

het vonnis op dat punt zal worden bekrachtigd. Het hof zal de proceskosten in het principaal en incidenteel appel compenseren, nu de principale grief 2 en de incidentele grief betrekking hebben op dezelfde vordering en partijen in hoger beroep over en weer in het ongelijk worden gesteld.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter te Rotterdam van 29 april 2016, voor zover daarbij HDI is veroordeeld tot betaling aan Steinweg van € 945,00 exclusief BTW en kantoorkosten, vermeerderd met wettelijke rente, en voor zover daarbij de vordering van Steinweg tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten op grond van artikel 6:96 lid 2 sub c BW is afgewezen;
- en

In zoverre opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt HDI om aan Steinweg te betalen ter zake van de buitengerechtelijke kosten ex art. 6:96 lid 2 onder b BW een bedrag van € 4.191,00 exclusief BTW en kantoorkosten, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 20 juli 2011 tot de dag van algehele voldoening;
- veroordeelt HDI om aan Steinweg te betalen ter zake van de buitengerechtelijke incassokosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW een bedrag van € 200,00;
- bekrachtigt het vonnis voor het overige;
- compenseert de proceskosten in het principaal en incidenteel appel, in die zin dat elke partij haar eigen kosten draagt;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

PJ 2020/51

RECHTBANK AMSTERDAM

23 januari 2020, nr. C/13/670936 / HA RK 19-280

(Mr. P.J. van Eekeren)

m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Art. 83, 84 PW; art. 19, 2:23, 2:23b BW

ECLI:NL:RBAMS:2020:344

Geslaagd verzet tegen wijze van liquidatie ondernemingspensioenfonds in verband met genegeerd bezwaar tegen interne waardeoverdracht

Verzet tegen rekening en verantwoording en plan van verdeling als bedoeld in art. 2:23b, lid 5 BW van op de voet van art. 2:19 BW ontbonden ondernemingspensioenfonds slaagt omdat de vereffenaars gemaakte bezwaren tegen collectieve interne waardeoverdracht als bedoeld in art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet hebben genegeerd alvorens over te gaan tot collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 84 Pensioenwet. De bezwaren tegen de collectieve interne waardeoverdracht betroffen de omzetting van tijdelijk prepensioen en tijdelijk ouderdompensioen in levenslang ouderdompensioen volgens de eveneens door middel van interne collectieve waardeoverdracht gelijkgetrokken pensioenrichtleeftijd (na gelijktrekking voor eenieder 68 jaar).

Beschikking in de zaak van:

[Eiseres sub 1 en 2], verzoeksters, adv.: mr. B. Degelink te Amsterdam,

tegen

de Stichting Pensioenfonds Autoriteit Financiële Markten in liquidatie te Amsterdam, verweerster, adv.:

mr. J. Los te Nieuwegein,

en

de Stichting Autoriteit Financiële Markten, te Amsterdam, belanghebbende, adv.: mr. J.W. de Bruin te Amsterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres sub 1], [eiseres sub 2], Pensioenfonds AFM en AFM worden genoemd.

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het op 14 augustus 2019 ter griffie ingekomen verzoekschrift, met producties;
 - de tussenbeschikking van 19 september 2019, waarbij een mondelinge behandeling is bepaald;
 - het verweerschrift, met producties, van Pensioenfonds AFM;
 - het verweerschrift van AFM;
 - de mondelinge behandeling van 18 november 2019, het daarvan opgemaakte proces-verbaal en de daarin vermelde stukken;
 - de verzoeken van 12 december 2019 van mr. Los respectievelijk mr. De Bruin om een beschikking te geven.
- 1.2. De beschikking is bepaald op heden.

2 De feiten

- 2.1. [eiseres sub 1] is geboren op [geboortedag] 1962, [eiseres sub 2] is geboren op [geboortedag] 1961.
- 2.2. Zowel [eiseres sub 1] als [eiseres sub 2] is in het verleden werknemer geweest van (rechtsvoorgangers van) AFM.
- 2.3. Zowel [eiseres sub 1] als [eiseres sub 2] heeft gedurende haar dienstverband met AFM op grond van een daartoe strekkende overeenkomst met AFM (hierna: de pensioenovereenkomst) deelgenomen in de pensioenregeling van AFM.
- 2.4. Die pensioenregeling is vanaf 1 januari 2014 op grond van een daartoe strekkende overeenkomst tussen AFM en Pensioenfonds AFM (hierna: de uitvoeringsovereenkomst) uitgevoerd door Pensioenfonds AFM.
- 2.5. Bij besluit van 27 september 2017 van zijn bestuur is Pensioenfonds AFM per 1 januari 2018 ontbonden.
- 2.6. Bij brief van 13 oktober 2017 heeft Pensioenfonds AFM, voor zover hier van belang, aan (onder anderen) [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] geschreven:

De Nationale Algemeen Pensioenfonds (De Nationale APF) is vanaf 2018 de beoogde nieuwe uitvoerder van uw AFM pensioen. In deze brief vertellen wij u graag wat dit voor u betekent.

Waarom een nieuwe pensioenuitvoerder?

Pensioenfonds AFM is in 2013 opgericht als tijdelijk pensioenfonds. De uitvoering van het AFM pensioen op deze manier is arbeidsintensief en duur. We zijn namelijk een klein pensioenfonds zonder schaalvoordelen, met veel verschillende pensioenen en pensioenricht-datum. Daarom heeft de AFM gezocht naar een meer toekomstbestendige uitvoering van de pensioenregeling. De AFM heeft die gevonden in De Nationale APF.

