

## Onbevoegde vertegenwoordiging voor rekening en risico vertegenwoordigde.

Hof Amsterdam 18-02-2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:520, m.nt. Mr. W.P.M. Thijssen

|                |  |
|----------------|--|
| Instantie      | Hof Amsterdam  |
| Datum          | 18 februari 2014   |
| Magistraten    | Mrs. S.F. Schutz, L.A.J. Dun, J.E. Molenaar  |
| Zaaknummer     | 200.126.199-01   |
| Noot           | Mr. W.P.M. Thijssen  |
| Vakgebied(en)  | Loonbelasting / Pensioenregeling<br>Verzekeringsrecht / Pensioenrecht<br>Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad<br>Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht<br>Sociale zekerheid algemeen / Algemeen<br>Pensioenen / Toezicht |
| Brondocumenten | ECLI:NL:GHAMS:2014:520, Uitspraak, Hof Amsterdam, 18-02-2014;  |
| Wetgeving      | Art. 17 PSW; art. 21 lid 2 Pensioenwet   |

## Essentie

Onbevoegde vertegenwoordiging voor rekening en risico vertegenwoordigde.

## Samenvatting

*Onbevoegde vertegenwoordiging van bedrijfstakpensioenfonds door gelieerd vroegpensioenfonds bij het doen van een aanbod tot vrijwillige deelneming voor rekening en risico van de vertegenwoordigde gebracht.*

## Partij(en)

[Appellant], wonend te [woonplaats], appellant, advocaat: mr. H.M.J. van den Hurk te Tilburg, tegen

de stichting Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam.

# Uitspraak

## 1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellant] en Bpf Bouw genoemd.

[appellant] is bij dagvaarding van 19 april 2013 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam, team kanton (hierna: de kantonrechter), van 23 januari 2013, onder bovengenoemd zaaknummer geweest tussen [appellant] als eiser en Bpf Bouw als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens houdende akte verzoek tot aanhouding van behandeling, met producties;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 11 december 2013 doen bepleiten, [appellant] door mr. Van den Hurk voornoemd, en Bpf Bouw door mr. Lutjens voornoemd en mr. B. Degelink, aan beide zijden aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellant] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog:

- a. zal verklaren voor recht dat hij sedert 1 januari 2006 vrijwillig deelnemer is (gebleven) aan de ouderdomspensioenregeling (en aanvullingsregelingen) van Bpf Bouw, en deze deelname na 1 januari 2006 ook heeft voortgezet en daarbij tevens premie heeft betaald voor de aanvullende 55- regeling en de aanvullende 55+ regeling en uit dien hoofde recht heeft op uitkering van het aldus opgebouwde pensioen in maandelijkse termijnen vanaf 1 juni 2011;
- b. Bpf Bouw zal veroordelen tot nakoming (binnen een termijn van twee weken na betekening van het in deze zaak te wijzen arrest) van haar verplichtingen op grond van de tussen partijen eind oktober 2006 gesloten overeenkomst op grond waarvan [appellant] heeft te gelden als een vrijwillig deelnemer met ingang van 1 januari 2006 aan de onder a genoemde pensioenregelingen en Bpf Bouw te veroordelen [appellant] binnen genoemde termijn als zodanig weer te registreren en hem zijn pensioenaanspraken weer toe te kennen (onder opboeking van de teruggestorte premies), alsmede het daarbij behorende pensioen alsnog aan hem uit te keren vanaf 1 juni 2011, maandelijks ook voor de toekomst, vermeerderd met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging over de vervallen termijnen; de vorderingen onder a. en b. op straffe van een dwangsom;
- c. subsidiair Bpf Bouw zal veroordelen tot betaling aan hem van de wettelijke rente over de door Bpf Bouw in de periode januari 2006 t/m juni 2011 van [appellant] ontvangen premies;
- d. Bpf Bouw te veroordelen tot volledige vergoeding van de gemaakte kosten van juridische bijstand, tot de datum dagvaarding in eerste aanleg begroot op € 11.060,- exclusief BTW en kantoorkosten, althans de door het hof te bepalen bedragen ter zake van kosten, dan wel een voorschot daarop.

Bpf Bouw heeft geconcludeerd tot bevestiging van het vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten.

## 2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Zij houden - voor zover in dit hoger beroep van belang - het volgende in.

1.

[appellant] heeft als directeur-grotoaandehouder (dga) vanaf 1 januari 2000 verplicht deelgenomen in de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA (Uitvoerend Technisch Administratief)-personeel in het bouwbedrijf (hierna het Vroegpensioenfonds) en de aanvullingsregeling van de Stichting Vrijwillig vervroegde uittreding voor het UTA-personeel in het bouwbedrijf (hierna het VUT-fonds).

2.

Op 1 januari 2006 is de vroegpensioenregeling voor alle deelnemers geëindigd (Vroegpensioenfonds en VUT-fonds).

3.

Bij brief van maart 2006 van het Vroegpensioenfonds is [appellant] aangeboden om per 1 januari 2006 op vrijwillige basis deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling (55-) van Bpf Bouw, onder voorwaarde dat hij tevens bijdraagt aan de aanvullende regeling (55+) van het VUT-fonds. Voor 1 mei 2006 diende hij een bij die brief gevoegd formulier te retourneren naar Cordares Pensioenen.

