

IS ER EEN BEERPUT OPENGEGAAN ROND PENSIOENADVISING?



Mr. W.M. Schonewille (links) en mr. R.J. Watson, beiden zijn advocaat financieel recht bij BarentsKrans. Zij zijn niet betrokken bij Stichting Beerputpensioen.

In 2010 publiceerde de AFM een alarmerend rapport over pensioenadvies. Conclusie van het rapport was dat de kwaliteit van het advies over pensioenverzekeringen onder de maat is. Het merendeel van de adviseurs scoorde slecht tot zeer slecht. Inmiddels is er een claimstichting in het leven geroepen die de belangen van werknemers behartigt. Doel is het verhalen van schade van werknemers. Met welke kansen en obstakels gaan claimstichtingen te maken krijgen?

Kijken we eens naar 'Rapport Kwaliteit Advies Tweedepijler Pensioen: Het pensioenadvies aan het MKB moet beter' van de AFM.¹

INWINNEN VAN INFORMATIE

In het rapport heeft de AFM geïnventariseerd in hoeverre de doelstellingen, risicobereidheid, financiële positie, kennis en ervaring van de werkgever voldoende zijn ingewonnen (art. 4:23 lid 1 sub a Wft). De AFM concludeerde dat het merendeel van de adviseurs op al deze onderdelen tekortschoot.

De ingewonnen informatie over kennis en ervaring waren doorgaans niet of onvoldoende ingewonnen. In sommige gevallen ging de adviseur ervan uit dat de werkgever kennis en ervaring had met betrekking tot pensioenen omdat die werkgever al eens eerder een pensioenregeling had afgesloten. Dat vindt de AFM niet voldoende. De adviseur dient op meer diepgaande wijze te inventariseren wat de werkgever allemaal weet over pensioenen. Dat is belangrijk, want de pensioenadviseur dient de te verstrekken informatie af te stemmen op het kennisniveau van de werkgever.

Voorts werd er in de meeste gevallen geen informatie ingewonnen over het bestaan van een CAO of een bedrijfstakpensioenfonds (BPF). Dat is relevante informatie omdat de werkgever zich moet houden aan de hierin opgenomen afspraken. Als de werkgever verplicht is zich aan te sluiten bij een BPF, dan is een advies om een andere pensioenregeling aan te gaan niet passend. En een noodgedwongen overstap naar het BPF kan leiden tot hoge kosten voor de werkgever.

Ook ten aanzien van de doelstellingen van de werkgever schoot de informatie-inwinning tekort. Er werd weliswaar informatie ingewonnen over het type pensioenregeling waar de werkgever het oog op had, maar niet over veel specifiekere onderwerpen. Denk hierbij aan de hoogte van het ouderdomspensioen, partnerpensioen, wezenpensioen, et cetera. Dit is relevant omdat het zonder deze informatie moeilijker is een keuze te maken tussen enerzijds de verschillende dekkingsmogelijkheden en anderzijds de kostendoelstelling van de werkgever.

<http://www.trosradar.nl/uitzending/archief/detail/aflivering/01-03-2010/successierecht>.

14 In het jaar na de uitzending werden er 100.000 meer testamenten gemaakt dan gemiddeld (gemiddeld ongeveer 275.000 per jaar). In veel van die testamenten zal een tweetrapsbepaling staan. Reden te meer om aan dit onderwerp aandacht te besteden.

15 Sinds 2010 is de wettelijke term voor het successierecht de 'erfbelasting' (en voor schenkingsrecht is in de plaats gekomen 'schenkbelasting').