De overgang naar De Nationale APF is alleen mogelijk met enige aanpassingen in het AFM pensioen. De Nationale APF kan namelijk alleen tegen lage kosten het pensioen uitvoeren, als de regelingen die zij voor verschillende werkgevers uitvoeren zoveel mogelijk aan elkaar gelijk zijn. Werkgever AFM heeft in overleg met de OR vastgesteld dat de noodzakelijke aanpassingen beperkt en acceptabel zijn, en ongewijzigde uitvoering van het in 2015 afgesloten pensioenakkoord mogelijk maken.

Hoe is het gegaan?

Werkgever AFM heeft De Nationale APF geselecteerd door middel van een eind 2016 gestarte Europese aanbestedingsprocedure. De Nationale APF heeft hierin de beste aanbieding gedaan. Deze uitkomst hebben De Nationale APF en de AFM recent naar buiten gebracht. Dat betekent dat de AFM de pensioenregeling vanaf 1 januari 2018 door De Nationale APF wil laten uitvoeren. Als u vanaf 2018 werkzaam bent bij de AFM, dan bouwt u vanaf dat jaar uw pensioen op bij De Nationale APF.

Wat betekent dit voor Pensioenfonds AFM?

Pensioenfonds AFM heeft het voornemen om ook de al opgebouwde pensioenen vanaf 1 januari 2018 aan De Nationale APF over te dragen. Pensioenfonds AFM gaat vervolgens in liquidatie: het pensioenfonds houdt op te bestaan. De Nationale APF neemt dan zijn taken over, zoals het uitkeren van de pensioenen, het beleggen, het voeren van de administratie en het informeren over uw pensioen.

Wat betekent dit voor mij?

De hoofdlijnen van de regeling, de premieafspraken en het strategisch beleggingsbeleid worden voor de overgang naar De Nationale APF niet gewijzigd. Om lagere kosten en eenvoud te realiseren, worden de bestaande pensioenregelingen wel geharmoniseerd naar één pensioenrichtdatum. Pensioenfonds AFM voert op dit moment namelijk zes verschillende regelingen uit. Dat is duur en complex. Het uitgangspunt bij deze harmonisatie is om eventuele verschillen tussen uw afspraken voor en na harmonisatie zo klein mogelijk te maken.

Harmonisatie van pensioenrichtdatums

De oude pensioenrichtdatums waren onder meer 62, 65 en 67 jaar. De nieuwe pensioenrichtdatum wordt 68 jaar. U ontvangt uw levenslange ouderdomspensioen dus vanaf 68 jaar. Omdat u uw ouderdomspensioen later ontvangt, verhogen wij het pensioen. U kunt nog steeds uw pensioen vervroegen, bijvoorbeeld naar vijf jaar voor uw AOW-leeftijd. Omdat u dan uw pensioen eerder ontvangt, wordt uw pensioen in dat geval lager dan als u uw pensioen met 68 jaar in laat gaan.

Harmonisatie van tijdelijke pensioenen

Op dit moment heeft u, naast uw levenslange ouderdomspensioen, ook een tijdelijk prepensioen, dat ingaat op 60 jaar en waarvan uitkering stopt op 62 jaar. U heeft ook een tijdelijk ouderdomspensioen opgebouwd. De uitkering voor dit tijdelijk ouderdomspensioen gaat in op 62 jaar en stopt op 65 jaar. Dit zijn beide bijzondere pensioenvormen, met hoge uitvoeringskosten, die niet meer passen bij het huidige tijdsbeeld van doorwerken tot uw AOW-leeftijd. Beide opgebouwde pensioenen (tijdelijk prepensioen en tijdelijk ouderdomspensioen) worden volgens de daarvoor geldende rekenregels omgezet naar een levenslang ouderdomspensioen, ingaande op 68 jaar. Uw opgebouwde tijdelijke pensioenen verdwijnen dus niet: uw levenslange ouderdomspensioen vanaf 68 jaar wordt hoger, ter vervanging van uw tijdelijke uitkeringen. Als u alsnog een uitkering in de jaren vóór uw pensioendatum wilt, dan is dat mogelijk. Het nieuwe pensioenreglement geeft u namelijk meer mogelijkheden om uw pensioen aan te passen aan uw situatie, tegen de tijd dat u daarover beslissingen wilt nemen. Zo kunt u uw levenslange ouderdomspensioen vervroegen naar bijvoorbeeld vijf jaar voor uw AOW-leeftijd. Ook kunt u onder het nieuwe pensioenreglement eerst gedeeltelijk met pensioen gaan, terwijl u gedeeltelijk blijft doorwerken. Onder het huidige reglement is dit deeltijdspensioen nog niet mogelijk.

Wat kan ik doen?

In deze brief geven wij aan dat uw tijdelijk prepensioen wordt omgezet naar een levenslang ouderdomspensioen. U kunt bezwaar aantekenen tegen deze aanpassing. (...).

In deze brief geven wij ook aan dat uw tijdelijk ouderdomspensioen wordt omgezet naar een levenslang ouderdomspensioen. U kunt ook bezwaar aantekenen tegen deze aanpassing. (...).

Uw eventuele reactie inclusief de benodigde informatie kunt u uiterlijk 11 november 2017 aanleveren (...). Bij geen bericht gaan wij ervan uit dat u akkoord bent met de omzetting van uw tijdelijk prepensioen en tijdelijk ouderdomspensioen in een levenslang ouderdomspensioen ingaande op 68 jaar.

Wij nemen graag contact met u op als u een reactie instuurt. Volledigheidshalve merken wij op dat het pensioenfonds geen mogelijkheid heeft om naar aanleiding van uw eventuele bezwaar uw tijdelijke aanspraken ongewijzigd voort te zetten.

