



Mr. drs. Paulus van den Bos CPL
Advocaat bij Van den Bos Pensioenadvocatuur



Mr. Fleur van Assendelft de Coningh LLM
Advocaat bij CMS

Beëindiging van een arbeidsovereenkomst (hierna kortweg: ‘ontslag’) heeft vaak negatieve gevolgen voor de inkomenspositie van de werknemer. Ook zijn of haar pensioen kan daardoor geraakt worden. Eventueel kan vergoeding van dergelijke pensioenschade geclaimd worden. Dat vereist een aanspraak op een zogenaamde billijke vergoeding. Die dient dan mede ter compensatie van pensioenschade te worden toegerekend. In deze bijdrage belichten wij een aantal aandachtspunten in dit verband.

Pensioenschade bij einde arbeidsovereenkomst

1. PENSIOENSCHADE

Pensioenschade’ kan zich in allerlei gevallen voordoen, waaronder ontslag. Maar ook bijvoorbeeld als een werkgever de pensioenpremies niet betaalt of de pensioenregeling onbevoegd wijzigt. In het vervolg van deze bijdrage beperken wij ons evenwel tot pensioenschade ‘bij ontslag’. In dat kader verstaan wij onder ‘pensioenschade’ het volgende: “de verlaging van de netto-pensioenuitkeringen van de werknemer ten gevolge van het ontslag”.

2. HISTORISCH KADER

De Wet werk en zekerheid (Wwz) is van toepassing op het claimen van een billijke vergoeding. Daarmee verschaft die ook het kader voor het claimen van pensioenschade bij ontslag. Onder het oude recht, zoals dat gold tot de invoering van de Wwz, kon ook al aanspraak op vergoeding van dergelijke pensioenschade worden gemaakt. Dat betrof dan een aanspraak op ‘schadevergoeding’ ex artikel 7:681 BW (oud). Een dergelijke vordering kon aan de orde komen in het kader van een procedure omtrent ‘kenmerkend onredelijk ontslag’. Afgezien van de nieuwe terminologie bestaan op zich nog de nodige overeenkomsten met die oude regeling. Niettemin is wel sprake van een trendbreuk. Aanvankelijk werd

zelfs verondersteld dat onder de Wwz pensioenschade niet meer geclaimd kon worden. In de wetsgeschiedenis was namelijk gesteld: “de hoogte van de billijke vergoeding naar haar aard in relatie zal staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en niet tot de gevolgen van het ontslag”. Dat werd in de praktijk aldus uitgelegd, dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding ook geen rekening mocht worden gehouden met de (financiële) gevolgen van het ontslag. Dus ook niet met de pensioenschade. In het *New Hairstyle*-arrest van 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1187) heeft de Hoge Raad deze uitleg afgewezen. Daardoor is het claimen van pensioenschade nog steeds mogelijk. Maar de voorwaarden zijn wel strenger geworden. Voor het claimen van een billijke vergoeding zal in beginsel sprake dienen te zijn van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever’. Dat is een zwaardere eis dan voorheen gold voor de schadevergoeding. Mede daarom werd in dit kader aanvankelijk wel gesproken van een ‘muizengaatje’. Van een billijke vergoeding zou überhaupt nog maar zelden sprake zijn. Het rapport *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz* uit 2017, opgesteld in opdracht van het Ministerie van Szw, leek dat beeld ook te bevestigen. Niettemin lijkt enige bijstelling daarvan wel aangewezen. Het effect van het *New Hairstyle*-arrest is daarin

namelijk nog onderbelicht gebleven. Dat heeft zich merendeels na het uitbrengen van het rapport voorgedaan.

3. IN HOEVERRE KAN PENSIOENSCHADE BIJ ONTSLAG GEVORDERD WORDEN?

3.1 DRIE VRAGEN OMTRENT PENSIOENSCHADE

In relatie tot een vordering van pensioenschade bij ontslag dienen drie vragen te worden beantwoord. Kan de werknemer aanspraak op een 'billijke vergoeding' maken? Zo ja, bestaat er aanleiding om daarbij ook de pensioenschade mee te nemen? Zo ja, voor welk bedrag dan? Hieronder worden de twee eerstgenoemde vragen besproken. De 'omvang' van de pensioenschade wordt daarna in paragraaf 4 nader belicht.

