

Kroniek Pensioenrecht

Voor de pensioenwetgeving waren in de periode 2012-2013 de *highlights* het aannemen van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, de verhoging van de AOW-leeftijd in combinatie met de beperking van het fiscale Witteveen-kader voor pensioenverwerving, de internetconsultatie voor het voorontwerp van de Wet invoering reële ambitieovereenkomst en Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend.



*Bastian Bodewes, Annemiek Cramer,
Jan Aart van de Hoef en Wim Thijssen**

**Pensioenovereenkomst » Wijziging pensioenovereenkomst » Uitvoeringsovereenkomst » Toeslagverlening »
Bedrijfstakpensioenfondsen » Gelijke behandeling » Evenredige verwerving en financiering van pensioen » Pensioen en
faillissement » Pensioen en scheiding: De pensioenuitkeringstoets en het kader van alimentatierekenen » Externe uitvoering
van de rechten van de ex » Internationaal privaatrecht » Advisering » Herstel van fouten door pensioenuitvoerders »
Waardeoverdracht » Procesrecht » Tot besluit**

* Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries. Cramer CPL, Van de Hoef CPL en Thijssen zijn advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Heemstede. Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.



Op 7 augustus 2013 trad de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (Kamerstuk 33 182) in werking. Die wet dient door de pensioenfondsen op 1 juli 2014 te zijn geïmplementeerd. In plaats van de huidige paritaire besturen dient door de pensioenfondsen te worden gekozen uit de volgende vijf bestuursmodellen: het paritair model (het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van werkgever(s), werknemers en pensioengerechtigden), het onafhankelijk bestuursmodel (een

beroepsbestuur gecontroleerd door een belanghebbendenorgaan waarin de drie 'bloedgroepen' zitting hebben), het paritair gemengd bestuursmodel (extern deskundigen vormen het niet-uitvoerend bestuur, vertegenwoordigers uit drie geledingen vormen het uitvoerend bestuur), het onafhankelijk gemengd bestuursmodel (zowel het niet-uitvoerend bestuur als het uitvoerend bestuur bestaat uit extern deskundigen) of het omgekeerd gemengd bestuursmodel (extern deskundigen

vormen het uitvoerende bestuur, het niet-uitvoerend bestuur wordt gevormd uit de drie geledingen).

De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (Kamerstuk 33 290) maakte dat voor velen de AOW-leeftijd omhoog ging en de pensioenvererving vanaf 1 januari 2014 omlaag. In 2013 dienden veel pensioenregelingen daartoe te worden gewijzigd.

Verdere versoering om het pensioenstelsel 'houdbaar' te maken werd beoogd met het voorstel voor een Wet

invoering reële ambitieovereenkomst. Onder die wet zou moeten worden gekozen voor het huidige juridisch kader waarin pensioenen kunnen worden gekort of een kader waarin pensioenen zouden 'meebewegen' met gerealiseerde beleggingsrendementen en wijzigingen in de levensverwachting. Dit voorontwerp is na veel kritiek die uit de consultatie naar voren kwam ingetrokken. Een nieuw voorontwerp wordt in de lente verwacht.

Minder in het oog springend, maar voor de dga met pensioen in eigen beheer van groot belang, is Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend van 21 september 2012. Deze liep vooruit op de wijziging met ingang van 1 oktober 2012 van art. 2:216 BW. Uit art. 2:216, lid 1 BW volgt sindsdien dat een bv geen dividend mag uitkeren, indien het eigen vermogen van de bv niet groter is dan de wettelijke reserves, zoals de commercieel gewaardeerde pensioenvoorziening (de solvabiliteitstoets). Deze solvabiliteitstoets wordt, toegespitst op het eigen beheer pensioen, de pensioenuitkeringstoets genoemd. Verder mag geen dividend worden uitgekeerd indien de bv daardoor haar verplichtingen jegens crediteuren niet meer zou kunnen nakomen (de liquiditeitstoets). In Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend van 21 september 2012 nam de Belastingdienst het standpunt in dat een bv die pensioen in eigen beheer uitvoert op elk moment (meteen vanaf de aanvang van de pensioenverwerving door de dga) aan de solvabiliteitstoets en de liquiditeitstoets dient te voldoen. 'Pensioen' bleek zo een barrière voor de door de overheid in het kader van het belastingplan 2014 gewenste bestedingen door dga's op basis van dividendopnames tegen een enigszins verlaagd

tarief. 'Pensioen' bleek ook van belang voor het alimentatierekenen, waarover hierna meer.

Deze belangrijke ontwikkelingen op wetgevingsgebied wilden wij u niet onthouden. Hierna volgen, zoals gebruikelijk in de *Kroniek Pensioenrecht*, de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak.

PENSIOENOVEREENKOMST

Een werknemer had volgens de arbeidsovereenkomst aanspraak op een aanvullende uitkering boven op de WAO-uitkering, echter de werkgever verzuimde om daartoe een WAO-excedentverzekering af te sluiten. De werkgever besloot de aanvullende uitkering binnen één jaar af te bouwen. In deze bodemprocedure vorderde de werkgever een verklaring voor recht dat hij de aanvulling mocht afbouwen onder meer wegens onvoorziene omstandigheden. Rechtbank Leeuwarden 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY2732, oordeelde dat sprake was van gewijzigde omstandigheden in de verzekeringsbranche en door de financiële crisis. Dit vormde echter geen aanleiding tot wijziging van arbeidsvoorwaarden omdat het verzuim om een WAO-excedentverzekering af te sluiten voor rekening en risico van de werkgever diende te komen.

