

JAR 2013/73 Hoge Raad 's-Gravenhage, 08-02-2013, 11/05361, LJN BY4465 Beëindiging pensioenregeling meest verstrekkende wijziging in de zin van art. 17 PSW, Zorgplicht bestuur pensioen- of spaarfonds in verband met kennisgeving einde pensioenregeling en eventueel ook met een in verband daarmee gedaan aanbod tot een vervangende regeling, Omstandigheden van het geval, Kenbare persoonlijke en financiële belangen bij het tijdig treffen van vervangende voorziening

Publicatie	JAR 2013 afl. 4
Publicatiedatum	04 maart 2013
College	Hoge Raad 's-Gravenhage
Uitspraakdatum	08 februari 2013
Rolnummer	11/05361 LJN BY4465
Rechter(s)	mr. Numann mr. Heisterkamp mr. Loth mr. Drion mr. Snijders
Partijen	Johannes Bernardus Niehof te Lattrop-Breklenkamp, gemeente Dinkelland, eiser tot cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans mr. S.F. Sagel, tegen Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid te Amsterdam, verweerster in cassatie, advocaat: mr. P.S. Kamminga.
Noot	prof. mr. drs. M. Heemskerck
Trefwoorden	Beëindiging pensioenregeling meest verstrekkende wijziging in de zin van art. 17 PSW, Zorgplicht bestuur pensioen- of spaarfonds in verband met kennisgeving einde pensioenregeling en eventueel ook met een in verband daarmee gedaan aanbod tot een vervangende regeling, Omstandigheden van het geval, Kenbare persoonlijke en financiële belangen bij het tijdig treffen van vervangende voorziening,
Regelgeving	PSW - 17

Samenvatting

Per 1 januari 2006 schaft de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (Bpf Bouw) een vroegpensioen- en vut-regeling af, waarin dga's tot dan toe verplicht zijn deel te nemen. Als gevolg hiervan verliezen de (gewezen) deelnemers die op dat tijdstip nog niet de vut-leeftijd hebben bereikt hun rechten op vut-uitkering en worden geen vroegpensioenrechten meer opgebouwd. De tot dan toe opgebouwde vroegpensioenrechten blijven in stand. Het bestuur

van Bpf Bouw bericht de bij haar aangesloten dga's per brief d.d. maart 2006 dat de bestaande vroegpensioen- en vut-regelingen per 1 januari 2006 zijn vervallen en wijst daarbij op de mogelijkheid om vrijwillig deel te nemen in een andere (aanvullende) regeling die vervroegde uittreding alsnog mogelijk maakt. Indien men van die mogelijkheid gebruik wenst te maken, dient het aanmeldingsformulier vóór 1 mei 2006 te worden geretourneerd. Indien dat niet gewenst wordt, hoeft niets gedaan te worden, zo vermeldt de brief. In de onderhavige procedure stelt één van de (voorheen) bij Bpf Bouw aangesloten dga's deze brief niet te hebben ontvangen. De dga vordert in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat Bpf Bouw onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en de veroordeling van Bpf Bouw om hem met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 als (vrijwillige) deelnemer toe te laten tot de vervangende regeling. Subsidiair vordert de dga schadevergoeding. De kantonrechter wijst de primaire vordering toe. Het hof wijst de vorderingen af. Volgens het hof verplicht art. 17 PSW niet tot het informeren omtrent de beëindiging van een pensioenregeling en de daaruit voortvloeiende consequenties, laat staan dat de bepaling noopt tot het doen van een nieuw aanbod. In cassatie klaagt de dga dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het de grote persoonlijke en financiële belangen die voor hem bij het aanbod in de brief van maart 2006 waren betrokken, heeft miskend. De klachten slagen. De Hoge Raad overweegt dat art. 17 PSW ertoe strekt dat belanghebbenden inzicht wordt verschaft in hun pensioenpositie opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen kunnen treffen. Afschaffing van een regeling is de meest verstrekkende "wijziging" die denkbaar is in de zin van art. 17 PSW en is bij uitstek van invloed op de pensioenpositie van de belanghebbenden. Ten aanzien van de kennisgeving van de beëindiging van regelingen als de onderhavige rust een zorgplicht op het bestuur van een pensioen- of spaarfonds. Die zorgplicht kan zich ook uitstrekken tot een in verband met die beëindiging gedaan aanbod zoals in de brief van maart 2006. In hoeverre een zodanige zorgplicht bestaat, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij ook van belang is welke kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) de dga waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening.

NB. Zie voor lagere rechtspraak over de zorgplicht op grond van art. 17 PSW: LJV BV1398, LJV BV1398, LJV BC8065.

Uitspraak

Hof Amsterdam

23 augustus 2011

(...; red.)

4. Beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak, kort weergegeven, om het volgende:

4.1.1. Bpf Bouw is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000) dat is belast met de uitvoering van de pensioenregelingen in de bouw.

4.1.2. Niehof (geboren op 10 september 1946) was op 1 januari 2006 statutair directeur en groot aandeelhouder (dga) van J.B. Niehof Beheer B.V., welke vennootschap de aandelen houdt in Aannemersbedrijf Niehof B.V. Deze laatste vennootschap exploiteert een bouwbedrijf.

4.1.3. Dga's zijn niet verplicht deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Zij waren tot 1 januari 2006 wel verplicht deel te nemen in de vroegpensioenregeling van de stichting Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: Stichting Vroegpensioenfonds) en in de vut-regeling van de stichting Stichting Vrijwillig Vervroegde Uittreding voor het Uitvoerend, Technisch en Administratief personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-Stichting). Deze regelingen tezamen gaven de deelnemers de mogelijkheid om vóór hun 65-jarige leeftijd uit te

treden. De regelingen zijn met ingang van 1 januari 2006 afgeschaft, waarmee de verplichte deelneming is geëindigd. De gewezen deelnemers, die op dat tijdstip de leeftijd waarop ze voor vut-uitkering in aanmerking hadden kunnen komen nog niet hadden bereikt, verloren hun rechten op die uitkering. Op 31 december 2005 opgebouwde rechten op vroegpensioen vervielen niet, maar verdere opbouw vond vanaf die datum niet meer plaats.

4.1.4. Stichting Vroegpensioenfonds heeft de bij haar aangesloten dga's, werkzaam in de bouwnijverheid, een brief gedateerd maart 2006 doen toekomen, waarin wordt medegedeeld dat de bestaande vroegpensioen- en vutregelingen met ingang van 1 januari 2006 zijn vervallen en dat de dga's de mogelijkheid wordt geboden vrijwillig deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling met nieuwe aanvullingsregeling van BPF Bouw die vervroegde uittreding mogelijk maakt onder de voorwaarde dat tevens zal worden deel genomen aan de aanvullende regeling van de VUT-Stichting. De brief vermeldt ook de voorwaarde dat voor beide regelingen premie wordt betaald. De brief eindigt als volgt:

"Indien u per 1 januari 2006 deel wenst te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen ('55-' en '55+') kunt u dit, nadat u dit tevens aan uw werkgever heeft aangegeven, kenbaar maken op bijgevoegd formulier. Het formulier dient u per ommegaande, doch uiterlijk vóór 1 mei 2006 te retourneren. Indien u per 1 januari 2006 niet wenst deel te nemen aan genoemde regelingen, hoeft u niets te doen."

4.1.5. Vanaf 1 januari 2006 zijn met betrekking tot Niehof niet langer gegevens verstrekt aan de VUT-Stichting en Stichting Vroegpensioenfonds om de voor hem verschuldigde premie te berekenen en zijn voor hem geen premies meer betaald.

4.1.6. Stichting vroegpensioenfonds en VUT-Stichting zijn op 1 januari 2007 ten gevolge van een juridische fusie opgegaan in BPF Bouw.

4.1.7. Niehof, die zich op het standpunt stelt dat hij de in 4.1.4 genoemde brief niet heeft ontvangen, heeft bij brief van 23 oktober 2007 aan de VUT-Stichting bezwaar doen maken tegen het laten vervallen van de aanvullingsregelingen. Dit bezwaar is door BPF Bouw bij brief van 7 februari 2008 afgewezen.

