

FIP 2014(8) 366 Art. - Pensioen bij faillissement van een werkgever

Publicatie	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Aflevering	6 afl. 8
Publicatiedatum	13 december 2014
Auteurs	Heemskerk, M.

Pensioen bij faillissement van een werkgever

In deze bijdrage analyseer ik de pensioengevolgen bij faillissement van de werkgever. Eerst bespreek ik de wettelijke verplichting voor de werkgever om het pensioen extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder en de verplichting voor pensioenuitvoerders om pensioentekorten te voorkomen. Daarna bespreek ik de pensioengevolgen voor werknemers van wie de werkgever failliet gaat. Vervolgens bespreek ik de aansprakelijkheid voor bestuurders van failliete vennootschappen die niet tijdig pensioenpremies hebben afgedragen. Ik sluit af met een conclusie.

De externe onderbrengingsplicht voor pensioen

Gaat een werkgever failliet, dan is het aanvullend pensioen daarmee niet verdwenen. Het hart van de pensioenwetgeving is gericht op pensioenbescherming en dat komt tot uiting in de wettelijke verplichting voor werkgevers om het voor werknemers bestemde pensioenvermogen extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (art. 23 Pensioenwet). De juridische scheiding tussen werkgever en pensioenuitvoerder voorkomt dat het voor pensioen bestemde geld verloren gaat als de werkgever failliet gaat. Zo'n 75% van de werknemers neemt deel aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, zoals ABP, Zorg en Welzijn of Bpf Bouw. Andere pensioenuitvoerders zijn de ondernemingspensioenfonds (Hoogovens Pensioenfonds, Philips Pensioenfonds) en pensioenverzekeraars, zoals Aegon en Nationale Nederlanden. Het pensioengeld mag dus niet op de balans van de werkgever staan als (werk)kapitaal, maar moet veilig extern zijn ondergebracht. Voor de directeur-groootaandeelhouder ('dga')¹ geldt die verplichting niet. Hij kan zijn pensioen in eigen beheer hebben. Zijn pensioen – en het nabestaandenpensioen van zijn partner en kinderen – kan bij faillissement ook 'failliet gaan'. Kortom: is er een dga, dan is extra voorzichtigheid geboden bij de beoordeling van de pensioengevolgen.

Pensioenbescherming tegen faillissement pensioenuitvoerder

De overheid is van oordeel dat pensioenuitvoerders niet failliet behoren te gaan. Er zijn allerlei financiële spelregels voor pensioenfondsen in de Pensioenwet opgenomen in een financieel toetsingskader (FTK) die dat tegengaan. Zo moet een pensioenfonds een herstelplan indienen en maatregelen nemen om alle pensioenverplichtingen na te komen. Als uiterste redmiddel is er voor pensioenfondsen de mogelijkheid om de pensioenaanspraken en pensioenuitkeringen te korten (art. 134 Pensioenwet). Die kortingsmaatregel was bedoeld als paardenmiddel. Door de financiële crises daalde de waarde van de pensioenbeleggingen en stond de marktrente historisch laag. Het resultaat was voor veel pensioenfondsen een te lage dekkingsgraad. In april 2013 werd het pensioen van 5,5 miljoen mensen gekort (ook wel aangeduid als afstempelen).² Bij verzekeraars is korten niet mogelijk. Voor hen gelden de financiële voorschriften uit de Wet op het financieel toezicht.

