

## Geen mededelingsplicht verzekeraar aan (gewezen) werknemers bij premieachterstand onder het PSW-regime, geen anticipatie op PW.

Rb. Utrecht 18-05-2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BW5835, m.nt. Mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Rechtbank Utrecht
Datum	18 mei 2011
Magistraten	Mr. H.A.M. Pinckaers
Zaaknummer	291256 / HA ZA 10-1745
Noot	Mr. W.P.M. Thijssen
LJN	BW5835
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht Pensioenen / Pensioentechniek Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Sociale zekerheid algemeen / Algemeen
Brondocumenten	ECLI:NL:RBUTR:2011:BW5835, Uitspraak, Rechtbank Utrecht, 18-05-2011;
Wetgeving	PSW art. 3a; PW art. 29

## Essentie

**Geen mededelingsplicht verzekeraar aan (gewezen) werknemers bij premieachterstand onder het PSW-regime, geen anticipatie op PW.**

## Samenvatting

*Bij premieachterstand in een door een verzekeraar uitgevoerde pensioenregeling gold onder de PSW een mededelingsplicht voor de werkgever jegens zijn (gewezen) werknemers indien de premieachterstand pensioenschade tot gevolg had; onder de PW geldt een mededelingsplicht voor de verzekeraar jegens de werknemers en de werkgever. In geval van premieachterstand over een periode voor inwerkingtreding van art. 29 PW (per 1 augustus 2008) is dat artikel niet van toepassing. Geen anticiperende werking aangenomen van art. 29 PW. Verzekeraar niet aansprakelijk voor de pensioenbreuk ontstaan als gevolg van premieachterstand ontstaan vóór inwerkingtreding van art. 29 PW. Geen verplichting voor pensioenuitvoerder om betalingsachterstand op het UPO te melden.*

# Partij(en)

vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector Civiel

Handelskamer

zaaknummer / rolnummer: 291256 / HA ZA 10-1745

Vonnis van 18 mei 2011

in de zaak van

1. [eiser 1],

wonende te [woonplaats],

2. [eiser 2],

wonende te [woonplaats],

3. [eiser 3],

wonende te [woonplaats],

4. [eiser 4],

wonende te [woonplaats],

5. [eiser 5],

wonende te [woonplaats],

6. [eiser 6],

wonende te [woonplaats],

7. [eiser 7],

wonende te [woonplaats],

8. [eiser 8],

wonende te [woonplaats],

9. [eiser 9],

wonende te [woonplaats],

10. [eiser 10],

wonende te [woonplaats],

11. [eiser 11],

wonende te [woonplaats],

12. [eiser 12],

wonende te [woonplaats],

13. [eiser 13],

wonende te [woonplaats],

14. [eiser 14],

wonende te [woonplaats],

15. [eiser 15],

wonende te [woonplaats],

16. [eiser 16],

wonende te [woonplaats],

17. [eiser 17],

wonende te [woonplaats],

18. [eiser 18],

wonende te [woonplaats],  
19. [eiser 19],  
wonende te [woonplaats]  
eisers,  
advocaat mr. G.J. Knotter,  
tegen  
de naamloze vennootschap  
ASR LEVENSVZERZEKERING N.V.,  
gevestigd te Utrecht,  
gedaagde,  
advocaat mr. drs. A.C.M. Kuypers.  
Partijen zullen hierna eisers en ASR genoemd worden.

## Uitspraak

### 1. De procedure

#### 1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit het tussenvonnis van 27 oktober 2010.  
De comparitie na antwoord is gehouden op 18 februari 2011. Daarvan is aantekening gehouden. Tot slot is vonnis bepaald.

### 2. De feiten

#### 2.1.

Eisers zijn in dienst geweest van de besloten vennootschap Limburg Zuid Engineering B.V. , tot 12 maart 2009 geheten QPS Engineering MST B.V. De vennootschap zal hierna worden aangeduid als QPS.

#### 2.2.

QPS heeft met eisers afspraken gemaakt over pensioen. Deze afspraken liggen vast in een pensioenovereenkomst tussen QPS en (de individuele) eisers. ASR voert deze pensioenovereenkomsten sinds 1 september 2002 uit op grond van een verzekeringsovereenkomst tussen QPS en ASR. De pensioenovereenkomsten zijn zogenoemde (beschikbare) premieovereenkomsten. De overeenkomsten en de uitvoeringsovereenkomst zijn met ingang van 1 januari 2007 gewijzigd.

