

## Voorlopig oordeel dat art. 5 Wet Bpf 2000 strikt dient te worden uitgelegd en dat gebruik merknaam bedrijfstakpensioenfonds door verzekeringsmaatscha...

Hof Amsterdam 15-07-2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1714, m.nt. W.P.M. Thijssen

|                |  |
|----------------|--|
| Instantie      | Hof Amsterdam  |
| Datum          | 15 juli 2008   |
| Magistraten    | Groen, Van den Brink, Sijmons  |
| Zaaknummer     | 200003353  |
| Noot           | W.P.M. Thijssen  |
| LJN            | BG1714   |
| Vakgebied(en)  | Verzekeringsrecht / Pensioenrecht<br>Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad<br>Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid |
| Brondocumenten | ECLI:NL:GHAMS:2008:BG1714, Uitspraak, Hof Amsterdam, 15-07-2008;   |
| Wetgeving      | Wet Bpf 2000 art. 5; Hnw art. 5b; BW art. 6:162; Mededingingswet art. 6; EG-Verdrag art. 81                              |

## Essentie

Voorlopig oordeel dat art. 5 Wet Bpf 2000 strikt dient te worden uitgelegd en dat gebruik merknaam bedrijfstakpensioenfonds door verzekeringsmaatschappij na overdracht daarvan niet in strijd is met art. 5 Wet Bpf 2000; dat een en ander niet onrechtmatig is, in het bijzonder dat geen sprake is van misleidende reclame en oneerlijke concurrentie en dat geen sprake is van strijd met art. 5b Hnw. Voldoende spoedeisend belang. Vorderingen tijdig ingesteld. Reciprociteit.

## Samenvatting

*Opvolgend gebruik merknaam bedrijfstakpensioenfonds door verzekeringsmaatschappij niet in strijd met art. 5 Wet Bpf 2000, niet onrechtmatig en niet in strijd met art. 5b Hnw.*

## Partij(en)

### UITSPRAAK

in de zaak van:

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Verbond van Verzekeraars, gevestigd te 's-Gravenhage
2. de naamloze vennootschap Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij NV, (ING Life Insurance NV), gevestigd te Rotterdam,
3. de naamloze vennootschap Delta Lloyd Levensverzekering NV, gevestigd te Amsterdam,
4. de naamloze vennootschap Aegon Levensverzekering NV, gevestigd te 's-Gravenhage,
5. de naamloze vennootschap Fortis ASR Levensverzekering NV, gevestigd te Utrecht,
6. de naamloze vennootschap Reaal Levensverzekeringen NV, gevestigd te Alkmaar,
7. de rechtspersoon naar Zwitsers recht Schweizerische Lebensversicherung und — Rentenanstalt, nevenvestiging Zwitserleven, gevestigd te Amstelveen, en
8. de naamloze vennootschap Generali Levensverzekering Maatschappij NV, gevestigd te Diemen, appellanten, procureur: mr. P.N van Regteren Altena,

tegen:

1. de stichting Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn (voorheen geheten Pensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen), gevestigd te Utrecht,
2. de coöperatie U.A. PGGM Coöperatie U.A., gevestigd te Utrecht,
3. de naamloze vennootschap PGGM NV, gevestigd te Utrecht,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PGGM Vermogensbeheer BV, gevestigd te Utrecht,
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PGGM Advies BV, gevestigd te Utrecht,
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PGGM Fondsenbeheer BV (voorheen geheten Careon Levensloop BV), gevestigd te Zeist,
7. de naamloze vennootschap PGGM Levensverzekeringen NV (voorheen geheten Careon Levensverzekeringen NV), gevestigd te Zeist, en
8. de naamloze vennootschap PGGM Schadeverzekeringen NV (voorheen geheten Careon Schadeverzekeringen NV), gevestigd te Zeist, geïntimeerden, procureur: mr. J.W. Winter.

## Uitspraak

### 1. Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg wordt verwezen naar de inhoud van het vonnis van 13 februari 2008 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Utrecht in kort geding heeft gewezen tussen appellanten (hierna gezamenlijk te noemen: de Verzekeraars) als eisers en geïntimeerden (hierna gezamenlijk te noemen: het Pensioenfonds c.s.) als gedaagden; van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in hoger beroep

#### 2.1

De Verzekeraars hebben bij exploit van 5 maart 2008 aangezegd van voormeld vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van het Pensioenfonds c.s. voor dit hof.

## 2.2

In dit exploit hebben de Verzekeraars tien grieven geformuleerd en toegelicht, verwezen naar een nieuwe productie (nummer 18) en bewijs aangeboden. Zij hebben hun te wijzigen eis toegelicht en vermeld dat deze gewijzigde eis aldus zal luiden:

‘dat het hof bij arrest voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

1. geïntimeerde sub 1 (hierna: het Pensioenfonds) zal gebieden binnen drie dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest er voor zorg te dragen dat enige derde en met name de geïntimeerden sub 2 tot en met 8 (hierna gezamenlijk: PGGM c.s.) de naam ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken, of enige naam waarin ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken is opgenomen, niet zal (zullen) gebruiken, althans, voor zover dergelijk gebruik door een derde reeds is aangevangen, het Pensioenfonds zal gebieden er voor zorg te dragen dat aan dit gebruik op zo kort mogelijke termijn, doch in ieder geval binnen zes weken na betekening van het in deze te wijzen arrest, een einde wordt gemaakt, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000 000 ineens wanneer het Pensioenfonds na betekening aan haar van het arrest geen gehoor geeft, nog te vermeerderen met een dwangsom van € 1 000 000 per dag of gedeelte van een dag dat het Pensioenfonds na betekening aan haar van het arrest aan dit gebod geen gehoor geeft;
2. PGGM c.s. zal gebieden ieder gebruik van de naam ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken, of enige naam waarin ‘PGGM’ of en daarmee overeenstemmend teken is opgenomen, binnen zes weken na betekening van het in deze te wijzen arrest te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000?000 ineens wanneer PGGM c.s. (althans een of meer van hen) na betekening van het arrest [aan dit gebod] geen gehoor geven, nog te vermeerderen met een dwangsom van € 1 000 000 per dag of gedeelte van een dag dat PGGM c.s. (althans een of meer van hen) na betekening aan hen van het arrest aan dit gebod geen gehoor geven;

