

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis in kort geding van 27 december 2018

Kenmerk: KG 18/17

Het Scheidsgerecht, bestaande uit
mr. R.J.B. Boonekamp, wonende te Arnhem, fungerend voorzitter,
bijgestaan door mr. J.A.I. Wendt, griffier,
heeft het navolgende vonnis gewezen in het kort geding van

A.,
wonende te Z.,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
gemachtigde: mr. L.H. Haarsma,

tegen,

de stichting
B.,
gevestigd te Y.,
verweerster in conventie,
eiseres in reconventie,
gemachtigde: mr. F. ter Huurne.

Partijen worden hierna aangeduid als eiseres (voor eiseres in conventie) en de stichting (voor verweerster in conventie).

1. De procedure

- 1.1 Eiseres heeft met een brief van 6 november 2018 deze procedure aanhangig gemaakt. Met een daarbij gevoegde memorie van eis (met producties, genummerd 1-4) heeft zij het Scheidsgerecht verzocht bij vonnis in kort geding, bij wege van een voorziening bij voorraad:

Primair:

I. De stichting te veroordelen tot onmiddellijke betaling aan eiseres van de helft van de door eiseres aan PFZW verschuldigde pensioenpremie uit hoofde van artikel 6.11 van de AMS over de periode van 19 november 2017 tot en met november 2018 zijnde een totaalbedrag van € 9.868,82;

Subsidiair:

II. De stichting te veroordelen tot betaling van een voorschot ten bedrage van € 9.000,- aan eiseres op hetgeen totaal door de stichting aan eiseres moet worden betaald uit hoofde van artikel 6.11 van de AMS, althans de stichting te veroordelen tot betaling aan eiseres van een door het Scheidsgerecht in goede justitie te bepalen voorschot.

Primair en subsidiair:

III. De stichting te veroordelen in de kosten van deze procedure waaronder de door eiseres betaalde bedragen in depot.

- 1.2 Met een brief van 14 november 2018 heeft eiseres een nadere productie ingezonden (genummerd 5).
- 1.3 Met een brief van 28 november 2018 heeft de stichting een memorie van antwoord tevens eis in reconventie ingezonden (met producties, genummerd 1-21). De stichting heeft daarbij het Scheids-gerecht verzocht bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

in conventie:

eiseres niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van eiseres af te wijzen;

in reconventie:

de betaling van de WW-aanvulling door de stichting aan eiseres op te schorten vanaf de datum van het arbitraal vonnis totdat onherroepelijk in rechte is komen vast te staan dat eiseres recht heeft op een WW-uitkering en de WW-aanvulling;

zowel in conventie als reconventie:

eiseres te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, waaronder het salaris van de advocaat.

- 1.4 Met een brief van 12 december 2018 heeft eiseres een akte overlegging producties tevens houdende memorie van antwoord in reconventie ingezonden (met producties, genummerd 5-7). Zij heeft daarbij in conventie haar stellingen gehandhaafd en in reconventie geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van verweerster als zijnde ongegrond met veroordeling van verweerster in de kosten van de procedure waaronder het salaris van de advocaat.
- 1.5 Bij brief van 17 december 2018 heeft eiseres een nadere productie (genummerd 8) en bij brief van 18 december 2018 een nadere productie (genummerd 9) toegezonden. Tegen overlegging van productie 8 heeft de stichting ter zitting bezwaar gemaakt, waarna eiseres die productie heeft teruggenomen. Die maakt dus geen onderdeel meer uit van de gedingstukken.
- 1.5 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 19 december 2018. Eiseres was aanwezig in persoon, bijgestaan door haar gemachtigde en vergezeld door C., pensioenadvocaat. Aan de zijde van de stichting waren aanwezig D.(directeur), bijgestaan door de gemachtigde van de stichting met een kantoorgenoot (de heer mr. A.J.C. Theunissen), alsmede een pensioensdeskundige, E.. De beide gemachtigden hebben het woord gevoerd en daarbij pleitnotities overgelegd. Ook C. en E. hebben het woord gevoerd, C. eveneens aan de hand van schriftelijke aantekeningen die zijn overgelegd.