4.

Op 2 oktober 2006 schreef de accountant van [appellant] aan het Vroegpensioenfonds:

“In uw schrijven van maart 2006 stelt u de heer [appellant] in de gelegenheid vrijwillig deel te nemen aan de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds. Mede gezien zijn leeftijd (...). vond de heer [appellant] het niet zinvol om hieraan deel te nemen. Het was hem op dat moment volkomen onduidelijk dat hij door niet mee te doen zijn rechten op een aanvullingsregeling zou verspelen. Onlangs werd het hem echter duidelijk dat hij een verkeerde beslissing had genomen. Wij verzoeken u derhalve de heer [appellant] alsnog te laten deelnemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling per 1 januari 2006. Een ondertekend aanvraagformulier gaat hierbij.”

5.

Het Vroegpensioenfonds antwoordt aan [appellant] per brief van 25 oktober 2006. In die brief staat de volgende passage:

“Om eventueel alsnog voor de aanvullingsregeling in aanmerking te komen, kunt u alsnog, zo spoedig mogelijk, het tweede gedeelte van onze brief van maart 2006, vrijwillige deelname dga's, getekend retour zenden. Hierop ontvangt u een nota. Als de premies betaald zijn wordt u weer als deelnemer aan de vroegpensioenregeling voor de Bouw aangemerkt.”

6.

Bpf Bouw schrijft op 15 december 2006 aan [appellant]:

“U bent in onze administratie bekend als directeur-groootaandeelhouder (...). Wij hebben u met deze brief de mogelijkheid gegeven om per 1 januari 2006 op vrijwillige basis deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling (“55-“) van de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, onder de voorwaarde dat u tevens bijdrage betaalt aan de aanvullende regelingen (“55+“) van de Stichting VUT-UTA Bouwbedrijf. ... Bij de brief van maart 2006 is een formulier en antwoord enveloppe bijgevoegd waarmee u kon aangeven dat u per 1 januari 2006 wilde deelnemen. U diende dit formulier per ommegaande doch uiterlijk voor 1 mei 2006 te retourneren. U heeft na het verstrijken van de deadline, 1 mei 2006, kenbaar gemaakt alsnog gebruik te willen maken van de regeling. Doordat de gestelde deadline van 1 mei 2006 is verstreken hebben wij uw verzoek afgewezen. Uw verzoek is immers pas na 1 augustus 2006 bij ons binnengekomen. Wij wijzen u er verder op dat de eventueel door u betaalde premies, vanaf 1 januari 2006, door Cordares niet automatisch teruggestort worden. U of uw loonadministrateur dienen dit zelf te corrigeren.”

7.

Bij brief van 16 juni 2008 heeft Bpf Bouw een verzoek tot vrijwillige deelname aan haar ouderdomspensioenregeling van [appellant] afgewezen. Voor zover van belang staat in die brief:

“Deze aanmelding hebben wij te laat, op 30 oktober 2006 ontvangen, waardoor de aanmelding op juiste gronden is afgewezen. Het bestuur heeft uit zijn midden een bestuurlijke commissie aangesteld die gemachtigd is over uw verzoek een besluit te nemen. Deze bestuurlijke commissie heeft in zijn vergadering van juni 2008 uw verzoek beoordeeld. Uw verzoek betrof het feit dat betrokkene zich niet tijdig heeft gerealiseerd dat hij door het niet deelnemen zijn rechten op de aanvullingsregeling zou verspelen. Tevens wijst u op de zaak van de heer [X] bij wie het verzoek alsnog is ingewilligd. Het bestuur heeft op basis van de aangevoerde argumenten besloten uw verzoek af te wijzen. Het bestuur beroept zich op het feit dat er geen sprake is van een vergelijkbare zaak met de heer [X]. Immers is in het geval van de heer [X] binnen de aanmeldtermijn het vroegpensioen aangevraagd. Uit de premieaanlevering van 9 oktober tot en met 31 december 2006 blijkt weliswaar dat betrokkene de intentie had om deel te nemen, echter heeft dit ook ruim na de aanmeldtermijn plaatsgevonden. Van de Directeur Grootaandeelhouder (DGA) mag verwacht worden dat hij zich in het maatschappelijk verkeer, dus ook ten aanzien van zijn pensioen schriftelijk en telefonisch tijdig laat informeren over zijn status, alsook zijn rechten en verplichtingen ten aanzien van BFP Bouw.”

8.

Op 19 april 2011 heeft Bpf Bouw aan [appellant] voor zover van belang geschreven:

*“In de brief (hof: van 30 maart 2011) vraagt u om duidelijkheid over vrijwillige deelname aan de pensioenregeling bpfBouw. (...) Op 16 juni 2008 ontving u een brief (...). In de brief van 16 juni 2008 wordt vermeld dat door u beroep aangezet kan worden bij de Ombudsman Pensioenen. Bovendien kan op ieder moment het verzoek tot deelname aanhangig worden gemaakt bij de civiele rechter. (...) Aan uw werkgever is herhaaldelijk gemeld dat de voor u aangeleverde premies onjuist zijn. Het verzoek om de voor u aangeleverde premies niet langer af te dragen is vanaf 2 augustus 2007 maandelijks verzonden aan uw werkgever... Ondanks dit verzoek stopte uw werkgever niet met het aanleveren van*

*premie voor u. (...) Wij hebben nu de volgende actie ondernomen. De aangeleverde premies over de periode 1 januari 2006 t/m 27 maart 2011 zijn naar nihil gecorrigeerd. De premies worden terugbetaald aan de werkgever of worden verrekend met openstaande nota's. Uw arbeidsverhouding is administratief beëindigd per 31 december 2005. De pensioenaanspraken over genoemde periode, dus vanaf 1 januari 2006, worden afgeboekt."*

9.