Hof Den Bosch oordeelde op 8 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2012:5033, in een procedure tegen ABP in lijn met HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:9621, dat een redelijke uitleg van het pensioenreglement van ABP ertoe leidde dat bij functietherwaardering met terugwerkende kracht ABP een salarisverhoging in de pensioengrondslag diende te betrekken. Aldus leidde dit tot een hoger invaliditeitspensioen.

Rechtbank Oost-Nederland oordeelde op 9 januari 2013, *PJ* 2013/50 over een geschil waar afstand was gedaan van deelneming in de pensioenrege-

ling van de werkgever met getekende afstandsverklaring. Volgens het pensioenreglement was de handtekening van de partner vereist voor afstand.

De werkgever controleerde wel de handtekening van de werknemer maar niet die van de partner. Ook voldeed de werkgever niet aan zijn informatieplicht ter zake de financiële risico's van afzien van deelneming. De rechtbank oordeelde dat de partner na het overlijden van de werknemer ondanks de afstandsverklaring uitkering van partnerpensioen toekwam.

WIJZIGING PENSIOEN- OVEREENKOMST

De Hoge Raad oordeelde op 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, over de vraag of een vroegpensioenfonds voldeed aan zijn informatieplicht jegens een dga bij de afschaffing van een verplichte vroegpensioenregeling en de mogelijkheid om deze vrijwillig voort te zetten. De dga stelde het schrijven uit 2006 van het vroegpensioenfonds nooit te hebben ontvangen en hij wenste de regeling alsnog vrijwillig voort te zetten. Het fonds weigerde dit omdat de termijn voor deelname reeds lang was verstreken. De Hoge Raad oordeelde dat beëindiging van de pensioenregeling onder de reikwijdte viel van het destijds geldende art. 17, lid 1 PSW (dat regelde wettelijk verplicht te verstrekken schriftelijke informatie bij toetreding tot een pensioenregeling en bij wijziging van statuten of reglementen; thans art. 21, lid 2 PW), zodat over het beëindigen van de regeling schriftelijk diende te worden geïnformeerd. Omdat het aanbod tot vrijwillige voortzetting van de vroegpensioenregeling in dezelfde brief was opgenomen, gold daarvoor ook de norm van art. 17, lid 1 PSW. Daarom ontviel de grondslag aan het oordeel van het hof dat geen zekerheid hoefde te bestaan



dat de brief waarin over beëindiging van de regeling werd geïnformeerd de deelnemer ook zou bereiken. Of i.c. aan de norm van art. 17, lid 1 PSW was voldaan, hing volgens de Hoge Raad af van de kenbare persoonlijke en financiële belangen van de deelnemer bij het tijdig treffen van vervangende voorziening.

Rechtbank Noord-Nederland oordeelde op 13 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1430, in een procedure over de vraag of een werkgever na toetreding tot een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds eenzijdig de premieverdeling tussen werkgever en werknemers kon wijzigen. De werkgever beriep zich op het eenzijdig

wijzigingsbeding en wijzigde de verdeling van 13/2/3 naar 50/50 conform de cao. De rechtbank oordeelde dat een zwaarwegend belang om te wijzigen ontbrak omdat de cao geen verplichting tot een premieverdeling inhoudt.

Op 23 december 2009 oordeelde Rechtbank Rotterdam (*PJ* 2013/82) over de wijziging van een eindloonregeling naar een beschikbarepremieregeling. De rechtbank oordeelde dat de werkgever niet had aangetoond dat de pensioenlasten in de eindloonregeling onbeheersbaar waren geworden en dat ondanks instemming van de ondernemingsraad geen sprake was van een voldoende zwaarwegend belang van de werkgever bij wijziging.

UITVOERINGS- OVEREENKOMST

Rechtbank Haarlem oordeelde op 13 december 2012, ECLI:NL:2012:BY6525, over een geschil ter zake van een beëindigingsovereenkomst. Deze bevatte de uitbetaling van pensioenbijdragen omdat de werknemer ten onrechte niet was opgenomen in de pensioenregeling van de werkgever. In de procedure vorderde de werknemer nietigheid van de beëindigingsovereenkomst, onder meer wegens strijd met het afkoopverbod van art. 32, lid 4 PSW. De rechtbank oordeelde dat partijen beoogden een voorziening te treffen die het nadeel van werknemer zou

opheffen. De regeling kwam daarmee in de plaats van de pensioentoezegging en de rechtbank wees de vordering af.

Een werknemer vorderde in hoger beroep bij Hof Den Haag 16 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:8982, veroordeling van zijn oud-werkgever tot rechtstreekse uitkering van ouderdomspensioen. Hij zou tot een groep behoren waarvoor de pensioenregeling gold, terwijl de werkgever hem ten onrechte niet zou hebben aangemeld ter verzekering. Het hof oordeelde dat een deelnemer geen recht verkrijgt op uitkering van ouderdomspensioen jegens de werkgever maar (slechts) jegens de verzekeraar. Ook maakte de werknemer niet aannemelijk dat hij deelnemer in de pensioenregeling had moeten zijn.