2. Het geschil

- 2.1 Eiseres (geboren 24 februari 1958) heeft vanaf 1992 op basis van een arbeidsovereenkomst gewerkt als medisch specialist (arts-microbioloog) in dienst van de stichting. Op de arbeidsovereenkomst zijn de Arbeidsvoorwaarden medisch specialisten van toepassing (hierna: de AMS). De AMS kent een zogenaamde activeringsregeling geregeld in de artikelen 6.1 – 6.11. Op grond van deze regeling is de werkgever onder meer een aanvulling op de WW verschuldigd (krachtens artikel 6.1 lid 2 en artikel 6.4, hierna: de WW-aanvulling) en een bijdrage pensioenpremie van 50% (artikel 6.11). Laatstgenoemde bepaling uit de AMS luidt als volgt:

'Artikel 6.11 (pensioen tijdens de WW-periode)

De medisch specialist die ervoor kiest om gedurende de WW-aanvullingsperiode het deelnemerschap aan het Pensioenfonds Zorg en Welzijn voort te zetten, ontvangt gedurende de looptijd van de aanvulling een bijdrage van de werkgever ter hoogte van 50% van de verschuldigde pensioenpremie.'

2.2 De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 januari 2017 onder toekenning aan eiseres van een transitievergoeding van € 184.391,52. In een door eiseres ingesteld hoger beroep is de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter bekrachtigd bij beschikking van het gerechtshof F. van 29 mei 2017. Eiseres heeft daartegen cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft bij beschikking van 29 juni 2018 die beschikking vernietigd en het geding verwezen naar het gerechtshof G. ter verdere behandeling en beslissing. Ten tijde van dit vonnis heeft het gerechtshof nog geen uitspraak gedaan.

2.3 Vanaf 22 mei 2016 tot 20 november 2017 was eiseres arbeidsongeschikt. Vanaf 1 januari 2017 tot 20 november 2017 heeft zij een ZW-uitkering ontvangen. Eiseres heeft in een daartoe op 16 augustus 2017 bij het Scheidsrecht aanhangig gemaakte procedure betaling van WW-aanvulling door de stichting gevorderd op basis van de activeringsregeling van het AMS. Bij arbitraal vonnis van 10 oktober 2017 heeft het Scheidsrecht de vordering afgewezen op de grond dat -kort gezegd- de activeringsregeling van artikel 6 AMS geen recht geeft op een aanvulling van een ZW-uitkering maar alleen op aanvulling van een WW-uitkering. In rechtsoverweging 4.8 heeft het Scheidsrecht onder meer het volgende overwogen:

'Daar komt dan nog bij dat eiseres, zoals tijdens de zitting aan de orde gesteld, mogelijk op grond van het pensioenreglement verplicht is om bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd in februari 2018 haar ouderdoms- of Flexpensioen te laten ingaan.'

2.4 Met een brief van 22 november 2017 heeft het UWV aan eiseres bevestigd dat de ZW-uitkering is beëindigd en dat haar een WW-uitkering is toegekend met ingang van 20 november 2017 en met als einddatum 19 mei 2020. Op 22 december 2017 heeft eiseres zich opnieuw tot het Scheidsrecht gewend teneinde op grond van de activeringsregeling van artikel 6 AMS WW-aanvulling te vorderen. Het Scheidsrecht heeft met een arbitraal vonnis van 30 januari 2018 alleen de WW-aanvulling over november en december 2017 toegewezen. Het Scheidsrecht overwoog daartoe onder meer als volgt (r.o. 4.5):

'De stichting heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat eiseres bij het bereiken van de zestigjarige leeftijd mogelijk recht gaat krijgen op flexpensioen. Het is in deze procedure niet duidelijk geworden of dat recht op grond van het pensioenreglement van PFZW ontstaat. Volgens de stichting is dat mogelijk het geval, volgens eiseres is nog een rechtshandeling van haar kant vereist, te weten het doen van een aanvraag. Eiseres heeft die stelling echter niet onderbouwd met verwijzingen naar de toepasselijke bepalingen van het pensioenreglement of correspondentie van PFZW. Dat had wel op haar weg gelegen. Bovendien is onvoldoende duidelijk geworden of het UWV het afzien van flexpensioen (een inkomensvervangende voorziening) zal aanmerken als een benadelingshandeling.'

De stichting is vanaf 1 januari 2018 de WW-aanvulling tot op heden onder protest toch blijven betalen.

2.5 Met een brief van 16 februari 2018 aan het UWV heeft de stichting verzocht te beoordelen of het uitstellen van het Flexpensioen (zijnde een prepensioen) kwalificeert als benadelingshandeling in de zin van artikel 24 lid 5 WW en of eiseres aanspraak behoudt op een WW-uitkering. In een brief van 23 februari 2018 aan de stichting heeft het UWV geschreven dat *'het beleid van UWV is dat er geen sprake [is] van een benadelingshandeling (...) als het betreffende pensioenfonds de mogelijkheid biedt om*

het pensioen uit te stellen.' De stichting heeft hiertegen bezwaar gemaakt met een brief van 23 maart 2018 waarna het UWV in een beslissing op bezwaar van 16 augustus 2018 zijn standpunt inzake het benadelingsvereiste heeft gehandhaafd. Het UWV heeft daartoe onder andere overwogen:

'Wij zijn van mening dat onze beslissing van 23 februari 2018 op goede gronden is genomen. In het kader van de WW laat UWV belanghebbende de vrijheid om te kiezen voor verschuiving van het prepensioen als de pensioenverstrekker daartoe de mogelijkheid biedt. Ons beleid/vaste gedragslijn is dat er in een dergelijke situatie geen sprake is van een benadelingshandeling in de zin van artikel 24 lid 5 WW. Ons is daarnaast niet gebleken van enig handelen van belanghebbende die aanleiding geeft om hier anders tegen aan te kijken, Dit leggen wij hieronder verder aan u uit.

(...)

Aan belanghebbende is met ingang van 20 november 2017 een WW-uitkering toegekend na afloop van een Ziektewetuitkering. De WW-uitkering is gebaseerd op het dienstverband dat belanghebbende van 1 mei 1992 tot 1 januari 2017 bij [de stichting] had. Door uw gemachtigde wordt kort samengevat gesteld dat belanghebbende vanaf 1 februari 2018 een benadelingshandeling pleegt door het doelbewust uitstellen van het prepensioen teneinde de WW-uitkering veilig te stellen, zonder aan de daarvoor vereiste doorwerkis te voldoen.

In deze procedure zullen wij ingaan op de vraag of het uitstellen/omzetten van prepensioen naar ouderdomspensioen in het geval van belanghebbende een benadelingshandeling in de zin van artikel 24 lid 5 WW oplevert.

Op grond van de stukken is ons, met betrekking tot de omzetting van het prepensioen naar ouderdomspensioen, het volgende gebleken:

Belanghebbende heeft ongeveer zes maanden voordat zij 60 jaar werd een brief ontvangen van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW) waarin wordt aangegeven dat het opgebouwde Flexpensioen, zoals PFZW het prepensioen noemt, wordt omgezet in ouderdomspensioen. Op de website van PFZW geeft PFZW hierover aan dat een belangrijk voordeel van omzetting van het Flexpensioen naar ouderdomspensioen is dat de deelnemer niet verplicht is om het ouderdomspensioen op te nemen als de deelnemer voor de AOW-leeftijd minder gaat werken of stopt met werken, Als belanghebbende niet op deze brief reageert dan wordt het Flexpensioen automatisch door PFZW omgezet in ouderdomspensioen. Met de brief van 19 februari 2018 geeft PFZW vervolgens aan dat belanghebbende niet heeft gereageerd op de eerdere brief en dat het Flexpensioen automatisch door PFZW wordt omgezet in ouderdomspensioen.

Wij constateren dat PFZW feitelijk het opgebouwde Flexpensioen van belanghebbende automatisch heeft omgezet in ouderdomspensioen en dat dit is gebeurd voordat belanghebbende 60 jaar is geworden. Belanghebbende heeft weliswaar niet gereageerd op de eerste brief van PFZW waardoor de omzetting automatisch heeft plaatsgevonden, maar wij zien hierin geen benadelingshandeling in de zin van artikel 24 lid 5 WW. Wij zien ook niet dat het niet reageren op de automatische omzetting doelbewust door belanghebbende is gedaan met het oogmerk om haar WW-uitkering veilig te stellen. Afgaande op de informatie die PFZW verstrekt wordt er door PFZW geen specifieke voorwaarde(n) verbonden aan het omzetten. Het is verder niet aan UWV om te toetsen of PFZW met hun werkwijze mogelijk in strijd handelt met wettelijke bepalingen met betrekking tot het omzetten van prepensioen naar ouderdomspensioen. Dit is iets voor [de stichting] om bij PFZW aan te kaarten.

In het kader van de WW laat UWV belanghebbende de vrijheid om te kiezen voor verschuiving van het prepensioen als de pensioenverstrekker daartoe de mogelijkheid biedt, Vast staat in ieder geval dat

PFWZ aan belanghebbende de mogelijkheid heeft geboden om het Flexpensioen om te zetten in ouderdomspensioen. Ons beleid/vaste gedragslijn is dat er in een dergelijke situatie geen sprake is van een benadelingshandeling in de zin van artikel 24 lid 5 WW.'

De stichting is tegen de beslissing van het UWV in beroep gegaan bij de rechtbank H. op 12 september 2018. In een brief aan de rechtbank H. van 10 december 2018 heeft het UWV meegedeeld de beslissing op bezwaar niet te handhaven en een nieuwe beslissing te zullen gaan nemen omdat, kort gezegd, verweerster geen rechtstreeks belanghebbende is bij WW-besluiten van eiseres. Ten tijde van dit vonnis heeft de rechtbank H. nog geen uitspraak gedaan.

