het verzoek van eiser, om hem – al dan niet met toepassing van de hardheidsclausule in het pensioenreglement – partnerpensioen toe te kennen, afgewezen. PGGM stelde zich op het standpunt dat de situatie van eiser niet verschilde van vergelijkbare situaties waarbij sprake is geweest van (ongehuwd) samenwonen zonder notarieel verleden samenlevingsovereenkomst, terwijl geen sprake was van een onverwacht overlijden kort vóór de objectief vaststelbare huwelijksdatum, in welk geval – binnen het stringente beleid van PGGM ten aanzien van de toepassing van de hardheidsclausule – wél 'hardheid' pleegt te worden aangenomen. De commissie van beroep

heeft het beroep van eiser op 20 juni 2007 ongegrond verklaard. De commissie overwoog dat niet is voldaan aan alle formele vereisten van ‘partnerschap’ in de zin van het pensioenreglement 2004. Over het door PGGM buiten toepassing laten van de hardheidsclausule overwoog de commissie van beroep dat het pensioenfonds op goede gronden uitvoering heeft gegeven aan zijn (stringente) beleid tot toepassing van de hardheidsclausule uitsluitend in uitzonderlijke situaties waarin zeer aannemelijk is dat een voorgenomen huwelijk zou zijn gesloten als de deelnemer niet onverwacht was overleden. De commissie van beroep concludeerde dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat het bepaalde in het pensioenreglement in casu onverkort wordt toegepast. Het besluit leidt voor appelland niet tot een zodanige onbillijkheid van overwegende aard dat het beroep van appelland op de hardheidsclausule gegrond is. De Sociale Verzekeringsbank (SVB) heeft bij een in het kader van mediation begin december 2018 gesloten vaststellingsovereenkomst SVB beslist dat eiser alsnog als nabestaande van B in de zin van de Algemene nabestaandenwet (Anw) wordt aangemerkt.

Na een herbeoordelingsverzoek heeft PFZW bij brief van 11 november 2021 meegedeeld eisers argumenten grondig te hebben bestudeerd en zijn verzoek opnieuw te hebben beoordeeld, maar geen reden te zien om hem alsnog op grond van de hardheidsclausule een partnerpensioen toe te kennen. Daartoe overwoog het pensioenfonds dat niet is voldaan aan het vereiste dat sprake moet zijn van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst. Dat de SVB eiser alsnog als partner in de zin van de Anw heeft aangemerkt, betekent volgens PFZW niet dat daarmee ook voldaan is aan het partnerschap in de zin van het pensioenreglement 2004, omdat de toetsingscriteria verschillen van die in de Anw. Voor het alsnog toepassen van de hardheidsclausule ziet PFZW geen reden, omdat een beroep op die clausule alleen kan slagen als de toepassing van een bepaling van het pensioenreglement niet het beoogde effect heeft dat alleen ongehuwd samenwonenden die in het bezit zijn van een notariële samenlevingsovereenkomst recht hebben op een partnerpensioen.

In dit geding moet de kantonrechter beslissen over de vraag of PFZW alsnog met toepassing van de in het pensioenreglement opgenomen hardheidsclausule aan eiser een partnerpensioen moet toekennen en uitbetalen. De kantonrechter gaat daarbij uit van de toepasselijkheid van het pensioenreglement 2004. Wat de betekenis van de eerdere uitspraak van de commissie van beroep en de in dit geding aan te leggen toetsingsnorm betreft, volgt de kantonrechter het pensioenfonds in zijn standpunt niet. Allereerst is daar immers de brief van PFZW van 11 november 2021, waarin het pensioenfonds aan eiser heeft meegedeeld dat zijn verzoek door het fonds opnieuw is beoordeeld, dat zijn argumenten grondig zijn bestudeerd maar hem geen partnerpensioen wordt toegekend, en dat hij – als hij het met die beslissing

niet eens is – beroep kan instellen bij de commissie van beroep, die daarna door een rechter alleen marginaal zal worden getoetst, maar dat hij die beroepsgang ook kan overslaan en de zaak direct bij de rechter aanhangig kan maken, die dan ‘volledig (-) in plaats van marginaal’ zal toetsen, aldus de brief. Uit deze formulering heeft eiser redelijkerwijs mogen afleiden dat in de rechterlijke procedure de afwijzing van zijn hernieuwde verzoek volledig, en niet slechts marginaal, zou worden getoetst. Daaraan kan PFZW nu, met een beroep op het bepaalde in artikel 7:904 BW, niet afdoen met het argument dat zich sinds de eerdere uitspraak van de commissie van beroep geen nieuw feit heeft voorgedaan. Blijkens de brief van 11 november 2021 heeft de vraag of er sprake was van een nieuw feit geen rol gespeeld bij de beoordeling die aan de afwijzing van het hernieuwde verzoek van eiser vooraf ging. Er is een volledige herbeoordeling gedaan. Waar PFZW kennelijk meent dat de uitspraak van de commissie van beroep uit 2007 in dit geding moet worden aangemerkt als de ‘beslissing van een derde’ in de zin van artikel 7:904 BW miskent zij dit karakter van de herbeoordeling in november 2021.

Ook zonder de (standaard)tekst in de brief van 11 november 2021 zou de kantonrechter zich in dit geding niet hebben beperkt tot een marginale toetsing. Artikel 7:904 lid 1 BW bepaalt dat een beslissing van een derde, zoals hier de commissie van beroep, vernietigbaar is indien gebondenheid (van de daarbij in het ongelijk gestelde partij) in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Van een dergelijke onaanvaardbaarheid is hier sprake, omdat de commissie van beroep destijds niet alleen een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, maar ook het pensioenfonds een te grote discretionaire bevoegdheid heeft gelaten bij de uitvoering van de hardheidsclausule. De commissie van beroep heeft geoordeeld dat het in de situatie van eiser ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar’ is dat het bepaalde in het pensioenreglement onverkort wordt toegepast. Dat is echter een andere, strengere norm dan die welke de hardheidsclausule in het pensioenreglement voorschrijft. Die clausule geeft het criterium van een ‘onbillijkheid van overwegende aard’, en dat is een lichtere toets. In de tweede volzin van paragraaf 24 van de uitspraak van de commissie van beroep wordt wel geconcludeerd dat het bestreden PGGM-besluit niet leidt tot ‘een zodanige onbillijkheid van overwegende aard’ dat het beroep van eiser op de hardheidsclausule gegrond is, maar daaruit blijkt niet dat de commissie van beroep het verschil tussen de reglementaire en de toegepaste norm onder ogen heeft gezien. De indruk ontstaat dat de commissie van beroep beide normen als één en dezelfde heeft beschouwd en van oordeel is dat voor toepassing van de hardheidsclausule niet volstaat dat sprake is van ‘een onbillijkheid van overwegende aard’, maar dat sprake moet zijn van ‘een zodanige onbillijkheid van overwegende aard’ dat onverkorte toepassing van de bepalingen van het pensioenreglement ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’

zou zijn. Dat is inhoudelijk onjuist, en onaanvaardbaar in de zin van artikel 7:904 BW. Van een dergelijke onaanvaardbaarheid is tevens sprake nu de commissie van beroep in haar uitspraak heeft overwogen dat PGGM op goede gronden uitvoering heeft gegeven aan haar beleid (om in uitzonderingsgevallen partnerpensioen toe te kennen terwijl niet is voldaan aan de formele vereisten die de definitie van het begrip ‘partner’ stelt en) om alleen ‘hardheid’ aan te nemen in situaties waarin sprake is van een onverwacht overlijden kort vóór de objectief vaststelbare huwelijksdatum. De genoemde overweging van de commissie van beroep geeft blijk van een onjuist oordeel over bedoelde bevoegdheid. Het moge zo zijn dat de hardheidsclausule aan het bestuur van het pensioenfonds een bevoegdheid toekent die zij in het algemeen kan invullen door het hanteren van een bepaalde – stringente – beleidslijn, maar daaruit volgt niet dat de commissie van beroep (of de civiele rechter) in een voorgelegde individuele zaak niet tot het oordeel kan komen dat er onder de in de betreffende zaak gegeven omstandigheden reden is om die op één lijn te stellen met de gevallen waarin volgens het vigerende beleid ‘hardheid’ wordt aangenomen. Beleid is, net zoals rechtspraak, een levend fenomeen, ‘werk in uitvoering’ en maatwerk. En dat brengt noodzakelijkerwijs met zich mee dat het pensioenfonds niet ontkomt aan – wat het noemt – ‘discussies achteraf’ in gevallen als het onderhavige waarin een belanghebbende zich niet neerlegt bij de beslissing van het bestuur van het fonds om geen ‘hardheid’ aan te nemen.

De tussenconclusie is dat de uitspraak van de commissie van beroep van 20 juni 2007 vernietigbaar is (de kantonrechter vernietigt de uitspraak niet, omdat die vernietiging in dit geding niet is gevorderd). Het besluit van PFZW van 11 november 2021 om niet alsnog partnerpensioen aan eiser toe te kennen zal hierna, overeenkomstig de betreffende mededeling in de brief van het pensioenfonds van 11 november 2021, volledig worden getoetst.

De redenering van het fonds dat een beroep op de hardheidsclausule alleen slaagt indien het beoogde effect wordt bereikt, volgt de rechter niet. Dat zou de hardheidsclausule in schrijnende gevallen tot een dode letter maken en dat is een onaannemelijk rechtsgevolg. PFZW pleegt de hardheidsclausule in de praktijk ook ruimer toe te passen dan aan de hand van haar in dit geding verdedigde ‘beoogd effect’-redenering. In haar vigerende beleid kunnen immers ook ongehuwd samenwonenden die hun relatie niet notarieel hebben laten vastleggen recht doen gelden op partnerpensioen, en wel in het geval sprake is van een onverwacht overlijden kort vóór de feitelijke, objectief vaststelbare, huwelijksdatum.

