

LEGALINTELLIGENCE

de vertrouwde zoekmachine voor
al uw juridische informatie

Legal Intelligence biedt u de volgende voordelen:



Zekerheid door middel van
meest relevante
zoekresultaten



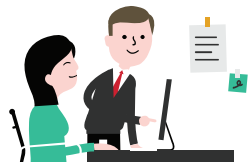
Een intuïtieve user interface:
geen ingewikkelde
zoekopdrachten



Altijd op de hoogte door
middel van in te stellen
attenderingen



Een servicedesk bestaande
uit juristen die u altijd verder
kunnen helpen



Inzicht in het gebruik van uw
(uitgevers)content

Ervaar het gemak van onze zoekmachine
en vraag vrijblijvend een proefabonnement aan:
0172-88 36 00 | sales@legalintelligence.com

KRONIEKEN

ARBEIDSRECHT
PENSIOENRECHT
VENNOOTSCHAPSRECHT



INHOUD

Arbeidsrecht

- 69** Wet werk en zekerheid
69 Ontslaggronden
73 Transitievergoeding AOW'er
73 Billijke vergoeding
74 Voorwaardelijke ontbinding
74 Loonbetaling na terecht ontslag op staande voet
74 Transitievergoeding bij ontslag op staande voet
74 Schriftelijkheidsvereiste relatiebeding
75 Opvolgend werkgeverschap
75 Aanzeggen versus opzeggen
75 Prepack
76 Hoofddoekverbod op de werkvloer
77 Werkgeversaansprakelijkheid voor vrijwilligers
77 Wetgeving en ontwikkelingen
77 Kabinetsplannen
77 Wet deregulerend beoordeling arbeidsrelaties
78 Wijziging Wet minimumloon
78 Transitievergoeding
78 Wijziging Wet normering topinkomens
78 Algemene verordening gegevensbescherming

Pensioenrecht

- 79** Regeerakkoord en pensioenbeleid
80 Nieuwe pensioenwetgeving
81 Arbeidsrecht
81 Transitievergoeding voor arbeidsongeschikte werknemers
82 Transitievergoeding en pensioenontslag
82 Aftopping transitievergoeding
82 Pijprijnproblematiek
82 Eenzijdige wijziging pensioenregeling
83 Informatieverstreking over de wijziging
84 Uitvoeringsovereenkomst ('droogvallen' van toeslagverlening)
85 Aansluiting verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds
87 Vrijstelling verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds
87 Pensioen en scheiding
88 Fiscaal pensioenrecht

Vennootschapsrecht

- 91** Richtlijn
aandeelhoudersbetrokkenheid
93 Wetsvoorstellen
93 Reikwijdte en bewijslastverdeling bij artikel 2:11 BW
94 Aansprakelijkheid bestuurder projectvennootschap
95 Intrekking 403-verklaring
97 Advisering bij tegenstrijdig belang CV
99 Bescherming

COLOFON

Publicatiedatum 24 april 2018

98e jaargang

Het *Advocatenblad*, het blad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 10 keer per jaar en wordt uitgegeven door Boom juridisch. De van de Nederlandse orde van advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdreducteur

Kees Pijnappels

Samenstelling

Nathalie Cloudeems-VanVogd

Advocaat-redactieleden

Jan Wouter AB, Haline Celik, Yola Geradts, Karel Hillebrandt, Jack Linssen, Martijn Maathuis, Robert Maliewicz, Coline Norde, Marc Padberg, Christiane Verfuurden, Paulien Willemsen

Beeldredactie

Charlotte Helmer

Illustraties

Hilrus Tilanus

Vormgeving

Textcetera, Den Haag

Correctie

Sandra Braakmann

Druk

Wilco, Amersfoort

Citeerwijze

Adv.bl. 2018-4, Kroniek Arbeidsrecht, p. *Adv.bl.* 2018-4, Kroniek Pensioenrecht, p. *Adv.bl.* 2018-4, Kroniek Vennootschapsrecht, p.

Aan dit nummer werken mee

Nadia Adnani, Rik Analbers, Bastian Bodewes, Annemiek Cramer, Karol Hillebrandt, Jan Aart van de Hoef, Christiaan Oberman, Naime Tali, Wim Thijssen, Bas Visé

Redactionele bijdragen

Bijdragen kunnen naar redactie@advocatenorde.nl. Per 500 woorden. Leveren deze 1 opleidingspunt op. De redactie heeft het recht bijdragen in te korten. De redactie is telefonisch bereikbaar op nummer 070-335 35 70.

Boom juridisch

Selma Soetenhorst-Hoedt (uitgever)

Bureau van de orde

Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag, postbus 30851, 2500 GW Den Haag, info@advocatenorde.nl, 070-335 35 35, helpdesk: helpdesk@advocatenorde.nl, 070-335 35 54.

Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 240 per jaar (excl. btw, incl. verzendkosten). Een abonnement biedt u naast de gedrukte nummers levens het online-archief (vanaf 2001) én een e-mailtendering. Kijk op www.advocatenblad.nl voor meer informatie en het afsluiten van een abonnement. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valt de aanvang van een abonnement niet samen met het kalenderjaar, dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in

rekening gebracht. Het abonnement kan alleen schriftelijk tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd. Voor vragen over uw abonnement kunt u contact opnemen met Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl.

Adreswijzigingen

Boom distributiecentrum via tel. 0522-23 75 55 of tijdschriften@boomdistributiecentrum.nl. Adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl.

Media-advis

Maarten Schuttel

Advertentiedeelname

Capital Media Services B.V., Staringstraat 11, 6521 AE Nijmegen, Tel. 024 - 360 77 10, mail@capitalmediaservices.nl

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaardigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoerdrukking t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) het *Advocatenblad* in enige vorm.

KRONIEK PENSIOENRECHT

DOOR / DOOR BASTIAN BODEWES, ANNEMIEK CRAMER, JAN AART VAN DE HOEF, NAIME TALI EN WIM THIJSSSEN

Deze Kroniek Pensioenrecht 2018 verschijnt kort na het aantreden van het nieuwe kabinet-Rutte III. Aan dat kabinet ligt een regeerakkoord ten grondslag dat bij uitvoering tot ingrijpende wijziging van pensioenregelingen zal gaan leiden. Voor de uitvoering van die pensioenregelingen wordt wel vastgehouden aan de bestaande wettelijke kaders. Daarover hierna meer, naast ontwikkelingen op wetgevingsgebied en de rechtspraak.

