

Pensioenvorderingen

door
Mr. W.P.M. Thijssen

Inhoudsopgave

18.1.	Deelnemerschap aan de pensioenregeling	8
18.1.1.	Absolute competentie	8
18.1.2.	Soort procedure	13
18.1.3.	Procespartijen	13
18.1.4.	Stelplicht en bewijslastverdeling	14
18.1.5.	Verweermogelijkheden	19
18.1.6.	Dwangsom	19
18.1.7.	Petitum	19
18.2.	Affinanciering	20
18.2.1.	Absolute competentie	20
18.2.2.	Soort procedure	26
18.2.3.	Procespartijen	31
18.2.4.	Stelplicht en bewijslastverdeling	32
18.2.5.	Verweermogelijkheden	38
18.2.6.	Dwangsom	43
18.2.7.	Petitum	43
18.3	Waarde-overdracht	43
18.3.1.	Absolute competentie	44
18.3.2.	Soort procedure	49
18.3.3.	Procespartijen	50
18.3.4.	Stelplicht en bewijslastverdeling	50
18.3.5.	Verweermogelijkheden	56
18.3.6.	Dwangsom	61
18.3.7.	Petitum	62
18.4	Voortzetting pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid	62
18.4.1.	Absolute competentie	67

Pensioenvorderingen

18.4.2.	Soort procedure	67
18.4.3.	Procespartijen	67
18.4.4.	Stelplicht en bewijslastverdeling	68
18.4.5.	Verweermogelijkheden	73
18.4.6.	Dwangsom	73
18.4.7.	Petitum	74
18.5	Werkingsfeer van Verplichtstellingsbesluiten	74
18.5.1.	Absolute competentie	74
18.5.2.	Soort procedure	79
18.5.3.	Procespartijen	80
18.5.4.	Stelplicht en bewijslastverdeling	80
18.5.5.	Verweermogelijkheden	86
18.5.6.	Dwangsom	91
18.5.7.	Petitum	91

Wetwijzer

- Art. 2, lid 2 Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) (rechtsvermoeden van pensioentoezegging).
- Art. 2, lid 5 en art. 3a PSW (afdracht van pensioenpremie).
- Art. 8 PSW (affinanciering).
- Art. 18 en art. 30 PSW (taak pensioenfondsbestuur, strafsancties).
- Art. 32a en art. 32b PSW (waarde-overdracht).
- Art. 9 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen) (affinanciering).
- Art. 16 en art. 16a Regelen (waarde-overdracht).
- Art. 9 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) (gebondenheid aan CAO).
- Art. 2 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) (gebondenheid aan CAO).
- Art. 39 RO (absolute competentie).
- Art. 33 PSW (absolute competentie).
- Art. 18, lid 1 Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wet bpf) (afdracht pensioenpremie).
- Art. 31, lid 1 Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Wet ber pr) (afdracht pensioenpremie).
- Art. 7A:1637f, aanhef en onder j BW (informatieverstrekking).
- Art. 27 Wet op de ondernemingsraden (WOR) (instemmingsrecht ondernemingsraad).

Rechtspraak

- HR 2 november 1922, NJ 1923, blz. 87*v*. (bevoegdheid kantonrechter).
- Rb. Groningen 4 december 1953, NJ 1954, 402 (apellabiliteit vonnis).
- HR 7 december 1956, NJ 1958, 445 (grondslag eis bepaalt bevoegdheid).
- Hof 's-Gravenhage 24 april 1964, NJ 1966, 36; zie tevens SMA 1966, blz. 755 m.nt. M.B. Vos (weigering afdracht pensioenpremie).
- HR 6 mei 1965, NJ 1965, 342 (dwangbevelprocedure).
- Rb. Rotterdam 2 november 1973, NJ 1974, 399 (rechtsvermoeden van pensioentoezegging).
- HR 24 september 1976, NJ 1978, 245 m.nt. B. Wachter (uitkering overschot bij waarde-overdracht).
- HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 m.nt. W.H. Heemskerk en A.R. Bloembergen (rechtsvermoeden van pensioentoezegging).
- Benelux Gerechtshof 9 april 1981, NJ 1982, 190 (dwangsom).
- Rb. Utrecht 12 februari 1992, P&P maart 1993, blz. 21-22 m.nt. W.P.M. Thijssen (premiëvrijstelling bij arbeidsongeschiktheid).
- Ktr. Zaandam 22 september 1994 (niet gepubliceerd) (uitkering overschot bij waarde-overdracht).
- Arbitraal vonnis 13 juli 1995, PJ 1995/53 m.nt. P.M. Tulfer (premiëvrijstelling bij arbeidsongeschiktheid).
- Ktr. Utrecht 1 november 1995, PJ 1995/65 (bevoegdheid kantonrechter).
- HR 25 november 1994, NJ 1995, 323 m.nt. P.A. Stein (uitkering overschot bij waarde-overdracht).
- HvJ EG 14 december 1995, PJ 1996/2 m.nt. E. Lutjens (verplichtgestelde pensioenregeling).
- Rb. Haarlem 9 januari 1996, PJ 1996/22 m.nt. P. Tulfer (uitkering overschot bij waarde-overdracht).
- Rb. Rotterdam 25 januari 1996, PJ 1996/31 m.nt. R. ten Wolde (verplichtgestelde pensioenregeling).
- Rb. Almelo 21 februari 1996, PJ 1996/81 m.nt. E. Lutjens (wederpartij in pensioenzaken).
- Ktr. Arnhem 4 maart 1996, PJ 1996/32 m.nt. E. Lutjens (verplichtgestelde pensioenregeling).
- Ktr. Rotterdam 2 mei 1996, JAR 1996, 120; zie tevens PJ 1996/56 m.nt. W.P.M. Thijssen (bevoegdheid kantonrechter).

Pensioenvorderingen

- HR 1 november 1996, PJ 1996/80 m.nt. N.M. Manse (verplichtgestelde pensioenregeling).

Korte literatuuropgave

- Advies interimmaatregel pensioenbreuk, SER-advies 1985/22 (25 oktober 1985).
- E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, diss. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.
- Ph.H.J.G. van Huizen en P.M.C. de Lange, Pensioenverzekering, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994.
- W.P.M. Thijssen, Het werkerterrein van bedrijfspensioenfondsen, in brochure nr. 4 van de Vereniging voor Pensioenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992.
- R.C. Riemens, Waarde-overdracht, serie Pensioenwijzers nr. 3, FED, 1995.
- E. Lutjens, Pensioenrechten bij ontslag, serie Pensioenwijzers nr. 4, FED, 1995.
- W.A. van Zelst, Pensioen- en spaarfondsenwet, serie Pensioenwijzers nr. 5, FED, 1995.
- Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, losbl. ed, Kluwer, Deventer, red. L.G.M. Stevens e.a.
- Sociale Verzekeringswetten, deel 5 Pensioenen, losbl. ed, Kluwer, red. W.J.P.M. Fase e.a.

Checklist

- Welke rechter is bevoegd kennis te nemen van de vordering van een (gewezen) werknemer tot opneming als deelnemer aan een pensioenregeling? (Zie 18.1.1.)
- Dient de werkgever of de pensioenuitvoerder in rechte te worden betrokken terzake de vordering tot opneming als deelnemer aan een pensioenregeling? (Zie 18.1.3.)
- Welke rechter is bevoegd kennis te nemen van de vordering van een (gewezen) werknemer tot affinanciering van het toegekende pensioenrecht? (Zie 18.2.1.)
- Dient de werkgever of de pensioenuitvoerder in rechte te worden betrokken terzake de vordering tot affinanciering van het toegekende pensioenrecht? (Zie 18.2.3.)

- Welke rechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen inzake waarde-overdracht? (Zie 18.3.1.)
- Welke is de omvang van de stelplicht in procedures over voortzetting van de pensioenopbouw onder vrijstelling van premiebetaling tijdens perioden van arbeidsongeschiktheid? (Zie 18.4.4.)
- Welke procedure moet aanhangig worden gemaakt voor het invorderen van pensioenpremie verschuldigd aan een wettelijk verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds? (Zie 18.5.2.)