Bij deze beoordeling ontkomt de kantonrechter er niet aan de ‘sterfbedbepaling’ in ogenschouw te nemen. De bepaling houdt in dat het recht op partnerpensioen vervalt, indien de deelnemer is overleden binnen een jaar na de huwelijksluiting en haar/zijn gezondheidstoestand ten tijde van de huwelijksluiting dit overlijden redelijkerwijs moest doen verwachten. De ratio van die bepaling is dat geen recht op partnerpensioen bestaat,

indien de deelnemer in het huwelijk is getreden op een moment dat zij/hij al zo ziek was dat het levenseinde in zicht was. Bij de toepassing die PFZW aan de hardheidsclausule pleegt te geven, is – zo stelt de kantonrechter vast – deze ratio leidend, in die zin dat (alleen) ‘hardheid’ wordt aangenomen en toch partnerpensioen wordt toegekend, indien ervan mag worden uitgegaan dat de gezondheidstoestand van de deelnemer ten tijde van de feitelijk vaststelling van de concrete huwelijksdatum zodanig was dat toen geen spoedig overlijden hoefde te worden verwacht, en de huwelijksluiting enkel geen doorgang heeft gevonden door het onverwachte overlijden van de deelnemer (bijvoorbeeld bij een noodlottig verkeersongeval vlak voor de geplande trouwdatum). De situatie van eiser en B was in 2003 echter – gezien die ratio – wezenlijk anders. Zij hadden al sinds begin 2002 het plan om te trouwen ingeval B zwanger zou worden. In de eerste maanden van de zwangerschap, tot aan het noodlottige bericht van B’s Amsterdamse behandelaar van eind juli 2003, hebben zij geen concrete stappen gezet om in het huwelijk te treden. Toen dat wél gebeurde, onder meer door bij de gemeente een datum voor ondertrouw vast te leggen, was bekend dat B ernstig ziek was en haar levensverwachting beperkt was. PFZW mocht, net als dat bij ongehuwd samenwonenden reglementair gebeurt (doordat notariële vastlegging van de samenwoning wordt verlangd), hoge eisen stellen aan de aannemelijkheid en objectieve vaststelbaarheid van de huwelijksdatum in de periode die vooraf ging aan de mededeling van de behandelaar eind juli 2003. Voordien hadden B en eiser nog geen concrete invulling gegeven aan hun al langer bestaande trouwplan. Het pensioenfonds heeft onder die omstandigheden mogen besluiten om geen toepassing te geven aan de hardheidsclausule. De beslissing van de SVB in 2018 om eiser alsnog als nabestaande van B in de zin van de Anw aan te merken, leidt niet tot een andere conclusie, omdat het partnerbegrip van de Anw een andere is dan dat in het pensioenreglement van PFZW.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 02-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2022:4936

**Zaaknummer:** 9800959 UC EXPL 22-2457 LH/1040

**Rechters:** K.G.F. van der Kraats

**Advocaten:** R.J.M.H. Orgel en W. van Heest

**Wetsartikelen:** 7:904 BW



RECHTSPRAAK

## **Holding ex-echtgenoot veroordeeld tot afstorting pensioen.**

***Geschil na echtscheiding dga over pensioenverevening van pensioen opgebouwd in eigen beheer. De holding van de ex-echtgenoot wordt veroordeeld tot afstorten pensioen bij door eiseres op te geven pensioenverzekeraar. De ex-echtgenoot/dga is niet persoonlijk aansprakelijk. Er is geen sprake van bovenmatige opnames.***

De man en de vrouw zijn onder huwelijkse voorwaarden getrouwd op 9 december 1974. De man is bestuurder en enig aandeelhouder van de Holding. Tussen de man en de Holding is in 1993 een pensioenbrief opgesteld, waarin is opgenomen dat de man sinds 1985 als werknemer pensioen heeft opgebouwd bij de Holding. Daarnaast is bepaald dat de man (als werknemer van de Holding) aanspraak heeft op ouderdomspensioen vanaf 2012. In 1993 is de Pensioen B.V. opgericht, waarvan de Holding de enig bestuurder en aandeelhouder is. In 1993 is ook [bedrijf 01] Kleding B.V. opgericht (hierna: de Kleding B.V.), waarvan de Holding de enig bestuurder en aandeelhouder is. Op 17 februari 1998 is het huwelijk tussen de man en de vrouw door echtscheiding ontbonden. Partijen hebben in het kader van de afwikkeling van de echtscheiding en verdeling het formulier ‘mededeling van scheiding in verband met verdeling van het ouderdomspensioen’ op 23 juli 1998 ingevuld, ondertekend en aan de holding gestuurd.

Op 15 augustus 2003 hebben de man en de vrouw een overeenkomst gesloten over de alimentatie en daarin een finaal kwijtingsbeding opgenomen. Zowel in de Holding als de Pensioen B.V. is al jarenlang sprake van een negatief eigen vermogen.

Tussen partijen is niet in geschil dat de waarde van de pensioenaanspraak van de vrouw € 338.256 bedraagt. Daarnaast staat vast dat deze pensioenaanspraak in beginsel op de Holding rust vanwege de met de man overeengekomen pensioenafsprake. Het onderbrengen van een bedrag door de Holding bij de Pensioen B.V. maakt de verplichting die de Holding tegenover de vrouw heeft om te voorzien in haar pensioen, niet anders. De vrouw heeft geen eigen, rechtstreekse aanspraak op de Pensioen B.V. De vordering op de Pensioen B.V. tot afstorting van de pensioenpremie wordt dus afgewezen, er is geen grondslag voor die vordering.

In de vaststellingsovereenkomst worden alleen zaken omtrent het levensonderhoud geregeld, waaruit moet worden afgeleid dat deze overeenkomst alleen is bedoeld om het geschil omtrent de alimentatie te beslechten. De gegeven finale kwijting moet dan ook in dat licht worden gezien. Hierbij speelt mee dat tussen partijen niet in discussie is dat de waarde van het pensioen waar de vrouw recht op heeft € 338.256 bedraagt, terwijl de afkoopsom voor het levensonderhoud in de vaststellingsovereenkomst wordt vastgesteld op € 17.500. Gezien de hoogte van deze alimentatieaanspraak had de man nader moeten motiveren dat met de finale kwijting ook is bedoeld om deze veel grotere pensioenaanspraak achterwege te laten. Bovendien geldt in het algemeen dat niet lichtvaardig mag worden aangenomen dat iemand vrijwillig afstand doet van een dergelijke pensioenaanspraak. Gelet op het bovenstaande ligt de vordering van de vrouw op de Holding dus voor toewijzing gereed. Uit de jaarstukken en de stellingen van partijen volgt echter dat de Holding thans vanwege haar financiële positie niet aan de vordering kan voldoen. De Holding kan ook geen geld onttrekken uit haar dochtervennootschap de Pensioen B.V. De Pensioen B.V. heeft een vordering op de Holding en de Holding heeft op haar beurt een vordering op de man. Beide vennootschappen beschikken niet over voldoende (ander) vermogen om de vordering van de vrouw te kunnen voldoen. Deze betalingsonmacht staat aan een toewijzing van de vordering jegens de Holding echter niet in de weg.

De voorliggende vervolgvraag is of de man, vanwege deze schuld, onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de vrouw, hetzij als voormalig echtgenoot, hetzij als bestuurder van de Holding B.V. De Holding kan immers door deze privéschuld van de man niet aan de pensioenaanspraak van de vrouw voldoen terwijl de man als bestuurder van de Holding niet overgaat tot het uitwinnen van de vordering van de Holding op hemzelf.

De rechtbank gaat ervan uit dat de schuld van de man aan de Holding op het moment van echtscheiding € 332.630 bedroeg. De vrouw heeft gezien het bovenstaande onvoldoende aangevoerd waaruit volgt dat de man kan worden aangesproken voor het onrechtmatig onttrekken van de genoemde € 332.630 aan de vennootschap. Als de man voor deze onttrekking al aansprakelijk zou zijn omdat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan geldt namelijk dat daardoor tijdens de duur van het huwelijk een schuld van de man is ontstaan. De vrouw heeft onvoldoende onderbouwd dat er sprake is van te hoge onttrekkingen. Daarmee valt deze grondslag voor een geslaagd beroep op bestuurdersaansprakelijkheid weg. Dat de man is verdergegaan met ondernemen om op die manier in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien en mogelijk ook voldoende omzet te genereren voor een pensioenvoorziening, levert op zichzelf geen verwijtbaar handelen op. De vrouw heeft ook niet toegelicht op welk moment het niet stoppen van de man verwijtbaar zou

zijn geworden. Van aansprakelijkheid op deze grond is daarom evenmin sprake.

De vrouw verzoekt primair om binnen vier dagen na betekening van het veroordelend vonnis het bedrag van € 338.256 te betalen aan een door de vrouw aan te wijzen pensioenverzekeringsmaatschappij. Vast staat dat de pensioenaanspraak van de vrouw per 1 november 2019 deze waarde had. Het staat de vrouw vrij de Holding te verzoeken om het bedrag naar een andere pensioenverzekeringsmaatschappij over te dragen en de Holding is in beginsel verplicht aan zo'n verzoek mee te werken. De Holding heeft aangevoerd niet aan het verzoek te kunnen voldoen, maar betalingsonmacht is onvoldoende reden voor afwijzing.

