



Welkom

Pensioen en insolventie 13 juni 2023

Mr. Wim P.M. Thijssen

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl, tevens verbonden aan
het VU Expertisecentrum Pensioenrecht en
geschillenbeslechter GIP

Inhoudsopgave



- Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek
- Achterstallige pensioentermijnen
- Premieachterstand
- Overnemingsregeling WW
- Homologatie onderhands akkoord
- Ringfencing
- Overgang onderneming
- EU-recht

Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek

- Werkgever – werknemer: pensioenovereenkomst (artt. 7 – 22 Pensioenwet; zie ook art. 2, lid 2, aanhef en onder a bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en art. 2, lid 2, aanhef en onder b voor het ABP)
- Werkgever – pensioenuitvoerder: uitvoeringsovereenkomst (artt. 23 – 31 Pensioenwet; bij verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds uitvoeringsreglement; zie art. 23, lid 2 Pensioenwet)
- Pensioenuitvoerder – werknemer: pensioenreglement (art. 35 Pensioenwet)

Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek

Inhoud pensioenovereenkomst met het oog op insolventie werkgever:

- Betalingsvoorbehoud (art. 12 Pensioenwet)
- Beperkt tot werkgeversbijdrage
- Ingrijpende wijziging van omstandigheden - insolventie
- Als ingrijpende wijziging van omstandigheden – insolventie – eindigt inhaal met terugwerkende kracht omdat pensioenovereenkomst niet wijzigt door beroep op betalingsvoorbehoud
- Pensioenovereenkomst wijzigen (eenzijdig wijzigingsbeding; art. 19 Pensioenwet)

Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek

- Pensioenuitvoerder heeft waarborgverplichting (art. 23 Pensioenwet)
- Garantieplicht (uitvoeringsovereenkomst; normadressaat onderbrengingsplicht):
 - Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800 inzake Washington
 - Het recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen uit het algemene verzekeringsrecht en de uitvoeringsverplichting uit het pensioenrecht beschermen uitsluitend de werknemer, niet de werkgever
 - De bescherming betekent niet méér dan dat het insolventierisico van de werkgever vanaf premievrijmaking van pensioenverzekeringen bij de verzekeraar ligt
- Verzekeraar geen kortingsbevoegdheid; pensioenfonds kortingsverplichting

Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek

“Premie na premievrijmaking”:

- Komt in de praktijk voor bij pensioenovereenkomsten ondergebracht bij een verzekeraar
- Niet in strijd met art. 3:40 BW
- Insolventierisico werkgever na premievrijmaking ligt bij pensioenuitvoerder

Rechtsverhoudingen in de pensioendriehoek

Rechtsverhouding (gewezen) deelnemer – pensioenuitvoerder:

- Pensioenreglement
- Moet congruent zijn met pensioenovereenkomst (anders is sprake van verboden pensioen in eigen beheer)
- Begunstiging (gewezen) deelnemer impliceert niet dat uit pensioenovereenkomst zodanige derdenbedingen voortvloeien dat (gewezen) werknemer de vorderingsrechten van de werkgever heeft (HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1267 inzake Euronext)

Achterstallige pensioentermijnen

Vordering ter zake vervallen termijnen van pensioen op werkgever:

- Komt in de praktijk slechts voor bij verboden eigen beheer (werkgever voldeed niet aan onderbrengingsplicht)
- (Gewezen) werknemer heeft dan ook vordering tot premieafdracht aan pensioenuitvoerder

Achterstallige vervallen pensioentermijnen

Vordering ter zake vervallen termijnen van pensioen op werkgever (art. 3:288, aanhef en onder c BW):

- Bevoorrecht
- Voor zover vordering niet ouder dan een jaar
- Oudere vordering niet bevoorrecht
- (Gewezen) werknemer en zijn of haar nabestaanden (denk aan partner voor partnerpensioen en kinderen voor wezenpensioen)
- Denk ook aan verjaring (artt. 3:306v. BW) en klachtplicht (art. 6:89 BW)

Achterstallige toekomstige pensioentermijnen

Vordering ter zake toekomstige termijnen van pensioen op werkgever (art. 3:288, aanhef en onder d BW):

- Bevoorrecht
- Waardering bij faillissement van onvoorwaardelijk pensioen (art. 131 Fw.):
 - Termijnen die binnen een jaar opeisbaar worden nominaal
 - Termijnen die na een jaar opeisbaar worden naar waarde op de dag gelegen een jaar na faillietverklaring (actuarieel contant maken)
- Waardering bij faillissement van pensioen onder opschortende voorwaarde (art. 130 Fw.):
 - Denk aan voorwaardelijke toeslagverlening
 - Naar waarde op de dag faillietverklaring (actuarieel contant maken; waardering van de “voorwaarde” is cruciaal issue)