18.1 Deelnemerschap aan de pensioenregeling

In de praktijk doen zich nogal eens geschillen voor tussen werkgevers en werknemers waarbij de vraag is of een werknemer deelnemer is aan een pensioenregeling en zo ja, welke. De werknemer kan in dit soort kwesties een beroep doen op art. 2, lid 2 PSW en daarnaast op art. 7A:1637f, aanhef en onder *j* BW.

18.1.1 Absolute competentie

Onderscheid moet worden gemaakt naar gelang wordt deelgenomen aan een door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling of een (zonder tussenkomst van een pensioenfonds) door een verzekeraar uitgevoerde pensioenregeling.

In de situatie waarin een *pensioenfonds* de pensioenregeling(en) van een werkgever uitvoert, zegt de werkgever aan de werknemer toe dat en aan welke pensioenregeling wordt deelgenomen en voorts dat hij de daarvoor verschuldigde pensioenpremie aan het pensioenfonds zal afdragen (impliciet HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 m.nt. W.H. Heemskerk en A.R. Bloembergen). Wanneer het een wettelijk verplichtgesteld bedrijfs- of beroepspensioenfonds betreft, is de werkgever ook zonder uitdrukkelijke toezegging wettelijk verplicht tot premie-afdracht (vgl. art. 2, lid 5 en art. 3a, lid 1 PSW, art. 18, lid 1 Wet bpf en art. 2, lid 4 jo. 8, lid 2 Wet ber pr). Geschillen tussen werknemer en *pensioenfonds* over het deelnemen aan de pensioenregeling dienen bij de kantonrechter als absoluut competente instantie aanhangig te worden gemaakt. Voor ondernemingspensioenfonds volgt dit uit art. 33 PSW

(het betreft de 'deelneming in' een pensioenfonds; vgl. Ktr. Utrecht 1 november 1995, PJ 1995/65), voor bedrijfspensioenfondsen uit art. 33 PSW en art. 18, lid 1 Wet bpf en voor beroepspensioenfondsen uit art. 31, lid 1 Wet ber pr. In geschillen tussen werknemer en *werkgever* in verband met het deelnemerschap is de kantonrechter absoluut bevoegd op grond van art. 39 RO. (Zie 14.2.2; in het bijzonder 14.2.2.d inzake aardvorderingen.)

In de situatie waarin een *verzekeraar* de pensioenregeling uitvoert zonder tussenkomst van een pensioenfonds is de rechtbank absoluut bevoegd om van geschillen tussen de (gewezen) deelnemer en de verzekeraar met betrekking tot de deelneming aan een pensioenregeling kennis te nemen op grond van de hoofdregel van art. 53 RO. Inzake geschillen tussen de (gewezen) deelnemer en diens werkgever is de kantonrechter absoluut bevoegd (art. 39 RO), óók na beëindiging van de arbeidsovereenkomst (HR 2 november 1922, NJ 1923, 87; vgl. Rb. Almelo 21 februari 1996, PJ 1996/81). (Zie 14.2.3; met betrekking tot de hoofdregel in het bijzonder 14.2.3.a.)

18.1.2 Soort procedure

Procedures op grond van art. 7A:1637, aanhef en onder *j* BW en art. 2, lid 2 PSW dienen op basis van een dagvaardingsprocedure aanhangig te worden gemaakt (art. 1 Rv; een wettelijke uitzondering conform art. 429^b Rv is niet gemaakt). (Zie 35.4.)

18.1.3 Procespartijen

Art. 7A:1637^f, aanhef en onder *j* BW en art. 2, lid 2 PSW richten zich tot de werkgever als degene die de pensioentoezegging geacht wordt te hebben gedaan. Uit HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 m.nt. W.H. Heemskerk en A.R. Bloembergen kan worden afgeleid dat óók in de situatie waarin de pensioenregeling door een pensioenfonds wordt uitgevoerd dat zelfstandig voorwaarden aan de opneming in de pensioenregeling stelt, de werkgever kan worden aangesproken op grond van art. 2, lid 2 PSW wanneer hij de schijn heeft opgewekt dat de werknemer door het pensioenfonds als

deelnemer zou worden geaccepteerd. In dergelijke situaties kan de werknemer zijn werkgever in rechte betrekken, terwijl het feitelijk meer om een geschil tussen werknemer of werkgever enerzijds, en het pensioenfonds anderzijds gaat. (Zie 9.2.)

18.1.4 Stelplicht en bewijslastverdeling

Met het oog op geschillen met betrekking tot het deelnemen aan een pensioenregeling waarin de deelneming niet wettelijk verplicht is, is in art. 2, lid 2 PSW een bijzondere regeling voor de bewijslastverdeling opgenomen. Art. 2, lid 2 bevat het rechtsvermoeden dat door een werkgever aan een werknemer een pensioentoezegging is gedaan wanneer:

- bij de werkgever voor een bepaalde (objektief omschreven) groep werknemers een pensioenregeling geldt (niet voldoende is dat voor verschillende werknemers onder dezelfde raamovereenkomst pensioenverzekeringen zijn gesloten: Rb. Rotterdam 2 november 1973, NJ 1974, 399)
- de werknemer tot deze groep behoort
- de werkgever de werknemer niet *uitdrukkelijk* van deelneming aan de pensioenregeling heeft uitgesloten (van een uitdrukkelijke uitsluiting is geen sprake wanneer de werkgever na het aangaan van een arbeidsovereenkomst stelt dat de werknemer niet aan de pensioenregeling zal deelnemen omdat hij om medische redenen niet door het pensioenfonds blijkt te kunnen worden geaccepteerd: HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49 m.nt. W.H. Heemskerk en A.R. Bloembergen, vgl. het destijds nog niet geldende art. 7A:1637f, aanhef en onder j BW).

De werknemer dient te stellen en te bewijzen dat voor een bepaalde groep werknemers een pensioenregeling geldt en dat hij tot deze groep behoort. Wanneer hij in dat bewijs slaagt, zal de rechter behoudens tegenbewijs te leveren door de werkgever moeten aannemen dat de pensioenregeling ook bij ontbreken van een uitdrukkelijke toezegging voor de werknemer geldt. (Zie 6, 11.3 en VII.)

18.1.5 Verweermogelijkheden

De werkgever dient, om de vordering van de werknemer met succes te kunnen afhouden, te stellen en te bewijzen dat hij:

—de werknemer uitdrukkelijk heeft uitgesloten van deelneming aan de pensioenregeling (een eenzijdige verklaring is voldoende; de werkgever zal wel moeten stellen en bewijzen dat deze verklaring de werknemer heeft bereikt; vgl. art. 7A:1637f, aanhef en onder *j* en art. 3:37 BW uit welk laatste artikel volgt dat een exploit de meest zekere weg is om een werknemer tegen diens wil van deelneming aan een pensioenregeling uit te sluiten)

OF

—de werknemer in het kader van het aangaan van de arbeidsovereenkomst werkzaamheden van een zodanige aard heeft opgedragen, dat de werknemer niet tot de groep werknemers behoort waarvoor de pensioenregeling geldt. (Zie 19.6.)

18.1.6 Dwangsom

De vordering tot afdracht van pensioenpremie betreft betaling van een geldsom aan een derde. Hoewel het gevorderde betaling van een geldsom inhoudt, mag de rechter mede veroordelen tot betaling van een dwangsom (Benelux Gerechtshof 9 april 1981, NJ 1982, 190). (Zie 15.1.12.)