Om de Holding tot afstorting van de waarde van het pensioen over te kunnen laten gaan, moet er een door de vrouw geaccepteerde offerte van een externe pensioenverzekeringsmaatschappij zijn. Dit op basis van de pensioenwaarde van € 338.256 per 1 november 2019. De vordering van de vrouw zal daarom in zoverre worden toegewezen dat de Holding zal worden veroordeeld tot betaling € 338.256 aan een door de vrouw aan te wijzen pensioenverzekeringsmaatschappij binnen vier dagen nadat zij een door haar geaccepteerde offerte voor waardeoverdracht van het pensioen van die pensioenverzekeringsmaatschappij aan de Holding heeft betekend.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 09-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2022:11718

**Zaaknummer:** C/09/610411 / HA ZA 21-356

**Rechters:** R.C. Hartendorp

**Advocaten:** T.A. Vermeulen en I.J. Pieters

**Wetsartikelen:** 2 Wet verevening pensioenrechten

RECHTSPRAAK

## **Werkgever heeft onverschuldigd pensioenpremies over onregelmatigheidstoeslag betaald aan pensioenfonds StiPP.**

***Geschil tussen diverse werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds StiPP over betaalde pensioenpremies over onregelmatigheidstoelagen (ORT) en de hoogte daarvan. Volgens de werkgevers zijn de premies onverschuldigd betaald. De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 1 december 2021 geoordeeld dat StiPP de premie over de ORT die eiser c.s. over de jaren 2012 t/m 2018 onverschuldigd aan StiPP heeft afgedragen moet terugbetalen. De kantonrechter stelt vast dat tussen partijen, uitgaande van hetgeen in de eerdere tussenvonnissen is bepaald, overeenstemming bestaat over de hoogte van de premie over de ORT die eiser c.s. over de jaren 2012 t/m 2018 onverschuldigd aan StiPP heeft afgedragen. De vordering tot terugbetaling van dit bedrag wordt toegewezen.***

Geschil tussen diverse werkgevers en bedrijfstakpensioenfonds StiPP over betaalde pensioenpremies over onregelmatigheidstoelagen (ORT). Volgens werkgevers zijn de premies onverschuldigd betaald. In het tussenvonnis van 1 december 2021 is geoordeeld dat StiPP de premie over de ORT die eiser c.s. over de jaren 2012 t/m 2018 onverschuldigd aan StiPP heeft afgedragen moet terugbetalen. Eiser c.s. is in de gelegenheid gesteld de hoogte van dit bedrag nader te onderbouwen, hetgeen zij vervolgens heeft gedaan. StiPP heeft zich op het standpunt gesteld dat deze onderbouwing onvoldoende is en dat de door eiser c.s. overgelegde berekening voor haar niet controleerbaar is. Zij heeft voorgesteld om eerst aan eiser c.s. opdracht te geven op basis van een steekproefsgewijze, door StiPP te maken selectie van 40 correctieregels de daarbij horende onderbouwende documenten in het geding te brengen. Dan kan op basis daarvan worden beoordeeld of partijen het eens zijn dat daarmee volstaan kan worden of dat nadere dan wel uitgebreidere onderbouwing nodig is.

In het tussenvonnis van 15 juni 2022 is geoordeeld dat dit voorstel van StiPP redelijk is.

Bepaald is dat eiser c.s. een herziene berekening dient op te stellen waaruit de regels waarin bij 'Periode Jaar' '2019' wordt genoemd zijn verwijderd en waaruit ook het werknemersdeel van de pensioenpremie is verwijderd. Zij dient haar vordering met de daarmee samenhangende bedragen te verminderen. Verder is bepaald dat eiser c.s. de 40 correctieregels die StiPP in productie 12 heeft weergegeven door middel van documenten dient te onderbouwen en deze onderbouwing aan StiPP dient voor te leggen zodat StiPP daarop kan reageren en eiser c.s. de onderbouwing na afstemming met StiPP zo nodig nog kan aanvullen.

X schrijft in de akte onderbouwing correctieregels en herziene berekening vordering die zij heeft ingediend dat zij de regels waarin bij 'Periode Jaar' '2019' wordt genoemd en het werknemersdeel van de pensioenpremie uit haar berekening heeft verwijderd en de onderbouwing van de 40 correctieregels en de herziene berekening van haar vordering met StiPP heeft afgestemd. Omdat bleek dat de gebruikte Easyflex-logaritmen in sommige gevallen hebben geleid tot een onjuiste berekening van de pensioenpremie, heeft eiser c.s. uiteindelijk de premies van Payroll Nederland B.V. uit de berekening gehaald en 6,1% als foutmarge van de overige schadelast afgetrokken. De totale schadelast komt volgens de nieuwe berekening op € 104.321. Volgens eiser c.s. heeft StiPP verklaard met deze schadeberekening akkoord te zijn.

StiPP bevestigt in haar akte dat zij kan instemmen met de herziene berekening en de onderbouwing van de schade, uitgaande van de eerdere vonnissen. Zij verklaart dat over het met inachtneming hiervan berekende schadebedrag en de daarop gebaseerde vordering van € 103.421 (de kantonrechter merkt dit aan als een kennelijke verschrijving en leest: € 104.321) tussen partijen overeenstemming bestaat. StiPP benadrukt evenwel dat dit niet is aan te merken als enigerlei vorm van erkenning van schadelastplichtigheid en dat zij haar eerdere standpunt handhaaft dat eiser c.s. geen enkele vordering op haar heeft in relatie tot de ORT. Zij verklaart verder dat de gegeven instemming met het schadebedrag niet inhoudt dat zij instemt met de juistheid van de op basis van opgaven van eiser c.s. in de pensioenadministratie opgenomen pensioenaanspraken vergeleken met de loonstrookgegevens van de werknemers van eiser c.s. Zij houdt zich uitdrukkelijk het recht voor de mismatch hiervan aan de orde te stellen met de daaruit volgende (processuele) rechtsgevolgen.

De kantonrechter stelt vast dat tussen partijen, uitgaande van hetgeen in de eerdere tussenvonnissen is bepaald, overeenstemming bestaat over de hoogte van de premie over de ORT die eiser c.s. over de jaren 2012 t/m 2018 onverschuldigd aan StiPP heeft afgedragen. Ook de kantonrechter zal bij zijn beslissing daarom van dit bedrag uitgaan. Hieronder zal worden besproken wat dit voor de vorderingen van eiser c.s. betekent. Daarbij overweegt de kantonrechter dat de uitsplitsing van bedragen per eisende vennootschap, zoals in de

dagvaarding nog vermeld, ten aanzien van het totaalbedrag in de akte van 19 oktober 2022 niet helder is gemaakt. Nu partijen over dit totaalbedrag niet van mening verschillen, zal dit bedrag worden toegewezen. Het is dan aan eiser c.s. om de verdeling over de verschillende vennootschappen te maken.

Voor recht wordt verklaard dat eiser c.s. over de jaren 2012 tot en met 2018 onverschuldigd pensioenpremie over de – door hem aan werknemers betaalde – ORT aan StiPP heeft betaald.

De toegewezen verklaring voor recht dat sprake is geweest van onverschuldigde betaling biedt geen grondslag voor de primair onder II gevorderde verklaring voor recht dat StiPP aansprakelijk is voor de door eiser c.s. geleden en te lijden schade. De toegewezen verklaring voor recht ziet immers niet op een onrechtmatige daad. Voor een dergelijke verklaring voor recht ziet de kantonrechter geen grondslag. Nu eiser c.s. zijn belang bij de onder II gevorderde verklaring van recht niet nader heeft onderbouwd, wordt deze vordering afgewezen.

StiPP wordt veroordeeld binnen twee weken na betekening van dit vonnis een bedrag van in totaal € 104.321 aan eiser c.s. te betalen. Omdat er een veel lager bedrag wordt toegewezen dan oorspronkelijk gevorderd en eiser c.s. zijn vordering pas gedurende de procedure voldoende heeft onderbouwd, wordt de onder IV gevorderde wettelijke rente toegewezen vanaf de datum van dit vonnis tot de dag van voldoening.

De subsidiair onder V gevorderde verklaring voor recht betreffende verrekening is te algemeen om als zodanig te kunnen worden toegewezen. De kantonrechter verwijst naar de wettelijke bepalingen omtrent verrekening. Daarbij verdient overigens opmerking dat de veroordeling tot terugbetaling van premie niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard (zie onder 2.16), hetgeen van invloed kan zijn op de mogelijkheid tot verrekening.

Voor de onder VI gevorderde buitengerechtelijke kosten geldt dat eiser c.s. in redelijkheid buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt om zijn vordering op StiPP voldaan te krijgen. Op basis van de toegewezen vordering van € 104.321 wordt een bedrag van € 1.818,21 redelijk geacht. Dit bedrag wordt toegewezen. De gevorderde rente over de buitengerechtelijke incassokosten zal niet worden toegewezen. StiPP zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld, totaal € 5.024,99.