De betaalde premie over de periode 1 januari 2006 t/m maart 2011 is in 2011 teruggestort door Bpf Bouw.

### 3. Beoordeling

#### 3.1.

De kern van het geschil in eerste aanleg ging om de vraag of [appellant] (vrijwillig) deelnemer was aan de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw en recht had op uitkering van het aldus opgebouwde pensioen vanaf 1 juni 2011. De kantonrechter heeft die vraag ontkennend beantwoord en daartoe - voor zover hier van belang en zakelijk weergegeven - het volgende overwogen.

Voor zover aan [appellant] een aanbod is gedaan door de brief van 25 oktober 2006 is die brief geen reactie van Bpf Bouw. Bpf Bouw heeft pas voor het eerst op 15 december 2006 (negatief) gereageerd op het verzoek van [appellant] zoals bij brief van 2 oktober 2006 gedaan. Nadien heeft zij eveneens consistent negatief gereageerd. Niet valt vol te houden dat Bpf Bouw de schijn van vertegenwoordiging van haar door het Vroegpensioenfonds heeft gewekt alleen omdat het Vroegpensioenfonds (en niet Bpf Bouw) in maart 2006 haar deelnemers op de hoogte heeft gesteld van de nieuwe stand van zaken en van het daarop aansluitende aanbod van Bpf Bouw. Door op 25 oktober 2006 op de aan het Vroegpensioenfonds gestuurde brief van eiser van 2 oktober 2006 te antwoorden wekt het Vroegpensioenfonds evenmin de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Nadien hebben Bpf Bouw noch het Vroegpensioenfonds, anders dan [appellant] stelt, enige handeling verricht die als instemming met hernieuwde deelneming van [appellant] aan de ouderdomspensioenregeling en de vroegpensioenregeling kan worden aangemerkt. [appellant] is immers pas gegevens voor premiebetaling gaan aanleveren na de afwijzing van Bpf Bouw zelf van december 2006. Hij is voorts pas in 2007 premie gaan betalen en Bpf Bouw heeft 33 correctienota's aan zijn BV gestuurd in verband met zijn premiebetalingen tussen medio 2007 en 2011. De kantonrechter heeft mede om die reden de vorderingen van [appellant] afgewezen.

#### 3.2.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op.

#### 3.3.

De grieven 5 en 6 stellen het aanbod van het Vroegpensioenfonds in de brief van 25 oktober 2006 aan de orde en betogen dat, anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld, Bpf Bouw toen werd vertegenwoordigd door het Vroegpensioenfonds, althans dat Bpf Bouw ter zake ten minste de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gewekt.

