

Door een werkgever 'voorgeschoten'FVP-bijdrage mag niet aan de werkgever worden gerestitueerd na feitelijke betaling van de bijdrage door het FVP ind...

Rb. Amsterdam 27-02-2002, H 98.2498, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum	27 februari 2002
Zaaknummer	H 98.2498
Noot	mr. W.P.M. Thijssen
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht

Essentie

Door een werkgever 'voorgeschoten'FVP-bijdrage mag niet aan de werkgever worden gerestitueerd na feitelijke betaling van de bijdrage door het FVP indien dit niet uitdrukkelijk met de werknemer is overeengekomen.

Samenvatting

Door een werkgever 'voorgeschoten' FVP-bijdrage mag niet aan de werkgever worden gerestitueerd na feitelijke betaling van de bijdrage door het FVP indien dit niet uitdrukkelijk met de werknemer is overeengekomen.

Uitspraak

VONNIS

in de zaak van:

Albertus Jacobus Johannes Boots, wonende te Midden-Beemster, eiser in hoger beroep, procureur mr. M.A.B. Berenschot,

tegen:

1. de naamloze vennootschap Avéro Pensioenverzekeringen NV, gevestigd te Leeuwarden,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Louis Reyners BV, gevestigd te Amsterdam,
3. de stichting Stichting Pensioenfonds Louis Reyners, gevestigd te Amsterdam, gedaagden in hoger

Verder verloop van de procedure

Ter uitvoering van het tussenvonnis van 12 april 2000 hebben Avéro c.s. twee getuigen doen horen onder wie Boots. Vervolgens hebben partijen het resultaat van de bewijslevering besproken in daartoe strekkende conclusies. Avéro c.s. onder overlegging van een produktie. Tenslotte hebben zij wederom vonnis verzocht.

Gronden van de beslissing

1. Bij genoemd tussenvonnis zijn Avéro c.s. toegelaten tot het bewijs dat:

Boots voorafgaand aan het treffen van de afvloeiingsregeling op de hoogte is gebracht van het uitgangspunt van Louis Reyners dat het bedrag van de te ontvangen FVP-bijdrage door de pensioenverzekeraar (het pensioenfonds c.q. Avéro) aan haar zou worden terugbetaald; althans dat: Boots ten tijde van het aangaan van de afvloeiingsregeling heeft geweten dat Louis Reyners met artikel 6 van de afvloeiingsregeling beoogde een zodanig bedrag onder de pensioenverzekeraar te storten dat voor Boots een volledig pensioen, gebaseerd op zijn pensioengevend salaris per datum ontbinding, verzekerd was.

2. De rechter die de getuigen heeft gehoord heeft dit vonnis niet meegewezen aangezien zij niet meer in de civiele sector werkt.

3. Boots heeft als getuige verklaard dat voorafgaand aan het treffen van de afvloeiingsregeling met hem geen woord is gesproken over de FVP-bijdrage en dat hij dat woord niet eens kende.

De getuige Melchers, destijds hoofd personeelszaken van Louis Reyners, heeft verklaard dat hij met Boots nooit over de FVP-bijdrage heeft gesproken.

Boots heeft verder verklaard dat zijn pensioenschade in de afvloeiingsregeling zoveel mogelijk zou worden beperkt, maar dat er geen details zijn genoemd. Over de vraag of toekomstige salarisverhogingen, die hij bij ontslag zou missen, in de afkoop van het pensioen zouden zijn verwerkt is volgens hem niet gesproken. Vervolgens ontving hij de overeenkomst neergelegd in de brief van 14 april 1993. De daarin genoemde bedragen zag hij toen voor het eerst. De brief van Heijnis en Koelman van 29 maart 1993 heeft hij pas anderhalf jaar na het ontslag gekregen van de heer Morsink. Boots heeft verklaard aan niemand advies over de overeenkomst te hebben gevraagd maar te hebben volstaan met de vraag aan Melchers of dit een goede regeling was. Melchers had geantwoord dat voor hem zelf een gelijksoortige regeling was getroffen.