3.2 RECHT OP EEN BILLIJKE VERGOEDING?

Vergoeding van pensioenschade vergt een aanspraak op een billijke vergoeding. Daarvoor bestaan meerdere grondslagen. Uitgangspunt is het 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. Enkele voorbeelden daarvan uit de wetsgeschiedenis luiden als volgt:

- een verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van 'laakbaar gedrag' van de werkgever (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances), waarna ontslag onvermijdelijk is;
- als een werknemer bezwaar maakt tegen 'discriminatie' door de werkgever, waardoor een onwerkbaar situatie ontstaat en ontslag onvermijdelijk wordt ('victimisatie');
- een verstoorde arbeidsverhouding doordat de werkgever grovelijk zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst niet nakomt, zoals ernstige veronachtzaming van zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte.

In aansluiting hierop wordt in veel uitspraken over de billijke vergoeding een standaardoverweging opgenomen. Die luidt, met enige variatie, als volgt (zie ook pagina 16 van het Rapport):

"Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen (onderstreping auteurs) bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een ver-

stoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren (zie: Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 34)."

Het bovenstaande verklaart voor een belangrijk deel waarom een billijke vergoeding niet vaak wordt toegekend. Veelal wordt dat gebaseerd op het ontbreken van adequate onderbouwing van de 'ernstige verwijtbaarheid'. Of omdat de handelwijze van de werkgever wel als verwijtbaar, maar niet als 'ernstig' verwijtbaar wordt aangemerkt.

Claimen van pensioenschade nog steeds mogelijk

De concrete grondslagen voor het vorderen van een billijke vergoeding kunnen in de navolgende vier groepen gerangschikt worden:

- Vorderingen op grond van de artikelen **7:681 BW** of **7:682 lid 4 en 5 BW**: Het gaat hierbij om gevallen waarin de werkgever heeft opgezegd zonder instemming van de werknemer of zonder toestemming van het UWV, dan wel in strijd met een opzegverbod of discriminatieverbod, alsmede de gevallen waarin de werkgever een 'wederindienst-tredingsvoorwaarde' heeft geschonden. De werknemer heeft het in deze gevallen in zoverre iets makkelijker, nu de wetgever deze schendingen zo ernstig heeft geacht dat de ernstige verwijtbaarheid al een 'gegeven' is. Die behoeft in deze gevallen dus niet nader te worden aangetoond.
- Vorderingen op grond van de artikelen **7:671b BW** respectievelijk **7:671c BW**, welke aanvullend kunnen worden ingesteld in de context van ontbindingsverzoeken van de werkgever respectievelijk werknemer, dan wel op grond van **7:671b BW** na een einde van rechtswege. Bij dergelijke vorderingen dient altijd de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever te worden aangetoond.
- Vorderingen op grond van artikel **7:682 lid 2 of 3 BW** jo. **7:671 lid 1 BW**, waarin voor bepaalde bijzondere werknemers een aparte grondslag voor een billijke vergoeding is opgenomen. Dit betreft

- bestuurders, geestelijken, huishoudelijke hulpen en werknemers in het bijzonder onderwijs.
- d Vordering waarbij de billijke vergoeding in de plaats komt van 'herstel' van de arbeidsrelatie, hetzij al bij de kantonrechter (op basis van artikel 7:682 lid 1 onder c BW), hetzij in hoger beroep of cassatie (op basis van artikel 7:683 lid 3 BW). Bij laatstgenoemde vorderingen hoeft niet altijd sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid.

Bovenstaande grondslagen kunnen in sommige gevallen overigens ook cumulatief van toepassing zijn. Dat kan dan ook consequenties hebben voor de vergoeding.

3.3 PENSIOENSCHADE ALS ONDERDEEL VAN DE BILLIJKE VERGOEDING?

Als de aanspraak op een billijke vergoeding eenmaal vaststaat, dient vastgesteld te worden welke schadeposten daarbij worden meegenomen. Behoort daar ook de pensioenschade toe? In de wetsgeschiedenis van de Wwz zijn omtrent de vaststelling als zodanig een aantal uitgangspunten geformuleerd. De belangrijkste zijn zeer algemeen en bieden de rechter veel vrijheid. Zo dient de billijke vergoeding verband te houden met de 'uitzonderlijke omstandigheden' van het geval en een vorm van 'compensatie' op te leveren. Verder dient de hoogte ervan ook in relatie te staan tot het 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' van de werkgever.