REGEERAKKOORD EN PENSIOENBELEID

In het Regeerakkoord 2017-2021 tussen VVD, CDA, D66 en ChristenUnie onder de naam 'Vertrouwen in de toekomst'¹ is paragraaf 2.2. ('Vernieuwing van het pensioenstelsel') aan de aanvullende pensioenen gewijd. Voorop staat dat het arbeidsvoorwaardelijk opbouwen van pensioen tot de verantwoordelijkheid van de sociale partners blijft behoren. De Nederlandse overheid stelt de kaders vast. Daarmee wordt bedoeld dat het kabinet Europese regelgeving die inbreuk maakt op de rolverdeling tussen de Nederlandse overheid en de sociale partners afwijst. Wat de *inhoud* van pensioenregelingen betreft, dienen de sociale partners tot afspraken te komen over een nieuw soort pensioenovereenkomst. Daarbij dient het persoonlijke pensioenvermogen centraal te staan. Een persoonlijk pensioenvermogen

maakt voor de pensioendeelnemer transparant wat hij aan pensioen heeft opgebouwd, is de gedachte. Onderdeel van de nieuw vormgegeven pensioenovereenkomst moet zijn dat onvoorziene veranderingen in de levensverwachting en schokken op de financiële markten worden opgevangen door collectieve buffers. Die buffers zouden moeten worden gevormd uit overrendement. In de uitkeringsfase worden de persoonlijke pensioenvermogens in een collectiviteit ondergebracht, waarin het risico rond de levensverwachting en het beleggingsrisico worden gedeeld. Die collectiviteit zou pensioengerechtigden de mogelijkheden moeten bieden die sinds 1 september 2016 gelden onder de Wet verbeterde premieregeling, die in de vorige Kroniek Pensioenrecht² aan de orde kwam. Die wet maakt het mogelijk om een pensioenvermogen gedeeltelijk aan te wenden voor een tijdelijke

vaste pensioenuitkering, maar voor het overige deel het pensioenvermogen te blijven beleggen. De gedachte is dat het nadeel dat een pensioendeelnemer heeft door het aan hem toegerekende pensioenvermogen te moeten aanwenden voor een vast pensioen op een moment dat de rente relatief laag is, gedeeltelijk kan worden afgewend. Indien de rente verder daalt, kan dit nadelig uitpakken. Stijgt de rente, dan kan gedeeltelijk 'doorbeleggen' na de pensioendatum juist voordelig uitpakken.³ Het nieuwe kabinet zal het omzetten van bestaande pensioenaanspraken in persoonlijk pensioenvermogen faciliteren. Momenteel zijn (gewezen) pensioendeelnemers tegen dergelijke omzetting beschermd door (op zijn minst) een bezwaarrecht.⁴ Interessante vraag is of het kabinet het zal aandurven om de omzetting eenzijdig door pensioenuitvoerders mogelijk te maken. Het voordeel zou

Bastian Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Assen, **Annemiek Cramer CPL**, **Jan Aart van de Hoef CPL** en **Wim Thijssen** zijn advocaat bij Pensioenadvocaten.nl respectievelijk te Amsterdam, Woerden en Heemstede en **Naime Tali** is advocaat bij Talegal te Amsterdam. **Wim Thijssen** is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam.

zijn dat de problematiek rond (mogelijke) rechtenkortingen dan definitief tot het verleden behoort omdat gegarandeerde rechten dan niet meer gegarandeerd zijn. Maar de vraag is of zo'n door de Staat gefaciliteerde eenzijdige omzetting niet als 'eigendomsontneming' in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM of van artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de EU zou kunnen worden aangemerkt. De consequenties daarvan zijn nauwelijks te overzien. Daarom wacht de pensioenpraktijk voorstellen van het kabinet op dit punt in spanning af.

Wat de uitvoering van pensioenregelingen betreft, wordt de doorsneepremiesystematiek die wettelijk verplicht ten grondslag ligt aan door verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen uitgevoerde pensioenregelingen afgeschaft.⁵ De reden die daarvoor wordt gegeven, is dat persoonlijke pensioenvermogens op basis van doorsneepremie niet adequaat kunnen worden gevormd. Doorsneepremie (een premie die per euro aan op te bouwen pensioen gedurende de gehele opbouwfase gelijk blijft, onafhankelijk van de leeftijd van de pensioendeelnemer) bevat voor jongere deelnemers een component van 'voorfinanciering' die het mogelijk maakt de premie voor de pensioendeelnemer op oudere leeftijd gelijk te houden (het kantelpunt ligt in het algemeen ongeveer tussen de 40- en 50-jarige leeftijd van de pensioendeelnemer). Bijkomend argument voor het afschaffen van doorsneepremie is dat de component van voorfinanciering in het collectief verwaterd. Pensioendeelnemers die het collectief verlaten, verliezen het voordeel van de lagere premie op latere leeftijd en zien de 'voorfinanciering'

niet tot uitdrukking komen in hun pensioenopbouw. Dat past niet in het gewenste systeem van pensioenopbouw op basis van aan individuele personen toegekende pensioenvermogens. Gehandhaafd wordt het systeem van verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen (verplichtstelling van pensioenregeling en pensioenuitvoerder voor bepaalde bedrijfstakken op initieel verzoek van de sociale partners in de bedrijfstak) en beroeps pensioenregelingen (verplichtstelling van een pensioenregeling voor beroepsgroepen op initieel verzoek van een beroepsvereniging). Verplichtstelling wordt als een van de sterke punten van het Nederlandse pensioenstelsel beschouwd. De verplichtstelling zou ook 'houdbaar' blijven onder het EU-recht na het afschaffen van de doorsneepremie. Opgemerkt moet worden dat de pensioendeelnemer niet persoonlijk eigenaar zal zijn van het persoonlijke pensioenvermogen. De pensioenuitvoerder is eigenaar. Het persoonlijke pensioenvermogen moet meer

worden beschouwd als een rekenkundige grootte die de basis vormt voor het door de pensioendeelnemer te bereiken pensioen. Verder moet worden opgemerkt dat ook de fiscale regelgeving rond pensioen (het zogenaamde Witteveen kader)⁶ zal moeten worden afgestemd op de nieuwe pensioenovereenkomst. Het kabinet wacht een voorstel van de Sociaal-Economische Raad (SER) af voor de exacte vormgeving van het nieuwe type pensioenovereenkomst. Dit voorstel zal voortbouwen op de rapporten *Toekomst pensioenstelsel* uit 2015 en de *Verkenning persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling* uit 2016 en wordt in het voorjaar van 2018 verwacht.⁷

NIEUWE PENSIOENWETGEVING

De afgelopen periode zag een nieuwe wet op pensioenterrein het licht: de Wet waardeoverdracht klein pensioen.⁸ Deze nieuwe wet bergt gecompliceerde wetgeving die beoogt pensioengeld zo veel mogelijk de pensioenbestemming te laten



behouden en om de pensioenadministratie van pensioenuitvoerders te ontlasten. De huidige afkoopregeling klein pensioen komt te vervallen vanaf 2019 (de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet) waarbij complex overgangsrecht van toepassing is.⁹ De wet en het overgangsrecht houden samengevat het volgende in:

- Pensioenaanspraken die bij het eindigen van de deelneming aan een pensioenregeling op de reguliere pensioendatum minder dan 2 euro per jaar bedragen vervallen, tenzij de deelnemer verhuist naar een andere EU-lidstaat en hij de pensioenuitvoerder daarover bij het eindigen van de deelneming heeft geïnformeerd.¹⁰ De regeling geldt indien de deelneming aan een pensioenregeling na 2018 eindigt maar kan vanaf 2019 ook worden toegepast op kleine pensioenen als de deelneming aan de pensioenregeling vóór 2018 eindigde.
- Op de pensioendatum mogen kleine pensioenen (ouderdomspensioenen die minder dan 467,89 euro¹¹ per jaar bedragen en de daarbij behorende partnerpensioenen) door de pensioenuitvoerder worden afgekocht aan de pensioenrechtgebende.¹² Daarbij geldt dat als de deelneming aan de pensioenregeling eindigde vóór 2007 de pensioenrechtgebende bezwaarrecht heeft; de pensioenrechtgebende moet instemmen als de deelneming op of na 1 januari 2007 eindigde. De regeling vangt de huidige afkoopregeling klein pensioen van artikel 66 Pensioenwet vanaf 1 januari 2019.
- Kleine pensioenen van de hiervóór aangeduide omvang mogen onder concreet in de wet vastgelegde voorwaarden door de pensioenuitvoerder aan de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever van een pensioendeelnemer worden overgedragen. De bevoegdheid geldt als de deelneming aan een pensioen-

regeling op of na 1 januari 2018 eindigt.