Overheidsaansprakelijkheid bij pensioen < 50%

De overheid kan aansprakelijk zijn indien bij faillissement er een pensioenverlies is van meer dan 50%. Dat blijkt uit art. 8 van de Insolventierichtlijn 2008/94 en twee uitspraken van het HvJ EG. In het Robins-arrest uit 2007 oordeelde het HvJ kort en goed dat de lidstaat een pensioenuitkering van minimaal 49% van zijn opgebouwde pensioenrechten moet 'garanderen'.² In het Hogan-arrest uit 2013 werd de Ierse overheid op de vingers getikt nadat door het faillissement van werkgever Waterford Crystal nog slechts 16 tot maximaal 41% van het opgebouwd pensioen overbleef.³ Het effect van deze Europese bescherming is nuttig als ondergrens. Het komt naar mijn inschatting (nog) niet voor dat Nederlandse pensioenuitvoerders minder dan 50% van het opgebouwd pensioen overhouden na faillissement. Daarom lijkt dit vooralsnog weinig toepasbaar in de praktijk.

Faillissement: pensioenopbouw stopt?

Stopt de deelname aan de pensioenregeling, dan behoudt de werknemer zijn tot dat moment opgebouwde pensioenaanspraken.⁴ De Pensioenwet bepaalt eveneens dat pensioenaanspraken moeten zijn gefinancierd.⁵ Die combinatie van affinanciering door de **werkgever** en de externe onderbrengingsplicht biedt werknemers relatieve zekerheid. De werknemer voor wie deelname aan de pensioenregeling eindigt, wordt een gewezen deelnemer (een zogenoemde slaper). De hoofdregel is dat bij **faillissement** de arbeidsovereenkomst na opzegging door de curator eindigt en dat daarmee de pensioenopbouw stopt.⁶ Dat is geen automatisme. Beslissend is of de deelname aan de pensioenregeling eindigt. Dat moet blijken uit het pensioenreglement. Vaak staan er in het pensioenreglement separate bepalingen over einde deelname. In het pensioenreglement kan ook de mogelijkheid staan dat de (ex-)deelnemer de deelname vrijwillig voortzet.⁷ In dat geval dient hij de gehele pensioenpremie te betalen, dus ook de werkgeversbijdrage. Zo kan de deelnemer of zelfstandige een pensioengat voorkomen.

Geen nabestaandenpensioen?

Faillissement kan betekenen dat de dekking voor **nabestaandenpensioen** vervalt. Gangbaar, maar dus niet verplicht, is een **nabestaandenpensioen** van 70% van het **ouderdomspensioen** en een **wezenpensioen** van 14% van het **ouderdomspensioen**. Als het **nabestaandenpensioen** op risicobasis is verzekerd, is er geen dekking indien deelname aan de pensioenregeling eindigt. Er is door dat risicokarakter in beginsel slechts een **nabestaandenpensioen** tijdens het dienstverband. Dit realiseren weinig werknemers (en hun advocaten) zich. Krijgt de ex-werknemer een fataal ongeval, dan heeft zijn partner geen **nabestaandenpensioen** en is er in beginsel geen **wezenpensioen** voor zijn kinderen. De Pensioenwet beschermt de nabestaanden met een tijdelijke dekking voor **partnerpensioen** – dus niet voor **wezenpensioen** – tijdens de periode dat de werknemer recht heeft op een Werkloosheidswet ("WW")-uitkering (art. 55 lid 5 Pensioenwet). Wie bijvoorbeeld niet beschikbaar is voor de arbeidsmarkt of als zelfstandige start of anderszins geen WW-rechten heeft, heeft geen nabestaandendekking. Dat **partnerpensioen** wordt, indien er wél tijdelijke dekking is, vastgesteld alsof er zou zijn opgebouwd. Bij een kort dienstverband is er dus weinig **partnerpensioen**. Overigens kan de werknemer ervoor kiezen om een deel van zijn **ouderdomspensioen** uit te ruilen voor **partnerpensioen** (art. 61 Pensioenwet). Dat gebeurt weinig. Advocaten dienen in voorkomende gevallen werknemers hierop te wijzen om aansprakelijkheid te voorkomen.

Geen VUT of voorwaardelijk pensioen en verlies aan indexatie?