Werknemer bepaalt veelal omvang pensioenschade

Een nadere uitwerking hiervan heeft de Hoge Raad verschaft in zijn al genoemde *New Hairstyle*-arrest. Daarin wordt uiteengezet welke 'gezichtspunten' een rol dienen te spelen bij de vaststelling van de billijke vergoeding. De volgende worden genoemd:

- wat zou de werknemer aan loon hebben genoten als hij in dienst was gebleven;
- de verwijtbaarheid van de werkgever;
- de redenen waarom de werknemer een billijke vergoeding wenst in plaats van vernietiging van de (onterechte) opzegging;

- heeft de werknemer inmiddels ander werk gevonden en welke inkomsten geniet hij daaruit;
- welke andere inkomsten kan de werknemer in rederijkheid nog in de toekomst verwerven;
- in hoeverre is het ontslag aan de werknemer zelf verwijtbaar;
- wat is de hoogte van de aan de werknemer toegekende transitievergoeding of andere (schade)vergoeding.

In het licht van latere jurisprudentie van de Hoge Raad mag aangenomen worden dat deze gezichtspunten gelden voor alle in paragraaf 3.2 genoemde grondslagen voor het vorderen van een billijke vergoeding.

Ten aanzien van genoemde gezichtspunten vallen in eerste instantie twee dingen op. Niet is vereist dat de 'gevolgen' van het ontslag steeds worden meegenomen bij de bepaling van de vergoeding. Pensioenschade wordt verder helemaal niet genoemd. Niettemin wordt een aanspraak op pensioenschade in de praktijk altijd mede in ogenschouw genomen. Welke van de in paragraaf 3.2 genoemde grondslagen wordt toegepast lijkt daarbij ook verder geen verschil te maken.

4. WAT IS DE OMVANG VAN DE PENSIOENSCHADE?

4.1 BEREKENINGSVOORSCHRIFTEN VOOR PENSIOENSCHADE

Zodra vast staat dat de pensioenschade vergoed dient te worden, wordt de vraag wat de 'omvang' van die schade is. Hoe dient dat bedrag te worden vastgesteld? Na ontslag wordt de verdere opbouw van het pensioen stopgezet. Dat is de primaire oorzaak van de pensioenschade. Die stopzetting leidt namelijk tot lagere pensioenaanspraken en daarmee, behoudens vooroverlijden, ook tot lagere pensioenuitkeringen. Maar noch uit de Wwz, noch uit de wetsgeschiedenis volgt hoe het concrete schadebedrag berekend dient te worden. Hoeveel lager worden die pensioenuitkeringen dan? Rechtspraak en juridische literatuur verschaffen evenmin concrete richtsnoeren voor het antwoord op die vraag. Alleen voor de vaststelling van de 'relevante periode' zijn aanknopingspunten beschikbaar. De relevante periode is in dit kader de periode waarin de pensioenopbouw (vermoedelijk) gestopt zal zijn, met pensioenschade tot gevolg. Daarvoor kan aangehaakt worden bij het al genoemde gezichtspunt ten aanzien van het loon: hoeveel

loon zou zijn ontvangen als de werknemer in dienst was gebleven? Ook daarvoor moet namelijk de vraag omtrent de relevante periode worden beantwoord. Hoe lang zou de arbeidsovereenkomst anders hebben voortgeduurd? In een aantal gevallen kan men dat goed inschatten. Bijvoorbeeld indien sprake was van een arbeidsovereenkomst 'voor bepaalde tijd'. In andere gevallen zal die inschatting aanzienlijk lastiger zijn. Hoe lang zou een arbeidsovereenkomst 'voor onbepaalde tijd' hebben voortgeduurd zonder ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever? Dat is vaak lastig in te schatten. In dergelijk situaties wordt vaak aangehaakt bij de verwachte 'periode van werkloosheid'. Maar soms ook bij veel kortere periodes, zoals die van het (fictieve) mediation- of re-integratietraject. De desbetreffende periode is dan tevens de basis voor de berekening van het verlies aan pensioenopbouw.