Subsidiar

3. het Pensioenfonds zal gebieden binnen drie dagen na het in deze te wijzen arrest er voor zorg te dragen dat enige derde en met name PGGM c.s. de naam ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken, of enige naam waarin ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken is opgenomen, niet zal (zullen) gebruiken voor het aanbieden van, daaronder begrepen het verkopen van en adverteren voor, derdepijlerproducten, althans, voor zover dergelijk gebruik door een derde reeds is aangevangen, het Pensioenfonds zal gebieden er voor zorg te dragen dat aan dit gebruik op zo kort mogelijke termijn, doch in ieder geval binnen twee weken na betekening van het in deze te wijzen arrest, een einde wordt gemaakt, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000 000 ineens wanneer het Pensioenfonds na betekening aan het Pensioenfonds van het arrest [aan dit gebod] geen gehoor geeft, nog te vermeerderen met een dwangsom van € 1 000 000 per dag of gedeelte van een dag dat het Pensioenfonds na betekening aan het Pensioenfonds van het arrest aan dit gebod geen gehoor geeft;
4. PGGM c.s. zal gebieden ieder gebruik van de naam ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken, of enige naam waarin ‘PGGM’ of een daarmee overeenstemmend teken is opgenomen, voor het aanbieden van, daaronder begrepen het verkopen van en

adverteren voor, derdepijlerproducten, binnen twee weken na betekening aan hen van het in deze te wijzen arrest te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000 000 ineens wanneer PGGM c.s. (althans een of meer van hen) na betekening aan hen van het in deze te wijzen arrest [aan dit gebod] geen gehoor geven, nog te vermeederen met een dwangsom van € 1 000 000 per dag of gedeelte van een dag dat het PGGM c.s. na betekening aan hen van het arrest aan dit gebod geen gehoor geven;

Primair en subsidiair

5. het Pensioenfonds c.s. zal gebieden binnen drie dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest iedere vorm van misleidende reclame zoals beschreven in het lichaam van de inleidende en de appeldagvaarding te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder te staken en gestaakt te houden het gebruik van de naam PGGM in het kader van het adviseren over, aanbieden, adverteren, verkopen en anderszins vermarkten van derdepijlerproducten, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25 000 000 ineens wanneer het Pensioenfonds c.s. (althans een of meer van hen) na betekening aan hen van het in deze te wijzen arrest [aan dit gebod] geen gehoor geven, nog te vermeederen met een dwangsom van € 1 000 000 per dag of gedeelte van een dag dat het Pensioenfonds c.s. (althans een of meer van hen) na betekening van het arrest aan dit gebod geen gehoor geven.'

Aan het slot van dit exploit hebben de Verzekeraars aangekondigd op de dienende te zullen concluderen dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en dat het hof, opnieuw rechtdoende, bij arrest — voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad — de inleidende vorderingen van de Verzekeraars met inbegrip van voornoemde wijzigingen van eis alsnog zal toewijzen, alsmede het Pensioenfonds c.s. zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties.

## 2.3

De zaak is aangebracht op de rolzitting van 18 maart 2008. De Verzekeraars hebben op die rolzitting mondeling geconcludeerd voor eis overeenkomstig de inhoud van het exploit en voornoemde productie in het geding gebracht.

## 2.4

Bij memorie van antwoord hebben het Pensioenfonds c.s. verweer gevoerd, bewijs aangeboden, enige nieuwe producties (nummer 14 tot en met 16) in het geding gebracht, en geconcludeerd dat het hof bij arrest voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal bekrachtigen, zo nodig onder verbetering van gronden, althans alle vorderingen van de Verzekeraars zal afwijzen, en de Verzekeraars zal veroordelen in de kosten van de procedure in hoger beroep.

## 2.5

Ter zitting van 5 juni 2008 hebben partijen de zaak doen bepleiten, de Verzekeraars door mr. R.J.G. Veugelers en mr. W.J.H. Leppink, beiden advocaat te Rotterdam, en het Pensioenfonds c.s. door prof. mr. J.W. Winter en mr. V.-P. Aarts, beiden advocaat te Amsterdam; van beide zijden zijn pleitaantekeningen in het geding gebracht. Aan de Verzekeraars is akte verleend van het in het geding brengen van de (nieuwe) producties 19 tot en met 29; aan het Pensioenfonds c.s. van de (nieuwe) producties 17 en 18.

## 2.6

Vervolgens hebben partijen de procesdossiers overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

### 3. De vaststaande feiten

#### 3.1

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 feiten vastgesteld. Tegen de onder 2.1 en 2.2 (behoudens de zin met het derde aandachtsstreepje) vermelde feiten zijn geen grieven gericht of bezwaren aangevoerd, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. De vraag of terecht grieven en bezwaren zijn opgeworpen tegen de overige feiten die de voorzieningenrechter heeft vastgesteld, zal hierna — voor zover nodig — bij de behandeling van de grieven aan de orde komen.

#### 3.2

Voorts staat in hoger beroep als nieuw feit vast dat de Nederlandse Bank (DNB) op 19mei 2008 een beslissing heeft genomen op het bezwaar van de Verzekeraars tegen het besluit van DNB van 28 januari 2008. Dit besluit betrof de afwijzing door DNB van hun verzoeken om handhaving van artikel 5 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) d.d. 12 december 2007 en 10 januari 2008.

De beslissing houdt in dat DNB het bezwaar ongegrond heeft verklaard en haar primaire besluit van 28 januari 2008 heeft gehandhaafd.

### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

#### 4.1

De door de Verzekeraars in hoger beroep in kort geding gevorderde voorlopige maatregelen betreffen, kort weergegeven, een gebod aan het Pensioenfonds om er voor zorg te dragen dat PGGM c.s. de naam PGGM niet (verder) zullen gebruiken, in elk geval voor het aanbieden van derdepijlerproducten, en een gebod aan PGGM c.s. om het gebruik van die naam te staken, in elk geval voor het aanbieden van voornoemde producten, alsmede een gebod aan Pensioenfonds c.s. om iedere vorm van misleidende reclame te staken, meer in het bijzonder het gebruik van de naam PGGM bij het vermarkten van deze producten.

#### 4.2

Het hof stelt met betrekking tot de gevorderde ordemaatregelen het volgende voorop. Deze zijn pas toewijsbaar als voorshands voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter over de kernvraag van het geschil tot een gelijk (in kort geding tot die maatregelen aanleiding gevend) oordeel zal komen als de rechter in kort geding. Voorts dienen onomkeerbare situaties zoveel mogelijk te worden vermeden en dient bovendien belangenafweging plaats te vinden. Ook moet een spoedeisend belang bij de vordering aanwezig zijn.