Melchers heeft verklaard niet te weten of hij Boots op de hoogte heeft gesteld van zijn verzoek aan Heijnis en Koelman om een berekening van de afvloeiingsregeling voor hem te maken en of hij Boots, toen deze hem over de overeenkomst van 14 april 1993 aansprak, heeft gezegd dat de berekening door het actuariskantoor Heijnis en Koelman was gedaan. Hij verklaart tenslotte dat Boots hem heeft gevraagd of het een redelijke regeling was en dat hij daarop bevestigend heeft geantwoord omdat de regeling in opzet bijna identiek was aan zijn eigen regeling.

4. Uit deze verklaringen kan het van Avéro verlangde bewijs niet worden geput.

Ten aanzien van het primaire deel van de bewijsopdracht zouden de getuigenverklaringen eerder kunnen bijdragen aan het tegenbewijs. Tot het subsidiair te leveren bewijs van de wetenschap van Boots over wat Louis Reyners met artikel 6 van de afvloeiingsregeling beoogde dragen zij evenmin bij.

5. Avéro c.s. hebben nog wel betoogd dat de beide getuigen Louis Reyners geen warm hart toedragen en dat de getuige Melchers, gelet op de positie die hij in de processtukken in zijn eigen procedure heeft

ingenomen, voor een deel in strijd met de waarheid zou hebben verklaard, maar zelfs als dat zo zou zijn, en hun verklaringen deels buiten beschouwing zouden moeten worden gelaten, dan zou het bewijs nog steeds niet zijn geleverd, aangezien andersluidende getuigenverklaringen ontbreken. De slotsom moet dan ook zijn dat Avéro c.s. niet in de bewijslevering zijn geslaagd.

6. Dit betekent, mede gelet op hetgeen reeds in het tussenvonnissen werd overwogen, dat de derde grief slaagt en dat het bestreden vonnis van de kantonrechter niet in stand kan blijven. De gewijzigde vordering is toewijsbaar zoals hierna is vermeld. Als in het ongelijk gestelde partij worden Avéro c.s. verwezen in de proceskosten.

Beslissing in hoger beroep

De rechtbank:

— vernietigt het op 16 april 1998 onder rolnummer 96-1476 door de kantonrechter te Amsterdam tussen partijen gewezen vonnis en opnieuw beslissende:

— verbiedt Avéro alsnog uitvoering te geven aan artikel 2 lid 2 van de verzekeringsovereenkomst en verbiedt Louis Reyners en het pensioenfonds om ten aanzien van de aanspraken van Boots alsnog uitvoering te geven aan de tussen hen gesloten overeenkomst zulks op straffe van een dwangsom van € 2000 per dag voor iedere dag of gedeelte van een dag dat ieder van hen daarmee na betekening van dit vonnis in gebreke zal zijn, met een maximum van € 40 000;

— veroordeelt Avéro c.s. om een bedrag gelijk aan de op grond van de Bijdrage-regelen FVP 1995 reeds ontvangen c.q. nog te ontvangen FVP-bijdragen binnen dertig dagen na betekening van dit vonnis over te maken naar Avéro ten behoeve van de pensioenopbouw van Boots, dit bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente daarover sedert 13 juli 1998, althans de datum waarop de desbetreffende FVP-bijdrage werd of wordt ontvangen;

— verwijst Avéro c.s. in de kosten van de eerste aanleg, in conventie aan de zijde van Boots begroot op € 761,52;

— verwijst Avéro c.s. in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van Boots begroot op €992,44;

— verklaart de verboden en betalingsveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

— wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Auteur: mr. W.P.M. Thijssen