De door eiser c.s. gevorderde nakosten zullen worden toegewezen. StiPP heeft de kantonrechter in haar antwoordakte onderbouwing schade van 2 maart 2022 (waarnaar nog eens wordt verwezen in de akte van 19 oktober 2022) verzocht om bij eindvonnis de veroordeling tot terugbetaling niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, mede vanwege de negatieve gevolgen die een zodanige veroordeling op de pensioenkapitalen van de werknemers kan hebben. Dit is volgens StiPP zeer ongewenst en ook zeer onpraktisch indien

in een hoger beroep geoordeeld zou worden dat eiser c.s. geen recht had op terugbetaling van de premie voor ORT. Eiser c.s. heeft hier geen verweer tegen gevoerd en ook overigens niet op gereageerd. De kantonrechter zal de veroordeling tot terugbetaling van het bedrag van € 104.321 daarom niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Het vonnis zal voor het overige wel uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 23-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2022:4909

**Zaaknummer:** 8937588 UC EXPL 20-10609 MS/1270

**Rechters:** A.R. Creutzberg

**Advocaten:** A.J. Hendriks en E. Lutjens

**Wetsartikelen:** 6:203 BW, 6:212 BW

RECHTSPRAAK

## **Verevening buitenlands pensioen: beoordeling buitenlandse pensioenregeling als ouderdomsvoorziening.**

***Na echtscheiding is er geschil over onder meer de verevening van het buitenlands pensioen. Het hof oordeelt dat Nederlands recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van partijen. Dat brengt met zich dat het door de man opgebouwde ouderdomspensioen op grond van artikel 10:51 BW in beginsel verevend moet worden. Bij de beoordeling van de vraag of de buitenlandse regeling voorziet in een pensioen waarop de WVPS van toepassing is (een ouderdomspensioen in de zin van art. 1 lid 1 onder d WVPS), dienen dezelfde (materiële) criteria te worden gehanteerd als voor een ouderdomspensioen ingevolge een Nederlandse pensioenregeling. Beslissend in dit verband is of de buitenlandse pensioenregeling in de context van het maatschappelijke leven in het desbetreffende land een functie vervult die in voldoende mate overeenstemt met de functie van de Nederlandse pensioenregelingen waarop de WVPS van toepassing is, te weten: ouderdomsvoorziening. Naar het oordeel van hof is dat genoegzaam gebleken. De vrouw heeft onweersproken gesteld dat er sprake is van stortingen door de werkgever, dat die stortingen gekoppeld zijn aan de arbeidsverhouding en bedoeld zijn voor de opbouw van pensioenrechten. Verevening van een buitenlands ouderdomspensioen vindt niet plaats in de vorm van een rechtstreekse aanspraak van de echtgenoot op het uitvoeringsorgaan maar in de vorm van een aanspraak op de andere echtgenoot.***

Partijen, die beiden de Nederlandse nationaliteit hebben (de man sinds mei 2017 en de vrouw sinds april 2020), zijn in 2011 te [plaats 1] India gehuwd. De man heeft op 24 december 2020



een verzoek tot echtscheiding ingediend. Bij bestreden beschikking, hersteld bij beschikking van 25 april 2022, de laatstgenoemde (herstel)beschikking hersteld bij beschikking van 15 juli 2022, heeft de rechtbank – voor zover hier van belang – de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Tussen partijen zijn de vaststelling van de verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, de pensioenen en de wettelijke alimentatietermijn in geschil. De rechtbank heeft ambtshalve vastgesteld dat aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt ten aanzien van het echtscheidingsverzoek en de nevenverzoeken. Het hof onderschrijft dat oordeel. Tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht het huwelijksvermogensregime beheerst, is door geen van partijen een grief geformuleerd. De appèlrechter is gebonden aan dit oordeel van de rechter in eerste instantie (HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:394 en HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1525). Dat betekent dat het hof, net als de rechtbank, Nederlands recht zal toepassen en het betekent ook dat tussen partijen sprake is van een gemeenschap van goederen. Ook ter zake van het verzoek om partneralimentatie en pensioenen is het hof, met de rechtbank, van oordeel dat Nederlands recht van toepassing is.

Partijen zijn het erover eens dat de Nederlandse pensioenrechten alle onder de WVPS vallen.

Ter zake van de door de vrouw verzochte verevening van de buitenlandse pensioenen overweegt het hof als volgt. In artikel 10:51 BW is bepaald dat de vraag of een echtgenoot bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed recht heeft op een gedeelte van de door de andere echtgenoot opgebouwde pensioenrechten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, behoudens artikel 1 lid 7 WVPS. In laatstgenoemd artikel is bepaald dat het vierde, vijfde en zesde lid van artikel 1 WVPS gelden ongeacht het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van partijen. Hieruit volgt dat pensioenrechten opgebouwd in een buitenlandse pensioenregeling ook voor verevening in aanmerking komen volgens de Nederlandse wet, maar alleen als Nederlands recht het huwelijksvermogensregime beheerst. Indien buitenlands recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, komen eventuele ingevolge buitenlandse pensioenregeling opgebouwde pensioenrechten alleen voor verevening in aanmerking als het buitenlands recht daarin voorziet.

Artikel 1 lid 8 WVPS bepaalt dat indien op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten Nederlands recht van toepassing is, de WVPS voorts van toepassing is op pensioenen ingevolge een buitenlandse pensioenregeling die niet is een pensioenregeling als bedoeld in het vierde, vijfde of zesde lid, met dien verstande dat een recht op uitbetaling als bedoeld in artikel 2 WVPS slechts bestaat jegens de andere echtgenoot.

Nu de rechtbank heeft beslist dat het huwelijksvermogensregime van partijen door Nederlands recht wordt beheerst en door partijen niet anders is bepleit, gaat ook het hof uit van de toepasselijkheid van Nederlands recht op het huwelijksvermogensregime.

Nu het Nederlandse recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van partijen, brengt dit met zich dat het door de man opgebouwde ouderdomspensioen op grond van artikel 10:51 BW in beginsel verevend moet worden. Gelet op het bepaalde in de artikel 1 lid 4 sub b tot en met j, lid 5 en lid 6 WVPS kan het pensioen van de man *niet* aangemerkt worden als een van de in die leden genoemde pensioenregelingen. De vraag is of de pensioenregeling van de man kan worden aangemerkt als een pensioenregeling als bedoeld in artikel 1 lid 4 sub a WVPS in samenhang met de artikel 1 van de Pensioenwet (Pw). Naar het oordeel van het hof is dat het geval.

Bij de beoordeling van de vraag of de buitenlandse regeling voorziet in een pensioen waarop de WVPS van toepassing is (een ouderdomspensioen in de zin van artikel 1 lid 1 onder d WVPS), dienen dezelfde (materiële) criteria te worden gehanteerd als voor een ouderdomspensioen ingevolge een Nederlandse pensioenregeling.

Hieruit volgt dat de voorzieningen gelijkwaardig moeten zijn aan, althans voldoende gelijkenis moeten vertonen met onder de WVPS vallende Nederlandse ouderdomspensioenen om die voorzieningen te kunnen beschouwen als ouderdomspensioen in de zin van de WVPS. Het hof verwijst dienaangaande tevens naar de memorie van antwoord bij de WVPS (*Kamerstukken II*, 21893, nr. 5, p. 14 en 15). Hieruit blijkt dat de wetgever heeft beoogd buitenlandse ouderdomspensioenen (behalve wat de directe actie tegen de uitkerende instantie betreft) 'in dezelfde situatie te brengen als de zich geheel binnen Nederland afspelende gevallen' om aldus een gelijke behandeling van gelijkwaardige gevallen zo veel mogelijk te bevorderen.

Volgens artikel 1 Pensioenwet wordt onder ouderdomspensioen verstaan een geldelijke, vastgestelde uitkering voor de werknemer of de gewezen werknemer bij wijze van inkomensvoorziening bij ouderdom. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een ouderdomspensioen in de zin van de WVPS zijn de volgende twee karakteristieke elementen bepalend:

- a. de uitkering is bestemd om arbeidsinkomen van de gerechtigde te vervangen ter voorziening in het levensonderhoud gedurende de periode waarop deelname aan het arbeidsproces door ouderdom pleegt te zijn beëindigd;
- b. de uitkering is toegekend en berekend op basis van een geleidelijke aan het voortduren van de arbeidsverhouding of beroepsuitoefening gekoppelde opbouw.

Beslissend in dit verband is of de buitenlandse pensioenregeling in de context van het maatschappelijke leven in het desbetreffende land een functie vervult die in voldoende mate overeenstemt met de functie van de Nederlandse pensioenregelingen waarop de WVPS van toepassing is, te weten: oudedagsvoorziening. Naar het oordeel van hof is dat genoegzaam gebleken. De vrouw heeft onweersproken gesteld dat er sprake is van stortingen door de werkgever, dat die stortingen gekoppeld zijn aan de arbeidsverhouding en bedoeld zijn voor de opbouw van de pensioenrechten, zodat aan de voorwaarde onder b. van r.o. 5.14 wordt voldaan. In de 'Key features of the Pension' van [naam 5] (productie 13) wordt bevestigd dat het om een pensioenvoorziening gaat.

De man heeft niet nader onderbouwd waarom dit anders zou zijn. Ter zitting is van de zijde van de man erkend dat ook de buitenlandse pensioenen voor verevening in aanmerking komen. De door de man opgebouwde pensioenen bij [naam 5] en [naam 6] / [naam 4] kunnen daarom gekwalificeerd worden als pensioenen die vallen onder de WVPS. Nu het gaat om pensioenen die onder de WVPS vallen, komt het deel dat tijdens het huwelijk is opgebouwd voor verevening in aanmerking. Grief 5 slaagt.