4.2 PENSIOENSCHADE IN DE JURISPRUDENTIE

Verdere richtinggevende jurisprudentie is ons niet bekend. Het beeld is ook dat de 'omvang' van de pensioenschade daarin juist veelal als een 'gegeven' wordt beschouwd. Ter illustratie mogen de volgende voorbeelden van relevante overwegingen dienen:

- ECLI:NL:GHSHE:2019:4183: "het hof is van oordeel dat in dit geval de pensioenschade volledig in aanmerking moet worden genomen bij de begroting van de billijke vergoeding."
- ECLI:NL:RBNHO:2018:3077: "De kantonrechter ziet onder de gegeven omstandigheden dan ook aanleiding om bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding aansluiting te zoeken bij de inkomens- en pensioenschade die [werknemer] (schattenderwijs) zal lijden tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd."
- ECLI:NL:GHDHA:2019:2507: "De pensioenschade heeft [appellant] berekend op € 16.782 bruto per pensioenjaar, derhalve over drie jaar op € 50.346 bruto. (...) De maatwerkvergoeding alleen al is genoeg om het hierboven weergegeven bedrag aan loonverlies en pensioenschade ruimschoots te compenseren."

Aangenomen mag worden dat in deze gevallen van werknemerszijde is gesteld wat de omvang van pensioenschade zou zijn. Maar de rechter gaat daar vervolgens niet meer inhoudelijk op in. In de eerste twee gevallen wordt het gevorderde geheel toegewezen. In de derde uitspraak juist niet. Maar ook bij die afwij-

zing speelt de 'berekening' van de pensioenschade op zich geen rol. Die afwijzing is gebaseerd op andere overwegingen. De gestelde pensioenschade wordt in alle gevallen als zodanig niet onaannemelijk geacht. Dat doet vermoeden dat de werkgever die niet betwist heeft. Maar waarom is niet duidelijk. Misschien bij gebrek aan voldoende deskundigheid? Of omdat aangenomen werd dat de omvang van pensioenschade objectief vaststond? Wat daar verder van zij, wij achten dat een gemiste kans. Vaststelling van pensioenschade behelst namelijk per definitie een 'toekomstvoorspelling'. Dat impliceert dat veel nog niet vaststaat. Iedere berekening is noodzakelijkerwijs nog op aannames en keuzes gebaseerd. En daarop valt altijd wel iets af te dingen. Dat gold altijd al, maar met de aanstaande invoering van het Pensioenakkoord zal dat nog meer het geval worden.

4.3 EEN REKENVOORBEELD

Dat pensioenschade onder huidig recht al nooit volledig objectief vast zal staan illustreren wij aan de hand van een eenvoudig model voor een pensioenregeling. Die behelst een middelloonregeling, zonder partnerpensioen, met een pensioengrondslag van € 50.000. Andere mogelijk relevante factoren, zoals toeslagen, variabele pensioengrondslagen en verwachte salarisstijgingen laten wij verder buiten beschouwing. Aanknopingspunten voor 'aanvullende pensioenschade' nemen wij evenmin mee. Inleidend dan allereerst: de desbetreffende pensioenschade kan in ieder geval niet gelijk gesteld worden aan de 'werkgeverspremies' die de werkgever bespaart. Het totaalbedrag daarvan zegt niets over de mate waarin de pensioenuitkeringen uiteindelijk verlaagd gaan worden. Uitbetaling van die premies aan de werknemer kan ook niet geclaimd worden. Die komen alleen aan de pensioenuitvoerder toe.

Werkgever maakt geen tegenberekening pensioenschade

In het aangegeven voorbeeld zouden in beginsel de volgende stappen onderscheiden kunnen worden:

- a Bepaald dient te worden hoeveel lager de pensioenaanspraak gaat uitvallen. Ter berekening



daarvan dient eerst het jaarlijkse opbouwpercentage (bijvoorbeeld 1,7 %), vermenigvuldigd te worden met het aantal jaren opbouw dat vermoedelijk wegvalt (bijvoorbeeld 2 jaar). In het voorbeeld is de verlaging van het totale opbouwpercentage dan 3,4 %.

- b Vervolgens dient dat percentage vermenigvuldigd te worden met de pensioengrondslag om te weten hoeveel pensioen de werknemer jaarlijks gaat missen. (In het voorbeeld is dat 3,4 % van € 50.000, oftewel € 1.700, hierna: 'het jaarlijks uitkeringstekort').
- c Vervolgens dient het doelkapitaal bepaald te worden wat per de pensioendatum nodig zou om dat jaarlijkse uitkeringstekort alsnog uit te betalen.
- d Daarna kan bepaald worden wat de 'waarde per vandaag' is van dat doelkapitaal. Daartoe zal weer een 'contante waarde berekening' gemaakt moeten worden, waarmee dan in beginsel het totale bruto-schadebedrag zal zijn vastgesteld.