16 Zie art. 4:13 e.v. BW.

17 Zie art. 4:1167 OBW.

18 Voor een kind is die in 2015: € 20.047. Zie art. 32 SW voor de vrijstelling voor de erfbelasting.

19 Anders dan bij de hierna te noemen oplossing van het tweetrapstestament, heeft het kind bij zo'n wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling wel direct een erfdeel in zijn vermogen. Zou het kind bijvoorbeeld vóór de langstlevende ouder overlijden, dan vererft zijn vordering naar zijn eigen erfgenamen. En dat is een groot verschil ten opzichte van een tweetrapstestament: voor een tweetrapstestament geldt dat als het kind vóór zijn langstlevende ouder overlijdt, hij noch van zijn eerstoverleden noch van zijn langstlevende ouder erft. Hij kan dan dus geen 'ouderlijk erfdeel' nalaten. De beide testamentvormen maken juridisch minder verschil als de erfgenamen van de bezwaarde (bijvoorbeeld zijn kinderen) en de verwachters (bijvoorbeeld de kleinkinderen van de insteller van het tweetrapstestament) dezelfde personen zijn. In dat geval komt de uiteindelijke erfenis bij bedoelde kinderen van de bezwaarde/kleinkinderen van de insteller terecht.

20 Voor 2015: € 633.014, zie art. 32 SW. Wel kan de vrijstelling geïmputeerd worden met gekapitaliseerde nabestaandenpensioenrechten. Die imputatie is voor de gemiddelde erfenis echter nauwelijks van belang. In het gros van de gevallen blijft men ook na imputatie onder de vrijstelling.

21 Zie art. 21 lid 2 Successiewet 1956.

22 Zie art. 21 lid 4 en 45 lid 3 Successiewet 1956. Een alternatief is dat de erfflater de langstlevende 'gewoon' tot enig erfgenaam benoemt, ervan uitgaande dat de langstlevende de kinderen vervolgens tot erfgenamen benoemt. Dit heeft echter ook verschillende nadelen, zowel juridisch als fiscaal waarop thans niet nader wordt ingegaan.

23 Overigens dient hier opgemerkt te worden dat een tweetrapstestament in de praktijk, gemeten over de overlijdens van de beide ouders, regelmatig duurder uitpakt dan een 'eenvoudige' langstlevende regeling zoals de wettelijke verdeling. Kan de cliënt het successierecht bij het 'eerste overlijden' betalen (of kunnen de kinderen dat voorschieten), dan valt een eenvoudige langstlevende regeling vaak te verkiezen boven een tweetrapstestament. Zie ook de hierna genoemde pijnpunten.

24 In de praktijk wordt getracht dat op te lossen met een tweetrapslegaat in

geld. Maar dat lost lang niet altijd alle problemen op en kent ook nadelen. Zie daarover uitgebreid mijn in noot 5 genoemde proefschrift, vooral paragraaf 2.4.2.

25 In het hierboven genoemde tweetrapstestament (langstlevende enig bezwaarde, de kinderen verwachters), is er bijvoorbeeld niet snel een probleem als de langstlevende een goede relatie met de kinderen heeft en hen ook tot haar erfgenamen heeft aangesteld. Ingewikkelder wordt het bij een slechte relatie met de kinderen en/of in de situatie dat de langstlevende de kinderen niet of niet als erfgenaam achterlaat (maar bijvoorbeeld eigen familieleden of een nieuwe partner).

26 Een mooi voorbeeld daarvan is dat de erfflater voor de tweede keer getrouwd is en zijn echtgenote tot enig bezwaarde benoemt en zijn kinderen (uit het eerdere huwelijk) tot verwachters. Als de relatie tussen de echtgenote en haar stiefkinderen na het overlijden bekoelt, wordt met regelmaat gevraagd of ze niet van de tweetrapsbepaling af kunnen.

27 Zie daarover mijn in noot 5 genoemde proefschrift, vooral paragraaf 5.2.3 en daarin noot 574.

28 Zie daarover mijn in noot 5 genoemde proefschrift, vooral paragraaf 1.5.

29 B.B.A. de Kroon verricht als promovenda aan de Leidse Universiteit promotieonderzoek naar de fiscale aspecten van het fideicommiss. Zie voor een voorproefje haar artikelen in *NTR-B* 2011/35 en 41, *Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen* (deel I en II) en het door haar geschreven commentaar in *NDFR* Commentaar Successiewet bij art. 21 lid 2 en 4 SW (aantekening 2).