- 2.6 Eiseres heeft op 24 februari 2018 de 60-jarige leeftijd bereikt. Zij had in dienst van de stichting een zogenaamd Flexpensioen bij het Pensioenfonds zorg en welzijn opgebouwd (hierna: het PFZW). Dit Flexpensioen had in kunnen gaan op 60-jarige leeftijd maar is omgezet in ouderdomspensioen. In een brief van het PFWZ aan eiseres van 19 februari 2018 staat daaromtrent het volgende:

'U heeft een brief ontvangen (...) over het omzetten van uw Flexpensioen in ouderdomspensioen. Omdat ik daarna geen bericht meer van u heb ontvangen, ga ik ervan uit dat hiermee akkoord gaat.'

Het pensioenreglement van het PFZW kent ten aanzien van het Flexpensioen onder meer de volgende bepalingen (artikel 10.7):

'Artikel 1.2 Begrippen

(...)

Flexpensioendatum: eerste dag van de maand waarin de (gewezen) deelnemer 60 jaar wordt

(...)

Artikel 10.7 Flexpensioen Regeling A

(...)

4. De tot 1 januari 2006 opgebouwde aanspraak op Flexpensioen wordt uiterlijk direct voorafgaand aan de Flexpensioendatum eenmalig in zijn geheel omgezet in ouderdomspensioen tenzij de (gewezen) deelnemer expliciet aangeeft hier bezwaar tegen te hebben. Onder Flexpensioen wordt ook verstaan het aanvullend Flexpensioen. De hoogte van de premievrije aanspraak op aanvullend Flexpensioen is gebaseerd op de tot 1 januari 2006 betaalde premies. De omzetting vindt plaats op basis van factoren die het pensioenfonds heeft vastgesteld.

5. Het (aanvullend) Flexpensioen gaat in beginsel in op de Flexpensioendatum. Als er wegens arbeidsongeschiktheid geen recht bestaat op Flexpensioen, dan is de ingangsdatum van het aanvullend Flexpensioen de eerste dag van de maand waarin de (gewezen) deelnemer 60 jaar wordt.

6. De (gewezen) deelnemer heeft de volgende keuzemogelijkheden

a. gehele of gedeeltelijke vervroeging van het Flexpensioen op voorwaarde dat de (gewezen) deelnemer is geboren voor 1 januari 1965;

b. geheel of gedeeltelijk uitstel van het Flexpensioen

Als de (gewezen) deelnemer kiest voor vervroeging of uitstel, dan geldt dit voor zowel Flexpensioen als voor aanvullend Flexpensioen. Het pensioenfonds kan aan vervroeging en uitstel nadere voorwaarden verbinden.

7. Vervroeging van Flexpensioen is mogelijk voor het deel dat de deelnemer zijn werkzaamheden beëindigt om een andere reden dan arbeidsongeschiktheid. Het Flexpensioen gaat niet eerder in dan op de eerste dag van de maand waarin de (gewezen) deelnemer 55 jaar wordt. Bij vervroeging wordt het Flexpensioen verlaagd op basis van factoren die het pensioenfonds heeft vastgesteld.

8. Uitstel van Flexpensioen is mogelijk voor het deel dat de deelnemer doorwerkt waarbij een periode van verlof gelijkgesteld wordt met werken. Als er sprake is van levensloopverlof langer dan 18 maanden, dan is uitstel alleen mogelijk als de deelnemer een levensloopuitkering ontvangt van minimaal 70% van het minimumloon bij een volledige werktijd.

De (gewezen) deelnemer geeft aan het pensioenfonds direct iedere wijziging door van de mate waarin hij werkt. Voor zover de werkzaamheden worden beëindigd, gaat het Flexpensioen in.

Flexpensioen gaat niet later in dan op de eerste dag van de maand voorafgaand aan de maand waarin de (gewezen) deelnemer 65 jaar wordt; als gevolg van uitstel niet opgenomen Flexpensioen wordt omgezet in ouderdomspensioen.

Het Flexpensioen wordt verhoogd op basis van factoren die het pensioenfonds heeft vastgesteld. Als door uitstel het maximale Flexpensioen wordt overschreden, dan wordt het meerdere omgezet in ouderdomspensioen. Omzetting van Flexpensioen in ouderdomspensioen vindt plaats op basis van factoren die het pensioenfonds heeft vastgesteld.'