- Kleine pensioenen van een gewezen deelnemer (ouderdomspensioenen die minder dan 467,89 euro¹³ per jaar bedragen en de daarbij behorende partner- en wezenpensioenen) mogen door de pensioenuitvoerder worden afgekocht aan de pensioenrechtgebende. Daarbij geldt dat als de deelneming aan de pensioenregeling eindigde vóór 2007 de pensioenrechtgebende bezwaarrecht heeft en de pensioengerechtigde moet instemmen indien de deelneming op of na 1 januari 2007 eindigde, alles onder de voorwaarde dat de pensioenuitvoerder ten minste vijfmaal tevergeefs heeft gepoogd waardeoverdracht te realiseren. De regeling geldt als de deelneming eindigde of eindigt op of na 1 januari 2018 en mits een bepaalde wachttijd is verstreken bij beëindiging van de deelneming in 2018¹⁴
- Tot zover het pensioen- en wetgevingsbeleid. Hierna wordt op de belangrijkste pensioenrechtspraak in de afgelopen periode ingegaan.

ARBEIDSRECHT Transitievergoeding voor arbeidsongeschikte werknemers

Artikel 7:673b Burgerlijk Wetboek (BW) houdt in dat bij cao kan worden overeengekomen dat het wettelijk recht op transitievergoeding bij beëindiging van een dienstverband plaatsmaakt voor een andere 'gelijkwaardige voorziening'. In de rechtspraak gewezen in de afgelopen periode speelde de vraag of het recht op premievrije voortzetting van pensioenopbouw bij arbeidsonge-

schiktheid als een dergelijke gelijkwaardige voorziening kan fungeren. Er werd geoordeeld dat dit niet het geval was in zowel eerste aanleg (in Rechtbank Noord-Nederland 4 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:884, Rechtbank Gelderland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079) als hoger beroep (in Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2017 en 18 december 2017, gevoegde zaken, ECLI:NL:GHARL:2017:10458, 11133 en 11290). De reden was gelegen in de feitelijke vaststelling dat het recht op vrijstelling van premiebetaling bij arbeidsongeschiktheid niet dezelfde waarde vertegenwoordigde als de wettelijke transitievergoeding. De uitspraken impliceren dat het recht op vrijstelling van premiebetaling voor pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid op zichzelf bezien wel degelijk als 'gelijkwaardige voorziening' in de plaats kan treden van de wettelijke transitievergoeding. Voorwaarde is dan dat de waarde van dat recht, op individueel niveau getoetst, wel (ten minste) dezelfde waarde vertegenwoordigt als de wettelijke transitievergoeding. Dat is in die zin opmerkelijk, omdat de transitievergoeding als functie heeft om de overgang naar een andere werkkring te vergemakkelijken en/of de inkomsterugval op te vangen die het gevolg is van de beëindiging van het dienstverband omdat de WW-uitkering lager is dan het vóór de beëindiging van het dienstverband genoten salaris. Vrijstelling van premiebetaling voor pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid leidt weliswaar tot verhoging van inkomen, maar het gaat dan om verhoging van pensioeninkomen. Dat is inkomen genoten na pensioering. Desondanks kan ook verhoging van dergelijk inkomen kennelijk als aan een transitievergoeding gelijkwaardige voorziening gelden. Een en ander geldt uitsluitend voor werknemers die ten tijde van de beëindiging van het dienstverband arbeidsonge-



schikt zijn en recht op vrijstelling van premiebetaling voor voortzetting van hun pensioenopbouw in verband met die arbeidsgeschiktheid (zullen gaan) genieten.

Transitievergoeding en pensioenontslag

In Rechtbank Midden-Nederland 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249 werden prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aangekondigd over de kwestie of de wettelijke regeling dat bij pensioenontslag geen transitievergoeding is verschuldigd (art. 7:673, lid 7, aanhef en onder b BW) stand zou houden onder het EU-recht (Richtlijn 2000/78 inzake leeftijdsonderscheid). Die vragen werden uiteindelijk gesteld in Rechtbank Midden-Nederland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3712.¹⁵ Inmiddels heeft A-G Timmerman geconcludeerd dat de wettelijke regeling geen verboden leeftijdsonderscheid inhoudt (Parket bij de Hoge Raad 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:PHR:2018:158). Het wachten is nu op de Hoge Raad. Opmerkelijk is dat de prejudiciële vragen niet (meteen) aan het Hof van Justitie EU zijn gesteld. Dat is immers de rechterlijke instantie die uiteindelijk uitsluitsel kan geven.

Aftopping transitievergoeding

In een tweetal zaken (Rechtbank Amsterdam 8 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:906 en Rechtbank Amsterdam 24 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1251) werd geoordeeld dat de aftopping van de transitievergoeding in een sociaal plan in verband met de mogelijkheid van pensioenvervroeging verboden leeftijdsonderscheid impliceerde. Dat lijkt begrijpelijk, waarbij opgemerkt moet worden dat de werknemer die de financiële gevolgen van ontslag (gedeeltelijk) overbrugt door vervroegd met pensioen te gaan anders dan andere werknemers zelf de ontslagregeling financiert.

Pijlijnproblematiek

Advocaten opgelet! De advocaat die een ontslagzaak voor een zieke werknemer behandelt, moet niet vergeten dat wanneer de werknemer uiteindelijk recht op een WIA-uitkering verkrijgt, vaak ook recht op premievrije voortzetting van de pensioenopbouw in verband met arbeidsgeschiktheid zou zijn verkregen als het dienstverband niet zou zijn geëindigd. Dat recht kan door ontslag in de ziekteperiode verloren gaan. De advocaat die daar in het kader van de ontslagprocedure niet op wijst, kan aansprakelijk zijn voor de schade die de werknemer daardoor lijdt, óók als dit niet uitdrukkelijk tot de opdracht behoorde. In dit verband kan gevraagd advies in het kader van 'goed opdrachtnemerschap' zijn vereist om de cliënt goed bij te staan (zie Rechtbank Noord-Nederland 15 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4360).



Eenzijdige wijziging pensioenregeling

Ten aanzien het wijzigen van pensioenregelingen is ook in de periode die deze Kroniek Pensioenrecht beslaat weer de nodige jurisprudentie geweest. De wijziging van een pensioenregeling dient in beginsel met wederzijds goedvinden plaats te vinden, maar de wet biedt een kader tot wijziging zonder instemming van de werknemer. In dit geval zijn artikel 19 Pensioenwet (PW) en artikel 7:613 BW van belang. In artikel 19 PW is het volgende bepaald: 'Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van

de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.'

