

# Privaatrechtelijke pensioenregelingen

## Geen aansprakelijkheid DNB na onrechtmatige uitschrijving pensioenfonds

### Pensioenbrief 2018/32

Hoge Raad wijst aansprakelijkheid DNB af ondanks onrechtmatige uitschrijving Pensioenfonds GSFS.

Deze procedure werd gevoerd tussen DNB en het inmiddels in liquidatie gegane Pensioenfonds GSFS (hierna: “het fonds”). Dit fonds is een wat vreemde eend in de bijt die door werkgever GSFS Asset Management (een vermogensbeheerder) werd ingezet om gelden van de eigen medewerkers van de vermogensbeheerder in te beleggen. Het fonds deed dat in de vorm van dividendarbitrage, uitgevoerd door GSFS Asset Management. Een lucratieve maar omstreden en in elk geval riskante manier van beleggen (of speculeren). Hoewel de premie-inkomsten jaarlijks niet meer dan een paar ton euro’s bedroegen en de verplichtingen een paar miljoen euro’s was het balanstotaal van het fonds op het hoogtepunt met behulp van geleend geld en derivatenposities opgelopen tot € 354 mln.

Dit arrest is het slotstuk in een serie van procedures tegen DNB. De hoofdzaak was dat het fonds zich volgens DNB bezig hield met verboden nevenactiviteiten (in het bijzonder dividendarbitrage) en daarmee de prudent person regel overtrad omdat het te veel risico nam met de ingelegde premies. De activiteiten van het fonds waren uiteindelijk reden voor het opleggen van een aanwijzing door DNB eind 2013 die tevergeefs werd aangevochten bij het CBB (de hoogste bestuurlijke rechter), zie ECLI:NL:CBB:2016:323.

Deze procedure, die uitmondde in het arrest van 9 maart 2018, hangt weer samen met het voorgenomen besluit van DNB van 16 oktober 2012 om het fonds uit te schrijven als pensioenfonds. Het fonds werd vervolgens in de gelegenheid gesteld om zowel mondeling als schriftelijk zijn zienswijze naar aanleiding van het voorgenomen besluit aan DNB kenbaar te maken, wat ook gebeurde. DNB bleek niet overtuigd en besloot vervolgens bij besluit van 18 februari 2013 de inschrijving van het fonds in het register door te halen, omdat het Pensioenfonds volgens DNB geen pensioenfonds zou zijn in de zin van art. 1 PW, de activiteiten zouden volgens DNB geen relatie hebben met het zekerstellen van vermogen en vermogensaanwas voor de financiering van de oudedagsvoorziening van de deelnemers maar met dividendarbitrage. Nadat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam bij uitspraak van 30 mei 2013 het besluit schorste, besloot DNB het besluit in te trekken. DNB effectueerde de uitschrijving uiteindelijk dus niet en vergoedde de gemaakte kosten in de bezwaarfase. Daarmee stond naar vaste jurisprudentie vast dat het bestreden besluit als onrechtmatig is aan te merken.

Het resterende procesbelang, waartoe dus tot de Hoge

Raad over werd voortgeprocedeerd, was het antwoord op de vraag of DNB gehouden was om ook de schade te vergoeden die zou bestaan uit de voordelen die fonds zou zijn misgelopen doordat de praktijk van dividendbelastingstripping gedurende de bedoelde periode niet heeft kunnen voortzetten en de gemaakte advocatenkosten, tezamen meer dan € 900.000. Vervolgens was het de vraag of DNB met een beroep op art. 1:25d lid 1 Wft aan de uit onrechtmatige besluit voortvloeiende aansprakelijkheid kan ontkomen.

Nadat zowel de rechtbank als het hof het fonds in het ongelijk stelde werd de zaak in een cassatieberoep aan de Hoge Raad voorgelegd. Cruciaal voor de beoordeling is art. 1:25d lid 1 Wft waarin staat dat DNB in beginsel niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift aan haar opgedragen taak of verleende bevoegdheid. Deze bepaling beperkt de aansprakelijkheid van DNB bij de uitoefening van haar wettelijke taken en bevoegdheden tot de daarin genoemde gevallen van opzet en grove schuld. De voorvraag is daarom of sprake was van de uitoefening van wettelijke taken en bevoegdheden door DNB toen het besloot de inschrijving van het fonds in het register door te halen. Hierover is de Hoge Raad duidelijk. De Hoge Raad overweegt dat uit art. 210 PW volgt dat het beheer van register pensioenfonds tot de taken van DNB behoort. Ook indien DNB niet bevoegd zou zijn om een inschrijving in het register pensioenfonds door te halen, staat een door DNB genomen besluit tot doorhaling volgens de Hoge Raad in rechtstreeks en voldoende inhoudelijk verband met de uitvoering van de haar in art. 151 lid 3 PW (het prudentieel en materieel toezicht) en art. 210 PW (het beheren van het register pensioenfonds) opgedragen taken en verleende bevoegdheden. Dit brengt mee dat art. 1:25d lid 1 Wft ook van toepassing is op de eventuele aansprakelijkheid van DNB voor het doorhalen van een inschrijving in het register pensioenfonds.

De slotsom (en het slotakkoord in de serie van procedures) is dat de Hoge Raad het cassatieberoep van het fonds verwerpt.

#### NB

Procederen tegen een falende toezichthouder is geen eenvoudige aangelegenheid. In de zogenoemde goudzaak werd de aanwijzing om een belegging in goud te reduceren vernietigd (ECLI:NL:CBB:2013:104). Desondanks lukte het niet om de schade vergoed te krijgen omdat het CBB oordeelde dat het fonds niet aannemelijk had gemaakt dat het schade had geleden als gevolg van de onrechtmatige aanwijzing. In deze zaak stuitte aansprakelijkheidstelling af op het in 2012 in de Wft opgenomen art. 1:25d Wft dat aansprakelijkheid uitsluit voor handelen of nalaten van DNB in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid (behoudens opzet of grove schuld). (Hoge Raad 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309)

Mr. M.W. Minnaard