2.7 In een brief van de Belastingdienst aan de stichting van 25 juli 2018 staat onder meer het volgende:

'De fiscaal niet toegelaten handeling waarop u doelt (feitelijk op een ongebruikelijk moment genieten van het prepensioen), is nader toegelicht in het Vraag en Antwoord 08-094 van 17 november 2017. Ik beantwoord uw vragen naar aanleiding van uw brief van 29 juni 2018, met bovenstaand kenmerk. Indien de feiten en omstandigheden anders zijn dan door u aangegeven behoud ik mij het recht voor om op de gestelde conclusie terug te komen. Ik constateer dat per 1 januari 2017 er geen dienstbetrekking meer bestaat tussen [de stichting] en genoemde medewerker. Ook werkt medewerker volgens uw informatie niet bij een andere organisatie dan [de stichting]. Er wordt aanspraak gemaakt op ZW dan wel WW uitkeringen en eventuele aanvullingen daarop. Er is op basis van de door u verstrekte gegevens geen sprake van doorwerken na de datum van 1 Januari 2017.

Tevens is door u een brief d.d. 19 februari 2018 toegevoegd waarin door PFZW aan de medewerker wordt aangegeven dat zij niet heeft gereageerd op een eerste brief van PFZW over een te maken keuze betreffende het Keuzepensioen. Medewerker heeft niet gereageerd en wordt gewezen op een aantal mogelijkheden, waar onder het omzetten van Flexpensioen in aanvullend ouderdomspensioen. Echter een definitieve keuze blijkt hier niet uit. Wat ik lees uit deze brief is dat medewerker niet heeft gereageerd op de eerste brief en daarom gedwongen automatisch wordt geconfronteerd met de omzetting van haar prepensioen in ouderdomspensioen op 65 jarige leeftijd.

Niet reageren is feitelijk ook aan te merken als een keuze en dit betekent dat medewerker niet voldoet aan het doorwerkvereiste. Dit standpunt in uw brief kan ik volgen. Feitelijk wordt er gehandeld in strijd met dit vereiste. Wij zullen de algemene werkwijze van het pensioenfonds aankaarten bij PFZW. Richting PFZW zullen wij aangeven dat in deze situatie medewerker een individuele keuze heeft gekregen om het prepensioen uit te stellen en om te zetten in een aanvulling op het ouderdomspensioen, terwijl er niet geconstateerd is dat er is doorgewerkt. In feite blijkt dat de ruil van prepensioen naar het later ingaand ouderdomspensioen in strijd komt met de toepassing van artikel 13a, tweede lid, Wet LB.

Tenslotte kan ik alleen maar constateren dat in de feitelijke casus zoals door u omschreven sprake is van een samenloop van omstandigheden. Enerzijds het individuele geval van het ontslag van de genoemde medewerker en de uitkeringen ZW en WW en de aanvullingen daarop en in het andere geval het algemene beleid van PFZW aangaande de zo goed als automatische omzetting van prepensioen in ouderdomspensioen, waarin voorbij wordt gegaan aan het doorwerkvereiste.

Ik constateer niet wat u in uw brief van 29 juni 2018 heeft gesteld, zijnde bij punt 13, dat de handelswijze van PFZW medewerker niet alleen in staat heeft gesteld het doorwerkvereiste te overtreden maar de feiten en omstandigheden duidelijk maken dat dit ook het oogmerk is geweest van medewerker teneinde haar WW-uitkering en WW-aanvulling zeker te stellen. En verder vind ik de constatering dat, vanuit de kant van de medewerker oogmerk is geweest om WW en de aanvulling op WW veilig te stellen, een discussie van civiele aard is en niet een fiscaal vraagstuk. Deze vraag zal ik dus ook niet beantwoorden.'

3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht en de beslissingsmaatstaf

De bevoegdheid van het Scheidsgerecht volgt uit artikel 7.2.3 van de AMS en is tussen partijen niet in geschil. Uit artikel 25 van het Arbitragereglement van het Scheidsgerecht volgt dat het Scheidsgerecht uitspraak zal doen bij arbitraal vonnis en zal beslissen naar de regelen des rechts.