Vervroegde uittreding ('VUT') en voorwaardelijk **pensioen** zijn geen opgebouwd **pensioen**. Daardoor zijn de beschermende regels die bij **pensioen** gelden – waaronder de affinancieringsplicht – niet van toepassing. Gaat de **werkgever** failliet, dan verliest de werknemer zijn vooruitzicht op VUT en voorwaardelijk **pensioen**. Die aanspraken op VUT en voorwaardelijk **pensioen** zijn niet gefinancierd. Voorwaardelijk **pensioen** komt veel voor in pensioenreglementen als 'reparatie' voor het wegvallen van de fiscale mogelijkheid voor VUT en prepensioen. Dat voorwaardelijk **pensioen** kan in afwijking van de Pensioenwet binnen uiterlijk vijftien jaar nadat de voorwaardelijke pensioenaanspraken waren toegezegd worden opgebouwd en gefinancierd. Is het niet gefinancierd binnen die vijftien jaar en gaat de **werkgever** failliet, dan is de voorwaarde niet vervuld en het pensioenvooruitzicht weg. Bij vaststellingsovereenkomsten met werknemers is het oppassen geblazen voor advocaten. Zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden op 25 juni 2014 dat de advocaat die een werknemer bijstond bij zijn vaststellingsovereenkomst, de werknemer onvoldoende had gewezen op de pensioenrisico's bij **faillissement** van zijn **werkgever** daarvoor aansprakelijk was.⁸ De advocaat had de werknemer, van wie de advocaat wist dat hij ernstig ziek was, moeten waarschuwen voor de risico's die de vaststellingsovereenkomst opleverde voor zijn **pensioen**. De werknemer had benadrukt dat hij zich zorgen maakte om zijn pensioensituatie en het faillissementsrisico van de **werkgever**. Onderdeel van de vaststellingsovereenkomst uit 2009 was de bepaling dat de directie garandeert dat bestaande aanspraken op de VUT-regeling en de overgangsregeling voor oudere werknemers van kracht blijven. Op 8 juli 2010 gaat de **werkgever** failliet. De betaling van de **werkgever** aan de pensioenopbouw eindigde toen. Daarmee was de garantie een lege huls gebleken. De advocaat had volgens het hof moeten onderzoeken of het faillissementsrisico had kunnen worden 'wegonderhandeld'. Van belang was tevens dat hij de risico's voor het **pensioen** niet voldoende met de werknemer had besproken. Bovendien was het mogelijk om met het pensioenfonds afspraken te maken over een faillissementsbestendige pensioenstorting.

Achterstallige pensioenpremies voor UWV?

Bij **faillissement** van de **werkgever** komt het voor dat de **werkgever** niet alle pensioenpremies heeft betaald. Het UWV is verplicht om onder omstandigheden de verplichting tot betaling van pensioenpremies in het jaar voorafgaand aan de datum

waartegen de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd, over te nemen (art. 64 lid 1 sub c WW). De overnameverplichting van het UWV strekt zich niet uit tot voorliggende financieringsachterstanden. Ook dient het UWV de pensioenpremie over de opzegtermijn over te nemen.

Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet betaalde pensioenpremies

Veel bestuurders van vennootschappen realiseren zich niet of veel te laat dat het niet betalen van pensioenpremies aan hun verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds leidt tot hun hoofdelijke aansprakelijkheid voor de pensioenpremies. Dat biedt mogelijkheden voor curatoren die achterstallige pensioenpremies constateren. Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet betaalde pensioenpremies leidt steeds vaker tot jurisprudentie. Zo waren de bestuurders van horeca-aangelegenheden La Gare⁹, De Bonte Koe¹⁰ en Café X¹¹ allemaal hoofdelijk aansprakelijk.¹² Maar ook de bestuurder van een notariskantoor in Meppel¹³ moest eraan geloven. Bestuurders zijn op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 namelijk hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van pensioenpremies door hun onderneming aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds.¹⁴ Deze regeling is een kopie van de regeling van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid in art. 36 e.v. Invorderingswet 1990. Bestuurders van rechtspersonen die in betalingsmoeilijkheden verkeren, moeten de betalingsonmacht binnen veertien dagen nadat de premie had moeten zijn voldaan, melden aan het bedrijfstakpensioenfonds, zodat het Bpf zich kan beraden.¹⁵ Melden bevrijdt de bestuurder niet, maar geeft de

