

De pensioenrechtelijke due diligence

Jorn de Bruin en Wim Thijssen | Maandag 8 november 2021

- Aandachtspunten due diligence
- Garanties
- Vrijwaringen
- BPF
 - Wet BPF 2000
 - Verleden
 - Toekomst
 - Aansprakelijkheid adviseur
- Capita selecta jurisprudentie

- Werkingssfeeronderzoek target ten aanzien van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen (ook voor algemeen verbindend verklaarde CAO's)
- Change of control (clausules) en gevolgen voor de target
- In- en uitlooprisico
- “premie na premievrijmaking” bij verzekerde pensioenregelingen
- Exitcondities uitvoeringsovereenkomsten

- Pensioenverplichtingen disclosed
- Alle (voormalig) werknemers tijdig aangemeld
- Alle verschuldigde premies tijdig voldaan
- Alle mutaties (life events) tijdig doorgegeven

Of

- Alle verplichtingen onder de pensioenregeling nageleefd

- Tegen vorderingen (gewezen) werknemers uit stukken die niet zijn disclosed
- Tegen vorderingen pensioenuitvoerders van geëindigde uitvoeringsovereenkomsten
- Tegen vorderingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen (in het verleden kan de target onder de werkingssfeer van bedrijfstakpensioenfondsen hebben gevallen indien de bedrijfsactiviteiten verschilden van de actuele)

- Voor specifieke sectoren: verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen
- Proces om te komen tot verplichtstelling:
 - Sociale partners, die belangrijke meerderheid vertegenwoordigen **van in een bedrijfstak werkzame personen**, verzoeken Minister SZW om verplichtstelling (art. 2 Wet BPF)
 - Minister toetst aanvraag aan beleid: Toetsingskader Wet BPF 2000
 - Van gedane aanvraag melding in Staatscourant (16 lid 1 Wet BPF)
 - Betrokkenen kunnen zienswijze indienen (m.n. succesvol in geval van dreigende overlap in werkingssferen)
 - Verplichtstellingsbesluit: feitelijk slechts een werkingssfeerbepaling

- Gevolg:
 - *“De deelnemers alsmede, **voor zover het werknemers betreft, hun werkgevers** leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.”* (art. 4 Wet BPF)
 - Uitgesloten van verplichtstelling: (i) arbitrale bedingen en (ii) fiscaal bovenmatige pensioenregelingen (art. 2 lid 3 Wet BPF)
 - In bepaalde gevallen: recht op groepsgewijze vrijstelling
 - In bepaalde gevallen: ontheffing voor gemoedsbezwaarden of ontheffing door Minister SZW

- Verplichtstellingsbesluit PMT

De verplichtstelling tot deelneming komt na wijziging te luiden als volgt:

“De deelneming in het Pensioenfonds Metaal en Techniek is verplicht gesteld voor:
de werknemers in de zin van de Pensioenwet (Wet van 7 december 2006, Staatsblad 2006, 705);
directeuren-groootaandeelhouder in de zin van de Pensioenwet (Wet van 7 december 2006,
Staatsblad 2006, 705), met uitzondering van die directeuren-groootaandeelhouder op wie de situatie
zoals genoemd in 25 sub 5 en sub 7 hieronder van toepassing is,
die werkzaam zijn in ondernemingen, in welke, ongeacht de economische functie, uitsluitend of in
hoofdzaak één of meer van de hierna onder sub 1 t/m 17 genoemde werkzaamheden worden
uitgeoefend.

