

Bekrachtiging heropening vereffening pensioenfonds wegens aannemelijkheid indexatie- en overige vorderingen.

Hof 's-Gravenhage 27-07-2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:BY1427, m.nt. Mr. T. Huijg

Instantie	Hof 's-Gravenhage
Datum	27 juli 2006
Magistraten	Mrs. M. Hooykaas, H.F. Ch. van Dijken, C.A. Brouwer
Zaaknummer	R05/612
Noot	Mr. T. Huijg
LJN	BY1427
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Pensioenen (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:GHSGR:2006:BY1427, Uitspraak, Hof 's-Gravenhage, 27-07-2006;
Wetingang	BW art. 2:23c

Essentie

Bekrachtiging heropening vereffening pensioenfonds wegens aannemelijkheid indexatie- en overige vorderingen.

Samenvatting

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de vorderingen van mevrouw Y voldoende aannemelijk zijn voor toewijzing van haar verzoek tot heropening van de vereffening van het pensioenfonds. Mevrouw Y heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat haar pensioenen te laag zijn vastgesteld bij de liquidatie en daaropvolgende waardeoverdracht. Juist is ook dat mevrouw Y een verbetering van haar pensioenrechten mocht verwachten. Op grond van de statuten van het fonds en het pensioenreglement had een gelijke behandeling van de gepensioneerden en de actieve deelnemers voor het pensioenfonds uitgangspunt moeten zijn bij de aanwending van het liquidatieoverschot. Bij hantering van dat uitgangspunt ligt het voor de hand om de vrijgevallen reserve voor indexering van de pensioenen voor alle deelnemers aan te wenden. Voorshands valt niet uit te sluiten dat het fonds bij de overdracht van de pensioenverplichtingen met de belangen van mevrouw Y geen of onvoldoende rekening heeft gehouden. Voldoende aannemelijk is dat de vorderingen van mevrouw Y niet zijn verjaard. Het niet tijdig doen van verzet tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling door een schuldeiser

Partij(en)

HET GERECHTSHOF TE 'S-GRAVENHAGE, tweede Civiele kamer, heeft de volgende beschikking gegeven in de zaak van

1. De vereffenaars van de ontbonden stichting STICHTING PENSIOENFONDS VOOR DE RAAD VAN BESTUUR VAN DE KONINKLIJKE NEDLLOYD GROEP, voorheen gevestigd te Rotterdam, hierna te noemen: het pensioenfonds;
2. de naamloze vennootschap KONINKLIJKE P&O NEDLLOYD N.V., gevestigd te Rotterdam, hierna te noemen: Nedlloyd;
3. Meneer X, wonende te [woonplaats], België, hierna te noemen: Meneer X,

appellanten,

procureur: mr. H.J.A. Knijff,

tegen

Mevrouw Y,

wonende te [woonplaats],

geïntimeerde,

hierna te noemen: Mevrouw Y,

procureur: mr. H.C. Grootveld.'

Uitspraak

Het geding

Bij beroepschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 23 mei 2005, hebben appellanten tijdig hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank.

Rotterdam van 25 februari 2005, waarbij de door Mevrouw Y verzochte heropening is bevolen van de vereffening van het pensioenfonds.

In hun beroepschrift verzoeken appellanten het hof deze beschikking te vernietigen en alsnog de door Mevrouw Y verzochte heropening van de vereffening af te wijzen. In haar verweerschrift verzoekt [Mevrouw Y] mede uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de beschikking. Partijen hebben nadien nog producties overgelegd.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 16 mei 2006, waarbij zijn verschenen het pensioenfonds en Nedlloyd, bijgestaan door Mr. S.A. Tan, advocaat te Rotterdam, Meneer X, bijgestaan door Mr. R.J.G. Veugelers, advocaat te Rotterdam en [Mevrouw Y], bijgestaan door Mr. Thijssen, advocaat te Amstelveen.

Beoordeling van het hoger beroep

1.