Premieachterstand

Eisen inzake premiebetaling (art. 26 Pensioenwet):

- Bij maandelijks verschuldigde premie betaling binnen 2 maanden na afloop maand waarover de premie is verschuldigd
- Bij kwartaalpremie betaling binnen een maand na afloop van het kwartaal
- Premievaststelling op langere termijn dan een kwartaal:
 - Jaarpremie is maximale toegestane termijn
 - Binnen een maand na afloop van het kwartaal 1/4^e geschatte jaarpremie voldaan
 - Totale premie uiterlijk binnen een half jaar na afloop van het jaar

Premieachterstand

Eisen inzake premiebetaling (art. 27 Pensioenwet):

- Beëindiging deelneming
- Restant verschuldigde premie binnen 13 weken voldaan

Premieachterstand

Conclusie:

- Premieachterstand in verband met insolventie/faillissement is mogelijk
- Vraag is hoe daarmee bij faillissement werkgever moet worden omgegaan

Premieachterstand

Meldingsplicht bij premieachterstand aan pensioenfonds:

- Premieachterstand van 5% jaarpremie of meer
- Pensioenfonds meldt dat elk kwartaal aan het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan
- Bij ontbreken daarvan melding aan deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden
- Tevens melding aan de OR van de werkgever
- Bij APF geldt dit per kring in verband met ringfencing

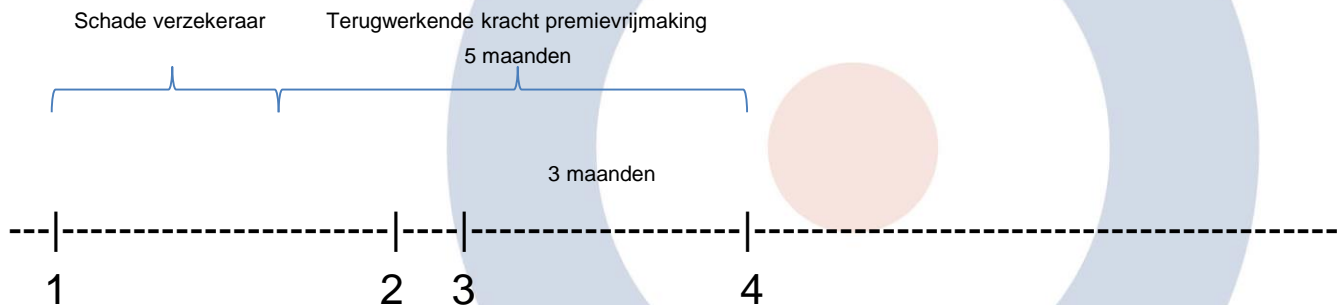
Premieachterstand

Meldingsplicht bij premieachterstand aan verzekeraar of PPI:

- Aan deelnemers en werkgever bij premievrijmaking, maar...
- Voor premievrijmaking aantoonbare inspanning om de premie te verhalen
- Premievrijmaking op zijn vroegst 3 maanden na melding, risicodekking blijft in stand
- Datum premievrijmaking maximaal met 5 maanden terugwerkende kracht gerekend vanaf melding
- Geen verrekening achterstallige premie, rente en kosten
- Conclusie: verzekeraar loopt risico bij (te) late “aantoonbare inspanning”

Premieachterstand

Meldingsplicht bij premieachterstand aan verzekeraar of PPI:



1 = premieachterstand

2 = aantoonbare inspanning

3 = melding

4 = datum premievrijmaking minimaal 3 maanden na melding; risicodekking blijft in stand

Premieachterstand

Te onderscheiden:

- Achterstallige premie over de periode tot faillissement
- Premie verschuldigd over de periode dat curator dienstverband en daarmee de pensioenovereenkomst in stand houdt

Premieachterstand

Bevoorrechte vordering (art. 3:288, aanhef en onder e BW):

- Al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst met de werkgever te vorderen heeft
- Bedragen door de werkgever verschuldigd in verband met beëindiging van de arbeidsovereenkomst uit hoofde van de regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW

Premieachterstand

HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0189 inzake IMK:

- Het voorrecht van art. 3:288, aanhef en onder d BW geldt niet voor de vordering van de werknemer op de werkgever strekkend tot afdracht van achterstallige pensioenpremie aan de pensioenuitvoerder, omdat dit artikellid uitsluitend ziet op betaling van toekomstige pensioentermijnen door de werkgever aan de werknemer zelf
- Het voorrecht van art. 3:288, aanhef en onder d BW geldt niet voor de vordering van de werknemer op de werkgever strekkend tot afdracht van achterstallige pensioenpremie aan de pensioenuitvoerder, omdat dit artikellid uitsluitend ziet op betaling van bedragen door de werkgever aan de werknemer zelf, niet op betalingen ten behoeve van de werknemer aan derden