In een procedure voor Rechtbank Oost-Brabant 11 april, 2013:ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6592, spreken werknemers en een door hen opgerichte vereniging de werkgever aan. Gevorderd werd dat de werkgever werknemers zou compenseren voor het nadeel als gevolg van wijziging van de omzettingfactoren bij het ondernemingspensioenfonds. Het betrof een beschikbarepremieregeling waarvan het opgespaarde saldo op pensioendatum werd omgezet in een levenslange pensioenuitkering. Ten tijde van de invoering van de pensioenregeling bij cao in 2000 wees de werkgever op het bestaan van beleggingsrisico's ter zake van het spaarsaldo. De risico's van rente en levensverwachting werden echter niet genoemd. Hoewel de rechtbank oordeelde dat werknemers de werkgever op grond van de pensioenovereenkomst konden aanspreken, was van schending van informatieverplichtingen geen sprake. Ook speelde deskundigheid bij onderhandelaars bij de cao een rol. Een interessante zaak betrof een garantieverzekering met een gesepareerd beleggingsdepot. De werkgever had enerzijds recht op overretdeling en dus een belang bij

een hoog rendement, terwijl anderzijds de verzekeraar de pensioenuitkeringen garandeerde en derhalve belang had bij zekerheid. Hierdoor ontstond een spanningsveld. De Rechtbank Amsterdam, 28 augustus 2013; ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, oordeelde dat een verzekeraar een bepaalde mate van vrijheid toekomt ten aanzien van de beleggingen, maar zich dient te houden aan de overeengekomen beleggingsrichtlijn tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van hem kon worden gevegd. Daarvan was onder de gegeven omstandigheden geen sprake zodat de verzekeraar veroordeeld werd tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie.

TOESLAGVERLENING

Van de rechtspraak over toeslagverlening springen de afloop van tegen Delta Lloyd en ING gevoerde rechtszaken het meest in het oog. Deze zaken kwamen in de *Kroniek Pensioenrecht* van vorig jaar uitgebreid aan de orde. De cassatie tegen het arrest van het Hof Amsterdam van 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, strandde omdat in cassatie geen rechtsvragen zouden zijn voorgelegd. Het cassatieberoep werd daarom verworpen op grond van het bepaalde in art. 81 RO. Zie HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134. In de zaak van Scaping tegen ING waarin de kantonrechter een vordering tot voortzetting van de toeslagverlening had afgewezen, oordeelde een arbitragecommissie uiteindelijk dat ING niet het volledige bedrag voor toeslagverlening hoefde te voldoen maar kon volstaan met betaling van een beperkt bedrag (voor beperkte toeslagverlening). Zie NAI 25 januari 2013 (NAI 4047), PJ 2013/41 waarin de vindplaatsen van eerdere procedures zijn vermeld.

In een belangrijk arrest van 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, oordeelde de Hoge Raad over

werkgever ECN die de toeslagregeling eenzijdig wijzigde van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk. Volgens de Hoge Raad gold onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) geen bepaling als art. 19 PW dat eenzijdige wijziging mogelijk maakte op basis van een belangenafweging tussen werkgever en werknemers. Gebruikmaken van de bevoegdheid tot wijziging door de werkgever werd daarom slechts beperkt door de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid. Ook was geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding omdat de pensioenuitkeringen doorlopen na het einde van de arbeidsovereenkomst. Hof Arnhem-Leeuwarden volgde deze lijn in het arrest van 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8547.

Hof Amsterdam 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2513, oordeelde in een geschil tussen een werkgever en gepensioneerd over de vraag of de werkgever bevoegd was om de bijdrage in de premie ziektekostenverzekering eenzijdig te wijzigen wegens de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006. Het hof oordeelde dat de werkgever ondanks een bestendige gedragslijn nooit had beoogd dit onvoorwaardelijk en ongewijzigd levenslang voort te zetten. Ook was geen sprake van het rechtens te beschermen gerechtvaardigd vertrouwen dat de werkgever de bijdrage levenslang ongewijzigd zou voortzetten. Interessant is in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:8363. In appel oordeelde Hof 's-Gravenhage 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:6806, dat Fortis Bank met het vele jaren gevoerde beleid en mede geleid op de publicatie in de *Seniorenids* het gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt dat zij de bijdrage in beginsel zou blijven verstrekken en dit alles had bij elkaar genomen geleid tot een rechtens afdwingbare aanspraak. Het beroep in cassatie door Fortis Bank

ingesteld, werd door de Hoge Raad op de voet van art. 81, lid 1 Wet RO afgedaan.

BEDRIJFSTAK- PENSIOENFONDSEN

Geschillen tussen werkgevers en verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds geven geregeld aanleiding tot procedures. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit in 2013 niet anders was. Veelal zijn verplichte deelneming en de daaraan verbonden premieconsequenties en/of vrijstellingsperikelen onderwerp van het geschil. Hier volgt een selectie van jurisprudentie waarin verschillende aspecten van werkingsfeergeschillen aan de orde komen.

Allereerst heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, geoordeeld (overigens in lijn met de heersende leer en vaste rechtspraak) dat bij een geschil over verplichte deelneming van een onderneming bij een bedrijfstakpensioenfonds, het uitgangspunt is dat de stelplicht en bewijslast dat de werkgever moet aansluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds ligt. Indien de onderneming in eerste instantie akkoord gaat met aansluiting, maar later meent niet verplicht te zijn tot deelneming, geldt een omgekeerde bewijslast.

In Hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4401, werd over de internationale reikwijdte van een verplichtstelling geoordeeld. Bij een dergelijke kwestie dient gekeken te worden naar het toepasselijk recht, mede aan de hand van het EVO-Verdrag. Het hof oordeelde dat de in Engeland woonachtige en werkzame werknemers van een Nederlandse werkgever niet onder de verplichtstelling vielen. In het algemeen wordt aangenomen dat een Nederlandse verplichtstelling (slechts) op de Neder-

landse bedrijfstak betrekking heeft, waarbij het gaat om arbeid die in Nederland wordt verricht. De Nederlandse verplichtstelling geldt dan niet wanneer de arbeid buiten Nederland wordt verricht, ondanks het feit dat de Nederlandse werkgever onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds kan vallen.

Rechtbank Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:4801, oordeelde dat een zelfstandige schilder (zonder personeel) niet voor een vrijstelling van verplichte deelneming aan het voor hem toepasselijke bedrijfstakpensioenfonds in aanmerking kon komen. Niet omdat een zelfstandige geen werkgever of werknemer zou kunnen zijn volgens de rechtbank, maar omdat bij een gesloten lijfrenteverzekering (derde pijlervoorziening) geen sprake was van een gelijkwaardige pensioenregeling. Zolang geen sprake is van een gelijkwaardige tweede pijlervoorziening bij een zelfstandige zonder personeel, lijkt een beroep op vrijstelling daarom vrijwel onmogelijk.

In twee arresten, Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4825 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5163, kwam de hoofdelijke aansprakelijkheid voor bestuurders van vennootschappen (art. 23 Wet Bpf 2000) voor betaling van pensioenpremies aan een bedrijfstakpensioenfonds aan de orde. Daarbij bleek onder andere dat een tijdige mededeling van betalingsonmacht belangrijk is. Een bedrijfstakpensioenfonds mag volgens Hof Amsterdam overigens niet te allen tijde afgaan op inschrijving van de bestuurder in het handelsregister. Louder de inschrijving als bestuurder hoeft nog niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid te leiden, aldus het hof. In casu stelde een volgens het handelsregister ingeschreven bestuurder nimmer werkelijk bestuurder te zijn geweest

of bestuurstaken te hebben vervuld. De stelling van het pensioenfonds dat het (toch) mocht afgaan op de inschrijving in het handelsregister volgde het hof niet. Een pensioenfonds mag zich niet op derdenbescherming van de inschrijving als de bestuurder in het handelsregister beroepen, waardoor een ingeschreven bestuurder, mits voldoende bewezen dat nimmer werkelijk bestuurstaken zijn vervuld, toch niet hoofdelijk aansprakelijk hoeft te zijn.

In het kader van een overgang onderneming oordeelde Rechtbank Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3506, dat een bedrijfstakpensioenfonds een vorderingsrecht heeft voor onbetaald gebleven premies bij de verkrijgende vennootschap, ondanks een tussen verkrijger en vervreemder onderling gemaakte afspraak dat die verplichting niet zou worden overgenomen door de verkrijger. Die afspraak kon niet ten nadele van het bedrijfstakpensioenfonds uitpakken.

GELIJKE BEHANDELING

Het Hof van Justitie van de EU heeft in een voor de praktijk belangrijke uitspraak van 26 september 2013 (HVJ EU 26 september 2013, zaak C-476/11, HK Danmark/Experian, PJ 2013/176) een streep gezet door art. 8, lid 3 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (de WGBLA). In art. 8 WGBLA, gebaseerd op art. 6, lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG, is bepaald dat het verbod om leeftijdsonderscheid te maken in het kader van arbeidsvoorwaarden niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Het oordeel van het hof in de onderhavige kwestie hield in dat art. 6, lid 2 van de genoemde richtlijn uitsluitend een uitzondering op het verbod van leeftijdsonderscheid mogelijk maakt,



indien de actuariële berekeningen leiden tot de vaststelling van toetredingsleeftijden of pensioenleeftijden. Dat betekent dat art. 8, lid 3 WGBLA een ruimere uitzondering bevat dan de richtlijn toestaat, nu daarin niet de beperking is opgenomen dat leeftijdsonderscheid moet zijn beperkt tot actuariële berekeningen in verband met de vaststelling van toetredings- of pensioenleeftijden. Dat betekent ook dat de in de praktijk vaak gehanteerde leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage bij een premieregeling, op basis van staffels, niet zonder meer blijkt te zijn toegestaan. Anders dan voorheen op grond van art. 8, lid 3 WGBLA werd aangenomen, is een leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage alleen toegestaan indien het gemaakte leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is (of onder een van de andere uitzonderingen van art. 8 WGBLA kan worden gebracht).

Uiteraard waren er in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft, meer uitspraken over gelijke behande-

ling. Daarop wordt hier verder niet ingegaan, omdat ze in de regel niet zo verrassend waren.