1. Het be- en/of verwerken van metaal, waaronder onder meer wordt verstaan:
 - a. het 3D-printen, aanleggen, assembleren, construeren, demonteren, draaien, emailleren, extruderen, forceren, frezen, gieten, herstellen, honen, kotten, lasercladden (laser)lassen, leppen monteren, onderhouden (waaronder onder meer preventief), ontwerpen 1*), ontwikkelen 1*), persen, pletten, samenstellen, slopen, smeden, snijden trekken, vervaardigen, (vonk-) verspanen, walsen, zagen van metaal (waaronder o.m. te verstaan: aluminium, blik, brons, koper, lood, messing, staal, tin, ijzer, zink, en legeringen of composities hiervan) of van metalen voorwerpen, alles in de ruimste zin van het woord, zoals: apparaten, appendages, automaten, automobielen, beelden, benzinepompen, beregeningsinstallaties, bliksemafleiders, blikwaren, bouten, brandkasten, bruggen, buizen, capsules, containers niet zijnde carrosserieën, draad, draadnagels, drijfwerk, elektroden, gaas, gemotoriseerde rijwielen, gereedschappen, haarden, instrumenten (waaronder optische apparaten), jalouzieën, kachels, ketels, kinderwagens, klinknagels, knopen, kroonkurken, machines, matrassen, matrijzen, meters (o.a. gas-, elektriciteits-, water- en taximeters), meubelen, moeren, motoren, motorrijwielen, muziekinstrumenten, onderdelen, ovens, ramen, reservoirs, rolhekken, rollend materiaal, rolluiken, rijwielen, schaatsen, schepen (alle vaartuigen hoe ook genaamd en van welke aard ook), schroeven, schuif- en sierhekken, sluitingen, stempels, stoomketels, tanks, toestellen, tuben, uurwerken, werktuigen (waaronder mede begrepen kracht- en arbeidswerktuigen, landbouwmachines, -tractoren en -werktuigen) en zonweringen;
 - b. het monitoren 2*), ontwerpen 1*), ontwikkelen 1*), vervaardigen van apparaten, installaties, stoffen, toestellen, voorwerpen e.d., ongeacht de aard van het materiaal, die elektrische energie of haar componenten afgeven, bewaren, gebruiken, meten, omzetten, overbrengen, schakelen, transformeren, verbruiken, verdelen, voortbrengen of waar-

- Verzekering van rechtswege?
- HR 3 februari 2012, JAR 2012/70 m. nt. Kuiper (BPF Vervoer/Labots)
- HR: (rov. 3.5) *“Indien voldaan is aan de in het Pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) BPF, zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken. (...)”*

- Reglementaire boetes (15 a 20%), wettelijke (handels!)rente en buitengerechtelijke invorderingskosten
- Invordering bij dwangbevel (art. 21 Wet BPF)
 - Pas na aanmaning
 - Werkgever kan verzet instellen binnen 30 dagen, na 8 dagen executie mogelijk. Verzet schorst de tenuitvoerlegging
- Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 23 Wet BPF)
 - Tenzij tijdige melding niet tot betaling in staat te zijn
 - Of tenzij bestuurder aannemelijk weet te maken dat uitblijven betaling niet aan hem te wijten is

- Verjaringstermijn vijf jaren na opeisbaar worden (3:308 BW)
 - ECLI:NL:GHSHE:2016:2294; ECLI:NL:RBLIM:2014:6684 en ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6742, *NJ* 1987/348 (Ktr. Enschede)
 - ECLI:NL:GHARL:2021:6158:

“Indien zich echter de situatie voordoet dat het Pensioenfonds pas op enig moment na 16 december 2010 heeft kunnen vaststellen dat [werkgever] onder de verplichtstelling viel geldt dat het feitelijk op de verschuldigde premie niet eerder aanspraak heeft kunnen maken dan vanaf het moment waarop het met de verplichte deelneming bekend was of naar objectieve maatstaven gemeten redelijkerwijs bekend kon zijn en tot heffing is overgegaan dan wel kon zijn overgegaan. Pas vanaf dat moment was de vordering opeisbaar (ECLI:NL:GHARL:2019:8464). Deze uitleg van artikel 3:308 BW is redelijk. Bij de in dit artikel genoemde duurovereenkomsten zoals huur en pacht is de wederpartij namelijk bekend en is de afspraak tot termijnbetaling een essentieel onderdeel van de overeenkomst. Dat maakt het moment van opeisbaarheid eenvoudig bepaalbaar. Dat is anders bij de hier aan de orde zijnde verplichtingen die van rechtswege ontstaan zonder dat de partij die recht heeft op afdracht zijn wederpartij kent. Een andere uitleg zou bovendien tot het onredelijk gevolg leiden dat premievorderingen verjaard kunnen zijn zonder dat het bestaan daarvan redelijkerwijs bekend kon zijn bij het heffende pensioenfonds, terwijl het pensioenfonds desondanks gehouden is pensioenaanspraken van de werknemers die het betreft te honoreren.”