30 Zie art. 35b, e.v. Successiewet 1956.

31 Dat is bij een zuiver fideicommiss het geval.

32 Als er in het testament niets is bepaald, mag de bezwaarde niet schenken. Is er alleen bepaald dat de bezwaarde het vermaakte mag opmaken (verteren), dan geldt als hoofdregel dat de bezwaarde alleen kleine en gebruikelijke schenkingen uit het tweetrapsvermogen mag doen. De mogelijkheid tot het doen van (grote en/of ongebruikelijke) schenkingen moet dus in het testament staan. Dit werkt voor oude testamenten van vóór 2003 iets anders, zie art. 132 OW en art. 4:1036 OBW. Daarop wordt thans niet ingegaan.

33 In het zogenaamde 'boerenplaatsje-arrest' (HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487 m.nt. Kleijn), besliste de Hoge Raad dat de erfflater de bezwaarde rechtsgeldig de mogelijkheid kan toekennen om over het tweetrapsvermogen te beschikken. Doet de bezwaarde dat, vervalt alsnog de tweetrapsbepaling en erven de verwachters niets.

34 Onder een zachte uitsluitingsclausule wordt meestal verstaan een uitsluitingsclausule die alleen van toepassing is bij een scheiding en niet als het huwelijk door overlijden wordt ontbonden.

35 Voor praktische moeilijkheden bij de afwikkeling van tweetrapsbepalingen, verwijs ik naar mijn in noot 5 genoemde proefschrift, vooral hoofdstuk 3.

Vervolgens waren er ook gebreken ten aanzien van het inwinnen van informatie over de financiële positie van de werkgever. De AFM constateert dat dit in maar liefst 95% van de gevallen niet of onvoldoende is gebeurd. In de praktijk gebeurde het dat de adviseur mondeling informeerde of de kosten van de regeling op dat moment te dragen waren. De adviseur maakte hierover geen eigen analyse en beantwoordde ook niet de vraag of de kosten op te brengen zouden blijven gedurende de looptijd van het pensioen. In dit kader is bijvoorbeeld relevant ingewonnen informatie in hoeverre de werkgever groei of krimp van zijn onderneming verwacht.

Tot slot is de risicobereidheid van de werkgever in de meeste gevallen niet of onvoldoende ingewonnen door de adviseur. Het gaat bij pensioenadvisering om de vraag of de werkgever de kosten die de regeling met zich meebrengt kan en wil betalen. Zo zal moeten worden geïnventariseerd of de werkgever de pensioenkosten van een sterk groeiende onderneming wil dragen.

PASSENDE ADVISERING

Vervolgens is een belangrijke vraag of de door de AFM geconstateerde gebrekkige informatie-inwinning ook heeft geleid tot gebrekkige advisering. Dat is niet alleen relevant voor de vraag of de pensioenadviseurs hun uit de Wft voortvloeiende verplichtingen zijn nagekomen, maar ook voor hun civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Waar de AFM in haar rapport vaststelt dat de informatie-inwinning door de band genomen niet in orde is, geldt die conclusie niet ten aanzien van de passendheid van het advies zelf (art. 4:23 lid 1, sub b Wft). In het onderzoek zijn in totaal 42 pensioendossiers meegenomen. Daarvan stelt de AFM in twee gevallen vast dat het advies strijdig is met de ingewonnen informatie. Eén van die twee gevallen betreft een situatie waarin de doelstelling was dat een overstap geen enkele kosten voor het personeel met zich zou meebrengen, terwijl het advies tot gevolg had dat er aanzienlijke kosten ten laste van de pensioenopbouw werden gebracht.