Premieachterstand

Even kort terug in de tijd:

- PSW-1987: bij einde deelneming vóór de pensioendatum dient premieachterstand te worden ingelopen gedurende de periode tot de pensioendatum (bijfinanciering) of door betaling ineens (affinanciering)
- Sinds 2000 premieachterstand niet meer toegestaan op grond van PSW-2000
- Bestaande achterstand moest vanaf 2000 binnen 10 jaar worden ingelopen

Premieachterstand

Kantonrechter Eindhoven 3 april 1997, PJ 1997/71 inzake Pensioenfonds DAF:

- Betreft affinancieringspremie na faillissement DAF in 1993
- Affinancieringspremie uit hoofde van de PSW-1987 is op grond van de wet verschuldigd als gevolg van ontslag door curator en daarmee boedelschuld
- Tevens bevoorrecht op grond van art. 3:288, aanhef en onder d BW omdat dit artikellid geen betekenis meer zou hebben als het zou zijn beperkt tot pensioentermijnen

Premieachterstand

Rechtbank 24 september 1999 (niet gepubliceerd) inzake Pensioenfonds DAF:

- Hoger beroep van de uitspraak van de Kantonrechter
- Affinancieringspremie uit hoofde van de PSW-1987 is op grond van de wet verschuldigd als gevolg van ontslag door curator en daarmee boedelschuld (uitspraak Kantonrechter bekrachtigd)
- Niet bevoorrecht op grond van art. 3:288, aanhef en onder d BW omdat dit artikellid uitsluitend ziet op toekomstige pensioentermijnen die door de werkgever zijn verschuldigd

Premieachterstand

De DAF-uitspraak heeft geen belang meer voor de rechtspraak:

- Affinancieringspremie en bijfinancieringspremie is backservicepremie
- Omdat de overgangstermijn uit de PSW-2000 al lang is verstreken, is deze rechtspraak niet meer relevant voor thans achterstallige pensioenpremie
- Dat is immers gezien het verbod op achterstandfinanciering altijd achterstallige coming service premie
- De achterstalligheid maakt niet dat coming service premie van kleur verschiet en backservicepremie wordt

Overnemingsregeling WW

Overnemingsregeling pensioenpremie (art. 61 WW; tekst):

- Een werknemer heeft recht op uitkering op grond van dit hoofdstuk, indien hij van een werkgever, die in staat van faillissement is verklaard, aan wie surséance van betaling is verleend, ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, of die anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, loon, vakantiegeld, of vakantiebijslag te vorderen heeft of indien **hij geldelijk nadeel kan ondervinden doordat deze werkgever bedragen die hij in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is, niet heeft betaald**
- Periode van 1 jaar voorafgaande aan einde dienstbetrekking (art. 64, lid 1, aanhef en onder c WW)

Overnemingsregeling WW

CRvB 9 februari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP4366:

- Het betreft uitsluitend de werkgeverspremie
- De overnemingsverplichting geldt uitsluitend als een pensioenovereenkomst geldt en voor het onderbrengen daarvan over een getekende uitvoeringsovereenkomst wordt beschikt
- Dat zijn de voorwaarden die maken dat de werkgever daadwerkelijk werkgeverspensioenpremie aan een derde is verschuldigd

Homologatie onderhands akkoord

HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328 inzake Bpf Horeca & Catering:

- Beantwoording prejudiciële vraag van rechtbank of vorderingen tot betaling van achterstallige premie verschuldigd aan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de reikwijdte van Wet homologatie onderhands akkoord vallen en op de voet van art. 370, lid 1 Fw. bij een onderhands akkoord kunnen worden betrokken
- Uit de MvT bij art. 369, lid 4 Fw. volgt dat de verplichtingen van een schuldenaar jegens werknemers moeten worden gelijkgesteld met de rechten van werknemers
- De werknemers hebben recht op premieafdracht aan het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds, zodat de premieplicht van de schuldenaar/werkgever geldt als een recht van de werknemers
- Daarom kan de premievordering van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds geen onderdeel zijn van een door de rechtbank te homologeren akkoord
- In dat verband speelde een rol dat een wetsontwerp aanhangig is om art. 369, lid 4 Fw. in die zin te verduidelijken, dat de verplichting van een werkgever om pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder af te dragen niet in het kader van een onderhands akkoord kan worden gewijzigd zonder medewerking van de werknemers en de pensioenuitvoerder (kamerstukken 36 040)

Homologatie onderhands akkoord

Annotatie van spreker:

- Een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat niet aan een akkoord meewerkt loopt het risico, door de werking van de regel “geen premie, toch pensioen”, in plaats van een gedeelte van de verschuldigde premie helemaal niets te ontvangen, maar toch de pensioenrechten dient toe te kennen

Ringfencing



Verhaal van vorderingen:

- Art. 3:276 BW: een debiteur staat met heel zijn vermogen in voor al zijn schulden
- Art. 3:277, lid 1 BW: bij insolventie debiteur verhaal naar evenredigheid van de grootte van de vorderingen
- Art. 3:277, lid 2 BW: overeenkomst van achterstelling tussen debiteur en crediteur mogelijk
- Ringfencing: wat betekent het plaatsen van een hek rond een vermogensbestanddeel binnen een pensioenuitvoerder voor verhaal door derden?