In deze zaak is de kernvraag of sprake is van — op diverse wijzen — onrechtmatig handelen van Pensioenfonds c.s., doordat Pensioenfonds de naam PGGM en de daarmee verband houdende merkrechten (op 1 januari 2008) heeft overgedragen aan PGGM NV — waarbij PGGM NV gelijktijdig aan PGGM Coöperatie U.A. en de overige geïntimeerden licentie heeft gegeven om deze naam te

gebruiken — en doordat geïntimeerden sub 5 tot en met 8 thans van deze naam gebruik maken voor het aanbieden van derdepijlerproducten.

### 4.3

De grieven leiden tot de volgende beoordeling.

### 4.4

Voorzover de eerste grief, die het bestreden vonnis in zijn geheel betreft, ook is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat een zogenaamd volgtijdig gebruik van de naam PGGM wel is toegestaan, zal deze aan de orde komen bij de behandeling van de vijfde grief.

### 4.5

De tweede grief betreft uitsluitend de vraag of de feiten over de naams- en merkenoverdracht en de geïntimeerden die derdepijlerproducten aanbieden, juist zijn weergegeven in het bestreden vonnis. De hierop bij memorie van antwoord gegeven toelichting van het Pensioenfonds c.s. is niet meer bestreden door de Verzekeraars, zodat van de juistheid daarvan wordt uitgegaan, zoals reeds is geschied bij de weergave van deze feiten hierboven in onderdeel 4.2, laatste alinea. De gedeeltelijk gegronde grief behoeft verder geen behandeling.

### 4.6

Anders dan het Pensioenfonds c.s. aanvoeren, is het hof van oordeel dat de Verzekeraars voldoende voortvarend te werk zijn gegaan bij het instellen van hun vorderingen in eerste aanleg. Niet voldoende gemotiveerd bestreden is dat pas tijdens een bespreking op 15 oktober 2007 aan hen duidelijk is geworden dat de naam PGGM voor het aanbieden van derdepijlerproducten gebruikt zou gaan worden. Bij brief van 6 november 2007 hebben zij onder meer daarop een uitgebreide reactie gegeven, met het verzoek om antwoord. Toen zij dit antwoord na ontvangst van brieven van 14 november 2007 en 3 december 2007 van het Pensioenfonds c.s., niet bevredigend vonden, is een sommatie uitgegaan op 12 december 2007 en vervolgens is op 21 december 2007 de dagvaarding in eerste aanleg uitgebracht. Het hof acht voorts voldoende aannemelijk dat het gestelde spoedeisend belang, dat inhoudt dat de Verzekeraars door bedoeld onrechtmatig handelen van Pensioenfonds c.s. aanzienlijke schade lijden en zullen lijden, ook thans nog aanwezig is. De derde grief, die is gericht tegen de in dit verband in het bestreden vonnis gegeven weergave van de bezwaren van de Verzekeraars, is gezien dit oordeel van het hof niet meer van belang.

### 4.7

De vijfde grief betreft de vraag hoe artikel 5 Wet BPF 2000 moet worden uitgelegd. De Verzekeraars stellen zich — kort gezegd — op het standpunt dat de ratio van deze bepaling — het voorkomen van oneerlijke concurrentie — meebrengt dat opvolgend gebruik van de naam PGGM door een ander lichaam dan het bedrijfstakpensioenfonds dat die naam oorspronkelijk droeg, niet is toegestaan en dat het niet juist is, zoals het Pensioenfonds c.s. doen, deze bepaling slechts tekstueel te interpreteren. Op basis van de tekstuele interpretatie zou slechts gelijktijdig gebruik van of gelijktijdig associatie wekken met de naam van het bedrijfstakpensioenfonds door derden verboden zijn.

Het bewuste wetsartikel luidt als volgt:



Het bedrijfstakpensioenfonds draagt er zorg voor dat in het economisch verkeer geen ander lichaam gebruik maakt van een naam of het merk dat door het bedrijfstakpensioenfonds wordt gebruikt, dan wel gebruikt maakt van een naam, merk of daarmee overeenstemmend teken indien door dat gebruik de mogelijkheid bestaat dat bij het publiek een associatie wordt gewekt tussen de naam of het merk van het bedrijfstakpensioenfonds en de naam, het merk of het teken dat het lichaam gebruikt.

#### 4.8

Het hof overweegt in dit verband het volgende.

Tussen partijen is niet in geschil dat de artikelen 5 t/m 7 van de Wet Bpf 2000 marktordeningsbepalingen zijn en dat het op grond van artikel 5 in elk geval niet is toegestaan dat de naam van het bedrijfstakpensioenfonds gelijktijdig ook door een ander lichaam wordt gebruikt. Dit laatste volgt — ook naar het oordeel van het hof — zonder meer uit de tekst van deze bepaling. Het zelfde geldt voor het gelijktijdig associatie wekken met de naam van het fonds.

De vraag is vervolgens of tekstuele interpretatie van deze bepaling meebrengt dat opvolgend gebruik van de naam of opvolgend daarmee associatie wekken op grond van deze bepaling eveneens is verboden.

Het hof is van oordeel dat dit niet het geval is. Veeleer moet op basis van de letterlijke bewoordingen van dit artikel worden aangenomen dat daarmee uitsluitend bepaald wordt dat, naast een verbod op het gelijktijdig gebruik maken van dezelfde naam en hetzelfde merk door een ander lichaam, ook het gelijktijdig gebruik maken van een andere naam, of ander merk of teken waardoor een associatie wordt gewekt met de naam of het merk van het bedrijfstakpensioenfonds, is verboden.

#### 4.9

De vraag is dan of deze bepaling zo ruim dient te worden uitgelegd dat in verband met de ratio van deze bepaling in dit kort geding moet worden aangenomen dat ook een opvolgend gebruik van de naam door een ander lichaam op die grond verboden is.

De Verzekeraars wijzen in dit verband onder meer op de memorie van toelichting bij de wijziging van artikel 5 Wet Bpf 2000 (productie 9 van de Verzekeraars in eerste aanleg), naar een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 april 2007 in een geschil tussen Loyalis en DNB en naar een brief van DNB van 20 november 2006 aan de bedrijfstakpensioenfondsen.