18.1.7 Petitum

Een op art. 2, lid 2 PSW gebaseerde vordering kan inhouden dat:

- een verklaring voor recht wordt gevraagd dat de werkgever de werknemer in de pensioenregeling moet opnemen of had moeten opnemen (art. 3:302 BW)
- opneming in de pensioenregeling en toekenning van bij voorkeur concreet becijferde pensioenrechten (om een schadestaatprocedure op voorhand overbodig te maken) wordt gevorderd onder verbeurte van een dwangsom
- afdracht van de voor de werknemer verschuldigde pensioenpremie onder verbeurte van een dwangsom wordt gevorderd
- afgifte door de werkgever aan de werknemer van een verzeke-

ringsbewijs wordt gevorderd onder verbeurte van een dwangsom
—een combinatie van deze vorderingen wordt ingesteld.

Omdat een verklaring voor recht en een veroordeling tot opname in de pensioenregeling feitelijk niet executeerbaar zijn, kunnen de aangeduide vorderingen het best met elkaar worden gecombineerd. (Zie 15.1.12.)

18.2 Affinanciering

Met ingang van 1 augustus 1987 zijn in art. 8 van de PSW en art. 9 van de Regelen dwingendrechtelijke regels opgenomen voor de affinanciering van pensioenrechten. Deze regels gelden in geval van beëindiging van het deelnemerschap aan een pensioenregeling vóór de pensioendatum. In situaties waarin door de (vroegere) werkgever niet aan de affinancieringsverplichting wordt voldaan, kan het nodig zijn procedures te voeren. (Zie 10.)

18.2.1 Absolute competentie

Wanneer een *pensioenfonds* nakoming van de affinancieringsverplichting weigert, rijst de vraag of de kantonrechter of de rechtbank in absolute zin competent is van de vordering kennis te nemen. Art. 33 PSW bepaalt dat de kantonrechter absoluut competent is inzake vorderingen met betrekking tot '*de deelneming in en uitkering uit*' een pensioenfonds.

—*Enerzijds* kan met een beroep op de wettekst (art. 8 PSW en art. 9 Regelen) worden gesteld dat de affinancieringsverplichting een wettelijke of contractuele verplichting is die een ondeelbaar tijdsmoment na de beëindiging van het deelnemerschap ontstaat. *Anderzijds* betreft het de affinanciering van pensioenaanspraken die gedurende de periode van het deelnemerschap zijn opgebouwd (backservice) en biedt de wetsgeschiedenis goede aanknopingspunten voor de stelling dat de affinancieringsverplichting van de stelling dat de affinancieringsverplichting (een ondeelbaar tijdsmoment gelegen) vóór de beëindiging

van het deelnemerschap ontstaat (TK 1985-1986, 19 638, nr. 3, blz. 3 en 16). Wanneer de affinancieringsverplichting (een ondeelbaar tijdsmoment gelegen) vóór de beëindiging van het deelnemerschap opeisbaar wordt, zou kunnen worden geredeneerd dat de vordering tot affinanciering de 'deelneming in' een pensioenfonds betreft. In dat geval is de kantonrechter absoluut competent. Wanneer de affinancieringsverplichting (een ondeelbaar tijdsmoment gelegen) na de beëindiging van de deelneming opeisbaar wordt, is de rechtbank de absoluut competente rechter (aangenomen dat de vordering tot affinanciering niet de 'uitkering uit' een pensioenfonds betreft). Uit Rb. Amsterdam (sector bestuursrecht) 29 november 1993 (niet gepubliceerd) en CRvB 8 februari 1994 (niet gepubliceerd) zou kunnen worden afgeleid dat ten aanzien van de overnemingsregeling uit de WW (zie voor pensioenpremie art. 64, aanhef en onder c WW) geldt dat de affinancieringsverplichting betrekking heeft op verstreken diensttijd (backservice).

- De affinancieringsvordering heeft betrekking op de financiële dekking van in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen. Daarom kan worden betwijfeld of de affinancieringsvordering de 'uitkering uit' een pensioenfonds betreft. Daarmee zouden immers uitsluitend pensioenuitkeringen die zijn ingegaan (opeisbare pensioentermijnen) kunnen zijn bedoeld. Rechtspraak ontbreekt.

Wanneer een *werkgever* nakoming van de affinancieringsverplichting weigert, dient te worden geanalyseerd of de affinancieringsvordering 'betrekkelijk' tot een arbeidsovereenkomst, CAO of algemeen verbindend verklaarde CAO is ingevolge het bepaalde in art. 39 RO. In dat geval is de kantonrechter absoluut bevoegd.

- Het begrip 'betrekkelijk' wordt in de rechtspraak ruim geïnterpreteerd (zie uitdrukkelijk 14.2.2.d). In aanvulling op de daar aangehaalde rechtspraak wordt hierna een uitspraak weergegeven die specifiek op het objectieve pensioenrecht betrekking heeft. De Rb. Breda oordeelde bij tussenvonnissen van 21 novem-

ber 1995 (niet gepubliceerd) dat de vordering van een werkgever ingesteld tegen een VUT-Stichting met betrekking tot de premie-afdracht door de werkgever aan die stichting 'betrekkelijk' tot de arbeidsovereenkomst was en verwees de zaak in kwestie naar de relatief bevoegde kantonrechter.

- Een pensioentoezegging maakt slechts in uitzonderlijke gevallen géén onderdeel uit van een arbeidsovereenkomst. Een voorbeeld is de pensioentoezegging aan de commissaris van een NV of BV. Op grond van de hoofdregel van art. 53 RO komt de absolute competentie van de affinancieringsvordering van een commissaris kennis te nemen toe aan de rechtbank (tenzij het belang minder bedraagt dan het in art. 38 RO bedoelde bedrag; in dat geval is de kantonrechter absoluut bevoegd). Men dient te bedenken dat een commissaris niet op basis van een arbeidsovereenkomst is aangesteld en uiteraard ook niet met een bestuurder kan worden gelijkgesteld (vgl. art. 2:131 BW voor de NV resp. 2:241 BW voor de BV; de absolute competentie om kennis te nemen van vorderingen terzake de arbeidsvoorwaarden van bestuurders is aan de rechtbank toebedeeld). Een ander voorbeeld waarin twijfel kan bestaan is de situatie waarin de pensioentoezegging door een holding wordt gedaan terwijl de werknemers bij één of meer dochters in dienst zijn. In die situatie is de affinancieringsvordering jegens de holding waarschijnlijk 'betrekkelijk' tot de arbeidsovereenkomst zodat de kantonrechter absoluut competent is. Rechtspraak ontbreekt.
- Wanneer de affinancieringsvordering tegen de verzekeraar van de pensioenregeling wordt ingesteld, is de rechtbank de absolute competente rechter. Noch art. 33 PSW, noch art. 39 RO scheppen rechtsmacht voor de kantonrechter (anders: Ktr. Rotterdam 2 mei 1996, JAR 1996, 120; zie tevens PJ 1996/56 m.nt. W.P.M. Thijssen). Overigens heeft een dergelijke vordering normaliter geen kans van slagen (art. 4 Regelen). (Zie 14.2.)

18.2.2 Soort procedure

De affinancieringsvordering dient op basis van een dagvaardingsprocedure aanhangig te worden gemaakt. Dit volgt uit art. 1 Rv; een wettelijke uitzondering conform art. 429b Rv is niet gemaakt. (Zie 14.2.)

18.2.3 Procespartijen

Als eiser in een affinancieringsprocedure zal in het algemeen de gewezen deelnemer optreden die constateert dat affinanciering van zijn pensioenrechten achterwege blijft.

Wat de gedaagde betreft moet onderscheid worden gemaakt tussen pensioenregelingen die worden uitgevoerd door pensioenfondsen (bedrijfs- of ondernemingspensioenfondsen) en rechtstreeks (zonder tussenkomst van een pensioenfonds) bij een verzekeraar verzekerde pensioenregelingen.