#### 2.3.

Bij brief van 25 september 2007 heeft ASR het volgende aan QPS meegedeeld:  
"Hierbij bevestigen wij u de afspraken over de premiebetalingen voor de pensioenregeling van QPS groep. Dit betreft premies over het boekjaar 2006 en premies over het boekjaar 2007.

Wij bevestigen hierbij de afspraak dat uw maandelijkse betalingen van € 50.000,00 eerst gebruikt zullen worden om de premieachterstand van 2006 in te lopen op de oude pensioenregeling en vervolgens aangewend zullen worden voor de premiebetaling 2007 op de nieuwe pensioenregeling.

(...)

Wij bevestigen dat er begin dit jaar door u betalingen zijn gedaan die betrekking hebben op het jaar 2007. Bij het premievrij maken van deze polissen per 1 januari 2007 zullen deze betalingen in onze administratie vrijvallen en worden overgeboekt naar uw rekening courant van de collectieve regeling." In deze brief is voorts vastgelegd dat tussen ASR en QPS een betalingsregeling is afgesproken, op grond waarvan de premies voor 2006 op 6 oktober 2007 geheel dienden te zijn voldaan. Verder is vastgelegd dat voor het boekjaar 2007 een maandelijkse betaling is afgesproken van € 50.000,00, totdat de premieachterstand voor 2007 is ingelopen.

#### **2.4.**

Bij brieven van 7 oktober 2008 en 12 december 2008 heeft ASR QPS gewezen op een achterstand in de premiebetalingen van € 564.250,70 (op 7 oktober 2008), respectievelijk € 841.024,54 (op 12 december 2008).

#### **2.5.**

ASR verstrekke aan eisers pensioenoverzichten waarin voor de betreffende datum bedragen werden genoemd voor "Beschikbare premie beleggingen" en voor de "totale waarde" en waarin de "gekozen beleggingsfondsen" werden vermeld en voorts:

"de waarde van een kapitaal in units is berekend op basis van het in dit pensioenoverzicht vermelde aantal units per beleggingsfonds en de koerswaarde(n) van de units van de desbetreffende beleggingsfondsen zoals die geld(t)(en) per de in het pensioenoverzicht vermelde datum"

#### **2.6.**

Bij vonnis van 17 maart 2009 heeft de rechtbank Middelburg QPS in staat van faillissement verklaard. Op dat moment had QPS ongeveer 70 werknemers in dienst. De totale pensioenpremieachterstand was toen € 664.569,41. Een uitkering uit het faillissement aan ASR valt niet te verwachten.

#### **2.7.**

Bij brief van 8 mei 2009 heeft ASR aan eisers meegedeeld:

"(...)

Uw werkgever heeft al geruime tijd een betalingsachterstand. Ondanks verschillende aanmaningen en een betalingsregeling heeft uw werkgever tot op heden de verschuldigde premies nog niet geheel voldaan.

Met deze brief informeren wij u dat de betalingsachterstand rechtstreeks van invloed is op de hoogte en de verzekering van uw pensioen.

De betalingsachterstand leidt er toe dat de pensioenopbouw voor de toekomst wordt beëindigd. De hoogte van uw in het verleden opgebouwde pensioen wordt herberekend

(...)"

#### **2.8.**

Door de premieachterstand hebben eisers in de periode medio 2007 tot april/mei juni 2008 geen pensioenaanspraken verworven. Tot medio 2007 heeft QPS de premie betaald. Vanaf april/mei/juni 2008 heeft het UWV pensioenpremie aan ASR betaald.

### 3. Het geschil

#### 3.1.

Eisers vorderen, bij vonnis, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, ASR te veroordelen tot vergoeding van de door eisers geleden dan wel te lijden pensioenschade als gevolg van het ontstaan van premietekorten op de individuele pensioenverzekeringen van eisers zulks middels:

- 1) primair: storting onder zichzelf op de individuele pensioenverzekeringen van eisers van een zodanige koopsom dat daarmee het als gevolg van premietekorten ontstane tekort in de pensioenopbouw tot einde deelnemerschap volledig wordt gecompenseerd;
- 2) subsidiair: storting onder zichzelf op de individuele pensioenverzekeringen van eisers van een zodanige koopsom dat daarmee het als gevolg van premietekorten vanaf 1 januari 2008 ontstane tekort in de pensioenopbouw tot einde deelnemerschap volledig wordt gecompenseerd.  
één en ander onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 per dag voor het geval ASR binnen vier weken na dagtekening van het daartoe te wijzen vonnis in gebreke blijft om daaraan te voldoen;  
alsmede in een bedrag van € 4.298,75 ten titel van buitengerechtigde kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding en in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf datum vonnis.