Het hof gaat uit van de feiten die de rechtbank in haar beschikking heeft vastgesteld en waartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Mevrouw Y legt aan haar verzoek tot heropening van de vereffening van het pensioenfonds ten grondslag dat zij schuldmeneer X als bedoeld in artikel 2:23c BW is.

2.

Het gaat kort gezegd in deze zaak om het volgende.

Het pensioenfonds is met ingang van 1 januari 1997 ontbonden. In het kader van de liquidatie van het pensioenfonds zijn de pensioenverplichtingen van het pensioenfonds, waaronder die van Meneer X, overgedragen aan Nationale Nederlanden Levensverzekeringsmaatschappij N.V., hierna te noemen: Nationale Nederlanden, die van het pensioenfonds de uitvoering van de pensioenregeling overnemen. Mevrouw Y heeft na haar echtscheiding van Meneer X op 30 juni 1997, recht op betaling van de helft van het pensioen van Meneer X. Het ouderdomspensioen van Meneer X is op 1 november 2002 ingegaan. Mevrouw Y heeft op 12 november 2002 van Nationale Nederlanden een opgave ontvangen van de maandelijks door haar- aan pensioen te ontvangen bedragen.

Mevrouw Y is van mening dat zij aanspraak kan maken op een hoger pensioen dan uit de opgave van Nationale Nederlanden volgt; de door Nationale Nederlanden opgegeven bedragen zijn niet juist endoor de overdracht aan Nationale Nederlanden zijn haar pensioenrechten zonder haar instemming in haar nadeel gewijzigd. Anders dan de vereffenaars van het pensioenfonds haar bij brief van 25 november 2002 hebben bericht kan zij aanspraak maken op een geïndexeerd pensioen.

3.

De rechtbank heeft in haar van 25 februari 2005 de vereffening van het pensioenfonds heropend met benoeming van Mr. J.C. van Apeldoorn, advocaat te Amsterdam, tot vereffenaar.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de vordering van Mevrouw Y voldoende aannemelijk is geworden om heropening te rechtvaardigen en heeft heropening ook doelmatig geoordeeld. Naar het oordeel van de rechtbank is niet onomstotelijk gebleken dat Meneer X geen aanspraak kon maken op indexering. Volgens de rechtbank valt niet uit te sluiten dat Meneer X in de periode tussen het einde van zijn huwelijk van zijn pensionering al dan niet 'om niet' afstand heeft gedaan van zijn recht op indexering. Bij beschikking van 15 augustus 2005 heeft de rechtbank aan Mr. Apeldoorn verzoek ontslag verleend en Mr. H. Dulack, advocaat te Utrecht, in zijn plaats tot vereffenaar benoemd.

4.

De grieven van appellanten kunnen als volgt worden samengevat. Appellanten zijn van mening dat de rechtbank ten onrechte de vereffening heeft heropend. Volgens appellanten is de vordering van Mevrouw Y onvoldoende aannemelijk om heropening van de vereffening te kunnen rechtvaardigen. Daartoe voeren zij aan dat Meneer X geen recht op indexering van het door Nedlloyd aan hem toegezegde pensioen heeft en ook nooit heeft gehad. Ook nadat Nationale Nederlanden de pensioenverplichtingen heeft overgenomen is de in de arbeidsovereenkomst en de pensioenbrief van Meneer X vastgelegde pensioentoezegging ongewijzigd gebleven. Verwezen wordt naar de verklaringen

van Meneer X en Drs. H.H. Meijer.

5.