De Rechtbank Noord-Nederland heeft op 5 mei 2017 (ECLI:NL:RBNNE:2017:1698) vonnis gewezen over de vraag of een werkgever de bevoegdheid had om een voorwaardelijke indexatieregeling te wijzigen. De voorwaardelijke indexatieregeling hield in dat indexatie plaats zou vinden conform de indexatie van het bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn. De werkgever wijzigde de indexatieregeling echter eenzijdig in een indexatieregeling waarbij de werkgever jaarlijks zou beslissen of zou worden geïndexeerd. Het pensioenreglement kende wel een (eenzijdig) wijzigingsbeding waarin was bepaald dat wijziging mogelijk was, onder andere indien wettelijke regelingen inzake ouderdoms-, nabestaanden- en/of wezenpensioen worden ingevoerd of gewijzigd en indien wettelijke regelingen in brede zin op pensioengebied worden ingevoerd of gewijzigd. In dat verband beriep de werkgever zich op de invoering van de Pensioenwet en gewijzigde fiscale regels. De rechtbank oordeelde dat de in het reglement gegeven (eenzijdige) wijzigingsmogelijkheid van de pensioenregeling onderdeel uitmaakte van de pensioenovereenkomst. Daarnaast oordeelde de rechtbank met verwijzing naar HR 30 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 (ECN/OMEN), dat, alhoewel het dienstverband tussen de werkgever en werknemer ten tijde van de wijziging van het reglement was geëindigd zodat formeel geen sprake meer was van een werkgever-werknemerrelatie, juist door het bestaan van de pensioenovereenkomst de

rechtsverhouding tussen partijen nog niet was 'uitgewerkt'. Het eenzijdig wijzigingsbeding kon daarom in beginsel worden toegepast. De rechtbank oordeelde ten aanzien van het concrete gebruik van het wijzigingsbeding door de werkgever echter dat de wijziging van de indexatieregeling niet rechtsgeldig was, mede omdat de werkgever had gecommuniceerd dat er geen inhoudelijke wijzigingen zouden plaatsvinden, hetgeen volgens de rechtbank feitelijk niet juist was.

In Rechtbank Midden-Nederland 10 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:62, toetste de kantonrechter een wijziging van een pensioenregeling aan artikel 19 PW. De werkgever wilde de pensioenregeling in lijn brengen met de fiscale wetgeving, en wilde de regeling daarnaast toekomstbestendig en marktconform maken. Als onderdeel van de nieuwe pensioenregeling werd ook een geleidelijke invoering van een werknemerspremie (eigen bijdrage) ingevoerd voor een werknemersgroep die voorheen geen eigen bijdrage hoefde

te betalen. Een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst ontbrak. Het pensioenreglement kende wel een eenzijdig wijzigingsbeding. De kantonrechter oordeelde echter dat de werkgever geen zwaarwegend belang had aangetoond om tot aanpassing van de werknemerspremie over te gaan.

HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2388, vernietigde Gerechtshof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231. De zaak betrof de wijziging van pensioenovereenkomsten van het type uitkeringsovereenkomst (die geven uitzicht op gegarandeerde pensioenbedragen) in pensioenovereenkomsten van het type premieovereenkomst (waarbij geen garanties voor de deelnemers gelden). De wijziging hield stand voor de toekomst, maar niet voor de inbreng van de gegarandeerde opgebouwde rechten in de niet-gegarandeerde regeling. De werkgever werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding in verband met het inbrengen van pensioenaanspraken op grond van een uitkerings-

overeenkomst in een premieovereenkomst zonder de werknemers over de mogelijke risico's te informeren. Voor die vordering had de werkgever zijn pensioenadviseur met succes in vrijwaring opgeroepen. Omtrent die vrijwarringszaak spelen nog procesrechtelijke perikelen.

Informatieverstrekking over de wijziging

Goede en juiste informatieverstrekking door een werkgever bij het wijzigen van een pensioenregeling is van groot belang. Dit blijkt weer eens te meer uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 april 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:3096). In 1997 had een werkgever zijn eindlooppensioenregeling omgezet in een premieovereenkomst ('beschikbare-premieregeling'). Vele jaren later stelt een werknemer een vordering tot schadevergoeding in voor tegenvallende pensioenuitkeringen. Een beroep op verjaring van de werkgever werd door het hof afgewezen. Mede op basis van getuigenverklaringen, die bevestigden



dat de informatie in het kader van de wijziging destijds zeer beperkt en onvolledig was, werd door het hof een schadevergoeding wegens strijd met goed werkgeverschap toegekend. Enkele maanden eerder, op 31 januari 2017, oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2017:797) ook over het belang van goede informatieverstrekking. Met terugwerkende kracht was met ingang van 1 januari 2005 een wijziging van een eindlooppensioenregeling naar een middellooppensioenregeling met een andere indexatie doorgevoerd. De werknemer die als eiser optrad, was niet bij een voorlichtingsbijeenkomst of individuele voorlichting aanwezig geweest. Van 2006 tot 2008 vonden vervolgens onderhandelingen plaats over een nieuwe arbeidsovereenkomst, waarna in 2008 een nieuwe arbeidsovereenkomst werd gesloten. In deze nieuwe arbeidsovereenkomst was een verwijzing opgenomen naar het geldende pensioenreglement. De werknemer vorderde voor het eerst vanaf 2013 een vergoeding van pensioenschade als gevolg van de wijziging. Het hof oordeelde echter dat de werknemer uitdrukkelijk had ingestemd met de nieuwe middellooppensioenregeling door ondertekening van een nieuwe arbeidsovereenkomst waarin een verwijzing naar de nieuwe middellooppensioenregeling was opgenomen. Dat de werknemer geen exemplaar van de pensioenregeling ter hand is gesteld, deed hier niet aan af. Voor de periode vanaf de wijziging in 2005 tot 2008 oordeelde het hof dat de werkgever van instemming van de werknemer mocht uitgaan, onder meer omdat uitgebreide informatie was gegeven en omdat de werknemer pas in 2013 het standpunt innam dat hij niet zou hebben ingestemd met de wijziging. Een ondubbelzinnige instemming was volgens het hof niet

vereist waarbij verwezen wordt naar een arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2001 inzake CZ (ECLI:NL:HR:2010:BK3570). In een arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 19 september 2017 (ECLI:NL:GHSHE:2017:4031) oordeelde het hof dat in zake de vordering van een ex-werknemer tot handhaving van de eindlooppensioenregeling die in de visie van de werkgever was gewijzigd, geen instemming van de werknemer met de wijziging kon worden verondersteld. Het hof overwoog verkort gezegd dat voor welbewuste instemming noodzakelijk is dat de werknemer is geweest op de concrete financiële consequenties van de wijziging. De werknemer moest zich een oordeel kunnen vormen omtrent de concrete betekenis van de eenzijdig doorgevoerde wijziging van de pensioenregeling voor de omvang van haar pensioen. De werkgever voerde nog aan dat de werknemer (in 2006) akkoord was gegaan met een nieuwe pensioenregeling. De werkgever dient dan te bewijzen dat zij dat welbewust heeft gedaan, dus met kennis van de consequenties voor de omvang van het op te bouwen pensioen. Ook hieruit blijkt wederom dat goede en juiste informatieverstrekking in het kader van wijzigingen van een pensioenregeling van groot belang is.