#### 3.2.

ASR voert verweer.

#### 3.3.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4. De beoordeling

#### 4.1.

Eisers leggen aan hun vordering ten grondslag dat ASR, wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht als pensioenuitvoerder, onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers als deelnemers aan de door ASR uitgevoerde pensioenregeling c.q. pensioenovereenkomst tussen eisers en QPS. Volgens eisers is ASR daarom aansprakelijk voor de als gevolg van dit onrechtmatig handelen door hen geleden schade, bestaande uit het tekort in pensioenopbouw ten gevolge van de premieachterstand op hun polissen. Eisers stellen dat ASR gelet op het doel en strekking van artikel 29 Pensioenwet tekort is geschoten in de op haar rustende informatieplicht omdat zij eisers niet, althans niet tijdig, op de hoogte heeft gesteld van de betalingsachterstanden van QPS en omdat zij door middel van de maandelijkse pensioenopgaven bij eisers verwachtingen heeft gewekt ten

aanzien van de pensioenopbouw. Voorts heeft ASR volgens eisers niet voldaan aan de in artikel 29 lid 2 Pensioenwet neergelegde verplichting dat zij zich aantoonbaar moet hebben ingespannen de achterstallige premies te innen, alvorens tot premievrijstelling kan worden overgegaan.

#### 4.2.

ASR betwist dat eisers jegens haar aanspraak kunnen maken op de niet-betaalde pensioenaanspraken. Zij stelt daartoe dat Pensioen- en spaarfondsenwet en Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet van toepassing zijn en dat deze uitdrukkelijk bepalen dat ASR niet aansprakelijk is voor een premieachterstand en dat zij in geval van premieachterstand geen meldingsplicht heeft jegens eisers. De bepalingen over premieachterstand in de Pensioenwet waar eisers hun vorderingen op baseren waren volgens ASR in de periode van juni 2007 tot april/mei/juni 2008 nog niet in werking getreden. Voorts betwist ASR dat zij bij eisers de indruk heeft gewekt dat de pensioenpremie was betaald of dat eisers pensioenrechten hadden verworven. Ook de stelling van eisers dat ASR zich onvoldoende heeft ingespannen om de achterstallige premies te innen heeft ASR gemotiveerd betwist. Verder ontbreekt volgens ASR het causaal verband tussen het vermeende onrechtmatig handelen en de door eisers gestelde schade.

### Informatieplicht betreffende de premieachterstand

#### 4.3.

Tussen partijen staat vast dat de pensioenopbouw van eisers is verminderd als gevolg van het onbetaald blijven van pensioenpremies door QPS over de periode 1 juli 2007 tot april/mei/juni 2008. De einddatum verschilt per werknemer, afhankelijk van de datum waartegen de arbeidsovereenkomst is opgezegd door de curator. Deze periode zal hierna worden aangeduid als de periode 1 juli 2007 tot en met juni 2008.

#### 4.4.

Met ingang van 1 januari 2007 is de Pensioenwet in werking gereden. Deze wet vervangt de voordien van toepassing zijnde Pensioen- en spaarfondswet. Op grond van het overgangsrecht is een aantal artikelen van de Pensioenwet, waaronder artikel 29, op een later tijdstip in werking getreden. Het debat tussen partijen betreft - onder meer - de vraag of in dit geval getoetst dient te worden aan artikel 29 Pensioenwet (het standpunt van eisers) of aan de artikelen 3a Pensioen- en spaarfondswet en artikel 4 van de op deze wet gebaseerde Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet van 16 juli 1987 (hierna: de Regelen) (het standpunt van ASR). Ter zitting hebben eisers hun stelling dat artikel 29 Pensioenwet met ingang van 1 januari 2008 in werking is getreden niet langer gehandhaafd en het standpunt van ASR dat de ingangsdatum van dit artikel 1 augustus 2008 is onderschreven.