1. Deze uitspraak betreft de einduitspraak naar aanleiding van het tussenvonnissen van de Rechtbank Amsterdam van 12 april 2000, *PJ* 2002/54, eveneens door mij geannoteerd. Het FVP, partij bij de procedure, heeft er in een brief aan de redactie van *PJ* (terecht) op gewezen dat ik in onderdeel 5 van mijn annotatie bij dat tussenvonnissen enigszins op de zaken vooruitgelopen ben. De rechtbank oordeelde in het tussenvonnissen van 12 april 2000 immers, anders dan ik abusievelijk in mijn annotatie meldde, nog niet dat na ontvangst van de FVP-bijdrage door de pensioenverzekeraar het door de werkgever 'voorgesloten' bedrag zonder meer door de pensioenverzekeraar aan de werkgever mocht worden gerestitueerd. De rechtbank oordeelde in het tussenvonnissen (ik verwijs naar de overwegingen 11 tot en met 14 van de rechtbank) dat dit het geval zou zijn indien de werkgever zou kunnen bewijzen dat ten tijde van (de onderhandelingen over) de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de werknemer

door de werkgever aan de werknemer was medegedeeld dat dit bedrag door de pensioenverzekeraar aan de werkgever zou worden gerestitueerd na de eventuele ontvangst van de FVP-bijdrage door de verzekeraar.

2. In het tussenvonnis kregen de werkgever, het pensioenfonds waarbij de werkgever was aangesloten en de pensioenverzekeraar de opdracht te bewijzen dat deze mededeling aan de werknemer was gedaan.

3. Genoemde partijen lieten, om te voldoen aan de bewijsopdracht, het hoofd personeelszaken van de werkgever horen om het gevraagde bewijs te leveren. Uit het getuigenverhoor volgde echter eerder bewijs voor het tegendeel van de te bewijzen stelling, te weten: dat de werknemer niet was geïnformeerd over het restitueren van de 'voorgeschoten' FVP-bijdrage. Het gevolg was dat de werkgever, het pensioenfonds en de pensioenverzekeraar niet slaagden in het te leveren bewijs. Het eindoordeel betekende dan ook dat de werknemer over de periode waarover recht op FVP-bijdrage bestond 'dubbel' pensioen opbouwde, te weten: op basis van de betaling van de werkgever en de FVP-bijdrage.

4. Essentieel lijkt mij dat indien in het kader van het treffen van een regeling voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk en onmiskenbaar tussen werkgever en werknemer wordt overeengekomen dat de FVP-bijdrage door de werkgever zal worden 'voorgeschoten', maar na de feitelijke ontvangst van de FVP-bijdrage door de pensioenverzekeraar zal worden gerestitueerd, sprake is van een rechtsgeldig beding. Dit is de 'hoofregel' zoals ik die schetste in onderdeel 5 van mijn annotatie bij het tussenvonnis van 12 april 2000. Deze hoofregel (door het FVP aangeduid als het 'subsidiemodel') is inmiddels vastgelegd in art. 19, vijfde lid, Uitvoeringsreglement voortzetting pensioenopbouw bij werkloosheid 1999.

Het 'voorschieten' van de FVP-bijdrage is geoorloofd indien de werknemer die het betreft is 'geïnformeerd over' en 'toestemming heeft gegeven voor' de aanwending van de FVP-bijdrage als 'subsidie'. Verder dient de werkgever die het door hem 'voorgeschoten' bedrag terug wenst te zien indien recht op FVP-bijdrage blijkt te bestaan een zogenaamde nominaliteits-garantie te geven. Deze garantie dient feitelijk in te houden dat de werknemer geen nadeel mag ondervinden van het 'voorschieten' door de werkgever van de te verwachten FVP-bijdrage.