- Verjaringstermijn van vijf jaren vanaf moment opeisbaar worden (3:308 BW)? Zie anders:
 - Rb Rotterdam 27 juni 2018 ECLI:NL:RBROT:2018:6205:
“pensioenfonds heeft aanvang verjaring niet in haar macht”
 - Rb Rotterdam 25 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3805:
subjectieve bekendheid geen voorwaarde
 - Rb Utrecht 30 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2910 en Rb Utrecht 21 april 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1723:
3:308 BW is niet van toepassing, termijn is 20 jaar o.g.v. 3:306 BW
- Schadevergoeding ipv nakoming?

Recht op vrijstelling

- Bestaande pensioenvoorziening – 6 maanden voor verzoek verplichtstelling (2 VBB)
- Vrijstelling in verband met groepsvorming (3 VBB)
- Vrijstelling in verband met eigen cao (4 VBB)
- Vrijstelling in verband met onvoldoende beleggingsrendement (5 VBB)

Mogelijkheid van vrijstelling

- Andere reden (art. 6 VBB)

- Termijnen: 1a VBB
- Aanvullende voorwaarden:
 - Actuariële en financieel gelijkwaardige pensioenregeling (bij artt. 2 en 6 VBB verplicht wet BPF hiertoe)
 - Vergoeding verzekeringstechnisch nadeel (bij artt. 3, 4, 5 en 6; wet verplicht BPF hier niet toe)
 - Identieke pensioenregeling (bij art. 5 VBB)

Mag Werkgever wanneer blijkt dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds op hem van toepassing is, de standaard premiebijdrage op de werknemer naar de toekomst toe verhalen?

- Premieverdeling die vastligt in reglementen fonds dient op grond van artikel 4 Wet BPF gevolgd te worden.
- Maar in beginsel geldt het uitgangspunt dat werknemer mag vertrouwen op correcte inhoudingen door werkgever. Terugvorderen stuit dan doorgaans af op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid

Mag Werkgever standaard premiebijdrage op werknemer naar de toekomst toe verhalen?

- Hangt van premieverdeling in reglementen BPF af. Alleen als daarin ruimte bestaat om af te wijken, mag dat.
- Maar wanneer die ruimte er is, kan een werkgever alleen de oude premieverdelings-afspraken wijzigen langs de lijnen van eenzijdige wijziging: vergt belangenafweging → ECLI:NL:RBMNE:2017:1118 en ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1430.

Aansprakelijkheid financieel adviseur / tussenpersoon?

- Leidraad Pensioenadvisering AFM (november 2009 en augustus 2018): adviseur moet BPF-check doen: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/aug/nieuwe-leidraad-tweede-pijler-pensioenadvies>
- ECLI:NL:RBOVE:2015:4655

“Daarbij komt, dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantiepersoon weliswaar verwacht mag worden dat hij in het kader van een signaleringsfunctie een (globaal) werkingssfeeronderzoek verricht, maar dat WS ICT - gelet op hetgeen P.Z. A-Beheer heeft aangevoerd over wat er tijdens de bespreking in oktober 2008 over een mogelijk verplichte aansluiting bij StiPP is besproken - onvoldoende heeft onderbouwd dat P.Z. A-Beheer die signaleringsfunctie heeft veronachtzaamd. Bovendien staat met het gegeven dat WS ICT er uiteindelijk voor heeft gekozen zich bij StiPP aan te sluiten niet zonder meer vast dat WS ICT daadwerkelijk onder de werkingssfeer van het StiPP valt. Aldus zou ook gelet op voorgaande – nogmaals zij herhaald: ten

170 | *overvloede gegeven – overwegingen de vorderingen niet worden toegewezen.”*

Aansprakelijkheid financieel adviseur / tussenpersoon?

- ECLI:NL:RBROT:2021:595

De AFM heeft een ‘Leidraad tweede pijler pensioenadvisering’ uitgebracht. Daarvan bestaan meerdere versies, die voor wat betreft de verplichtingen van de pensioenadviseur niet wezenlijk verschillen. De AFM verwacht dat pensioenadviseurs deze leidraad toepassen. De rechtbank acht de leidraad een nadere concretisering en invulling van wat verwacht mag worden van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenadviseur. In deze leidraad (in de versie geldend van 2009 tot augustus 2018, hetgeen de in geding zijnde periode betreft) staat onder meer: “Het komt regelmatig voor dat werkgevers niet weten dat op hun onderneming een CAO of BPF van toepassing is. Het is daarom belangrijk dat u altijd zelf controleert of deze situatie voor de onderneming van toepassing is. Zelfs als de werkgever in de bespreking heeft aangegeven dat dit naar zijn idee niet het geval is.”