#### 4.5.

Artikel 29 lid 1 Pensioenwet bepaalt dat een verzekeraar de deelnemers en de werkgever informeert wanneer de premieachterstand het noodzakelijk maakt de opbouw van pensioenaanspraken te beëindigen door premievrijmaking of pensioenaanspraken zonder premievrije waarde te laten vervallen. Ingevolge artikel 29 lid 2 kan een verzekeraar de in het eerste lid bedoelde mededeling pas doen indien hij zich aantoonbaar heeft ingespannen om de achterstallige premie te innen.

#### **4.6.**

Ingevolge artikel 3a en lid 4 Pensioen- en spaarfondswet - samengevat en voor zover hier van belang - is de werkgever, indien hij zijn verplichting tot betaling van de premie binnen de in het tweede lid genoemde termijn niet is nagekomen, verplicht daarvan mededeling te doen aan degenen wier pensioen of aanspraak op pensioen daardoor wordt getroffen.

#### **4.7.**

Ingevolge artikel 2 van de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (hierna: de invoeringswet) wordt de Pensioen- en spaarfondsenwet ingetrokken. Artikel 20 a van de invoeringswet - voor zover hier van belang - bepaalt dat tot de datum van inwerkingtreding van artikel 29 Pensioenwet de artikelen 3a, vierde lid, van de Pensioen- en spaarfondswet en artikel 12 van de Regelen van toepassing blijven. Artikel 20a lid 2 invoeringswet bepaalt dat artikel 29 van de Pensioenwet niet van toepassing is op premies die zijn verschuldigd voor de datum van inwerkingtreding van artikel 29 Pensioenwet.

#### **4.8.**

Op grond van het Besluit van 18 december 2006 (Stb. 707) is de inwerkingtreding van artikel 29 Pensioenwet aanvankelijk uitgesteld tot 1 januari 2008. Vervolgens is bij het Besluit van 20 december 2007 (Stb. 583) tot wijziging van het Besluit van 18 december 2006 de inwerkingtreding van artikel 29 Pensioenwet nogmaals uitgesteld en wel tot de datum waarop het wetsvoorstel Kamerstukken II 2007/08 31 266 in werking zal treden. Dit wetsvoorstel heeft geresulteerd in de "Veegwet" (wet van 15 juli 2008 (Stb 2008, 314)), die op 1 augustus 2008 in werking is getreden, zodat ook artikel 29 Pensioenwet op die datum in werking is getreden.

#### **4.9.**

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in de periode van 1 juli 2007 tot en met juni 2008 artikel 29 Pensioenwet niet van toepassing was. Het betoog van eisers dat ASR op grond van artikel 29 van de Pensioenwet verplicht was hen te informeren over de achterstand in de premiebetaling treft dan ook geen doel.

#### **4.10.**

Ingevolge het ten tijde in geding van toepassing zijnde artikel 3a lid 4 van de Pensioen- en spaarfondswet rustte op de werkgever de verplichting om, indien de pensioenpremies niet tijdig waren betaald, daarvan mededeling te doen aan degenen wier pensioen of aanspraak of pensioen daardoor wordt getroffen. Een dergelijke wettelijke informatieplicht rustte destijds niet op de verzekeraar.

#### **4.11.**

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen wettelijke verplichting was op grond waarvan ASR eisers diende te informeren over de premieachterstand.

#### **4.12.**

Het betoog van eisers dat sprake is van een buitenwettelijke bijzondere zorgplicht op grond waarvan

ASR hen toch over de premieachterstand diende te informeren slaagt niet. Tussen ASR en eisers (als deelnemers en begunstigen) bestaat geen directe contractuele relatie waarop een bijzondere zorgplicht van ASR jegens eisers kan worden gebaseerd. Ook indien de relatie tussen verzekeraar - werkgever- werknemer zou kunnen worden gekwalificeerd als een door eisers aanvaard derdenbeding, zoals eisers stellen, kan dit er niet toe leiden dat ASR destijds verplicht was eisers te informeren over een achterstand in de premiebetalingen. De destijds geldende wettelijke regels legden de informatieplicht immers op de werkgever.

#### 4.13.

Het betoog van eisers dat ASR had dienen te anticiperen op artikel 29 Pensioenwet treft evenmin doel.