Ter zitting van het hof hebben het pensioenfonds, Nedlloyd en Meneer X hun standpunten toegelicht, waarbij is aangevoerd dat zowel Meneer X als de heer Meijer in de beschikking van de rechtbank geen aanleiding hebben gezien hun standpunt met betrekking tot de afwezigheid van een indexeringsrecht te herzien. Meneer X is uitsluitend gerechtigd tot een nominaal pensioen en hij ontvangt al jaren hetzelfde bedrag aan pensioen. Het feit dat de gepensioneerden bij de liquidatie van het pensioenfonds de keuze hadden tussen een eenmalige verhoging van 8% of een jaarlijkse verhoging van 2,55%, betekent nog niet dat Meneer X aanspraak kon maken op indexering. Met Meneer X is een individuele regeling getroffen die afwijkt van de pensioenregeling van andere deelnemers. Over de uitleg van de arbeidsovereenkomst en de pensioenbrief bestaat tussen het pensioenfonds, Nedlloyd en Meneer X overeenstemming. Voor een andere uitleg, zoals Mevrouw Y die voorstaat en door de rechtbank kennelijk is gevolgd, bestaat geen ruimte.

Uit de rekening en verantwoording van de vereffenaars van het pensioenfonds blijkt dat de resterende- reserve van het pensioenfonds pro rata verdeeld is over de passieven (de gepensioneerden) en de actieven, waartoe Meneer X behoorde/ Het deel dat aan de actieven toekwam is aangewend ter verlaging van de werkgeverslasten en is niet voor verbetering van de regeling gebruikt. In 2001 heeft Meneer X gekozen voor het continueren van de bestaande nominale eindloonregeling en is hij niet overgegaan op een beschikbare premieregeling.

Heropening van de vereffening van het pensioenfonds heeft vergaande gevolgen, omdat er geen middelen beschikbaar zijn voor de vereffenaars.

6.

Mevrouw Y heeft ter zitting eveneens haar standpunt toegelicht en aangevoerd dat uit het feit dat de aan Mevrouw Y toegekende bedragen onjuist zijn volgt dat de vereffening van het pensioenfonds dient te worden heropend om, los van de kwestie van de indexering, deze onjuistheid te herstellen. In het kader van de liquidatie van het pensioenfonds hadden vanaf 1 januari 1998 aan Mevrouw Y de juiste nominale bedragen en een indexering van 2.55% toegekend moeten worden. Verder had niet aan de rechten van Mevrouw Y getoond mogen worden, zo volgt uit artikel 8c, lid 3 PSW. Het overschot is door het pensioenfonds niet in overeenstemming met het doel van het pensioenfonds aangewend. Op grond van een bestendige gedragslijn om te indexeren en de aanwezigheid van voldoende vermogen om te indexeren bestond er een vooruitzicht op indexering, althans een verbetering van de pensioenrechten van Meneer X en van Mevrouw Y.

7.1.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de vordering mevrouw Y voldoende aannemelijk is voor toewijzing van haar verzoek tot heropening van de vereffening van het pensioenfonds. Dit oordeel berust op de volgende overwegingen.

7.2.

Volgens de pensioenberekeningen van Watson Wyatt, door appellanten overgelegd bij brief van 2 mei 2006, waarop appellanten zich kennelijk beroepen, heeft Mevrouw Y recht op andere pensioenbedragen

dan die volgen uit de brief van Nationale Nederlanden van 12 november 2002. Uit de berekeningen van Watson Wyatt volgt dat Mevrouw Y recht heeft op een jaarlijks ouderdomspensioen van €107.744,47, een bijzonder. weduwenpensioen van €150.842,26 per jaar en een tijdelijk ouderdomspensioen van €4.187,97 per jaar. In de brief van Nationale Nederlanden van 12 november 2002 worden aan Mevrouw Y de volgende pensioenbedragen op jaarbasis opgegeven: € 107.092,13 ouderdomspensioen en €4.537,80 tijdelijk ouderdomspensioen.

Daarnaast is bij Nationale Nederlanden een bedrag van €78.086,63 aan nabestaandenpensioen verzekerd, dat vermeerderd met het Aegon verzekerde bijzonder weduwenpensioen ad €67.200,31 resulteert in een jaarlijks bijzonder weduwenpensioen van €145.286,94.