- 2.7. Zowel [eiseres sub 1] als [eiseres sub 2] heeft tijdig bezwaar gemaakt bij Pensioenfonds AFM.
2.8. Bij brief van 16 november 2017 heeft AFM, voor zover hier van belang, aan Pensioenfonds AFM geschreven:

Momenteel is de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) als werkgever doende de pensioenovereenkomsten met werknemers aan te passen aan de nieuwe fiscale pensioenrichtleeftijd (van 67) naar 68 jaar (per 1 januari 2018).

Genoemde aanpassing valt samen met de uitvoering van de pensioenregeling van de AFM door een nieuwe pensioenuitvoerder in de zin van de PW vanaf 1 januari 2018. Om het voor de nieuwe pensioenuitvoerder mogelijk te maken alle pensioenaanspraken te administreren op basis van een pensioenrichtleeftijd van 68 jaar is het noodzakelijk dat Pensioenfonds AFM voorafgaand aan de collectieve waardeoverdracht alle bij Pensioenfonds AFM aanwezige pensioenaanspraken harmoniseert en daarmee baseert op een pensioenrichtleeftijd van 68 jaar. Wij hebben in dat verband kennis genomen van het standpunt van het bestuur van Pensioenfonds AFM dat de thans bij het Pensioenfonds AFM aanwezige aanspraken op overbruggingspensioen en prepensioen alleen omgezet kunnen worden in aanspraken op levenslang ouderdomspensioen met een pensioenrichtleeftijd van 68 jaar indien daarbij de juridische route in de vorm van artikel 83 Pensioenwet wordt bewandeld. Voor genoemde omzetting is een verzoek van de werkgever noodzakelijk.

Bij dezen verzoeken wij u de thans bij Pensioenfonds AFM aanwezige aanspraken op overbruggingspensioen (62 – 65 jaar) en prepensioen (60 – 62 jaar) door middel van collectieve waardeoverdracht om te zetten in aanspraken op levenslang ouderdomspensioen met een pensioenrichtleeftijd van 68 jaar en deze aanspraken over te dragen aan De Nationale APF, conform het bepaalde in artikel 83, lid 1, aanhef en onderdeel c, Pensioenwet.

Voorts verzoeken wij u om collectieve waardeoverdracht (eveneens op grond van artikel 83 Pensioenwet) van de bij Pensioenfonds AFM aanwezige prepensioenkapitalen.

2.9. Bij brief van 28 november 2017 heeft AFM de uitvoeringsovereenkomst met Pensioenfonds AFM opgezegd tegen 1 januari 2018.

2.10. Het op 17 juni 2019 door de vereffenaars van Pensioenfonds AFM ter inzage gelegde “Liquidatieverslag over de periode 1 januari 2019 (tevens inhoudende de rekening en verantwoording en het plan van verdeling van de vereffenaars)”, gedateerd 12 juni 2019, luidt, voor zover hier van belang:

Bestuurlijke activiteiten
(...)

Liquidatie

In 2018 zijn de collectieve waardeoverdrachten afgewikkeld en zijn activiteiten in het kader van de liquidatie (...) uitgevoerd. In de verslagperiode hebben de vereffenaars zich kunnen beperken tot het opstellen van het jaarverslag 2018 en aansluitend dit liquidatieverslag.

Het liquidatiesaldo is nihil. Dit is met name omdat:

- Naast de pensioenverplichtingen ook het gehele vermogen van het pensioenfonds per 1 januari 2018 is overgedragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder;
- De werkgever de uitvoeringskosten die het pensioenfonds vanaf 1 januari 2018 maakt vergoedt.

(...)

Bestemming saldo bij liquidatie en Plan van verdeling

In de statuten is een bepaling opgenomen over de wijze waarop het liquidatiesaldo dient te worden aangewend.

Na voldoening van alle schuldeisers en de verrekening van de vordering met de werkgever resteert een liquidatiesaldo van nihil.

Dit liquidatieverslag bevat ook een “Liquidatierekening over de periode 1 januari 2019 tot en met 29 mei 2019”.

3 Het verzoek en de verweren

3.1. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] verzoeken de rechtbank om – uitvoerbaar bij voorraad – hun verzet tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling bij de vereffening van Pensioenfonds AFM gegrond te verklaren, met veroordeling van Pensioenfonds AFM in de proceskosten en de nakosten.

3.2. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] leggen hieraan ten grondslag dat in de rekening en verantwoording en het plan van verdeling geen rekening is gehouden met hun aanspraken op tijdelijk prepen-

sioen (hierna: de TPP-aanspraken) en met hun aanspraken op tijdelijk ouderdomspensioen (hierna: de TOP-aanspraken).

3.3. Pensioenfonds AFM voert verweer.

3.4. Ook AFM, belanghebbende, voert verweer.

4 De beoordeling

4.1. Artikel 2:19 lid 1 aanhef en onder a Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtspersoon wordt ontbonden door een besluit van het bestuur. Pensioenfonds AFM is per 1 januari 2018 ontbonden. Ingevolge artikel 2:19 lid 5 BW is Pensioenfonds AFM vervolgens blijven voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Ingevolge artikel 2:23 lid 1 BW zijn de bestuurders van Pensioenfonds AFM (ook) de vereffenaars van zijn vermogen.

4.2. Artikel 2:23b lid 2 BW bepaalt dat de vereffenaar een rekening en verantwoording opstelt van de vereffening, waaruit de omvang en samenstelling van het overschot blijken. Het voegt daaraan toe: "Zijn er twee of meer gerechtigden tot het overschot, dan stelt de vereffenaar een plan van verdeling op dat de grondslagen der verdeling bevat". De vereffenaars van Pensioenfonds AFM hebben op 17 juni 2019 een "Liquidatieverslag over de periode 1 januari 2019 (tevens inhoudende de rekening en verantwoording en het plan van verdeling van de vereffenaars)" ter inzage gelegd.