### 3.4.

Het hof overweegt als volgt. De brief van maart 2006 is afkomstig van het Vroegpensioenfonds UTA Bouwbedrijf. [appellant] werd bij deze brief het hiervoor in paragraaf 2 onder (feit) 3 vermelde aanbod gedaan per 1 januari 2006 vrijwillig deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling van Bpf Bouw. De brief van [appellant] van 2 oktober 2006, met het verzoek hem alsnog te laten deelnemen, is aan ditzelfde Vroegpensioenfonds gericht. Het Vroegpensioenfonds heeft [appellant] daarop bij brief van 25 oktober 2006, hetgeen hiervoor in paragraaf 2 onder (feit) 5 is vermeld, geantwoord. Anders dan Bpf Bouw meent kan daarin bepaald niet worden gelezen dat een en ander slechts informerend ("een tip") is omtrent eventuele nadere deelname. Het hof beschouwt dit als een aanbod, welk aanbod, naar niet (voldoende) is weersproken, door [appellant] is aanvaard door retourzending van het desbetreffende formulier op 26 oktober 2006 en, zoals volgt uit de hiervoor genoemde brieven van 16 juni 2008 en 19 april 2011 van Bpf Bouw, haar bevestiging vindt in de premiebetalingen. Met betrekking tot de verhouding tussen het Vroegpensioenfonds en Bpf Bouw in relatie tot [appellant] geldt het volgende. Bpf Bouw stelt zich met [appellant] op het standpunt dat zij zich voor zover het de brief van maart 2006 betreft door het Vroegpensioenfonds liet vertegenwoordigen en dat die brief namens haar is uitgegaan. Op grond daarvan en op grond van de inhoud van die brief mocht [appellant] dan ook aannemen (en heeft Bpf Bouw de schijn gewekt) dat hij ten aanzien van de inhoudelijke kwestie(s) die in die brief aan de orde werd(en) gesteld zich mocht verstaan met het Vroegpensioenfonds. Terecht heeft hij zich dan ook met zijn verzoek van 2 oktober 2006 tot het Vroegpensioenfonds gericht. Toen dat fonds hem op 25 oktober 2006 het meergenoemde aanbod (dat rechtstreeks verband hield met het in de brief van maart 2006 vermelde aanbod) deed, en hem vergunde zich - ondanks dat de vervaldatum 1 mei 2006 was verstreken - alsnog aan te melden, mocht hij er tevens van uitgaan en er gerechtvaardigd op vertrouwen dat het Vroegpensioenfonds toen nog steeds Bpf Bouw vertegenwoordigde en dat dit aanbod namens Bpf Bouw werd gedaan. Niet valt in te zien dat [appellant] toen had moeten begrijpen dat dit anders lag. Bpf Bouw kan in de gegeven omstandigheden in elk geval niet aan [appellant] tegenwerpen dat het Vroegpensioenfonds ter zake niet bevoegd was haar te vertegenwoordigen en dat dit voor [appellant] duidelijk had moeten zijn. Nu [appellant] dat aanbod heeft aanvaard is een overeenkomst met Bpf Bouw tot stand gekomen. Dit betekent dat deze grieven slagen. Hieraan doet niet af hetgeen is beschreven in paragraaf 2 onder (de feiten) 6 tot en met 9, in het bijzonder niet dat Bpf Bouw nadien bij brief van 15 december 2006 aan [appellant] heeft kennisgegeven dat hij niet als deelnemer werd geaccepteerd en op enig moment ten behoeve van hem gestorte premies heeft terug gestort. Met betrekking tot de premiebetalingen heeft het hof hiervoor al opgemerkt dat uit de desbetreffende brieven van Bpf Bouw wel degelijk blijkt dat [appellant] premie is gaan betalen (in elk geval over de periode 1 januari 2006 t/m 27 maart 2011). Indien, zoals Bpf Bouw stelt, deze zijn voldaan na de brief van 15 december 2006 doet dat niet af aan het feit dat de overeenkomst tot stand is gekomen, te minder gelet op de stelligheid van de zinsnede in de brief van 25 oktober 2006 *'Als de premies betaald zijn wordt u weer als deelnemer aan de vroegpensioenregeling voor de Bouw aangemerkt.'* Daarbij weegt mee dat vaststaat dat terug storting van die premies pas in 2011 is geëffectueerd en niet is weersproken dat [appellant] tot die tijd regelmatig pensioenoverzichten van Bpf Bouw heeft ontvangen die er op wezen dat hij deelnemer was. Weliswaar heeft Bpf Bouw voor die tijd (vanaf zomer 2007) een groot aantal correctieverzoeken aangaande de premieaanlevering verzonden, maar deze zijn (kennelijk geautomatiseerd aangemaakt en) verzonden aan Aannemingsbedrijf [Z] en niet aan [appellant] in persoon. Niet gebleken is dat

[appellant] daarvan op de hoogte was. Bovendien houden deze telkens het verzoek in een correctie-opgave loon en premie toe te zenden en niet de ondubbelzinnige mededeling dat [appellant] geen deelnemer was. Een en ander in onderling verband gezien kan niet worden gezegd dat de brief van Bpf Bouw van 15 december 2006 redelijkerwijs een tijdige herroeping was van het op 2 oktober 2006 gedane aanbod, zoals Bpf Bouw in haar CvA onder nummer 16.19 en de CvD onder 2.1 als argument 3 betoogt. Hetgeen Bpf Bouw overigens heeft aangevoerd, waaronder haar belang omtrent de financiële lasten van de tijdelijke overgangsregeling duidelijkheid te verkrijgen, kan aan het voorgaande evenmin afdoen.

### 3.5.

Nu de grieven 5 en 6 slagen, leidt dit tot vernietiging van het bestreden vonnis. De grieven 1 tot en met 4 en 7 tot en met 11 hoeven daarom geen bespreking meer. De desbetreffende vorderingen van [appellant] moeten worden toegewezen. Voor toewijzing van een dwangsom is naar het oordeel van het hof echter geen plaats, omdat het hof geen aanwijzingen heeft (die zijn ook niet naar voren gebracht) dat Bpf Bouw niet aan de veroordeling zal voldoen.

### 3.6.

Grief 12 stelt de veroordeling van [appellant] in de proceskosten aan de orde en houdt overigens in dat Bpf Bouw de volledige kosten van juridische bijstand, daaronder begrepen de buitengerechtelijke kosten, aan [appellant] dient te vergoeden. Deze kosten zijn in eerste aanleg bij conclusie van repliek (en de daarbij behorende productie 13) nader gespecificeerd. Bpf Bouw heeft nadien weersproken dat buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt, nu de kosten van de adviseur niet nader zijn gespecificeerd en de kosten van rechtsbijstand zijn gedeclareerd aan de werkgever van [appellant]. Gelet op deze gemotiveerde betwisting is het hof van oordeel dat de vordering onvoldoende is onderbouwd om voor toewijzing in aanmerking te komen. Ook is onvoldoende onderbouwd de vordering tot (en daarom geen aanleiding voor) een veroordeling van Bpf Bouw in de volledige proceskosten. Het hof zal uitgaan van de forfaitaire bedragen. Deze grief slaagt dan slechts in zoverre dat Bpf Bouw in de proceskosten van beide instanties wordt veroordeeld.