#### 4.14.

Daartoe wordt het volgende overwogen. Slechts in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van het beginsel van onmiddellijke werking van wetgeving. De stelling van eisers dat de in de Pensioenwet gehanteerde nieuwe uitgangspunten “transparantie” en “toezicht” reeds bij verzekeraars bekend waren vanaf de inwerkingtreding van de Pensioenwet per 1 januari 2007, is niet een bijzondere omstandigheid die er toe kan leiden dat artikel 29 Pensioenwet met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007 dient te worden toegepast. Integendeel artikel 20a van de invoeringwet Pensioenwet voorziet in overgangsrecht voor artikel 29 en bepaalt dat artikel 3a van de Pensioen- en spaarfondswet (betreffende de op de werkgever rustende meldingsplicht voor premieachterstand) van kracht blijft tot inwerkingtreding van artikel 29 van de Pensioenwet. Voorts is artikel 29 van de Pensioenwet niet van toepassing verklaard op premies verschuldigd vóór de datum van inwerkingtreding van dit artikel. Ook de wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunt voor anticiperende werking van artikel 29 Pensioenwet. De memorie van toelichting bij de Pensioenwet (TKII 2005-2006, 30413, nr. 3) vermeldt:

#### 4.7.2. Informatievoorziening in geval van betalingsachterstand.

“Wie informeert de begunstigen

“Dit wetsvoorstel bepaalt dat de plicht tot melding aan de betrokkenen van een (ernstige) betalingsachterstand op de pensioenuitvoerder rust, en niet, zoals in de PS op de werkgever. De pensioenuitvoerder is geschikter om de betrokkenen te informeren omdat de pensioenuitvoerder, in tegenstelling tot de werkgever, terzake onafhankelijk is. (...). Het in de praktijk gesignaleerde probleem, dat de werkgever nalaat de deelnemers te informeren als hij de premie niet of niet volledig betaalt, kan daarmee niet meer voorkomen. Zo staat in de jaarverslagen over 2002-2004 van de Ombudsman Verzekeringen bijvoorbeeld dat de melding door de werkgever in de praktijk achterwege blijft en dat er – in combinatie met het feit dat verzekeraars geen meldingsplicht richting de deelnemers hebben – toe kan leiden dat werknemers er pas na lange tijd achter komen dat de opbouw van hun pensioen is gestaakt.” Uit dit gedeelte van de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 29 in de Pensioenwet is opgenomen juist omdat onder de Pensioen- en spaarfondswet geen verplichting bestond voor de verzekeraar om de deelnemers en pensioengerechtigden te informeren over een premieachterstand. De in dit artikel neergelegde inlichtingenplicht voor de verzekeraar is dan ook geen codificatie van een reeds bestaande praktijk. Evenmin was er voor inwerkingtreding van artikel 29 Pensioenwet sprake van een in rechterlijke uitspraken geformuleerde zorgplicht voor de verzekeraars op dit punt.

#### 4.15.



Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen moet worden geconcludeerd dat ASR noch op grond van een wettelijke verplichting, noch op grond van een bijzondere zorgplicht gehouden was eisers te informeren over de premieachterstand. Van een tekortkoming door ASR in de nakoming van haar verplichtingen als pensioenuitvoerder jegens eisers of van onrechtmatig handelen jegens hen is op dit punt dan ook geen sprake .

## **De verstrekte informatie in de pensioenoverzichten**

### **4.16.**

Eisers stellen dat ASR door toezending van de maandelijkse pensioenopgaven de indruk heeft gewekt dat de pensioenpremies waren betaald en dat zij zich geen zorgen hoefden te maken over hun pensioenopbouw. Zij wijzen daartoe op de begeleidende brief bij het pensioenoverzicht waarin is vermeld dat het overzicht is gebaseerd op de gegevens zoals die op de betreffende datum bij ASR bekend waren.

### **4.17.**

ASR stelt dat zij niet op grond van de in de pensioenoverzichten vermelde informatie aansprakelijk is voor de als gevolg van de premieachterstand door eisers geleden schade. Zij verwijst daartoe naar hetgeen in artikel 13 van de Regelen is bepaald betreffende de in het pensioenoverzicht te verstrekken informatie.