Wanneer de pensioenregeling wordt uitgevoerd door een *pensioenfonds*, geldt de affinancieringsverplichting in geval van beëindiging van het deelnemerschap aan de pensioenregeling (art. 8, lid 1 PSW). Beëindiging van het deelnemerschap aan de door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling doet zich in het algemeen voor in geval:

- van beëindiging van het dienstverband tussen de deelnemer en de bij het pensioenfonds aangesloten werkgever (ook wanneer die beëindiging door een bedrijfsfusie wordt veroorzaakt)
- de werkgever ophoudt aangesloten werkgever te zijn (bijvoorbeeld omdat de werkgever ten gevolge van een aandelenfusie of juridische fusie of ten gevolge van een wijziging van de bedrijfsactiviteiten ophoudt aangesloten werkgever te zijn).

Wanneer affinanciering in dergelijke situaties achterwege blijft, is primair het pensioenfonds, subsidiair de werkgever de aan te spreken partij.

Wanneer de pensioenregeling rechtstreeks bij een *verzekeraar* is verzekerd, geldt de affinancieringsverplichting vanaf het moment

waarop de deelnemer aan de pensioenregeling ophoudt verbonden te zijn aan de onderneming van de werkgever (art. 9, lid 1 Regelen). Het ophouden verbonden te zijn aan de onderneming van de werkgever doet zich bijvoorbeeld voor in geval:

- van beëindiging van het dienstverband (ook wanneer die beëindiging door een bedrijfsfusie wordt veroorzaakt)
- wanneer een commissariaat van een NV of BV wordt neergelegd.

In dergelijke situaties is de werkgever de aan te spreken partij. (Zie 9.2.)

18.2.4 Stelplicht en bewijslastverdeling

Als rechtsgrond voor de affinancieringsvordering tegen een *pensioenfonds* kunnen door een gewezen deelnemer art. 8 PSW en het pensioenreglement van het fonds worden aangevoerd. De mogelijkheid bestaat dat het pensioenfonds niet tot affinanciering kan overgaan, omdat de werkgever weigert de daarvoor benodigde financiële middelen aan het pensioenfonds beschikbaar te stellen. In dat geval kan (tevens) van de werkgever worden gevorderd dat hij de benodigde bedragen volgens het in de financieringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds bepaalde moet voldoen. Als rechtsgrond voor deze vordering van een gewezen werknemer tegen de vroegere werkgever kan een beroep worden gedaan op art. 2, lid 5 PSW en art. 3a PSW. Verder geldt dat het niet voldoen van de pensioenpremie door de werkgever in het algemeen een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst oplevert (Hof 's-Gravenhage 24 april 1964, NJ 1966, 36; zie tevens SMA 1966, blz. 755 m.nt. M.B. Vos).

Als rechtsgrond voor de affinancieringsvordering tegen een *werkgever* kunnen art. 9 van de Regelen, het toepasselijke pensioenreglement, art. 2, lid 5 PSW en art. 3a PSW fungeren.

Pensioenvorderingen

De wettelijke regeling voor affinanciering houdt in dat in geval van beëindiging van het deelnemerschap aan een pensioenregeling vóór de pensioendatum:

- de op dat moment premievrij verzekerde pensioenaanspraken moeten worden gehandhaafd
- ten minste het tijdsevenredige ouderdomspensioen moet worden toegekend
- het premievrije ouderdomspensioen indien nodig tot het tijdsevenredige niveau moet worden gefinancierd gedurende de periode tussen beëindiging van het deelnemerschap en de pensioendatum (onmiddellijke of snellere affinanciering kan worden toegezegd)
- de toe te kennen aanspraak op ouderdomspensioen mag worden beperkt tot het tijdsevenredige ouderdomspensioen, mits deze beperking uitdrukkelijk onderdeel van de pensioentoezegging uitmaakt
- een 'naar redelijkheid' vast te stellen aanspraak op weduwen- of weduwnaarspensioen (met ingang van 8 juli 1994 tevens partnerpensioen) moet worden toegekend
- financiële lasten voortvloeiend uit de affinancieringsverplichting voor rekening van de werkgever zijn, óók wanneer gedurende het deelnemerschap een werknemersbijdrage gold.

Zie art. 8 PSW en art. 9 Regelen.

De regeling geldt uitsluitend indien de betreffende pensioensoort is toegezegd. Een wettelijke uitzondering geldt voor pensioenregelingen volgens een beschikbaar-premiesysteem (voor pensioenfondsen art. 8, lid 12 PSW; voor zonder tussenkomst van een pensioenfonds bij een verzekeraar verzekerde pensioenregelingen art. 9, lid 11 van de Regelen; vgl. art. 20 van de Regelen).

Voor het opstellen van de dagvaarding dient, uiteraard met inachtneming van deze regels, nauwkeurig te worden geanalyseerd:

- welke pensioensoorten zijn toegezegd

- in hoeverre de opgebouwde aanspraken ten tijde van beëindiging van het deelnemerschap aan de pensioenregeling niet waren gefinancierd
- ten aanzien van welke pensioenaanspraken is overeengekomen dat zij moeten worden afgefinancierd (voor ouderdomspensioen geldt een wettelijke affinancieringsverplichting; voor weduwen-, weduwnaars- of partnerpensioen in de praktijk vaak een contractuele)
- of affinanciering ineens of affinanciering op basis van inhaalpremies te voldoen gedurende de periode tot de pensioendatum is overeengekomen.

De bewijslast rust volgens de hoofdregel van art. 177 Rv op degene die affinanciering vordert. Vaak zal het voldoende zijn om het toepasselijke pensioenreglement over te leggen omdat daaruit blijkt op welke wijze affinanciering door de werkgever dient te worden gerealiseerd. (Zie 15.1.11 en 6.4.)

18.2.5 Verweermogelijkheden

Het verloop van de procedure zal met name afhangen van de vraag of komt vast te staan welke pensioentoezegging is gedaan. Een verweer zou kunnen zijn dat géén of een andere pensioentoezegging is gedaan. Daarbij dient te worden bedacht dat de werkgever bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst verplicht is aan te geven of de werknemer gaat deelnemen in een pensioenregeling (en in het verlengde daarvan: welke; art. 7A:1637f, aanhef en onder *j* BW). (Zie 19.6.)

18.2.6 Dwangsom

Ondanks het feit dat door de gewezen deelnemer/werknemer betaling van een geldsom door de (vroegere) werkgever (affinancieringspremie) wordt gevorderd, kan aan de vordering een dwangsom worden verbonden omdat het betaling van een geldsom aan een derde (het pensioenfonds of de verzekeraar) betreft (vgl. art. 611a, lid 1 Rv; in deze zin uitdrukkelijk Benelux Gerechtshof 9 april 1981, NJ 1982, 190). (Zie 15.1.2.)

18.2.7 Petitum

Bij het formuleren van het petitum dient te worden bedacht dat in veel gevallen een deel van de affinancieringspremie inmiddels opeisbaar is geworden, terwijl een deel in de toekomst opeisbaar zal worden. Om een veroordelend vonnis ook praktisch executeerbaar te doen zijn, is het aan te bevelen om de inmiddels opeisbare bedragen concreet in het petitum aan te duiden. Dit garandeert de mogelijkheid het vonnis feitelijk te executeren. Verder zou het petitum wat de toekomstige termijnen betreft zo kunnen worden geformuleerd, dat het vonnis steeds na het opeisbaar worden van een volgende termijn kan worden geëxecuteerd (vgl. loon- en huurvorderingen). (Zie 15.1.12.)

18.3 Waarde-overdracht

In de PSW is een regeling voor waarde-overdracht opgenomen die zowel voor ondernemingspensioenfondsen als bedrijfspensioenfondsen geldt. De regeling geldt niet voor beroepspensioenfondsen. Art. 32a PSW geeft de hiervoor bedoelde pensioenfondsen sinds 1 augustus 1987 de bevoegdheid om onder voorwaarden aan waarde-overdracht mee te werken. Art. 32b PSW verplicht pensioenfondsen onder voorwaarden om aan waarde-overdracht mee te werken indien en voor zover het deelnemerschap aan het pensioenfonds op of na 8 juli 1994 is beëindigd. Een soortgelijke bevoegdheid en verplichting om aan waarde-overdracht mee te werken zijn voor zonder tussenkomst van een pensioenfonds bij een verzekeraar verzekerde pensioenregelingen opgenomen in art. 16 en art. 16a van de Regelen, eveneens respectievelijk met ingang van 1 augustus 1987 en 8 juli 1994 in werking getreden.