4.1.8. Bij brief van 29 september 2008 heeft BPF Bouw een verzoek van Niehof om alsnog gebruik te mogen maken van het aanbod in de brief van de Stichting Vroegpensioenfonds van maart 2006 afgewezen, zich op het standpunt stellende dat de termijn om van dat aanbod gebruik te maken inmiddels was verstreken.

4.2. Het geschil tussen partijen betreft de vraag of Niehof alsnog recht heeft op vrijwillige deelname aan de in de brief van maart 2006 genoemde regelingen. Niehof vordert in deze procedure:

primair een verklaring voor recht dat Bpf Bouw, als rechtsopvolgster onder algemene titel van Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting, onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en Bpf Bouw te veroordelen hem met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 als (vrijwillige) deelnemer toe te laten tot de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling ("55-" en "55+") van Bpf Bouw en dat Bpf Bouw op straffe van een dwangsom van € 1.000,= per dag dat zij daarmee nalatig blijft wordt veroordeeld die deelneming binnen twee weken na betekening van dit arrest schriftelijk aan Niehof te bevestigen en

subsidiar Bpf Bouw te veroordelen om, indien Bpf Bouw om welke reden dan ook niet wil meewerken aan toetreding door Niehof, de daaruit voor Niehof voortvloeiende schade te vergoeden zoals nader omschreven in de inleidende dagvaarding,

alsmede om Bpf Bouw te veroordelen in de kosten van de procedure waaronder begrepen de kosten van de accountant van Niehof begroot op € 3.000,=.

4.3. De kantonrechter heeft de primaire vorderingen van Niehof in het bestreden vonnis toegewezen (met dien verstande dat de gevorderde dwangsom is beperkt tot € 100,= per dag met een maximum van € 5.000,=). Tegen deze beslissing en

de gronden waarop deze berust, richten zich de grieven van Bpf Bouw die beogen het geschil tussen partijen in volle omvang aan het hof voor te leggen en zich lenen voor gezamenlijke behandeling.

4.4. In hoger beroep is tussen partijen niet langer in geschil dat de Stichting Vroegpensioenfondsv en de VUT-Stichting bevoegd waren de regelingen waaraan Niehof tot 1 januari 2006 deelnam met ingang van die datum te beëindigen, zoals de kantonrechter in het bestreden vonnis ook heeft overwogen (onder “de beoordeling van het geschil”, overweging 1).

4.5. Niehof stelt dat de Vut-Stichting en de Stichting Vroegpensioenfondsv onzorgvuldig hebben gehandeld door hem niet tijdig te informeren over die beëindiging en door hem niet adequaat, namelijk niet per aangetekende brief, op de hoogte te stellen van het aanbod vevat in genoemde brief van maart 2006. Hij heeft die brief niet ontvangen en is pas in september 2007 bekend geworden met het feit dat de destijds bestaande regelingen met ingang van 1 januari 2006 waren beëindigd en met het genoemde aanbod van het Bpf Bouw, waarvan de acceptatietermijn inmiddels was verstreken.

4.6. Nu Niehof uitdrukkelijk betwist dat hij de brief van maart 2006 heeft ontvangen, zal moeten worden onderzocht of de genoemde stichtingen en/of Bpf Bouw onrechtmatig jegens hem handelen door hem niet alsnog toe te laten als vrijwillig deelnemer in de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen van Bpf Bouw uitgaande van de situatie dat die brief hem destijds inderdaad niet heeft bereikt.

4.7. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat de stichtingen en/of Bpf Bouw geen onzorgvuldig handelen kan worden verweten. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.8. Artikel 17 van de Pensioen- en spaarfondsvsenwet, die op 1 januari 2006 nog van kracht was, bepaalde welke informatie een pensioenfondsv als Stichting Vroegpensioenfondsv aan de deelnemers moest verstrekken. Uit dat artikel volgt niet dat Stichting Vroegpensioenfondsv verplicht was Niehof te informeren over de beëindiging van de regelingen en de voor hem daaruit voortvloeiende consequenties. Het beëindigen van de regelingen hoefde derhalve geen aanleiding te zijn de brief van maart 2006 op een zodanige wijze te verzenden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken.

4.9. De door Bpf Bouw in dezelfde brief aangeboden pensioenregeling was, anders dan Niehof suggereert, niet een (vrijwillige) voortzetting van de vroegpensioen- en VUTregeling, waaraan hij tot 1 januari 2006 verplicht deelnam. Die regelingen, die niet door Bpf Bouw maar door de VUT-Stichting en de Stichting Vroegpensioenfondsv werden uitgevoerd en waarvoor ook aan deze stichtingen premie verschuldigd was, voorzagen immers, anders dan de door Bpf Bouw aangeboden regeling, niet in een ouderdomspensioen en aanvullende (vroegpensioen)regelingen maar slechts in een vroegpensioen (waarin begrepen een vutuitkering) eindigende met het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De dga's waren verplicht aan de oude regelingen deel te nemen. Voor die deelneming was dus geen overeenkomst tussen de dga en de aanbieders van die regelingen noodzakelijk. Bpf Bouw was daarom niet verplicht een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 te doen en ook daarom behoefde die brief niet op een zodanige wijze te worden verzonden dat die Niehof zeker zou bereiken en kon een rappel achterwege blijven toen Niehof niet reageerde. Het feit dat de VUT-Stichting en de Stichting Vroegpensioenfondsv op 1 januari 2007 door een fusie zijn opgegaan in Bpf Bouw is, anders dan de kantonrechter heeft overwogen, niet van belang. Omdat genoemde stichtingen, zoals hiervoor werd overwogen, gerechtigd waren de regelingen te beëindigen, rustte (ook) op hen niet de verplichting Niehof een vervangend aanbod te doen.

4.10. Omdat Bpf Bouw niet verplicht was Niehof deelnemerschap in de nieuwe (vroeg)pensioenregeling aan te bieden, was zij ook gerechtigd een termijn te stellen voor het aanvaarden van het (onverplichte) aanbod in de brief van maart 2006 en behoefde zij acceptatie van het aanbod na afloop van die termijn niet te accepteren. Bpf Bouw heeft bovendien onweersproken aangevoerd dat zij er belang bij had op een gegeven moment duidelijkheid te hebben over de omvang van haar financiële verplichtingen voortvloeiende uit de deelname van dga's aan de regelingen.

4.11. Niet aannemelijk is voorts dat het Niehof pas in het najaar van 2007 bekend werd dat de door de VUT-Stichting en de Stichting Vroegpensioenfondsv uitgevoerde regelingen per 1 januari 2006 waren beëindigd en dat hij tot die tijd in de veronderstelling verkeerde dat die regelingen doorliepen. Vast staat immers dat er vanaf 1 januari 2006 geen gegevens

meer zijn verstrekt ten behoeve van de vaststelling van de voor Niehof verschuldigde vut- en vroegpensioenpremies en ook geen premies zijn betaald. Daaruit mag afgeleid worden dat Niehof er reeds begin 2006 van op de hoogte was dat de regelingen waren geëindigd. Het feit dat, zoals Niehof nog heeft aangevoerd de premiebetalingen door zijn administrateur werden gedaan en dat die hem er niet van op de hoogte heeft gesteld dat de regelingen waren geëindigd, maakt het voorgaande niet anders. Niehof moet geacht worden als directeur/groootaandeelhouder van het bedrijf waar hij werkzaam was, op de hoogte te zijn van de in de bouw bestaande regelingen en was bovendien, naar hij ter gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep desgevraagd heeft verklaard, lid van een werkgeversvereniging is de bouw. Van Niehof had daarom mogen worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelde van eventuele alternatieve (vroeg)pensioenregelingen.