Het hof is echter voorshands van oordeel dat — hoewel niet valt uit te sluiten dat de bodemrechter mogelijk tot een andere interpretatie komt over de reikwijdte van artikel 5 Wet Bpf 2000 en oordeelt dat door opvolgend gebruik van de naam sprake is van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel — op grond van deze gegevens of anderszins niet onmiskenbaar duidelijk is dat het standpunt van de Verzekeraars over de interpretatie van artikel 5 juist is. Veeleer lijkt het er bij de bovengenoemde voorbeelden juist om te gaan te voorkomen of te verbieden dat gelijktijdig gebruik wordt gemaakt van of gelijktijdig associatie wordt gewekt met de naam van het bedrijfstakpensioenfonds.

Zo wordt in de memorie van toelichting aangegeven (op pagina 7) dat door de bewuste bepaling 'het gebruik van de naam van het bedrijfstakpensioenfonds alleen mogelijk wordt door het bedrijfstakpensioenfonds zelf, tenzij er van enig associatiegevaar geen sprake is.'

Voorts heeft het standpunt van DNB tot heden toe nog geen aanleiding gegeven voor het opleggen van boetes aan het Pensioenfonds c.s. wegens overtreding van deze bepaling, anders dan is geschied in de zaak tussen Loyalis en DNB.

De stelling van de Verzekeraars dat artikel 5 Wet Bpf 2000 ruim moet worden uitgelegd, omdat het

begrip overeenkomst in artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-verdrag ook ruim moet worden uitgelegd, gaat niet op. De hier aan de orde zijnde vraag betreft het geoorloofd zijn van het overdragen en het opvolgend gebruik van de naam en deze gedragingen vallen, voorshands geoordeeld, buiten de strekking van laatstgenoemde bepalingen.

Ook het gegeven dat het rapport van de Werkgroep markt en overheid een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van artikel 5 Wet Bpf 2000, leidt er niet toe dat aan deze verbodsbepaling een andere strekking kan worden verbonden dan in het voorgaande is aangenomen. Dat artikel 5 Wet Bpf 2000 een zorgplicht formuleert, betekent evenmin dat op het pensioenfonds een verplichting rust die verder gaat dan wat door dit artikel (met zoveel woorden) wordt verboden. In het verlengde daarvan kan ook niet zonder meer worden aanvaard dat passages uit de parlementaire geschiedenis die duiden op een verderstreckende bedoeling van de wetgever, reeds impliceren dat een dergelijke verbodsbepaling meer handelingen verbiedt dan uit de bewoordingen daarvan kan worden afgeleid.

#### 4.10

Ten slotte verdient vermelding dat in een brief van de Directeur-Generaal van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 oktober 2007 het volgende is vermeld (productie 12 van de Verzekeraars in eerste aanleg):

‘Onderwerp: Consultatiedocument aanpassing Wet Bpf 2000 (...)

Wijziging van artikel 5 Wet Bpf 2000

In de brief van 29 mei j.l. is aangegeven dat een aanpassing van artikel 5 Wet Bpf 2000 wenselijk is vanuit het belang van het individu om goed geïnformeerd te kunnen worden over aanvullende producten. (...) Het huidige artikel 5 van de Wet Bpf 2000 verbiedt het derden immers gebruik te maken van naam of (beeld)merk van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Aanbieders van aanvullende producten kunnen in het geval er sprake is van deelname in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds daardoor geen melding maken van het feit dat het betreffende product een aanvulling kan vormen op de pensioenregeling zoals die is ondergebracht bij het betreffende bedrijfstakpensioenfonds. Het noemen van de naam van het verplicht gesteld bedrijfstakpensioen is — ook in die context — verboden.

Met dit verbod belemmert de wetgeving de informatievoorziening richting de deelnemers in verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Het is daarom de bedoeling artikel 5 van de Wet Bpf 2000 zodanig aan te passen dat het mogelijk wordt dat aanbieders van producten de naam van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gebruiken, zij het uitsluitend als verwijzing naar een pensioenregeling die bij het betreffende fonds is ondergebracht. (...).

Tot slot zal in de wet expliciet worden vastgelegd onder welke stringente voorwaarden een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds zijn naam mag overdragen aan een ander lichaam.(...).’

Op grond van deze laatste volzin neemt het hof voorshands aan dat ook de wetgever ervan uitgaat dat die overdracht — waardoor uiteraard opvolgend gebruik van de naam mogelijk is — thans niet is verboden, doch dat nog niet expliciet is geregeld onder welke voorwaarden dit mogelijk is.

Dit alles leidt er toe dat de vijfde grief geen doel treft en dat er bij de beoordeling van wordt uitgegaan dat opvolgend gebruik van de naam niet in strijd is met genoemde bepaling.

#### 4.11

De Verzekeraars hebben nog aangevoerd dat het Pensioenfonds ook in strijd heeft gehandeld met de letterlijke tekst van artikel 5 Wet Bpf 2000, doordat het fonds einde 2007 onder de naam PGGM de



overeenkomst heeft besproken en gesloten betreffende de overdracht van de naam en de onderneming aan het huidige PGGM c.s.

Het hof verwerpt deze stelling, nu zoals reeds is overwogen, overdracht van die naam mogelijk wordt geacht. Dit betekent dan dat besprekingen en overeenkomsten met dit doel eveneens mogelijk moeten zijn. Bovendien gaat het hier niet om (gelijktijdig) gebruik van de handelsnaam in het economisch verkeer, nu bij het aangaan van die transactie geen gebruik van de naam is gemaakt op een voor het publiek kenbare wijze.

Ook de stelling dat een (voormalig) rechthebbende op een handelsnaam na het staken van het gebruik daarvan rechten daarop kan doen gelden tegen nieuwe gebruikers daarvan (het zogenaamde na-ijl-effect, dat met zich zou brengen dat toch sprake is van gelijktijdig gebruik) kan de Verzekeraars niet baten, nu in het onderhavige geval het feitelijk gebruik van die naam niet is gestaakt maar het recht daarop is overgedragen, waarbij — behoudens bijzondere omstandigheden, die niet zijn gebleken — moet worden aangenomen dat tot de overgedragen rechten juist ook de rechten uit hoofde van dit (voormalig) gebruik behoren.

#### 4.12

De stelling van de Verzekeraars dat het gebruik van de handelsnaam PGGM door PGGM c.s. misleidende reclame inhoudt, nu deze handelsnaam wordt gebruikt voor het aanbieden van derdepijlerproducten, terwijl het publiek die naam kent als de naam van een bedrijfstakpensioenfonds dat dergelijke producten niet mocht aanbieden, wordt eveneens verworpen.