Indien alle bovenstaande stappen zijn doorlopen rolt daar het bedrag van de pensioenschade uit. Maar belangrijk is daarbij te realiseren dat die uitkomst geen objectief en onveranderlijk gegeven betreft. Als gezegd liggen daar aannames en keuzes omtrent toekomstige ontwikkelingen aan ten grondslag. Sommige zaken zijn goed te voorspellen, andere zijn veel minder zeker. Daardoor kan de werkelijke schade in de praktijk lager uitvallen. Zo is onzeker of het fiscaal- en pensioenjuridisch kader, maar ook de regeling zelf als zodanig, ongewijzigd blijven. Evenmin staat vast dat (bij een fonds) geen pensioenkortingen zullen volgen. Verder zullen de berekende contante waardes heden ten dage ongebruikelijk hoog uitvallen, indien met de markttrente gerekend wordt. Historisch gezien wijkt die zeer af van het gemiddelde. Overigens kan ook al discussie ontstaan over de beste methode om tot bovenstaande uitkomst te komen. Zo worden in de praktijk de diverse genoemde stappen veelal gecombineerd in een aanpak waarmee meteen de totale contante waarde van de aanspraak wordt vastgesteld. Dat kan op meerdere manieren, waarvan sommige voor de niet-deskundige nog minder inzichtelijk zijn. Een veel gebruikte methode is om rekening te houden met de levensverwachting conform de meest recente generatietafel en gebruik te maken van de op de berekeningsdatum geldende rentetermijnstructuur. Ook wordt wel een offerte van een verzekeraar voor een direct ingaand pensioen gebruikt. Dan wordt daarvan

vervolgens de contante waarde bepaald. Over de fiscale dimensie is ten slotte ook nog de nodige discussie denkbaar. De werknemer kan aanvoeren dat nog een 'fiscale correctie' in zijn voordeel aangebracht moeten worden. Dat geldt indien de uitkering ineens van het bruto-schadebedrag zwaarder belast wordt dan de jaarlijkse uitbetaling van zijn pensioen. Anderzijds kan de werkgever dan mogelijk om een (fiscaal gefaciliteerde) uitbetaling aan een pensioenuitvoerder verzoeken. Maar dan verdient mogelijke 'fiscale bovenmatigheid' ook aandacht. Allemaal zaken die de moeite van het nader beoordelen mogelijk wel waard zijn. In ieder geval dient gecontroleerd hoe valide de gehanteerde aannames zijn.

Pensioenschade soms hoger dan inkomensschade

4.4 DE BESCHIKBARE PREMIEREGELING

Voor een 'beschikbare premiereregeling' bestaat nog minder zekerheid omtrent de te ramen pensioenschade. De gemiste pensioenopbouw kan dan niet rechtstreeks aan de hand van een vast opbouwpercentage berekend worden. Daarvoor dienen aannames gehanteerd te worden ten aanzien van levensverwachting en tarieven per pensioeningangsdatum, alsmede omtrent de rendementen die tot die peildatum gerealiseerd gaan worden. Indien het een 'verbeterde premiereregeling' betreft kunnen ook nog latere ontwikkelingen van belang zijn. Met name ten aanzien van tarieven en rendementen is weer zeer de vraag of de huidige situatie op dat vlak, die historisch gezien zeer afwijkend is, wel als maatgevend mag worden beschouwd.

4.5 CONSEQUENTIES VAN HET PENSIOENAKKOORD

Met de geplande inwerkingtreding van het Pensioenakkoord krijgen de extra onzekerheden van beschikbare premiereregelingen algemene gelding. Dan gelden helemaal geen vaste opbouwpercentages meer. Werknemers krijgen in de regel nog slechts een leefsijdsonafhankelijke, gelijkblijvende premie voor iedereen. Die wordt aan hun persoonlijk pensioenkapitaal toegevoegd. Levensverwachting, tarieven en