4.12. Bpf Bouw heeft derhalve noch als rechtsopvolger van de VUT-Stichting en de Stichting Vroegpensioenfonds noch pro se onzorgvuldig gehandeld jegens Niehof door hem niet alsnog een aanbod als het aanbod vervat in de brief van maart 2006 te doen. Zijn op de stelling dat Bpf Bouw onrechtmatig heeft gehandeld gebaseerde vorderingen moeten daarom alsnog worden afgewezen.

4.13. Niehof heeft geen feiten of omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel dan het voorgaande nopen. Zijn bewijsaanbod wordt derhalve gepasseerd.

5. Conclusie

Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de vorderingen van Niehof worden alsnog afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij, wordt Niehof veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties.

(...; red.)

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Rank-Berenschot)

In deze zaak gaat het enerzijds om de beëindiging – door de rechtsvoorgangers van het pensioenfonds – van een verplichtgestelde vroegpensioen- en vut-regeling en anderzijds om het aanbod (met vervaltermijn) van het pensioenfonds tot vrijwillige deelname in een “vervangende” pensioenregeling. [noot:1] De gewezen deelnemer stelt dat hij de brief waarin zowel de mededeling van de beëindiging als het aanbod tot deelname wordt gedaan, niet heeft ontvangen. Wanneer hij anderhalf jaar later (ruim na het verstrijken van de vervaltermijn) alsnog wil deelnemen in de vervangende regeling, wordt hem deelname geweigerd. De zaak draait met name om de vraag of het pensioenfonds had mogen volstaan met verzending van een niet-aangetekende brief.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan: [noot:2]

i. Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (hierna: Bpf Bouw) is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000) dat is belast met de uitvoering van de pensioenregelingen in de bouw.

ii. Johannes Bernardus Niehof (hierna: Niehof), geboren op 10 september 1946, was op 1 januari 2006 statutair directeur en groot aandeelhouder (dga) van J.B. Niehof Beheer B.V., welke vennootschap de aandelen houdt in Aannemersbedrijf Niehof B.V., welke vennootschap op haar beurt een bouwbedrijf exploiteert.

iii. Dga's zijn niet verplicht deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Zij waren tot 1 januari 2006 wel verplicht deel te nemen in de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: Stichting Vroegpensioenfonds) en in de vut-regeling van de Stichting Vrijwillig Vervroegde

Uittreding voor het Uitvoerend, Technisch en Administratief personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-Stichting). Deze regelingen tezamen gaven de deelnemers de mogelijkheid om vóór hun 65-jarige leeftijd uit te treden.

iv. Deze regelingen zijn met ingang van 1 januari 2006 afgeschaft, waarmee de verplichte deelneming is geëindigd. Ten aanzien van de vut-regeling gold: de gewezen deelnemers – die op dat tijdstip de leeftijd waarop ze voor vut-uitkering in aanmerking hadden kunnen komen nog niet hadden bereikt – verloren hun rechten op vut-uitkering. Ten aanzien van de vroegpensioenregeling gold: op 31 december 2005 opgebouwde rechten op vroegpensioen vervielen niet, maar verdere opbouw vond vanaf die datum niet meer plaats.

v. Stichting Vroegpensioenfonds heeft de bij haar aangesloten dga's, werkzaam in de bouwnijverheid, een brief gedateerd maart 2006 [noot:3] doen toekomen, waarin wordt medegedeeld dat de bestaande vroegpensioen- en vutregelingen met ingang van 1 januari 2006 zijn vervallen. Tevens wordt in die brief de dga's de mogelijkheid geboden vrijwillig deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling met nieuwe aanvullingsregeling van Bpf Bouw. Deelname maakt vervroegde uittreding mogelijk, onder de voorwaarde dat tevens zal worden deelgenomen aan de aanvullende regeling van VUT-Stichting. De brief vermeldt ook de voorwaarde dat voor alle regelingen premie wordt betaald. De brief eindigt als volgt:

“Indien u per 1 januari 2006 deel wenst te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen ('55-' en '55+') kunt u dit, nadat u dit tevens aan uw werkgever heeft aangegeven, kenbaar maken op bijgevoegd formulier. Het formulier dient u per ommegaande, doch uiterlijk vóór 1 mei 2006 te retourneren. Indien u per 1 januari 2006 niet wenst deel te nemen aan genoemde regelingen, hoeft u niets te doen.”

vi. Vanaf 1 januari 2006 zijn met betrekking tot Niehof niet langer gegevens verstrekt aan VUT-Stichting en Stichting Vroegpensioenfonds om de voor hem verschuldigde premie te berekenen en zijn voor hem geen premies meer betaald.

vii. Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting zijn op 1 januari 2007 ten gevolge van een juridische fusie opgegaan in Bpf Bouw.

viii. Niehof stelt zich op het standpunt dat hij de onder (v) genoemde brief niet heeft ontvangen.

ix. Niehof heeft bij brief van 23 oktober 2007 aan VUT-Stichting bezwaar doen maken tegen het laten vervallen van de aanvullingsregeling. Dit bezwaar is door Bpf Bouw bij brief van 7 februari 2008 afgewezen.

x. Bij brief van 29 september 2008 heeft Bpf Bouw een verzoek van Niehof om alsnog gebruik te mogen maken van het aanbod in de brief van Stichting Vroegpensioenfonds van maart 2006 afgewezen, zich op het standpunt stellende dat de termijn om van dat aanbod gebruik te maken inmiddels was verstreken.

1.2. Bij inleidende dagvaarding van 17 april 2009 heeft Niehof, kort samengevat, gevorderd:

i. *primair* een verklaring voor recht dat Bpf Bouw, als rechtsopvolgster onder algemene titel van Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting, onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en Bpf Bouw te veroordelen hem met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 als (vrijwillige) deelnemer toe te laten tot de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling (“55-” en “55+”) van Bpf Bouw en

ii. *subsidiar* Bpf Bouw te veroordelen om, indien Bpf Bouw om welke reden dan ook niet wil meewerken aan toetreding door Niehof, de daaruit voor Niehof voortvloeiende schade te vergoeden.

1.3. Niehof heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd [noot:4] (i) dat de brief van maart 2006 hem niet heeft bereikt zodat Bpf de vroegpensioenregeling niet heeft opgezegd (art. 3:37 BW), [noot:5] (ii) dat de vroegpensioenregeling een overeenkomst van levensverzekering is die als zodanig niet rechtsgeldig is opgezegd, [noot:6] en (iii) dat Bpf Bouw onrechtmatig heeft gehandeld en haar informatieplicht jegens Niehof heeft geschonden door, toen een reactie op de brief

van maart 2006 uitbleef, Niehof niet te rappelleren en hem niet te wijzen op het belang van het maken van een keuze. [\[noot:7\]](#)

1.4. Bpf Bouw heeft als verweer aangevoerd dat de regelingen rechtsgeldig zijn beëindigd en dat zij bij brief van maart 2006, zonder enige rechtsplicht daartoe, aan Niehof een aanbod heeft gedaan, welk aanbod aan een vervalt termijn onderhevig was. Bpf Bouw betwist dat zij haar informatieplicht heeft geschonden; volgens haar rustte juist op Niehof een onderzoeksplicht. [\[noot:8\]](#)

1.5. Bij vonnis van 9 december 2009 heeft de Kantonrechter te Haarlem ten aanzien van de beëindiging van de regelingen geoordeeld dat Stichting Vroegpensioenfonds daartoe op grond van haar statuten bevoegd was (rov. 1). Ten aanzien van het aanbod heeft de Kantonrechter geoordeeld dat Bpf Bouw, gelet op het haar kenbare financiële belang van Niehof, onzorgvuldig heeft gehandeld doordat zij heeft nagelaten zich ervan te verzekeren dat zij Niehof in staat stelde een keuze te maken en deze keuze ook aan Bpf Bouw kenbaar te maken, door ofwel de brief per aangetekende post te versturen (met handtekening retour) ofwel te rappelleren toen een reactie uitbleef (rov. 2-3). Aan dit oordeel doet niet af dat Bpf Bouw het aanbod onverplicht heeft gedaan (rov. 4) en dat op Niehof als dga een zwaardere onderzoeksplicht rustte (rov. 5). Uit het feit dat er na 2006 geen premies meer zijn betaald, kan niet worden afgeleid dat Niehof het aanbod kennelijk niet had aanvaard (rov. 6).