Ringfencing



Ringfencing in de Pensioenwet:

- Hoofregel: verbod op ringfencing (art. 123 Pensioenwet)
- Nevenregel:
 - Gebod tot ringfencing binnen APF (art. 123 Pensioenwet)
 - Niet-ingevoerd pensioenvermogen in pensioenovereenkomst volgens de WTP (art. 150I, lid 7 Pensioenwet)

Ringfencing

Gevolgen ringfencing binnen APF:

- Geringfenct vermogen biedt uitsluitend verhaal voor:
 - Kosten voor uitvoering van de pensioenregeling mits dit in de uitvoeringsovereenkomst of het pensioenreglement is bepaald (art. 123, lid 3, aanhef en onder a Pensioenwet; zie verder art. 25, lid 1, aanhef en onder j Pensioenwet en art. 10c Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling)
 - Verhaal voor de pensioenen ter onderbrenging waarvan het vermogen is afgezonderd (art. 123, lid 3, aanhef en onder b Pensioenwet)
- Geringfenct vermogen tekort: kosten gaan voor de pensioenen (art. 123, lid 4 Pensioenwet)

Ringfencing

Gevolgen ringfencing binnen APF:

- Bij faillissement APF boedelschulden OF omgeslagen over geringfenctte vermogens OF ten laste van een bepaalde bate van de boedel gebracht (wetsgeschiedenis op dit punt onduidelijk)
- Ringfencing heeft derdenwerking
- Ringfencing kan tot gevolg hebben dat een crediteur zich niet volledig kan verhalen terwijl het vermogen van een APF op zichzelf voldoende is
- APF dient operationeel vermogen aan te houden

Overgang onderneming

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 inzake GOM:

- Overweging 3.1:
 - Overgang onderneming waarbij hetzelfde BPF van toepassing bleef
 - Vervreemder had premieachterstand en failleerde na de overgang
- Overweging 3.4.4:
 - Uit wetsgeschiedenis volgt dat wanneer bij overgang onderneming dezelfde BPF-pensioenregeling blijft gelden de verkrijger de rechten en verplichtingen uit de pensioenregeling moet overnemen (Kamerstukken II, 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 12)
- Overweging 3.5. tot en met 3.8:
 - Pensioenpremieschuld vervreemder gaat op grond van wetssystematische interpretatie over op verkrijger
 - Extensieve werking overnemingsverplichting tot schulden vervreemder ten behoeve van werknemers aan derden

EU-recht

Tekst art. 8 Richtlijn 2008/94 betreffende de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever:

“De lidstaten vergewissen zich ervan dat de nodige maatregelen worden getroffen om de belangen van de werknemers en die van de personen die de onderneming of vestiging van de werkgever op de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever reeds hebben verlaten, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid”

EU-recht

HvJ EU 25 april 2023, ECLI:EU:C:2013:272 inzake Hogan:

- Betreft opgebouwd pensioen
- Waarvoor werknemerspremie gold (hoogte: ?)
- Lidstaten moeten in de nationale wetgeving garanderen dat bij insolventie werkgever ten minste 50% van opgebouwd pensioen wordt gerealiseerd
- Betekenis voor Nederland beperkt vanwege onderbrengingsverplichting en verbod op financieringsachterstand
- Art. 134 Pensioenwet of Nederlandse wetgeving anderszins geeft theoretisch voor pensioenfondsen echter niet de noodzakelijke bescherming
- Wet op het financieel toezicht of Nederlandse wetgeving anderszins theoretisch evenmin voor verzekeraars

Literatuur

Achtergrondinformatie (artikelen van de hand van spreker):

- Pensioen en faillissement, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1990, afl. 4, blz. 80-83
- De gevolgen van faillissement voor backservicepremie, Advocatenblad 1992, nr. 12, 347-354
- Pensioenpremie verschuldigd na ontslag is boedelschuld, Advocatenblad 1992, nr. 13, blz. 386-388
- Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen, Nederlands Juristenblad 2014, afl. 39, p. 2764-2773



Dank voor uw aandacht

Vergeet u niet de toetsvragen
te beantwoorden