De conclusie is dat de door Nationale Nederlanden opgegeven bedragen per saldo in het nadeel mevrouw Y afwijken van de door Watson Wyatt berekende bedragen. Mevrouw Y heeft de berekeningen van Watson Wyatt door de door haar ingeschakelde pensioenadviseur Piacana Pensioenadvies laten narekenen. Volgens Mevrouw Y zijn de berekeningen van Watson Wyatt, wanneer geen rekening wordt gehouden met haar aanspraak op indexering, juist.

7.3

Mevrouw Y legt aan haar verzoek mede ten grondslag dat het liquidatieoverschot door het pensioenfonds niet overeenkomstig het statutaire doel van het pensioenfonds is aangewend. Zij had een verbetering van haar pensioenaanspraken mogen verwachten. Op grond van het indexeringsbeleid en het vrijvallen van de reserve had het pensioenfonds het pensioen van [Mevrouw Y] kunnen en moeten indexeren. I

Het hof oordeelt hierover voorshands als volgt.

Juist is dat [Mevrouw Y] een verbetering van naar pensioenrechten mocht verwachten. Op grond van de statuten van het pensioenfonds en het pensioenreglement had een gelijke behandeling van de gepensioneerden en de actieve deelnemers voor het pensioenfonds uitgangspunt moeten zijn bij de aanwending van liquidatieoverschot. Bij hantering van dit uitgangspunt ligt het voor de hand om de vrijgevallen reserve voor indexering van de pensioenen voor alle deelnemers aan te wenden. Niet is gebleken van enige bijzondere aanleiding om in dit geval van het uitgangspunt van gelijke behandeling af te wijken en om alleen de aanspraken van de gepensioneerden te indexeren.

Het jaarlijks indexeringsbeleid van het fonds voor alleen de pensioenen van de gepensioneerden vormt — naar voorlopig oordeel van het hof — niet een zodanige aanleiding. Aan dat beleid kunnen gepensioneerden of de andere deelnemers geen rechten ontleen. Evenmin valt in te zien waarom hetzelfde beleid, alleen indexering voor de gepensioneerden gevolgd moet worden bij het geven van een bestemming aan het liquidatieoverschot.

Dat de actieve deelnemers geen recht op indexering hadden, of dat Meneer X vanwege zijn individuele regeling met Nedlloyd andere behandeld moet worden, vormt- naar voorlopig oordeel van het hof — voor het pensioenfonds evenmin voldoende reden om de rechten van Mevrouw Y niet te indexeren.

7.4.

Bij dit oordeel neemt het hof in aanmerking dat voorshands -niet valt uitte sluiten dat het pensioenfonds bij de overdracht van de pensioenverplichtingen aan Nationale Nederlanden met de belangen Mevrouw Y geen of onvoldoende' rekening heeft gehouden.

Uit zijn brief van 17 december 1996 blijkt dat het pensioenfonds uitging van een gelijke behandeling van alle deelnemers. In de brief wordt aan het bestuur voorgesteld om het liquidatiesaldo voor de vaste

klimming (gepensioneerden) of als eerste storting op de C-polis (actieve deelnemers) aan te wenden, en wei naar rato van de voorziening pensioenverplichtingen.

Uiteindelijk heeft het pensioenfonds niet overeenkomstig dit voorstel gehandeld. Het aan de actieve deelnemers toe te rekenen deel van het liquidatiesaldo is met instemming van Meneer X aangewend ter vermindering van de (toekomstige) werkgeverslasten van Nedlloyd en niet ter verbetering van de pensioenrechten van onder meer Mevrouw Y.

7.5

Naar het voorlopig oordeel van het hof is voldoende aannemelijk dat de vorderingen van Mevrouw Y niet verjaard zijn. Een verjaringstermijn die afloopt gedurende het tijdvak Waarin het pensioenfonds heeft opgehouden te bestaan loopt op grond van de wet, artikel 2:23c lid 2 BW, voort totdat zes maanden na heropening van de vereffening zijn verstreken. Volgens appellanten is de verjaringstermijn met betrekking tot de gevorderde indexering van de pensioenrechten mevrouw Y geen open op 17 december 1996, op welke dag het' besluit werd genomen tot indexering van de pensioenrechten van andere (g'gepensioneerde) deelnemers aan de pensioenregeling van het pensioenfonds. Blijkens .de opgave aan het handelsregister is het pensioenfonds op 15 december 1998 opgehouden te bestaan. Ook indien er van wordt uitgegaan dat de verjaringstermijn op 17 december 1996 is ingegaan, hetgeen Mevrouw Y betwist, zijn de vorderingen van Mevrouw Y nog niet verjaard.