De verevening van Nederlandse pensioenen vindt in het algemeen plaats doordat beide echtgenoten vanaf het ingaan van het ouderdomspensioen een eigen aanspraak op het uitvoeringsorgaan kunnen doen gelden. Verevening van een buitenlands ouderdomspensioen vindt niet plaats in de vorm van een rechtstreekse aanspraak van de echtgenoot op het uitvoeringsorgaan maar in de vorm van een aanspraak op de andere echtgenoot. Dat laatste vereist de medewerking van de man om tot verevening te komen. Het hof zal het verzoek van de vrouw om de man te veroordelen tot medewerking aan cessie van de aanspraken op straffe van een dwangsom afwijzen. Dit verzoek is onvoldoende concreet geformuleerd en gaat uit van het contant maken van de waarde, hetgeen niet bij verevening past. Het hof gaat ervan uit dat de man te zijner tijd zal meewerken aan de verevening.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 22-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2022:10007

**Zaaknummer:** 200.308.154

**Rechters:** M.L. van der Bel, R. Prakke-Nieuwenhuizen en L. Hamer

**Advocaten:** G.A. Nandoe Tewarie en M.C. van Rijn

**Wetsartikelen:** 10:51 BW, 1 lid 1 onder d WVPS, 2 WVPS en 1 Pw

RECHTSPRAAK

## **Deskundigenbericht over wijziging eindloon naar premieovereenkomst of middelloon.**

***Geschil over wijziging van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemers van eindloon naar premieovereenkomst. Bij tussenarrest heeft het hof de werknemers toegelaten te ontzenuwen de voorshands bewezen geachte stelling dat er geen (betrouwbare) uitvoerders meer zijn die een eindloonregeling uitvoeren. De werknemers hebben laten weten dat zij afzien van het leveren van tegenbewijs. Het hof oordeelt dat de feitelijke onmogelijkheid om de eindloonregeling nog te laten uitvoeren een zodanig zwaarwichtig belang is dat DSV daarin voldoende redenen en aanleiding had om een wijziging na te streven van de pensioenovereenkomst. DSV heeft onvoldoende gedaan door van de werknemers te verlangen dat zij akkoord gingen met een van de twee door haar ingevoerde regelingen, zonder eerst te onderzoeken of het mogelijk was de eindloonregeling te wijzigen in een pensioenregeling die meer aansluit bij het karakter van de eindloonregeling. Het hof moet oordelen over de subsidiaire vordering dat DSV een middelloonregeling voor hen tot stand moet brengen die zo veel mogelijk gelijk is aan de eindloonregeling. DSV heeft terecht aangevoerd dat toewijzing van de vordering zal leiden tot executieproblemen omdat de vordering te vaag is. Het hof kan niet zelf beoordelen of en onder welke voorwaarden een dergelijke middelloonregeling mogelijk is. Het hof zal daarom een deskundige gaan benoemen om dat te onderzoeken en stelt daaraan vragen. Partijen mogen zich daarover bij akte uitlaten.***

Geschil over wijziging van de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemers van

eindloon naar premieovereenkomst. Bij tussenarrest heeft het hof de werknemers toegelaten te ontzenuwen de voorshands bewezen geachte stelling dat er geen (betrouwbare) uitvoerders meer zijn die een eindloonregeling uitvoeren. De werknemers hebben laten weten dat zij afzien van het leveren van tegenbewijs. Dat heeft tot gevolg dat voor het hof uitgangspunt is dat het voor DSV niet mogelijk is een uitvoerder te vinden die de eindloonregeling wil uitvoeren, althans niet voor het kleine personeelsbestand dat bij DSV een eindloonregeling had.

Het hof heeft in zijn tussenarrest de mogelijkheid onder ogen gezien dat het niet meer mogelijk is de eindloonregeling te laten uitvoeren en heeft daarover in r.o. 3.6.5. overwogen: 'Het hof is van oordeel dat de feitelijke onmogelijkheid om de eindloonregeling nog te laten uitvoeren een zodanig zwaarwichtig belang is dat DSV daarin voldoende reden en aanleiding had om een wijziging na te streven van de pensioenovereenkomst. Een wijziging is in feite onvermijdelijk, maar DSV moest (en moet) wel rekening te houden met de belangen van de werknemers. Het hof is van oordeel dat DSV dat onvoldoende heeft gedaan door van de werknemers te verlangen dat zij akkoord gingen met een van de twee door haar ingevoerde regelingen, zonder eerst te onderzoeken of het mogelijk was de eindloonregeling te wijzigen in een pensioenregeling die meer aansluit bij het karakter van de eindloonregeling.'

Het hof heeft aan het slot van genoemd tussenarrest voor de nu aan de orde zijnde stand van zaken (afzien van tegenbewijs) overwogen: 'Voor het geval zij daarvan afzien of daarin niet slagen, zal het hof een oordeel moeten geven over hun subsidiaire vordering die erop neerkomt dat DSV een middelloonregeling voor hen tot stand moet brengen die zo veel mogelijk gelijk is aan de eindloonregeling. DSV heeft terecht aangevoerd dat toewijzing van de vordering zal leiden tot executieproblemen omdat de vordering te vaag is. Het hof kan niet zelf beoordelen of en onder welke voorwaarden een dergelijke middelloonregeling mogelijk is. Het hof zal daarom een deskundige gaan benoemen om dat te onderzoeken. Het hof zal na het afzien van, of het falen van tegenbewijs, een tussenarrest wijzen waarin het voorlopige vragen zal formuleren voor een onderzoek door een te benoemen deskundige, waarover partijen zich dan eerst kunnen uitlaten.'

Zoals aangekondigd acht het hof een deskundigenonderzoek noodzakelijk. Het hof is voornemens aan de te benoemen deskundige(n) de volgende vragen voor te leggen:

1. Welke middelloonregelingen waren per 1 januari 2018 beschikbaar die qua niveau en aanspraken zo veel mogelijk gelijk waren aan de voor de werknemers geldende [XX] II pensioenregeling?

2. Is het nog steeds mogelijk om zo'n middelloonregeling af te sluiten?
3. Is dat mogelijk met terugwerkende kracht per 1 januari 2018? Zo ja, onder welke voorwaarden? Zo nee, is dat mogelijk per een andere datum en onder welke voorwaarden?
4. In welke opzichten verschilt zo'n middelloonregeling van de [XX] II pensioenregeling en hoe kan dit verschil worden opgeheven?
5. Heeft u voor het overige nog opmerkingen waarvan u het zinvol acht dat het hof daarvan kennis neemt?

Het hof is voornemens de deskundige(n) te attenderen op de mogelijkheid dat het hof na afronding van deze opdracht nog een nieuwe opdracht zal kunnen geven voor een aanvullend onderzoek, indien en voor zover dit nodig is in verband met de subsidiaire vordering van de werknemers om DSV te veroordelen tot betaling van een koopsom aan een pensioenuitvoerder bij wijze van schadevergoeding (vordering VII t/m XI). De beoordeling van die vordering zal afhankelijk zijn van het antwoord op de vraag of en in welke mate het nog mogelijk is om een middelloonregeling tot stand te brengen.

Partijen kunnen zich bij akte uitlaten over het aantal, de deskundigheid en – bij voorkeur eensluidend – de persoon van de te benoemen deskundige(n). Voorts kunnen partijen suggesties doen over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen.

Het hof is voornemens het voorschot op de kosten van de deskundige(n) gelijkelijk ten laste van partijen te brengen. Daartoe ziet het hof reden omdat enerzijds het bepaalde in artikel 195 Rv aanleiding geeft om de werknemers te belasten met het betalen van het voorschot, terwijl anderzijds hetgeen is overwogen in het tussenarrest aanleiding geeft om DSV daarmee te belasten. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen voor het nemen van een akte door beide partijen waarin zij zich kunnen uitlaten over het voorgaande. Daarna mogen beide partijen gelijktijdig een antwoordakte nemen waarmee zij kunnen reageren op de akte van de ander.

Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 01-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2022:3759

**Zaaknummer:** 200.277.281\_01 en 200.277.281\_01

**Rechters:** J.W. van Rijkom, M. van Ham en A.W. Rutten

**Advocaten:** M.W. Minnaard, O.R. van Hardenbroek Ammerstol en A.F. Wilson

**Wetsartikelen:** 7:613 BW en 7:613 BW

RECHTSPRAAK

## **Pensioenfonds PME hoeft zijn jaarrekening niet aan te passen.**

*Deze zaak gaat over de jaarrekening 2021 van PME. In de jaarrekening 2021 heeft PME de technische voorziening voor pensioenverplichtingen berekend aan de hand van de rentetermijnstructuur (RTS), die door De Nederlandsche Bank (DNB) wordt gepubliceerd. In deze zaak klagen SOBI c.s. dat dit niet strookt met de voorschriften in de Pensioenrichtlijn. Uit de Pensioenrichtlijn vloeit volgens SOBI c.s. voort dat PME een hogere rekenrente moet hanteren. Daarmee miskennen zij dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met een richtlijn op zich geen verplichtingen worden opgelegd aan particulieren, zoals PME. In de tweede plaats is artikel 13 lid 4 aanhef en onder b Pensioenrichtlijn niet zodanig duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, dat het zich leent voor rechtstreekse werking tussen particulieren. Ten derde behelst artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn een minimumharmonisatie, zo volgt uit de algemene overwegingen 3 en 41 en artikel 13 lid 5 Pensioenrichtlijn. Dat brengt mee dat Nederland als lidstaat van herkomst met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden aanvullende en uitvoerigere voorwaarden kan opleggen, Nederland heeft beleidsvrijheid. Nederland heeft daaraan met artikel 126 Pensioenwet in verbinding met artikel 2 Besluit FTK invulling gegeven door te bepalen dat de hoogte van de technische voorzieningen wordt vastgesteld op basis van een door DNB gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur. Voor zover de door DNB gehanteerde rentetermijnstructuur berust op stringenterere uitgangspunten dan genoemd in artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn, is*

***zulks dus in overeenstemming met het doel en de strekking van het bepaalde in artikel 13 lid 5 Pensioenrichtlijn. Gesteld noch gebleken is dat PME niet (op consistente wijze) deze rentetermijnstructuur heeft gehanteerd of dat PME anderszins artikel 126 Pensioenwet in verbinding met artikel 2 Besluit FTK onjuist heeft toegepast. Dit vormt een belangrijke aanwijzing dat in de jaarrekening 2021 van PME ten aanzien van de technische voorzieningen het vereiste inzicht is verschaft en dat de ruimte die in redelijkheid aan de rechtspersoon moet worden gelaten bij haar keuze voor de waardering van bepaalde posten niet is overschreden.***

Deze zaak gaat over de jaarrekening 2021 van PME. In de jaarrekening 2021 heeft PME de technische voorziening voor pensioenverplichtingen berekend aan de hand van de rentetermijnstructuur (RTS), die door De Nederlandsche Bank (DNB) wordt gepubliceerd. In deze zaak klagen SOBI c.s. dat dit niet strookt met de voorschriften in de Pensioenrichtlijn. Uit de Pensioenrichtlijn vloeit volgens SOBI c.s. voort dat PME een hogere rekenrente moet hanteren.