18.3.1 Absolute competentie

Vorderingen tegen een *pensioenfonds* in verband met waarde-overdracht zouden zowel tijdens (bijvoorbeeld in verband met een op handen zijnde beëindiging van het deelnemerschap) als na beëindiging van het deelnemerschap door een (gewezen) deelne-

mer kunnen worden ingesteld. Omdat de regelingen voor waarde-overdracht van art. 32a en art. 32b PSW zich uitsluitend richten tot ondernemingspensioenfondsen en bedrijfspensioenfondsen, dient de absolute competentie te worden beoordeeld aan de hand van art. 33 PSW. Vorderingen in verband met een beoogde waarde-overdracht tijdens deelnemerschap betreffen in ieder geval de 'deelneming in' een pensioenfonds. Mogelijk kunnen dergelijke vorderingen ook wel onder het begrip 'uitkering uit' een pensioenfonds worden geschaard (omdat waarde-overdracht leidt tot het uitkeren door een pensioenfonds van de afkoopwaarde van een pensioen). Daar staat tegenover dat ook wordt verdedigd dat dit begrip uitsluitend betrekking heeft op termijnen van een tot uitkering gekomen pensioen (Ktr. Rotterdam 2 mei 1996, JAR 1996, 120; zie tevens PJ 1996/56 m.nt. W.P.M. Thijsen). Na beëindiging van het deelnemerschap betreft een vordering in verband met waarde-overdracht mogelijkerwijs niet meer de 'deelneming in' een pensioenfonds omdat zou kunnen worden gesteld dat dit begrip uitsluitend ziet op vorderingen die door deelnemers tegen een pensioenfonds worden ingesteld. Daartegen pleit dat zou kunnen worden gesteld dat het de vroegere, inmiddels beëindigde, 'deelneming in' een pensioenfonds betreft. Wanneer het begrip 'uitkering uit' een pensioenfonds uitsluitend betrekking heeft op termijnen van een tot uitkering gekomen pensioen en vorderingen in verband met waarde-overdracht nadat het deelnemerschap is beëindigd bovendien niet de 'deelneming in' een pensioenfonds betreffen, zouden deze vorderingen na beëindiging van de deelneming niet op grond van art. 33 PSW tot de competentie van de kantonrechter behoren. In dat geval rijst de vraag of de vordering 'betrekkelijk tot de arbeidsovereenkomst' is zodat de kantonrechter op grond van art. 39 RO rechtsmacht toekomt. Voor deze opvatting is mogelijk steun in de jurisprudentie te vinden. Uit HR 7 december 1956, NJ 1958, 445 zou kunnen worden afgeleid dat wanneer de (eventueel inmiddels geëindigde) arbeidsovereenkomst met de (vroegere) werkgever als grondslag wordt gesteld, ook al betrof het een arbeidsovereenkomst met een ander dan de gedaagde, de kantonrechter rechtsmacht toekomt.

In het berechte geval betrof het overigens de situatie waarin door de eiser werd gesteld dat tussen hem en de gedaagde een arbeidsovereenkomst bestond, maar door de rechter werd geoordeeld dat van een andere rechtsverhouding sprake was. De situatie die hier aan de orde is, is daarom niet zonder meer vergelijkbaar met die in het door de HR berechte geval. In alle aangeduide gevallen staat vast dat tussen eiser en gedaagde een arbeidsovereenkomst bestaat of heeft bestaan. Daarom is de kantonrechter absoluut competent om van de vordering kennis te nemen.

Vorderingen tegen een *verzekeraar* inzake waarde-overdracht zouden op grond van het hiervoor aangehaalde arrest van de HR eveneens 'betrekkelijk tot de arbeidsovereenkomst' kunnen worden geacht te zijn. In dat geval zou de kantonrechter rechtsmacht toekomen. Mogelijk heeft de Kantonrechter Rotterdam 2 mei 1996, JAR 1996, 120; zie tevens PJ 1996/56 m.nt. W.P.M. Thijsen, op dergelijke wijze geredeneerd. De redenering is echter niet juist omdat het verband met de arbeidsovereenkomst veel verder verwijderd is dan in de situatie waarin een pensioenfonds de pensioenregeling uitvoert en formeel ook toezegt aan de deelnemer. (Zie 14.2.)

18.3.2 Soort procedure

Procedures op grond van art. 32a PSW en art. 32b PSW dienen op basis van een dagvaardingsprocedure aanhangig te worden gemaakt. Dit volgt uit art. 1 Rv; een wettelijke uitzondering conform art. 429b Rv is niet gemaakt. (Zie 14.2.)

18.3.3 Procespartijen

Denkbare procespartijen die bij procedures over waarde-overdracht zouden kunnen worden betrokken zijn:

- pensioenfonds en verzekeraars
- (gewezen) deelnemers
- bij het pensioenfonds aangesloten ondernemingen of ondernemingen die in het verleden waren aangesloten
- derden (met name de (ex-)echtgenoot van de (gewezen) deelne-

mer die zich tegen niet wettelijk verplichte waarde-overdracht zou kunnen verzetten (vgl. art. 32a, lid 1, aanhef en onder *e* PSW).

(Zie 9.2.)

18.3.4 Stelplicht en bewijslastverdeling

Stelplicht en bewijslastverdeling bij procedures over waarde-overdracht zullen afhangen van de materiële rechtsvraag die moet worden beslist. Er zijn vele rechtsvragen denkbaar. Hierna wordt de behandeling van stelplicht en bewijslast beperkt tot procedures waarover jurisprudentie beschikbaar is.

—De *eerste* soort procedures is procedures waarin van pensioenfondsen wordt gevorderd in het kader van waarde-overdracht de overdrachtswaarde die correspondeert met de pensioenverplichting te verhogen met een evenredig deel van het overschot in een pensioenfonds. Gesteld zou moeten worden dat het pensioenfonds op grond van de statuten, het toepasselijke pensioenreglement en/of een met de (gewezen) deelnemer gesloten overeenkomst verplicht is om een evenredig deel van het overschot beschikbaar te stellen als onderdeel van de overdrachtswaarde. Het objectieve recht legt het pensioenfonds de plicht daartoe niet op (HR 24 september 1976, NJ 1978, 245 m.nt. B. Wachter voor een onderlinge, HR 25 november 1994, NJ 1995, 323 m.nt. P.A. Stein en Rb. Haarlem 9 januari 1996, PJ 1996/22 m.nt. P. Tulfer voor een ondernemingspensioenfonds en Ktr. Zaandam 22 september 1994, niet gepubliceerd voor een eigen beheer pensioenlichaam; zie TVP 1994, blz. 141). Voor een actuariële-technische argumentatie: W. Plomp, *Pensioenbreuk: waarde-overdracht en beschikbare-premiesysteem*, TVP 1987, blz. 30-31.