7.6.

Als na het tijdstip waarop de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan nog een schuldmeneer X of gerechtigde tot het saldo opkomt kan een belanghebbende heropening van de vereffening vragen. Het niet tijdig doen van verzet tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling door een schuldmeneer X staat aan toewijzing van het verzoek van Mevrouw Y tot heropening van de vereffening niet in de weg.

7.7.

In hetgeen het pensioenfonds, Nedlloyd en Meneer X verder hebben aangevoerd ziet het hof evenmin aanleiding het verzoek van Mevrouw Y af te wijzen.

7.8.

Appellanten Stellen dat de oorspronkelijke vereffenaars weer als vereffenaars aangewezen moeten worden. De rechter is echter vrij in de keuze van de te benoemen vereffenaar. Mevrouw Y voert aan dat de oorspronkelijke vereffenaars onvoldoende rekening met haar belangen hebben gehouden. Dat verweer vormt voldoende reden om niet opnieuw de oorspronkelijke vereffenaars aan te wijzen.

8.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de grieven falen en de bestreden beschikking dient te worden bekrachtigd. Appellanten worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

9.

Het incidentele verzoek van Mevrouw Y om de bestreden beschikking alsnog uitvoerbaar bij voorraad te

verklaren zal, omdat de beschikking bekrachtigd wordt en appellanten tegen de uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet zijn opgekomen, worden toegewezen.

Beslissing

Het hof;

- Bekrachtigt de bestreden beschikking van de rechtbank Rotterdam van 25 februari 2005.
- Verklaart de beschikking uitvoerbaar bij voorraad.
- Veroordeelt appellanten in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van Mevrouw Y bepaald op €291,- aan verschotten en €1.788,- aan salaris van de procureur.

Deze beschikking is gegeven door mrs. M. Hooykaas, H.F. Ch. van Dijken en C.A. Brouwer en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 juli 2006 in aanwezigheid van de griffier

Noot

Auteur: Mr. T. Huijg

Inleiding

De uitspraken *PJ* 2012/100, *PJ* 2012/181 en *PJ* 2012/176 gaan over een pensioenfonds van (voorheen) Nedlloyd, dat is geliquideerd in 1997 en in dat kader haar pensioenverplichtingen heeft overgedragen aan Nationale Nederlanden. Zeven jaar later meent een ex-partner van een voormalige deelnemer van het fonds dat bij die overdracht niet al haar aanspraken waren overgedragen. Zo zou een te laag (verevend) nominaal pensioen zijn overgedragen en zou haar pensioen jaarlijks geïndexeerd moeten worden. Ook stelde de ex-partner dat het batig liquidatiesaldo niet conform het statutaire doel van het ontbonden fonds was aangewend. De ex-partner vraagt daarom om heropening van de vereffening van het dan al lang niet meer bestaande fonds. Rechtbank Rotterdam honoreert dat verzoek, omdat de ex-partner haar vorderingen jegens het fonds voldoende aannemelijk had gemaakt. Hof 's-Gravenhage bekrachtigt die uitspraak in 2006. Hiermee was de heropening een gegeven en moest de ex-partner daaropvolgend een bodemprocedure starten om ook daadwerkelijk haar vorderingen inhoudelijk toegewezen te krijgen. Dat mondde uit in de uitspraak van 30 december 2011 (*PJ* 2012/100) van de Kantonrechter Rotterdam. Hoewel de ex-partner nog de mogelijkheid krijgt om nader bewijs te leveren, heeft het er alle schijn van dat de Kantonrechter Rotterdam haar uiteindelijk in het ongelijk zal stellen en zij dus toch aan het kortste eind zal trekken. Zie over deze zaak ook Rechtbank Rotterdam 15 maart 2011, *JOR* 2011/174, waarin de aangestelde vereffenaar beloning voor zijn werk vorderde van de rechtsopvolger van Nedlloyd.