4.3. Artikel 2:23b lid 5, eerste zin, BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat binnen twee maanden nadat de rekening en verantwoording en het plan van verdeling zijn neergelegd iedere schuldeiser of gerechtigde daartegen door het indienen van een verzoek bij de rechtbank in verzet kan komen. Het op 14 augustus 2019 ter griffie ingekomen verzoek van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] is tijdig ingediend.

4.4. Artikel 2:23b lid 5, tweede zin, BW bepaalt dat de vereffenaar van gedaan verzet mededeling doet op dezelfde wijze als waarop de nederlegging van de rekening en verantwoording en het plan van verdeling zijn medegedeeld. Blijkens nummer 1.12 van het verweerschrift van Pensioenfonds AFM en zijn productie 4 hebben de vereffenaars van zijn vermogen aan dit voorschrift voldaan.

4.5. Anders dan Pensioenfonds AFM aanvoert, leidt de enkele omstandigheid dat er geen overschot is (met als gevolg dat er feitelijk geen plan van verdeling is) niet tot niet-ontvankelijkheid van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] in hun verzoek. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] richten hun pijlen allereerst op de volgens hen onjuiste rekening en verantwoording. Artikel 2:23b lid 5, eerste zin, BW laat hen die mogelijkheid.

4.6. Het inhoudelijke debat tussen partijen spitst zich toe op de artikelen 83 en 84 Pensioenwet. Beide bepalingen zijn opgenomen in paragraaf 3 ("Beschikken over pensioen") van hoofdstuk IV ("Algemene bepalingen met betrekking tot de pensioenuitvoerder") van die wet.

4.7. Artikel 83 Pensioenwet luidt, voor zover hier van belang:

1. De pensioenuitvoerder is op verzoek van de werkgever (...) bevoegd tot collectieve waardeoverdracht indien:

(...)

c. de waardeoverdracht ertoe strekt in verband met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten de waarde van pensioenaanspraken of pensioenrechten aan te wenden bij dezelfde pensioenuitvoerder overeenkomstig die gewijzigde pensioenovereenkomsten;

(...).

2. Bij een collectieve waardeoverdracht als bedoeld in het eerste lid wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

a. de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of de pensioengerechtigden hebben geen bezwaren jegens de pensioenuitvoerder kenbaar gemaakt tegen de waardeoverdracht nadat zij over het voornemen schriftelijk zijn geïnformeerd;

(...)

c. het voornemen tot waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder wordt door de overdragende pensioenuitvoerder uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van waardeoverdracht schriftelijk gemeld aan de toezichhouder en de toezichhouder heeft binnen die periode geen verbod tot waardeoverdracht opgelegd.

(...)

7. Elk beding strijdig met dit artikel is nietig.

In dit verband wordt wel gesproken van een interne collectieve waardeoverdracht.

4.8. Artikel 84 Pensioenwet luidt, voor zover hier van belang:

1. De pensioenuitvoerder is verplicht tot waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder bij liquidatie van de eerstgenoemde pensioenuitvoerder. Het algemeen pensioenfonds is verplicht tot waardeoverdracht aan een andere pensioenuitvoerder of een andere collectiviteitkring bij beëindiging van een collectiviteitkring.
2. In geval van een waardeoverdracht als bedoeld in het eerste lid gelden de volgende voorwaarden:
 - a. het voornemen tot waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder wordt door de overdragende pensioenuitvoerder uiterlijk drie maanden voor de beoogde datum van waardeoverdracht schriftelijk gemeld aan de toezichthouder en de toezichthouder heeft binnen die periode geen verbod tot waardeoverdracht opgelegd (...).

In dit verband wordt wel gesproken van een externe collectieve waardeoverdracht.

4.9. Uitgangspunt is dat zowel [eiseres sub 1] als [eiseres sub 2] gedurende haar dienstverband met (rechtsvoorgangers van) AFM TPP-aanspraken en TOP-aanspraken jegens (uiteindelijk) Pensioenfonds AFM heeft opgebouwd.

4.10. Pensioenfonds AFM heeft die aanspraken eerst omgezet, althans willen omzetten, in aanspraken op levenslang ouderdomspensioen vanaf het bereiken van de leeftijd van 68 jaar (en de daartegenover staande waarde op de voet van artikel 83 Pensioenwet intern overgedragen, althans willen overdragen). Vervolgens heeft Pensioenfonds AFM de tegenover de gewijzigde aanspraken staande waarde op de voet van artikel 84 Pensioenwet extern overgedragen, althans willen overdragen, aan De Nationale APF.