Uitvoeringsovereenkomst ('droogvallen' van toeslagverlening)

Een kwestie die momenteel met regelmaat in de praktijk speelt, betreft de gevolgen voor voorwaardelijke toeslagbepalingen van het opraken van toeslagdepots, (ook) bij of na beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenverzekeraar. Op 5 september 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:2478) oordeelde de Gerechtshof Den Haag over een zaak

waarin de werkgever een uitvoeringsovereenkomst had afgesloten bij een verzekeraar. In de toeslagbepaling van de pensioenregeling werd bepaald dat de toeslagverlening van rechtswege eindigde op de dag met ingang waarvan de met de verzekeraar gesloten uitvoeringsovereenkomst niet langer, ook niet in gewijzigde vorm, werd voortgezet. Ook bepaalde de toeslagregeling dat als de werkgever gebruik zou maken van zijn bevoegdheid om de uitvoeringsovereenkomst niet voort te zetten, hij de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden daarvan terstond in kennis zou stellen. Nadat de uitvoeringsovereenkomst in 2012 werd beëindigd, kwam de toeslagregeling te vervallen. Een deelnemer in de pensioenregeling stelde zich op het standpunt dat sprake was van een wijziging van de pensioenregeling die getoetst diende te worden aan artikel 19 PW, dat een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de pensioenovereenkomst inhoudt ingeval van een zwaarwegend belang van de werkgever bij wijziging. Het gerechtshof oordeelde dat sprake was van beëindiging van de toeslagregeling van rechtswege, zodat toetsing aan artikel 19 PW niet aan de orde is. Verder oordeelde het gerechtshof dat de bedoeling die aan de toeslagregeling ten grondslag lag niet relevant was omdat de regeling objectief diende te worden uitgelegd volgens de zogenoemde cao-norm. Ten tijde van de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst was de gewezen deelnemer niet meer in dienst van de werkgever, die had geen pensioenverplichtingen meer jegens hem en er was al jaren geen sprake meer van substantiële overrantedeling die aan het toeslagdepot kon worden toegevoegd. Daarom oordeelde het gerechtshof dat niet kon worden gesteld dat de deelnemer een zodanig belang had

bij het voortbestaan van de toeslagregeling, dat opzegging van de uitvoeringsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Aan het feit dat door de werkgever niet aan de informatieverplichting was voldaan, verbond het gerechtshof geen rechtsgevolg omdat op het niet-nakomen geen sanctie gesteld was. Op 30 mei 2017 oordeelde de Gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2017:2043) in een zaak over de uitleg van een voorwaardelijke toeslagbepaling. Volgens de tekst van de toeslagbepaling bestond recht op toeslagen zolang de beschikbare middelen dat toelieten. Het geschil betrof de vraag of dit de door de verzekeraar uit overrente beschikbare middelen waren, of de middelen die door de werkgever beschikbaar zouden kunnen worden gesteld. Het gerechtshof oordeelde dat met 'de middelen' de door de verzekeraar beschikbaar gestelde middelen werden bedoeld. Daarbij baseerde het hof zich op de vaste cao-uitlegmethode voor pensioenreglementen en de aannemelijkheid van het rechtsgevolg van die uitleg. De uitleg van de gepensioneerde leidde volgens het hof tot het niet aannemelijke rechtsgevolg dat feitelijk sprake zou zijn van een onvoorwaardelijke toeslagregeling, behoudens surseance of faillissement van de werkgever hetgeen niet conform de gewoonte of het gebruik is. Ten slotte oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland (ECLI:NL:RBMNE:2017:4311) op 30 augustus 2017 over een zaak waarbij de werkgever de uitvoeringsovereenkomst bij een verzekeraar niet verlengde, maar overstapte naar een andere verzekeraar. De pensioenregeling van de werkgever kende een toeslagbepaling die inhield dat de indexaties zouden worden gefinancierd uit de

beschikbare overrente die krachtens de overeenkomst met verzekeraar daarvoor beschikbaar zou komen. Deelnemers in de pensioenregeling stelden zich op het standpunt dat de toeslagbepaling inhield dat de overrente die in enig jaar na toeslagverlening resterende beschikbaar diende te blijven voor toeslagverlening in latere jaren. De rechtbank oordeelde dat de bepaling uitgaat van een jaarlijkse benadering. Dit oordeel berustte mede op het standpunt van de verzekeraar dat het gebruikelijk was om een depotovereenkomst aan te gaan met de werkgever, indien niet gebruikte overrente voor gebruik in latere jaren wordt gereserveerd. Daarvan was hier geen sprake. Ook stelden de deelnemers in de pensioenregeling dat de toeslagbepaling onvoorwaardelijk zou zijn omdat was bepaald dat de pensioenaanspraken ('zullen') worden verhoogd'. De rechtbank oordeelde echter dat sprake was van een financieringsvoorbehoud dat gebaseerd was op een toekomstige onzekere gebeurtenis, zodat de bepaling voorwaardelijk was.

AANSLUITING VERPLICHT GESTELD BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS

Ingevolge artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: 'de Wet Bpf 2000') dient een rechtspersoon die te maken heeft met betalingsommacht van pensioenpremies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds daarvan onverwijld melding te doen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Als de rechtspersoon de betalingsommacht op de juiste wijze heeft gemeld, is een (oud-)bestuurder uitsluitend persoonlijk aansprakelijk als



aannemelijk is dat het niet-betalen van de premies is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de melding van betalingsommacht. In andere gevallen geldt persoonlijke aansprakelijkheid, tenzij het wettelijk rechtsvermoeven dat het niet-betalen van de premie aan de bestuurder valt te verwijten, wordt weerlegd. De melding dient te worden onderbouwd met de stukken uit de administratie van de rechtspersoon. In de zaak die leidde tot Hoge Raad 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3019), was eiser tot cassatie (hierna: 'eiser') tot november 2010 (middellijk) bestuurder van Kantrans Logistiek BV (hierna: 'Kantrans'). Kantrans viel onder de werkingssfeer van het Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg. Eiser deed als bestuurder van Kantrans melding van betalingsommacht van pensioenpremies. Daarbij stelde Kantrans ook een betalingsregeling voor. In de loop van 2010 deed Kantrans nog betalingen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Kantrans werd op 19 juli 2011 failliet verklaard. Het bedrijfstakpensioenfonds stelde vervolgens de bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor de onbetaald gebleven premies over de jaren 2008 tot en met 2010. Eiser stelde onder meer dat hij niet meer beschikte over de admi-

nistratie van Kantrans, omdat de administratie bij de verkoop van de aandelen was overgedragen aan een andere rechtspersoon.

De Hoge Raad gaf hier duidelijkheid over de formele eisen die gelden bij de overdracht van de administratie van een rechtspersoon in geval van een aandelenoverdracht aan een nieuwe rechtspersoon of als er een bestuurswisseling plaatsvindt. Volgens de Hoge Raad behoort de administratie van een rechtspersoon toe aan de rechtspersoon en bepaalt de wet dat het bestuur van een rechtspersoon verplicht is de administratie op orde te houden en te bewaren, zodat de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon duidelijk zijn. Na een aandelenoverdracht of een bestuurswisseling blijft de administratie bij de rechtspersoon. Als de administratie bij een aandelenoverdracht en bestuurswisseling feitelijk ter hand moet worden gesteld aan een opvolgend bestuur, gelden daar volgens de Hoge Raad geen formele vereisten voor. Een notariële akte is daarom niet vereist. Dat betekent dat een voormalig bestuurder in beginsel niet meer kan beschikken over of toegang heeft tot de administratie. Volgens de Hoge Raad heeft het hof dit uitgangspunt ten onrechte niet gevolgd door (vanwege het ontbreken van een notariële akte van de administratieoverdracht) ervan uit te gaan dat de administratie niet was overgedragen en daaruit af te leiden dat de bestuurder deze (kennelijk) buiten de procedure heeft gehouden. Het hof heeft volgens de Hoge Raad niet vastgesteld dat de bestuurder de administratie van de rechtspersoon bij de aandelenoverdracht heeft behouden of achtergehouden en verwees de zaak daarom naar het Gerechtshof Den Bosch om opnieuw uitspraak te doen. De Hoge Raad overwoog ook dat als een melding van betalingsmacht is gedaan, het niet noodzakelijk is om bij elke nieuwe betalings-