De Kantonrechter heeft de primaire vordering van Niehof toegewezen.

1.6. Bpf Bouw is van het vonnis in hoger beroep gekomen bij het Hof Amsterdam met conclusie dat het Hof het vonnis vernietigt en de vorderingen van Niehof alsnog afwijst. Zij heeft daartoe zes grieven aangevoerd, die gericht zijn tegen rov. 2 t/m 7 van het vonnis en waarmee wordt beoogd het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. [\[noot:9\]](#)

Niehof heeft verweer gevoerd.

1.7.1. In zijn arrest van 23 augustus 2011 heeft het Hof vastgesteld dat in hoger beroep tussen partijen niet langer in geschil is dat Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting bevoegd waren de regelingen waaraan Niehof tot 1 januari 2006 deelnam met ingang van die datum te beëindigen, zoals de Kantonrechter in rov. 1 van het vonnis heeft overwogen (rov. 4.4).

1.7.2. Aan de hand van de door het Hof vastgestelde stellingen van Niehof (rov. 4.5) heeft het Hof vervolgens onderzocht of onrechtmatig is gehandeld jegens Niehof door hem niet alsnog toe te laten als vrijwillig deelnemer, daarbij uitgaande van de situatie dat de brief Niehof destijds inderdaad niet heeft bereikt (rov. 4.6).

Het Hof heeft geoordeeld dat de stichtingen en/of Bpf Bouw geen onzorgvuldig handelen kan worden verweten (rov. 4.7). Daartoe heeft het Hof – kort weergegeven – het volgende overwogen:

i. Uit artikel 17 Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) volgt niet dat Stichting Vroegpensioenfonds verplicht was Niehof te informeren over de beëindiging van de regelingen en de voor hem daaruit voortvloeiende consequenties. De beëindiging behoefde derhalve geen aanleiding te zijn de brief van maart 2006 op zodanige wijze te verzenden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken (rov. 4.8).

ii. Het in de brief gedane aanbod betrof niet een (vrijwillige) voortzetting van de regelingen waaraan Niehof voorheen verplicht deelnam en die waren beëindigd. Bpf Bouw was daarom niet verplicht een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 te doen. Ook daarom behoefde de brief niet op zodanige wijze te worden verzonden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken en kon een rappel achterwege blijven (rov. 4.9).

iii. Omdat Bpf Bouw niet verplicht was Niehof het aanbod te doen, mocht zij een termijn stellen voor aanvaarding van het (onverplichte) aanbod en behoefde zij acceptatie van het aanbod na afloop van die termijn niet te accepteren (rov. 4.10).

iv. Niet aannemelijk is voorts dat Niehof pas in het najaar van 2007 bekend werd met de beëindiging van de regelingen, nu vast staat dat vanaf 1 januari 2006 door hem geen gegevens meer zijn verstrekt ter vaststelling van de premies en ook geen premies meer zijn betaald. Niehof moet als dga geacht worden op de hoogte te zijn van de in de bouw bestaande regelingen en van hem had mogen worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelde van eventuele alternatieve (vroeg) pensioenregelingen (rov. 4.11).

Het Hof heeft geconcludeerd dat Bpf Bouw niet onzorgvuldig heeft gehandeld jegens Niehof door hem niet alsnog een aanbod te doen als vervat in de brief van maart 2006, zodat zijn op het gesteld onrechtmatig handelen van Bpf Bouw gebaseerde vorderingen moeten worden afgewezen (rov. 4.12).

1.7.3. Het Hof heeft het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en de vorderingen van Niehof alsnog afgewezen (dictum).

1.8. Niehof heeft tijdig [\[noot:10\]](#) beroep in cassatie ingesteld. Bpf Bouw heeft geconcludeerd tot verwerping. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Niehof heeft nog gerepliceerd.

2. Beoordeling van het cassatieberoep

2.1. Het middel valt uiteen in vier onderdelen. Alvorens deze te bespreken, zal ik ingaan op de feitelijke grondslag van het beroep.

2.2. In zijn inleiding tot de cassatieklachten stelt Niehof ondermeer:

“Niehof heeft gesteld – en in cassatie moet ervan worden uitgegaan – dat hij de brief van de Stichting Vroegpensioenfonds van maart 2006 niet heeft ontvangen.” [\[noot:11\]](#)

In reactie op het verweer van Bpf Bouw dat dit uitgangspunt onjuist is, [\[noot:12\]](#) verwijst Niehof naar de overweging van het Hof, luidende:

“4.6. Nu Niehof uitdrukkelijk betwist dat hij de brief van maart 2006 heeft ontvangen, zal moeten worden onderzocht of de genoemde stichtingen en/of Bpf Bouw onrechtmatig jegens hem handelen (...) uitgaande van de situatie dat die brief hem destijds inderdaad niet heeft bereikt.”

en leidt hieruit af:

“Het Hof is er bij zijn beoordeling wel degelijk vanuit gegaan – en derhalve moet daarvan ook in cassatie worden uitgegaan –, dat Niehof de desbetreffende brief niet heeft ontvangen (...).” [\[noot:13\]](#)

2.3. Niehof miskent hiermee dat het Hof met de woorden “uitgaande van” kennelijk heeft uitgedrukt dat het er bij zijn beoordeling *veronderstellenderwijs* vanuit zal gaan dat de brief van maart 2006 Niehof niet heeft bereikt. Bpf Bouw heeft de daartoe strekkende stelling van Niehof immers steeds betwist. [\[noot:14\]](#)

2.4. In cassatie dient daarom tot *hypothetische* feitelijke grondslag dat de brief van maart 2006 Niehof niet heeft bereikt. [\[noot:15\]](#)

2.5. *Onderdeel 1* keert zich met een rechtsklacht tegen het oordeel van het Hof (in rov. 4.8) [\[noot:16\]](#) dat uit het op 1 januari 2006 nog van kracht zijnde art. 17 PSW *niet volgt dat Stichting Vroegpensioenfonds verplicht was Niehof te informeren over de beëindiging van de regelingen en de voor hem daaruit voortvloeiende consequenties*. Geklaagd wordt dat het Hof met dit oordeel blijk geeft van een onjuiste – immers te beperkte – rechtsopvatting inzake de informatieverplichting van een pensioenfonds uit hoofde van artikel 17 PSW. Betoogd wordt dat de informatieverplichting in het eerste lid van die bepaling tevens ziet op de algehele *afschaffing* van een regeling als vervat in de reglementen en/of statuten van een fonds.

2.6. Artikel 17 lid 1 PSW luidde:

“Het bestuur van een pensioen- of spaarfonds zorgt dat de deelnemers bij toetreding schriftelijk op de hoogte gesteld worden van de inhoud van de geldende statuten en reglementen van het fonds. Jaarlijks worden de deelnemers schriftelijk van de wijzigingen daarin door het bestuur op de hoogte gesteld.”

2.7. Uitgaande van een strikt taalkundige uitleg van artikel 17 PSW zou men kunnen betogen dat onder de verplichting om de deelnemers *jaarlijks* op de hoogte te stellen van de *wijzigingen* in de *geldende* statuten en reglementen, niet ook de verplichting valt om deelnemers te informeren over de (eenmalige) beëindiging van een regeling.