rendementen op de relevante peildata, met alle onzekerheden van dien, worden dan voor alle pensioenen bepalend. Met de consequenties daarvan moet bovendien nu al rekening worden gehouden. Want pensioenaanspraken met vaste opbouwpercentages worden straks in beginsel ook omgezet naar de nieuwe systematiek, via het zogeheten ‘invaren’. Daarna zijn ook die aanspraken respectievelijk uitkeringen niet meer gerelateerd aan de daaraan ooit toebedeelde opbouwpercentages. De financiële situatie van, respectievelijk de toekomstige ontwikkelingen bij de desbetreffende pensioenuitvoerder, worden dan nog meer bepalend. Maar die ontwikkelingen zullen weer grotendeels afhankelijk worden van de macro-economische ontwikkelingen. Voorspellingen daaromtrent gaan dan wel erg dicht richting ‘koffiedik kijken’. Wat de invloed van andere elementen van het Pensioenakkoord gaat worden moet ook maar afgewacht worden. Wat wordt de invloed van de mogelijke ‘uitkering ineens’, van de compensatie voor oudere werknemers, of van de afschaffing van partnerpensioen op opbouwbasis? Maken die aspecten de eventuele pensioenschade voorspelbaarder of juist onzekerder?

4.6 AANVULLENDE PENSIOENSCHADE

Behalve meer onzekerheid levert het Pensioenakkoord anderzijds ook nog extra aandachtspunten op voor mogelijke ‘aanvullende pensioenschade’. Daarmee doelen wij op extra schade, die optreedt in aanvulling op de hiervoor besproken schade als gevolg van een periode zonder opbouw. Dat betreft dan bijvoorbeeld extra schade als gevolg van verlies van voorwaardelijke rechten, verlies van toeslagverlening, of door een slechtere regeling bij een nieuwe werkgever. Voor oudere deelnemers in een beschikbare premiereregeling komt daar een nieuw probleem bij. Daarvoor gelden nu veelal nog ‘leeftijdsafhankelijke premies’. Voor ouderen zijn die nu hoger dan de ‘gelijkblijvende premies’ die straks voor iedereen gaan gelden. Bij wijze van uitzondering mogen voor hen die bestaande premiereregelingen, met stijgende premies, straks gecontinueerd worden. Maar dat recht vervalt als men van baan moet wisselen. Oudere werknemers komen dan in een regeling met (veel) lagere premies, met aanvullende pensioenschade tot gevolg. Verder kan voor alle oudere werknemers de nieuwe compensatiesystematiek een potentieel aandachtspunt worden. Die gaat op bedrijfstak- of ondernemingsniveau bepaald worden. Maar wat als die bij de (nog onbepaalde) nieuwe

werkgever mogelijk significant lager zal zijn, althans bij de huidige werkgever bovengemiddeld hoog is? Dat levert dan ook extra pensioenschade op.

5. TWEE VOORBEELDEN

Hieronder volgen twee relevante uitspraken ter nadere illustratie van nut en noodzaak van een actieve opstelling van de werkgever. De eerste laat zien wat die eventueel kan opleveren. In de tweede uitspraak lijkt de werkgever het juist te makkelijk te hebben opgevat.

5.1 EIGEN BEREKENING

Een voorbeeld van hoe het wel kan wordt verschaft in het arrest van het Hof Den Haag van 22 maart 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:715). In relatie tot de pensioenschade en de consequenties daarvan voor de billijke vergoeding, overweegt het hof als volgt:

“21. De maatschap heeft bij haar beroepsschrift een advies van een Registerpensioenadviseur overgelegd, die heeft becijferd dat bij uitdiensttreding per 1 december 2015 een koopsom van circa € 55.000 benodigd is voor een gelijkblijvend pensioen. Uitgaande van een indexering van 2 % per jaar bedraagt de koopsom € 73.000 tot € 74.000. Het hof merkt in dit verband op dat in de berekeningen wordt uitgegaan van een pensioenleeftijd van 66 jaar, terwijl de pensioenleeftijd van [verweester] 67 jaar bedraagt, zodat de werkelijke pensioenschade hoger ligt. Ook [verweester] heeft een berekening overgelegd met weliswaar andere uitgangspunten, maar ook uit die berekening blijkt een pensioenschade van vergelijkbare grootte.

22. Wat er van deze berekeningen zij, uitgaande van de inkomensschade van € 34.405,91 en een pensioenschade van € 55.000 bedraagt de financiële schade van [verweester] als gevolg van het ontslag ruim € 89.000, terwijl de werkelijke schade hoger is aangezien bij de hoogte van de pensioenschade geen rekening is gehouden met indexering van het pensioen en deze bovendien uitgaat van pensionering op de leeftijd van 66 jaar in plaats van 67 jaar. Na aftrek van de transitievergoeding van € 16.184 bruto resteert nog een financiële schade van tenminste € 73.000 bruto.”