verplichting opnieuw een dergelijke melding te doen. De melding kan ook toekomstige premies omvatten. Op grond van het hiervoor genoemde artikel 23 Wet Bpf 2000, geldt dat indien de melding niet tijdig of niet op de juiste wijze aan het bedrijfstakpensioenfonds wordt gedaan, de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor de verschuldigde premies omdat het nalaten van de melding geacht wordt het gevolg te zijn van onbehoorlijk bestuur. In de zaak die leidde tot Gerechtshof Den Haag 14 januari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:197) stelde het bedrijfstakpensioenfonds voor vlees, vleeswaren, gemaksvoeding en pluimveevlees, na een werkingssfeeronderzoek in het jaar 2010, vast dat de door een vennootschap gedreven onderneming onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel. Daardoor was de vennootschap verplicht zich aan te sluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds. De vennootschap kwam daartegen op en voerde onder meer aan dat zij reeds jaren lid was van de NBBU en die cao-bepalingen toepast. De vennootschap voerde verder aan dat de cao voorziet in een pensioenregeling bij StiPP en dat er in 2010 slechts tijdelijk een toename was van werknemers die werkzaam waren in de vleesverwerkende industrie. De vennootschap had het bedrijfstakpensioenfonds daarom verzocht de inschrijving terug te draaien. Op 3 februari 2012 zond het bedrijfstakpensioenfonds aan de vennootschap een factuur voor de over jaar 2010 verschuldigde premies. Aangezien de vennootschap de nota niet kon betalen, werd de vennootschap in staat van faillissement verklaard. Het bedrijfstakpensioenfonds stelde vervolgens de voormalige bestuurder van de vennootschap aansprakelijk voor de pensioenschuld. Het hof oordeelde onder meer dat een melding van betalingsmacht ook rechtsgeldig kan zijn in de

situatie dat de premiehoogte nog niet definitief vaststaat. Volgens het gerechtshof kan een vroegtijdige melding alleen dan als melding in de zin van de wet worden aanvaard als daaruit duidelijk blijkt dat een betalingsverplichting, gelet op de hoogte daarvan, niet (tijdig) kan worden voldaan. De betalingsmacht dient verder feitelijk te zijn onderbouwd. De mededeling dat bij het vaststellen van de premie door het bedrijfstakpensioenfonds geen rekening is gehouden met de premie verschuldigd uit de eigen pensioenregeling (bij StiPP) is onvoldoende. Verder moet de mededeling uitdrukkelijk vermelden dat het een melding betalingsmacht betreft, anders is niet aan de meldplicht voldaan. Het hof oordeelde dat de redenen die door de vennootschap werden aangevoerd om het hiervoor genoemde bewijsvermoeden voor persoonlijke aansprakelijkheid te ontkrachten onvoldoende waren. Dit gold te meer omdat vaststond dat de vennootschap niets heeft betaald, zelfs niet de premie die zij had terugontvangen van StiPP. De vennootschap stelde volgens het gerechtshof niets dat erop duidt dat zij alles eraan had gedaan om zeker te stellen dat het bedrijfstakpensioenfonds (voor zo veel mogelijk) zou worden betaald, terwijl zij evenmin aantoonde dat zij niet tot betalen in staat was. De vennootschap had ook niets gesteld over maatregelen die zij had genomen om



ervoor te zorgen dat het door StiPP gerestitueerde bedrag zou worden doorbetaald aan het bedrijfstakpensioenfonds.

VRIJSTELLING VERPLICHTE DEELNEMING BEDRIJFSTAKPENSIOENFONDS

Dient een bedrijfstakpensioenfonds een werkgever te compenseren indien werknemers na het verlenen van vrijstelling van de verplichte deelneming niet meer kunnen voldoen aan de voorwaarden van de VPL-overgangsregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds? Die vraag kwam aan de orde in Gerechtshof Amsterdam 11 april 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1264). Het hof kreeg te oordelen over een geschil tussen een werkgever uit de beroepsvervoersektor en het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds Pensioenfonds Vervoer. De werkgever was in het verleden verplicht aangesloten bij het Pensioenfonds Vervoer, maar met ingang van 1 april 2012 had het Pensioenfonds Vervoer op verzoek van de werkgever vrijstelling van de verplichte deelneming verleend. Omdat de werknemers van de werkgever met ingang van 1 april 2012 niet meer deelnamen in het Pensioenfonds Vervoer, kwamen zij niet meer in aanmerking voor uitkeringen uit hoofde van de VPL-overgangsregeling van het Pensioenfonds Vervoer. Het betrof een compensatieregeling voor het wegvallen van vroegpensioen per 1 januari 2006. De werknemers kwamen daar niet meer voor in aanmerking, omdat zij niet meer konden voldoen aan de voorwaarde bij de overgangsregeling, dat zij tot hun pensioendatum onafgebroken zouden blijven deelnemen in het Pensioenfonds Vervoer. Voor de werknemers was dat verder niet problematisch. De werkgever had voor hen immers in het kader van de vrijstelling een met de VPL-overgangsregeling vergelijkba-

re regeling moeten treffen bij een pensioenverzekeraar. De werkgever meende echter dat de pensioenpremie die de werkgever aan het Pensioenfonds Vervoer had afgedragen voor de VPL-overgangsregeling over de periode van 1 januari 2006, toen de VPL-overgangsregeling werd ingevoerd, tot 1 april 2012, de datum van vrijstelling, aan de werkgever ten goede moesten komen en stelde daartoe vorderingen tegen het Pensioenfonds Vervoer in. Aan die vorderingen legde de werkgever ongerechtvaardigde verrijking, althans strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW, ten grondslag. Het hof wees de vordering af, in de kern omdat de systematiek van de doorsneepremie en van de verplichtstelling naar het oordeel van het hof geen ruimte biedt voor het standpunt van de werkgever dat een afzonderlijke premie, los van de doorsneepremie, zou hebben te gelden voor de VPL-overgangsregeling. De door het Pensioenfonds Vervoer gehanteerde doorsneepremie, die mede de voorwaardelijke aanspraken uit de VPL-overgangsregeling omvatte, was integraal door de werkgever verschuldigd.

PENSIOEN EN SCHEIDING

In HR 14 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:693) oordeelde de Hoge Raad dat een vereeningsgerechtigde en/of gerechtigde tot bijzonder partnerpensioen ten laste van pensioen in eigen beheer van een dga in het kader van het recht op externe uitvoering van die rechten meedeelt in de dekkingstekort binnen de bv. Concreet betekent de uitspraak van de Hoge Raad in de praktijk het volgende voor de vereeningsgerechtigde en/of gerechtigde tot bijzonder partnerpensioen:

- ofwel wordt genoeg genomen met beperkte, maar wel extern uitgevoerde rechten (de bv van de dga dient voor externe uitvoering van

het pensioen in eigen beheer het bedrag ter grootte van de fiscale pensioenvoorziening en het fiscale vrij opneembare eigen vermogen beschikbaar te stellen; voor externe uitvoering van de rechten van de vereeningsgerechtigde en/of gerechtigde tot bijzonder partnerpensioen dient de bv het evenredig deel van dat bedrag beschikbaar te stellen berekend op basis van de marktwaarde van de pensioenverplichtingen);

- ofwel wordt afgezien van externe uitvoering van die rechten, waardoor de volledige rechten worden behouden, maar in de uitkeringsfase wordt gedeeld in het dekkingskort, precies zoals de dga zelf.