2.8. Daar staat tegenover dat de wetsgeschiedenis wijst op een mogelijk ruimere uitleg. De bepaling is ingevoegd bij Wet van 30 juni 1994. [\[noot:17\]](#) Deze wet voorzag in de uitbreiding van informatievoorschriften, zulks ter uitvoering van de motie Vreugdenhil/Vermeend. [\[noot:18\]](#) In deze motie was uitgesproken dat het wenselijk is dat werknemers jaarlijks op de hoogte worden gesteld van hun pensioenaanspraken. [\[noot:19\]](#) De ratio van de uitbreiding wordt als volgt toegelicht:

“Het doel van het uitbreiden van de informatievoorschriften over pensioenen is het verbeteren van het inzicht bij belanghebbenden in hun pensioenpositie. Zij dienen in staat gesteld te worden hun financiële positie bij pensionering te beoordelen om zo nodig zelf aanvullende voorzieningen te treffen.” [\[noot:20\]](#)

De minister gaat ervan uit dat het pensioenfonds een leesbare beschrijving verstrekt van de (wijzigingen in de) voor de deelnemers relevante onderwerpen, waaronder in ieder geval de aanspraken die de regeling geeft. [\[noot:21\]](#)

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 17 PSW blijkt derhalve dat het de bedoeling van de bepaling is de deelnemer inzicht te geven in zijn pensioenpositie. Het behoeft geen betoog dat niet alleen de wijziging maar ook de beëindiging van een regeling van invloed is op de pensioenpositie van de deelnemer. [\[noot:22\]](#)

2.9. In casu komt daar nog het volgende bij. Zoals Bpf Bouw heeft uiteengezet, was het bestuur van de Stichting Vroegpensioenfonds krachtens de statuten bevoegd tot wijziging van het vroegpensioenreglement waarin de vroegpensioenregeling was neergelegd. De Stichting heeft volgens Bpf Bouw van die wijzigingsbevoegdheid gebruik gemaakt door het reglement dusdanig te wijzigen – de aanspraken zo te formuleren – dat er na 1 januari 2006 geen nieuwe aanspraken meer konden worden opgebouwd door deelnemers als Niehof. [\[noot:23\]](#) De beëindiging had derhalve de gedaante van een wijziging van het reglement.

2.10. Alles afwegende meen ik dat art. 17 lid 1 PSW aldus dient te worden uitgelegd dat de daarin bedoelde informatieplicht ook betrekking heeft op de wijziging van een reglement houdende beëindiging van een pensioenregeling. De klacht treft dan ook doel.

2.11. *Onderdeel 2* keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.9 dat geen sprake was van onzorgvuldig handelen op grond van de overweging:

“4.9. (...) Bpf Bouw was (...) niet verplicht een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 te doen en ook daarom behoefde die brief niet op een zodanige wijze te worden verzonden dat die Niehof zeker zou bereiken en kon een rappel achterwege blijven toen Niehof niet reageerde.”

Betoogd wordt dat het hof hiermee voorbij is gegaan aan de stelling van Niehof dat Bpf Bouw ook bij het doen van een *onverplicht* aanbod gehouden was om alle personen die daarvoor in aanmerking kwamen gelijk te behandelen, zulks op straffe van maatschappelijk onbetamelijk handelen. Daartoe wordt verwezen naar MvA, ad grief I, p. 15, onder 14, waar Niehof heeft gesteld:

“BPF Bouw stelt dat zij het aanbod aan alle DGA's die voor vrijwillige deelname in aanmerking komen – naar eigen zegge 3000 – heeft gedaan. Uit het feit dat BPF Bouw aan Niehof geen aanbod heeft gedaan, terwijl hij wel voor vrijwillige deelname in aanmerking kwam, blijkt dat BPF Bouw het aanbod niet aan alle DGA's heeft gedaan. BPF Bouw heeft

hiermee DGA's, althans Niehof, die in een zelfde positie verkeren, in die zin dat zij in aanmerking komen voor vrijwillige deelname, niet gelijk behandeld. Hetgeen ook in strijd is met hetgeen naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is."

Geklaagd wordt dat het Hof op deze wijze hetzij heeft blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (namelijk indien het van mening is dat bedoeld argument niet kan bijdragen aan het oordeel dat onrechtmatig is gehandeld), hetzij zijn beslissing op dit punt niet voldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

2.12. Tussen partijen is niet in geschil dat in eerste aanleg ter onderbouwing van het gesteld onrechtmatig handelen van Bpf Bouw geen beroep is gedaan op ongelijke behandeling. [noot:24] In hoger beroep mag geïntimeerde, oorspronkelijk eiser, de feitelijke grondslag van zijn vordering wijzigen of aanvullen (art. 130 Rv). De vraag wat een partij precies aan zijn of haar vordering ten grondslag heeft gelegd, is uiteindelijk een kwestie van uitleg van de gedingstukken die in besinsel is voorbehouden aan de feitenrechter. [noot:25]

In het licht van de stukken van het geding – waarin een groot aantal grondslagen met uitvoerige toelichting de revue passeert – is het niet onbegrijpelijk dat het Hof – evenals de wederpartij – deze ene terloopse opmerking ("BPF Bouw heeft hiermee DGA's, althans Niehof (...) niet gelijk behandeld. Hetgeen ook in strijd is met (...) hetgeen (...) in het maatschappelijk verkeer betaamt") kennelijk niet heeft opgevat als een beroep op het gelijkheidsbeginsel ter aanvulling van de grondslag van de vordering.

2.13. Indien het Hof bedoelde aanvulling van de grondslag wel zou hebben ontwaard, is niet onbegrijpelijk dat het deze kennelijk als onvoldoende onderbouwd terzijde heeft geschoven.

Het beginsel van gelijke behandeling speelt een grote rol in het pensioenrecht, getuige de uitgebreide aandacht voor het onderwerp in de literatuur. De meeste aandacht gaat (van oudsher) uit naar verboden onderscheid op grond van geslacht, maar ook onderscheid op grond van arbeidsduur, contractstype, leeftijd, seksuele gerichtheid en burgerlijke staat worden ruim besproken. [noot:26] De vraag die zich hier opdringt is welk onderscheid Bpf Bouw volgens Niehof zou hebben gemaakt. Uit het geciteerde in de MvA wordt dat niet direct duidelijk; in het middel is evenmin aangegeven op basis van welk criterium onderscheid zou zijn gemaakt. Niehof betoogt slechts dat er onderscheid is gemaakt in die zin dat de overige dga's wél een aanbod hebben gekregen en hij niet. Echter, ervan uitgaande dat de brief wel is verstuurd, [noot:27] volgt uit het enkele (hypothetische) feit dat de brief niet is aangekomen, niet dat door Bpf Bouw een verboden onderscheid is gemaakt bij het doen van het aanbod aan de deelnemers. Het onderdeel faalt derhalve.

2.14. *Onderdeel 3* neemt tot uitgangspunt dat het Hof bij zijn afweging van de omstandigheden als vervat in de rov. 4.8-4.11 van het bestreden arrest niet is ingegaan op het herhaaldelijke beroep dat Niehof heeft gedaan op de grote persoonlijke en financiële belangen die voor hem bij het aanbod in de brief van maart 2006 waren betrokken. Het onderdeel verwijst in dit verband naar meerdere vindplaatsen in de inleidende dagvaarding (onder 30-33) en de MvA (algemeen deel onder 8-11, 15, 19, 23 en 29; bespreking grieven onder 5-7, 17 en 38). Indien het Hof de omvang en het gewicht van het belang van Niehof bij informatievoorziening betreffende het aanbod beschouwt als een irrelevante factor bij de beoordeling van de vraag *of onzorgvuldig is gehandeld bij het doen van het aanbod*, geeft dat blij van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het Hof niet heeft miskend dat de grote persoonlijke en financiële belangen bij het aanbod van gewicht zijn bij de beantwoording van de vraag of Bpf Bouw bij het doen van het aanbod zorgvuldig heeft gehandeld, heeft het hof zijn beslissing (dat geen sprake is van onzorgvuldig handelen) onvoldoende gemotiveerd, aldus het onderdeel. [noot:28]

2.15. Bij de beoordeling van deze klachten staat voorop dat het Hof de te beantwoorden vraag of Bpf Bouw onrechtmatig heeft gehandeld door Niehof *niet alsnog toe te laten* als vrijwillig deelnemer (rov. 4.6) heeft geënt op tweeërlei "onderliggend" onzorgvuldig handelen, te weten: (i) het *niet tijdig informeren over de beëindiging* [noot:29] en (ii) het *niet adequaat op de hoogte stellen van het aanbod* [noot:30] (rov. 4.5). Het grote financiële belang van Niehof is aangevoerd in het kader van elk van deze initiële onrechtmatige daden. Het Hof heeft op beide punten geoordeeld dat geen sprake is van onzorgvuldig handelen door te volstaan met verzending van een niet-aangetekende brief, omdat respectievelijk geen

wettelijke verplichting bestond om te informeren over de beëindiging van de regelingen (rov. 4.8) en geen verplichting bestond om een bod te doen als gedaan in de brief van maart 2006 (rov. 4.9).