### 3.7.

Voor de toewijzing van de door [appellant] gevorderde wettelijke verhoging is geen plaats nu Bpf Bouw geen werkgever is van [appellant] en de uitkeringen van Bpf Bouw niet zijn te beschouwen als loon in de zin van artikel 7:625 BW. Wel is er aanleiding de gevorderde wettelijke rente toe te kennen over de bedoelde uitkeringen vanaf de datum dat deze verschuldigd waren tot de dag van de voldoening, met dien verstande dat nu pas op 26 oktober 2006 tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, de grondslag voor wettelijke rente pas op die datum is ontstaan. [appellant] heeft immers daarna aan zijn verplichtingen voldaan, waartegenover Bpf Bouw, ook zonder ingebrekestelling, in verzuim is gebleven tot uitkering over te gaan.

### 3.8.

Voor een aanhouding/uitstel van behandeling zoals bij akte is verzocht ziet het hof bij gebreke van belang geen aanleiding. Dit verzoek wordt afgewezen.

## 4. Slotsom en conclusie

De grieven slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De vorderingen van [appellant] zullen worden toegewezen als na te melden. Bpf Bouw zal als de voor het overgrote deel in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

## 5. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat [appellant] sedert 1 januari 2006 vrijwillig deelnemer is aan de ouderdomspensioenregeling (en aanvullingsregelingen) van Bpf Bouw en daarvoor premie heeft betaald en uit dien hoofde recht heeft op uitkering van het aldus opgebouwde pensioen in maandelijkse termijnen vanaf 1 juni 2011;
- veroordeelt Bpf Bouw tot nakoming (binnen een termijn van twee weken na dagtekening van dit arrest) van haar verplichtingen op grond van de tussen haar en [appellant] eind oktober 2006 gesloten overeenkomst, op grond waarvan [appellant] heeft te gelden als een vrijwillige deelnemer met ingang van 1 januari 2006 aan de onder het vorige gedachtstreepje genoemde pensioenregelingen en veroordeelt Bpf Bouw binnen dezelfde termijn [appellant] als zodanig weer te registreren en op grond van die vrijwillige deelname opgebouwde pensioenaanspraken wederom toe te kennen, voor zover alle door [appellant] verschuldigde premies weer zullen zijn voldaan, alsmede het daarbij behorende pensioen alsnog aan [appellant] uit te keren vanaf 1 juni 2011, maandelijks ook voor de toekomst, en, voor wat betreft de achterstallige pensioentermijnen, vermeerderd met de wettelijke rente, met ingang van de dag van de verschuldigdheid van die respectieve pensioentermijnen (doch niet eerder dan 26 oktober 2006) tot de dag der voldoening;
- veroordeelt Bpf Bouw in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [appellant] begroot op € 163,64 aan verschotten en € 500,- voor salaris, en in hoger beroep tot op heden op € 391,82 aan verschotten en € 2.682,- voor salaris;
- verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

## Noot

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

## Feiten

Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA (Uitvoerend, Technisch en Administratief)-personeel in het bouwbedrijf (het Vroegpensioenfonds) was uitvoerder van een vroegpensioenregeling voor de bouw waaraan DGA's in de bouw verplicht deelnamen. Stichting Vrijwillig vervroegde uittreding voor het UTA-personeel in het bouwbedrijf (het VUT-fonds) voerde een voor DGA's eveneens verplichte VUT-regeling uit. Beide regelingen vervielen met ingang van 1 januari 2006 als gevolg van de invoering van de



zogenaamde fiscale VPL-wetgeving. Het verworven vroegpensioen bleef behouden, maar de toekomstige verwerving verviel. Het vooruitzicht op VUT verviel. Voor DGA's was deelneming aan Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (BPF Bouw) niet verplicht. BPF Bouw informeerde DGA's hieromtrent bij brief van maart 2006. In die brief werd de mogelijkheid aangeboden voor vrijwillige deelneming aan BPF Bouw en de aanvullende vroegpensioenregeling voor 55-minners (de Aanvullingsregeling 55-) vanaf 1 januari 2006, mits tevens zou worden bijgedragen aan de vroegpensioenregeling voor 55-plussers (de Aanvullingsregeling 55+). Indien niet tijdig voor deze vrijwillige deelneming zou worden geopteerd, zou worden aangenomen dat de DGA niet van de geboden mogelijkheid gebruik wenste te maken (toepassing van de negatieve optie). Kennelijk was de vrijwillige deelneming een voor de betreffende DGA's aantrekkelijke mogelijkheid voor het voortzetten van de voegpensioenvoorziening.