Gezien het bovenstaande wordt voorshands aangenomen dat die naam na de overdracht door PGGM c.s. mag worden gebruikt. Gesteld noch gebleken is dat PGGM c.s. gebonden zijn aan enige beperking bij het gebruik van die naam, met name niet ten aanzien van de (derdepijler)producten die zij onder die naam aanbieden. Dat het aan het pensioenfonds toen het nog die naam droeg, niet was toegestaan derdepijlerproducten onder die naam aan te bieden, kan daaraan niet afdoen. Gelet ook op hetgeen hierna onder 4.14 en 4.15 nog wordt overwogen, faalt ook de negende grief.

#### 4.13

De Verzekeraars hebben hun vorderingen mede gebaseerd op onrechtmatig handelen in het algemeen, doordat het gebruik van de door het Pensioenfonds aan PGGM NV overgedragen naam PGGM door PGGM c.s., met name door de uitvoeringsorganisatie, oneerlijke concurrentie op de vrije markt zou betekenen. Dit gezien de grote bekendheid van deze naam door het jarenlange wettelijke monopolie van het Pensioenfonds en het aura van betrouwbaarheid en jarenlange ervaring dat aan die naam is verbonden.

Het Pensioenfonds heeft aangevoerd dat het in dit verband zorgvuldig te werk is gegaan, met name doordat de betrokken toezichthouders vanaf 2006 op de hoogte zijn gehouden van zijn plannen, meer in het bijzonder DNB, het Ministerie van SZW en de Nma. Verder hebben PGGM c.s., naar zij stellen, een marktconforme prijs aan goodwill, verbonden aan de naam, betaald. Deze prijs is met behulp van Ernst & Young tot stand gekomen. Deloitte heeft een z.g. fairness opinion over het bereikte onderhandelingsresultaat afgegeven, terwijl voorts sprake is van toezicht van DNB en de belastingdienst op de vaststelling van de koopprijs.

De Verzekeraars hebben tegenover dit gemotiveerde verweer van het Pensioenfonds c.s. bij gebrek aan wetenschap bestreden dat sprake is geweest van een faire prijs, en handhaven dat in elk geval sprake blijft van een situatie waarin door de overdracht van de naam een oneerlijk concurrentievoordeel blijft

bestaan.

Het hof is van oordeel dat bij gebreke van nadere concrete onderbouwing door de Verzekeraars in dit kort geding voorshands moet worden aangenomen dat geen sprake is van bedoeld afzonderlijk onrechtmatig handelen van het Pensioenfonds c.s. De grieven zes en zeven slagen daarom niet. In dat verband is nog van belang dat in het voorgaande de voorlopige conclusie is bereikt dat de specifieke wettelijke bepaling (artikel 5 Wet Bpf 2000) die oneerlijke concurrentie in de door de Verzekeraars bedoelde zin moet tegengaan, niet is geschonden. Afgezien van de — door die bepaling verboden — gedragingen, moet worden aangenomen dat het de betrokken marktpartijen in beginsel vrijstaat in hun onderlinge concurrentiestrijd te trachten hun producten op een zo gunstig mogelijke wijze aan een zo groot mogelijk publiek te presenteren. Dat wordt juist niet anders op grond van de in de context van grief zes gepresenteerde stelling dat de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 5 Wet Bpf 2000 oneerlijk concurrentievoordeel wilde tegengaan, nu die bedoeling ervoor pleit dat niet zozeer het algemene beoordelingskader van artikel 6:162 BW, maar veeleer dat van artikel 5 Wet Bpf 2000 op het voorliggende geval moet worden toegepast.

#### 4.14

Ook de achtste grief treft geen doel, nu ook daarbij weer bezwaar wordt gemaakt tegen de bevoorrechte positie die PGGM c.s. volgens de Verzekeraars hebben, in dit geval door het gebruik van de overgedragen naam PGGM bij het benaderen van de bij het Pensioenfond aangesloten personen. Ook op die wijze zou sprake zijn van oneerlijke concurrentie.

De Verzekeraars hebben in dit verband gesteld dat voor veel werknemers in de zorgsector niet duidelijk is dat het nieuwe PGGM niet het oude bedrijfstakpensioenfonds is dat die naam had, maar een nieuw bedrijf dat het oogmerk heeft commerciële verzekeringsproducten te verkopen, terwijl ook de uitvoeringsorganisatie onder die naam optreedt, en dat de werknemers de website met de naam PGGM bezoeken omdat hier ook informatie over de uitvoering van hun pensioenregeling is te vinden. Het hof overweegt dat met betrekking tot het opvolgend gebruik van deze naam op zichzelf geldt wat hierboven reeds is overwogen, dus dat aangenomen wordt dat dit is toegestaan.

Voorts is het verweer van het Pensioenfonds c.s. dat niet vrijelijk gebruik wordt gemaakt van de gegevens van de personen die bij het Pensioenfonds zijn aangesloten — hetgeen door artikel 6 wet Bpf 2000 is verboden — niet voldoende gemotiveerd bestreden. Met name is niet bestreden dat een aangesloten werknemer bij een bezoek aan de website wordt uitgenodigd lid te worden van PGGM en daarbij een machtiging te geven aan het Pensioenfonds voor het verstrekken van de gegevens aan PGGM c.s. Dat die machtiging aanvankelijk op de website al aangevinkt was, neemt niet weg dat de bedoeling van dit verzoek en de machtiging duidelijk was en is.

#### 4.15

Door middel van de tiende grief voeren de Verzekeraars aan dat PGGM c.s. door PGGM als handelsnaam te hanteren en zich daarbij ineens wel bezig te houden met de exploitatie van commerciële verzekeringsproducten, in tegenstelling tot wat de consument gewend is, het publiek misleidt. Bovendien zou het publiek door de naam PGGM (een afkorting waarin de letter P staat voor pensioenfonds), terwijl in feite geen sprake is van een Pensioenfonds, worden misleid, in strijd met artikel 5b van de Handelsnaamwet.

Het hof is voorshands van oordeel dat van bedoelde misleiding geen sprake is.

Vaststaat dat het oude PGGM de splitsing tussen het bedrijfstakpensioenfonds en de

uitvoeringsorganisatie en de naamsoverdracht, alsmede de naamswijziging van het fonds uitvoerig onder de aandacht van het publiek hebben gebracht, onder meer bij brief van 30 december 2007 (productie 6 in eerste aanleg) aan deelnemers, werkgevers, leveranciers en andere relaties. Ook door middel van een advertentiecampagne in de dagbladen en via de website is dit duidelijk gemaakt (zie producties 6, 8, 10 en 11 eerste aanleg).