AANBEVELINGEN

De bevindingen van de AFM zijn aanleiding geweest voor verschillende aanbevelingen. Zo oordeelde de AFM dat de bestaande opleidingen onvoldoende waren om de kwaliteit van de pensioenadvisering te waarborgen. Daarnaast zag de AFM het als onverantwoord om pensioenadvisering 'ernaast' te doen omdat het hier gaat om zeer complexe materie, waarbij grote belangen spelen. Ook noemde de AFM dat de bedrijfsprocessen zouden moeten worden aangepast, bijvoorbeeld door gebruikmaking van software, door gebruikmaking van richtlijnen voor dossiervorming en het opstellen van een vaste werkwijze van het adviesproces.

CLAIMSTICHTING

Zoals gezegd, heeft de *Stichting Beerputpensioen* inmiddels het levenslicht gezien. De stichting behartigt de belangen van gedupeerde consumenten met een beschikbare premieregeling. Hierna zullen wij enkele mogelijkheden en

obstakels voor een collectieve actie inzake gebrekkig pensioenadvies bespreken. Wij geven een overzicht op hoofdlijnen, want een uitputtend overzicht gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Eerste punt van aandacht is de 'collectiviteit'. Bij de collectieve acties in de woekerpolisaffaire, kon er worden geprocedeerd tegen een beperkte groep verzekeraars die per stuk een groot aantal gelijksoortige producten hadden verkocht. Dat maakte die affaire geschikt voor een collectieve actie, in elk geval voor zover deze zag op de informatieverschaffing. De vraag of het product geschikt was voor de betreffende consument, was ook daar niet voor collectivisering geschikt. In dit geval is sprake van een veel grotere groep aan te spreken partijen. Het gaat in dit geval ook niet om 'standaardproducten' die aan een grote groep consumenten is verkocht, maar om een pensioenadvies dat aan een specifieke werkgever is gegeven. Dat betekent dat er van geval tot geval andere verwijten kunnen worden gemaakt en deze zaak zich in mindere mate leent voor een grote collectieve actie. Wel zou het voor de hand liggen één adviseur in een collectieve actie te betrekken als een advies van die specifieke adviseur een grote groep werknemers van dezelfde werkgever heeft geraakt.

Tweede punt van aandacht zijn de verhaalsmogelijkheden. Ook hierbij grijpen wij terug op de woekerpolisaffaire. In dat geval ging het om grote schadebedragen, maar was er ook sprake van schadeveroorzakers die verhaal boden, omdat de belangenbehartigers zich op de verzekeraars richtten met verwijten over de informatievoorziening en niet op de tussenpersonen die de verkoop voor hun rekening hadden genomen. In het geval van pensioenadvisering zal dat in veel mindere mate het geval zijn. In sommige gevallen is het de vraag of de onderneming van de adviseur nog wel bestaat. En als dat al het geval is: kan de adviseur dan het schadebedrag adviseur betalen zonder 'op de fles' te gaan. In elk geval zal de door *Stichting Beerputpensioen* genoemde 'miljardenschade' ook snel uitkomen boven het maximaal verzekerde bedrag van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Kort gezegd moet er rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de verhaalsmogelijkheden beperkt zijn.

Derde punt van aandacht is dat het advies over het pensioen is gegeven aan de werkgever, terwijl het de werknemer is die de adviseur wil aanspreken. Er is dus geen contractuele relatie tussen werknemer en adviseur. Dat betekent uiteraard niet dat het onmogelijk is de adviseur aan te spreken voor een onjuist advies, maar wel dat de horden die moeten worden genomen alvorens tot een gunstige uitspraak te komen, hoger zijn.

Vierde punt van aandacht is dat de AFM zich in haar rapport heel erg heeft gefocust op het inwinnen van informatie, maar dat er tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het onvoldoende inwinnen van informatie maar in een beperkt aantal gevallen heeft geleid tot een gebrekkig advies.

In de bestuursrechtelijke rechtspraak over art. 4:23 Wft (inwinnen van informatie en passend adviseren) was het lang

de vaste lijn dat als er onvoldoende informatie was ingewonnen, er per definitie geen goed advies kon worden gegeven. Maar begin dit jaar heeft de hoogste bestuursrechter dit uitgangspunt verlaten en is tot het oordeel gekomen dat er apart beoordeeld moet worden of het advies ook daadwerkelijk niet passend was. Immers, ook op basis van onvoldoende informatie, kán er wel een passend advies gegeven zijn.

Dezelfde gedachtegang is relevant in een civielrechtelijke collectieve actie. Ook daar kan worden aangevoerd dat een adviseur weliswaar onvoldoende informatie heeft ingewonnen, maar het advies ook achteraf bezien niet gebrekkig was. Alleen als bij het inwinnen van voldoende informatie vooraf een ander advies aan de desbetreffende klant had moeten worden gegeven dan in werkelijkheid is gegeven, is er een reden om de adviseur aan te spreken. En kennelijk – op basis van het AFM-rapport – is het advies dus lang niet in alle gevallen slecht geweest.

Laatste punt dat wij noemen is het stuiten van de verjaring. In sommige gevallen gaat het om adviezen die lang geleden gegeven zijn. De stichting spreekt op haar website zelfs van adviezen uit de jaren '90 van de vorige eeuw. In Nederland gaat de verjaringstermijn voor een schadevergoeding pas lopen nadat de benadeelde bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Vervolgens heeft de benadeelde vijf jaar de tijd om een procedure aanhangig te maken of de verjaring te stuiten. Het zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld wanneer de verjaringstermijn is gaan lopen. Maar gezien het feit dat het mede gaat om advisering uit de jaren '90 is verjaring een factor waar zeker rekening mee gehouden zal moeten worden.

De Hoge Raad heeft begin 2014 bepaald dat een verjaringstermijn ook door een collectieve belangenhartiger kan worden gestuit.² Dat betekent dat een stichting die collectieve belangen behartigt voor alle belanghebbende partijen een verjaringstermijn kan stuiten. Voor het collectieve schadeverhaal in Nederland is dat een gunstige uitspraak. In dit specifieke geval speelt nog wel de complicatie dat de stichting voor het kunnen stuiten van een verjaringstermijn in kaart zal moeten brengen welke adviseurs zij in rechte wil betrekken. Daarnaast zal zij in kaart moeten brengen voor welke adviezen zij de adviseurs in rechte wil betrekken.

SLOT

Vijf jaar geleden stelde de AFM vast dat er op dat moment nogal wat mis was met de pensioenadvisering in Nederland. Adviseurs bleken structureel onvoldoende informatie in te winnen van hun klanten. Dat heeft tot op heden nog niet geleid tot grote collectieve acties. Maar inmiddels is er nu dus wel beweging op dit vlak. Of die succesvol gaat zijn, is maar zeer de vraag. In de gestarte collectieve actie spreekt niet de geadviseerde, maar een derde, de adviseur aan voor een gebrekkig advies. Of dat advies gebrekkig is, vergt een individuele toets. Alleen die derden jegens wie de adviseur met dat gebrekkige advies onrechtmatig zou hebben gehandeld, kunnen die vorderingen collectiviseren. En zelfs als de operatie slaagt, is de kans reëel dat de patiënt blijkt te zijn overleden: de verhaalsmogelijkheden van de pensioenadviseurs – zeker bij de gestelde omvang van de schade – zijn zeker een zorg.

Informatie: william.schonowille@barenskranen.nl

1 Te raadplegen via <https://www.afm.nl/layouts/afm/default.aspx~/media/files/rapport/2010/pensioenadvies-aan-mkb-moet-beter.ashx>.

2 HR 28 maart 2014, r.o.nr. 13/04530, ECLI:NL:HR:2014:766.