- ECLI:NL:RBGEL:2021:4480 – loonadministrateur niet aansprakelijk

Capita selecta jurisprudentie

- Premievordering verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gaat na overgang onderneming over op verkrijger
- Les: analyseren of een verplichtstelling bij de target geldt en of de aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds op orde is
- Note: indien een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds van toepassing is, is vaak ook een corresponderende algemeen verbindend verklaarde CAO van toepassing
- **Les:** werkingssfeeronderzoek op de target van cruciaal belang

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 februari 2018, **akd** benelux lawyers

ECLI:NL:GHSHE:2018:599

- DGA die de aandelen in zijn vennootschap verkoopt heeft geen recht op backserviceaffinanciering na de overdracht indien dat niet met de vennootschap was overeengekomen
- **Les:** positie verkopende DGA goed inventariseren bij een due diligence)

Gerechtshof Amsterdam 23 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1455

- Werkgever verplicht instemming OR te vragen voor compensatievoorstel in verband met pensioengevolgen overgang onderneming
- Geen verplichting tot 100% compensatie
- **Les:** de vervreemder heeft voor overgang onderneming instemming OR nodig en kan indirect tot compensatie worden gedwongen)

- Na overgang onderneming recht op voortzetting pensioenopbouw op grond van vrijwillige aansluiting bij PFZW omdat verkrijger dit met de werknemer was overeengekomen, door die overeenkomst was de wet overgang onderneming buiten spel gezet
- **Les:** de verkrijger moet zijn mogelijkheden bij overgang onderneming goed inventariseren en niet te lichtvaardig verplichtingen aangaan)

- Wet overgang onderneming niet van toepassing bij juridische fusie;
- Bij overgang onderneming gelden de informatieverplichtingen die bij een juridische fusie gelden
- **Les:** bij juridische fusie geldt de pensioenuitzondering van de Wet overgang onderneming niet)

Gerechtshof Amsterdam 25 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:575

- Pensioenregeling van verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gaat bij overgang onderneming over omdat geen van de pensioenuitzonderingen geldt
- De verplichtstelling geldt niet meer
- Verplichting conforme regeling onder te brengen kan het eenvoudigst worden nagekomen door vrijwillige aansluiting
- In casu schadevergoeding voor de procederende werknemer omdat deze al met pensioen was
- **Les:** gevolgen voor verplichtstelling bij overgang onderneming analyseren, in de situatie die in deze zaak speelde mogelijk verplichting om VTN te vergoeden)

Gerechtshof Amsterdam 30 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:909

- Overgang onderneming
- Onduidelijk of vervreemder onder werkingssfeer PFZW viel
- Vervreemder had zich jegens werknemer verplicht tot vrijwillige aansluiting
- Niet gerealiseerde verplichting gaat over bij overgang onderneming
- Vervreemder verplicht tot schadevergoeding (onrechtmatige daad) over periode tot de overgang; die verplichting gaat niet over omdat deze niet arbeidsvoorwaardelijk is
- Verkrijger verplicht alsnog vrijwillige aansluiting te realiseren vanaf datum overgang omdat geen pensioenuitzondering gold
- Werknemer loopt insolventierisico vervreemder ten aanzien van schadevergoedingsplicht
- **Les:** bij due diligence analyseren welke pensioenovereenkomsten bestaan en of deze zijn ondergebracht

Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1887

- Aanbod tot aangaan beëindigingsregeling dat niet is geaccepteerd geldt als arbeidsvoorwaardelijk
- Gaat over op verkrijger
- Werknemer wel vanaf overgang gebonden aan pensioenregeling verkrijger als die op grond van de pensioenuitzondering in de plaats is gesteld
- **Les:** bij due diligence analyseren of voor individuele werknemers afwijkingen van de standaard arbeidsvoorwaarden gelden

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8904

- DGA's verkopen hun aandelen in een vennootschap
- Pensioen in eigen beheer blijft achter in die vennootschap
- Geen recht op externe onderbrenging
- Geen sprake van betalingsachterstand ingegane pensioenen omdat tekorten werden aangevuld
- Bij achterstand wel recht op externe onderbrenging?
- **Les:** bij aankoop aandelen DGA met peb regeling omtrent dat peb treffen om problemen te voorkomen