4. De beoordeling van het geschil

- 4.1 Tussen de partijen in dit geding bestaat een arbeidsgeschil waarover al een heel aantal procedures is gevoerd. De stand van zaken is voor zover hier van belang dat eiseres thans een WW-uitkering geniet en dat de stichting die WW-uitkering moet suppleren op grond van de activeringsregeling van hoofdstuk 6 van de AMS, in het bijzonder op grond van artikel 6.4. Op grond van artikel 6.11 AMS is de werkgever tevens verplicht gedurende de periode dat de verplichting tot aanvulling van de WW-uitkering bestaat voor 50% bij te dragen in de verschuldigde pensioenpremie indien de werknemer ervoor kiest om het deelnemerschap aan PFZW gedurende de periode van aanvulling van de WW-uitkering voor te zetten. Over deze verplichting gaat het in dit geding in conventie. Eiseres heeft op enig moment nadat zij een WW-uitkering is gaan genieten bij PFZW een offerte gevraagd voor voortzetting van het deelnemerschap en die offerte vervolgens geaccepteerd. Zij heeft de verschuldigde premie tot op heden onbetaald gelaten. Volgens haar is zij tot betaling daarvan niet in staat indien de stichting daarin niet voor 50% bijdraagt, wat de stichting weigert. Eiseres stelt een spoedeisend belang te hebben bij een veroordeling van de stichting tot betaling van de helft van de verschuldigde pensioenpremie over de periode van 19 november 2017 tot en met 30 november 2018 omdat het voortgezette deelnemerschap aan PFZW anders in gevaar komt.
- 4.2 De stichting voert in hoofdzak twee inhoudelijke gronden aan voor haar standpunt dat zij niet tot de bijdrage is verplicht. In de eerste plaats beroept zij zich erop dat eiseres de vrijwillige voortzetting van het deelnemerschap niet overeenkomstig het pensioenreglement binnen 9 maanden na ontslag heeft aangevraagd, bij gebreke waarvan PFZW de aanvraag niet in behandeling had mogen nemen. Dat verweer moet worden verworpen. Of eiseres de aanvraag buiten de hiervoor genoemde termijn heeft gedaan, kan in het midden blijven. PFZW heeft het verzoek van eiseres tot vrijwillige voortzetting van de deelneming geaccepteerd en de vrijwillige voortzetting gedurende de periode van aanvulling van de WW-uitkering als bedoeld in artikel 6.11 is daarmee een feit. Uit artikel 6.11 AMS valt niet af te leiden dat de werkgever alleen tot de daar bedoelde bijdrage is verplicht indien het verzoek tot voortzetting door de werknemer volgens het pensioenreglement tijdig aan PFZW is gedaan. De stichting heeft overigens ook niet duidelijk gemaakt in welk belang zij door de enkele eventuele overschrijding van de termijn voor het aanvragen van de voortzetting van de deelneming is geschaad. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de verplichting tot bijdragen in de pensioenpremie beperkt is tot de periode dat de verplichting tot aanvulling van de WW-uitkering bestaat. Bij overschrijding van de termijn voor de aanvraag van vrijwillige voortzetting kan de duur van de verplichting van de werkgever tot bijdragen in de pensioenpremie nooit langer worden dan die zou zijn geweest indien de aanvraag tijdig was gedaan.
- 4.3 In de tweede plaats beroept de stichting zich erop dat eiseres sinds zij de leeftijd van 60 jaar heeft bereikt ten onrechte een WW-uitkering geniet. Op die datum had eiseres recht op prepensioen van PFZW. Eiseres heeft er echter voor gekozen zich dat niet te laten uitkeren, maar het prepensioen bij haar ouderdomspensioen te laten voegen hoewel dit (fiscaal) alleen toegestaan is indien dan ook wordt doorgewerkt. Volgens de stichting heeft eiseres daarmee een benadelingshandeling gepleegd als bedoeld in artikel 24 lid 5 WW en zal het UWV de WW-uitkering van eiseres met terugwerkende kracht moeten beëindigen. Volgens de stichting heeft eiseres dus in ieder geval vanaf haar 60^e nooit recht gehad op een WW-uitkering, was de stichting dus niet verplicht de WW-

uitkering aan te vullen en is zij thans evenmin verplicht bij te dragen in de pensioenpremie op de voet van artikel 6.11 AMS. Hieromtrent wordt als volgt overwogen.