PME heeft op 16 mei 2022 haar jaarrekening 2021 vastgesteld. De balans van PME in de jaarrekening 2021 vermeldt onder meer de technische voorzieningen. Artikel 13 Pensioenrichtlijn handelt over technische voorzieningen die worden gevormd om alle pensioenverplichtingen te kunnen nakomen. Artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn is geïmplementeerd in artikel 126 Pensioenwet (Pw) dat gaat over de vaststelling van de technische voorzieningen. Mede op basis van artikel 126 Pw is het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (*Stb.* 2006, 710) vastgesteld (Besluit FTK). Artikel 2 Besluit FTK handelt over de hoogte van de technische voorzieningen. Met ingang van 1 januari 2021 heeft DNB een nieuwe methodologie ontwikkeld voor de berekening van de actuele rentetermijnstructuur. Deze is gepubliceerd op haar website.

Voor het antwoord op de vraag of een jaarrekening het in artikel 2:362 BW vereiste inzicht geeft, moet op de voet van het eerste lid van die bepaling worden onderzocht of zulks het geval is volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Bij de vaststelling daarvan zijn, gelet ook op de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling, de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ) van belang. De voorschriften van de RJ



kunnen immers een belangrijk oriëntatiepunt en een gezaghebbende kenbron vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden. Ingeval de rechtspersoon bij het vaststellen van de jaarrekening is gekomen tot waarderingen die met deze voorschriften stroken, kan zulks een belangrijke aanwijzing vormen dat het vereiste inzicht is verschaft en dat de ruimte die in redelijkheid aan de rechtspersoon moet worden gelaten bij zijn keuze voor de waardering van bepaalde posten niet is overschreden, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7473.

Paragraaf 248 van de RJ 610 luidt:

‘De Pensioenwet schrijft waardering van pensioenverplichtingen tegen marktwaarde voor. Op grond van het inzichtvereiste dient de voorziening pensioenverplichtingen te worden gewaardeerd op reële waarde (marktwaarde). De reële waarde wordt bepaald op basis van de contante waarde van de beste inschatting van toekomstige kasstromen die samenhangen met de op balansdatum onvoorwaardelijke pensioenverplichtingen. De contante waarde wordt bepaald met gebruikmaking van de markttrente. Het wordt aanvaardbaar geacht om hiervoor de actuele rentetermijnstructuur zoals gepubliceerd door DNB te hanteren, mits consistent toegepast.’

PME voert aan dat SOBI niet-ontvankelijk is in haar verzoek voor zover zij optreedt voor zichzelf omdat zij zelf geen eigen belang heeft bij de verzochte aanpassing van de jaarrekening 2021. Voor zover SOBI optreedt als lasthebber voor [D] en [E] is zij evenmin ontvankelijk. [D] is geen pensioengerechtigde bij PME en dat SOBI lasthebber is van [E] is niet gebleken en wordt door PME betwist.

Het beroep van PME op niet-ontvankelijkheid slaagt voor zover dit betrekking heeft op SOBI, handelend voor zichzelf en voor zover zij optreedt voor [D] en [E] (verzoekers onder 4 en 5). SOBI voert niet aan welk specifiek en concreet nadeel dat voor haar in haar betrekkingen tot PME is verbonden aan de wijze waarop de jaarrekening op het aangevochten punt is ingericht, met haar verzoek wordt ongedaan gemaakt of verminderd. Uit HR 26 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8964 volgt daarom dat zij niet kan worden aangemerkt als belanghebbende bij het onderhavige verzoek. Dat SOBI in een andere procedure wel als belanghebbende is aangemerkt (zie gerechtshof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347) maakt dat niet anders. SOBI heeft erkend dat [D] geen pensioengerechtigde bij PME is. Wat [E] betreft, heeft SOBI niet onderbouwd dat zij voor hem als lasthebber optreedt. SOBI heeft wel procesvolmachten van [A], [B] en [C] (verzoekers onder 1, 2 en 3) overgelegd. Niet in geschil is dat [A], [B] en [C] als belanghebbende pensioengerechtigden zijn aan te merken. Daarmee kan SOBI in haar verzoek worden ontvangen, voor zover zij optreedt als lasthebber van [A], [B] en [C]. SOBI c.s. beroepen zich

op verplichtingen die in hun visie voortvloeien uit artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn. Daarmee miskennen zij dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met een richtlijn op zich geen verplichtingen worden opgelegd aan particulieren, zoals PME. Een richtlijn kan als zodanig dus niet tegenover een particulier worden ingeroepen voor een nationale rechter. Krachtens artikel 288, derde alinea, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap bestaat het verbindende karakter van een richtlijn, dat de grondslag vormt voor de mogelijkheid om zich daarop te beroepen, immers slechts ten aanzien van 'elke lidstaat waarvoor zij bestemd is', aangezien de Europese Unie alleen bevoegd is om algemeen en abstract met onmiddellijke werking verplichtingen op te leggen aan particulieren wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen. Het is de Ondernemingskamer derhalve niet toegestaan op grond van een bepaling van een richtlijn, zelfs al is deze duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, een hiermee strijdige bepaling van haar nationale recht buiten toepassing te laten indien aldus een extra verplichting wordt opgelegd aan een particulier (vgl. o.a. HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33). Reeds dit gegeven staat aan toewijzing van het verzoek in de weg.

In de tweede plaats is artikel 13 lid 4 aanhef en onder b Pensioenrichtlijn niet zodanig duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, dat het zich leent voor rechtstreekse werking tussen particulieren. Daarbij moet worden bedacht dat artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn niet een bij de berekening van de technische voorzieningen toe te passen rentepercentage voorschrijft en evenmin een methode bevat aan de hand waarvan dat rentepercentage op duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke wijze kan worden vastgesteld. In artikel 13 lid 4 aanhef en onder b Pensioenrichtlijn wordt immers slechts in algemene zin voorgeschreven dat de toegepaste maximale rentepercentages op prudente wijze moeten worden bepaald, waarbij rekening wordt gehouden met (i) het rendement van de overeenkomstige activa die door de IBPV worden beheerd en met de verwachte beleggingsopbrengsten, (ii) met marktrendementen van kwalitatief hoogwaardige obligaties of (iii) een combinatie van (i) en (ii). Blijkens de bewoordingen 'wordt rekening gehouden met' is hetgeen onder (i), (ii) en (iii) is vermeld dan ook op zichzelf niet beslissend. De factoren waarmee rekening wordt gehouden zijn aldus niet zo nauwkeurig en onvoorwaardelijk dat op basis daarvan een maximaal rentepercentage kan worden bepaald. Daarbij miskent SOBI met haar betoog dat het in artikel 13 lid 4 bedoelde rentepercentage een *maximum*percentage is. De in artikel 13 lid 4 aanhef en onder b sub i en ii genoemde factoren zijn dan ook niet bedoeld om voor te schrijven op welke wijze de bepaling van het rentepercentage voor de berekening van de technische voorzieningen voor pensioenverplichtingen steeds dient plaats te vinden, maar veeleer om te voorkomen dat daarbij zou kunnen worden uitgegaan van onrealistisch hoge toekomstige rendementen met als gevolg een te lage technische voorziening.

Ten derde behelst artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn een minimumharmonisatie, zo volgt uit de algemene overwegingen 3 en 41 en artikel 13 lid 5 Pensioenrichtlijn. Dat brengt mee dat Nederland als lidstaat van herkomst met het oog op een voldoende bescherming van de belangen van de deelnemers en de pensioengerechtigden aanvullende en uitvoerigere voorwaarden kan opleggen. Daarbij moet worden bedacht dat de belangen van deelnemers en pensioengerechtigden niet op voorhand parallel lopen. Dit impliceert dat de Pensioenrichtlijn aan de lidstaat van herkomst enige beleidsvrijheid laat om een afweging te maken tussen de belangen van deelnemers en pensioengerechtigden (vgl. algemene overweging 2 en 3). Daarbij is van gewicht dat de Pensioenrichtlijn onder meer ertoe strekt om alle toekomstige gepensioneerden door middel van strenge toezichtnormen een hoge mate van zekerheid te bieden (vgl. algemene overweging 17 en 40). Nederland heeft daaraan met artikel 126 Pensioenwet in verbinding met artikel 2 Besluit FTK invulling gegeven door te bepalen dat de hoogte van de technische voorzieningen wordt vastgesteld op basis van een door DNB gepubliceerde actuele rentetermijnstructuur. Voor zover de door DNB gehanteerde rentetermijnstructuur berust op stringentere uitgangspunten dan genoemd in artikel 13 lid 4 Pensioenrichtlijn, is zulks dus in overeenstemming met het doel en de strekking van het bepaalde in artikel 13 lid 5 Pensioenrichtlijn.

Ingevolge artikel 2:362 lid 1 BW dient PME haar jaarrekening in te richten volgens normen die in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar worden geacht. Dit geldt ook voor de op de passiefzijde van de balans opgenomen technische voorzieningen. Volgens paragraaf 248 van RJ 610 wordt het daartoe aanvaardbaar geacht om hiervoor de actuele rentetermijnstructuur zoals gepubliceerd door DNB te hanteren, mits consistent toegepast. Gesteld noch gebleken is dat PME niet (op consistente wijze) deze rentetermijnstructuur heeft gehanteerd of dat PME anderszins artikel 126 Pensioenwet in verbinding met artikel 2 Besluit FTK onjuist heeft toegepast. Dit vormt een belangrijke aanwijzing dat in de jaarrekening 2021 van PME ten aanzien van de technische voorzieningen het vereiste inzicht is verschaft en dat de ruimte die in redelijkheid aan de rechtspersoon moet worden gelaten bij haar keuze voor de waardering van bepaalde posten niet is overschreden (zie 3.8). De Ondernemingskamer is ook overigens niet gebleken dat de jaarrekening 2021 van PME ter zake van de technische voorzieningen niet voldoet aan de vereisten van titel 9 van boek 2 BW.