—In de *tweede* soort procedures betreft het de vraag of een pensioenfonds aan waarde-overdracht mag of moet meewerken wanneer zich een financieel tekort in het pensioenfonds bevindt. Het pensioenfonds kan zich op een aantal argumenten beroepen. Wanneer een pensioenfonds met tekorten kampt, kan het een waarde-overdracht zowel op grond van art. 32a als

art. 32*b* PSW weigeren. Wanneer het pensioenfonds zich op grond van een overeenkomst heeft verplicht om in bepaalde situaties aan waarde-overdracht mee te werken, is het pensioenfonds in beginsel van die verplichting bevrijd wanneer na het ontstaan van de verplichting blijkt dat zich een tekort in het pensioenfonds bevindt. Een pensioenfonds mag immers uitsluitend aan waarde-overdracht meewerken, wanneer aan de (gewezen) deelnemer bij de nieuwe pensioenuitvoerder tenminste actuariel gelijkwaardige pensioenrechten worden toegekend (art. 32*a*, lid 1, aanhef en onder *f* PSW) of minimaal de volgens materiële wetgeving berekende overdrachtswaarde beschikbaar wordt gesteld (art. 32*b*, lid 3 PSW en het daarop gebaseerde Besluit reken- en procedureregels recht op waarde-overdracht, Stb. 1994, 647). Wanneer het pensioenfonds een onvoldoende overdrachtswaarde beschikbaar kan stellen, mag slechts aan waarde-overdracht worden meegewerkt wanneer de oude of de nieuwe werkgever (of een derde) de beschikbare overdrachtswaarde aanvult tot het bedrag dat nodig is om bij de nieuwe pensioenuitvoerder tenminste actuariel gelijkwaardige pensioenaanspraken in te kopen. Aan het voorafgaande ligt de veronderstelling ten grondslag dat waarde-overdracht er niet toe mag leiden dat het tekort voor 'blijvers' toeneemt omdat het pensioenfonds ten behoeve van 'vertrekkers' ondanks het financiële tekort een ongekorte overdrachtswaarde beschikbaar stelt. De (gewezen) deelnemer die desondanks waarde-overdracht wenst te bewerkstelligen, zal moeten stellen en bewijzen dat:

—het fonds geen tekort heeft

OF

—de oude of de nieuwe werkgever (of een derde) bereid is de overdrachtswaarde tenminste tot het benodigde bedrag aan te vullen.

(Zie 15.1.11 en 6.4.)

18.3.5 Verweermogelijkheden

Tegen de als *eerste* opgeworpen kwestie (de veronderstelde verplichting een evenredig deel van een overschot beschikbaar te moeten stellen in geval van waarde-overdracht) kan als volgt verweer worden gevoerd. Aan de hand van de statuten en/of het pensioenreglement van het pensioenfonds of andere stukken zal moeten worden beoordeeld of in geval van waarde-overdracht een recht op overdracht van een evenredig deel van het surplus bestaat. Een bruikbaar praktisch argument vóór overdracht van een evenredig deel van het overschot is dat het overschot pleegt te worden gebruikt voor indexatie. Een afdwingbaar recht op overdracht van een evenredig deel van het overschot bestaat gezien de hiervoor aangehaalde rechtspraak uitsluitend wanneer uitdrukkelijk is toegezegd dat iedere (gewezen) deelnemer aanspraak heeft op overdracht van een evenredig deel van het overschot wanneer ten behoeve van deze (gewezen) deelnemer tot waarde-overdracht wordt overgegaan. Aan het beschikbaar stellen van een evenredig deel van het overschot kunnen door het pensioenfonds voorwaarden zijn gesteld. Een denkbare voorwaarde is dat het beschikbaar gestelde bedrag uitsluitend voor verhoging van op basis van de waarde-overdracht bij de nieuwe pensioenuitvoerder ingekochte aanspraken mag worden gebruikt (en niet voor financiering van aanspraken over toekomstige diensttijd, zodat het overschot feitelijk uitsluitend de nieuwe werkgever ten goede zou komen (zie W.P.M. Thijssen, *Uitkeren van een overschot bij waarde-overdracht*, TVP 1993, blz. 99-104).

Tegen de als *tweede* opgeworpen kwestie (meewerken aan waarde-overdracht wanneer zich een tekort in het pensioenfonds bevindt) is ook verweer mogelijk. Om niet aan waarde-overdracht te hoeven meewerken, zal het pensioenfonds moeten stellen en bewijzen dat:

- het pensioenfonds met een tekort kampt
- het objectieve pensioenrecht, de redelijkheid en billijkheid en/of de statuten en/of reglementen van het pensioenfonds en/of andere stukken die de rechtsverhouding tussen pensioenfonds

en (gewezen) deelnemer beheersen het fonds verplichten om de beschikbaar te stellen overdrachtswaarde te korten zodat elders geen actuariael gelijkwaardige pensioenrechten kunnen worden ingekocht (art. 32a, lid 1, aanhef en onder f PSW) of de wettelijk voorgeschreven minimum overdrachtswaarde niet beschikbaar kan worden gesteld (art. 32b, lid 3 PSW).

Het pensioenfonds kan, wanneer het een waarde-overdracht volgens het bepaalde in art. 32b PSW betreft, de Verzekeringskamer verzoeken om na te gaan of de financiële positie van het pensioenfonds de waarde-overdracht niet toelaat (art. 32b, lid 1 aanhef PSW). De Verzekeringskamer gaat in dit verband na of de waarde-overdracht de financiële positie van het pensioenfonds niet zozeer uitholt, dat de rechten van de 'blijvers' in gevaar komen (TK 19 638, nr. 3, blz. 22). In de praktijk interpreteert de Verzekeringskamer zijn bevoegdheid in die zin dat de Verzekeringskamer het pensioenfonds niet kan verbieden om aan de waarde-overdracht mee te werken, maar wel het recht op waarde-overdracht aan de betrokkene kan ontnemen. (Zie 19.6.)

18.3.6 Dwangsom

Een overdrachtswaarde kan nimmer aan de (toekomstige) pensioengerechtigde zelf worden uitgekeerd (art. 32a, aanhef en onder c PSW respectievelijk art. 32b, lid 1, aanhef en onder c PSW). De vordering tegen een pensioenfonds aan waarde-overdracht mee te werken betreft daarom altijd de betaling van een geldsom aan een derde (te weten: een andere pensioenuitvoerder) zodat aan een veroordelende rechterlijke uitspraak een dwangsom kan worden verbonden (Benelux Gerechtshof 9 april 1981, NJ 1982, 190). Voor het uitkeren van een overschot kan dit anders liggen, namelijk in de situatie waarin wordt gevorderd dat het overschot aan de (potentiële) pensioengerechtigde zelf moet worden uitgekeerd. Een dergelijke vordering is denkbaar wanneer de statuten en/of het pensioenreglement van het pensioenfonds een dergelijke uitkering mogelijk maken (vgl. het geval berecht door Ktr. Zaandam 22 september 1994, niet gepubliceerd). (Zie 15.1.2.)

18.3.7 Petitum

In procedures waarin waarde-overdracht wordt gevorderd, doet zich ten aanzien van het formuleren van het petitum van de dagvaarding het probleem voor dat de overdrachtswaarde en eventueel het overschot moeten worden vastgesteld. Wanneer de aanlegger van de procedure niet over de benodigde gegevens beschikt om de berekening te maken, zou kunnen worden volstaan met te vorderen dat het pensioenfonds aan waarde-overdracht moet meewerken en dat een evenredig deel van het overschot beschikbaar moet worden gesteld. Nadat op één van beide of beide punten een veroordelende rechterlijke uitspraak is verkregen, kan in een schadestaatprocedure worden uitgemaakt welk bedrag aan overdrachtswaarde respectievelijk overschot beschikbaar moet worden gesteld. (Zie 15.1.12 en vgl. 28.1.4.)

18.4 Voortzetting pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid

Onderdeel van veel pensioenregelingen is een regeling voor premievrije voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. De regeling houdt (globaal weergegeven) in dat zodra een deelnemer recht op een WAO-uitkering verkrijgt, de pensioenopbouw ten laste van het pensioenfonds of de verzekeraar wordt voortgezet, meestal min of meer naar evenredigheid van de mate van arbeidsongeschiktheid. Vanaf dat moment is géén premie meer verschuldigd. Op procedures in verband met de vrijstellingsregeling wordt ingegaan voor zover rechtspraak beschikbaar is.

18.4.1 Absolute competentie

Wanneer geschillen in verband met de vrijstellingsregeling tegen een pensioenfonds aanhangig worden gemaakt, zijn er twee mogelijkheden. De *eerste* is dat de vrijstellingsregeling op zodanige wijze vorm gekregen heeft, dat het deelnemerschap aan de pensioenregeling gedurende de WAO-periode wordt voortgezet. De vordering betreft in dat geval de 'deelneming in' het pensioen-

fonds zodat de kantonrechter absoluut bevoegd is (art. 33 PSW). De *tweede* is dat ondanks het verlenen van vrijstelling van premiebetaling het deelnemerschap wordt beëindigd. In dat geval betreft de vordering (strikt genomen) niet meer de 'deelneming in' een pensioenfonds en evenmin de 'uitkering uit' dat fonds (in de opvatting dat dit begrip uitsluitend ziet op termijnen van tot uitkering gekomen pensioen). In dergelijke gevallen is de kantonrechter mogelijk toch nog competent op grond van art. 39 RO (vgl. HR 7 december 1956, NJ 1958, 445).

Geschillen inzake de vrijstellingsregeling tegen een verzekeraar dienen bij de rechtbank aanhangig te worden gemaakt (op grond van de hoofdregel van art. 53 RO). (Zie 14.2.)

18.4.2 Soort procedure

Procedures in verband met vrijstelling van premiebetaling bij arbeidsongeschiktheid dienen op basis van een dagvaardingsprocedure aanhangig te worden gemaakt. Dit volgt uit art. 1 Rv; een wettelijke uitzondering conform art. 429b Rv is niet gemaakt. (Zie 14.2.)

18.4.3 Procespartijen

Denkbare procespartijen in procedures in verband met vrijstelling van premiebetaling bij arbeidsongeschiktheid zijn:

- degene die recht veronderstelt te hebben op vrijstelling van premiebetaling
- de werkgever van de betrokkene
- het pensioenfonds dat of de verzekeraar die verplicht is de vrijstelling van premiebetaling te verlenen.

(Zie 9.2).

18.4.4 Stelplicht en bewijslastverdeling

Geschillen rijzen in de praktijk wanneer niet duidelijk is of een (gewezen) deelnemer in aanmerking komt voor vrijstelling. In twee gevallen is de situatie berecht waarin de arbeidsovereenkomst met een deelnemer tijdens de Ziektewetperiode, derhalve

vóórdat recht ontstond op een WAO-uitkering, door de kantonrechter was ontbonden. In het *eerste* geval betrof het de situatie waarin het pensioenreglement van een pensioenfonds bepaalde dat de vrijstelling zou worden verleend bij arbeidsongeschiktheid van 65% of méér in de zin van de WAO. Omdat niet uitdrukkelijk een koppeling was gelegd met het feitelijk ontvangen van een WAO-uitkering, oordeelde de rechtbank dat het pensioenfonds de vrijstelling diende te verlenen (Rb. Utrecht 12 februari 1992, P&P maart 1993, blz. 21-22 m.nt. W.P.M. Thijssen). In het *tweede* geval was het verband met het ontvangen van een WAO-uitkering wèl uitdrukkelijk gelegd, zodat het pensioenfonds géén vrijstelling behoefde te verlenen. Ook een beroep op de in het pensioenreglement opgenomen hardheidsclausule faalde (Arbitraal vonnis 13 juli 1995, PJ 1995/53 m.nt. P.M. Tulfer).

Degene die vrijstelling van premiebetaling vordert zal in het algemeen de volgende feiten moeten stellen en bewijzen:

- het deelnemerschap aan de pensioenregeling waarvan het recht op vrijstelling van premiebetaling onderdeel uitmaakt
- dat hij voldoet aan alle voorwaarden om voor vrijstelling van premiebetaling volgens die pensioenregeling in aanmerking te komen.

Vaak zullen Algemene voorwaarden van een verzekeraar van toepassing zijn. Dit geldt zowel wanneer het een herverzekerd pensioenfonds betreft, als wanneer het om een (zonder tussenkomst van een pensioenfonds) verzekerde pensioenregeling gaat. In dat geval dient te worden nagegaan of deze algemene voorwaarden van toepassing zijn (zie E. Lutjens en B. Wessels, *Algemene voorwaarden, arbeidsovereenkomst en pensioenverhoudingen*, NJB 1987, blz. 133-139). (Zie 15.1.11 en 6.4.)

18.4.5 Verweermogelijkheden

Het in procedures waarin vrijstelling van premiebetaling wordt gevorderd te voeren verweer zal sterk worden bepaald door de feiten en omstandigheden van het geval. Het is in ieder geval wèl van belang dat uit de rechtspraak voorzichtig de conclusie kan worden getrokken dat in een situatie waarin de letter van het pen-

sioenreglement duidelijk bepaalt dat in een bepaalde situatie géén recht op vrijstelling van premiebetaling bestaat, dat recht niet op grond van een algemene hardheidsclausule behoeft te worden toegekend (Arbitraal vonnis 13 juli 1995, PJ 1995/53 m.nt. P.M. Tulfer). (Zie 19.6.)

18.4.6 Dwangsom

Omdat de vordering vrijstelling van premiebetaling in verband met arbeidsongeschiktheid te verlenen niet de betaling van een geldsom betreft, kan veroordeling onder verbeurte van een dwangsom worden uitgesproken (art. 611a, lid 1 Rv). (Zie 15.1.2.)

18.4.7 Petitum

Een praktisch probleem bij het formuleren van het petitum voor de vordering dat vrijstelling van premiebetaling moet worden verleend doet zich voor in verband met de executeerbaarheid van een veroordelende rechterlijke uitspraak. De veroordeling 'dat vrijstelling van premiebetaling moet worden verleend' is op zich zelf niet executeerbaar. De eis zou kunnen worden versterkt door afgifte te vorderen van een bewijs (een polis) waaruit het recht op vrijstelling van premiebetaling blijkt. Ook deze toevoeging leidt niet direkt tot een eenvoudig te executeren uitspraak. Men dient te bedenken dat een veroordelende uitspraak ook niet tot betaling van gelden van de werkgever aan het pensioenfonds of de verzekeraar zal leiden omdat in de premies betaald tot het intreden van de arbeidsongeschiktheid een opslag in verband met het vrijstellingsrecht was begrepen. De dwangsom heeft in dergelijke gevallen een belangrijke functie.

18.5 Werkingssfeer van verplichtstellingsbesluiten

Op grond van de Wet bpf kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht stellen voor alle of bepaalde groepen van 'bedrijfsgenoten' in een bedrijfstak. Verplichtstelling is mogelijk nadat daarom

is verzocht door een representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak (art. 3, lid 1 Wet bpf). Onderdeel van het Verplichtstellingsbesluit is een omschrijving van:

—de bedrijfstak waarbinnen het bedrijfspensioenfonds werkzaam is

—de bedrijfsgenoten waarvoor de verplichtstelling geldt.

In de praktijk doen zich nogal eens geschillen voor met betrekking tot de vraag of:

—een werkgever binnen de bedrijfstak waarvoor de verplichtstelling geldt opereert

—een werknemer een bedrijfsgenoot is.

De tekst van alle geldende Verplichtstellingsbesluiten is opgenomen in Sociale Verzekeringswetten, deel 5, Pensioenen, losbl. ed., Kluwer, red. W.J.P.M. Fase e.a.

Een soortgelijke regeling geldt voor bepaalde vrije beroepsbeoefenaren en bepaalde groepen werknemers in dienst van vrije beroepsbeoefenaren (art. 2, lid 1 Wet ber pr; voor een overzicht: Sociale Verzekeringswetten, deel 5, Pensioenen, losbl. ed., Kluwer, red. W.J.P.M. Fase e.a.).

18.5.1 Absolute competentie

Geschillen inzake de werkingssfeer van Verplichtstellingsbesluiten dienen bij de kantonrechter aanhangig te worden gemaakt, zowel wanneer het om procedures tussen werkgever en werknemer als om procedures tussen werknemer of werkgever enerzijds en een bedrijfs- of beroepspensioenfonds anderzijds gaat (voor bedrijfspensioenfonds: art. 18, lid 1 jo. 39 RO; voor beroepspensioenfonds: art. 31, lid 1 jo. art. 97v. Rv; vgl. tussenvonnissen Rb. Breda 21 november 1995, niet gepubliceerd).