In deze casus heeft de werkgever zelf een berekening van de pensioenschade ingediend. Zowel werknemer als het hof leken in dat verband op een hoger bedrag uit te komen. Niettemin wordt het laagste van de



door werkgever voorgestelde bedragen leidend voor de vaststelling van de resulterende billijke vergoeding. Het feit dat het hof die berekening niet voor zoete koek slikt maakt dat niet anders. Aldus lijkt werkgever hier gebaat te zijn geweest bij het opvoeren van een eigen berekening.

N.B.: Of juist is dat de pensioenschade hoger is met pensioenleeftijd 67 dan 66, mag overigens betwijfeld worden.

5.2 PENSIOENSCHADE BIJ KLM

Een uitspraak van het Hof Amsterdam van 19 mei jl. illustreert anderzijds het gevaar van een relatief passieve opstelling van de werkgever (ECLI:NL:GHAMS:2020:1280). In dit geval had alleen de werknemer een berekening van zijn pensioenschade ingebracht. Die berekening was mogelijk wat te simpel van opzet. Het hof lijkt daar althans vanuit te gaan. Maar de werkgever, KLM, had die berekening niet inhoudelijk betwist. Men lijkt te hebben volstaan met de opmerking dat actuariële onderbouwing ontbrak. Dat van pensioenschade als zodanig wel sprake was werd verder ook niet betwist. Het hof zei daar toen het volgende over:

“[appellante] heeft haar pensioenschade berekend op een bedrag van € 93.425,40. KLM heeft dat bedrag betwist met het argument dat een actuariële berekening ontbreekt. KLM heeft haar betwisting echter niet nader onderbouwd. Een dergelijke onderbouwing had van haar wel mogen worden verwacht. Het door [appellante] berekende bedrag aan pensioenschade is gebaseerd op het als gevolg van het ontslag jaarlijks door haar gemiste bedrag aan pensioen vermenigvuldigd met haar op gemiddelden gebaseerde levensverwachting, hetgeen een eenvoudige maar niet onbegrijpelijke wijze van berekening van pensioenschade is. Dat [appel-

lante] niet-onaanzienlijke pensioenschade leidt als gevolg van haar ontslag staat op zichzelf tussen partijen in ieder geval niet ter discussie.”

Vervolgens wordt de billijke vergoeding weliswaar op een lager bedrag vastgesteld, maar niet vanwege de berekeningswijze van de pensioenschade. Het hof nam aan dat de werknemer nog wel enig perspectief op betaald werk had. Niettemin is ten aanzien van pensioenschade de les duidelijk. Werkgevers kunnen daar maar beter zelf al op in gaan. Op zijn minst dienen de stellingen van de werknemer inhoudelijk te worden getoetst en, waar mogelijk, kritisch besproken. Negeren of algemene kritiek volstaat niet. Ook niet als de rechter zelf al twijfels heeft over de voorgestelde berekening. In de regel zal daarbij een (tegen)rapport, althans ondersteuning van een eigen pensioendeskundige aan te bevelen zijn.

6. SAMENVATTING EN CONCLUSIE

Ook onder de Wvz kan nog steeds vergoeding van ‘pensioenschade bij ontslag’ gevorderd worden. Daartoe moet aanspraak op een ‘billijke vergoeding’ kunnen worden gemaakt. De eis van een ‘ernstig verwijt’ heeft de mogelijkheden daartoe beperkt, zij het minder dan aanvankelijk gedacht. Voor de vraag of een billijke vergoeding op zijn plaats is, zijn met name de gezichtspunten van het *New Hairstyle*-arrest van belang. Voor de berekeningswijze van pensioenschade zijn geen algemene gezichtspunten beschikbaar. Maar als pensioenschade wordt opgevoerd moet de werkgever daar wel inhoudelijk op ingaan. Vaak zullen daar ook aanknopingspunten voor bestaan. Pensioenschade betreft een toekomstvoorspelling, met alle onzekerheden en aannames van dien. Bij invoering van het Pensioenakkoord zal dat nog sterker gelden dan voorheen. Dat levert ook nieuwe aandachtspunten op.