## **Verzendwijze van op rechtsgevolg gerichte informatie door een pensioenuitvoerder**

De kwestie rond de verzendwijze van de brief van maart 2006 was het voor de rechtsontwikkeling belangrijkste onderwerp in Rechtbank Haarlem, Sector Kanton, Locatie Haarlem 9 december 2009 onder nummer 421912/CV EXPL 09-4213 (niet gepubliceerd), Gerechtshof Amsterdam 23 augustus 2011 (niet gepubliceerd), te kennen uit HR 8 februari 2013, *PJ* 2013/60, m.nt. T. Huijg en *JAR* 2013/73, m.nt. Heemskerk en de verwijzingsuitspraak Gerechtshof 's-Gravenhage 22 april 2014, *PJ* 2014/101, m.nt. A. van Marwijk Kooy. De belanghebbende DGA stelde de brief van maart 2006 niet te hebben ontvangen, met als gevolg dat de voor hem zeer gunstige regeling voor vrijwillige deelneming aan BPF Bouw en voortzetting van de vroegpensioenregeling die was aangeboden niet meer openstond vanwege het gebruik van de 'negatieve optie' (wie niet tijdig reageerde, 'koos' om niet vrijwillig te gaan deelnemen aan BPF Bouw). De Hoge Raad oordeelde dat het intrekken van een pensioenregeling is te beschouwen als (de meest ingrijpende vorm van) het wijzigen van een pensioenregeling in de zin van het destijds toepasselijke art. 17 PSW. Dat artikel verplichtte pensioenfondsen tot het schriftelijk informeren van de deelnemers aan de door het pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling van wijzigingen daarvan. Omdat het intrekken van een pensioenregeling naar het oordeel van de Hoge Raad de meest ingrijpende wijziging van een pensioenregeling is die denkbaar is, diende aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden geoordeeld of aan de eis van 'schriftelijk informeren' kon worden voldaan op basis van een brief verzonden per gewone post. Voor dat feitelijke oordeel werd de zaak door de Hoge Raad verwezen naar het Gerechtshof 's-Gravenhage dat oordeelde dat BPF Bouw voor zo'n belangrijke brief niet met verzending per gewone post had kunnen volstaan. Door voor verzending per gewone post te kiezen schond BPF Bouw een zorgplicht jegens de DGA. BPF Bouw had méér moeten doen om zich er van te vergewissen dat het aanbod voor vrijwillige deelneming aan BPF Bouw in combinatie met deelneming aan de Aanvullingsregelingen (inhoudende voortzetting van de vroegpensioenregeling) de betrokken DGA's had bereikt. Voor de weergave van de feiten verwijs ik naar overweging 3.1 van het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013. Huijg analyseert in zijn aantekening bij dat arrest dat de uitspraak ook na invoering van de Pensioenwet relevant is gebleven: afhankelijk van de gevolgen van een wijziging van een pensioenregeling voor betrokkenen dient te worden nagegaan welke mate van zekerheid moet worden ingebouwd dat informatie omtrent de wijziging betrokkenen bereikt. Huijg constateert dat dit nog allerm minst duidelijk is. Gezien de grote belangen en de onduidelijkheid die door de diverse uitspraken voor de praktijk is ontstaan, acht ik niet uitgesloten dat BPF Bouw van het verwijzingsarrest van het Hof opnieuw cassatie heeft ingesteld. Indien dat zo is, vindt een volgend arrest van de Hoge Raad ongetwijfeld ook een plaats in

## Termijnoverschrijding

In Kantonrechter Haarlem 19 maart 2008, *PJ* 2008/116, Gerechtshof Amsterdam 20 december 2011, *PJ* 2012/101 en Gerechtshof Amsterdam 20 december 2011, *PJ* 2012/179 was de cruciale brief van maart 2006 wel tijdig ontvangen, maar werd te laat gereageerd door de betreffende DGA. BPF Bouw kon onder die omstandigheden beroep op de termijnoverschrijding doen.

## De uitspraken van 18 februari 2014

De uitspraken van 18 februari 2014 betreffen opnieuw de problematiek van de DGA en de vrijwillige deelneming aan BPF Bouw vanaf 2006.

### Nummer 520/Beschrijving

In de zaak waarvan het ECLI-nummer eindigt met 520 had het Vroegpensioenfonds na het verstrijken van de termijn voor aanmelding voor de vrijwillige deelneming aan BPF Bouw gecorrespondeerd met (de accountant van) de DGA. Uiteindelijk had het vroegpensioenfonds ondanks de termijnoverschrijding bij brief van 25 oktober 2006 alsnog een aanbod tot vrijwillige deelneming aan BPF Bouw gedaan dat werd geaccepteerd. De premie werd aan BPF Bouw voldaan. BPF Bouw beriep zich echter op termijnoverschrijding. BPF Bouw stelde dat het aanbod vervat in de brief van maart 2006 niet was aanvaard. Het aanbod van het Vroegpensioenfonds dat voortvloeide uit de vervolgcorrespondentie van de zijde van het Vroegpensioenfonds was volgens BPF Bouw niet namens BPF Bouw gedaan. BPF Bouw zou bij het doen van het herhaalde aanbod tot vrijwillige deelneming aan BPF Bouw van 25 oktober 2006 niet rechtsgeldig zijn vertegenwoordigd door het Vroegpensioenfonds. Daarom zou ondanks de aanvaarding van dat aanbod door de DGA en het feit dat BPF Bouw de premie voor de vrijwillige deelneming ontving en behield, geen overeenkomst ter zake vrijwillige deelneming tot stand zijn gekomen. Dit standpunt van BPF Bouw hield geen stand. Het Hof oordeelde dat BPF Bouw het Vroegpensioenfonds als vertegenwoordiger diende te dulden daar voor de DGA in kwestie niet duidelijk was dat het Vroegpensioenfonds BPF Bouw niet rechtsgeldig vertegenwoordigde. In dat verband speelde de omstandigheid dat BPF Bouw de premie ontvangen voor de vrijwillige deelneming pas in 2011 had teruggestort. Correctieverzoeken van de zijde van het BPF baatten BPF Bouw ook niet, omdat niet vast stond dat de DGA deze had ontvangen. Tot slot werd een brief van BPF Bouw van 15 december 2006 waarin het aanbod van het Vroegpensioenfonds van 25 oktober 2006 werd herroepen door het Hof niet als een rechtsgeldige herroeping van dat aanbod beschouwd. BPF Bouw diende de DGA als vrijwillig deelnemer conform het aanbod van maart 2006 te dulden.