- 4.4 Op grond van thans artikel 47 lid 1 WW wordt de WW-uitkering verminderd met inkomen in verband met arbeid. Op grond van artikel 3:5 lid 4 van het Algemeen inkomensbesluit sociale zekerheidswetten (AIB) wordt onder inkomen in verband met arbeid ook begrepen een periodieke uitkering bij wijze van oudedagsvoorziening dan wel een uitkering die daaraan voorafgaat. Genoten prepensioen moet dus in mindering komen op de WW-uitkering. De vraag is of de keuze om af te zien van uitkering van prepensioen en het niet genoten prepensioen bij het ouderdomspensioen te laten voegen, moet worden aangemerkt als benadeling. In de eerste plaats moet worden geconstateerd dat het UWV in reactie op het verzoek van de stichting zowel in de primaire beslissing als na bezwaar het standpunt heeft ingenomen dat het beleid/vaste gedragslijn van het UWV is om uitstel van prepensioen niet als benadelingshandeling aan te merken als het pensioenfonds daartoe de mogelijkheid biedt. Tegen de beslissing op bezwaar is beroep ingesteld bij de rechtbank H., waarop nog niet is beslist. Als algemene regel geldt dat indien voor de beoordeling van een vordering in een civiel kort geding de rechtmatigheid van een bestuursbesluit van belang is, de rechter in kort geding zich moet richten naar de uitspraak die van de bestuursrechter mag worden verwacht. Te verwachten valt dat de beslissing van het UWV, indien daarover een inhoudelijk oordeel wordt gegeven in de procedure voor de rechtbank H. (zie hierna), zal standhouden. In de beslissing van 8 april 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2258 heeft de Centrale Raad van Beroep in een vergelijkbaar geval overwogen dat het UWV de WW-uitkeringsgerechtigde de vrijheid laat vroegpensioen naar een later moment uit te stellen en de kans voor lief neemt dat bij een latere ingangsdatum het pensioen niet meer op de WW-uitkering kan worden gekort omdat dan inmiddels geen WW-uitkering meer wordt genoten. De Centrale Raad heeft daaruit de conclusie getrokken dat het UWV de betrokkenen niet zonder meer houdt aan een verplichting om zo spoedig mogelijk vroegpensioen op te nemen en dat de betrokkene die dat niet doet geen benadelingshandeling pleegt in de zin van art. 24 lid 6 (thans 5) WW. Dit is geheel in lijn met het standpunt dat het UWV in deze zaak heeft ingenomen. Er is nog wel de complicatie dat het UWV bij de rechtbank H. inmiddels het standpunt heeft ingenomen dat de stichting geen belanghebbende is en dat zij daarom een nieuw besluit zal nemen dat daarmee in overeenstemming is. Dat standpunt zal er echter hooguit toe kunnen leiden dat de stichting in haar verzoek alsnog niet ontvankelijk zal worden verklaard maar er is geen reden om aan te nemen dat het UWV inhoudelijk tot een ander standpunt zal komen met betrekking tot de vraag of uitstel van het prepensioen een benadelingshandeling is.
- 4.5 Er is voornamelijk geen aanleiding te menen dat hierover anders moet worden gedacht vanwege de (fiscale) doorwerkverplichting om uitgesteld prepensioen bij het ouderdomspensioen te mogen voegen. Weliswaar heeft de staatssecretaris van Financiën het niet afschaffen van die doorwerkverplichting in 2017 gemotiveerd met het argument dat de mogelijkheid van uitstel van prepensioen niet in de hand moet werken dat de gerechtigde beroep doet op een sociale uitkering. Dit betreft echter louter een fiscale maatregel ter ontmoediging. Degene die prepensioen uitstelt zonder door te blijven werken loopt het risico op belastingheffing op de voet van artikel 13a lid 2 Wet LB over het niet uitgekeerde prepensioen. Ook aan het feit dat uitstel van flexpensioen in artikel 10.7 lid 8 van het pensioenreglement van PFZW is gekoppeld aan doorwerken en PFZW het prepensioen bij het ouderdomspensioen heeft gevoegd zonder te controleren of eiseres doorwerkte, kan in het licht van het voorgaande geen argument worden ontleend voor de opvatting dat sprake is van een benadelingshandeling van eiseres in de zin van art. 24 lid 5 WW.
- 4.6 Voornamelijk is er geen reden om aan te nemen dat eiseres een WW-uitkering geniet waarop zij met terugwerkende kracht geen aanspraak (meer) heeft. Dat betekent dat de stichting gehoudens is tot suppletie van de WW-uitkering en daarom ook tot bijdragen in de pensioenpremie gedurende de periode van de suppletie. Aangezien die verplichting in betrekkelijk hoge mate vaststaat en het res-