---

**Instantie:** Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 23-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2022:3332

**Zaaknummer:** 200.313.311/01OK

**Rechters:** A.W.H. Vink, A.J. Wolfs, J.M. de Jongh, F. van der Wel en M.J.R. Broekema

**Advocaten:** J.C.J. Wouters en E. Lutjens

**Wetsartikelen:** 13 lid 4 Pensioenrichtlijn, 13 lid 5 Pensioenrichtlijn, 126 Pensioenwet, 2 Besluit FTK, 2:362 BW, 2:447 BW, 2:448 BW en 2:450 BW

RECHTSPRAAK

## **Pensioenschade aannemelijk doordat werkgever werknemer niet heeft aangemeld bij verzekeraar.**

***Appellant is bij geïntimeerde in dienst geweest. Volgens appellant had hij bij indiensttreding moeten worden aangemeld bij ASR in verband met een pensioenregeling die geïntimeerde bij ASR heeft voor haar werknemers. Het gaat in deze zaak om de vraag of dat had moeten en of het aannemelijk is dat appellant schade lijdt doordat dit niet is gebeurd. Het hof oordeelt dat er een pensioenovereenkomst was en dat de werkgever ten onrechte de werknemer niet heeft aangemeld. Appellant had pensioenaanspraken kunnen verwerven. Op grond van het door geïntimeerde in deze procedure in het geding gebrachte pensioenreglement van 1 december 2012 heeft appellant geen recht op premievrije voortzetting omdat zijn arbeidsovereenkomst is geëindigd voordat hij een IVA-uitkering ontving, maar wanneer het pensioenreglement op dit onderdeel is aangepast en die aangepaste versie geldt, dan heeft appellant wel recht op premievrije voortzetting. Het hof is van oordeel dat partijen hierover nadere informatie moeten inwinnen bij ASR en het hof hierover moeten informeren. Het hof acht voldoende aannemelijk dat appellant schade heeft geleden en dat de schade in causaal verband staat met de tekortkoming van geïntimeerde (het niet aanmelden van appellant bij ASR). Of appellant nog steeds schade lijdt, is afhankelijk van de vraag of hij recht had op premievrije deelneming.***

Appellant, geboren in 1965, is op basis van een nulurencontract voor bepaalde tijd bij geïntimeerde in dienst geweest van 23 februari 2017 tot en met 23 augustus 2017 in de functie van algemeen medewerker. In de niet ondertekende arbeidsovereenkomst staat onder meer

dat voor in dienst zijnde werknemers een pensioenregeling bij ASR-verzekeringen van kracht is waarvan op uitdrukkelijk verzoek van de werknemer kan worden afgezien.

Na een arbeidsongeval op 24 maart 2017 is appellant volledig arbeidsongeschikt geraakt. Vanaf 24 augustus 2017 (per de einddatum van de arbeidsovereenkomst) heeft appellant een ZW-uitkering ontvangen en vanaf 22 maart 2019 een IVA-uitkering op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de doorbetaling van loon tijdens ziekte vanaf 24 maart 2017. Appellant heeft daarover een kort geding aanhangig gemaakt. Bij vonnis van 28 september 2017 is zijn vordering afgewezen. In hoger beroep hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten op 7 maart 2018. Partijen zijn overeengekomen dat geïntimeerde € 7.000 bruto zou betalen aan appellant en dat na voldoening daarvan geïntimeerde jegens appellant finaal zou zijn gekweten ter zake van de loonaanspraken in hoger beroep.

Geïntimeerde heeft aangevoerd dat met appellant geen pensioenovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof verwerpt dit verweer. In de arbeidsovereenkomst is in artikel 6 bepaald dat er voor de in dienst zijnde werknemers een pensioenregeling bij ASR-verzekeringen van kracht is. Appellant is bij geïntimeerde in dienst getreden. Gelet op deze bepaling mocht hij erop vertrouwen dat hij zou gaan deelnemen in de pensioenregeling van geïntimeerde bij ASR. Dat appellant de arbeidsovereenkomst niet heeft ondertekend, is niet doorslaggevend. Dat in de arbeidsovereenkomst niet nader is gespecificeerd wat die pensioenregeling precies inhield, wil niet zeggen dat het een onvoldoende specifiek aanbod was en ook niet dat dit aanbod kon worden herroepen. Tussen partijen staat vast dat geïntimeerde appellant niet heeft aangemeld bij ASR. Dat betekent naar het oordeel van het hof dat geïntimeerde in strijd heeft gehandeld met artikel 21 lid 1 Pensioenwet. Volgens die bepaling moet de werkgever ervoor zorgen dat de pensioenuitvoerder wordt geïnformeerd over het sluiten van de pensioenovereenkomst.

De kantonrechter heeft hetgeen appellant aan loon (in een half jaar) heeft ontvangen verminderd met de franchise (bedrag op jaarbasis) en is er zodoende ten onrechte van uitgegaan dat het loon van appellant onder de franchise is gebleven. Het hof is van oordeel dat dit onjuist is, zodat het hoger beroep van appellant op dit punt slaagt.

Geïntimeerde heeft aangevoerd dat er feitelijk geen pensioengevend salaris was, althans dat het pensioengevend salaris niet valt vast te stellen, omdat appellant een nulurencontract had. Het hof verwerpt dat verweer. In het pensioenreglement is geen definitie opgenomen van wat verstaan moet worden onder een vast maandsalaris. Het hof acht aannemelijk dat het begrip

‘vast’ zo moet worden uitgelegd dat slechts is bedoeld dat geen rekening moet worden gehouden met incidentele beloningen zoals bonussen of gratificaties. Ook met appellant is een vast salaris overeengekomen, hoewel dit, vanwege het oproepkarakter van het contract, niet is overeengekomen per maand, maar per uur. Wanneer appellant niet ziek was geworden en partijen geen geschil hadden gekregen over de loonbetaling tijdens ziekte, dan had na het eindigen van het contract de deeltijdfactor op eenvoudige wijze vastgesteld kunnen worden door een gemiddelde te bepalen van het aantal gewerkte uren. Het hof ziet hierin dus geen reden om te oordelen dat appellant geen pensioenaanspraken had kunnen verwerven.

Partijen verschillen van mening over de vraag wat het pensioengevend salaris was en welke deeltijdfactor moet worden gehanteerd. Dat verschil van inzicht is terug te voeren op een geschil over de vraag of appellant recht had op loon vanaf 24 maart 2017 (ingangsdatum ziekte). Daarover is een procedure in kort geding gevoerd die in hoger beroep is geëindigd met een schikking op € 7.000 bruto. De loonvordering van appellant was veel hoger, terwijl geïntimeerde had aangevoerd dat appellant in het geheel geen recht meer had op loon. Het hof acht (alle goede en kwade kansen tegen elkaar afwegende) aannemelijk dat appellant recht heeft gehad op het bedrag aan loon waarop partijen de zaak hebben geschikt. Daartoe overweegt het hof het volgende. Het hof volgt appellant niet in zijn primaire standpunt dat uitgegaan moet worden van een voltijd dienstverband omdat hij op twee dagen na (in verband met carnaval) alle dagen volledig heeft gewerkt tot het moment dat hij ziek werd. Het hof acht de periode te kort om daarvan uit te gaan (23 februari - 24 maart 2017) en daarmee miskent appellant het oproepkarakter van het contract. Het hof volgt geïntimeerde evenmin in haar standpunt dat zij geen werk meer had voor appellant vanaf 24 maart 2017. Zij heeft twee verklaringen overgelegd waaruit volgens haar blijkt dat appellant niet meer bij Attero te werk gesteld wilde worden. De arbeidsovereenkomst was echter niet aangegaan voor werk bij Attero. Het hof acht het ongeloofwaardig dat zo kort na het aangaan van het contract er voor appellant in het bedrijf van geïntimeerde nooit meer enig werk beschikbaar zou zijn en dat appellant in het geheel niet meer zou zijn opgeroepen wanneer hij niet ziek was geworden. Geïntimeerde heeft ook nog aangevoerd dat zij alleen maar € 7.000 heeft betaald om van de procedure af te zijn. Dat kan zo zijn, maar dat zegt nog niets over de kans van slagen van de loonvordering. In ieder geval is dit bedrag voldaan ten titel van loon (onder afgifte van een loonstrook). Het hof is van oordeel dat de deeltijdfactor als volgt kan worden bepaald. Partijen dienen te bepalen welk bedrag aan loon in totaal aan appellant is betaald, dus het aan loon betaalde bedrag in de periode tot 24 maart 2017 en € 7.000 bruto voor de periode daarna. Dat is het loon voor een half jaar. Dat loon dient te worden afgezet tegen het loon dat kon worden verdiend met € 13,91 bruto per uur op basis van een voltijd dienstverband. Op die manier dienen partijen de deeltijdfactor vast te stellen. Het hof geeft partijen in overweging dat zij

met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak wordt overwogen in staat moeten zijn (eventueel met hulp van ASR) om te bepalen wat appellant is misgelopen aan pensioenaanspraken. Daarmee kunnen zij met behulp van (een) deskundige(n) gaan proberen de schade zelf vast te stellen. Het pensioengevend salaris kan worden bepaald door het totaal ontvangen loon om te rekenen naar een jaarloon en daarop de franchise in mindering te brengen. De zo berekende pensioengrondslag dient te worden vermenigvuldigd met de deeltijdfactor. Vervolgens kan aan de hand van de tabel in het pensioenreglement worden nagegaan welk percentage van toepassing was in verband met de leeftijd van appellant. Op deze wijze kan worden berekend wat de pensioenaanspraak (de beschikbare jaarpremie) was voor appellant, waarna deze kan worden gedeeld door de helft (omdat appellant maar een half jaar in dienst is geweest), tenzij blijkt dat hij tevens recht heeft op premievrije deelname, waarop het hof hierna nader zal ingaan. Het hof benadrukt dat dit een overweging ten overvloede is, omdat het hof de schade niet hoeft (en niet kan) vaststellen in deze procedure. Deze overweging is slechts bedoeld om nader overleg tussen partijen te bevorderen over de afwikkeling van dit geschil.