De uitspraken zijn relevant voor de praktijk. Niet wegens het inhoudelijke geschil omtrent de hoogte van het nominale pensioen en de indexatieaanspraken van de ex-partner. Daarvoor zijn de uitspraken te casuïstisch. Wel om de volgende drie redenen. Ten eerste, steeds meer fondsen gaan tot liquidatie over (in 1998 bestonden er nog 1000 fondsen, nu zouden dat er nog maar 412 zijn). Ten tweede, bij liquidatie wordt voor wat betreft waardeoverdracht doorgaans de route van art. 84 PW geprefereerd boven die van art. 83 PW. Dat heeft te maken met het feit dat onder art. 84 PW de individuele deelnemers (enz.)

geen bezwaarmogelijkheid hebben. Deze uitspraken illustreren echter treffend dat dat nog niet betekent dat een individuele rechthebbende het liquidatieproces niet kan frustreren. Ten derde, deze uitspraken benadrukken de relevantie van een volledige waardeoverdracht en daarbij behorende vrijwaring van de nieuwe pensioenuitvoerder.

In het vervolg van mijn annotatie, zal ik waar relevant terugkomen op de uitspraken. Ter verdieping zal ik hierna echter voornamelijk ingaan op meer algemene zaken als de vereffeningfase, de mogelijkheden die schuldeisers hebben om voor hun rechten op te komen, de door De Nederlandsche Bank (DNB) gevraagde vrijwaring en de aanwending van het batig saldo.

De vereffeningfase

Nadat een ontbindingsbesluit is genomen, blijft het pensioenfonds voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is (art. 2:19 lid 2 BW). Het fonds verkeert dan in de vereffeningfase. De vereffenaars zullen moeten streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst van de activa (*Van der Heijden/Van der Grinten* 1992, nr. 386). Kort gezegd, zijn de vereffenaars verplicht alle schulden en vorderingen te inventariseren, alle vorderingen te innen en alle schulden te voldoen (*Asser-Maeijer 2-II*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 166a). Art. 84 PW verplicht de vereffenaars tot collectieve waardeoverdracht over te gaan.

Vervolgens moeten de vereffenaars rekening en verantwoording opstellen van de vereffening en een plan van verdeling maken. In het plan van verdeling wordt vastgelegd hoe de vereffenaars het batig liquidatiesaldo willen gaan aanwenden. De rekening en verantwoording en het plan moeten ter inzage worden neergelegd bij zowel de Kamer van Koophandel als het fonds. Bovendien moet daarvan melding worden gemaakt in een landelijk dagblad.

De verzetsprocedure

Iedere schuldeiser of gerechtigde kan binnen twee maanden na voornoemde melding tegen de rekening en verantwoording en het plan in verzet komen bij de rechtbank. De rechter kan een oordeel gevraagd worden over het plan van de vereffenaars een positief liquidatiesaldo aan te wenden. Ook kan de wijze waarop tot het positieve saldo is gekomen onderwerp zijn van de verzetsprocedure. Het verzet richt zich dan bijvoorbeeld tegen de vorderingen die (wel of niet) zijn geïnd, de schulden die (wel of niet) zijn betaald, etc. Daaronder valt naar mijn mening ook de waardeoverdracht. Dat betekent ook dat een schuldeiser in verzet kan komen indien de vereffenaars zijn beweerdelijke pensioenen niet – of niet juist – hebben vastgesteld of overgedragen. Verzet kan er toe leiden dat de waardeoverdracht (deels) moet worden teruggedraaid. Dat kan tot aanzienlijke problemen leiden. Vereffenaars doen er daarom verstandig aan pas na de verzetstermijn feitelijk waarde over te dragen.