#### 4.16

Nu reeds op grond van het bovenstaande geen aanleiding bestaat voor toewijzing van het primair en subsidiair gevorderde, kan ook een belangenafweging niet tot een ander oordeel leiden. De vierde grief, waarmee de Verzekeraars bezwaar maken tegen de omstandigheid dat de voorzieningenrechter zich terughoudend heeft opgesteld bij de beoordeling en hun belangen niet voldoende in ogenschouw zou hebben genomen, behoeft geen behandeling meer.

#### 4.17

De conclusie is dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd en dat het in hoger beroep meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. De Verzekeraars zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in hoger beroep worden veroordeeld.

### 5. De beslissing

Het hof, rechtdoende in kort geding in hoger beroep:  
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep,  
veroordeelt appellanten in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van PGGM c.s. begroot op € 303 voor verschotten en op € 3474 voor salaris procureur,  
verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,  
wijst af het meer of anders gevorderde.

## Noot

**Auteur:** W.P.M. Thijssen

### Aantekening

1

Vóór 2008 hield het PGGM de aandelen van een drietal vennootschappen die zogenaamde derdepijlerproducten (respectievelijk levensloopregelingen, levensverzekeringen en schadeverzekeringen) aanboden en uitvoerden. Deze vennootschappen opereerden onder de handelsnaam Careon. Met ingang van 1 januari 2008 verkocht PGGM de eigen uitvoeringsorganisatie en de merknaam PGGM aan een coöperatie en droeg PGGM tevens de aandelen in de drie Careon-vennootschappen op basis van een overeenkomst strekkende tot verkoop en levering van die aandelen over aan deze coöperatie. Tevens veranderde PGGM de eigen naam in PFZW. De coöperatie en de

drie Careon-vennootschappen veranderden hun naam vervolgens in die zin dat daarin de letters 'PGGM' voorkwamen.

## 2

PFZW is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds als bedoeld in art. 1, aanhef en onderdeel f Wet Bpf 2000. De vroegere Careon-vennootschappen (sinds 1 januari 2008 PGGM-vennootschappen) zijn op commerciële basis werkzaam. Het doel van de naamsoverdracht ligt voor de hand: De Careon-vennootschappen beoogden de merknaam PGGM acquisitief in te zetten. Het Verbond van Verzekeraars en een aantal commerciële verzekeraars beoogden aan het commerciële gebruik van de naam PGGM door de Careon-vennootschappen een einde te maken. Zij kozen een voorlopige voorziening te vorderen, globaal weergegeven inhoudende dat de vroegere Careon-vennootschappen de naam PGGM niet (meer) op de beoogde wijze zouden mogen gebruiken. De vraag die centraal stond was of het op deze wijze 'teren op andermans roem' was toegestaan.

## 3

Het hof gaf in dit kader een voorlopig oordeel over de navolgende rechtsvragen: was sprake van schending van art. 5 Wet Bpf 2000, was sprake van misleidende reclame of oneerlijke concurrentie zodat het gebruik van de merknaam PGGM door de vroegere Careon-vennootschappen onrechtmatig was ten opzichte van verzekeringsmaatschappijen, was sprake van strijd met art. 5b Handelsnaamwet. Daarnaast oordeelde het hof over de procesrechtelijke vragen of de verzekeringsmaatschappijen hun vorderingen tijdig hadden ingesteld, of sprake was van een voldoende spoedeisend belang. Ook werd een overweging aan het reciprociteitsbeginsel gewijd.

## 4

Was sprake van schending van art. 5 Wet Bpf 2000? In het oorspronkelijk voorstel voor dat artikel was bepaald dat een bedrijfstakpensioenfonds niet dezelfde naam, hetzelfde handelsmerk of hetzelfde beeldmerk mocht gebruiken dat werd gebruikt door een rechtspersoon waarin het bedrijfstakpensioenfonds grootaandeelhouder was. Van grootaandeelhouderschap was sprake indien het bedrijfstakpensioenfonds zoveel aandelen in de rechtspersoon hield, dat die meer dan 30% van het geplaatste kapitaal van die rechtspersoon vertegenwoordigden. Hierna beperk ik mij tot het gebruik van de naam door anderen. Ook verbood art. 5 Wet Bpf 2000 een bedrijfstakpensioenfonds een naam te gebruiken die een dermate sterke gelijkenis vertoonde met de naam van een rechtspersoon als hiervoor bedoeld, dat de deelnemers aan het bedrijfstakpensioenfonds redelijkerwijs de indruk zouden kunnen krijgen dat het bedrijfstakpensioenfonds feitelijk dezelfde rechtspersoon zou zijn als de rechtspersoon waarvan het bedrijfstakpensioenfonds grootaandeelhouder was. Art. 5 Wet Bpf 2000 richtte zich tot bedrijfstakpensioenfondsen, omdat de Wet Bpf 2000 nu eenmaal bedrijfstakpensioenfondsen betreft en geen verzekeringsmaatschappijen (bij de hiervoor bedoelde rechtspersonen moet worden gedacht aan verzekeringsmaatschappijen opgericht door bedrijfstakpensioenfondsen waarvan de aandelen door het bedrijfstakpensioenfonds worden gehouden of waarmee het bedrijfstakpensioenfonds anderszins is gelieerd, hierna aangeduid als captives). De gedachte was kennelijk dat indien een captive van een bedrijfstakpensioenfonds de naam van het bedrijfstakpensioenfonds zou gaan gebruiken, het bedrijfstakpensioenfonds de eigen naam zou moeten wijzigen. Zie het aanvankelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr.*

1–2, p. 3 en de toelichting onder hetzelfde kamerstuknummer, nr. 3, p. 16–17). Er was ook voorzien in overgangsrecht: indien de door het voorgestelde art. 5 Wet Bpf 2000 bestreden situatie zich reeds voor de inwerkingtreding van dat artikel zou voordoen, werd het bedrijfstakpensioenfonds één jaar gegund om de naam aan te passen (*Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 1–2, p. 13 en nr. 3, p. 23). De Raad van State had in zijn advies al geconstateerd dat het aldus geformuleerde art. 5 geen andere samenwerkingsverbanden dan die via aandelenbezit bestreek (*Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, A, p. 4). In het kader van de behandeling van art. 5 Wet Bpf 2000 in de Tweede Kamer was gevraagd of de voorgestelde regeling ook de situatie bestreek waarin een bedrijfstakpensioenfonds certificaten van aandelen van een verzekeringsmaatschappij hield. Om ook deze situatie onder de werkingssfeer van het artikel te brengen, werd het artikel aangepast (*Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 5, p. 12; nr. 6, p. 26 en de nota van wijziging, *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 10).