Op grond van het door geïntimeerde in deze procedure in het geding gebrachte pensioenreglement van 1 december 2012 heeft appellant geen recht op premievrije voortzetting omdat zijn arbeidsovereenkomst is geëindigd voordat hij een IVA-uitkering ontving, maar wanneer het pensioenreglement op dit onderdeel is aangepast en die aangepaste versie geldt, dan heeft appellant wel recht op premievrije voortzetting. Het hof is van oordeel dat partijen hierover nadere informatie moeten inwinnen bij ASR en het hof hierover moeten informeren. Het hof wil vernemen of ASR het pensioenreglement op dit onderdeel heeft aangepast aan het convenant en zo ja, wanneer en op welke wijze. Het hof is van oordeel dat beide partijen zich moeten inspannen om deze informatie te verkrijgen van ASR; appellant omdat hij zijn vordering baseert op dit standpunt en geïntimeerde omdat zij klant is van ASR en de informatie dus meer in haar domein ligt.

Het hof acht voldoende aannemelijk dat appellant schade heeft geleden (zie hetgeen is overwogen over het pensioengevend salaris en de franchise) en dat de schade in causaal verband staat met de tekortkoming van geïntimeerde (het niet aanmelden van appellant bij ASR). Of appellant nog steeds schade lijdt, is afhankelijk van de vraag of hij recht had op premievrije deelneming. Dat kan het hof thans nog niet beoordelen.

Het hof is van oordeel dat op dit moment de schade nog niet kan worden begroot, maar dat hoeft ook niet. Appellant wil een verwijzing naar de schadestaatprocedure en daarvoor is voldoende dat aannemelijk is dat appellant schade heeft geleden. Wanneer de schade niet kan



worden vastgesteld, dan moet de schade worden geschat. Dat appellant geen keuze heeft gemaakt, is uitsluitend te wijten aan het feit dat geïntimeerde hem niet heeft aangemeld bij ASR. In de schadestaat zal aan de orde moeten komen voor welke variant appellant zou hebben gekozen. Dan zal moeten worden bepaald wat de voor hem destijds meest voor de hand liggende keuze zou zijn geweest gelet op zijn persoonlijke situatie.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 01-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2022:3760

**Zaaknummer:** 200.282.500\_01

**Rechters:** M. van Ham, M.E. Smorenburg en A.W. Rutten

**Advocaten:** E.E. Frenken en M.J.M.H. Simons

**Wetsartikelen:** 21 Pensioenwet

RECHTSPRAAK

## **Pizza's zijn waren: franchisenemers Domino's Pizza vallen onder werkingssfeer detailhandel.**

***Kern van het geschil is of de franchisenemers van Domino's Pizza onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds Detailhandel vallen. Zowel de rechtbank als het hof oordeelde dat dit het geval was omdat zij hun bedrijf maken van het kopen en aan particulieren verkopen van waren zoals bedoeld in de werkingssfeerbepaling. Uitzonderingen uit die werkingssfeerbepaling waren niet van toepassing. De Hoge Raad laat het oordeel in stand en doet de zaak af met verwijzing naar artikel 81 RO.***

Deze zaak gaat over de vraag of de franchisenemers van Domino's Pizza onder de werkingssfeer vallen van het Besluit verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Detailhandel (hierna: het Verplichtstellingsbesluit). Als dat het geval is, dan zijn de franchisenemers verplicht om hun werknemers als deelnemer aan te melden, gegevens over hen te verstrekken en pensioenpremie aan Bpf Detailhandel af te dragen. Zowel de rechtbank als het hof heeft geoordeeld dat de franchisenemers onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit vallen, omdat zij hun bedrijf maken van het kopen en aan particulieren verkopen van waren, en dat geen van de in het Verplichtstellingsbesluit opgenomen uitzonderingsbepaling(en) van toepassing is. De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 25-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2022:1732

**Zaaknummer:** 21/02411

**Rechters:** T.H. den Tanja-van Broek, S.J. Schaafsma en K.T.B. Salomons

**Advocaten:** J.P. Heering en N.T. Dempsey

**Wetsartikelen:** Bedrijfstakpensioenfondsen voor Detailhandel

RECHTSPRAAK

## **Pensioenovereenkomst collectief wijzigbaar wegens goed werknemerschap maar niet volgens onaanvaardbaarheidsmaatstaf.**

*Geschil over introductie van een werknemersbijdrage voor de pensioenregeling van een groep werknemers. Het hof oordeelde bij gebrek aan een eenzijdig wijzigingsbeding dat de inkomensachteruitgang van werknemers zodanig was dat hun weigering om dat te aanvaarden niet onaanvaardbaar was. De Hoge Raad oordeelt dat een collectieve wijziging van de pensioenpremie getoetst kan worden aan de criteria van Stoof/Mammoet voor goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Deze beoordelingsmaatstaf geldt voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn. In zijn arrest Stoof/Mammoet heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Waar het hof heeft beoordeeld of de verwerping door werknemers van de nieuwe pensioenregeling onaanvaardbaar is, heeft het dus niet de juiste maatstaf aangelegd. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding.*

IFF is producent van geur- en smaakstoffen. Verweerders 1 t/m 43 zijn vóór 1 januari 2003 in dienst getreden bij IFF. Met ieder van hen is bij de aanvang van het dienstverband

overeengekomen dat geen pensioenpremie verschuldigd is. Met ingang van 1 januari 2003 is in het pensioenreglement een bijdrage van de werknemers in de pensioenpremie opgenomen van 10% van het pensioengevend salaris voor werknemers die op of na 1 januari 2003 in dienst van IFF zijn getreden. Werknemers die in dienst waren van IFF vóór 1 januari 2003, onder wie verweerders 1 t/m 43, zijn uitgezonderd. Onder invloed van gewijzigde fiscale wetgeving is na raadpleging van de ondernemingsraad en de vakbonden een nieuwe pensioenregeling vastgesteld: de Pensioenregeling 2015. De ondernemingsraad van IFF heeft met de invoering van de Pensioenregeling 2015 ingestemd. Onderdeel van de regeling is de introductie van een werknemerspremie met een geleidelijke ingroei van 0% naar 3,5% in zeven jaar voor werknemers die voor 2003 in dienst zijn getreden en geen werknemerspremie betaalden. Op vordering van verweerders 1 t/m 43 heeft de kantonrechter onder andere voor recht verklaard dat de eenzijdige invoering van het werknemersdeel in de pensioenpremie voor verweerders 1 t/m 43 per 1 juli 2015 in strijd is met artikel 19 van de Pensioenwet (Pw) en/of artikel 7:613 BW. Het hof heeft overwogen dat het pensioenreglement geen bevoegdheid van IFF bevat tot eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 19 Pw en artikel 7:613 BW. In deze zaak kan dus niet getoetst worden aan het in die bepalingen genoemde criterium van 'zwaarwichtig belang'. Vervolgens heeft het hof de vraag behandeld of verweerders 1 t/m 43 niettemin als goed werknemer (art. 7:611 BW) gehouden zijn de Pensioenregeling 2015 te aanvaarden. De slotsom van het hof is 'dat de inkomensachteruitgang voor verweerders 1 t/m 43 zodanig is dat hun weigering de Pensioenregeling 2015 op dat onderdeel te aanvaarden niet onaanvaardbaar is'.

Voor gevallen waarin de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen als bedoeld in artikel 7:613 BW, is in de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende aanvaard. De werknemer is in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in welk verband de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. Op grond van de daarin opgenomen verplichting om zich als goed werknemer te gedragen kan van de werknemer onder omstandigheden toch worden gevergd met een dergelijk voorstel in te stemmen. Anders dan het onderdeel aanvoert, geldt deze beoordelingsmaatstaf voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn.

Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door (in r.o. 5.23) te overwegen dat een werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting

zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer (art. 7:611 BW) redelijk op te stellen tegenover een redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van dat voorstel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee een te strenge maatstaf aangelegd.

De klacht slaagt. In zijn arrest *Stoof/Mammoet* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Waar het hof heeft beoordeeld of de verwerping door verweerders 1 t/m 43 van de nieuwe pensioenregeling onaanvaardbaar is, heeft het dus niet de juiste maatstaf aangelegd. Onderdeel 4 richt een motiveringsklacht tegen hetgeen het hof heeft overwogen in r.o. 5.30. Het onderdeel betoogt dat, anders dan het hof heeft overwogen, IFF wel degelijk heeft gesteld dat zij niet aanvullend zal bijdragen aan de pensioenpremies of het op een verlaging van de pensioenaanspraken zal laten aankomen.

Ook deze klacht slaagt. In het licht van de passage in de gedingstukken die wordt aangehaald in de conclusie van de advocaat-generaal onder 4.12, valt zonder nadere motivering niet in te zien op grond waarvan het hof tot het oordeel is gekomen dat IFF niet heeft gesteld dat zij niet aanvullend zal bijdragen of het op een verlaging van pensioenaanspraken zal laten aankomen. Voor zover het hof zijn overweging mede erop heeft gebaseerd dat IFF hangende deze procedure heeft besloten om bij te storten en daaruit heeft afgeleid dat IFF ook in de toekomst tot onverplicht bijstorten bereid zou zijn, is zijn oordeel evenmin begrijpelijk.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 25-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2022:1759

**Zaaknummer:** 21/02118

**Rechters:** M.V. Polak, M.J. Kroeze, T.H. den Tanja-van Broek, C.H. Sieburgh en K. Teuben

**Advocaten:** S.F. Sagel en M.J. van Basten Batenburg

**Wetsartikelen:** 7:611 BW en 7:613 BW