### Nummer 520/Verhaal op vertegenwoordiger mogelijk?

Ik heb mij de vraag gesteld of BPF Bouw verhaal zou kunnen zoeken op het Vroegpensioenfonds. Het Vroegpensioenfonds is echter, evenals het VUT-fonds, door juridische fusie opgegaan in BPF Bouw (zie overweging 3.1 onder VII van het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013). Vanuit praktisch oogpunt is dan slechts nog relevant of sprake zou kunnen zijn van bestuurdersaansprakelijkheid van de bestuurders van het vroegpensioenfonds. Daarvan is niet snel sprake. Ik volsta te verwijzen naar de aantekening van T.J. van der Ploeg bij Gerechtshof Amsterdam 19 november 1998, *PJ* 2002/11 waaruit

dat blijkt.

### **Nummer 520/Het aspect van onbevoegde vertegenwoordiging**

Wat het aspect van vertegenwoordiging betreft boeit mij dat BPF Bouw werd gebonden aan een aanbod dat kennelijk buiten medeweten van BPF Bouw aan de DGA werd gedaan. Los van het aspect van de ontvangen en pas laat teruggestorte premies betekent dit dat een rechtssubject verplichtingen 'opgedrongen' kan krijgen. Immers: het Hof oordeelde dat BPF Bouw aan het aanbod van het Vroegpensioenfonds van 25 oktober 2006 was gebonden. Dat lijkt zich moeilijk te verhouden met het aan het algemene vermogensrecht ten grondslag liggende beginsel dat overeenkomsten slechts partijen binden en geen verplichtingen voor derden kunnen doen ontstaan (wel rechten, vgl. art. 6:253 BW). Dit beginsel volgt uit het beginsel van de partijautonomie (zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nrs. 41 en 518). Een uitzondering kan gelden op grond van het vertrouwensbeginsel, indien de ene partij bij een overeenkomst mocht vertrouwen dat zijn wederpartij als rechtsgeldig vertegenwoordiger van een derde optrad (vgl. art. 3:61, lid 2 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 42). Onbevoegde vertegenwoordiging kan de vertegenwoordigde binden indien is voldaan aan het 'toedoen'-vereiste (HR 6 mei 1926, *NJ 1926/721* inzake *Vas Dias/Salters*) of indien de onbevoegde vertegenwoordiging voor rekening en risico van de vertegenwoordigde hoort te komen, waarvoor 'toedoen' van de onbevoegd vertegenwoordigde niet noodzakelijk is (HR 3 februari 2012, *NJ 2012/390* inzake *Fujitsu/Exel*). In de zaak met ECLI-nummer eindigend op 520 was mogelijk aan het 'toedoen'-vereiste vereiste voldaan doordat BPF-Bouw de premie voor vrijwillige deelneming gedurende een langere periode aannam. Zelfs indien het aspect van de premiebetaling niet zou spelen, zou BPF Bouw kunnen zijn gebonden aan de handelingen van het Vroegpensioenfonds als zou moeten worden aangenomen dat het risico van onbevoegdheid van het Vroegpensioenfonds bij BPF zou liggen. Daarvoor pleit dat BPF Bouw en het Vroegpensioenfonds aansluitende pensioenregelingen (vroegpensioen volgens de Aanvullingsregelingen 55+ en 55-) respectievelijk vroegpensioen volgens de regeling van het Vroegpensioenfonds) in de bouw uitvoerden.

### **Nummer 521/Beschrijving**

In de zaak waarvan het ECLI-nummer eindigt op 521 betrof het een situatie die lijkt op de situatie die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013. De DGA die het betrof stelde de brief van BPF Bouw van maart 2006 met het aanbod tot vrijwillige deelneming niet te hebben ontvangen. BPF Bouw zou een zorgplicht jegens de DGA hebben geschonden door verzending van een brief per gewone post waarvan de ontvangst zo belangrijk was gezien het gebruik van de negatieve optie. BPF Bouw stelde dat dit niet het geval was omdat een DGA zich van geldende regelgeving zou hebben moeten vergewissen. Dat zou van een DGA mogen worden verwacht. Verder stelde BPF Bouw dat het onwaarschijnlijk was dat de DGA het aanbod van maart 2006, indien hij dat zou hebben ontvangen, zou hebben aanvaard omdat het ongebruikelijk is dat DGA's vrijwillig deelnemen aan bedrijfstakregelingen en de DGA ook daadwerkelijk geen premie had betaald. Het Hof oordeelde dat BPF Bouw inderdaad een zorgplicht jegens de DGA had geschonden door de brief van maart 2006 per gewone post te verzenden onder gebruikmaking van de negatieve optie. BPF Bouw had volgens het Hof kunnen werken met de constructie dat ook degenen die geen vrijwillige deelneming aan BPF Bouw wensten zouden hebben moeten reageren, en vervolgens eenieder die niet reageerde te rappelleren. BPF Bouw werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. De hoogte van de schade dient in een vervolprocedure (een schadestaatprocedure) te worden vastgesteld. Het Hof oordeelde dat in het kader van het

vaststellen van de schade zal moeten worden beoordeeld in hoeverre de premiebesparing die de DGA had door niet vrijwillig deel te nemen een rol moet spelen, of de DGA de schade niet had kunnen beperken door zelf een alternatieve voorziening te treffen en of de DGA zijn vordering niet te laat heeft ingesteld.