EVENREDIGE VERWERVING EN FINANCIERING VAN PENSIOEN

In een procedure bij Rechtbank Amsterdam van 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3697, vorderde de oud-werknemer nakoming van de pensioentoezegging door rechtstreekse betaling door de werkgever van (aanvullende) pensioenuitkeringen. Ter uitvoering van de pensioentoezegging was een C-polis afgesloten die op pensioendatum (ruim) onvoldoende kapitaal uitkeerde ter dekking van de beoogde eindlooppensioenen. De rechtbank maakte onderscheid tussen de affinancieringsplicht en de pensioentoezegging en concludeerde voorts dat sprake was van een eindloonregeling. De rechtbank oordeelde dat indien de werkgever zijn wettelijke

verplichting tot affinanciering correct zou hebben uitgevoerd, de vordering tot nakoming van de eindlooppensioentoezegging diende te worden afgewezen. Bepalend daarvoor waren de gegevens zoals die golden ten tijde van uitdiensttreding. De rechtbank liet partijen vervolgens toe om bewijs te leveren voor de beoordeling of het tekort aan kapitaalopbouw in de C-polis geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening en risico van de oud-werknemer diende te blijven.

Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3124, oordeelde in een interessant geschil over de vraag of een adviseur handelde met de zorg die van een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot mocht worden verwacht. Het ging hier om de vraag of het toepassen van gelijkblijvende risicopremies (ten opzichte van eenjarige risicopremies) als financiering ter dekking van nabestaandenpensioenen geschikt moest worden geacht. Het hof oordeelde dat dit systeem alleen verantwoord zou zijn bij voortzetting van de pensioenverwerving tot de pensioendatum, omdat anders niet zou worden voldaan aan de eis van evenredige opbouw en financiering van het destijds nog toepasselijke art. 7a PSW (thans art. 17 Pensioenwet). Hier leidde de onttrekking van premies voor nabestaandenpensioen aan de beschikbare pensioenpremie bovendien tot ongelijke behandeling (leeftijdsonderscheid op grond van burgerlijke staat en van geslacht). Een gehuwde deelnemer verwierf immers een lager ouderdomspensioen dan een ongehuwde deelnemer en bovendien was sprake van sekseafhankelijke risicotarieven. De pensioenregeling diende op korte termijn op deze aspecten te worden aangepast zodat van continuïteit van de pensioenregeling die vereist was voor het bereiken van evenredige opbouw en financiering, geen sprake was. Dit maakte de regeling dus ongeschikt zodat aan de eis zoals die van

een redelijk bekwaam en handelend adviseur mocht worden verwacht, niet was voldaan.

PENSIOEN EN FAILLISSEMENT

In een zaak voor Hof Leeuwarden van 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1271, vorderde een werkgever, om faillissement af te wenden, een bevel aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds om mee te werken aan een akkoord. Het pensioenfonds ging niet akkoord met de regeling, omdat niet alle schuldeisers een gelijk deel van hun vordering zouden ontvangen. Hof Leeuwarden oordeelde dat contractsvrijheid geldt en dat van misbruik van bevoegdheid van het pensioenfonds geen sprake was, gezien het door het pensioenfonds aangevoerde argument dat bij faillissement het UWV de achterstallige pensioenpremies overneemt. Het hof wees de vordering dan ook af.

Een andere zaak voor Hof Arnhem op 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0621, betrof een faillissement waarin de curator trachtte een lijfrentepolis af te kopen. Hof Arnhem oordeelde dat de curator slechts de beschikkingshandelingen toekomt die ook de failliet had. Art. 22a Fw. breidt die niet uit. Nu de failliet niet kon afkopen, kon de curator dat evenmin.

De Centrale Raad van Beroep oordeelde op 13 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4245, over de vraag of onbetaalde pensioenpremies ook verschuldigd waren aan de pensioenverzekeraar. De raad kwam tot het opmerkelijke oordeel dat de premies niet verschuldigd waren nu de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder niet was ondertekend door beide partijen. Gevolg was dat het UWV de achterstal-

lige pensioenpremies niet hoefde af te dragen krachtens art. 64, lid 1 sub c Werkloosheidswet.

Op 25 april 2013 oordeelde het Hof van Justitie van de EU, ECLI:NL:XX:2013:BZ9899, op een verzoek om een prejudiciële beslissing van het High Court van Ierland. Het hof oordeelde dat in lijn met het eerdere arrest-Robins e.a. van 25 januari 2007, Ierland art. 8 van Richtlijn 2008/94 onjuist had geïmplementeerd nu een werknemer bij insolventie van de werkgever niet ten minste de helft van het ouderdomspensioen ontvangt waarvoor hij bijdragen heeft betaald aan een (voor bedrijfstak(ken) geldend) aanvullende stelsel van sociale voorzieningen. Wij verwachten vooralsnog niet dat deze uitspraak Nederland op dit punt tot aanvullende wetgeving noopt omdat deze voldoende waarborgen lijkt bevatten in de Pensioenwet en de regeling van art. 64c WW.

PENSIOEN EN SCHEIDING

De scheidingsgerelateerde pensioenproblematiek van de dga stond in de periode 2012-2013 ruim in de belangstelling. Het ging daarbij met name om de berekening van door een dga te betalen alimentatie, externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het bijzonder partnerpensioen van de ex van de dga ten laste van de bv en tot slot de internationaal privaatrechtelijke aspecten van pensioenverevening.