Voorts was voor de praktijk van belang de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 15 maart 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:2456) waarin een criterium voor persoonlijke aansprakelijkheid van een dga voor de nakoming door diens bv van het recht op pensioenverevening en/of het recht op bijzonder partnerpensioen werd gegeven. Dat criterium was ernstige persoonlijke verwijtbaarheid. Wanneer de bv de pensioenrechten van de ex-partner niet kan nakomen als gevolg van ernstig persoonlijk verwijtbaar handelen door de dga, dient de dga de middelen van de bv benodigd voor de nakoming van die rechten persoonlijk aan te vullen. Het criterium komt feitelijk overeen met het criterium voor aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van een rechtspersoon voor onbehoorlijk bestuur van de rechtspersoon (art. 2:9, lid 1 BW). De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft wetgeving aangekondigd op grond waarvan het zelfstandig recht op uitbetaling in het kader van pensioenverevening automatisch zal ontstaan, net zoals het recht op bijzonder partnerpensioen. Dit blijkt uit een nadere evaluatie van

de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding die de minister bij brief van 8 maart 2018 aan de Tweede Kamer zond.¹⁶

FISCAAL PENSIENRECHT

In dit deel van de Kroniek bespreken wij enkele interessante uitspraken met betrekking tot het opleggen door de Belastingdienst van conserverende aanslagen bij emigratie. Wanneer een belastingplichtige, anders dan door overlijden, ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn, is de Belastingdienst bevoegd om ter zake de oudedagsvoorzieningen een conserverende aanslag op te leggen. Deze aanslag hoeft niet te worden voldaan, maar wordt pas verschuldigd als na emigratie sprake is van een verboden handeling zoals afkoop, vervoeming of bezwaren van een pensioen- of lijfrenteaanspraak. De vraag waar het steeds om gaat, is of oplegging van een conserverende aanslag in strijd is met de vereiste goede verdragstrouw tussen verdragsluitende staten. Belastingverdragen dienen ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Van strijd met goede verdragstrouw is sprake als de exclusieve heffingsbevoegdheid van de ene verdragspartner door het opleggen van de conserverende aanslag door de andere verdragspartner wordt uitgehold of ontgaan.

Voor lijfrentepremies bepaalt artikel 3.136, lid 2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: 'Wet IB 2001') dat de lijfrentepremies die als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aftrek werden genomen in geval van emigratie gelden als negatieve uitgaven voor die inkomensvoorzieningen en daarom bij het inkomen worden opgeteld. Dit betekent dat door deze bepaling niet (een deel van) de waarde van de lijfrenteaanspraak bij emigratie wordt belast, maar dat een voorwaardelijk verleende premieaftrek wordt teruggenomen. De conserverende aanslag heeft dan

uitsluitend betrekking op het terugnemen van voorwaardelijk verleende premieaftrek en niet op heffing over de waarde van lijfrenteaanspraak bij emigratie. Daarmee is volgens de Hoge Raad (zie het arrest van 19 juni 2009; ECLI:NL:HR:2009:BC4725) geen sprake van strijd met goede verdragstrouw, omdat een exclusieve heffingsbevoegdheid van de verdragspartner daarmee niet wordt uitgehold of hem ontgaat.

Artikel 3.83 Wet IB 2001 bepaalt voor pensioenvoorzieningen dat de waarde in het economisch verkeer van opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon wordt gerekend indien de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, anders dan door overlijden. Indien deze hoofdregel op grond van verdragsbepalingen en de exclusieve toewijzing van heffingsbevoegdheid aan het immigratieland niet geldt, neemt Nederland ingevolge artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 de niet tot het loon gerekende aanspraken en bijdragen ingevolge de pensioenregeling in aanmerking als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Met andere woorden: indien Nederland geen belasting kan heffen over de pensioenuitkeringen na emigratie, rekent de Nederlandse Staat eerder vrijgestelde pensioenaanspraken en bijdragen alsnog tot het loon vóór de emigratie. Dit betekent dat dan

geen sprake is van het belasten van pensioenaanspraken naar de waarde in het economisch verkeer. Daarentegen wordt de voorwaardelijk verleende vrijstelling van bijdragen en aanspraken teruggenomen. Het gevolg is dat vóór de invoering van artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 een onvoorwaardelijk verleende vrijstelling van pensioenaanspraken en bijdragen niet kon worden teruggenomen zonder schending van de vereiste goede verdragstrouw.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant (9 maart 2017, ECLI:NL:RBZW:2017:1464) oordeelde over een opgelegde conserverende aanslag over aanspraken op pensioen en lijfrente bij emigratie in 2014 naar Frankrijk. Belanghebbende hield honderd procent van de aandelen van een bv waarin hij een gerichte lijfrente had ondergebracht en pensioenaanspraken in eigen beheer had opgebouwd. De rechtbank stelde vervolgens een tweetal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad:

- of het in de heffing betrekken met een conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie ter zake een lijfrenteaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, lid 2 Wet IB 2001 bepaalde bedrag in de situatie als die van belanghebbende in strijd zou zijn met de goede verdragstrouw; en
- dezelfde vraag over een conserverende aanslag ter zake negatieve

uitgaven bij emigratie ter zake een pensioenaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 bepaalde bedrag.

De Hoge Raad onderzocht of de opgelegde conserverende aanslag in strijd was met de goede verdragstrouw en oordeelde op 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1324) ten aanzien de lijfrenteaanspraak dat compartimentering in de tijd dient plaats te vinden. Door toepassing van artikel 3.136, lid 2 Wet IB 2001 was, aldus de Hoge Raad, geen sprake van strijd met de goede verdragstrouw die bij de uitleg en toepassing van verdragen in acht moet worden genomen. Dit omdat er geen uitholling of het ontgaan van een verdragsbepaling is doordat geen sprake is van heffing over de waarde van de lijfrenteaanspraak, maar slechts voorwaardelijk verleende premieaftrek wordt teruggenomen. De Hoge Raad oordeelde tevens dat dit niet geldt voor de periode gelegen vóór de inwerkingtreding van de Wet Brede herwaardering per 1 januari 1992 en voor de periode van 1 januari 2001 tot de datum van inwerkingtreding van artikel 3.136, lid 2 Wet IB 2001, te weten 16 juli 2009, omdat het in die periode geldende fiscale regime bij emigratie leidde tot heffing over (een gedeelte van) de waarde van de lijfrenteaanspraak en geen sprake was van een voorwaardelijk verleende aftrek. Samenvattend betekende dit volgens de Hoge Raad dat uit artikel 3.136, lid 2 Wet IB 2001 volgt dat het opleggen van een conserverende aanslag bij emigratie ter zake betaling van lijfrentepremies niet in strijd is met de vereiste goede verdragstrouw over de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 en in de periode vanaf 19 juli 2009.

De Hoge Raad oordeelde ten aanzien van de pensioenaanspraak dat daar eveneens compartimentering in de tijd diende plaats te vinden en dat de conserverende aanslag uitsluitend betrekking kan hebben op de pensioenaanspraken en bijdragen die vol-

gens de definitie van loon als bedoeld in artikel 3.81 Wet IB 2001 niet tot het loon zijn gerekend in de periode na inwerkingtreding per 16 juli 2009 van artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001.

Verleende vrijstelling vóór die datum was onvoorwaardelijk en kon derhalve niet worden teruggenomen door het opleggen van een conserverende aanslag zonder strijd met de vereiste goede verdragstrouw.