Ook in de verzetprocedure tegen een dwangbevel komt de kantonrechter rechtsmacht toe (art. 18, lid 6 Wet bpf en art. 31, lid 6 Wet ber pr). (Zie 14.2.)

18.5.2 Soort procedure

Wanneer een werkgever of een vrije beroepsbeoefenaar premieafdracht aan een bedrijfspensioenfonds of een beroepspensioenfonds weigert, kan het pensioenfonds een *dwangbevel* betekenen aan de werkgever of de vrije beroepsbeoefenaar. Het dwangbevel is een executoriale titel zodat zonder tussenkomst van de rechter tot invordering van de premie kan worden overgegaan (art. 18, lid 2 Wet bpf; art. 31, lid 2 Wet ber pr). Een dwangbevel kan vanaf 8 dagen na de betekening ten uitvoer worden gelegd. De tenuitvoerlegging van het dwangbevel kan worden opgeschort door een verzetprocedure te starten. Een verzetprocedure is een dagvaardingsprocedure waarbij de kantonrechter absolute competentie toekomt (art. 18, leden 6 en 7 Wet bpf en art. 31, leden 6 en 7 Wet ber pr). Hoger beroep van de uitspraak van de kantonrechter is mogelijk (Rb. Groningen 4 december 1953, NJ 1954, 402). Het dwangbevel is tevens executoriale titel voor de invorderingskosten die het bedrijfs- of beroepspensioenfonds moet maken (art. 18, lid 9 Wet bpf, zie HR 6 mei 1965, NJ 1965, 342 respectievelijk art. 31, lid 9 Wet ber pr).

Procedures in verband met *werkingsfeer*bepalingen door werknemers of werkgevers enerzijds tegen bedrijfs- of beroepspensioenfonds en anderzijds zijn dagvaardingsprocedures (art. 1 Rv; een wettelijke uitzondering conform art. 429b Rv is niet gemaakt).

Verzoeken om *vrijstelling* van de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds kunnen bij het bedrijfspensioenfonds worden ingediend. Wanneer het bedrijfspensioenfonds vrijstelling weigert, kunnen tegen die weigering bezwaren worden ingebracht bij de Verzekeringskamer (art. 8 en art. 9 van de Richtlijnen voor vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens bijzondere pensioenvoorzieningen, Beschikking van 29 december 1952, Stcrt. 1953, 1 voor het laatst gewijzigd bij Beschikking van 15 juli 1994, Stcrt. 1994, 158; hierna: 'de Vrijstellingsrichtlijnen'). Aangenomen moet worden dat het geen proce-

dure volgens de Awb betreft; van een formele rechtsgang is geen sprake. De Verzekeringskamer speelt een bemiddelende rol.

Tegen het *Besluit* van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om tot verplichtstelling over te gaan kan een bezwaarschriftprocedure worden gevoerd, gevolgd door een procedure bij de rechtbank (sector bestuursrecht) en de CRvB. (Zie 14.2.)

18.5.3 Procespartijen

Mogelijke procespartijen in procedures met betrekking tot de werkingssfeer van een Verplichtstellingsbesluit zijn:

- werknemers
- werkgevers
- werknemers- of werkgeversorganisaties
- ondernemingsraden (zie art. 27, lid 1, aanhef en onder *b* WOR)
- bedrijfs- en beroepspensioenfondsen.

(Zie 9.2.)

18.5.4 Stelplecht en bewijslastverdeling

In het kader van een *dwangbevelprocedure* zal de werkgever die premie-afdracht weigert, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, de volgende argumenten kunnen aanvoeren:

- de werknemers waarvoor premie-afdracht wordt geëist zijn geen 'bedrijfsgenoten' of 'beroepsgenoten' waarvoor de verplichtstelling geldt
- de werkgever valt niet onder de werkingssfeer van het Verplichtstellingsbesluit
- het Verplichtstellingsbesluit is niet rechtsgeldig (in dit verband wordt in proefprocedures ook een beroep op het Europese mededingingsrecht gedaan, zie HvJ EG 14 december 1995, PJ 1996/2 m.nt. E. Lutjens; Rb. Rotterdam 25 januari 1996, PJ 1996/31 m.nt. R. ten Wolde; Ktr. Arnhem 4 maart 1996, PJ 1996/32 m.nt. E. Lutjens; literatuur: W.P.M. Thijssen, *Het werkerterrein van bedrijfspensioenfondsen*, in brochure nr. 4 van

de Vereniging voor Pensioenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, hoofdstuk 3).

In het kader van procedures over de *werkingssfeer* van bedrijfs- en beroepspensioenfondsen kunnen de volgende vragen onderwerp van geschil zijn (afhankelijk van de redactie van het Verplichtstellingsbesluit):

- voor alle werknemers geldt dat zij niet onder de verplichtstelling vallen (bijvoorbeeld omdat het Verplichtstellingsbesluit inhoudt dat de verplichtstelling uitsluitend geldt wanneer méér dan 50% van de werknemers zich met bepaalde activiteiten bezighoudt of wanneer méér dan 50% van de omzet met bepaalde bedrijfsactiviteiten wordt behaald)
- de verplichtstelling geldt slechts voor een bepaalde groep werknemers (bijvoorbeeld omdat het Verplichtstellingsbesluit inhoudt dat de verplichtstelling uitsluitend voor die werknemers geldt, die zich met een bepaalde bedrijfsactiviteit bezighouden)
- de verplichtstelling geldt niet meer omdat de bedrijfsgenoten (bijvoorbeeld ten gevolge van een fusie) in dienst gekomen zijn van een werkgever die is gedispenseerd van de verplichte deelneming.

Voor jurisprudentie: Sociale Verzekeringswetten, deel 5, Pensioenen, losbl. ed., Kluwer, red. W.J.P.M. Fase e.a, aant. 5 bij art. 3 Wet bpf. Uitgebreid: W.P.M. Thijssen, *Het werkerterrein van bedrijfspensioenfondsen*, in brochure nr. 4 van de Vereniging voor Pensioenrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, met name hoofdstuk 1.

Procedures over *vrijstelling* van de verplichte deelneming moeten worden onderscheiden in procedures over:

- verplichte dispensatie (art. 5 van de Vrijstellingsrichtlijnen)
- niet-verplichte dispensatie (art. 1 van de Vrijstellingsrichtlijnen)
- afwikkelingsdispensatie (een dispensatie die uitsluitend geldt voor werknemers die op het moment waarop de dispensatie wordt verleend, bij de werkgever in dienst zijn).

18.5.6 Dwangsom

In de verzetprocedure tegen een *dwangbevel* zou onder verbeurte van een dwangsom kunnen worden geëist dat een bedrijfs- of beroepspensioenfonds zich onthoudt van iedere handeling die strekt de werkgever tot premie-afdracht te bewegen.

In procedures over de *werkingsfeer* van een bedrijfs- of beroepspensioenfonds kan de werkgever onder verbeurte van een dwangsom eisen dat het bedrijfs- of beroepspensioenfonds zich onthoudt van handelingen gericht op premie-afdracht. Het bedrijfs- of beroepspensioenfonds kan géén dwangsom vorderen omdat de vordering premie-afdracht (betaling van een geldsom) betreft (art. 611a Rv).

Aan de vordering tot het verlenen van *vrijstelling* kan een dwangsom worden verbonden.

In Awb-procedures met betrekking tot de rechtsgeldigheid van een verplichtstellings*besluit* kan worden verzocht een bestuurlijke dwangsom vast te stellen. (Zie 15.1.2.)

18.5.7 Petitum

Voor de beschreven procedures geldt dat steeds zal worden gevraagd om een verklaring voor recht of om een verbod zich van bepaalde gedragingen te onthouden. Om een rechterlijk oordeel te verkrijgen dat daadwerkelijk executeerbaar is, is het raadzaam in het petitum tevens veroordeling tot betaling van een dwangsom te vorderen. (Zie 15.1.12.)