De pensioenuitkeringstoets in het kader van alimentatierekenen

Wat de door een dga te betalen alimentatie betreft, is het belangrijkste de rechtspraak... die er nog niet is! Uit de inleiding bij deze kroniek bleek dat in het kader van de solvabiliteitstoets van art. 2:216 BW geen dividendopnames zijn toegestaan, voor zover de reserves van de bv de commercieel gewaar-

deerde pensioenverplichting niet overtreffen. Toegesplitst op pensioen wordt deze solvabiliteitstoets als de 'pensioenuitkeringstoets' aangeduid.

De meeste (kleine) bv's stellen slechts een fiscale jaarrekening op gezien de vrijstelling van art. 2:396, lid 6 BW. In de fiscale jaarrekening dient de pensioenverplichting op basis van een rekenrente van ten minste vier procent te worden berekend op grond van art. 3:29 Wet IB 2001, óók als de marktrente lager is. De fiscus staat louter om budgettaire redenen geen lagere rente toe, omdat bij een lagere rente voor de waardering van pensioenverplichtingen de pensioenverplichting en daarmee de aftrek voor de winstbelasting hoger zou worden. De commercieel gewaardeerde pensioenverplichting bedraagt momenteel in de praktijk meer dan het dubbele dan de fiscale, omdat de marktrente lager is dan twee procent. Dat betekent dat bv's die volgens de fiscale jaarrekening over voldoende solvabiliteit beschikken om dividend uit te keren, dat toch niet mogen omdat na omrekening van de pensioenverplichting op commerciële waarde niet of in mindere mate over uitkeerbare reserves wordt beschikt.

Dat is van belang met het oog op toepassing van de Tremanormen voor het berekenen van alimentatie. Tremanorm 65 uit het Rapport alimentatienormen versie 2013 bepaalt immers dat voor het vaststellen van de draagkracht van een gda moet worden uitgegaan van de bedragen die de ondernemer geacht wordt aan de bv te kunnen onttrekken in de vorm van salaris of dividend. De alimentatie wordt niet vastgesteld op basis van het salaris dat de dga zich toekent, maar op basis van de maximaal mogelijke onttrekkingen aan salaris en dividend. Te verwachten valt dat dividendopnames als gevolg van de pensioenuitkeringstoets in veel beperktere mate mogelijk zullen zijn dan in het verleden werd aangenomen,

mede gezien de uitleg die de Belastingdienst aan de pensioenuitkeringstoets geeft. Die uitleg houdt in dat de pensioenuitkeringstoets niet uitsluitend voor dga's geldt die de pensioendatum al dicht zijn genaderd, maar voor iedere dga met pensioen in eigen beheer. Het wachten is op rechtspraak ter zake door gda's te betalen alimentatie waarin de pensioenuitkeringstoets wordt toegepast. Overigens bevreemdt het dat in het kader van het alimentatierekenen de pensioenuitkeringstoets pas sedert de wijziging van art. 2:216 BW per 1 oktober 2012 in het kader van de invoering van de zogeheten 'Flex-bv' meer in de belangstelling is komen te staan. Ook voorheen gold al lang een soortgelijk uitpakkende kapitaalbeschermingseis. Zal volgend jaar de eerste rechtspraak op dit punt kunnen worden vermeld in deze kroniek?

Externe uitvoering van de rechten van de ex

Daartoe is de bestuurder in hoedanigheid van ex-echtgenoot en de bv verplicht op grond van twee standaard-arresten (PJ 2007/42 respectievelijk NJ 2004/636; HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, waarin een bv die pensioen in eigen beheer uitvoerde tot externe uitvoering van de rechten van de ex van de dga werd verplicht en HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658; PJ 2007/42, waarin de bestuurder van een bv in hoedanigheid van ex-echtgenoot werd verplicht externe uitvoering van de rechten van zijn ex door zijn bv te bewerkstelligen). Een uitzondering geldt op grond van die rechtspraak als de externe uitvoering te bedreigend is voor de continuïteit van de onderneming. Sinds de marktrente zoveel lager is dan de rekenrente voor pensioenverplichtingen in eigen beheer, doet de onmogelijkheid van externe uitvoering zich vaker voor. Soms is de commerciële waarde van de rechten

Stond ik ingeschreven als bestuurder?
 En was er dan een botsing of zo?



van de ex of de koopsom die een verzekeraar bedingt voor het uitvoeren daarvan zelfs aanzienlijk hoger dan de totale fiscale pensioenvoorziening. De rechtspraak lijkt deze problematiek voor dga's wel te erkennen, maar laat een wisselend beeld zien.

Voor de dga heeft externe uitvoering van de rechten van zijn ex (die moet worden gerealiseerd op de tarieven van verzekeraars en daarom tegen marktrente) desastreuze fiscale gevolgen indien het bedrag dat aan de bv moet worden onttrokken hoger is dan het gedeelte van de fiscale pensioenvoorziening in eigen beheer dat aan de rechten van de ex kan worden toegerekend (dat is gezien de lage rente in de praktijk vrijwel altijd het geval). Indien in die situatie tot externe uitvoering van die rechten wordt overgegaan, wordt het voor de dga zelf resterende pensioen feitelijk geheel of gedeeltelijk afgekocht. Dat leidt privé tot progressieve belastingheffing over de totale aanspraak gewaardeerd op marktrente, vermeerderd met twintig procent revisierente. Dat leidt in de bv tot vrijval van een groot deel van de pensioenverplichting en daarmee tot heffing van winstbelasting. In verband met de fis-