In een vergelijkbare zaak over een opgelegde conserverende aanslag oordeelde Rechtbank Den Haag op 27 december 2016 (ECLI:NL:RBZ:2016:16251) over de vraag of die strijdig was met de goede verdragstrouw bij emigratie naar Israël. Belanghebbende was begin 2012 geëmigreerd en hield op dat moment honderd procent van de aandelen in een bv waarin hij pensioenaanspraken in eigen beheer had opgebouwd. In 2015 werd een conserverende aanslag met reviserende opgelegd. Het standpunt van belanghebbende was dat het belasten van pensioenbijdragen en aanspraken bij emigratie in strijd zou zijn met goede verdragstrouw. Het heffingsrecht over pensioenen was toegewezen aan de woonstaat, Israël. De inspecteur baseerde zijn heffingsbevoegdheid op artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001. De rechtbank stelde vast dat de heffingsbevoegdheid is toegewezen aan de woonstaat, derhalve Israël. De rechtbank oordeelde vervolgens dat artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 een fictie bevat die heffingsbevoegdheid over een pensioenaanspraak bij emigratie ter zake betaling van lijfrentepremies niet in strijd is met de vereiste goede verdragstrouw, omdat hierdoor de heffingsmogelijkheid van Israël wordt uitgehold of wordt ontgaan.

In het cassatieberoep van de staatssecretaris van Financiën tegen dit vonnis oordeelde de Hoge Raad op 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2985)

onder verwijzing naar het hiervóór genoemde arrest van 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1324) dat oplegging van de conserverende aanslag volgens artikel 3.136, lid 3 Wet IB 2001 niet in strijd komt met de goede verdragstrouw, als het gaat om pensioenaanspraken en bijdragen die na 15 juli 2009¹⁷ niet tot het loon zijn gerekend.

In een andere zaak oordeelde Rechtbank Zeeland-West-Brabant op 15 juni 2017 (ECLI:NL:RBZW:2017:3697) over een opgelegde conserverende aanslag ter zake pensioenaanspraken in een pensioen-bv over het jaar 2010. De rechtsvraag waar het in deze procedure om ging, was of de belanghebbende in 2010 was opgehouden binnenlands belastingplichtige te zijn. De belanghebbende stelde zich (primair) op het standpunt dat hij vóór 2010 ophield binnenlands belastingplichtige te zijn. Een alleen worden opgelegd als iemand in enig jaar, anders dan door overlijden, ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. De fiscale woonplaats moet worden vastgesteld aan de hand van de feitelijke omstandigheden.¹⁸ Wat iemands woonplaats is, hangt af van het antwoord op de vraag of sprake is van een duurzame band van persoonlijke aard met Nederland of een ander land. Naar het oordeel van de rechtbank was in 2010 al geen sprake meer van een duurzame band van persoonlijke aard met Nederland. De belanghebbende vestigde zich al in 2008 in Thailand, had geen eigen woning in Nederland meer ter beschikking en had nauwelijks contacten in Nederland van persoonlijke aard. De rechtbank oordeelde daarom dat het opleggen van een conserverende aanslag over 2010 niet mogelijk was, omdat niet aannemelijk was geworden dat de belanghebbende in 2010 was opgehouden binnenlands belastingplichtige te zijn (dat was immers al eerder het geval).



Een procedure bij Gerechtshof Den Bosch (18 november 2016, ECLI: NL:GHSHE:2016:5157) betrof de zaak van een belanghebbende die in 2008 was geëmigreerd naar Zweden. De inspecteur legde ingevolge artikel 3.83 Wet IB 2001 en artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001 een conserverende aanslag op over opgebouwde pensioenaanspraken. Als vermeld bepaalt artikel 3.83 van de Wet IB 2001 dat tot het loon wordt gerekend de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraken indien de (gewezen) werknemer ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, anders dan door overlijden. Artikel 3.146, lid 3 Wet IB 2001 bepaalt daar-

bij dat het tijdstip waarop dit loon geacht wordt te zijn genoten, is gelegen op een tijdstip dat direct voorafgaat aan dat tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Een dergelijke heffing kan in strijd zijn met de goede verdragstrouw als een voordeel wordt belast waarvan de heffing is toegewezen aan de immigratiestaat. De belanghebbende stelde zich (onder meer) op het standpunt dat oplegging van de conserverende aanslag in strijd was met de goede verdragstrouw en stelde dat bovendien op het moment van emigratie nooit sprake is geweest

van afkoop van pensioen, dat dit pensioen in 2013 is ingegaan en periodiek aan hem wordt uitgekeerd. Omdat het belastingverdrag tussen Nederland en Zweden enkele uitzonderingen bevat waarbij niet Zweden als woonstaat maar Nederland als bronstaat heffingsbevoegd is, oordeelde Gerechtshof Den Bosch dat het opleggen van een conserverende aanslag ter zake de pensioenaanspraken zich gezien die bepalingen niet verzette tegen de goede verdragstrouw. Reden hiervoor is dat geen sprake was van uitholling of het ontgaan van een heffingsmogelijkheid van Zweden.

NOTEN

- 1 Te vinden op www.kabinetsformatie2017.nl.
- 2 *Advocatenblad* 2017-3, Kroniek Pensioenrecht, p. 69 e.v.
- 3 Wet van 23 juni 2016, *Stb.* 2016, 248, *Kamerstukken* 34 255, in werking getreden op 1 september 2016. Zie met name de artt. 10a, 44a, 52a, 63a, 63b en 63c Pensioenwet en de vergelijkbare bepalingen in de Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- 4 Zie art. 83 Pensioenwet.
- 5 Art. 8, lid 1 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.
- 6 Zie www.belastingdienstpensioensite.nl onder de tab Wet- en regelgeving.
- 7 Zie www.ser.nl onder [home/actueel/werkprogramma/toekomst pensioenstelsel](#) waar ook links naar de genoemde eerdere rapporten zijn opgenomen.
- 8 Wet van 13 december 2017, *Stb.* 2017, 505, *Kamerstukken* 34 765, inwerkingtreding 1 januari 2019 met complex overgangsrecht (zie de tekst die volgt).
- 9 Omdat onderdelen van de wet al vóór de datum van inwerkingtreding gaan gelden om de beoogde doelen zo snel mogelijk te realiseren.
- 10 Art. 55, lid 6 Pensioenwet.
- 11 Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd.
- 12 Bijzonder partnerpensioen aan de ex-partner.
- 13 Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd.
- 14 Het bezwaarrecht of het instemmingsrecht geldt dan niet. De wet kent ook beschermingsregels voor personen met recht op verevening van het pensioen van hun ex-partner volgens de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. De Wet waardeoverdracht klein pensioen leidt tot wijziging van de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet. De wet moet worden geëvalueerd. Ook moet worden geanalyseerd of waardeoverdracht van klein pensioen naar de pensioenuitvoerder van eerdere werkgevers van een pensioendeelnemer mogelijk is.
- 15 In Gerechtshof Den Bosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345 werden ook prejudiciële vragen gesteld over dit onderwerp, maar deze zaak werd geschikt, waardoor de Hoge Raad niet aan beantwoording toekwam.
- 16 Brief met referentie 2018-0000025158.
- 17 Op grond van de hoofdregel van art. 3.81 van de Wet IB 2001 werden de pensioenaanspraken en bijdragen niet tot het loon gerekend.
- 18 Zie art. 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen.