

ADVOCATENBLAD

Kronieken, nr. 1 | 2013

» Kroniek Arbeidsrecht » Kroniek Pensioenrecht
» Kroniek Vennootschapsrecht

Sdu UITGEVERS

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN





7

Arbeidsrecht

- 4 Ontslagrecht
- 4 Ontslag op staande voet
- 6 Vervaltermijn artikel 9 lid 3 BBA
- 6 Ontslag op staande voet door werknemer
- 7 Kennelijk onredelijk ontslag
- 7 Ontbindende voorwaarde
- 7 Finale kwijting
- 8 Toepasselijkheid BBA
- 8 Opvolgend werkgeverschap
- 8 Rechtsvermoeden arbeidsomvang
- 9 Leeftijdsontslag
- 9 Werkgeversaansprakelijkheid
- 10 Ontwikkelingen in wetgeving
- 11 Literatuurlijst
- 11 Wetgevingskalender



12

Pensioenrecht

- 13 Uitleg pensioenovereenkomst en wijziging toeslagverlening
- 14 Vereniging van gepensioneerden Delta Lloyd
- 14 Binding
- 15 Scaping
- 15 Fortis
- 15 Arbeidsongeschiktheid
- 16 Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen
- 16 Bijstortingsverplichting voor de werkgever
- 17 Gelijke behandeling
- 17 Onderscheid tussen mannen en vrouwen
- 17 Onderscheid naar chronische ziekte of handicap
- 17 Onderscheid naar arbeidsduur
- 17 Onderscheid naar leeftijd
- 18 Herstel van fouten door pensioen-uitvoerders en schending van informatie-verplichtingen
- 19 Scheiding
- 19 Pensioenverweer
- 19 Alimentatie
- 19 Pensioenverevening
- 19 Pensioenverrekening
- 20 Externe uitvoering bijzonder partnerpensioenen en pensioenverevening door de dga
- 20 Internationaal privaatrecht
- 20 Verjaring van pensioenvorderingen
- 21 Literatuurlijst
- 22 Wetgevingskalender



23

Vennootschapsrecht

- 24 Kapitaal
- 25 Winst-, stem- en vergaderrechten
- 26 Algemene vergadering
- 27 Blokkeringsregeling
- 27 Bestuurders en commissarissen
- 27 Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders
- 28 Geschillenregeling
- 29 Bestuur en toezicht
- 30 Aanpassing enquêterecht
- 30 Wet corporate governance
- 31 Bonussen
- 31 Centraal aandeelhoudersregister
- 31 Slot
- 31 Literatuurlijst

Colofon

93e jaargang

Het *Advocatenblad*, het officiële orgaan van de Nederlandse Orde van Advocaten, verschijnt 12 keer per jaar (elke laatste donderdag van de maand) en wordt uitgegeven door Sdu Uitgevers. De van de Orde onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

Hoofdredacteur
Robert Stiphout

Journalistieke redactie
Sabine Droogleever Fortuyn,
Hedy Jak en Mark Maathuis

Redactie
mr. K.A. Boshouwers
mr. A. Groenewoud
mr. M.R. Maathuis
mr. R. Malewicz
mr. C.C. Oberman
mr. M.A.R.C. Padberg
mr. L.H. Rammeloo
mr. drs. Th.C. van Schagen
mr. B.J.R. Van Tongeren

Beeldredactie
Charlotte Helmer

Contact
Reacties kunnen naar mailadres redactie@advocatenblad.nl

Vormgeving
Dimdim, Den Haag

Correctie
Sandra Braakmann

Illustraties
Floris Tilanus

Druk
Senefelder Misset, Doetinchem

Citeerwijze
Adv.bl. Kroniek 2013-1, p.

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.

Sdu Uitgevers
Gert Jan Schinkel (uitgever)
Sandra Kroon (directeur Legal, Tax & Regulatory)

Advertenties
Fenneke van der Schee en
Angela Bruins (media

adviseurs) 070-378 05 62
www.bereikdejurist.nl,
advertentie.juridisch@sdu.nl,
Inzendtermijn:
nr. 3: 15 maart 2013
nr. 4: 12 april 2013

Abonnementen
Per jaar: 222,50 euro
jaar (incl. verzend- en administratiekosten).
Studenten: 111,25 euro.
Jaarbanden: 39,95 euro (excl. verzendkosten).
Losse nummers: 30 euro (excl. verzendkosten).
Alle bedragen zijn excl. btw.

Adreswijzigingen
Sdu Uitgevers klantenservice,
070-378 98 80, Postbus 20014,
2500 EA Den Haag, www.sdu.nl/service;
adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl

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

**HO
PRINT**

**Nederlandsche
Uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Kroniek Arbeidsrecht



INHOUD

Ontslagrecht » Ontslag op staande voet » Vervaltermijn artikel 9 lid 3 BBA » Ontslag op staande voet door werknemer » Kennelijk onredelijk ontslag » Ontbindende voorwaarde » Finale kwijting » Toepasselijkheid BBA » Opvolgend werkgeverschap » Rechtsvermoeden arbeidsomvang » Leeftijdsontslag » Werkgeversaansprakelijkheid » Ontwikkelingen in wetgeving » Literatuurlijst » Wetgevingskalender

Het afgelopen jaar zijn er relatief weinig spraakmakende arresten geweest op het gebied van het arbeidsrecht. Wel is er onder meer een aantal interessante arresten verschenen met betrekking tot ontslag op staande voet. Voorts zijn belangwekkende arresten geweest ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap, het toepassingsbereik van het BBA en de werkgeversaansprakelijkheid voor zelfstandigen. Relatief veel ontwikkeling was zichtbaar op het gebied van wetgeving. Onder meer zijn de nieuwe vakantiedagenwetgeving en de Wet Normering Topinkomens ingevoerd, is de maand korting op de fictieve opzegtermijn bij ontbindingen geschrapt en zijn de WMC0 en de WAADI gewijzigd. En natuurlijk is het afgelopen jaar veel gediscussieerd over de kabinetsplannen voor wijziging van het ontslagrecht en de sociale zekerheidsrecht.

Tekst: Karol Hillebrandt, Josanne Holthof en Christiaan Oberman¹

Ontslagrecht

Op het gebied van het ontslagrecht zijn er in 2012 minder opzienbarende uitspraken gedaan door de Hoge Raad dan in de jaren daarvoor. Onder meer de in 2009 en 2010 gewezen arresten-Rutten/Breed en Van der Grijp/Stam zijn van grote invloed geweest op de ontslagpraktijk. Wel heeft de HR onder meer op het gebied van ontslag op staande voet een aantal interessante uitspraken gedaan. In deze kroniek worden vier van deze uitspraken behandeld. Toevalligerwijs is onze Staatsbank ABN AMRO bij twee van deze uitspraken betrokken, beide keren overigens aan de verliezende kant.

Ontslag op staande voet

Is diefstal een dringende reden voor ontslag op staande voet indien het gaat om diefstal van kleren met geringe waarde en de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zeer ingrijpend zijn? Deze vraag speelde in de zaak die diende bij de HR op 20 april 2012 (LJN: BV9532). De werknemer was al sinds 2002 in dienst bij De Bijenkorf.

Bij de vraag of een ontslag op staande voet geldig is, moeten mede persoonlijke omstandigheden van de werknemer mede worden betrokken

In de arbeidsovereenkomst was verwezen naar de door De Bijenkorf gehanteerde huisregels, waarin onder meer was bepaald dat bij fraude/diefstal altijd ontslag op staande voet volgde. De Bijenkorf hanteerde een strikt beleid. De huisregels waren ook recent aan alle medewerkers toegezonden. In het kader van een uitverkoopactie mochten werknemers vijf artikelen naar keuze kopen tegen betaling van tien euro. De werknemer had vervolgens aan zijn leidinggevende verzocht of hij tegen diezelfde prijs nog enkele onverkochte goederen mocht kopen. De leidinggevende had hem dat geweigerd. Bij controle bleek vervolgens dat de werknemer trachtte een broek en een jas mee te nemen zonder betaling of toestemming van de leidinggevende. De Bijenkorf ontsloeg hem op staande voet wegens diefstal. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in en vorderde

doorbetaling van loon. De werknemer had onder meer gesteld dat het ontslag voor hem zeer ingrijpend was, mede omdat hij een gezin met jonge kinderen had.

De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer toe. Het hof overwoog dat onmiddellijke beëindiging van het dienstverband gerechtvaardigd was en wees de vordering van de werknemer af. In cassatie overwoog de HR dat bij de vraag of een ontslag op staande voet geldig is, mede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag voor hem zouden hebben. Ook indien deze ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en ernst van een dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Het oordeel van het hof dat De Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had haar bedrijfsbeleid tegen diefstal door eigen personeel strikt te handhaven en dat de werknemer van dit bedrijfsbeleid op de hoogte was en wist dat dit daadwerkelijk werd gehandhaafd, berustte op een juiste rechtsopvatting en was alleszins begrijpelijk. Hetzelfde gold voor het oordeel van het hof dat de gevolgen die dit ontslag voor de werknemer had niet konden afdoen aan de rechtvaardigheid daarvan.

De zaak die diende bij de HR op 14 december 2012 (LJN: BY2241) betrof de vragen of de mededeling van het ontslag op staande voet onverwijld was gegeven en of de grenzen van de rechtsstrijd waren overschreden. De feiten waren als volgt:

¹ Hillebrandt, Holthof en Oberman zijn respectievelijk advocaat, advocaat-stagiaire en partner bij Palthe Oberman Advocaten in Amsterdam.



een logeerboerderij voor kinderen had in een brief van 23 augustus 2008 aan haar directeur geschreven dat zij op staande voet diende te worden ontslagen wegens werkweigering, diefstal, fraude en bedrog, maar dat aan de directeur evenwel de kans werd geboden de ontstane situatie ongedaan te maken door het inleveren van bepaalde documenten, de computer en de diensttelefoon van de logeerboerderij. Bij een latere brief van 31 augustus 2008 deelde de logeerboerderij aan de directeur mee dat er geen reden was om het ontslag op staande voet ongedaan te maken. In deze brief werd er op gewezen dat de intakerapporten nog steeds niet waren ingeleverd en dat gebleken was dat de directeur met ouders had gesproken over het binnenkort zelf aanbieden van een logeermogelijkheid. In hoger beroep oordeelde het hof dat het op 23 augustus 2008 onder voorwaarde verleende ontslag op staande voet niet kon worden beschouwd als een ontslag wegens een dringende en onverwijld meegedeelde reden, voor zover het ging om de in de brief van 31 augustus 2008 vermelde reden voor handhaving van

het op 23 augustus 2008 voorwaardelijk gegeven ontslag. De reden was namelijk dat de werknemer samen met een vrijwilliger gesprekken zou hebben gevoerd met diverse ouders over een door hen zelf op te zetten logeerboerderij. Met deze reden mocht naar het oordeel van het hof geen rekening worden gehouden omdat deze niet onverwijld bij de voorwaardelijke ontslagaanzegging op 23 augustus 2008 was meegedeeld. De logeerboerderij ging van dit arrest in cassatie en stelde dat het hof hiermee de grenzen van de rechtsstrijd had overschreden. De werknemer had de aantijgingen betwist maar zich niet op het standpunt gesteld dat de dringende reden niet onverwijld was gegeven. De HR volgde hierbij de logeerboerderij en overwoog dat het hof inderdaad buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden nu de directeur niet had aangevoerd dat de ontslagreden haar niet onverwijld was meegedeeld. De zaak werd terugverwezen naar het hof.

In de zaak die speelde bij de HR op 21 december 2012 (LJN: BY1209) was de ABN AMRO betrokken. In deze zaak had de bank een werknemster op staande

voet ontslagen wegens schending van de gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid. De werknemster had zich per e-mail ziek gemeld wegens griep. Zij verbleef toen bij haar zus in Hilversum maar had haar verpleegadres niet aan ABN AMRO doorgegeven. Op grond van de gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid was de werknemster wel verplicht zich bij ziekte te melden bij haar leidinggevende, steeds bereikbaar te zijn en indien zij verpleegd werd op een ander adres, dat huisadres door te geven aan haar leidinggevende. Vervolgens werd de werknemster door de ABN AMRO op staande voet ontslagen wegens het niet bereikbaar zijn voor de controle van de Arbodienst en overtreding van de gedragsregels tijdens arbeidsongeschiktheid. De werknemster vorderde doorbetaling van loon. De rechtbank wees de vordering van de werknemster af. Het hof gaf echter de werknemster gelijk. Naar het oordeel van het hof rechtvaardigde de door de ABN AMRO aangevoerde gronden geen ontslag op staande voet, omdat zij voor een deel niet als vaststaand konden worden beschouwd en voor het

Op staande voet? Hoe durven ze!
Me arme zuster ken geen eens
zitten!



overige niet als ernstig genoeg dienden te worden gewaardeerd. Het hof achtte daarbij mede van belang dat werkneemster vanwege een reorganisatie boventallig was en in het zogenaamde *employability*-traject zat. Hoewel de werkneemster formeel niet meer vrijgesteld was van werk, was op dat moment voor haar geen werk voorhanden. Onder verwijzing naar het arrest-Vixia/Gerrits (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259) was loonopschorting de meest toepasselijke sanctie geweest. ABN AMRO gaat vervolgens in cassatie. De HR doet de zaak af op artikel 81 wet RO en verwerpt het cassatieberoep.

Vervaltermijn artikel 9 lid 3 BBA

In de zaak van de HR van 22 juni 2012 (LJN: BW5695), eveneens tegen ABN AMRO, ging het om de vraag of het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn van zes maanden van artikel 9 lid 3 BBA in strijd was met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. De casus was als volgt: bij de werknemer was vastgesteld dat hij leed aan een ernstige psychische ziekte. Dat was ook bij ABN AMRO bekend. Toen hij als gevolg daarvan niet op het werk verscheen, werd hij na herhaalde oproepen op staande voet ontslagen. Nadien

werd de werknemer opgenomen in een psychiatrische inrichting. Na die opname meldde hij zich bij een advocaat, die de vernietiging van het ontslag op staande voet inriep. Dat was echter meer dan anderhalf jaar na het ontslag op staande voet, dus ruimschoots na de vervaltermijn van zes maanden. De werknemer spande een procedure aan tegen ABN AMRO en vorderde doorbetaling van loon. De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer af. Het hof oordeelde echter dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was en dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om aan het ongebruikt verstrijken van zes maanden de conclusie te verbinden dat de werknemer zich niet meer mocht beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 9 lid 1 BBA. De HR verwierp het cassatieberoep van ABN AMRO en oordeelde dat een beroep op de vervaltermijn van zes maanden ex artikel 9, lid 3 BBA onaanvaardbaar kan zijn. De rechter dient daarbij wel grote terughoudendheid te betrachten. In beginsel moet aan de termijn van artikel 9 lid 3 BBA strikt de hand worden gehouden, nu daarmee het belang van de werkgever wordt beschermd om zekerheid te hebben over de rechtsgeldigheid van het ontslag. In dit geval was het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn echter in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Ontslag op staande voet door werknemer

In de zaak-Quirijns/TGB (HR 26-10-2012, LJN: BW9244) ging het over de vraag of een werknemer terecht ontslag op staande voet had genomen in verband met interne misstanden bij de bank. De werknemer had bij de melding van interne misstanden ook vertrouwelijke informatie van de bank aan cliënten en derden prijsgegeven. De bank stelde zich in de procedures onder meer op het standpunt dat de werknemer in strijd had gehandeld met de geheimhoudingsplicht en vorderde onder meer schadevergoeding. In de procedure gaf de kantonrechter de bank gelijk. Het hof bekrachtigde grotendeels het vonnis van de kantonrechter en overwoog daarbij dat na een dienstverband van ruim zeven jaar het op de weg van werknemer had gelegen om eerst de bank op de hoogte te stellen van zijn bezwaren, met de mededeling dat hij medewerking zou weigeren bij handelingen die hij onacceptabel vond en dat hij een einde aan het dienstverband zou maken als de bank op de gekozen weg zou doorgaan en hem daarbij zou betrekken. De HR oordeelde echter dat niet in te zien viel waarom het op de weg van werknemer

had gelegen om eerst de bank te waarschuwen voor ontslagname als de bank op de gekozen weg zou doorgaan en waarom werknemer zonder zo'n waarschuwing te hebben gegeven geen gegronde reden had voor onmiddellijke beëindiging van zijn dienstverband met de bank. De HR verwees de zaak terug naar het hof voor verder feitenonderzoek. In elk geval valt uit deze uitspraak af te leiden dat de HR dus niet de algehele lijn in de rechtspraak volgt dat misstanden altijd eerst intern moeten worden gemeld.

Kennelijk onredelijk ontslag

Op het gebied van kennelijk onredelijk ontslag waren er geen baanbrekende uitspraken van de HR. Wel werd voor de tweede keer uitspraak gedaan in de zaak-Van der Grijp/Stam. Die zaak was ooit in 2006 door Stam aanhangig gemaakt. Het Hof Den Haag had hem toen een vergoeding toegekend op basis van de kantonrechttersformule verminderd met dertig procent, wat neerkwam op een bedrag van ruim 26.000 euro. De HR had toen dat arrest van het hof gecasseerd onder andere met de motivering dat de formule zoals het hof die hanteerde, ontoelaatbaar was. Vervolgens werd de zaak terugverwezen naar het Hof Amsterdam. In tweede instantie oordeelde het hof dat er geen sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. Er werd dus (ook) geen vergoeding toegekend. De HR verwierp vervolgens het cassatieberoep van Stam, die na zes jaar procederen met lege handen staan bleef. Wellicht een doekje voor het bloeden voor Stam dat zijn naam inmiddels verbonden is aan een zeer bekend arrest.

Ten aanzien van de begroting van de schade hebben de kantonrechtters tijdens hun vergadering in november 2012 zich uitgesproken voor een berekeningswijze zoals die te vinden is op de website www.hoelangwerkloos.nl. Deze website is tot stand gebracht door het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam. De tool op deze site geeft aan hoelang naar alle waarschijnlijkheid een werknemer werkloos zal zijn en wat de kans is op uitstroom naar de arbeidsmarkt. Aan de hand van de

Wellicht een doekje voor het bloeden voor Stam dat zijn naam inmiddels verbonden is aan een zeer bekend arrest

uitkomsten kan dan de schade berekend worden. De kantonrechtters Amsterdam en Utrecht hebben al op basis van deze site een vergoeding bepaald (Sector Kanton Rechtbank Utrecht 30 januari 2013 LJN: BZ1018 en Sector Kanton Rechtbank Rotterdam 14 december 2012 LJN: BY6325).

Ontbindende voorwaarde

De zaak-HTM Personenvervoer N.V./werknemer (HR 2 november 2012, LJN: BX 0348) betrof het toestaan van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst bij een beëindiging van een ID-subsidie. In dit geval ging het om de vraag of de arbeidsovereenkomst op grond van de overeengekomen ontbindende voorwaarde van rechtswege zou eindigen indien de subsidie die de werkgever van de gemeente ontving op grond van een regeling voor doorstroom van langdurige werklozen (ID-regeling) zou worden stopgezet. De kantonrechter had geoordeeld dat de ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig was. Het hof gaf echter de werkgever gelijk. In cassatie overwoog de HR in de eerste plaats dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met het gesloten ontslagstelsel is te verenigen, zal niet tot een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot

geval moet dat worden gezien. In dit geval vond de HR de ontbindende voorwaarde niet onverenigbaar met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. De werknemer was niet tewerkgesteld op een reguliere arbeidsplaats, maar op een arbeidsplaats die in het kader van de ID-regeling speciaal voor langdurig werkloze werknemers was gecreëerd. Indien een werkgever meewerkt aan een dergelijke regeling dan is het met het wettelijk ontslagstelsel verenigbaar dat hij zich op voorhand ervan verzekert dat beëindiging van de subsidieregeling voor hem geen nadelige gevolgen heeft. Redelijk is dat in de verhouding tot de betrokken werknemer de intrekking van de subsidie niet voor rekening van de werkgever komt.

Finale kwijting

Een andere zaak die voor de dagelijkse adviespraktijk van belang is, is de zaak tussen de ABN AMRO en werknemer (HR 12 oktober 2012, LJN: BX7588) over de finale kwijting in een beëindigingsovereenkomst. Daar speelde de vraag of de in een vaststellingsovereenkomst opgenomen finale kwijting ook betekende dat personeelsopties die niet in de beëindigingsovereenkomst waren vermeld, waren vervallen. De werkgever had de werknemer niet op het vervallen van de optierechten gewezen. Daarmee had de werkgever in strijd met zijn verplichting als goed werkgever gehandeld. De werknemer had zich tijdens de onderhandelingen niet gerealiseerd dat de opties zouden komen te vervallen terwijl hij een deel van die opties voor de beoogde beëindigingsdatum nog had kunnen uitoefenen zonder financieel nadeel voor de werkgever. Voor de beantwoording van de vraag of de optierechten onder de finale kwijting vallen, komt het volgens het hof aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze kwijtingsbepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De optierechten waren echter niet ter sprake geweest bij de onderhandelingen. De werknemer, die overigens geen juridische bijstand had, hoefde dan ook niet te verwachten dat deze in de finale kwijting waren begrepen.

In het kader van een evenwichtige personeelsopbouw van personeel onder de 56 moet iedereen eruit op zijn 56; maar dat is evenwichtig, en dat heeft niets met leeftijdsdiscriminatie te maken!

Toepasselijkheid BBA

De HR deed in februari 2012 (24 februari 2012, LJN: BU8512) uitspraak in een zaak die ging over de toepasselijkheid van het BBA in internationale verhoudingen. Zoals bekend is de op het BBA gebaseerde toestemming van UWV in beginsel niet vereist indien de werknemer na beëindiging van het dienstverband niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvalt. In de zaak die speelde was toestemming van UWV volgens Nuon niet nodig omdat haar Amerikaanse werknemer zou terugkeren naar de Verenigde Staten en dus niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terug zou vallen. De kantonrechter en het hof oordeelden echter anders en gaven de werknemer gelijk. De HR overwoog in cassatie dat de vraag of het BBA van toepassing is nog steeds afhangt van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. De HR overwoog echter ook dat het hof terecht had geoordeeld dat het doel van het BBA – om de werknemer bescherming te bieden tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag – de nadruk verdient. De situatie van de werknemer onderscheidde zich in de Nuon-zaak onvoldoende van die van andere werknemers die werkzaam zijn in Nederland en die zonder meer ontslagbescherming verdienen, zodat de toepasselijkheid van de artikelen 6 en 9 van het BBA gerechtvaardigd was.

Opvolgend werkgeverschap

Op 11 mei 2012 heeft de HR (LJN: BV9603) een belangwekkend arrest gewezen over het opvolgend werkgeverschap van artikel 7:668a lid 2 BW. In dit artikel is bepaald dat de ketenregeling voor contracten voor bepaalde tijd ook van toepassing is op elkaar opvolgende overeenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de ver-



richte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.

In de zaak die voorlag, ging het om de overgang van een concessie voor vervoer op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). De concessie ging op 1 april 2008 over van Connexxion Taxi Services naar Vier Gewesten, die hiervoor Taxicentrale Wolters inschakelde. Van Tuinen was in dienst van Connexxion op grond van haar derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur die op 31 maart 2008 van rechtswege afliep. In verband met het overgaan van de concessie trad Van Tuinen aansluitend per 1 april 2008 in dienst van Wolters, wederom op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Deze arbeidsovereenkomst werd eenmaal met een jaar verlengd, waarna Wolters besloot de arbeidsovereenkomst niet verder te verlengen. Van Tuinen stelde zich vervolgens op het standpunt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur was ontstaan, primair wegens overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW en subsidiair op grond van het opvolgend werkgeverschap. Met de primaire grondslag was de HR snel klaar. De arbeidsovereenkomst met Connexxion was immers op 31 maart 2008 van rechtswege geëindigd. Voor zover reeds sprake was van overgang van onderneming was Van Tuinen op dat moment derhalve niet meer in dienst van Connexxion. Zij kon daarom niet op grond van artikel 662 e.v. BW mee over zijn gegaan naar Wolters. Het arrest is met name van belang vanwege de uitleg die de HR gaf aan het opvolgend werkgeverschap van artikel 7:668a lid 2 BW, de subsidiaire grondslag

van de werkneemster. De HR besliste dat voor opvolgend werkgeverschap aan de volgende criteria moet zijn voldaan: ten eerste, de nieuwe arbeidsovereenkomst moet van de werknemer wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisen als de voorafgaande arbeidsovereenkomst; ten tweede, tussen de nieuwe en de vorige werkgever moeten zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever op basis van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Het tweede criterium is niet eerder in de rechtspraak van de HR zo duidelijk naar voren gekomen. De HR sluit hiermee bewust aan bij de rechtspraak over de geldigheid van een proeftijdbeding in geval van opvolgend werkgeverschap (HR 24 oktober 1986, LJN: AC9537). In het geval van Van Tuinen was de HR van oordeel dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap, aangezien Connexxion en Wolters niets anders met elkaar van doen hadden dan dat zij elkaars concurrenten waren. Aan het tweede criterium was derhalve niet voldaan.

Rechtsvermoeden arbeidsomvang

In het arrest van 27 april 2012 heeft de HR (LJN: BW0017) zich nader uitgesproken over het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Op grond van deze bepaling wordt de arbeidsomvang in enige maand

vermoed gelijk te zijn aan de gemiddelde arbeidsomvang in de drie voorafgaande maanden. In de rechtspraak is bepaald dat een andere referentieperiode kan worden aangehouden, indien deze meer representatief is.

Het betrof een zaak die was aangespannen door een postbezorger van TNT. De postbezorger was met ingang van 4 september 2006 in dienst getreden van TNT op basis van een arbeidsovereenkomst met een arbeidsduur van gemiddeld twaalf uur per week. Per brief van 18 juni 2009 ging de postbezorger onder voorbehoud akkoord met een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin een arbeidsduur van achttien uur per week was opgenomen. Zij constateerde vervolgens echter dat haar gemiddelde arbeidsduur in het verleden hoger was geweest. Op 1 juli 2009 verzocht de postbezorger daarom een aanpassing van haar arbeidsduur met terugwerkende kracht vanaf 1 oktober 2008, op basis van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Tevens vorderde de postbezorger betaling van achterstallig salaris op basis van de aangepaste arbeidsduur. De postbezorger baseerde haar gemiddelde arbeidsduur op de in haar ogen representatieve periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2008.

Het hof wees de aanpassing toe vanaf 1 juli 2009 (de datum van het verzoek van de werknemer) op basis van een referentieperiode van 1 juli 2008 tot 1 juli 2009. In casus kwam de postbezorger onder meer op tegen het feit dat het hof de vordering eerst vanaf 1 juli 2009 had toegewezen en niet vanaf de door haar gevorderde datum van 1 oktober 2008. De HR stelde de werknemer op dit punt in het gelijk, overwegende dat indien het hof ervan was uitgegaan dat een aanpassing niet kon worden toegewezen met ingang van een datum vóór die van indiening van het aanpassingsverzoek, het hof was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de tekst van de wet noch haar totstandkomingsgeschiedenis steun biedt voor een dergelijke beperkte uitleg. De HR verwees de zaak terug naar het hof, waarbij ten overvloede werd opgemerkt dat het hof de arbeidsomvang in de periode van 1 oktober 2008 tot 1 juli 2009 moest baseren op een andere referentieperiode dan de periode die het hof had gehanteerd voor de arbeidsomvang vanaf 1 juli 2009.

Het verplichte pensioenontslag leidde daarom niet tot ontoelaatbaar onderscheid op grond van leeftijd

Leeftijdsontslag

In het arrest van 13 juli 2012 van de HR (LJN: BW3367) stond het verplichte pensioenontslag voor KLM-vliegers centraal. Op grond van de toepasselijke cao eindigt de arbeidsovereenkomst van verkeersvliegers van rechtswege bij het bereiken van de pensioenleeftijd van 56 jaar. De doelstelling van deze regeling is het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen de rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsofbouw (waaronder begrepen een evenwichtige verdeling van de werkgelegenheidskansen binnen de beroepsgroep). De HR besliste dat de aangevoerde doelstelling legitiem, passend en noodzakelijk was. Het verplichte pensioenontslag leidde daarom niet tot ontoelaatbaar onderscheid op grond van leeftijd. De HR had zich reeds eerder in twee arresten van 8 oktober 2004 in vergelijkbare zin over deze KLM-regeling uitgesproken (LJN: AP0424 en LJN: AP0425). Het toetsingskader was sindsdien echter veranderd door invoering van de op de Europese Richtlijn 2000/78/EG gebaseerde Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, waardoor de regeling opnieuw aan een rechterlijke toetsing kon worden onderworpen. Dat nieuwe toetsingskader leidde echter niet tot een andere uitkomst.

In onze vorige kroniek bespraken wij de uitspraak van 13 september 2011 van het Europese Hof van Justitie waarin op grond van dezelfde Europese Richtlijn werd geoordeeld dat een verplicht leeftijdsontslag voor Lufthansa-vliegers bij het bereiken van de leeftijd van zestig jaar geen stand kon houden (LJN: BT6303). Het verschil in uitkomst tussen deze zaken laat

zich verklaren door de verschillende doelstellingen die Lufthansa en KLM voor de regelingen hebben aangevoerd. Lufthansa had aan haar regeling de verkeersveiligheid ten grondslag gelegd. Het Europese Hof oordeelde dat ook deze doelstelling op zich een leeftijdsontslag zou kunnen rechtvaardigen. Er kon echter niet worden vastgesteld dat het laten doorvliegen van piloten na het bereiken van de leeftijd van zestig jaar de verkeersveiligheid ook daadwerkelijk in gevaar zou brengen.

In het KLM-arrest van 13 juli 2012 speelde voorts de vraag of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur wel van rechtswege kan eindigen op grond van een cao-regeling zonder dat voorafgaande opzegging (veelal met toestemming van UWV) nodig is. Hierover bestaat in de arbeidsrechtelijke literatuur al geruime tijd discussie. Enerzijds bepaalt het eerste lid van artikel 7:677 BW dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt indien de periode is verstreken, die bij overeenkomst, bij wet of door gebruik is aangegeven. Anderzijds staat in het vierde lid van artikel 7:677 BW dat voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur voorgaande opzegging nodig is. De HR besliste in het KLM-arrest dat het eerste lid zich niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur, maar ook van toepassing is op die voor onbepaalde duur. De HR overwoog voorts dat het vierde lid ziet op de wijze van beëindigen van een arbeidsovereenkomst (hetgeen een actieve handeling impliceert). Hieruit mogen we naar alle waarschijnlijkheid concluderen dat indien in de cao of individuele arbeidsovereenkomst een pensioenbeding is opgenomen, de arbeidsovereenkomst van rechtswege kan eindigen. Onduidelijk is echter nog of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur ook van rechtswege zal eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd indien partijen dat niet expliciet zijn overeengekomen.

Werkgevers-aansprakelijkheid

Op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid zijn het afgelopen jaar wederom

diverse arresten geweest. Hiervan is het arrest van 23 maart 2012 van de HR in de zaak-Davelaar/Allspan (LJN: BV0616) het meeste belangwekkend. In dit arrest heeft de HR zich uitgesproken over de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW. Hierin is bepaald dat artikel 7:658 BW (dat betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer) ook van toepassing is indien een 'werkgever' in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. In de rechtsliteratuur bestaat al langere tijd discussie over de vraag of zzp'ers ook onder de reikwijdte van deze bepaling vallen. De HR heeft met dit arrest deze discussie meer richting gegeven.

Davelaar was als zzp'er door houtverwerkingsbedrijf Allspan ingehuurd om een machine te reviseren. In de uitvoering van zijn werkzaamheden overkwam hem een ongeval als gevolg waarvan zijn rechterbeen boven de knie moest worden geamputeerd. De rechtbank en het hof wezen de vorderingen van de werknemer af. Het hof constateerde dat onduidelijk was of een zzp'er onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW viel, maar liet het antwoord op die vraag in het midden omdat het reviseren van machines naar zijn oordeel niet tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van Allspan behoorde. Op basis van de wetsgeschiedenis besliste de HR in de eerste plaats dat artikel 7:658 lid 4 BW ook van toepassing kan zijn op zzp'ers. Dat kan het geval zijn indien de zzp'er voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang zijn: ten eerste, de feitelijke verhouding tussen betrokkenen, ten tweede de aard van de verrichte werkzaamheden en ten derde de mate waarin de werkgever invloed heeft op de werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's. Voorts gaf de HR een ruimere uitleg aan de werkzaamheden waarop de bepaling van toepassing kan zijn. In tegenstelling tot het hof besliste de HR dat de reikwijdte van de bepaling niet beperkt is tot de werkzaamheden die tot het wezen van beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever kunnen worden

Met deze registratieplicht wil de Nederlandse overheid fraude beter kunnen opsporen en een betere bescherming van werknemers en eerlijke concurrentie bevorderen

gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het beschermingskarakter van artikel 7:658 lid 4 BW kan de bepaling zich ook uitstrekken tot andere werkzaamheden, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Het arrest van het hof was daarom onvoldoende gemotiveerd.

Ontwikkelingen in wetgeving

Het afgelopen jaar is een aantal wetswijzigingen in werking getreden waaronder, sinds 1 januari 2012, de nieuwe vakantiedagenwetgeving op grond waarvan tijdens ziekte onbeperkt vakantiedagen worden opgebouwd en wettelijke vakantiedagen vervallen na zes maanden na afloop van het kalenderjaar waarin ze zijn opgebouwd. De oude regeling was in strijd met Europees recht. In een opvallende uitspraak van 6 februari 2012 heeft de kantonrechter te Den Haag (JAR 2012/84) geoordeeld dat de staat aansprakelijk is voor vakantiedagen die onder de oude regeling zijn vervallen.

Tevens is de Wet melding collectief ontslag (WMCO) per 1 maart 2012 gewij-

zigd. Voor de meldingsplicht voor collectieve ontslagen dienen thans niet alleen ontbindingen en opzeggingen, maar ook beëindigingen met wederzijds goedvinden te worden meegeteld. Een beëindiging met wederzijds goedvinden is vernietigbaar indien niet aan de meldingsplicht is voldaan. Tevens is in artikel 6a WMCO vastgelegd dat de kantonrechter een ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen slechts kan inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of de WMCO van toepassing is en zo ja, of de werkgever aan zijn verplichtingen tot raadpleging heeft voldaan.

Voorts is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI) op een aantal punten gewijzigd. Het betreft onder meer de (her)invoering van het belemmeringsverbod, op grond waarvan een beding dat een werknemer belemmert in dienst te treden van de inlener nietig is. Tevens geldt op grond van de WAADI sinds 1 juli 2012 een registratieplicht voor het uitlenen van arbeidskrachten. Bij overtreding hiervan kunnen zowel aan de uitlener als de inlener boetes worden opgelegd van 12.000 euro per werknemer. Met deze registratieplicht wil de Nederlandse overheid fraude beter kunnen opsporen en een betere bescherming van werknemers en eerlijke concurrentie bevorderen.

Sinds begin dit jaar is eveneens een aantal wetswijzigingen van kracht. Met ingang van 1 januari 2013 geldt niet langer dat de fictieve opzegtermijn (voor het bepalen van de ingangsdatum van een WW-uitkering) met een maand wordt bekort indien de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ontbonden. De kortingsmaand is uitsluitend nog van toepassing indien de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV wordt opgezegd. De regering hoopt hiermee het aantal pro-formaprocedures verder terug te dringen.

Eveneens met ingang van 1 januari 2013 is de Wet normering topinkomens (WNT) ingevoerd. Op grond van deze wet zijn het salaris en de ontslagvergoedingen van topfunctionarissen in de (semi)publieke sector gemaximeerd. Voor bestaande afspraken kent de wet een overgangsregeling.

Tot slot heeft hebben de coalitiepartijen in het coalitieakkoord de veelbesproken wijziging van het ontslagrecht en de WW

in het regeerakkoord vastgelegd. Op basis van de plannen wordt de preventieve ontslagtoets afgeschaft, de ontslagvergoeding beperkt en worden de duur en hoogte van de WW drastisch teruggebracht. De plannen zullen niet eerder dan halverwege 2014 worden ingevoerd. Het is echter nog zeer de vraag of, en zo ja in hoeverre, de plannen uiteindelijk tot wetgeving zullen leiden.

Literatuurlijst

Meer lezen over de ontwikkelingen in het arbeidsrecht?

- Prof. mr. A.A.H. van Hoek, 'De werkingssfeer van het BBA na het Nuon-arrest en de Hoge Raad', *TRA* 2012/95.
- Mr. M.A. van Haelst, 'Reikwijdte 'opvolgend werkgeverschap' na Van Tuinen-arrest', *TAP* 2012, 6.
- Mr. E.C. van Fenema, 'Pieken en dalen. Over het toepassingsbereik van het rechtsvermoeden omvang arbeidsduur', *ArbeidsRecht* 2012/51.
- Prof. mr. G.C. Boot, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'ers', *TRA* 2012/84.
- Mr. M. Ledesma Marin en mr. F.M. Dekker, 'Vakantiedagen na Schultz en Schulte: use it or lose it!', *TAP* 2012, 1.
- Mr. E.J.A. Janssen en J. Seghrouchni, 'De nieuwe vakantieregeling: 'nog niet alle vragen beantwoord'', *ArbeidsRecht* 2012/48.
- Mr W. Hafkamp-van der Zwaard, 'Schone schijn bedriegt: de Wet Melding Collectief Ontslag gewijzigd', *ArbeidsRecht* 2012/45.
- Mr. R.S. Ferouge en mr. E.J.A. Franssen, 'Inlenersaansprakelijkheid verder uitgebreid door registratieplicht in nieuwe WAADI', *TAP* 2012, 2.
- Mr. M.C.T. Burgers, 'Wetsvoorstel WNT werpt haar schaduw vooruit', *ArbeidsRecht* 2012/36.

Wetgevingskalender

Biggeworkt tot 6 maart 2013

Dossiernummer	Onderwerp	Beh. 2e Kamer	Aang. 2e Kamer	Beh. 1e Kamer	Aang. 1e Kamer	Stb.	Datum inwtr.
33 556	Verzamelwet SZW 2013	X					
33 499	Wet zekerheid voor flexibiliteit	X					
33 475	Aanscherping Wet arbeid vreemdelingen	X					
33 367	Aanpassing WOR in verband met wijziging van de financiering van het scholingsstelsel voor leden van de ondernemingsraad	X	X				
33 161	Wet werken naar vermogen	X					
33 075	Voorstel van wet van het lid Koser Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag (Rechtsbescherming ontslag)	X					
32 889	Voorstel van wet van Van Gent en van Hijum tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur ten einde flexibel werken te bevorderen (Wet flexibel werken)	X					
32 855	Wetsvoorstel modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden	X					
32 716	Evaluatie Wet WIA	X					
32 659	Wet Babyverlof	X					
32 550	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren	X					
31 862	Wetsvoorstel limitering ontbindingsvergoeding INGETROKKEN						
31 800	Wet langdurig zorgverlof	X					

Eerder gepubliceerd in *TAP, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* (2013, afl. 2); auteur: mr. P.A. Hogewind-Wolters, vakredacteur Arbeidsrecht en advocaat.

Kroniek Pensioen- recht



INHOUD

Uitleg pensioenovereenkomst en wijziging toeslagverlening: *Vereniging van gepensioneerden Delta Lloyd* » *Binding* » *Scaping* » *Fortis* » **Arbeidsongeschiktheid** » **Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen** » **Bijstortingsverplichting voor de werkgever** » **Gelijke behandeling:** *Onderscheid tussen mannen en vrouwen* » *Onderscheid naar chronische ziekte of handicap* » *Onderscheid naar arbeidsduur* » *Onderscheid naar leeftijd* » **Herstel van fouten door pensioenuitvoerders en schending van informatieverplichtingen** » **Scheiding:** *Pensioenverweer* » *Alimentatie* » *Pensioenverevening* » *Pensioenverrekening* » *Externe uitvoering bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening door de dga* » *Internationaal privaatrecht* » **Verjaring van pensioenvorderingen**

In de periode 2011–2012 trokken het korten van pensioenrechten, het mogelijke 'invaren' van pensioenrechten verworven uit hoofde van bestaande, zekere, pensioenregelingen in nieuwe, onzekere pensioenregelingen en het beheer van pensioenregelingen veel publiciteit.

Tekst: Bastian Bodewes, Annemiek Cramer, Jan Aart van de Hoef, Wim Thijssen en Michelle Ibarra Garay¹

Eind 2012 bleek uit de media dat een significant aantal pensioenfondsen per 1 april 2013 zouden moeten overgaan tot rechtenkorting, het laatste redmiddel voor pensioenfondsen om hun financiën op orde te krijgen. Uit een nieuwsbericht van DNB van 19 februari blijkt dat het 68 pensioenfondsen betreft. De pensioenfondsen die tot rechtenkorting moeten overgaan, kampen al enige jaren met dekkingstekort. De waarde van hun bezittingen bedraagt minder dan de pensioenverplichtingen vermeerderd met het minimaal vereist eigen vermogen. Zij dienden zogenaamde kortetermijnherstelplannen in bij De Nederlandsche Bank. Daarmee werd beoogd het tekort binnen de wettelijke termijn van drie jaar in te lopen. Toen dat niet lukte, werd deze termijn op grond van een wettelijke onthefingsmogelijkheid met twee jaar verlengd. Nu de desbetreffende pensioenfondsen al vijf jaar met dekkingstekorten kampen, moet toch echt tot rechtenkorting worden overgegaan. Toch is in het kader van het zogenaamde Septemberpakket pensioenfondsen (maatregelen van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om de overbrugging naar het nieuwe regime in 2014 en de gevolgen van de lage rente in 2013 te verzachten, *red.*) opnieuw een verzachtende maatregel getroffen. Deze houdt in dat de noodzakelijke korting over meer jaren mag worden uitgespreid, waardoor deze per 1 april 2013 niet méér hoeft te bedragen dan 7 procent (zie met name de artikelen 134, 140 en 141 Pensioenwet en artikel 6a Regeling Pensioenwet en

We kunnen onze cliënten toch ook behoud van pensioen aanbieden, mits zij ermee instemmen de duur van het pensioen te beperken?



Wet verplichte beroepspensioenregeling). Rechtenkorting vraagt zorgvuldige besluitvorming. Ook de besluitvorming door pensioenfondsen, de *pension fund governance*, kreeg in 2012 veel aandacht, ook in de media. Dit vanwege het feit dat in het voorstel van Wet versterking bestuur pensioenfondsen was voorgesteld de mogelijkheid om intern toezicht op het bestuur te realiseren op basis van een *one tier board* (een bestuur bestaande uit executives waarop door non-executives toezicht wordt gehouden) te laten vervallen. Dit voorstel is begin dit jaar teruggedenomen op basis van een Nota van wijzigingen (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 182, nr. 10). Een goede *governance* van pensioenfondsen zal ook van belang blijken te zijn bij de besluitvorming rond het inbrengen van bestaande 'zekere' pensioenrechten in 'onzekere' pensioenrechten volgens het Pensioenakkoord. De juridische contouren daarvoor werden aan de hand van rechtspraak en literatuur geschetst in het Rapport Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract van het ministerie van SZW van mei 2012, bijlage

bij Kamerstukken II, 2011-2012, 32 043, nr. 113). Na deze *highlights* rond wetgeving en beleid behandelt deze kroniek de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak over pensioen gedurende de periode 2011-2012.

Uitleg pensioenovereenkomst en wijziging toeslagverlening

In de kroniekperiode 2011-2012 zijn enkele belangwekkende uitspraken gedaan over de wijziging van en/of uitleg van bepalingen in verband met toeslagverlening in de pensioenregeling. Met name van belang is daarbij om te zien hoe in de rechtspraak wordt geoordeeld over de mogelijkheid tot wijziging van een onvoorwaardelijk recht op toeslagen van gewezen deelnemers (aanspraakgerechtigden die geen deelne-

¹ Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrecht-advocatuur te Vries, Van de Hoef CPL is advocaat bij Van de Hoef Pensioenadvocatuur te Woerden, Cramer CPL en Thijssen zijn advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Heemstede, waar Ibarra Garay documentatiemedewerkster is. Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.

mer meer zijn en pensioengerechtigden) in een voorwaardelijk recht.

Vereniging van gepensioneerden Delta Lloyd

Een arrest dat veel aandacht kreeg is het arrest van het Hof Amsterdam dat op 12 juni 2012 (*PJ 2012/119*) oordeelde in een procedure tussen de Vereniging gepensioneerden Delta Lloyd c.s. tegen Delta Lloyd en Pensioenfonds Delta Lloyd. Delta Lloyd kende vanaf 1970 een eigen ondernemingspensioenregeling (Pensioenreglement-1970). De inhoud van die pensioenregeling werd aanvankelijk bepaald door de bedrijfstak-cao, maar vanaf 2003 door de ondernemings-cao. Voorts bevatte het personeelshandboek een eenzijdig wijzigingsbeding waarin het pensioenreglement en statuten van het fonds waren opgenomen. In de arbeidsovereenkomsten werd weer verwezen naar het wijzigingsbeding in het personeelshandboek. In deze procedure werd verklaring voor recht gevorderd dat tot 2000 sprake was van een onvoorwaardelijk recht op toeslagen en dat de toeslagbepaling na 2000 onvoorwaardelijk was gebleven; dat het wijzigingsbesluit van de statuten van 2006 en het besluit tot wijziging van een onvoorwaardelijke indexatiebepaling per 2011 naar een voorwaardelijke niet rechtsgeldig waren genomen en de toeslagregeling derhalve onvoorwaardelijk bleef; en, tot slot, dat wijziging van financiering van die toeslagen (niet meer door werkgever Delta Lloyd maar voortaan uit de beschikbare middelen van Pensioenfonds Delta Lloyd) niet rechtsgeldig was.

Pensioenreglement-1970 kende een onvoorwaardelijke toeslagregeling. Pensioenreglement-2000 bevatte een toeslagbepaling die een streven naar een zekere toeslagambitie verwoordde. Deze is tegen de achtergrond van de aangescherpte reserveringsverplichtingen van De Nederlandse Bank tegen het licht gehouden en aangepast opdat geen sprake zou zijn van onbedoeld onvoorwaardelijke toeslagregelingen onder nieuwe regelgeving. Het hof oordeelde dat deze toeslagbepalingen volgens de objectieve of cao-norm dienden te worden uitgelegd.

Over de wijziging per 2011 oordeelde het hof dat het bestuur op grond van de

Ook de besluitvorming door pensioenfonds, de *pension fund* governance, kreeg in 2012 veel aandacht

statuten bevoegd was tot wijziging van het pensioenreglement. Het hof kwam vervolgens tot het oordeel dat deze bepaling voorwaardelijk was en dat duidelijke mededelingen daarover aan gewezen deelnemers geen voorwaarde vormden voor de rechtsgeldigheid van totstandkoming van de bepaling. Er was geen sprake van een wijziging door de werkgever zodat de norm van artikel 7:613 BW niet gold. Er hoefde ook niet te worden getoetst aan de norm dat het belang van de werknemer bij ongewijzigde voortzetting van de regeling voor onvoorwaardelijke toeslagverlening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou moeten wijken voor een zwaarwegend belang tot wijziging van de werkgever. Het hof oordeelde ten overvloede dat als die norm zou hebben gegolden, daaraan zou zijn voldaan. Tevens oordeelde het hof dat geen sprake was van een uitgewerkte rechtsverhouding tussen gewezen deelnemers en de werkgever of het pensioenfonds. Ook was in de ogen van het hof geen sprake van misbruik van de wijzigingsbevoegdheid door het Pensioenfonds. Men kan van mening verschillen of bijvoorbeeld de bevoegdheid om arbeidsovereenkomsten te wijzigen 'doorgecontracteerd' kan worden aan het bestuur van het Pensioenfonds en of de toets van artikel 7:613 BW gold. Afgewacht moet worden of dit arrest in cassatie standhoudt.

Binding

Kantonrechter Amsterdam oordeelde op 22 oktober 2012 (*PJ 2012/212*²) in een procedure tussen een Belangenvereniging ING-directiepensioenen tegen ING over de

vraag of recht bestond op een onvoorwaardelijke toeslag op ingegane pensioenen volgens het prijsindexcijfer. De vereniging vorderde kort gezegd nakoming en financiering van de onvoorwaardelijke toeslagregeling. De arbeidsovereenkomsten kenden een bepaling dat 'de pensioenen werden aangepast aan de CPI met een maximum van drie procent, tenzij anderszins wordt besloten.' De toeslagbepaling in het toepasselijke pensioenreglement werd vervolgens in 2004 aangepast naar een nadrukkelijk voorwaardelijke toeslag. De toeslag werd tot en met (gedeeltelijk) 2009 jaarlijks gefinancierd. In 2010 werd de toeslag achterwege gelaten.

De kantonrechter oordeelde dat de toeslagbepaling hier moest worden uitgelegd volgens de Haviltex-norm en dat sprake was van een voorwaardelijke toeslag omdat niet duidelijk was dat uit het deel van de toeslagbepaling na de komma 'tenzij anders wordt besloten' zou volgen dat deze beperking uitsluitend zou zien op het maximum van drie procent. De kantonrechter interpreteerde deze bepaling aldus: dat kon worden besloten af te wijken van de bepaling en niet uitsluitend van het in de bepaling genoemde maximumpercentage van drie procent. Aldus uitgelegd was de toeslagverlening niet onvoorwaardelijk. Deze uitleg werd nog ondersteund door documenten vanaf 2003 waarin de voorwaardelijkheid van de toeslag werd benadrukt en waartegen door de betreffende deelnemers nooit was geprotesteerd. Ten slotte diende de kantonrechter te beoordelen of de werkgever de middelen voor toeslagverlening beschikbaar diende te stellen. Hierbij sloot de kantonrechter aan bij een eerder oordeel van kantonrechter Amsterdam in een zogenaamde artikel 96 Rv-procedure tussen Pensioenfonds ING en ING (Kantonrechter Amsterdam 27 juli 2011, *PJ 2011/124*). Daar werd geoordeeld dat sprake was van zwaarwegende omstandigheden op grond waarvan ING de toeslagen niet behoefde te financieren. Ook bracht een beroep op de bestendige gedragslijn die de werkgever had gevolgd door gedurende een reeks van jaren de middelen voor toeslagen beschikbaar te stellen geen soulaas.

² Opgemerkt wordt dat medeauteur Thijssen in de beginfase bij deze procedure betrokken was.

Scaping

De Stichting collectieve actie pensioen-gerechtigden ING Nederland vorderde (primair) in een procedure tegen Pensioenfondsgereguleerder ING en ING onder meer verklaring voor recht dat de pensioenregeling bij ING voorzorg in een onvoorwaardelijk recht op toeslagen op ingegane pensioenen en premievrije pensioenaanspraken. Subsidiar werd gesteld dat als al sprake was van een voorwaardelijke toeslagregeling, het toekennen van toeslagen uitsluitend bij financieel onvermogen (als bedoeld in artikel 12 Pensioenwet) zou kunnen worden geweigerd. Meer subsidiair werd gesteld dat geen sprake was van zwaarwegend redenen op grond waarvan financiering van toeslagen kon worden geweigerd.

Eerst stelt de kantonrechter vast in zijn uitspraak van 9 november 2012 (PJ 2013/2) dat sprake is van een voorwaardelijk recht op toeslagen en dat het financieringsvoorboud als bedoeld in artikel 12 Pensioenwet ziet op financiering van de reguliere pensioenopbouw waarvan de jaarlijkse toeslagverlening juist geen deel uitmaakt. De kantonrechter oordeelde dat ING een grote mate van vrijheid toekwam in de beoordeling of wordt overgegaan tot indexering welke vrijheid wordt begrensd door de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248, lid 2 BW. Met het oog op de hevigheid van de economische crisis, de nog af te lossen staatssteun en de verzwaarde kapitaal-eisen voor banken en verzekeraars concludeerde de kantonrechter dat ING redelijkerwijze kon besluiten om niet te indexeren.

Fortis

Ook in Hof 's-Gravenhage 18 september 2012 (PJ 2012/180³) ging het om de uitleg van een toeslagbepaling. Pensioenreglement 1989 kende – kort gezegd – een bepaling inhoudende dat ingegane pensioenen werden verhoogd volgens het prijsindexcijfer volgens voorwaarden in de cao, maar maximaal het percentage als vermeld in de cao. Betrokkene vorderde onvoorwaardelijke toeslagverlening op zijn ingegane pensioen volgens het geschoonde prijsindexcijfer. Het hof oordeelde dat recht bestond op een toeslagverlening van ten

hoogste de cao loonstijging. De indexering van de ingegane pensioenen was in deze zaak in handen van cao-partijen gelegd en kon dus lager uitvallen dan het prijsindexcijfer. Resterde een geschil over de uitleg van een bepaling in een brief waaraan betrokkene stelde een garantie te ontnemen. Daarover moet nog worden geoordeeld.

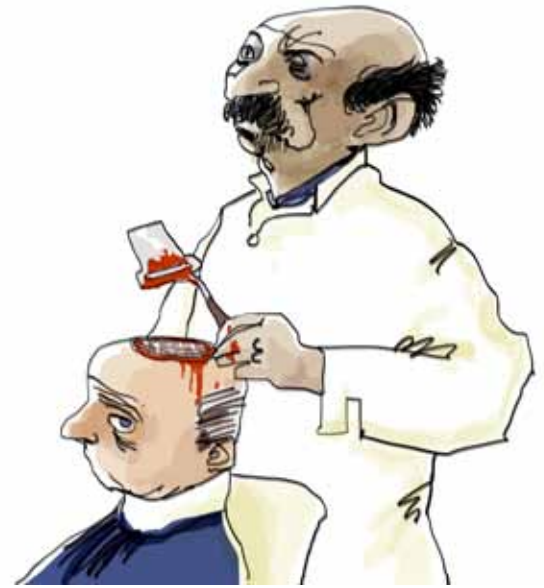
Arbeids-ongeschiktheid

In de procedure Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012 (PJ 2012/167) diende het hof te oordelen over een pensioenregeling waarin het recht op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid en een WAO-hiatpensioen was opgenomen. Werknemer werd tijdens het dienstverband arbeidsongeschikt en ontving vanaf januari 2002 een WAO-uitkering. De werkgever had de pensioenregeling ondergebracht bij Nationale-Nederlanden. Met ingang van augustus 2002 was de pensioenregeling van de werkgever met terugwerkende kracht tot januari 2002 ondergebracht bij Zwitserleven. De werknemer vorderde verklaring voor recht dat de werkgever aansprakelijk diende te zijn voor zijn pensioenschade nu de betrokken verzekeraars premievrijstelling noch uitkering van het WAO-hiaat toekenden.

Het hof oordeelde, net als de kantonrechter in eerste aanleg, dat de nieuwe pensioenregeling geen aanspraak gaf op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid en uitkering van WAO-hiaatpensioen terwijl dit in de oude pensioenregeling bij de vorige verzekeraar wel het geval was. Het hof concludeerde dat de werkgever verzekering van deze pensioenaanspraken niet goed had geregeld, dat hij daarmee niet zorgvuldig had gehandeld en daarom aansprakelijk was voor de schade die daarvan het gevolg is voor de oud-werknemer. Hieruit blijkt eens te meer dat de overgang naar een nieuwe pensioenuitvoerder steeds met de grootste zorg dient te geschieden.

Ook de uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht van 9 oktober 2008 (PJ 2012/168) betrof een geschil ter zake arbeidsongeschiktheid. Een werknemer was per april 2001 bij zijn werkgever in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst was opgeno-

En hoeveel moet u worden gekort?



men dat de de werknemer aanspraak kon maken op een pensioenregeling onder nader uit te werken voorwaarden. Onder meer werden hiertoe tussen (de tussenpersoon van) de werkgever met de werknemer gesprekken gevoerd. Op 1 november 2002 waren de pensioenovereenkomst en de pensioenverzekering tot stand gekomen. Op 1 maart 2003 is werknemer ziek en later arbeidsongeschikt geworden. Het verzoek van werknemer om premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid werd door de verzekeraar afgewezen op grond van de verzekeringsvoorwaarden omdat de werknemer binnen één jaar na de aanvang van de verzekering arbeidsongeschikt werd.

De werknemer vorderde veroordeling van zijn werkgever tot financiering van zijn pensioenopbouw omdat de pensioentoezegging door de werkgever niet tijdig werd nagekomen. De kantonrechter oordeelde dat voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst nog nadere informatie van de werknemer was vereist. Vaststaat dat in de totstandkoming van de pensioenovereenkomst vertraging was ontstaan. Wat niet vaststond, was waaraan die vertraging te wijten was. De kantonrechter oordeelde dat het niet waarschijnlijk was dat vertraging in de totstandkoming van de pensioenovereenkomst de schade die de werknemer lijdt tot gevolg zou hebben. Deze schade was daarom niet aan de werkgever toe te rekenen.

3 In deze zaak treedt medeauteur W.P.M. Thijssen op als advocaat.

Verplichte bedrijfstak- pensioenfondsen

Op 24 februari 2012 (PJ 2012/65) wees de Hoge Raad een arrest over het zogenaamde 'hoofdzakelijkheids criterium', opgenomen in onder meer de werkingssfeeromschrijving in de verplichtstellingsbeschikking voor de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalektro (PME). Aan de orde was de vraag of in een bepaalde onderneming 'in hoofdzaak het bedrijf van be- en/of verwerken van metalen wordt uitgeoefend'. Dient bij de toepassing van dit criterium uitsluitend te worden gelet op de werkzaamheden van de werknemers die fysieke handelingen met metaal verrichten óf dient ook rekening te worden gehouden met de werkzaamheden van onder meer het ondersteunende personeel? De HR oordeelde dat een redelijke uitleg het laatste meebrengt.

In de afgelopen periode was er, in het licht van de economische crisis niet verrassend, veel jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid voor het niet-afdragen van pensioenpremies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Op grond van de Wet Bpf 2000 dient betalingsonmacht onverwijld schriftelijk aan het bedrijfstakpensioenfonds te worden gemeld. Indien het bedrijfstakpensioenfonds vervolgens, na die melding, ten aanzien van een bestuurder stelt en bewijst dat aannemelijk is dat het niet-betalen van de pensioenpremies het gevolg is van het aan die bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding, dan is die bestuurder hoofdelijk aansprakelijk. Indien niet aan de meldingsplicht is voldaan, zijn alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet-betaling aan ieder van hen is te wijten. Dit wettelijke vermoeden kan alleen worden weerlegd door de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet-voldoen aan de meldingsplicht niet aan hem is te wijten. Hof Leeuwarden oordeelde in twee uitspraken van 28 februari 2012 en van 2 oktober 2012, dat niet aan de meldingsplicht was voldaan (PJ 2012/78 en 199) en ook Rechtbank Rotterdam oor-

hm...
een brief van de Belangenvereniging
CEO-pensioenen ...



deelde in een uitspraak van 4 april 2012 dat een melding was nagelaten (PJ 2012/102). De Kantonrechter Haarlem oordeelde dat het wettelijke vermoeden was weerlegd ten aanzien van een werknemer die weliswaar formeel bestuurder was, maar feitelijk niet als zodanig fungeerde (Kantonrechter Haarlem 23 november 2011, PJ 2012/45).

Van belang is ook een arrest van de HR van 9 februari 2013 (LJN: BY4465). Uit dat arrest zou kunnen worden afgeleid dat een pensioenfonds een brief waarin wordt medegedeeld dat een regeling door een reglementswijziging eindigt, op grond van artikel 17 PSW op zodanige wijze dient te verzenden dat zeker is dat die brief de geadresseerde daadwerkelijk bereikt (het arrest kan ook zo worden geïnterpreteerd dat de kwestie rond de wijze van verzending ter verdere beoordeling aan het verwijzingshof is gelaten). Of dat ook geldt voor een onverplicht aanbod voor een vervangende regeling, is volgens de HR afhankelijk van de omstandigheden van het geval (zie in dit verband Hof Amsterdam 20 december 2011, PJ 2012/101).

Bijstortingsverplichting voor de werkgever

In de huidige 'crisis-tijd' (leidend tot te lage dekkingsgraden bij pensioenfondsen) wor-

den in het kader van de uitvoering van herstelplannen de ogen ook gericht op de werkgever om pensioenfondsen met dekkingstekort te hulp te schieten door bijstortingen. De grondslag voor deze hulp kan zijn vastgelegd in een uitvoeringsovereenkomst (onder het PSW-regime van vóór 2007 de financieringsovereenkomst genoemd) tussen werkgever en het pensioenfonds. Veel animo bij werkgevers om bij te storten is (begrijpelijkerwijs) niet aanwezig. Overigens waren in de jaren negentig de dekkingsgraden geregeld zo hoog dat werkgevers juist geld teruggestort kregen (zie voor achtergrondinformatie Kamerstukken II, 2012-2013, 32 043, nr. 142 met als bijlage de pilotstudie *Terugstortingen en bijstortingen 1985-2011* van 31 oktober 2012).

Kantonrechter Amsterdam 16 januari 2012 (PJ 2012/43) oordeelde na twee jaar procederen dat, ondanks de aanwezigheid van een contractuele grondslag in een nog van toepassing zijnde financieringsovereenkomst (tot stand gekomen ten tijde van het PSW-regime), de werkgever toch niet hoefde bij te storten. Het (ondernemings)pensioenfonds Unisys vorderde van de aan dit pensioenfonds verbonden onderneming Unisys bijstorting om aan het wettelijk minimaal vereist eigen vermogen te komen. De financieringsover-

eenkomst sloot niet geheel meer aan bij de huidige (voor het herstel van dekkingsgraden mildere) Pensioenwet, daar de financieringsovereenkomst voor de werkgever de verplichting inhield zodanige extra premie te voldoen dat een dekkingstekort binnen één jaar zou zijn weggewerkt. De kantonrechter was echter van mening dat ongewijzigde instandhouding van de bijstortingsverplichting binnen één jaar, zoals opgenomen in de financieringsovereenkomst, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was (zie artikel 6:248, lid 2 BW). Aan het oordeel van de kantonrechter lagen zowel algemene omstandigheden als specifieke omstandigheden ten grondslag. Het is nog allerm minst duidelijk of deze uitspraak een werkgever (in het algemeen) daadwerkelijk meer mogelijkheden zal kunnen bieden om niet tot bijstorting te hoeven overgaan indien dat wel is overeengekomen.

Gelijke behandeling

De stroom van jurisprudentie op het gebied van gelijke behandeling houdt aan. In het navolgende passeert een aantal naar discriminatiegrond onderscheiden uitspraken de revue.

Onderscheid tussen mannen en vrouwen

De Commissie Gelijke Behandeling, inmiddels opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens, oordeelde in twee uitspraken van 5 juni 2012 (*PJ 2012/164* en *165*) dat sprake was van verboden onderscheid naar geslacht, in de situatie waarin voor ongehuwde vrouwen in de pensioenregeling een toetredingsleeftijd van 30 jaar gold, terwijl voor ongehuwde mannen een toetredingsleeftijd van 25 jaar gold. Van ongelijke behandeling was sprake vanaf het moment dat verzoekster de 25-jarige leeftijd had bereikt (in 1978). Twee andere uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB 15 december 2011, *PJ 2012/46* en CGB 12 januari 2012, *PJ 2012/80*) gingen over indirect verboden onderscheid naar geslacht, meer in het bijzonder over

Overigens waren in de jaren negentig de dekkingsgraden geregeld zo hoog dat werkgevers juist geld teruggestort kregen

korting bij groot leeftijdsverschil. Deze twee oordelen liggen in lijn met eerdere oordelen van de commissie. De vaste lijn in de rechtspraak van de commissie is dat deze vorm van korting een verboden onderscheid naar geslacht oplevert.

Onderscheid naar chronische ziekte of handicap

In een uitspraak van 24 april 2012 (*PJ 2012/127*) oordeelde de commissie dat sprake was van verboden indirect onderscheid vanwege chronische ziekte of handicap. De situatie deed zich voor dat een werknemster met een chronische ziekte die een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, haar ouderdomspensioen niet mocht uitstellen voor de uren die zij in dienst was, omdat zij een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontving, terwijl werknemers die geen arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvingen hun ouderdomspensioen voor die uren wel mochten uitstellen.

Onderscheid naar arbeidsduur

In *O'Brien/Ministry of Justice* (Hof van Justitie EU 1 maart 2012, *PJ 2012/112*) beantwoordt het Europese Hof van Justitie prejudiciële vragen over de kwestie in hoeverre de personele werkings sfeer van richtlijn 97/81/EG (die uitvoering geeft aan de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid) wordt bepaald door het nationale recht van lidstaten. De prejudiciële vragen waren

gerezen tegen de achtergrond van een nationale bepaling op grond waarvan deeltijdrechter met een dagvergoeding geen recht op een pensioen hebben.

Onderscheid naar leeftijd

In de afgelopen periode werd veel jurisprudentie gewezen over onderscheid naar leeftijd in sociale plannen. Dat verbaast niet in tijden van crisis. De Commissie Gelijke Behandeling kreeg te oordelen over een sociaal plan waarin onderscheid naar leeftijd werd gemaakt doordat de maximering van de ontslagvergoeding was gekoppeld aan de verschillende pensioenrichtleeftijden die voor de werknemers van toepassing waren. Dat pakte nadelig uit voor een bepaalde groep werknemers geboren vóór 1 januari 1950. Hun pensioenrichtleeftijd was 62 jaar, terwijl voor de andere werknemers een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar gold. De commissie oordeelde dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd was. De betreffende groep werknemers verkeerde volgens de commissie ten opzichte van andere werknemers in een betere financiële situatie, omdat die groep geen gevolgen had ondervonden van de aanpassingen van het pensioenreglement in verband met de Wet VPL (CGB 10 januari 2012, *PJ 2012/60*). In een ander sociaal plan dat gold in de bedrijfstak van de bouwnijverheid, werd eveneens onderscheid naar leeftijd gemaakt. Ook dat onderscheid werd gemaakt door de hoogte van de ontslagvergoeding te koppelen aan de pensioenrichtleeftijd. De Kantonrechter Middelburg oordeelde dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd was, waarbij hij liet meewegen dat het in de bouwnijverheid gebruikelijk is om met 60 jaar met vroegpensioen te gaan (Kantonrechter Middelburg 12 september 2011, *PJ 2012/124*). De Kantonrechter Amsterdam oordeelde anders ten aanzien van een sociaal plan in de bankensector. In het sociaal plan van De Nederlandsche Bank werd onderscheid naar leeftijd gemaakt doordat de ontslagvergoeding van werknemers die de mogelijkheid hadden om met prepensioen te gaan, was gemaximeerd. De kantonrechter oordeelde dat de betreffende bepaling uit het sociaal plan nietig was, omdat het onderscheid niet gerechtvaardigd was. Het feit dat oudere werknemers de mogelijk-

heid hadden om met prepensioen te gaan rechtvaardigde niet dat een werknemer die ervoor koos om niet met prepensioen te gaan en wilde doorwerken, geen aanspraak kon maken op een daarbij passende vergoeding (Kantonrechter Amsterdam 29 februari 2012, PJ 2012/105). De werknemer moet dan wel stellen en zo nodig bewijzen dat hij wil doorwerken, zo bleek uit een arrest van Hof Leeuwarden van 21 februari 2012 (PJ 2012/103).

Herstel van fouten door pensioen-uitvoerders en schending van informatie-verplichtingen

In voorgaande Kronieken pensioenrecht is keer op keer het onderwerp herstel van fouten door pensioenuitvoerders aan de orde gekomen. In deze kroniek is dat niet anders. Fouten van pensioenuitvoerders blijven immers aanleiding geven tot gerechtelijke procedures.

In communicatie-uitingen van pensioenuitvoerders worden geregeld fouten gemaakt. Niet zelden hebben deze betrekking op onjuist berekende pensioenuitkeringen. In het algemeen kan worden gesteld dat pensioenuitvoerders de bevoegdheid hebben om een gemaakte fout te herstellen. Slechts wanneer het rechtens te beschermen vertrouwen is gewekt (gerechtvaardigd vertrouwen, artikel 3:35 BW) dat de opgaven/uitkeringen juist zijn en/of wanneer het recht om een gemaakte fout te herstellen, is verwerkt (rechtsverwerking) kan dat anders zijn. De lijn in de rechtspraak is overigens in het algemeen dat fouten slechts dan eventueel niet mogen worden hersteld, indien aan het zogenaamde nadeelsvereiste is voldaan: slechts wanneer de gerechtigde tot een pensioen iets heeft nagelaten of gedaan op basis van de door een pensioenuitvoerder verstrekte informatie, mag op de juistheid



van die informatie worden vertrouwd. Pensioenrechthebbenden zullen zich in een geschil vaak beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen, pensioenuitvoerders vaak op de reglementaire bepalingen en eventuele disclaimers (wat volgens de AFM niet tot de mogelijkheden zou mogen behoren op grond van artikel 48 PW omdat de AFM onder de daar bedoelde 'duidelijke' informatie 'juiste' informatie verstaat).

In Hof Amsterdam 6 december 2011, PJ 2012/18 heeft het hof in hoger beroep een vonnis van de Kantonrechter Haarlem (Rechtbank Haarlem, Sector Kanton, 3 februari 2011, rolnr. 477954/CV EXPL 10-10642) bekrachtigd waarin een pensioenfonds een onjuist berekende pensioenuitkering neerwaarts mocht bijstellen. Een beroep van de uitkeringsgerechtigde op gerechtvaardigd vertrouwen slaagde niet. Hoewel het pensioenfonds meermalen verkeerd over de hoogte van het pensioen had geïnformeerd, mocht de uitkeringsgerechtigde niet vertrouwen dat hij de in de informatie genoemde pensioenuitkeringen zou (blijven) ontvangen, omdat ook was medegedeeld dat de uitkeringen werden vastgesteld op grond van de pensioenreglementen, aldus het hof. Dit had anders kunnen zijn indien onomkeerbare financiële verplichtingen waren aangegaan op grond van de (foutieve) mededelingen, zodat aan het nadeelsvereiste zou zijn voldaan. Hier van was echter niet gebleken.

In Rechtbank Utrecht, Sector Kanton, Locatie Utrecht 4 april 2012 (PJ 2012/142)

vorderde een pensioenfonds terugbetaling van ten onrechte uitgekeerd invaliditeitspensioen over meerdere jaren in het verleden (april 2002 tot en met oktober 2008). Deze vordering slaagde niet, omdat gedaagde volgens de kantonrechter wel gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat aan hem invaliditeitspensioen toekwam omdat betrokkene jaarlijks een opgave ontving van het aan hem uitgekeerde invaliditeitspensioen. Voorts was het voor gedaagde niet, althans onvoldoende, duidelijk, dat hem geen uitkering toekwam. Daarnaast was bij het aangaan van een langdurige hypothecaire verplichting rekening gehouden met het invaliditeitspensioen. Aan het nadeelsvereiste was voldaan. Redenen voor de kantonrechter een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen toe te wijzen.

Toepassing van de vertrouwensleer op communicatie van een pensioenfonds speelde ook een rol in een arrest van de HR van 22 juni 2012 (PJ 2012/145). Een ex-ambtenaar stelde dat zij, na gebruik te hebben gemaakt van een Flexibel Pensioen en Uittreden (FPU)-aanvullingsregeling (de zogenaamde Remkes-regeling) mocht vertrouwen op de juistheid van een eerder gecommuniceerde bijverdiengrens. Bij een inkomen boven de bijverdiengrens wordt de FPU-uitkering gekort/verlaagd. Nadat de ambtenaar had besloten gebruik te maken van de FPU met de aanvullingsregeling, werd de bijverdiengrens echter fors verlaagd. Na een interne bezwaarprocedure werd de verlaging van de bijverdiengrens

in de tijd opgeschoven, maar de ex-ambtenaar wilde volledige instandhouding van de eerder gecommuniceerde hogere bijverdiengrens. De HR erkende het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen niet, omdat er niet van mocht worden uitgegaan dat de bijverdiengrens waar de ex-ambtenaar vanuit ging, niet meer gewijzigd kon worden.

Op 18 mei 2011 oordeelde de Rechtbank Utrecht in een procedure ter zake niet-afgedragen pensioenpremies door de werkgever aan de pensioenverzekeraar (PJ 2012/120). Tussen de verzekeraar en werkgever werd een betalingsregeling afgesproken. Na het faillissement van de werkgever in 2009 bestond nog een aanzienlijk tekort in de premieafdrachten aan verzekeraar die leidde tot het beëindigen van de toekomstige pensioenopbouw, alsmede van herberekening van de hoogte van het in het verleden opgebouwde pensioen. In de procedure vorderden werknemers vergoeding van pensioenschade ontstaan door premietekorten omdat de verzekeraar tekort zou zijn geschoten in zijn informatieplicht als bedoeld in artikel 29 Pensioenwet. Deze schending bestond daaruit dat de verzekeraar de deelnemers niet tijdig zou hebben ingelicht over de premieachterstanden en dat door vestrekking van maandelijks pensioenopgaven de verwachting werd gewekt dat sprake was van gerealiseerde pensioenopbouw. De rechtbank oordeelde dat de informatieverplichting van artikel 29 Pensioenwet pas vanaf 1 augustus 2008 in werking was getreden en de verzekeraar niet op deze wetgeving hoefde te anticiperen. Bovendien gold onder de voor die tijd geldende Pensioen- en spaarfondsenwet slechts een meldingsplicht van de werkgever.

Scheiding

De hierna behandelde uitspraak ten aanzien van internationaal privaatrecht bracht een oordeel in een niet eerder berechte situatie. Voor het overige borduurde de rechtspraak voort op eerder uitgezette lijnen. Hier worden de meest saillante uitspraken behandeld.

Pensioenverweer

In Hof 's-Gravenhage 14 maart 2012 (PJ 2012/192) faalde het gevoerde pensioenver-

In communicatie- uitingen van pensioen- uitvoerders worden geregeld fouten gemaakt

weer omdat gerekestreerde over voldoende middelen beschikte om zelf een nabestaandenvoorziening te treffen. De uitspraak past in de bestaande lijn van eerdere rechtspraak.

Alimentatie

Alimentatie wordt berekend op basis van de 'draagkracht' van de alimentatieplichtige, de 'behoefte' van de alimentatiegerechtigde en wel zodanig dat indien de 'draagkracht' het toelaat de alimentatiegerechtigde de welstand tijdens het huwelijk behoudt. De kwestie van draagkracht en behoefte speelt op wanneer voor de alimentatieplichtige en de alimentatiegerechtigde de pensioendatum opdoemt. In het kader van het bepalen van de draagkracht oordeelde Hof 's-Gravenhage 2 maart 2011 (PJ 2012/24) ten aanzien van een alimentatieplichtige die geen werk meer had, dat de draagkracht voldoende bleef om de alimentatie uit vermogen (bestaande uit een ontvangen ontslagvergoeding) te blijven voldoen. De vergoeding zou toereikend zijn voor het repareren van de pensioenbreuk die als gevolg van het ontslag was ontstaan en het blijven betalen van de alimentatie. Enigszins interen op de ontslagvergoeding was acceptabel, met name omdat de alimentatieplichtige wel weer een andere baan zou vinden, wat interen niet meer nodig zou maken. De behoefte kwam aan de orde in Hof 's-Gravenhage 2 februari 2011 (PJ 2012/23). Een bestaande alimentatieplicht eindigde bij pensionering van de alimentatieplichtige omdat er aan alimentatie geen behoefte meer bestond: de alimentatiegerechtigde beschikte weliswaar over een beperkt inkomen uit het vermogen dat haar in het kader van beëindiging van het huwelijk was toegekomen, maar zij had geen woonlasten en daarom

lage lasten daar zij het aan haar toebehoortte vermogen gedeeltelijk had aangewend voor de aankoop van een woonhuis. Draagkracht en behoefte kwamen beide aan de orde in Hof 's-Gravenhage 2 februari 2011 (PJ 2012/25). In dat arrest werd geoordeeld dat ondanks de teruggang in inkomen van de alimentatieplichtige door zijn pensionering de draagkracht voldoende bleef voor voortzetting van de alimentatie. Het hof stelde wel een einddatum vast: de alimentatie zou eindigen bij pensionering van de alimentatiegerechtigde. In Hof 's-Hertogenbosch 11 oktober 2011 (PJ 2012/29) werd alimentatie afgebouwd omdat de draagkracht van de alimentatieplichtige afnam door pensionering, maar ook de behoefte zou afnemen bij pensionering van de alimentatiegerechtigde.

Pensioenverevening

De rechtspraak op het terrein van pensioenverevening was talrijk. Ten aanzien van de Tijdelijke regeling eenmalige tegemoetkoming pensioenverevening (zie de kroniek van vorig jaar, *Advocatenblad* 2012-3, p. 30 e.v.) besliste de CRvB op 12 april 2011 (PJ 2012/20) dat die regeling geen hardheidsclausule kende en dat de Sociale Verzekeringsbank (daarom) niet van de regeling kan afwijken. Op 9 december 2011 (PJ 2012/21) oordeelde de CRvB dat de uitkering ook niet aan de erven van een mogelijke gerechtigde kan worden betaald omdat zo'n betaling strijdig zou zijn met het doel van de regeling. Ten aanzien van het uitstellen van pensioen (zie artikel 2, lid 3 Wvps; vrij vertaald: het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen volgt het ouderdomspensioen) oordeelde het Hof Leeuwarden 29 maart 2011 (PJ 2012/26) dat indien het daarvoor aangevoerde belang ontbrak, de vereveningsgerechtigde het uitstel niet hoeft te dulden. Hetzelfde hof oordeelde op 19 maart 2012 (PJ 2012/136) dat conversie (artikel 5 Wvps) niet kan worden afgedwongen.

Pensioenverrekening

Het recht op uitgestelde pensioenverrekening (voldoening van een pensioenverrekeningsvordering door middel van levenslange periodieke betaling vanaf pensioeningang) vervalt na schuldsanering, aldus Hof Leeuwarden 5 april 2011 (PJ 2012-27). De President van de Rechtbank Zwolle

wees bij vonnis in kort geding van 19 juni 2012 (PJ 2013/8) een pensioenverrekeningsvordering toe ook al was de hoogte van het verschuldigde bedrag niet aanstonds duidelijk. De president volgde de laatste berekening van het pensioenfonds waaraan het te verrekenen pensioen werd ontleend.

Externe uitvoering bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening door de dga

Uit standaardarresten van de HR uit 2004 en 2007 blijkt dat een dga bijzonder partnerpensioen en pensioenverevening extern dient uit te voeren, tenzij de vennootschap de daarvoor benodigde lasten niet kan opbrengen. Sinds de economische crisis wordt een enkele keer geoordeeld dat een vennootschap de lasten daarvoor niet kan opbrengen, zie aldus met betrekking tot de periode 2011-2012 Rechtbank Rotterdam 23 februari 2011 (PJ 2012/32). Wel moest tot externe uitvoering worden overgegaan in Rechtbank 's-Gravenhage (19 oktober 2011, PJ 2012/35) en Hof Amsterdam 28 februari (2012, PJ 2012/160).

Internationaal privaatrecht

In een situatie waarin een huwelijk naar buitenlands recht wordt gesloten en eindigt, kan de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding toch van toepassing zijn, ook al is buitenlands huwelijksvermogensrecht van toepassing. Die situatie doet zich voor als bij een Nederlandse pensioenuitvoerder pensioen is opgebouwd (artikel 1, lid 7 Wvps). Het te verevenen deel van het ouderdomspensioen wordt berekend op basis van het tijdens het huwelijk verworven ouderdomspensioen. Naar Nederlands recht eindigt een huwelijk niet door het uitspreken van de beschikking waarbij scheiding wordt uitgesproken, maar door inschrijving van die beschikking. Zie artikel 1, aanhef en onder b Wvps. In de zaak berecht door Hof Amsterdam 14 februari 2012 (PJ 2012/191) betrof het een scheiding waarop Belgisch recht van toepassing was. En naar Belgisch recht eindigt een huwelijk door de beschikking, niet pas door inschrijving daarvan. Het hof oordeelde dat desondanks het te verevenen ouderdomspensioen mede over de periode tussen de datum van de beschikking en het inschrijven daarvan moest worden

meegenomen. De tekst van artikel 1, aanhef en onder b Wvps prevaleerde ten opzichte van de bedoeling van de Wvps, dat tijdens huwelijk verworven ouderdomspensioen moet worden verevend. Zie verder Hof Amsterdam 2 oktober 2012 (LJN: BZO633) waar niet aan pensioenverevening werd toegekomen omdat niet was aangetoond dat pensioen in Nederland was verworven.

Verjaring van pensioenvorderingen

Op 3 februari 2012 wees de HR een belangwekkend arrest in verband met de verjaring van pensioenaanspraken jegens een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (PJ 2012/39). Aan de orde was de vraag of een vordering tot toekenning van pensioenaanspraken over een periode in 1988-1989 was verjaard. De HR oordeelde dat van verjaring geen sprake was, omdat de pensioenaanspraken op grond van het deelnemerschap in het bedrijfstakpensioenfonds zelfstandig en rechtstreeks uit het betreffende pensioenreglement voortvloeiden. De eventuele 'toekenning' van die pensioenaanspraken door het bedrijfstakpensioenfonds was naar het oordeel van de HR slechts een bevestiging of vastlegging daarvan. Van verjaring in verband met die

toekenning kon dan geen sprake zijn. Pas op de pensioeningangsdatum is er een vordering tot uitkering. In de Pensioenwet is bepaald dat die vordering niet verjaart (artikel 59 PW). Met het arrest van de HR van 3 februari 2012 is het laatste woord over de verjaring van pensioenaanspraken nog niet gezegd. Is het arrest bijvoorbeeld alleen van belang voor pensioenaanspraken verworven jegens verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds? En dient steeds te worden beoordeeld of pensioenaanspraken al dan niet rechtstreeks uit het pensioenreglement voortvloeien?

Ook in een arrest van Hof Leeuwarden van 25 september 2012 (PJ 2012/206) was een verjaringskwestie aan de orde. Een werknemer had, met een beroep op de toepasselijke cao, zijn werkgever verzocht hem met terugwerkende kracht deel te laten nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. De werkgever had aan dat verzoek gehoor gegeven en had de verschuldigde pensioenpremies aan het fonds afgedragen. Vervolgens vorderde de werkgever van de werknemer, met een beroep op het toepasselijke pensioenreglement, dat de werknemer de verschuldigde werknemerspremie zou betalen. Het beroep van de werknemer op verjaring (artikel 3:308 BW) faalde. Naar het oordeel van het hof was de verjaringstermijn van de vordering van de werkgever pas gaan lopen op het moment dat de werkgever de gehele pensioenpremie aan het betrokken fonds had afgedragen.

Ik zou ook zo met terugwerkende kracht weer deelnemen aan het arbeidsproces...

of wat dacht je van de huwelijksmarkt?



Literatuurlijst

Meer lezen over de ontwikkelingen in het pensioenrecht?

Inleiding

- J.A. Gielink CPL c.s., Juridische aspecten van korten van pensioenen, *Tijdschrift voor pensioenvraagstukken* 2011, afl. 2, p. 7-18

Uitleg pensioenovereenkomst en wijziging toeslagverlening

- E. Lutjens, Wijzigen van de pensioenregeling, in: E. Lutjens (red), *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Kluwer 2010, p. 381-436
- E. Lutjens, Toeslagverlening, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Kluwer 2010, p. 578-666
- J.M. Van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012, nummer 2, pag. 21-28
- M. Heemskerk e.a., Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012, nummer 6, pag. 25-35

Verplichte

bedrijfstakpensioenfondsen

- R.A.C.M. Langemeijer, Verplichte bedrijfspensioenfondsen, Serie Pensioenwijzers nr. 9, Kluwer, 2000
- E. Lutjens, Pensioen Monografieën, De Wet BPF, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen, Kluwer, 1999
- J. Los, Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en vrijstelling, *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 9, p. 17-22.

Bijstortingsverplichting

voor de werkgever

- R. Veugelers, Bestuurder van Pensioenfonds Unisys, *Pensioen Magazine* 2012, nr. 37, p. 16-19
- J.A. Gielink e.a., Juridische aspecten van korten van pensioenen, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2011, afl. 2, p. 7-18

Gelijke behandeling

- M. Heemskerk, De arbeidsdeelname van oudere werknemers, diss., Boom Juridische Uitgevers 2009
- M. Heemskerk, Gelijke Behandeling, in: E. Lutjens (red), *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Kluwer 2010, p. 436-497.

Herstel van fouten door pensioenuitvoerders en schending van informatieverplichtingen

- B. Degelink, Rechtsgevolgen van onjuiste pensioeninformatie, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2011, nr. 2
- F.W.L. Jansen e.a., Over de status van disclaimers in pensioeninformatie (1), *Pensioenmagazine* 2011, nr. 67
- F.W.L. Jansen, Over de status van disclaimers in pensioeninformatie (2), *Pensioen Magazine* 2011, nr. 89
- E.M.F. Schols, Besluit PW bevat omvangrijke informatieverplichtingen, *Pensioen Magazine* 2006, nr. 137
- C. de Quelerij e.a., Pensioencommunicatie na het Pensioenakkoord, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012, nr. 1, p. 24-29
- M. Zaal e.a., Pensioencommunicatie: less is more, *Pensioen Magazine* 2012, 108
- W.H.C. Witjes, Informatievoorschriften voor pensioenfondsen: plichten en kansen, *Pensioen Magazine*, 2009, nr. 61

Scheiding

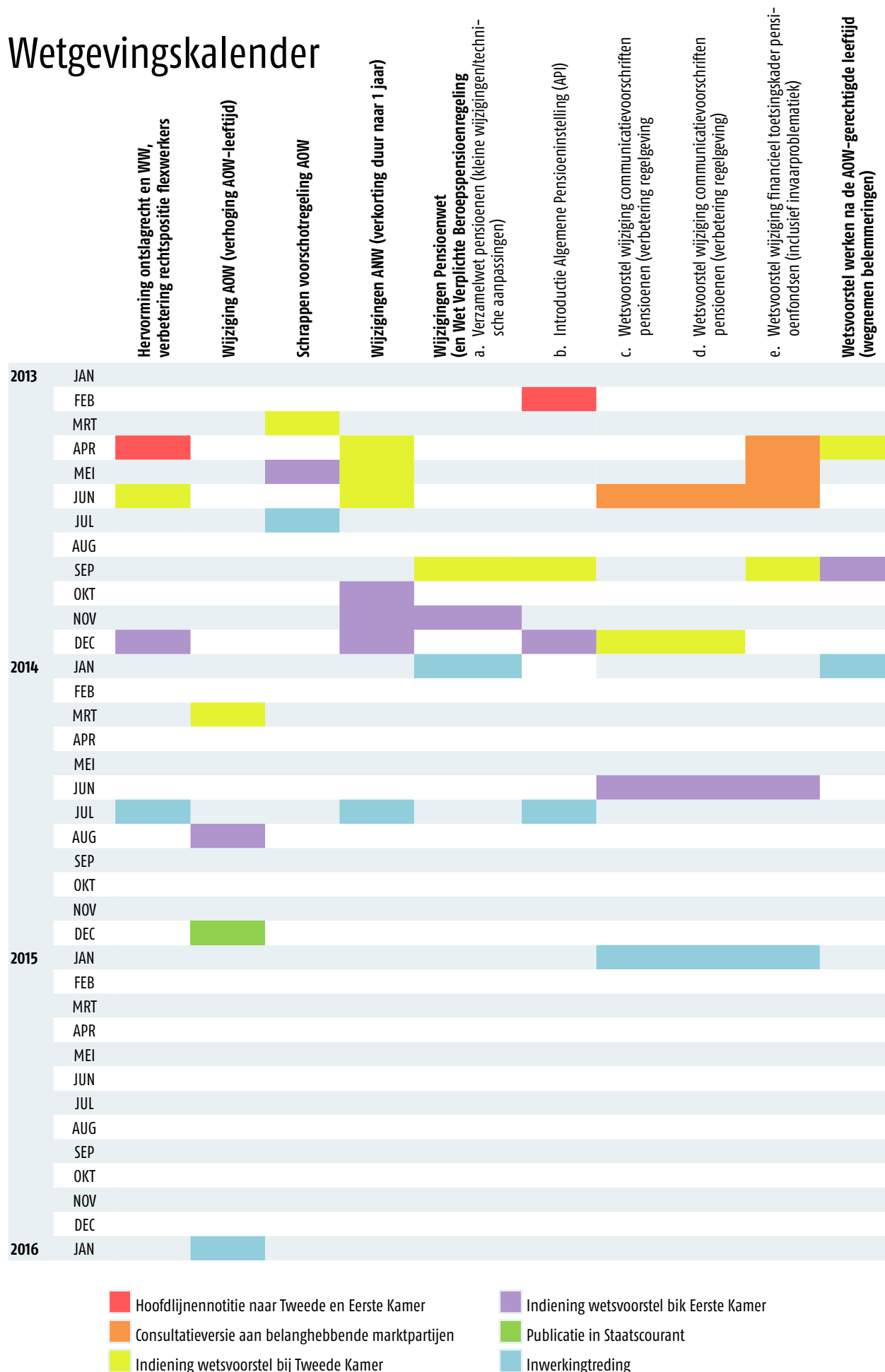
- K. Teich, Verevening pensioenrechten bij scheiding, Serie Pensioenwijzers nr. 6, FED, 1995
- W.P.M. Thijssen, Pensioenverevening volgens het wettelijk systeem, De Rekenregels nader beschouwd, Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht 1998, nr. 10
- W.P.M. Thijssen, Geen pensioenverevening, geen pensioenverrekening, *EchtscheidingsBulletin* 1998, nr. 6, p. 1-4
- W.P.M. Thijssen, Grensoverschrijdende pensioenverevening, *EchtscheidingsBulletin* 1999, nr. 2, p. 4-7
- W.P.M. Thijssen, Nogmaals: grensoverschrijdende pensioenverevening, *EchtscheidingsBulletin* 2000, nr. 9, p. 1-4

- P.M. Siegman, Pensioen en scheiding, Monografieën (echt)scheidingsrecht nr. 3, derde druk, Koninklijke Vermande, 2002
- A.H.H. Bollen-Vandenboorn, De fiscale aspecten van pensioendeling bij echtscheiding, diss., Sdu, 2004
- W.P.M. Thijssen, Verzekeringsplicht voor recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en bijzonder partnerpensioen in eigen beheer?, *EchtscheidingsBulletin* 2004, nr. 6, p. 90-92
- W.P.M. Thijssen, Pensioenverweer: terug van weggeweest?, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2009, nr. 10, p. 168-170
- W.P.M. Thijssen, Pensioen en alimentatie, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, nr. 4, p. 62-66
- W.P.M. Thijssen, Het pensioen van de dga bij scheiding, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, nr. 6, p. 99-102
- W.P.M. Thijssen, Pensioenverevening, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, nr. 9, p. 143-147
- W.P.M. Thijssen, Pensioenverrekening, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2011, nr. 1, p. 9-13
- W.P.M. Thijssen, Pensioenverrekening nader uitgewerkt, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2011, nr. 4, p. 59-63
- W.P.M. Thijssen, Pensioendeling in internationaal perspectief, *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2012, nr. 4, p. 52-57
- J.B.L.M. Lahaye CPC, (On)beperkte afstortingsplicht voor DGA, *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 6, p. 8-15
- D.W. Bakker, Jurisprudentie afstortingsplicht, DGA loopt achter bij maatschappelijke ontwikkelingen, *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 6, p. 24-29

Verjaring van pensioenvorderingen

- T. Huijg, Hoge Raad, geen verjaring, want geen verplichting, *Pensioen Magazine* 2012, nr. 5, p. 22-25

Wetgevingskalender



Kroniek Vennoot- schapsrecht



INHOUD

Flexwet » Kapitaal » Winst-, stem-, en vergaderrechten » Algemene vergadering » Blokkeringsregeling
» Bestuurders en commissarissen » Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders » Geschillenregeling
Bestuur en toezicht » Aanpassing enquêterecht » Wet corporate governance » Bonussen » Centraal
aandeelhoudersregister » Slot » Literatuurlijst

Het afgelopen jaar is een groot aantal wetgevingstrajecten op het terrein van het vennootschapsrecht afgerond. Per 1 oktober 2012 is het bv-recht ingrijpend herzien en op 1 januari 2013 traden de Wet bestuur en toezicht en de aanpassing van het enquêterecht in werking. Daarom wordt in deze kroniek alleen aandacht besteed aan deze belangrijke nieuwe wetgeving.

Tekst: Bas Visée¹

Flexwet

In 1972 werd de bv ingevoerd als afzonderlijke rechtsvorm naast de nv. De achtergrond hiervan was dat de eerste EG-richtlijn alle nv's verplichtte tot publicatie van de jaarrekening. Om besloten nv's de mogelijkheid te bieden zich aan deze publicatieplicht te onttrekken, werd een nieuwe rechtsvorm geïntroduceerd: de bv. Er vond toen geen fundamentele discussie plaats over de inrichting van de bv; er werd simpelweg aangesloten bij de nv waardoor er nauwelijks verschillen bestonden tussen de nv en de bv. Hoewel de meeste latere Europese richtlijnen inzake het vennootschapsrecht slechts van toepassing waren op de nv, heeft de wetgever deze eveneens geïmplementeerd in het bv-recht. Daardoor werd het bv-recht onnodig gecompliceerd en ontstond de laatste jaren behoefte aan een vereenvoudiging en flexibilisering van de wettelijke regeling van de bv. Ook de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie heeft daaraan bijgedragen: in het Inspire Arrest² stelde het Europese Hof grenzen aan de mogelijkheden van de Nederlandse wetgever om het gebruik van buitenlandse rechtsvormen te beperken, hetgeen leidde tot meer *regulatory competition*. Vanwege de concurrentie met buitenlandse rechtsvormen voelde de Nederlandse wetgever zich gedwongen het bv-recht aantrekkelijker te maken. Naar aanleiding van het rapport *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse bv-recht* dat de expertgroep onder leiding van professor Harm-Jan de Kluiver in 2004 uitbracht, is een drietal ambtelijke voorontwerpen opgesteld;

Vanwege de concurrentie met buitenlandse rechtsvormen voelde de Nederlandse wetgever zich gedwongen het bv-recht aantrekkelijker te maken

deze zijn samengevoegd tot één wetsvoorstel dat in 2007 aan de Tweede Kamer werd gezonden. Vijf jaar later stonden de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de daarbij behorende Invoeringswet in het *Staatsblad*³; deze wetten traden op 1 oktober 2012 in werking. Over de Flexwet – zoals ik de nieuwe wetgeving hierna kortweg aanduid – is een enorme hoeveelheid literatuur verschenen. Hier beschrijf ik in hoofdlijnen de belangrijkste wijzigingen, zodat u door de bomen het bos weer ziet.

Kapitaal

De Flexwet heeft het minimumkapitaal voor de bv afgeschaft. Ook behoeven de statuten van een bv niet langer een maat-

schappelijk kapitaal te vermelden. Voorts is het niet langer verplicht om ten minste een vierde van de nominale waarde van de aandelen te storten bij het nemen daarvan. Overeengekomen kan worden dat de stortingsplicht (geheel of gedeeltelijk) op een later tijdstip zal worden voldaan of nadat de bv deze zal hebben opgevraagd (artikel 2:191 lid 1 BW). De nominale waarde van aandelen kan thans ook in andere valuta dan de euro worden uitgedrukt.

De meeste kapitaalbeschermingsregels zijn afgeschaft. De vroeger voorgeschreven bankverklaring bij storting in geld en de voorheen verplichte accountantsverklaring bij storting anders dan in geld zijn komen te vervallen. Verder zijn de fameuze (zo je wil: beruchte) artikelen 2:204c BW (*Nachgründung*) en 2:207c BW (*financial assistance*) afgeschaft. Het bestuur blijft verantwoordelijk voor de beoordeling of transacties met oprichters/aandeelhouders die vroeger werden beheerst door de artikelen. 204c en 207c, plaats mogen vinden. Daarbij moet het bestuur het belang van de vennootschap voor ogen houden. Een onzorgvuldige of te lichtzinnige beoordeling van een transactie zou onder omstandigheden kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Artikel 2:216 BW omtrent de uitkering van winst en reserves is totaal herzien. Zo is de vermogenstoets van het tweede lid belangrijk versoepeld. Slechts voor zover de bv wettelijke of statutaire reserves moet aanhouden, dient het eigen vermogen groter te zijn dan die reserves (de zogenaamde beperkte balanstest). Er hoeft geen rekening te worden gehouden met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal. Zulks betekent dat als de bv geen wettelijke of statutaire reserves hoeft aan te houden, de uitkering kan leiden tot een negatief eigen vermogen. Het doen van een uitkering is alleen mogelijk met goedkeuring van het bestuur. Het bestuur kan slechts de verplichte goedkeuring van

1 Partner bij Rutgers Posch Visée Endedijk N.V. (Rutgers & Posch) in Amsterdam.

2 HvJ EG 30 september 2003; JOR 2003/249.

3 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Staatsblad* 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Staatsblad* 2012, 300.

Oh! Ik wil heel graag in strijd met de
regeling worden benoemd! O, als je blijft?
Ik zie enorme mogelijkheden!



een uitkeringsbesluit weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. De formulering van deze zogenaamde uitkeringstest is ontleend aan rechtspraak van de Hoge Raad.⁴ Als zich na de uitkering toch betalingsproblemen voordoen, zijn – volgens het derde lid – de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of hadden moeten voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. Uit de oorspronkelijke memorie van toelichting en de latere parlementaire behandeling blijkt dat een periode van maximaal één jaar de gebruikelijke termijn is voor wat men behoort te weten of redelijkerwijs behoort te voorzien⁵.

De wettelijke regeling voorziet in een disculpatiemogelijkheid. Een bestuurder zal moeten bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig

is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Daarnaast kunnen bestuurders nog steeds een beroep doen op aan hen verleende decharge. Hoewel er ongelooflijk veel te doen is geweest om het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW, is mijn conclusie dat daarmee een bestuurdersaansprakelijkheid in de wet is gecodificeerd die onder het oude recht ook al bestond. Feitelijk is er voor bestuurders weinig veranderd en worden zij nu niet geconfronteerd met een verzwaarde aansprakelijkheid.⁶

Aandeelhouders die een uitkering hebben ontvangen die strijdig is met de beperkte balanstest of zonder dat het bestuur zijn goedkeuring heeft verleend, zijn gehouden het ontvangen bedrag op grond van onverschuldigde betaling terug te betalen. Daarvoor is geen kwade trouw bij de aandeelhouder vereist; die is wel nodig voor de volgende aansprakelijkheid. Degene die de uitkering heeft ontvangen en wist of redelijkerwijs had behoren te voorzien dat de vennootschap daarna in betalingsproblemen zou komen te verkeren, is gehouden tot vergoeding van het

tekort dat door de uitkering is ontstaan voor ten hoogste het bedrag dat hij heeft ontvangen, met de wettelijke rente.

Voor inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouder geldt eveneens de beperkte balanstest en de uitkeringstest en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders.⁷ De inkoopregeling is versoepeld, doordat de 50 procent-grens is afgeschaft. Een bv kan alle eigen aandelen op één aandeel met stemrecht na inkopen. Onder het nieuwe recht besluit het bestuur tot inkoop; machtiging van de aandeelhoudersvergadering is niet langer vereist.

Ook de procedure voor kapitaalvermindering is vereenvoudigd. Het crediteurenverzet is komen te vervallen. Dit betekent dat het besluit tot kapitaalvermindering direct van kracht wordt. Ook zijn deponering van het besluit tot kapitaalvermindering bij het handelsregister en publicatie in een landelijk verspreid dagblad niet langer nodig.

Winst-, stem- en vergaderrechten

De Flexwet introduceert winstrechtloze aandelen. Volgens artikel 2:216 lid 7 BW kan bij de statuten worden bepaald dat aandelen van een bepaalde soort of aanduiding geen of slechts beperkt recht geven tot deling in de winst of reserves van de vennootschap. Aandelen kunnen niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn.⁸ Aandelen waaraan louter vergaderrechten zouden zijn verbonden, zijn derhalve onbestaanbaar.

Het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren, komt toe aan aandeelhouders, houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden, aan aandeelhouders die vanwege een vruchtgebruik of pandrecht geen stemrecht hebben en

⁴ HR 8 november 1991; NJ 1992/174 (Nimox) en HR 6 februari 2004; JOR 2004/67 (Reinders Didam). Zie MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 33.

⁵ MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 30 en p. 71 en Kamerstukken II, 2011-2012, 32 426, nr. 24, p. 11.

⁶ Zie hierover uitgebreid: H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2012/116, in het bijzonder p. 628-629 en p. 631.

⁷ Vergelijk voor inkoop artikel 2:207 leden 2 en 3 BW en voor kapitaalvermindering artikel 2:208 lid 6 BW.

⁸ Zie de laatste zin van artikel 2:228 lid 5 BW.

aan vruchtgebruikers en pandhouders die stemrecht hebben.⁹ Vruchtgebruikers en pandhouders die geen stemrecht hebben, hebben vergaderrecht indien de statuten dit bepalen en bij de vestiging of overdracht van het vruchtgebruik of pandrecht niet anders is bepaald. De nieuwe regeling maakt een einde aan de vroegere, soms lastige, beoordeling of certificaten al dan niet met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Bv's moeten dit jaar besluiten of aan certificaathouders vergaderrecht toekomt en zulks vermelden in het aandeelhoudersregister. Houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de vennootschap verzoeken hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register. Indien het bestuur dit verzoek afwijst, kunnen de houders van de certificaten de rechtbank verzoeken het bestuur op te dragen hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register.¹⁰ Zijn er voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Flexwet met medewerking van de vennootschap certificaten van haar aandelen uitgegeven, dan dient de vennootschap bij de eerstvolgende statutenwijziging vergaderrecht te verbinden aan houders van deze certificaten.¹¹

Onder het oude artikel 2:228 BW gold als hoofdregel dat, indien het maatschappelijk kapitaal in aandelen van eenzelfde bedrag was verdeeld, iedere aandeelhouder zoveel stemmen uitbracht als hij aandelen had. Van deze hoofdregel kon slechts beperkt worden afgeweken. Op grond van de nieuwe regeling wordt het mogelijk stemrechtloze aandelen te creëren en ontstaat veel grotere vrijheid de stemverhoudingen in te richten. Een statutaire regeling op dit punt geldt voor alle besluiten van de algemene vergadering; een differentiatie van het aan aandelen verbonden stemrecht per besluit is niet mogelijk. Als gezegd, kan een stemrechtloos aandeel niet tevens winstrechtloos zijn en heeft een houder van een stemrechtloos aandeel altijd vergaderrecht. Alleen een certificaathouder kan geheel worden uitgesloten van deelname aan vergaderingen

9 Artikel 2:227 lid 2 BW.

10 Artikel V.2 lid 1 Invoeringswet.

11 Artikel V.2 lid 6 Invoeringswet.

niet zomaar besloten
maar vastbesloten...
we hebben een B!
We hebben een V!
We hebben een...



omdat aan hem vergaderrecht kan worden onthouden.

Algemene vergadering

De Flexwet heeft de (minimale) oproepingstermijn voor het houden van een algemene vergadering verkort naar acht dagen. Is die termijn niet in acht genomen dan kan toch wettig worden besloten indien alle vergadergerechtigden met de kortere oproepingstermijn hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. Ook nieuw is dat de statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering buiten Nederland kan plaatsvinden. Vindt een vergadering elders plaats dan de statuten voorschrijven, dan is besluitvorming toch mogelijk indien alle vergadergerechtigden met die andere vergaderplaats hebben ingestemd en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen. Omdat de meeste statuten van bv's nog de oude oproepingstermijn van vijftien

dagen bevatten en bepalen dat de vergadering in een plaats in Nederland dient plaats te vinden, zullen eerst de statuten moeten worden aangepast alvorens kan worden geprofitteerd van de kortere oproepingstermijn en de mogelijkheid in het buitenland te vergaderen.

Ten minste eenmaal per jaar dient een algemene vergadering te worden gehouden, zij het dat in plaats daarvan ook besluitvorming buiten vergadering kan plaatsvinden. Vroeger konden besluiten niet buiten vergadering worden genomen indien er met medewerking van de vennootschap certificaten waren uitgegeven. Onder de Flexwet is besluitvorming buiten vergadering ook mogelijk indien er andere vergadergerechtigden dan aandeelhouders zijn, mits de andere vergadergerechtigden hebben ingestemd met deze wijze van besluitvorming. Een statutaire grondslag is daarvoor niet meer nodig. Besluitvorming met algemene stemmen is evenmin vereist. Wel dienen bestuurders en commissarissen voordien in de gelegenheid te zijn gesteld hun advies uit te brengen. Ook hier moeten eerst de statuten worden aangepast voordat gebruik kan worden gemaakt van de nieuwe regeling.

Blokkeringsregeling

Een kenmerkende eigenschap van de bv was de beslotenheid van haar kring van aandeelhouders. Artikel 2:195 BW schreef dwingend voor dat de statuten van een bv een blokkeringsregeling moesten bevatten die de overdraagbaarheid van aandelen beperkte. De Flexwet voorziet in een aanbiederingsregeling en, indien gewenst door de aanbiederende aandeelhouder, een prijsbepaling door één of meer onafhankelijke deskundigen. Daar kan bij de statuten van worden afgeweken in die zin dat géén of een andere blokkeringsregeling wordt opgenomen. Een bv hoeft dus niet meer besloten te zijn; desalniettemin handhaaft de Flexwet de naam 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' van deze rechtsvorm. Ook nieuw is de mogelijkheid om in de statuten te bepalen dat de overdraagbaarheid van de aandelen voor een bepaalde periode geheel wordt uitgesloten: de zogenaamde *lock-up*. De memorie van toelichting meldt in dit verband dat in het algemeen een termijn van vijf jaar in overeenstemming zal zijn met de redelijkheid en billijkheid, doch dat een langere termijn voor de hand ligt bij een onderneming waarin bij de start substantiële investeringen zijn vereist. In bijzondere gevallen kan een termijn van twintig jaar als een redelijke termijn worden beschouwd, bijvoorbeeld bij de ontwikkeling van hoogtechnologische vindingen die aanzienlijke investeringen vergen.¹² Verder kan in de statuten een afwijkende prijsbepalingsregeling worden opgenomen. Ten slotte is nieuw de regeling dat de rechter de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan verklaren onder meer in geval van executoriaal beslag en faillissement. De rechter kan hier slechts toe overgaan indien de belangen van de verzoeker dat bepaaldelijk vorderen en de belangen van anderen daardoor niet onevenredig worden geschaad.

12 MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 50-51.

Ook nieuw
is de
zogenaamde
lock-up

Bestuurders en commissarissen

De Flexwet maakt het mogelijk om bestuurders en commissarissen te laten benoemen, schorsen en ontslaan door houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Vereist is wel dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming inzake de te benoeming, schorsing of ontslag van ten minste één bestuurder of commissaris. De hiervoor beschreven regeling geldt echter niet bij toepasselijkheid van het volledige structuurregime: alsdan geschiedt benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders door de raad van commissarissen. Ook voor de benoeming, schorsing en het ontslag van commissarissen bij een structuur-bv geldt altijd het structuurregime.

In het nieuwe artikel 2:239 lid 4 BW is de instructiebevoegdheid aanzienlijk aangescherpt. Vroeger moesten de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen. Thans kunnen de instructies veel specifiekere zijn en dient het bestuur deze te volgen, tenzij ze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang of het belang van de door vennootschap gedreven onderneming.

Statutaire verplichtingen voor aandeelhouders

Het oude artikel 2:192 BW bepaalde kortweg dat aan een aandeelhouder geen andere verplichting kon worden opgelegd dan de storting tot het nominale bedrag van

het aandeel. De Flexwet heeft dit artikel ingrijpend gewijzigd. Sinds 1 januari 2013 kunnen de statuten met betrekking tot alle aandelen of aandelen van een bepaalde soort of aanduiding bepalen dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of een derde, of tussen aandeelhouders, aan het aandeelhouderschap zijn verbonden. Met de term 'verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard' wordt benadrukt dat verplichtingen die op aandeelhouders kunnen worden gelegd niet slechts van vennootschapsrechtelijke aard (zoals besluitvormingsregels en quorumvereisten) zijn, maar ook verplichtingen kunnen omvatten waarvan vroeger wel werd aangenomen dat die slechts in overeenkomsten tussen aandeelhouders of in overeenkomsten tussen aandeelhouders en derden konden worden vastgelegd.¹³ Bij verplichtingen tussen de vennootschap en haar aandeelhouders kan worden gedacht aan een verplichting van aandeelhouders om producten van de bv af te nemen, een verplichting voor aandeelhouders om af te zien van concurrentie met de bv of verplichtingen om op aandelen bij te storten (zelfs boven het nominale bedrag) of leningen aan de bv te verschaffen als zij extra vermogen nodig heeft. Bij verplichtingen tussen aandeelhouders kan het bijvoorbeeld gaan om *drag along* en *tag along* clauses of aan *put-* en *callopties*: bij dit soort clauses en opties moet of mag een aandeelhouder zijn aandelen tegen een bepaalde prijs aan andere aandeelhouders of derden verkopen of aandelen van andere aandeelhouders kopen. Ook kunnen er bij statuten eisen worden verbonden aan het aandeelhouderschap. Zo kan de eis worden gesteld dat men partij is bij een aandeelhoudersovereenkomst of de kwaliteitseis dat men bijvoorbeeld advocaat is.

Voor besluiten om aan aandeelhouders verplichtingen op te leggen of eisen te stellen, gelden op grond van de wet geen bijzondere vereisten. Tenzij de statuten anders bepalen, kunnen deze

13 Dit past in de trend van contractualisering van het vennootschapsrecht. Deze trend komt ook tot uitdrukking in jurisprudentie waarbij in bepaalde gevallen beperkte vennootschapsrechtelijke gevolgen aan aandeelhoudersovereenkomsten zijn toegekend. Zie voor het eerst: OK 20 mei 1999, *JOR* 2001/72 (Cromwilt-Versatel). Zie ook MvT, Kamerstukken II, 2006-2007, nr. 3, p. 15 en 16.

besluiten met een gewone meerderheid worden genomen. Het verschil met andere besluiten is echter dat een in de statuten geïntroduceerde verplichting of eis een bestaande aandeelhouder niet tegen zijn wil kan worden opgelegd. Voor degenen die aandeelhouder worden nadat een dergelijke verplichting of eis reeds in de statuten is opgenomen, ligt dit anders. Een nieuwe aandeelhouder is verbonden aan de statuten zoals deze op het moment van zijn toetreding tot de bv gelden. Als een aandeelhouder duidelijk heeft aangegeven niet gebonden te willen zijn aan een nieuw opgelegde statutaire verplichting of eis, zou de gedachte kunnen opkomen dat zo'n aandeelhouder daarvan geen enkele last heeft. Zo lang de aandeelhouder zijn aandelen niet verkoopt, is dat juist. Echter, als hij zijn aandelen wil verkopen, wordt de verkrijgende aandeelhouder integraal gebonden door wat de statuten op het moment van verkrijging bepalen, inclusief de statutaire verplichtingen of eisen. Dat kan betekenen dat er heel moeilijk een koper voor de aandelen te vinden is. Artikel 2:192a BW bepaalt voor dergelijke gevallen dat wanneer de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is en ook de vennootschap geen gegadigden kan vinden die de werkelijke waarde wel wil betalen, uiteindelijk geldt dat de koper toch tegen het bedrag van de werkelijke waarde kan verkopen en de koper van de aandelen niet gebonden is aan de statutaire verplichting, de statutaire eis of de statutaire prijsbepalingsregeling. De bedoeling is dat aldus voldoende redelijke mogelijkheden zullen ontstaan voor een aandeelhouder om uit de vennootschap te treden.

Tot slot maakt de Flexwet het mogelijk in de statuten te bepalen dat zolang een aandeelhouder een statutaire verplichting niet nakomt of niet aan een statutaire eis voldoet, het stemrecht, het recht op uitkering of het vergaderrecht is opgeschort. Vervolgens komt de vraag op hoelang deze opschorting van rechten kan voortduren. Heeft een aandeelhouder die niet meer voldoet aan statutaire verplichtingen of eisen tevens de verplichting zijn aandelen aan te bieden, dan zal die procedure worden gevolgd om aldus aan de patstelling een einde te maken. Bestaat die aan-

biedingsplicht niet, dan bepaalt artikel 2:192 lid 4 BW dat de aandeelhouder wiens rechten zijn opgeschort zelf een einde kan maken aan deze patstelling door zijn aandelen aan te bieden en over te dragen volgens een regeling in de statuten. Als de vennootschap vervolgens niet binnen drie maanden na een verzoek van zo'n aandeelhouder gegadigden heeft aangewezen aan wie de aandelen kunnen worden overgedragen, vervalt de schorsing van de aandeelhoudersrechten.

Geschillenregeling

Het hiervoor genoemde artikel 2:192 BW biedt door zijn ruime strekking een goede basis voor een statutaire regeling van geschillen die tussen aandeelhouders

Zo kan
bijvoorbeeld
de kwaliteitseis
worden gesteld dat
men advocaat is

kunnen ontstaan. Voor het geval aandeelhouders niet meer met elkaar verder kunnen, voorzien de statuten dan in een gedwongen overdracht van aandelen (uitstoting) dan wel een gedwongen overname van aandelen (uittreding). Bij de vormgeving van zo'n vrijwillige statutaire geschillenregeling kan in principe van alle onderdelen van de hierna te bespreken wettelijke geschillenregeling worden afgevoerd. Ook is het mogelijk in de statutaire geschillenregeling een arbitrageclausule op te nemen, alsmede de bepaling dat een geschil slechts in één instantie kan worden beslecht (dus zonder hoger beroep en cassatie, bijvoorbeeld uitsluitend door de Ondernemingskamer). Er bestaan twee uitzonderingen op de vrijheid van inrichting van een eigen statutaire geschillenregeling: ten eerste mag een overdracht van aandelen niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt (artikel 2:337

lid 1 BW); ten tweede mag de te betalen prijs volgens de vrijwillige geschillenregeling niet kennelijk onredelijk zijn (artikelen 2:340 lid 3 BW en 2:343 lid 2 BW).

Als in het geheel geen vrijwillige regeling voor het uittreden of uitstoten van aandeelhouders is overeengekomen en/of in de statuten is vastgelegd, kan altijd worden teruggevallen op de wettelijke geschillenregeling. Die regeling is in 1989 in Boek 2 BW geïntroduceerd, maar nooit erg populair geworden: er werd sinds 1989 hooguit één procedure per jaar op basis van de wettelijke geschillenregeling gevoerd. In de praktijk was de enquêteprocedure het belangrijkste instrument voor het oplossen van geschillen tussen aandeelhouders. De Flexwet bevat belangrijke verbeteringen van de wettelijke geschillenregeling. Tegelijkertijd heeft minister Opstelten tijdens de parlementaire behandeling van de Flexwet alweer het voornemen uitgesproken tot een bredere herziening van de geschillenregeling.¹⁴

De geschillenregeling was berucht om haar langdurige procedures. De Flexwet bespoedigt de procedure doordat zodra de uitstotings- of uittredingsvordering is toegewezen, direct deskundigen worden benoemd voor de waardering van de aandelen (artikel 2:339 BW). Ook kunnen aandelen thans tijdens de procedure worden overgedragen op grond van een vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, terwijl voorheen moest worden gewacht totdat het vonnis onherroepelijk werd (artikel 2:341 BW). Dit moment kon vroeger eindeloos worden gerekt door de mogelijkheden van hoger beroep en cassatie.

Een andere verbetering van de geschillenregeling is de mogelijkheid om tegelijkertijd met een vordering tot uitstoting of uittreding een schadevergoedingsvordering in te stellen bij dezelfde rechter (artikel 2:336 lid 5 BW). Deze rechter kan een billijke verhoging van de prijs van de over te dragen aandelen toepassen indien aannemelijk is dat gedragingen de gedaagde of van anderen dan de gedaagde, hebben geleid tot een vermindering

¹⁴ Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 27 september 2011, Kamerstukken II, 2011-2012, 32 426, nr. 22.



van de waarde van de aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van de uittreedende aandeelhouder behoort te blijven (artikel 2:343 lid 4 BW). Nieuw is dat een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders in zijn rechten of belangen wordt geschaad, niet slechts van zijn medeaandeelhouders, maar tevens van de vennootschap kan vorderen dat zijn aandelen worden overgenomen. Aldus kan hij ook de koopprijs ontvangen uit de midde-len van de vennootschap. Tot slot heeft de Flexwet de zogenaamde flitsuittreding geïntroduceerd: een verzoekschriftproce-dure die aandeelhouders kunnen instellen die het wel eens zijn over de overdracht van de aandelen, maar het niet eens kun-nen worden over de prijs van de aandelen. In deze procedure kan de rechter de knoop doorhakken over waarderingsvraagstuk-ken (artikel 2:343c BW).

Bestuur en toezicht

In de kroniek van vorig jaar schreef ik al over de Wet bestuur en toezicht.¹⁵ Inwer-kingtreding van deze wet wachtte nog op afronding van de reparatiewet gericht op verbetering van de regeling tot beperking van het aantal toezichthoudende func-ties dat een bestuurder of commissaris van grote nv's, bv's of stichtingen nog bekleedt. Inmiddels zijn de Wet bestuur en toezicht en de reparatiewet¹⁶ per 1 januari dit jaar ingevoerd.

¹⁵ Kroniek vennootschapsrecht 2011, *Advocatenblad* 13 januari 2012, p. 37-44. Zie met name p. 42-43.

¹⁶ Wet van 27 september 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Staatsblad* 2012, 440.

De oorspronkelijke wettekst bepaalde dat een persoon die toezichthouder is bij vijf of meer grote rechtspersonen geen commissaris kan zijn. Wat voormalig SP-Kamerlid Ewout Irrgang echter met zijn aangenomen amendement bedoelde, was dat iemand die bij vijf of meer *andere* grote rechtspersonen toezichthouder is, niet tot commissaris kan worden benoemd. Aldus is het eerste lid van de artikelen 2:142a/252a en 2:297b BW nu steeds gefor-muleerd. Een vergelijkbare verbetering is aangebracht in het eerste lid van de artike-len 2:132a/242a en 2:297a BW: tot bestuur-der kan niet worden benoemd een persoon die bij meer dan twee rechtspersonen een toezichthoudende functie heeft. Daarbij gold al dat een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt en dat een niet-uitvoerend bestuurder gelijkge-steld wordt met een toezichthouder.

In de reparatiewet is verduidelijkt dat de limitering van het aantal toezichthou-dende functies slechts geldt voor nv's, bv's en stichtingen die op twee opeenvolgende balansdata als groot kwalificeren.¹⁷ Daar-naast telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming. Ten slotte geldt de regeling voor de beperking van het aantal commissariaten wanneer de Ondernemingskamer bij onmiddellijke voorziening of eindvoorziening een tijde-lijke bestuurder of commissaris aanstelt.

Al met al is de nieuwe regeling ter beperking van het aantal toezichthouden-de functies nu aanzienlijk verduidelijkt en behoorlijk dichtgetimmerd. Er is nog een klein hiaat: de regel dat iemand met meer dan twee commissariaten bij grote rechts-personen niet tot bestuurder bij zulk een rechtspersoon kan worden benoemd is eenvoudig te omzeilen door in zijn plaats een door hem op te richten management-bv te benoemen. Tevens geldt de rege-ling niet voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en buitenlandse rechtspersonen.

Tot slot zij erop gewezen dat een besluit waarbij een bestuurder of toezichthouder in strijd met de regeling wordt benoemd, nietig is. Omdat dit tot grote rechtsonze-kerheid zou kunnen leiden, bepaalt de

¹⁷ Zie daarvoor artikel 2:397 BW.

reparatiewet nu dat de nietigheid van een benoeming op grond van de regeling geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan de betreffende bestuurder of toezichthouder heeft deelgenomen. Dit is een praktische maar dogmatisch vreemde oplossing. Denkbaar is dat een persoon in strijd met de regeling wordt benoemd als bestuurder en als zodanig wordt ingeschreven in het handelsregister. Hij kan dan de rechtspersoon binden maar is zelf op geen enkele wijze gebonden aan de regels die voor bestuurders gelden zoals die omtrent aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW): immers in formele zin is hij geen bestuurder.

Aanpassing enquêterecht

Op 1 januari jongstleden is de wet tot aanpassing van het recht van enquête in werking getreden.¹⁸ De nieuwe wet verhoogt de drempel voor kapitaalverschaffers bij grote nv's en bv's om een enquêteverzoek te doen. Voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal van 22,5 miljoen euro of meer gelden nieuwe drempels: 1 procent van het geplaatste kapitaal of 20 miljoen euro beurswaarde (indien de aandelen of certificaten van aandelen in of buiten Nederland verhandeld worden op een gereglementeerde markt of op een multilaterale handelsfaciliteit). Voor nv's en bv's met een geplaatst kapitaal van maximaal 22,5 miljoen euro zijn de oude ontvankelijkheidsdrempels gehandhaafd: de verzoeker moet 10 procent van het geplaatste kapitaal verschaffen of 225.000 euro nominaal aandelenkapitaal. Nieuw is ook dat de statuten van alle aan het enquêterecht onderworpen rechtspersonen kunnen bepalen dat de grenzen voor ontvankelijkheid lager liggen dan de wettelijke.¹⁹

Een belangrijke wijziging is dat de rechtspersoon het recht krijgt een enquête-

teprocedure bij zichzelf te starten. De wetgever had hierbij het volgende voor ogen: indien aandeelhouders de mogelijkheid hebben om de ondernemingskamer te benaderen voor het treffen van door hen gewenste maatregelen in verband met hun kritiek op het beleid van het bestuur of de raad van commissarissen, dan dienen de laatstgenoemden ook de mogelijkheid te hebben om in hun ogen onwenselijke gedrag van die aandeelhouders door de ondernemingskamer te laten toetsen.²⁰ Het gebruik van deze nieuwe bevoegdheid is evenwel niet beperkt tot geschillen met aandeelhouders. Denkbaar is dat een raad van commissarissen namens de vennootschap een verzoek aan de ondernemingskamer doet teneinde het beleid van de directie te laten toetsen. Een andere mogelijkheid is dat het bestuur van een stichting het enquêtemiddel gebruikt vanwege een verschil van inzicht met de raad van toezicht of moeilijkheden in de verhouding tot de ondernemingsraad.

Volgens de nieuwe wet kan het enquêteverzoek ook worden gedaan door de faillissementscurator. Verder zijn procedurele regels in overeenstemming gebracht met de bestaande praktijk en rechtspraak. Zo is de mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet meer losgekoppeld van het enquêteverzoek: in geval nog geen onderzoek is gelast, wordt een onmiddellijke voorziening slechts getroffen indien er naar het voorlopige oordeel van de ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. De ondernemingskamer beslist daarna binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek, aldus art. 2:349a BW.

Wet corporate governance

Een advies uit 2007 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code onder voorzitterschap van Frijns is de basis van –wat in de wandeling is gaan heten– de Wet corporate governance²¹:

deze wet zal op 1 juli 2013 in werking treden. De nieuwe wet wijzigt de drempel voor het in 2004 geïntroduceerde agenderingsrecht van aandeelhouders in nv's. Thans heeft een houder van ten minste 1 procent van het geplaatste kapitaal of een aandelenpakket met een beurswaarde van ten minste 50 miljoen euro het recht om onderwerpen op de agenda voor de algemene vergadering te doen plaatsen. De nieuwe wet verhoogt de drempel voor het uitoefenen van het agenderingsrecht van 1 procent naar 3 procent en schaft het alternatieve beurswaardecriterium af. Ook na inwerkingtreding van de wet kan in de statuten voor een lager percentage dan het wettelijke percentage worden gekozen.²² Wordt thans in de statuten voor het agenderingsrecht kortweg verwezen naar de wet, dan geldt per 1 juli dit jaar het percentage van 3. Veelal is in de statuten evenwel de huidige wettekst van artikel 2:114a BW overgenomen. Dan is een statutenwijziging noodzakelijk om de drempel van 3 procent door te voeren.

De laagste drempel voor het melden van zeggenschap in een beurs-nv is thans 5 procent van het geplaatst kapitaal of van de stemrechten in de algemene vergadering.²³ De nieuwe wet verlaagt de eerste drempel naar 3 procent. Dankzij een op het alleraatste moment ingediend amendement van het CDA Kamerlid Elly Blanksma–Van den Heuvel²⁴ wordt een wettelijke meldingsplicht voor beleggers geïntroduceerd die een substantiële bruto *shortpositie* hebben (negatief economisch belang van meer dan enige drempelwaarde): zij moeten bij over- of onderschrijding van de drempels daarvan melding doen bij de AFM. De drempelwaardes zijn dezelfde als die voor het melden van substantiële belangen in aandelen of stemrechten (zogenaamde *longposities*).

Tot slot bevat de nieuwe wet een regeling voor identificatie van aandeelhouders in Nederlandse beursvennootschappen.

18 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het burgerlijk wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, Staatsblad 2012, 274

19 Zie het slot van onderdelen a, b en c van het eerste lid van artikel 2:346 BW.

20 Zie memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2010–2011, 32887, nr. 3, p.15.

21 Zie Wet van 15 november 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal

effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 30 mei 2007, *Staatsblad* 2012, 588.

22 Zie 2: 114a lid 3 BW. In de nieuwe wet wordt de tekst van dit derde lid toegevoegd aan het eerste lid.

23 Zie art. 5:38 en 5:39 Wft

24 Kamerstukken II, 2011–2012, 32014, nr.34

Alleen bewaarbanken en andere intermediairs die onder de reikwijdte van de Wet giraal effectenverkeer vallen, zijn verplicht om aan de identificatieregeling mee te werken. Omdat dit slechts een deel van de veelal internationale keten van intermediairs betreft die de beursvennootschap van haar aandeelhouders scheidt, is het maar de vraag of de Nederlandse identificatieregeling in de praktijk zal gaan werken.

Bonussen

Op 18 december 2012 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers²⁵ aangenomen. Ten eerste verplicht het wetsvoorstel open nv's jaarlijks de door bestuurders genoten beloning te bespreken op de algemene ledenvergadering. Ten tweede geeft het wetsvoorstel het met de beloning van bestuurders belaste orgaan de bevoegdheid de hoogte daarvan bij te stellen of de bonus terug te vorderen. Dit kan 1) indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, 2) voor zover uitkering van de bonus heeft plaatsgevonden op basis van onjuiste informatie en 3) ingeval van -(te) kort samengevat- *change of control*-situaties.²⁶ De voorgestelde regeling voor aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders geldt voor nv's en financiële ondernemingen in de zin van de Wft.

Centraal aandeelhoudersregister

Naar aanleiding van een initiatiefnota van de PvdA Tweede Kamerleden Ed Groot en Jeroen Recourt heeft het kabinet onlangs besloten dat een centraal register zal worden ingesteld voor aandeelhouders in bv's en niet-beursgenoteerde nv's.²⁷ Groot en Recourt hadden tevens voorgesteld een notariële akte voor de overdracht van certificaten verplicht te stellen. Dit voorstel is niet overgenomen. Tot slot hadden genoemde Kamerleden voorgesteld om aandelen aan toonder bij niet-beursgeno-

teerde vennootschappen op naam van de eigenaar te zetten. Alvorens te beslissen over afschaffing van toonderaandelen wil het kabinet eerst de uitkomsten van nader onderzoek afwachten.

Slot

Het afgelopen jaar is een groot aantal wetgevingstrajecten afgerond. Per saldo is het vennootschapsrecht daardoor belangrijk verbeterd. Met name de nieuwe regeling voor de bv's is een zegen voor de praktijk. Advocaten kunnen al hun creativiteit kwijt bij het formuleren van samenwerkingsafspraken tussen aandeelhouders in bv's. Zij worden daarbij nauwelijks meer beperkt door dwingendrechtelijke regels van boek 2 BW.

Genoemde wetgevingstrajecten zijn enigszins ontsierd door matig geformuleerde of slecht doordachte amendementen die desalniettemin werden aanvaard door de Tweede Kamer.²⁸ Dat verklaart wellicht waarom er de laatste tijd weinig roep is onder vennootschapsrechtjuristen naar nieuwe wetgeving.

25 Kamerstukken I, 2012-2013, 32512, A

26 Zie voor een preciezere omschrijving van de *change of control*-situaties: het voorgestelde art. 2:135 lid 7 BW dat overigens per 1 juli 2017 weer zal vervallen (zie art. IV van het wetsvoorstel)

27 Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 december 2012, Kamerstukken II, 2012-2013, 32608, nr. 4

28 Denk bijvoorbeeld aan de amendementen die hebben geleid tot de beperking van het aantal toezichthoudende functies en de mogelijkheid tot terugvordering van bonussen in *change of control*-situaties.

Literatuurlijst

Meer lezen over de ontwikkelingen in het vennootschapsrecht?

Zie over de Flexwet het themanummer van Ondernemingsrecht van 16 oktober 2012 (aflevering 14) en in het bijzonder:

- M. Cremers, Hoe flexibiliseer je een BV?, *Ondernemingsrecht* 2012/114.
- J.A.M. ten Berg, (Af)stemming in de Flex-BV, *Ondernemingsrecht* 2012/115.
- H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, De BV uit de steigers! Gewijzigd systeem van crediteurenbescherming bij de BV en de daaraan verbonden gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders, *Ondernemingsrecht* 2012/116.

- H. Beckman, De uitkeringstoets, *Ondernemingsrecht* 2012/117.
- H.J.M.M. van Boxel, (In)flexibiliteit over de grens, *Ondernemingsrecht* 2012/118.

Zie over de Wet bestuur en toezicht het themanummer van Ondernemingsrecht van 11 september 2012 (aflevering 12) en in het bijzonder:

- M. van Ginneken, Bestuur en toezicht, *Ondernemingsrecht* 2012/88.
- M. van Olffen, Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten, *Ondernemingsrecht* 2012/89.
- S.H.M.A. Dumoulin, Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk, *Ondernemingsrecht* 2012/90.

- D.A.M.H.W. Strik, One tier board en aansprakelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2012/91.
- R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, *Ondernemingsrecht* 2012/92.
- M. Lückcrath-Rovers, Ongeschreven regels of wetgeving? Het onderschatte belang van de zelfevaluatie voor bestuur en toezicht, *Ondernemingsrecht* 2012/93.

Zie omtrent de Flexwet en de Wet bestuur en toezicht voorts:

- J.D.M. Schoonbrood, Overgangsrecht Wet en vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht, *WPNR* 2012 (6933), p. 423-437.