4.11. Met het oog op artikel 83 Pensioenwet wordt het volgende overwogen.

- a. Artikel 83 lid 1 aanhef en onder c Pensioenwet veronderstelt een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten door AFM. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] merken terecht op dat dit in beginsel dient te gebeuren met wederzijds goedvinden en dat dit op grond van artikel 19 Pensioenwet slechts onder bijzondere omstandigheden zonder hun instemming kan gebeuren.
- b. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] hebben op de voet van artikel 83 lid 2 aanhef en onder a Pensioenwet bezwaren jegens Pensioenfonds AFM kenbaar gemaakt tegen de waardeoverdracht. Gesteld noch gebleken is dat die bezwaren in het geheel geen hout snijden. Zo bestrijden Pensioenfonds AFM en AFM niet dat [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] op een voor hen ongelukkig moment zijn geconfronteerd met een op korte termijn door te voeren wezenlijk ander pensioenperspectief dan zij tot dat moment hadden.
- c. De bezwaren van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] hebben op grond van artikel 83 lid 2 Pensioenwet tot gevolg dat de interne collectieve waardeoverdracht voor zover deze hen betreft rehtens niet plaatsvindt. De (gestelde) afwezigheid van een verbod van de toezichthouder als bedoeld in artikel 83 lid 2 aanhef en onder c Pensioenwet maakt dit niet anders.
- d. Pensioenfonds AFM en AFM betogen met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW dat de hiervoor onder c, eerste zin, geformuleerde regel niet van toepassing is omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit betoog wordt verworpen. Redengevend is het volgende.
- e. De door Pensioenfonds AFM en AFM gewraakte regel is er een van dwingend recht; zie artikel 83 lid 7 Pensioenwet. Een dergelijke regel kan slechts onder uitzonderlijke omstandigheden opzij worden gezet.
- f. Pensioenfonds AFM heeft die regel en de gevolgen daarvan van de aanvang af genegeerd. Hij heeft [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] weliswaar gewezen op de mogelijkheid van bezwaar, maar hen tegelijkertijd min of meer afgeraden om daarvan gebruik te maken. Zie de laatste zin van het hiervoor onder 2.6 weergegeven deel van zijn brief van 13 oktober 2017.
- g. Pensioenfonds AFM wist van de aanvang af van de tijdelijkheid van zijn bestaan, althans AFM wist van de aanvang af van de tijdelijkheid van het bestaan van Pensioenfonds AFM. Dat heeft AFM er niet van weerhouden ook TPP-aanspraken en TOP-aanspraken bij Pensioenfonds AFM onder te brengen en heeft Pensioenfonds AFM er niet van weerhouden dergelijke aanspraken te accepteren.
- h. AFM en/of Pensioenfonds AFM heeft gekozen voor De Nationale APF als opvolgend pensioenuitvoerder. De Nationale APF kan of wil geen TPP-aanspraken en TOP-aanspraken (en de daartegenover staande waarde) administreren. Pensioenfonds AFM en AFM kunnen een en ander niet aan [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] tegenwerpen.

- i. Pensioenfonds AFM heeft zichzelf, althans AFM heeft Pensioenfonds AFM, in een positie gema-noeuvreerd waarin Pensioenfonds AFM zich relatief grote inspanningen moet (blijven) getroos-ten en relatief hoge kosten moet (blijven) maken voor een relatief klein aantal 'achterblijvers'. Inspanningen en kosten die overigens van de aanvang af voorzienbaar waren. Pensioenfonds AFM en AFM kunnen een en ander niet aan [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] tegenwerpen.
- j. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] verzetten zich op zichzelf niet tegen het ontbindingsbesluit en de gevolgen daarvan. Zij beperken in die zin niet de vrijheid van Pensioenfonds AFM om te be-schikken over zijn eigen (voort)bestaan. Zij wensden slechts een behoorlijke afwikkeling van hun rechtsverhouding met Pensioenfonds AFM.

De slotsom is dat de tegenover de TPP-aanspraken en TOP-aanspraken van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] staande waarde niet intern is overgedragen.

4.12. Artikel 84 Pensioenwet leidt niet alsnog tot de slotsom dat Pensioenfonds AFM de tegenover 'omgezette' aanspraken van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] staande waarde extern heeft overgedragen. Een dergelijke waarde was er immers niet (en wilde De Nationale APF ook niet). De (gestelde) afwezig-heid van een verbod van de toezichthouder als bedoeld in artikel 84 lid 2 aanhef en onder c Pensioenwet maakt dit niet anders.

4.13. Pensioenfonds AFM en AFM bestrijden niet dat de rekening en verantwoording (en het plan van verdeling) niet in overeenstemming is (zijn) met hetgeen hiervoor onder 4.11 en 4.12 is overwogen.

4.14. [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] stellen dat de onderhavige procedure zich niet leent voor een inhoudelijke beoordeling van hun vorderingen tegen Pensioenfonds AFM omtrent hun TPP-aanspraken en TOP-aanspraken. Zij zijn echter bereid die vorderingen in een dagvaardingsprocedure tegen Pen-sioenfonds AFM te laten beoordelen (waarna, voor zover nodig, aanpassing van de rekening en verant-woording (en het plan van verdeling) kan plaatsvinden). Pensioenfonds AFM staat hier niet onwelwil-lend tegenover. Zoals door [eiseres sub 1], [eiseres sub 2] en Pensioenfonds AFM voorgesteld, zal de rechtbank een termijn stellen waarbinnen dat geding aanhangig dient te zijn gemaakt.

4.15. Het verzochte, aldus gelezen, dient te worden toegewezen.

4.16. Pensioenfonds AFM en AFM zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de aan de zijde van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] gevallen proceskosten, tot deze beschikking begroot op EUR 297,00 aan griffierecht en EUR 1.086,00 aan salaris advocaat (twee punten, tarief II), in totaal EUR 1.383,00. De gevorderde vergoeding van nakosten is toewijsbaar op de in de beslissing vermelde wijze.

5 De beslissing

De rechtbank:

- 5.1. verklaart het verzet tegen de rekening en verantwoording (en het plan van verdeling) gegrond op voorwaarde dat [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] binnen zes weken na heden het hiervoor onder 4.14 bedoelde geding aanhangig maken;
- 5.2. veroordeelt Pensioenfonds AFM en AFM in de kosten van het geding, tot deze beschikking aan de zijde van [eiseres sub 1] en [eiseres sub 2] begroot op EUR 1.383,00;
- 5.3. veroordeelt Pensioenfonds AFM en AFM in de na deze beschikking ontstane kosten, begroot op EUR 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen – onder de voorwaarde dat Pensioenfonds AFM en AFM niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de beschikking hebben voldaan en vervolgens betekening van de beschikking heeft plaatsgevonden – met EUR 82,00 aan salaris advocaat en de ex-plootkosten van betekening;
- 5.4. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Deze zaak betrof de ontbinding en vereffening van het aan werkgever AFM verbonden onder-nemingspensioenfonds in verband met de overgang naar een algemeen pensioenfonds. Voor de over-gang van het eigen ondernemingspensioenfonds naar een algemeen pensioenfonds was gekozen om de uitvoeringskosten te drukken. Voor de overgang naar het algemeen pensioenfonds stelde het algemeen pensioenfonds de eis dat alle bij het ondernemingspensioenfonds geldende pensioenrichtleeftijden zou-den worden gelijkgetrokken naar de momenteel gangbare pensioenrichtleeftijd van 68 jaar (zie art. 18a, lid 6 Wet op de loonbelasting 1964). Verder stelde het algemeen pensioenfonds de eis dat bij het onder-nemingspensioenfonds ondergebrachte tijdelijke prepensioenen en tijdelijke ouderdomspensioenen (uit te keren gedurende een periode gelegen vóór de pensioenrichtleeftijd) zouden worden omgezet in een verhoogd levenslang ouderdomspensioen vanaf pensioenrichtleeftijd 68. Alleen dan zouden de

uitvoeringskosten door de overgang naar het algemeen pensioenfonds kunnen worden gedrukt.

2. Tegen de interne waardeoverdracht leidend tot omzetting van het tijdelijke prepensioen en het tijdelijke ouderdomspensioen was door eiseressen bezwaar gemaakt. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt niet wat het bezwaar inhield, maar wel dat niet vast stond dat het bezwaar in het geheel geen hout zou snijden en dat het verband hield met het als gevolg van de omzetting gewijzigde pensioenperspectief van eiseressen (zie overweging 4.11, aanhef en onder b), gegeven die omstandigheden oordeelde de rechtbank dat:

- Het bezwaarrecht van art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet feitelijk inhoudt dat collectieve waardeoverdracht slechts mogelijk is met wederzijds goedvinden (goedvinden van de werkgever en elk van de individuele gewezen deelnemers en deelnemers aan de pensioenregeling van het pensioenfonds);
- Indien in de pensioenovereenkomsten van de betreffende (gewezen) deelnemers een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 19 Pensioenwet is opgenomen, collectieve waardeoverdracht slechts onder “bijzondere omstandigheden” zonder instemming van de (gewezen) deelnemer mogelijk is (kennelijk indien aan de zogenaamde zwaarwichtigheidsis gesteld in art. 19 Pensioenwet is voldaan);
- Indien niet evident is dat gemaakt bezwaar in het geheel geen hout snijdt, gemaakt bezwaar niet kan worden genegeerd (kennelijk zou gemaakt bezwaar slechts kunnen worden genegeerd indien bezwaarmakers in het licht van het bepaalde in art. 3:13 BW misbruik van de bezwaarmogelijkheid zouden maken, zij door bezwaar te maken in het licht van het bepaalde in art. 6:162 BW een onrechtmatige daad zouden plegen of op grond van toepassing van het in art. 6:2, lid 2 BW verwoorde “onaanvaardbaarheidsleerstuk”);
- Het bezwaarrecht van art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet, gezien het bepaalde in lid 7 van art. 83 Pensioenwet, van dwingend recht is zodat een collectieve waardeoverdracht die wordt uitgevoerd terwijl bezwaar werd gemaakt nietig is (“niet plaatsvindt”; overweging 4.11, aanhef en onder c);
- Het ontbreken van bezwaar van DNB tegen de collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 83, lid 2, aanhef en onder c Pensioenwet niet betekent dat aan een individueel bezwaar op grond van het bepaalde onder a van dat artikellid geen betekenis meer zou toekomen (het ontbreken van bezwaar van de zijde van DNB vervangt niet het individueel benodigde ontbreken van bezwaar van de individuele (gewezen) deelnemers);
- De pensioenaanspraken van eiseressen niet “extern” (aan het algemene pensioenfonds dat als overnemende pensioenuitvoerder zou moeten gaan fungeren) waren overgedragen omdat het algemene pensioenfonds uitsluitend de omgezette pensioenaanspraken wenste aan te nemen;
- Het ontbreken van bezwaar van DNB tegen de externe collectieve waardeoverdracht op de voet van art. 84, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet niet betekende dat de pensioenaanspraken van eiseressen als rechtsgeldig omgezet zouden kunnen worden beschouwd en/of (al dan niet omgezet) als aan het algemeen pensioenfonds overgedragen zouden kunnen worden beschouwd.

3. Ik merk bij deze opsomming op dat in deze zaak door de werkgever en het ondernemingspensioenfonds niet was gesteld dat eiseressen door van het bezwaarrecht gebruik te maken misbruik van het bezwaarrecht zouden hebben gemaakt of een onrechtmatige daad jegens de werkgever en/of het ondernemingspensioenfonds zouden hebben gepleegd. Wel deden de werkgever en het ondernemingspensioenfonds een beroep op het onaanvaardbaarheidsleerstuk door te stellen dat (langere) instandhouding van het ondernemingspensioenfonds tot grote inspanningen van de zijde van de werkgever en het ondernemingspensioenfonds zouden leiden die met relatief hoge uitvoeringskosten gepaard zouden gaan. Dat was naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende voor een beroep op het onaanvaardbaarheidsleerstuk omdat de werkgever en het ondernemingspensioenfonds zich zelf in die positie hadden gemanoeuvreed.

4. Wat is vanuit juridische optiek interessant aan deze uitspraak?

5. Interessant is in de eerste plaats dat het bezwaarrecht van art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet feitelijk zou inhouden dat interne waardeoverdracht voor een individu als onderdeel van een interne collectieve waardeoverdracht slechts mogelijk zou zijn met wederzijds goedvinden, omdat collectieve waardeoverdracht onlosmakelijk gepaard gaat met een wijziging van de pensioenovereenkomst (zie de overwegingen 4.11a en 4.11b in onderlinge samenhang gelezen). Gezien het feit dat eiseressen bezwaar hadden gemaakt tegen zowel de wijziging van hun pensioenovereenkomst als tegen de interne waardeoverdracht (dat leid ik af uit overweging 2.7), zou dat betekenen dat de werkgever en het ondernemingspensioenfonds eiseressen alsnog zouden moeten bewegen om zowel met wijziging van hun pensioenovereenkomst als de collectieve interne waardeoverdracht in te stemmen. Geplaatst in

het kader van de rechtspraak rond wijziging van arbeidsvoorwaarden met wederzijds goedvinden, zou dat betekenen dat interne collectieve waardeoverdracht slechts mogelijk zou zijn met “welbewuste instemming” van de betrokkenen (HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 inzake CZ, in die zaak werd “welbewuste instemming” met wijziging van een pensioenovereenkomst verondersteld, omdat de in het verlengde van de wijziging liggende waardeoverdracht door de werknemer werd geaccepteerd). Mij lijkt dat de hier door mij geannoteerde uitspraak op dit punt strikt genomen niet zonder meer juist is, omdat onderscheid moet worden gemaakt tussen *enerzijds* wijziging van de pensioenovereenkomst (waarvoor indien geen sprake is van rechtsgeldige eenzijdige wijziging, “instemming” (lees: “welbewuste instemming”) noodzakelijk is (de werkgever volgde in dit verband de negatieve optie: wie geen bezwaar zou maken, zou worden geacht met wijziging van de pensioenovereenkomst te hebben ingestemd), en *anderzijds* de interne collectieve waardeoverdracht die het uitvloeisel is van wijziging van de pensioenovereenkomst. Het vereiste van “welbewuste instemming” met wijziging van de pensioenovereenkomst (in situaties waarin geen sprake is van rechtsgeldige eenzijdige wijziging) en het vereiste van geen bezwaar tegen interne collectieve waardeoverdracht kunnen in mijn visie niet worden gelijkgesteld. Het verschil is gelegen in het aspect van “welbewustheid”. Ten aanzien van degene die geen bezwaar maakt tegen wijziging van zijn pensioenovereenkomst in de situatie dat de negatieve optie wordt gehanteerd, kan worden getwijfeld of geen bezwaar maken inhoudt dat “welbewust” met wijziging wordt ingestemd. Degene die geen bezwaar maakt tegen interne collectieve waardeoverdracht laat een rechtshandeling (te weten: bezwaar maken, gericht op het rechtsgevolg dat een voorgestelde waardeoverdracht niet wordt uitgevoerd) achterwege, maar dat hoeft niet per se “welbewust” te gebeuren omdat de eis van “welbewustheid” niet aan art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet ten grondslag ligt.

6. Interessant is in de *tweede* plaats dat indien van de opvatting zou moeten worden uitgegaan dat het bezwaarrecht van art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet feitelijk zou inhouden dat voor interne collectieve waardeoverdracht individuele instemming noodzakelijk is, indien de pensioenovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 19 Pensioenwet) bevat, een interne collectieve waardeoverdracht zou kunnen worden uitgevoerd zonder instemming van betrokkenen indien aan de “zwaarwichtigheids” is voldaan (zie voor de wijze van toepassing van deze toets recent HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869 inzake Fair Play). Ik vraag mij af of dat juist is, omdat dit zou betekenen dat het bezwaarrecht dan feitelijk ter zijde wordt geschoven. Het lijkt veeleer zo dat het bezwaarrecht van art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet als *lex specialis* dient te worden beschouwd ten opzichte van art. 19 Pensioenwet. Wijziging van een pensioenovereenkomst is mogelijk met wederzijds goedvinden of eenzijdig, indien de pensioenovereenkomst in een eenzijdig wijzigingsbeding voorziet en aan de voorwaarden voor eenzijdige wijziging is voldaan. Ook in dat laatste geval geldt, indien als uitvloeisel van wijziging van de pensioenovereenkomst een interne collectieve waardeoverdracht volgt, dat tegen die interne collectieve waardeoverdracht individueel bezwaar kan worden gemaakt.

7. Interessant is in de *derde* plaats dat de rechtbank onderscheid maakte tussen de interne waardeoverdracht (leidend tot omzetting van het prepensioen en het tijdelijk ouderdomspensioen van eiseressen in levenslang ouderdomspensioen en uniformering van de pensioenrichtleeftijden) en de externe waardeoverdracht (leidend tot de overgang van de verplichtingen van het ondernemingspensioenfonds op het algemeen pensioenfonds). Dat onderscheid is in mijn visie terecht, daar het om verschillende waardeoverdrachten gaat, met een verschillend effect en een eigen specifieke wettelijke regeling (respectievelijk art. 83 en art. 84 Pensioenwet).

8. Interessant is in de *vierde* plaats dat de werkgever en het ondernemingspensioenfonds zich uitsluitend hebben beroepen op “onaanvaardbaarheid” van het door eiseressen gemaakte bezwaar tegen de interne collectieve waardeoverdracht, in plaats van (tevens) te stellen dat sprake zou zijn van misbruik van het bezwaarrecht. De lat voor de onaanvaardbaarheidstoets ligt hoog, de gestelde langer doorlopende noodzakelijke inspanningen en (uitvoerings)kosten bleken niet voldoende gewogen tegen het argument dat niet op voorhand duidelijk was dat het bezwaar geen hout zou snijden. Dit ondanks het feit dat, naar ik aanneem, wel werd voldaan aan de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid van art. 83, lid 2, aanhef en onder b Pensioenwet. Indien voor eiseressen de verhoging van hun ouderdomspensioen niet op individueel niveau actuariel gelijkwaardig was aan de omgezette prepensioenen en tijdelijke ouderdomspensioenen, geeft dat op zichzelf geen grond voor bezwaar omdat voldoende is dat aan de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid wordt voldaan. Hiermee is niet gezegd dat geen grond meer voor gebruikmaking van het bezwaarrecht opgenomen in art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet zou kunnen bestaan, indien een interne collectieve waardeoverdracht voldoet aan de eis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid. Uit de uitspraak blijkt dat het pensioenperspectief voor eiseressen wijzigde. Mogelijk zouden zij hun ouderdomspensioen bij het algemeen pensioenfonds

niet kunnen vervroegen, of althans niet kunnen vervroegen tot de ingangsdatum van het prepensioen respectievelijk het tijdelijk ouderdomspensioen, zodat het perspectief om op een bepaalde leeftijd te pensioneren vervaagde. In een bodemprocedure zal moeten worden beoordeeld, indien dit inderdaad de achtergrond van het bezwaar is, of dat belang zwaarder moet wegen dan de belangen van de werkgever en het ondernemingspensioenfonds bij de overgang naar het algemeen pensioenfonds en liquidatie van het ondernemingspensioenfonds. De werkgever en het ondernemingspensioenfonds zullen moeten aantonen dat de inspanningen en kosten voor instandhouding van het ondernemingspensioenfonds dermate hoog zijn, en dat geen andere pensioenuitvoerder bereid is tegen aanvaardbare kosten de bestaande pensioenregelingen uit te voeren, wil de belangenafweging zo uitpakken dat de omzetting van het prepensioen en het tijdelijk ouderdomspensioen door eiseressen moet worden geduld. Ook in dit opzicht geldt echter dat de wijziging van de pensioenovereenkomst voor zover het de omzetting van de prepensioenen en de tijdelijke ouderdomspensioenen betreft separaat moet worden beoordeeld van de interne collectieve waardeoverdracht. De werkgever kon en mocht er niet van uitgaan dat indien geen bezwaar zou worden gemaakt tegen de interne collectieve waardeoverdracht, niet alleen de interne collectieve waardeoverdracht, maar óók de wijzigingen van de pensioenovereenkomst zouden zijn geaccepteerd. Art. 83, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet kan niet worden gebruikt om een wijziging van opgebouwde pensioenrechten te bewerkstelligen zonder welbewuste instemming (bij wijziging met wederzijds goedvinden) of een zwaarwichtig belang (bij eenzijdige wijziging op de voet van art. 19 Pensioenwet). Feitelijk geldt een dubbel wijzigingstraject: voor de omzetting van het prepensioen en het tijdelijk ouderdomspensioen in een verhoging van het levenslange ouderdomspensioen een wijzigingstraject via de route van welbewuste instemming of het zwaarwichtig belang, voor de interne waardeoverdracht een wijzigingstraject via de route van het bezwaarrecht. Het bezwaarrecht geeft de (gewezen) deelnemer een waarborg tegen het feit dat de interne waardeoverdracht tot gevolg heeft dat opgebouwde rechten worden gewijzigd. Daaraan staat art. 20 Pensioenwet in beginsel in de weg. Interne waardeoverdracht met de waarborg van het bezwaarrecht vormt een inbreuk op art. 20 Pensioenwet.

9. Voor het overige lijkt het oordeel van de rechtbank in lijn met de geldende wetgeving en rechtspraak. Het komt er au fond op neer dat bezwaar tegen een interne collectieve waardeoverdracht slechts zeer zelden rechtsgeldig zal kunnen worden genegeerd, omdat een flinterdun belang bij het maken van bezwaar (in deze zaak verondersteld gewijzigd pensioenperspectief) al voldoende is voor rechtsgeldig bezwaar, ook al ziet dat bezwaar feitelijk niet op de interne collectieve waardeoverdracht, maar op de daaraan voorafgaande wijziging van de pensioenovereenkomst.

mr. W.P.M. Thijssen

PJ 2020/52

RECHTBANK DEN HAAG

28 januari 2020, nr. C/09/582961/ FT RK 19/1474
(Mr. W.J. Don)

Art. 1 F

ECLI:NL:RBDHA:2020:629

Afwijzing faillissementsaanvraag door verplichtgesteld Bpf van een werkgever die pensioenpremies niet betaalt, omdat verweer dat verplichtstelling niet van toepassing is niet afdoende is weerlegd.

Verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds heeft voor niet betaalde premies dwangbevel uitgevaardigd waar geen verzet tegen is ingesteld. Dan vraagt het fonds het faillissement aan. In dat geding voert werkgever aan dat de verplichtstelling niet van toepassing is. De faillissementsaanvraag wordt afgewezen. Dit is met name het gevolg van het feit dat de raadkamer bij behandeling van de faillissementsaanvraag het fonds heeft verzocht nader onderzoek te doen naar de vraag of de werkgever onder de verplichtstelling valt, hetgeen het fonds heeft nagelaten en enkel verwijst naar het dwangbevel.

Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Bakkersbedrijf te Groningen, hierna: verzoekster 1,