2.16. Het onderdeel stelt derhalve in wezen de vraag aan de orde of het laatstgenoemd oordeel van het Hof in rov. 4.9, te weten (met mijn cursiveringen):

“Bpf Bouw was (...) *niet verplicht* een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 te doen en ook *daarom* behoefde die brief niet op een zodanige wijze te worden verzonden dat die brief Niehof zeker zou bereiken en kon een rappel achterwege blijven toen Niehof niet regaeerde.”

in het licht van de stellingen van Niehof omtrent zijn financiële belangen de toets der kritiek kan doorstaan.

2.17. Voor de gedachtegang van het Hof pleit dat Bpf Bouw, zoals zij heeft aangevoerd, er ook voor had kunnen kiezen de gewezen deelnemers in het geheel geen aanbod te doen. Anderzijds zou ik willen verdedigen dat de enkele *onverplichtheid* van een eenmaal uitgebracht aanbod nog niet meebrengt dat de aanbieder nimmer dient te bevorderen dat de geadresseerde bewust tot het al dan niet aanvaarden ervan kan besluiten. De omvang van de zorgplicht van de aanbieder op dit punt zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, waaronder de (voormalige) relatie tussen betrokkenen, de aanleiding tot het doen van het aanbod en de kenbare belangen van de geadresseerde bij aanvaarding ervan. Tegen deze achtergrond meen ik dat het hof de gestelde belangen van Niehof mede in zijn oordeel had moeten betrekken. Het onderdeel slaagt derhalve.

2.18. Het voortbouwende *onderdeel 4* behoeft geen afzonderlijke bespreking.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 421912/CV EXPL 09-4213 van de kantonrechter te Haarlem van 8 juli 2009 en 9 december 2009;

b. het arrest in de zaak 200.059.928/01 van het gerechtshof te Amsterdam van 23 augustus 2011.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Bpf Bouw is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: Wet Bpf 2000) dat is belast met de uitvoering van de pensioenregelingen in de bouw.

ii. Niehof, geboren op 10 september 1946, was op 1 januari 2006 statutair directeur en grootaandeelhouder (hierna: dga) van J.B. Niehof Beheer B.V., welke vennootschap de aandelen houdt in Aannemersbedrijf Niehof B.V., welke vennootschap op haar beurt een bouwbedrijf exploiteert.

iii. Dga's zijn niet verplicht deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Zij waren tot 1 januari 2006 wel verplicht deel te nemen in de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: Stichting Vroegpensioenfonds) en in de vut-regeling van de Stichting Vrijwillig Vervroegde Uittreding voor het Uitvoerend, Technisch en Administratief personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-Stichting). Deze laatstbedoelde regelingen tezamen gaven de deelnemers de mogelijkheid om vóór hun 65-jarige leeftijd uit te treden.

iv. Deze regelingen zijn met ingang van 1 januari 2006 afgeschaft, waarmee de verplichte deelneming is geëindigd. Ten aanzien van de vut-regeling gold dat de gewezen deelnemers – die op dat tijdstip de leeftijd waarop ze voor vut-uitkering in aanmerking hadden kunnen komen nog niet hadden bereikt – hun rechten op vut-uitkering verloren. Ten aanzien van de vroeg-pensioenregeling gold dat op 31 december 2005 opgebouwde rechten op vroegpensioen niet vervielen, maar verdere opbouw vond vanaf die datum niet meer plaats.

v. Stichting Vroegpensioenfonds heeft de bij haar aangesloten dga's, werkzaam in de bouwnijverheid, een brief gedateerd, maart 2006, doen toekomen, waarin werd medegedeeld dat de bestaande vroegpensioen- en vutregelingen met ingang van 1 januari 2006 waren vervallen. Tevens werd in die brief de dga's de mogelijkheid geboden vrijwillig deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling met nieuwe aanvullingsregeling van Bpf Bouw. Deelname maakt vervroegde uittreding mogelijk, onder de voorwaarde dat tevens zal worden deelgenomen aan de aanvullende regeling van VUT-Stichting. De brief vermeldt ook de voorwaarde dat voor alle regelingen premie wordt betaald. De brief eindigt als volgt:

“Indien u per 1 januari 2006 deel wenst te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen ('55-' en '55+') kunt u dit, nadat u dit tevens aan uw werkgever heeft aangegeven, kenbaar maken op bijgevoegd formulier. Het formulier dient u per ommegaande, doch uiterlijk vóór 1 mei 2006 te retourneren. Indien u per 1 januari 2006 niet wenst deel te nemen aan genoemde regelingen, hoeft u niets te doen.”

vi. Vanaf 1 januari 2006 zijn met betrekking tot Niehof niet langer gegevens verstrekt aan VUT-Stichting en Stichting Vroegpensioenfonds om de voor hem verschuldigde premie te berekenen en zijn voor hem geen premies meer betaald.

vii. Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting zijn op 1 januari 2007 ten gevolge van een juridische fusie opgegaan in Bpf Bouw.

viii. Niehof stelt zich op het standpunt dat hij de hiervoor onder (v) genoemde brief niet heeft ontvangen.

ix. Niehof heeft bij brief van 23 oktober 2007 aan VUT-Stichting bezwaar doen maken tegen het laten vervallen van de aanvullingsregeling. Bpf Bouw heeft dit bezwaar bij brief van 7 februari 2008 afgewezen.

x. Bij brief van 29 september 2008 heeft Bpf Bouw een verzoek van Niehof om alsnog gebruik te mogen maken van het aanbod in de brief van Stichting Vroegpensioenfonds van maart 2006 afgewezen, op de grond dat de termijn om van dat aanbod gebruik te maken inmiddels was verstreken.

3.2. In dit geding vordert Niehof, kort samengevat, een verklaring voor recht dat Bpf Bouw, als rechtsopvolgster onder algemene titel van Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting, onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en vordert hij Bpf Bouw te veroordelen hem met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 als (vrijwillige) deelnemer toe te laten tot de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regeling ("55-" en "55+") van Bpf Bouw. Subsidiar vordert Niehof schadevergoeding. Niehof heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat de brief van maart 2006 hem niet heeft bereikt, zodat Bpf de vroegpensioenregeling niet heeft opgezegd, dat de vroegpensioenregeling een overeenkomst van levensverzekering is die als zodanig niet rechtsgeldig is opgezegd, en dat Bpf Bouw onrechtmatig heeft gehandeld en haar informatieplicht jegens Niehof heeft geschonden door, toen een reactie op de brief van maart 2006 uitbleef, Niehof niet te rappelleren en hem niet te wijzen op het belang van het maken van een keuze.

De kantonrechter heeft de primaire vordering van Niehof toegewezen.

3.3. Het hof heeft de vorderingen van Niehof alsnog afgewezen. Het heeft daartoe, samengevat en voor zover thans van belang, het volgende overwogen. In hoger beroep is niet langer in geschil dat Stichting Vroegpensioenfonds en VUT-Stichting bevoegd waren de regelingen waaraan Niehof tot 1 januari 2006 deelnam met ingang van die datum te beëindigen (rov. 4.4). Onderzocht moet worden of onrechtmatig is gehandeld jegens Niehof door hem niet alsnog toe te laten als vrijwillig deelnemer, uitgaande van de situatie dat de brief Niehof destijds inderdaad niet heeft bereikt (rov. 4.6).