bestuurder meer ruimte om zijn hoofdelijke aansprakelijkheid te bestrijden. Zonder tijdige en rechtsgeldige melding komt de bestuurder niet meer toe aan weerlegging van het vermoeden dat het niet betalen van pensioenpremies niet aan hem te wijten is, simpelweg doordat de regelgeving dan aansprakelijkheid aanneemt. Ook bestuurders van vennootschappen die niet onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, kunnen aansprakelijk zijn voor pensioenschade. Dat ondervond ook de bestuurder van een Alkmaars taxibedrijf die wel de werknemerspremie inhield op het loon, maar deze (en de werkgeversbijdrage) niet afdroeg aan de pensioenuitvoerder.¹⁶

Conclusie

Opgebouwd pensioen is door pensioenwetgeving in beginsel goed beschermd, ook in geval van **faillissement** van de **werkgever**. Dat is evenwel anders indien er geen sprake is van **pensioen** uit de Pensioenwet, zoals bij een eigenbeheerpensioen van een dga of sommige pensioenvormen die niet zijn gefinancierd. Advocaten die werknemers niet goed informeren over de mogelijke pensioengevolgen van **faillissement**, zoals het stoppen van pensioenopbouw, wegvallen van **nabestaandenpensioen** of VUT en voorwaardelijk **pensioen**, maken een beroepsfout. Bestuurders die geen pensioenpremies hebben afgedragen aan hun pensioenuitvoerder, lopen eveneens aansprakelijkheidsrisico's.

Over de auteur

Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. Advocaten.

Voetnoten

- 1 Voor een definitie van dga zie art. 1 Pensioenwet. De dga kan zijn **pensioen** op grond van overgangsrecht extern moeten onderbrengen.
- 2 Persbericht DNB 22 januari 2013, 'Kortingen pensioenfondsen vallen lager uit'.
- 2 HvJ 25 januari 2007, *NJ* 2007, 319 (Robins).
- 3 HvJ EU 25 april 2013, C 398/11, *TRA* 2013/73 (Hogan).
- 4 Art. 20 Pensioenwet.
- 5 Art. 55 Pensioenwet.
- 6 E. Lutjens, 'Pensioengevolgen van een ontslag', *AR* 2013, 2.

- [7](#) Art. 54 Pensioenwet.
 - [8](#) Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, «JAR» 2014, 210.
 - [9](#) Rb. Den Haag 17 maart 2010, LJN BM0806 (La Gare).
 - [10](#) Hof Leeuwarden 1 maart 2011, LJN BQ1741 (De Bonte Koe).
 - [11](#) Rb. Haarlem 14 april 2011, *PJ* 2011, 79, vergelijk ook Hof Amsterdam 27 januari 2009, *PJ* 2009, 147.
 - [12](#) De uitzondering op de regel is Ktr. Haarlem 23 november 2011, *PJ* 2012, 45, waarin de kelner wel formeel maar niet materieel bestuurder was.
 - [13](#) Hof Leeuwarden 4 oktober 2012, *PJ* 2012, 199 (Notariskantoor Meppel).
 - [14](#) B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', *AR* 2014/31.
 - [15](#) Art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000; Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000, *Stb.* 2000, 631; *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 20.
 - [16](#) B. Degelink, *AR* 2014-31; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:852 ECLI:NL:RBNHO:2014:852; Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, *PJ* 2014/37; Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, *PJ* 2012/88; Rb. Leeuwarden 24 oktober 2007, *PJ* 2007/140.
-