titulierisico in zoverre gering is, kunnen er ook geen heel hoge eisen aan het spoedeisend belang van eiseres bij het ontvangen van die bijdrage worden gesteld. Eiseres heeft onmiskenbaar belang bij de vrijwillige voortzetting van de deelneming en de stukken bieden voldoende grond om aan te nemen dat die deelname in gevaar dreigt te komen zonder betaling van de bijdrage. Van de stichting kan echter niet worden verlangd dat zij de bijdrage van 50% betaalt zonder dat eiseres genoegzaam aantoont dat de deelneming wordt voortgezet doordat zij ook haar deel van de pensioenpremie betaalt. De veroordeling tot betaling van het gevorderde bedrag zal daarom onder die voorwaarde worden toegewezen. Anders dan de stichting heeft doen betogen ziet het Scheidsgerecht niet in waarom een veroordeling tot nakoming van deze bijdrageverplichting prematuur zou zijn omdat het hoger beroep in de ontbindingsprocedure na cassatie nog loopt. De arbeidsovereenkomst is ontbonden en het hoger beroep zou hooguit tot herstel van de dienstbetrekking kunnen leiden. Daarop kan echter niet worden vooruitgelopen. De rechter/arbiter in kort geding dient zich te richten naar een reeds gegeven oordeel in een bodemprocedure ongeacht of de uitspraak kracht en gezag van gewijsde heeft, zonder vooruit te lopen op de kans van slagen van een rechtsmiddel. Eiseres heeft dus vooralsnog als werkloos te gelden. De stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het Scheidsgerecht moeten dragen en aan eiseres een bedrag van € 3.500,- moeten betalen als tegemoetkoming in haar kosten van rechtsbijstand.

- 4.7 Het standpunt van de stichting in reconventie is dat zij aan artikel 6.8 AMS de bevoegdheid kan ontlenen om uitbetaling van de WW-suppletie op te schorten hangende de beroepsprocedure bij de rechtbank H. tegen de beslissing op bezwaar van het UWV omtrent de benadelingshandeling. Ter zitting is gebleken dat de stichting de door haar van het Scheidsgerecht gevraagde uitspraak niet heeft afgewacht maar de uitbetaling van de WW-suppletie alvast heeft gestaakt. Voor een dergelijke opschorting biedt art. 6.8 AMS echter geen grond. De slotzinsnede van artikel 6.8 lid 1 AMS slaat klaarblijkelijk op een beroepsprocedure naar aanleiding van een van de daarvoor achter de vijf gedachtestreepjes genoemde omstandigheden. De omstandigheden die zijn genoemd achter de drie eerste gedachtestreepjes doen zich hier in het geheel niet voor. Bij het vierde gedachtestreepje wordt verwezen naar de verplichtingen van artikel 6.6. Van een tekortschieten in de verplichting om gebruik te maken van een geboden mogelijkheid inkomsten uit arbeid of bedrijf te verwerven is hier echter geen sprake. Het zou in het geval van eiseres hooguit kunnen gaan om een verplichting om inkomen in verband met arbeid te genieten in de vorm van prepensioen, maar dat valt niet onder artikel 6.6 lid 3 AMS en vormt zoals hiervoor overwogen overigens ook niet een benadelingshandeling. Ook de omstandigheid achter het vijfde gedachtestreepje doet zich hier niet voor omdat de WW-uitkering van eiseres juist niet is stopgezet en de beroepsprocedure van de stichting is gericht tegen het niet stopzetten daarvan. De stichting schort haar verplichting tot betaling van de WW-suppletie dus ten onrechte op. De stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het Scheidsgerecht in reconventie moeten betalen en een bedrag van € 1.000,- aan eiseres/verweerster in reconventie als tegemoetkoming in haar kosten van rechtsbijstand.

5. De beslissing

De fungerend voorzitter van het Scheidsgerecht, beslissend naar de regelen des rechts, wijst het volgende arbitrale vonnis in kort geding

In conventie

- 5.1 De stichting wordt veroordeeld tot betaling aan eiseres van de helft van de door eiseres aan PFZW verschuldigde pensioenpremie uit hoofde van artikel 6.11 AMS over de periode van 19 november 2017 tot en met 30 november 2018 zijnde een totaalbedrag van € 9.868,82 onder de voorwaarde dat eiseres genoegzaam aantoont dat zij haar deel van de voor de voortzetting van de deelneming verschuldigde pensioenpremie metterdaad aan PFZW betaalt.

5.2 De kosten van het Scheidsgerecht worden vastgesteld op € 4.557,30 en zullen op het door eiseres gestorte voorschot worden verhaald. De stichting wordt veroordeeld dat bedrag aan eiseres te betalen alsmede een bedrag van € 3.500,- aan eiseres te betalen ter zake van kosten van rechtsbijstand.

5.3 Al het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

In reconventie

5.4 De vordering van de stichting wordt afgewezen.

5.5 De stichting zal de kosten van het Scheidsgerecht ad € 2.033,75 moeten dragen. Die zullen worden verhaald op het door de stichting gestorte voorschot. De stichting wordt veroordeeld aan eiseres een bedrag te betalen van € 1.000,- ter zake van kosten van rechtsbijstand.

Dit vonnis is vastgesteld te Utrecht en op 27 december 2018 aan de partijen verzonden.