De heropeningsprocedure

Maar zelfs indien de vereffenaars pas na de verzetstermijn waarde overdragen, kan het fonds nog geconfronteerd worden met schuldeisers. Zij kunnen namelijk op ieder moment de rechtbank verzoeken de vereffening te heropenen. Zij moeten dan wel hun vordering aannemelijk maken. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat daaraan geen al te zware eisen mogen worden gesteld (HR 11 oktober 1991, *NJ* 1992/132). Zo ook Rechtbank Rotterdam inzake Nedlloyd (r.o. 4.5.1, *PJ* 2012/181). Deze lichte norm

geldt niet in de bodemprocedure, hetgeen ook verklaart waarom de ex-partner in de Nedlloyd-uitspraken wel de heropening wist te bewerkstelligen, maar uiteindelijk toch bakzeil lijkt te gaan halen. Indien de rechter tot heropening besluit, zijn de vereffenaars op grond van art. 2:23c BW bevoegd het teveel betaalde (aan overschot) terug te vorderen van diegenen die dat – naar dan blijkt – ten onrechte ontvangen hebben. Dat kan tot lastige situaties leiden, zeker indien dat geld al is gebruikt voor indexatiedoelinden bij de nieuwe uitvoerder.

De vraag die opdringt, is wat de positie van de schuldeiser is indien hij de mogelijkheid van verzet voorbij heeft laten gaan en via de route van heropening alsnog zijn recht geldend tracht te maken. Van der Heijden/Van der Grinten merken op dat de regeling van heropening op dat punt "*merkwaardig en weinig doordacht*" is. Volgens hen zou "*bij de wettelijke regeling van rekening en verantwoording en plan van verdeling [...] veel beter passen dat schuldeisers en gerechtigden hun rechten verliezen indien blijkens de rekening en verantwoording of het verdelingsplan aan hun aanspraken is voorbijgegaan.*" Zij hadden immers de mogelijkheid om daartegen in verzet te komen (*Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 398*). Nethe stelt dat een schuldeiser niet de mogelijkheid verliest om de heropening te verzoeken indien hij geen gebruik heeft gemaakt van zijn verzetsrecht (B. Bier e.a., *Ondernemingsrecht, SDU Commentaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 122). Zowel Rechtbank Rotterdam als Hof 's-Gravenhage bevestigen Nethe's standpunt (r.o. 4.5.5 resp. r.o. 7.6). Rechtbank Rotterdam lijkt daarbij overigens nog wel een uitzondering te zien voor die gevallen waarin de schuldeiser met de mogelijkheid van verzet voldoende gelegenheid heeft gehad om op te komen voor zijn rechten.

Vrijwaring

Het instrument van verzet en heropening zal bot aanvoelen indien de reeds uitgekeerde bedragen niet meer terug te halen zijn. Bovendien kunnen die instrumenten tot veel onzekerheid leiden. Ik sluit niet uit dat DNB mede daarom eist dat de ontvangende pensioenuitvoerder de liquiderende uitvoerder vrijwaart "*voor alle pensioenaanspraken en -rechten op grond van de pensioenreglementen [...]*". Die vrijwaring moet ook betrekking hebben op onbekende pensioenaanspraken, bijvoorbeeld die van niet-aangemelde werknemers (zie DNB's Q&A van 10 november 2011, www.toezicht.dnb.nl/3/50-224398.jsp). Is die vrijwaring er niet, dan zal DNB een verbod tot waardeoverdracht opleggen (ex. art. 84 PW). In de praktijk verlangt de ontvangende pensioenuitvoerder op haar beurt een vrijwaring van de aangesloten werkgever van de liquiderende uitvoerder. Dit leidt tot problemen indien die werkgever er niet meer is, of indien het liquiderende fonds een groot aantal aangesloten werkgevers had. In dat soort gevallen zal de ontvangende uitvoerder het risico dat is verbonden aan haar vrijwaring moeten verdisconteren in haar prijs.