De stichtingen en/of Bpf Bouw kan geen onzorgvuldig handelen worden verweten (rov. 4.7). Uit art. 17 Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) volgt niet dat Stichting Vroegpensioenfonds verplicht was Niehof te informeren over de beëindiging van de regelingen en de voor hem daaruit voortvloeiende consequenties.

De beëindiging behoefde derhalve geen aanleiding te zijn de brief van maart 2006 op zodanige wijze te verzenden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken (rov. 4.8). Het in die brief gedane aanbod betrof niet een (vrijwillige) voortzetting van de regelingen waaraan Niehof voorheen verplicht deelnam en die waren beëindigd. Bpf Bouw was daarom niet verplicht een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 te doen, en ook daarom behoefde de brief niet op zodanige wijze te worden verzonden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken en kon een rappel achterwege blijven toen Niehof niet reageerde (rov. 4.9). Omdat Bpf Bouw niet verplicht was Niehof het aanbod te doen, mocht zij een termijn stellen voor aanvaarding van het (onverplichte) aanbod en behoefde zij acceptatie van het aanbod na afloop van die termijn niet te accepteren (rov. 4.10). Niet aannemelijk is voorts dat Niehof pas in het najaar van 2007 bekend werd met de beëindiging van de regelingen, nu vaststaat dat vanaf 1 januari 2006 door hem geen gegevens meer zijn verstrekt ter vaststelling van de premies en ook geen premies meer zijn betaald. Niehof moet als dga geacht worden op de hoogte te zijn van de in de bouw bestaande regelingen en van hem had mogen worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelde van eventuele alternatieve (vroeg)pensioenregelingen, aldus het hof (rov. 4.11). Het hof is gekomen tot de slotsom dat Bpf Bouw niet onzorgvuldig heeft gehandeld jegens Niehof door hem niet alsnog een aanbod te doen als vervat in de brief van maart 2006, zodat Niehofs op gesteld onrechtmatig handelen van Bpf Bouw gebaseerde vorderingen moeten worden afgewezen (rov. 4.12).

3.4. Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.8 dat uit art. 17 PSW niet volgt dat de Stichting Vroegpensioenfonds verplicht was Niehof te informeren over de beëindiging van de regelingen en de voor hem daaruit voortvloeiende consequenties.

Art. 17 PSW bepaalt onder meer dat het bestuur van een pensioen- of spaarfonds de deelnemers schriftelijk op de hoogte dient te stellen van wijzigingen in de geldende statuten en reglementen van het fonds. Het artikel strekt ertoe dat belanghebbenden inzicht wordt verschaft in hun pensioenpositie opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen kunnen treffen (Kamerstukken II 1992-1993, 23 123, nr. 3, p. 10). Het onderdeel bestrijdt het oordeel van het hof terecht met de stelling dat de afschaffing van de regeling die in de statuten en reglementen is vervat, juist de meest verstrekkende wijziging van die statuten en reglementen vormt die denkbaar is en bij uitstek van invloed is op de pensioenpositie van de belanghebbenden. Uit hetgeen Bpf Bouw bij conclusie van antwoord (onder 3.1-3.4) heeft gesteld, volgt bovendien dat de Stichting Vroegpensioenfonds ook daadwerkelijk de regelingen heeft beëindigd door een wijziging van het reglement. Hiermee ontvalt de grondslag aan de motivering die het hof in rov. 4.8 heeft gegeven voor zijn oordeel dat de beëindiging van de regeling geen aanleiding behoefde te zijn de brief van maart 2006 op zodanige wijze te verzenden dat deze met zekerheid Niehof zou bereiken. Onderdeel 1 slaagt derhalve.

3.5. Onderdeel 3 verwijt het hof in rov. 4.8-4.11 niet te zijn ingegaan op het herhaalde beroep dat Niehof heeft gedaan op de grote persoonlijke en financiële belangen die voor hem bij het aanbod in de brief van maart 2006 waren betrokken. Ook dit onderdeel slaagt. Het hof heeft in rov. 4.9 geoordeeld dat Bpf Bouw de brief van maart 2006 ook daarom niet behoefde te verzenden op een zodanige wijze dat die Niehof zeker zou bereiken en niet behoefde te rappelleren toen Niehof niet reageerde, omdat zij niet verplicht was een aanbod te doen als in de brief van maart 2006 was opgenomen. Nu echter dat aanbod was vervat in de brief die de eerdere regelingen beëindigde en daarmee rechtstreeks verband hield, kan de zorgplicht die op (de rechtsvoorgangster van) Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het

aanbod niet los worden gezien van de zorgplicht die op haar rustte ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen. Het antwoord op de vraag in hoeverre op (de rechtsvoorgangers van) Bpf Bouw een zodanige zorgplicht rustte, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en daarbij is ook van belang welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) Niehof waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en vutregelingen.

3.6. De overige onderdelen van het middel behoeven geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 23 augustus 2011;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Bpf Bouw in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Niehof begroot op € 451,39 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

Noot

1. Uit dit arrest blijkt dat volgens de Hoge Raad pensioenfondsen bij wijzigingstrajecten niet alleen informatieplichten hebben maar ook een zorgplicht. De contouren van die zorgplicht moeten nog worden uitgekristalliseerd, deze uitspraak kan daar een aanzet toe geven. Het arrest is ook interessant voor wijzigingstrajecten waarbij niet reageren als stilzwijgende aanvaarding van het aanbod wordt gezien (wie zwijgt, stemt toe).

2. De zaak draait om de beëindiging van de voor een directeur-groootaandeelhouder (dga) verplichte VUT- en prepensioenregeling in de bouwnijverheid wegens afschaffing van de fiscale faciliteiten en het aanbod om vrijwillig deel te nemen aan de 'vervangende' pensioenregeling. De dga claimt dat in maart 2006 bij brief door het vroegpensioenfonds gedane aanbod nooit te hebben ontvangen en vordert wegens zijn grote persoonlijke en financiële belangen alsnog deelname. Het pensioenfonds weigert dat. De kantonrechter wijst de eis tot opname van de dga in de vervangende pensioenregeling toe. Het Hof wijst de vordering af.

3. Artikel 17 van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (de huidige Pensioenwet gold nog niet in 2006) verplichtte pensioenfondsen onder meer om deelnemers jaarlijks op de hoogte te stellen van reglements- en statutenwijzigingen. Het Hof overwoog dat het pensioenfonds niet verplicht was de dga te informeren over (de consequenties van de) de beëindiging van de VUT en prepensioenregeling en dat het aanbod onverplicht was gedaan. De Hoge Raad fluit het Hof terug door te overwegen dat afschaffing van de regeling de meest verstrekkende wijziging vormt die denkbaar is. Hij wijst op de uit de wetsgeschiedenis blijvende bedoeling om belanghebbenden inzicht te geven in hun pensioenpositie zodat zij zonodig zelf pensioenmaatregelen kunnen nemen.

4. Volgens het Hof hoefde het pensioenfonds niet te bewijzen dat de brief met het aanbod was ontvangen omdat het aanbod onverplicht was. De Hoge Raad wijst er op dat de zorgplicht ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los kan worden gezien van de kennisgeving van het vervallen van de VUT- en prepensioenregeling door het onderlinge verband tussen beëindiging van de regeling en het aanbod. De omvang van de zorgplicht is – dat zal niemand verrassen – afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de kenbaarheid van de persoonlijke en financiële belangen van het tijdig treffen van een vervangende voorziening. Over de omvang van de zorgplicht en de vraag of het pensioenfonds de dga alsnog vrijwillig moet laten deelnemen, wordt nog doorgeprocedeerd bij het Hof 's-Gravenhage, waarnaar de Hoge Raad terugverwijst.