## Nummer 521/Verzendvereisten constitutieve informatie

Deze zaak geeft misschien richting in de kwestie die, zoals hiervoor bleek, volgens annotator Huig bij HR 8 februari 2013, *PJ* 2013/60 nog in de rechtspraak zou moeten worden uitgekristalliseerd. Praktijkjuristen stelden wel dat mededelingen zoals de mededeling rond het intrekken van een pensioenregeling op zijn minst bij aangetekende brief zouden moeten worden gedaan om te voldoen aan de eis van 'schriftelijk informeren' van destijds art. 17 PSW en de eis van 'informeren' van thans art. 21, lid 2 Pensioenwet (vgl. art. 49 Pensioenwet ten aanzien van het vereiste van schriftelijkheid, dat in beginsel nog geldt). Of zou zo'n brief zelfs via de deurwaarder moeten worden betekend? Dit zou de praktijk voor aanzienlijke uitvoeringsproblemen stellen en hoge uitvoeringskosten genereren. Het Hof lijkt echter een oplossing te geven. 'Belangrijke' rechtsgevolgen zouden niet met de negatieve optie in het leven moeten worden geroepen, maar slechts met instemming. Indien reactie op een per gewone post verzonden brief uitblijft, zou (éénmaal?) moeten worden gerappelleerd. Als dat de vuistregel zou zijn, blijft de vraag in welke situaties de rechtsgevolgen die worden beoogd in het leven te roepen dermate ingrijpend zijn, dat de eis van 'schriftelijk informeren' op de door het Hof gesuggereerde wijze zou moeten worden ingevuld. Ik kan mij voorstellen dat het antwoord op die vraag luidt: bij het intrekken van een pensioenregeling (omdat daardoor risicodekking vervalt en pensioenbreuk ter zake toekomstige pensioenvererving ontstaat), maar ook indien uitsluitend risicodekking vervalt of aanzienlijke pensioenbreuk ter zake toekomstige pensioenvererving ontstaat). Ik wijs in dit verband ook op de aantekening van Van Marwijk Kooy bij Gerechtshof 's-Gravenhage 22 april 2014, *PJ* 2014/101. Van Marwijk Kooy benadrukt dat onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen constitutieve informatie (informatie gericht op rechtsgevolg) en declaratoire informatie. Onder welke omstandigheden sprake is van constitutieve informatie die 'aanzienlijke' pensioenbreuk genereert, zou kunnen worden gezien in het licht van de rechtspraak omtrent door werknemers in tijden van crisis te accepteren loonsverlaging. In de praktijk wordt wel de vuistregel gehanteerd dat indien voor een werkgever de bedrijfseconomische noodzaak bestaat om de lonen te verlagen, een 'goed werknemer' een loonsverlaging van 10% zou moeten accepteren (zie de discussies die speelden bij CapGemini en Oldfjell). In het licht van die vuistregel zou kunnen worden gesteld dat de grens wanneer sprake is van een 'aanzienlijke' neerwaartse bijstelling van arbeidsvoorwaarden bij 10% ligt. Naar analogie zou dan vervolgens kunnen worden gesteld dat constitutieve informatie die een pensioenbreuk van meer dan 10% beoogt te bewerkstelligen, op de door het Hof gesuggereerde wijze zou moeten worden verzonden. Deze analogie brengt echter niet direct een oplossing, daar een eenzijdige loonsverlaging van 10% in tijden van crisis in twee situaties niet behoefde te worden geaccepteerd (Rechtbank Utrecht 28 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3046 en Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:CA0060). Dat betekent wellicht dat zelfs bij een relatief beperkte vermindering van de toekomstige pensioenvererving van minder dan 10%, de 'zware' procedure zou moeten worden ingezet (vgl. wederom de aantekening van Huijg bij HR 8 februari 2013, *PJ* 2013/60 die wees op de vele vanuit fiscaal oogpunt noodzakelijke wijzigingen van pensioenregelingen die bij het schrijven van zijn aantekening te voorzien waren).

## Conclusie

De zaak waarvan het ECLI-nummer eindigt op 520 moet mijns inziens worden geplaatst in het kader van de onbevoegde vertegenwoordiging. De uitspraak lijkt te passen in de lijn van de rechtspraak rond het 'toedoen'-vereiste en 'risicoaansprakelijkheid' bij onbevoegde vertegenwoordiging. Het lijkt dat het Hof oordeelde dat aan het 'toedoen'-vereiste was voldaan doordat BPF Bouw de premie voor de door de DGA gewenste vrijwillige deelneming lange tijd aannam. De zaak waarvan het ECLI-nummer eindigt op 521 is wellicht voor de pensioenpraktijk meer relevant omdat daarin verzendvereisten voor op rechtsgevolg gerichte (constitutieve) correspondentie van pensioenuitvoerders lijken te zijn geformuleerd waarmee de praktijk wel uit de voeten zou moeten kunnen.