5. In deze zaak had de rechter ook wel aanknopingspunten om de 'hoofregel' te volgen. Het *eerste* aanknopingspunt is dat indien de werkgever, zijn pensioenfonds en de pensioenverzekeraar al niet uitdrukkelijk hebben medegedeeld dat van 'voorschieten' sprake was, dit voor de werknemer redelijkerwijs kenbaar moest zijn omdat het niet voor de hand ligt dat een werkgever in het kader van een afvloeiing over een bepaalde periode 'dubbele' pensioenopbouw toekent. Het *tweede* aanknopingspunt is dat de werkgever die de zaken in het kader van een te treffen afvloeiingsregeling in het kader van 'goed werkgeverschap' voor de werknemer op gunstige wijze wil regelen door de te verwachten FVP-bijdrage 'voor te schieten' met het oog op de mogelijkheid dat geen recht op FVP-bijdrage zal blijken te bestaan en dat risico van de werknemer overneemt, het risico loopt het 'voorgeschoten' bedrag niet uitsluitend kwijt te zijn indien achteraf geen recht op FVP-bijdrage blijkt te bestaan, maar óók indien blijkt dat wel recht op FVP-bijdrage bestaat. De rechter volgde echter niet deze Haviltex-achtige uitleg (uitleg van de afvloeiingsregeling naar hetgeen partijen in redelijkheid van elkaar mochten verwachten), maar de CAO-uitlegmethode (uitleg naar de letter). Voor de verschillende methoden die voor uitleg van een pensioenregeling kunnen worden gehanteerd wijs ik naar de conclusie van de A-G en de noot van Mendel bij het 'Haskoning'-arrest zoals dit is gepubliceerd in de Nederlandse Jurisprudentie (HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258, zie ook PJ 2003/7 m.nt. Lutjens).

6. Voor de praktijk is nog van belang dat in het kader van de berekening van de pensioen-aangroei als

bedoeld in art. 3.127 Wet op de inkomstenbelasting 2001 pensioenaanspraken ontleend aan FVP-bijdragen niet mede in aanmerking behoeven te worden genomen (besluit van 13 augustus 2002, *BNB* 2002/370, *V-N*2002/41.12). Daaruit leid ik af dat van fiscale bovenmatigheid van de pensioenvoorziening voor de werknemer die 'dubbele' pensioenopbouw over de FVP-periode verkrijgt geen sprake zal zijn, indien het door de werkgever betaalde bedrag in het kader van de heffing van inkomstenbelasting door de werknemer als lijfrentepremie wordt opgevoerd. Het door de werkgever betaalde bedrag kwalificeert mijns inziens niet als pensioenpremie voor de toepassing van art. 18 Wet op de loonbelasting 1964. De voortzetting van de pensioenopbouw na einde dienstverband op basis van een FVP-bijdrage of op basis van het subsidiemodel is fiscaal gefaciliteerd (vgl. het besluit van 12 september 1997, DB97/1715M, te vinden in *Pensioenmemo* 2003, blz. 100-101, Deventer: Kluwer). Mij lijkt dat 'dubbele' pensioenopbouw gedurende de FVP-periode niet fiscaal gefaciliteerd is.

7. De uitspraak van de rechtbank betekent voor de praktijk dat het aan werkgevers moet worden ontraden in het kader van een te treffen afvloeiingsregeling de FVP-bijdrage 'voor te schieten' gezien de hiervoor aangeduide risico's. De werkgever loopt slechts dan geen risico, indien aan twee voorwaarden is voldaan. De *eerste* is, gezien het tussenvonnissen en het eindvonnissen in deze zaak, dat uitdrukkelijk wordt 'medegedeeld' dat het 'voorschieten' een betaling onder ontbindende voorwaarde betreft die inhoudt dat de betaling door het pensioenfonds of de pensioenverzekeraar zal worden gerestitueerd indien een FVP-bijdrage wordt ontvangen en de werkgever kan bewijzen dat de werknemer deze mededeling heeft ontvangen. De *tweede*, zwaardere, eis is dat de werknemer moet instemmen met deze ontbindende voorwaarde die aan het 'voorschieten' door de werkgever ten grondslag ligt gezien het bepaalde in art. 19, vijfde lid, Uitvoeringsreglement voortzetting pensioenopbouw bij werkloosheid 1999. Waarom zou een werkgever op dit punt ook maar enig risico op zich nemen?

W.P.M. Thijssen