cale behandeling van pensioen in eigen beheer zou een dga niet moeten worden gedwongen tot externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex indien het daarmee gemoeide bedrag het gedeelte van de fiscale pensioenvoorziening dat aan de rechten van de ex kan worden toegerekend overtreft, gezien de geschetste fiscale consequenties daarvan. In die situatie gebiedt de redelijkheid en billijkheid (die blijkens de standaardarresten van de Hoge Raad de rechtsbron voor de verplichting tot externe uitvoering van de rechten van de ex zijn) dat de ex, indien externe uitvoering wordt gewenst, genoeg moeten nemen met een koopsom voor externe uitvoering van die rechten gelijk aan het aan de rechten van de ex toe te rekenen gedeelte van de fiscale eigen beheer pensioenvoorziening. De ex heeft dan de keuze tussen handhaving van zijn of haar rechten in eigen beheer met de risico's die nu eenmaal bij eigen beheer horen, of externe uitvoering met de bijbehorende zekerheid voor het aan de ex toe te rekenen bedrag (met dien verstande dat de rechten dan lager kunnen en momenteel, gezien de rentestand, ook lager zullen uitvallen). In deze zin

werd als eerste geoordeeld door Rechtbank Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976.

De meest recente rechtspraak geeft het volgende beeld. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9828, oordeelde dat het oordeel van het hof dat de bv tot externe uitvoering in staat zou zijn niet voldoende had gemotiveerd en verwees de zaak naar het Hof Den Haag voor verdere behandeling. Rechtbank Amsterdam 16 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9779, oordeelde dat een deskundige diende te worden benoemd om vast te stellen of de bv de lasten gemoeid met externe uitvoering kon dragen. Rechtbank Gelderland 17 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3318, oordeelde dat de bv niet tot externe uitvoering in staat was gezien het grote verschil tussen de fiscale pensioenverzekering en het bedrag gemoeid met externe uitvoering (de rechtbank lijkt het hiervoor geschetste uitgangspunt tot leidraad voor de gegeven beslissing te hebben gehanteerd, wellicht in lijn van de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Middelburg). Hof Den Haag 22 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2293, oordeelde dat de bv in kwestie niet tot externe uitvoering in staat was. Hof Den Haag 4 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416, oordeelde in het kader van een gevorderde voorlopige voorziening dat het er voor moest worden gehouden dat de bv niet in staat was tot externe uitvoering van de rechten van de ex.

Rechtbank Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3228, oordeelde dat een bv tot externe uitvoering van een ingegaan partnerpensioen diende over te gaan, nadat vóór het overlijden van de dga een vordering tot externe uitvoering was afgewezen. Het gezag van gewijsde van die eerdere uitspraak stond niet in de

weg aan het voeren van de procedure na het overlijden. Tot slot: Hof 's-Hertogenbosch, 19 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5451 oordeelde dat de bv in kwestie tot externe uitvoering verplicht was, omdat de berekening van het met externe uitvoering gemoeide bedrag van de dga ongeveer overeenkwam met de koopsom voor externe uitvoering volgens een offerte die door de ex was ingebracht. Conclusie: een goed onderbouwd verweer tegen een vordering strekkend tot externe uitvoering van de rechten van de ex van een dga heeft redelijke kans van slagen, mits het goed (op basis van een analyse rond solvabiliteit en liquiditeit van de bv voor en na externe uitvoering) is onderbouwd.

Internationaal privaatrecht

Op het punt van de werking van het internationaal privaatrecht is vermeldenswaard dat Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:7142, bevestigde dat pensioenverevening niet tot een eigendomsontneming in strijd met het 1e Protocol bij het EVRM leidt. Verder werd geoordeeld dat weliswaar in de rechtsverhouding tussen (ex-)echtgenoten gezien het bepaalde in art. 10:51 BW pensioenverevening buiten toepassing kan zijn, maar dat in de rechtsverhouding tot de pensioenuitvoerder pensioenverevening toch wordt uitgevoerd. Opgemerkt wordt dat de wettelijke regeling ten aanzien van het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen van art. 57 Pensioenwet overeenkomstig uitpakt. In verband met deze problematiek wordt gewezen op het artikel 'Pensioendeling in internationaal perspectief' in *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2012 nr. 4, blz. 52-57.

ADVISERING

Procedures inzake de kwaliteit van advisering door financieel dienstverle-

ners en procedures inzake schending van zorgplichten blijven (terecht) actueel. Een tweetal kwesties waarbij financiële instellingen werden aangesproken op het tekortschieten in advisering en hun zorgplicht jegens een (particuliere) cliënt zijn HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:7846 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:4440. Uit beide arresten van de Hoge Raad blijkt weer eens dat banken en andere financiële instellingen snel als deskundige worden aangemerkt en dat cliënten in de regel mogen afgaan op het oordeel van deze deskundige partijen. Cliënten hebben echter ook een eigen informatie- en onderzoeksplicht bij advisering door financieel dienstverleners. Die onderzoeksplicht kan dan ook, overigens wel sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aan hen worden tegengeworpen. Dit kwam bijvoorbeeld aan de orde in Hof 's-Gravenhage 20 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:0866.