5. Pensioen is misschien wel het belangrijkste financiële product (R.H. Maatman, Het belangrijkste financiële product, oratie Nijmegen 2006). Nu de zorgplicht bij andere financiële producten als hypotheek, verzekeringen, spaar- en bankproducten al langer een aandachtspunt is (denk aan Dexia's winstverdriedubbelaar en de woekerpolisaffaire), is het niet verwonderlijk dat de juridische contouren van de zorgplicht bij pensioen worden verkend. De informatieplichten zijn overigens reeds bij de Pensioenwet in 2007 aanzienlijk aangescherpt met verplichte uniforme pensioenoverzichten, startbrieven en wijzigingsbrieven (uitgebreid, zie S. H. Kuiper, Informatieverplichting in: E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en commentaar, Kluwer Deventer 2010).

6. Gaat de zorgplicht zo ver dat pensioenfondsen moeten verifiëren dat berichten over wijzigingen of een aanbod tot deelname is ontvangen? Bij berichten over rechtsgeldige wijzigingen (louter informeren over een wijziging) lijkt de zorgplicht mij lichter dan voor wijzigingstrajecten waarbij niet reageren een betekenis heeft (constitutief voor de wijziging of de overeenkomst). Is de pensioenwijziging of de al dan niet totstandkoming van een pensioenovereenkomst afhankelijk van de reactie, dan gelden mijns inziens zwaardere eisen c.q. een zwaardere zorgplicht. Bij een nadelige verandering mag stilzwijgende aanvaarding minder snel worden aangenomen. Hoe groter het belang, hoe zwaarder de zorgplicht.

7. Zowel in de pensioenpraktijk (vergelijk Hof Amsterdam 27 januari 2000, PJ 2000, 25) als in de arbeidsrechtpraktijk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de negatieve optie als wijzigingsmethode. Niet reageren op de wijziging of het aanbod veronderstelt dan stilzwijgende aanvaarding of verwerping (vergelijk 3:37 BW). Die marsroute is met name bij collectieve wijzigingen begrijpelijk. Het actief ophalen van handtekeningen van grote groepen werknemers of aanspraakgerechtigden is in de praktijk niet goed te realiseren.

8. Bij collectieve waardeoverdracht van pensioen kent de negatieve optie (het bezwaarrecht) een wettelijke grondslag (artikel 83 Pensioenwet). De keerzijde van deze variant van wie zwijgt, stemt toe is dat gewaarborgd moet zijn dat betrokkenen de wijziging begrijpen en doorgronden. Het formuleren van bezwaar moet geen hindernissen kennen. De retourenvelop voor het bezwaar moet als het ware zijn meegestuurd. Ook mag de responstermijn niet te kort zijn. Bij een aanbod, zoals in de zaak van de dga, kan een reminder of follow up de zorgplicht invullen. Bij zowel een keuze voor deelname als een collectieve wijziging komt betekenis toe aan (collectieve) voorlichting (Hof 's-Gravenhage 7 december 2010, «JAR» 2011/39 (Bijenkorf); HR 12 februari 2010, «JAR» 2010/71 (CZ). Niet reageren op een toegezonden brochure en pensioenreglement is geen stilzwijgend akkoord (Hoge Raad 23 april 2010, «JAR» 2010/127 (Halliburton)).

9. Provocatief gesteld kan ontkenning van de ontvangst de werknemer in de kaart spelen om een wijziging te blokkeren of om alsnog in te kunnen gaan op een aanbod. Het lijkt logisch om als voorwaarde voor rechtsgeldige wijziging of totstandkoming er van uit te gaan dat de betrokkene de brief moet hebben ontvangen (ontvangsttheorie, vergelijk 3:37 lid 3 BW). Zonder wilsovereenstemming is er geen overeenkomst. Bewijstechnisch bekeken zouden werkgevers en/of pensioenuitvoerders iedereen een aangetekende brief moeten sturen. Een modernere optie zou zijn om de brieven elektronisch te versturen en digitaal de ontvangst bij te houden. De huidige Pensioenwet bepaalt dat informatie schriftelijk moet worden verstrekt tenzij is ingestemd met elektronische verstrekking.

10. Ik rond af. De Hoge Raad erkent dat op pensioenfondsen naast informatieverplichtingen een zorgplicht rust. Over die omvang van de zorgplicht mag het Hof 's-Gravenhage, waarnaar de Hoge Raad verwijst, zich gaan uitlaten. Wellicht dat dan ook de vraag of pensioenfondsen de ontvangst van een pensioenaanbod of pensioenwijziging moeten bewijzen, aan de orde komt. Indien die vraag bevestigend zou worden beantwoord, kan dat alle arbeidsvoorwaardelijke trajecten met de negatieve optie raken.

prof. mr. drs. M. Heemskerk,

Voetnoten

[1]

Het gaat hier niet daadwerkelijk om een vervangende pensioenregeling. De door Bpf Bouw aangeboden regeling was niet een (vrijwillige) voortzetting van de beëindigde vroegpensioen- en VUT-regeling, maar voorzag in een ouderdomspensioen en aanvullende (vroegpensioen)regelingen. Zie rov. 4.9 van het in cassatie bestreden arrest van het Hof Amsterdam van 23 augustus 2011.

[2]

Ontleend aan rov. 4.1.1-4.1.8 van het in cassatie bestreden arrest.

[3]

De brief aan Niehof is overgelegd als prod. 5 bij CvA.

[4]

Zie vonnis van de Kantonrechter, p. 2 (laatste alinea) en p. 3 (eerste twee alinea's).

[5]

Vgl. inl. dagv. onder 15-17.

[6]

Vgl. inl. dagv. onder 22-28.

[7]

Vgl. inl. dagv. onder 30-31.

[8]

Zie vonnis van de Kantonrechter, p. 3, onder "Het verweer".

[9]

Vgl. rov. 4.3 van het bestreden arrest.

[10]

De cassatiedagvaarding is op 23 november 2011 uitgebracht.

[11]

Cassatiedagvaarding, p. 5 en s.t. onder 5.

[12]

S.t. zijdens Bpf Bouw, onder 13-18.

[13]

Replik in cassatie, onder 2.

[14]

Zie o.m. MvG onder 72; Pleitaantekeningen zijdens Bpf Bouw d.d. 17 december 2010, onder 24 (dit processtuk bevindt zich uitsluitend in het B-dossier).

[15]

Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 170.

[16]

Het Hof respondeert in rov. 4.8 kennelijk op MvA, p. 8 onder 25.

[17]

Wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten, Stb. 1994, 496.

[18]

MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 23 123, nr. 3, p. 1, 9, 10.

[19]

Motie, Kamerstukken II, 1990-1991, 21 198, nr. 32.

[20]

MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 23 123, nr. 3, p. 10.

[21]

MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 23 123, nr. 3, p. 27.

[22]

Vgl. de uitgebreide informatieverplichtingen in art. 38 en 39 van de huidige Pensioenwet.

[23]

CvA onder 3.1-3.4, met verwijzing naar de artt. 1 en 4 van het reglement.

[24]

Replik in cassatie, onder 6.

[25]

Zie o.m. K. Teuben in haar noot onder HR 1 oktober 2004 (LJN: AO9900), JBPr 2005/3 (tevens onder HR 8 oktober 2004 (LJN: AP0427), JBPr 2005/4), onder 4.

[26]

Zie bijvoorbeeld I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid* (2005).

[27]

Dat de brief aan alle bij Stichting Vroegpensioenfonds aangesloten dga's werkzaam in de bouwnijverheid – en dus ook aan Niehof – is verstuurd, heeft het Hof vastgesteld in rov. 4.1.4: "Stichting Vroegpensioenfonds heeft de bij haar aangesloten dga's, werkzaam in de bouwnijverheid, een brief gedateerd maart 2006 doen toekomen (...)".

[28]

Zie ook s.t. zijdens Niehof, onder 43 en 46.

[29]

Vgl. MvA, p. 5 onder 17 i.v.m. p. 6 onder "Wijziging (beëindiging) VP- en VUT-regeling".

[30]

Vgl. MvA, p. 5 onder 17 i.v.m. p. 9 onder "Aanbod tot deelname aan de pensioenregeling van BPF Bouw".