Er bestaat in de literatuur en de Tweede Kamer discussie over de vraag of er een juridische grondslag is voor de door DNB verlangde vrijwaring. Op 3 oktober 2012 heeft DNB op haar zgn. 'Themabijeenkomst pensioenjuristen' aan die discussie een nieuwe wending gegeven door zich te beroepen op art. 84 PW zelf. Uit dat artikel zou namelijk volgen dat "*het pensioenfonds [...] verplicht [is] tot waardeoverdracht van alle aanspraken en rechten*". Daarvoor beriep DNB zich publiekelijk alleen nog op art. 5 PW (althans voor zover ik weet). Zie voor de verdere discussie hieromtrent o.a. E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij het niet aanmelden', *P&P* 2011, nr. 12, T. Huijg, 'Deelnemer? Maar wie ben jij dan?', *P&P* 2012, nr. 1, A.C.M. Kuypers, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden', *P&P* 2012, nr. 4, en G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de

Aanwenden batig liquidatiesaldo

Eén van de meest voorkomende vragen bij liquidatie is óf, en in welke mate, het batig liquidatiesaldo aan de aangesloten werkgever (terug)betaald mag worden. Hof 's-Gravenhage had zich daar ook – weliswaar terughoudend – over gebogen (r.o. 7.3 en 7.4 *PJ* 2012/176. Hetzelfde geldt voor de Kantonrechter Rotterdam in de bodemzaak (r.o. 3.17.5 (*PJ* 2012/100)). In het algemeen ligt het antwoord op die vraag besloten in de statuten van het fonds. Conform de wet (art. 106 lid 1 onder i PW) zal daarin de bestemming van het liquidatiesaldo zijn opgenomen. Bij gelijkblijvende statuten, zullen de vereffenaars dienovereenkomstig moeten handelen.

De vraag is of op de vereffenaars ook de plicht rust alle belangen evenwichtig te behartigen (ex art. 105 lid 2 PW) en of de norm van art. 129 lid 2 PW nog relevant is bij het verdelen van het batig saldo. Naar de letter van de tekst zijn beide artikelen niet van toepassing. Art. 129 lid 2 PW bepaalt – vrij vertaald – dat een "*pensioenfonds*" alleen mag terugstorten indien de afgelopen tien jaar volledig is geïndexeerd, kortingen zijn gecompenseerd en voor de aankomende jaren voldaan wordt aan de consistentietoets van art. 95 lid 1 PW. De norm van art. 129 PW geldt alleen voor "*pensioenfonds*". Dat is een gedefinieerde term in de PW. Die definitie luidt als volgt: "*een rechtspersoon [...] waarin [...] gelden [...] worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling*" (art. 1 PW). Een pensioenfonds dat al haar pensioenen heeft overgedragen (inclusief een vrijwaring), beheert geen gelden meer ter uitvoering van een pensioenregeling en is dus geen "*pensioenfonds*" meer. Art. 129 PW geldt daarom strikt genomen niet (meer). Een soortgelijke redenering kan mijns inziens voor de gehele Pensioenwet opgaan, en dus ook voor art. 105 lid 2 PW. DNB denkt daar overigens anders over, zo blijkt uit haar Q&A van 24 februari 2011. Uit niets zou af te leiden zijn dat art. 129 lid 2 PW alleen van toepassing is op *going concern*, aldus DNB (www.toezicht.dnb.nl/3/50-203416.jsp). Op haar 'Themabijeenkomst pensioenjuristen' van 3 oktober 2012 ging DNB zelfs een stap verder door te stellen dat "*het toezicht [...] voort[duurt], totdat het door DNB wordt beëindigd.*". Overigens, ook de Kantonrechter Rotterdam gaat in de Nedlloyd-zaak ervan uit dat art. 105 lid 2 PW gewoon nog van toepassing is (r.o. 3.17.5, *PJ* 2012/100).