Een voor de (toekomstige) pensioenpraktijk belangrijk arrest lijkt HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:4465. Het ging in die zaak om informatieplichten van pensioenuitvoerders. De Hoge Raad gaf in dit arrest een richtlijn (algemene norm) voor de mate van zekerheid die een pensioenuitvoerder dient te betrachten om te bereiken dat informatie een belanghebbende daadwerkelijk bereikt. Meer en vaker zal per individueel belanghebbende bekeken moeten worden welke gevolgen een wijziging van een pensioenregeling heeft en zal de communicatie daarop moeten worden afgestemd, waarbij, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de pensioenuitvoerder meer zekerheid moet inbouwen dat de informatie belanghebbenden daadwerkelijk heeft bereikt.

Tot slot nog een uitspraak van het Hof Amsterdam van 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:6993, in een

opmerkelijke zaak met een uitkomst die in lijn ligt van de relevante wettelijke kaders. Een pensioenadviseur stelde een verzekeraar aansprakelijk voor het mislopen van provisie omdat een werkgever die klant was van de pensioenadviseur, een pensioenverzekering niet verlengde. De vordering werd door het hof afgewezen, omdat dit een keuze van de werkgever betrof waartoe de werkgever bevoegd was en het niet in lijn lag met de Wet op het financieel toezicht dat een aanbieder (verzekeraar) zich de belangen van de bemiddelaar (pensioenadviseur) aantrekt. De belangen van de cliënt (de werkgever) dienen immers centraal te staan.

HERSTEL VAN FOUTEN DOOR PENSIOEN- UITVOERDERS

Op 2 april 2013 oordeelde Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2013:1102) over een geschil tussen een arbeidsongeschikte werknemer en een bedrijfstakpensioenfonds. In een verzoek om opgave van het vroegpensioen (VOP) in 2006 werd uitdrukkelijk vermeld dat sprake was van een WAO-uitkering. De opgave werd verstrekt en vermeldde dat deze geen rekening hield met een eventuele WAO-uitkering. In 2007 maakt de werknemer gebruik van de VOP-regeling, beëindigde zijn dienstverband en bracht de pensioenuitvoerder de WAO-uitkering, conform het geldende pensioenreglement, alsnog in mindering op het pensioen. De werknemer vorderde schadevergoeding van de pensioenuitvoerder wegens schending van diens informatieplicht. Het hof oordeelt dat het fonds tekortschoot in de informatieverplichting en schadeplichtig was.

WAARDEOVERDRACHT

Waardeoverdrachten van pensioenen geven geregeld aanleiding voor problemen bij deelnemers, werkgevers en pensioenuitvoerders. Momenteel heeft, zoals wellicht bekend is, de problematiek van waardeoverdracht (weer) volop de aandacht van de politiek in verband met de bijbetalingsproblematiek.

In Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:0628, boog het hof zich onder andere over de vraag of een recht op uitbetaling van een nabestaandenpensioen bestond jegens een pensioenfonds na een waardeoverdracht door dat pensioenfonds naar een verzekeraar. De nabestaande stelde onder andere dat de akkoordverklaring tussen werkgever en werknemer als een meerpartijenovereenkomst moest worden gezien, met als consequentie dat het pensioenfonds ook partij was. De nabestaande vorderde vernietiging van deze overeenkomst wegens dwaling. Het hof oordeelde anders. Het nabestaandenpensioen kon niet bij het pensioenfonds worden gevorderd.

In Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3830, stond de vraag centraal of het onthouden aan een kleine groep ex-deelnemers tot een collectieve waardeoverdracht van een verzekeraar naar een ondernemingspensioenfonds wel rechtmatig was. Voor deze groep waren speciale afspraken gemaakt met betrekking tot pensioen met als consequentie dat de premievrije aanspraken van deze groep ex-deelnemers achterbleven bij de verzekeraar. Een ex-werknemer uit deze groep was van mening dat de werkgever onrechtmatig (art. 6:162 BW) had gehandeld door deze groep

achter te laten en stelde hierdoor schade te lijden omdat een lagere/te lage toeslag wordt verkregen. Het hof oordeelde inderdaad dat sprake was van schadeplichtigheid op grond van onrechtmatig handelen.

PROCESRECHT

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8097, kreeg te oordelen over de vraag of een pensioenfonds in het kader van het uitbrengen van een dwangbevel buitengerechtelijke kosten kan vorderen. Het hof oordeelde dat art. 21, lid 1 Wet Bpf 2000 inhoudt dat, naast de onbetaalde premie, rente en boete, alleen aanmaningskosten kunnen worden gevorderd en dus geen deurwaarderkosten en (andere) buitengerechtelijke kosten. Lutjens wijst er in zijn noot bij het arrest in de periodiek *Pensioen Jurisprudentie* (PJ 2013/42) op dat het hof in dit arrest kennelijk art. 21, lid 8 Wet Bpf 2000 over het hoofd ziet. Het is daarom maar de vraag of dit arrest in de praktijk stand zal houden.

In verschillende uitspraken kwam de positie van ABP weer aan de orde. Vanuit procesrechtelijk oogpunt blijft het opletten geblazen met procederen tegen ABP. Ook de bevoegdheid van de rechter bij internationale kwesties is een terugkerend thema. Zie daarover de noot van Van Marwijk Kooy bij PJ 2013/84 en van Thijssen bij PJ 2013/128.

TOT BESLUIT

Kortom: ook dit jaar vonden wij talrijke boeiende rechterlijke uitspraken voor de *Kroniek Pensioenrecht*. En... boeiende vervolgrechtspraak valt te verwachten. <<