## 5

Art. 5 Wet Bpf zou op 1 januari 2002 in werking treden. Omdat inmiddels was geconstateerd dat de regeling niet zou verhinderen dat de naam van een bedrijfstakpensioenfonds in licentie aan een captive zou worden verstrekt (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 897, nr. 3, p. 7), werd het artikel gewijzigd (art. IX Verzamelwet SZW-wetten 2001; wijziging van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 897, nr. 1–2, p. 4). De wetgever koos voor een systeemwijziging: in plaats van het bedrijfstakpensioenfonds te dwingen de eigen naam te wijzigen indien een captive dezelfde naam zou gaan gebruiken, werd gekozen voor het systeem dat een bedrijfstakpensioenfonds zorg diende te dragen dat anderen de naam van het bedrijfstakpensioenfonds niet zouden gaan gebruiken indien daardoor bij het publiek een associatie zou kunnen worden gewekt tussen de naam van het bedrijfstakpensioenfonds en die van die ander (in de praktijk een captive). Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer werd gevraagd of deze nieuwe opzet betekende dat een pensioenfonds actieve controle zou moeten uitvoeren (*Kamerstukken II 2001/02*, 27 897, nr. 4, p. 4). Het antwoord op die vraag luidde dat de voorgestelde wijziging van art. 5 Wet Bpf 2000 geen wijziging van de oorspronkelijke bedoeling inhield, maar een aanscherping om de bedoeling beter te realiseren. Met de systeemwijziging werd aansluiting gezocht met het merkenrecht. In het merkenrecht is het namelijk gebruikelijk dat degene die zijn naam beschermd heeft, reageert indien andere partijen in de markt de beschermende naam gaan gebruiken. Een bedrijfstakpensioenfonds dat niet reageert indien een ander de naam van het bedrijfstakpensioenfonds gebruikt en daarmee een onder art. 5 Wet Bpf 2000 verboden toestand laat voortbestaan, kan worden geconfronteerd met bestuursdwang door DNB (*Kamerstukken II 2001/02*, 27 897, nr. 5, p. 10).

## 6

Het is het gewijzigde art. 5 Wet Bpf 2000 dat in het arrest van het hof centraal stond. Artikel 5 Wet Bpf 2000 verbiedt, zo blijkt onmiskenbaar uit de tekst, *gelijktijdig* gebruik van dezelfde of een soortgelijke naam als de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door anderen. De constructie waarvoor PGGM had gekozen, hield echter in dat de naam PGGM *opvolgend* door de captive van PFZW (het vroegere PGGM) werd gebruikt. Het Hof oordeelde dat naar voorshands aannemelijk was opvolgend gebruik niet

door de tekst van art. 5 Wet Bpf 2000 werd bestreken (overwegingen 4.7 tot en met 4.10). Indien het Hof op basis van de mogelijke bedoeling van de wetgever de reikwijdte van art. 5 Wet Bpf 2000 zou oprekken in die zin dat daar ook opvolgend gebruik van een naam onder zou vallen, zou de gehele operatie die door PGGM was uitgevoerd moeten worden teruggedraaid, terwijl de bodemrechter mogelijk uiteindelijk toch zou oordelen dat opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door een captive zou zijn toegestaan (vgl. overweging 4.2 en overweging 4.6 van het vonnis van de Pres. Rb. Utrecht van 13 februari 2008, *PJ* 2008/33). Hoewel het hof uitdrukkelijk overwoog dat niet viel uit te sluiten dat de bodemrechter de reikwijdte van art. 5 Wet Bpf 2000 mogelijk wel zou uitstrekken over opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds (zie overweging 4.9), liet het hof de bestaande situatie in stand, mede in het licht van het reciprociteitsbeginsel (zie overweging 4.2). Het hof gaf de volgende argumenten om tot het oordeel te komen dat voorshands diende te worden aangenomen dat opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds was toegestaan: art. 5 Wet Bpf 2000 lijkt uitsluitend de situatie van gelijktijdig gebruik te bestrijken, DNB had geen bestuursdwang ten opzichte van het huidige PFZW toegepast (zoals blijkt uit Rb. Rotterdam 15 januari 2009, *LJN* BH0215, art. 5 Wet Bpf 2000 hoeft niet ruim te worden uitgelegd op grond van het argument dat mededingingsrechtelijke regelingen (concreet: art. 6 Mededingingswet en art. 81 EG-Verdrag) wel ruim moeten worden uitgelegd. Het feit dat het Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid (Rapport van de Commissie-Cohen van 20 februari 1997) een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van art. 5 Wet Bpf 2000 speelt eveneens geen rol. Het feit dat art. 5 Wet Bpf 2000 een zorgplicht inhoudt, betekent eveneens niet dat dit artikel ruimer dan tekstueel zou moeten worden uitgelegd. Een en ander blijkt uit overweging 4.9 van het arrest.

7

Mij lijkt dat aan de wetsgeschiedenis toch een mogelijk sterk argument kan worden ontleend voor het standpunt dat ook opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door art. 5 Wet Bpf 2000 wordt verboden. De wijziging van het oorspronkelijke artikel had niet als doel de oorspronkelijke bedoeling van de regeling te wijzigen, maar beoogde een aanscherping om de bedoeling beter te realiseren (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 897, nr. 5, p. 10). Uit deze passage zou kunnen worden afgeleid dat art. 5 Wet Bpf 2000 juist wel ruim moet worden geïnterpreteerd in lijn van de hiervoor bedoelde mededingingsrechtelijke regelingen. Op de bedoelde plaats in de Kamerstukken wordt immers gesteld dat de systeemwijziging merkenrechtelijk was geïnspireerd. Het hof overwoog dat bepalingen uit het merkenrecht ruim dienen te worden geïnterpreteerd (vgl. overweging 4.9), kennelijk juist om te voorkomen dat marktpartijen zich op relatief eenvoudige wijze aan het merkenrecht zouden kunnen onttrekken. Weliswaar kan ik mij voorstellen dat het hof in het kader van een voorlopige voorzieningprocedure in verband met het reciprociteitsbeginsel het gevorderde niet kan toewijzen, mij lijkt echter dat de vorderingen in een civiele bodemprocedure met volle toetsing een veel betere kans zouden hebben gemaakt.

8

Vervolgens diende het hof te oordelen of het opvolgend gebruik van de naam van het vroegere PGGM onrechtmatig was omdat sprake zou zijn van misleidende reclame en oneerlijke concurrentie. Hierover kon het hof in het kader van een voorlopig oordeel kort zijn: van misleidende reclame wegens het gebruik van de naam PGGM was geen sprake daar het de captives van PFZW (het vroegere PGGM) was toegestaan de naam PGGM onder vigeur van art. 5 Wet Bpf 2000 te gebruiken (overweging 4.12).



Ook van oneerlijke concurrentie was naar voorlopig oordeel van het hof geen sprake omdat voor het gebruik van de naam PGGM de marktwaarde, vastgesteld door twee onafhankelijke adviseurs, was betaald door de captive. Daarnaast was niet van bezwaren gebleken tegen het opvolgend gebruik van de naam PGGM door de captive van de zijde van de NMa (zie overweging 4.13).

## 9

Het oordeel van het hof over opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door een captive van dat pensioenfonds in combinatie met het wijzigen van de naam van het bedrijfstakpensioenfonds is duidelijk: deze constructie is naar het voorlopig oordeel van het hof toegestaan. Absolute rechtszekerheid op dit punt biedt het arrest echter niet. In overweging 4.9 geeft het hof immers zeer uitdrukkelijk aan dat de bodemrechter tot een afwijkende interpretatie van art. 5 Wet Bpf 2000 zou kunnen komen en dat opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds, anders dan naar voorlopig oordeel van het hof, wel een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel oplevert voor de captive ten opzichte van andere verzekeringsmaatschappijen. Omdat het hof nu eenmaal niet als bodemrechter, maar als 'kort geding' rechter, recht sprak, is sprake van een voorlopig oordeel dat niet de nuances kent van een uitspraak van een bodemrechter. Waarom hebben het Verbond van Verzekeraars en de betrokken verzekeringsmaatschappijen niet een bodemprocedure aangespannen? Zij moesten op het moment dat de constructie van PGGM en Careon duidelijk werd de volgende afweging maken. Zou hen een voorlopige voorziening worden gegund om de uitvoering van de constructie stop te zetten respectievelijk terug te draaien voor zover al sprake was van uitvoering zodat vervolgens in een bodemprocedure ultieme duidelijkheid over de constructie zou kunnen worden verkregen? De voorzieningenrechter zou dan wel een zeer ingrijpende beslissing moeten nemen. Of zou beter in een bodemprocedure duidelijkheid kunnen worden verkregen? Het risico zou dan zijn dat de uitvoering van de constructie al zover zou zijn, dat de bodemrechter het Verbond van Verzekeraars en de verzekeringsmaatschappijen weliswaar op het principiële punt van de interpretatie van art. 5 Wet Bpf 2000 gelijk zou geven, maar desondanks de vordering de constructie niet uit te voeren respectievelijk terug te draaien toch niet zou toewijzen omdat de gevolgen daarvan te groot zouden zijn. Een lastig dilemma. Wellicht hadden de Pres. Rb. Utrecht en het hof anders geoordeeld indien gelijktijdig met het starten van de voorlopige voorziening procedure ook een civiele bodemprocedure aanhangig was gemaakt. Voor zover mij bekend is dat niet gebeurd, waarschijnlijk niet omdat het Verbond van Verzekeraars en de verzekeringsmaatschappijen hadden besloten een andere route te volgen. Zij hadden DNB verzocht bestuursdwang tegen PFZW uit te oefenen. Dat verzoek was bij Besluit van DNB van 18 mei 2008 afgewezen. Deze datum was gelegen na het vonnis van de Pres. Rb. Utrecht en na het instellen van het hoger beroep daartegen. Naast deze bestuursrechtelijke procedure óók nog een civiele bodemprocedure starten leek kennelijk (in mijn visie begrijpelijk) te veel. In de bestuursrechtelijke zaak is inmiddels door de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan op 15 januari 2009 (*LJN BH0215*). De Rechtbank Rotterdam oordeelde ook dat opvolgend gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door een captive géén strijd met art. 5 Wet Bpf 2000 oplevert. Op de website van het Verbond van Verzekeraars is te lezen dat geen verdere juridische stappen zullen worden gezet, maar zal worden getracht tot goede afspraken over een eerlijk speelveld op de pensioenmarkt te komen tussen pensioenuitvoerders en SZW.

## 10

Tot slot geef ik nog kort een overzicht van de voorafgaande jurisprudentie tot nu toe geweest in

verband met het gelijktijdig gebruik van de naam van een bedrijfstakpensioenfonds door captives. Gelijktijdig gebruik is niet toegestaan, zo blijkt uit Rb. Rotterdam 5 april 2007, *PJ* 2007/69 inzake het door het ABP niet verhinderde gebruik door Loyalis (een captive van het ABP) van de naam van het ABP voor het aanprijzen van levensloopproducten van Loyalis en uit Rb. Rotterdam 5 april 2007, *PJ* 2007/76 inzake een overeenkomende kwestie bij PGGM en Careon. Beide uitspraken zijn bevestig in hoger beroep: CBB 1 april 2008, *PJ* 2008/43 respectievelijk *PJ* 2008/42. Het betrof bestuursrechtelijke procedures in verband met door DNB uitgeoefende bestuursdwang. Opvolgend gebruik is wel mogelijk, zoals blijkt uit Pres. Rb. Utrecht 13 februari 2008, *PJ* 2008/33, het hier behandelde arrest en Rb. Rotterdam 15 januari 2009, *LJN* BH0215. In verband met de proceskans voor het Verbond van Verzekeraars en de verzekeringsmaatschappijen is relevant dat het toezicht van DNB '*meer passief van aard*' is (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 897, nr. 5, p.10). Het gevolg is dat hoewel de bestuursrechter de al dan niet uitgeoefende bestuursdwang vol toetste nu DNB in verband met de interpretatie van art. 5 Wet Bpf 2000 geen beleidsvrijheid toekwam, de toets mogelijk toch terughoudender was dan in de situatie waarin de civiele bodemrechter de toets zou hebben uitgevoerd. Zie voorts over het onderwerp van deze annotatie de rubriek jurisprudentie in *TPV* 2008, nr. 2, 'Gebruik naam PGGM.' Opvolgend teren op andermans roem is toegestaan!

W.P.M. Thijssen