### **4.18.**

De rechtbank overweegt als volgt. Artikel 13 lid 2 van de Regelen bepaalt - samengevat en voor zover hier van belang - dat de verzekeraar ten behoeve van elke verzekerde schriftelijk een opgave doet van - in ieder geval - de hoogte van de verzekerde bedragen alsmede schriftelijk opgave doet van het systeem van financiering daarvan. Er is geen wettelijk voorschrift dat de pensioenuitvoerder de verplichting oplegt een premieachterstand te vermelden in het verstrekte pensioenoverzicht. Een dergelijk voorschrift zou ook niet in overeenstemming zijn met artikel 3a van de Pensioen- en spaarfondswet dat deze verplichting oplegt aan de werkgever en niet aan de verzekeraar. Ook het huidige artikel 38 van de Pensioenwet verplicht de pensioenuitvoerder niet een eventuele premieachterstand in het pensioenoverzicht te vermelden. Eisers konden aan de door ASR in de pensioenoverzichten verstrekte informatie dan ook niet de gerechtvaardigde verwachting ontleen dat QPS (volledig) aan haar premieverplichtingen had voldaan. De omstandigheid dat ASR in de pensioenoverzichten bedragen noemt voor “beschikbare premie beleggingen” en de “totale waarde”, maakt dit niet anders. Zoals ASR ter zitting heeft toegelicht worden de “beleggingsunits” op vaste momenten gekocht ongeacht of daarvoor benodigde premies daadwerkelijk door QPS zijn voldaan.

### **4.19.**

Voorts zijn de pensioenoverzichten, zoals ook ASR heeft aangevoerd, eenzijdige mededelingen. Het zijn dan ook geen overeenkomsten tussen ASR en eisers, waar eisers het recht aan kunnen ontleen tot uitbetaling van het daarin vermelde bedrag aan opgebouwd pensioen, terwijl de daarvoor verschuldigde premie niet is voldaan.

## Het incasseren van de premie

### 4.20.

Onder verwijzing naar het faillissementsverslag stellen eisers dat reeds op 1 oktober 2007 een forse premieachterstand was. Na de brief van 25 september 2007 waarin ASR QPS daarop heeft gewezen, wordt pas met de brief van 7 oktober 2008 een betalingsherinnering naar QPS gestuurd. Gelet hierop heeft ASR zich volgens eisers veel te weinig ingespannen om de achterstallige premies te innen.

### 4.21.

ASR heeft aangevoerd dat zij reeds sinds 1 september 2002 de pensioenregeling voor QPS uitvoert. Vanwege de groei van QPS in de loop der jaren, zijn ASR en QPS per 1 januari 2007 een nieuwe collectieve pensioenuitvoeringsovereenkomst overeengekomen. Over dit contract is langdurig onderhandeld en de definitieve inhoud is pas in oktober 2007 rond gekomen. Voorts was er volgens ASR enige onduidelijkheid over de hoogte van de te betalen premie. Zij wijst op de brief van 25 september 2007 waarin een betalingsregeling tot stand is gekomen waardoor het eerdere pensioencontract zonder premieachterstand kon worden afgesloten. In deze brief zijn ook afspraken gemaakt voor de premiebetalingen voor het nieuwe contract. In de daarop volgende periode werd volgens ASR ook met een zekere regelmaat, soms na aanmaning, betaald. ASR stelt dat in juni 2008 een bespreking over de premiebetaling heeft plaatsgevonden, waarbij QPS meedeelde dat zij een grote order uit Noorwegen verwachtte en dat er geen betalingsproblemen meer zouden zijn als die eenmaal binnen was. Deze order is echter niet doorgegaan. ASR stelt dat zij op grond van de eerdere afspraken en de betalingen in de veronderstelling verkeerde dat QPS in de kern een gezond bedrijf was dat uiteindelijk aan al haar betalingsverplichtingen jegens ASR zou voldoen, maar dat zij kort voor het faillissement van QPS werd overvallen door de mededeling dat het met QPS financieel zo slecht ging dat zij de premies niet meer kon betalen.

### 4.22.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft ASR met de hiervoor geschetste gang van zaken aangetoond dat zij zich voldoende heeft ingespannen om de premies te innen. De inhoud van de brief van 25 september 2007 zoals hiervoor in 2.3 weergegeven vormt een bevestiging van de stelling van ASR dat er in de overgangsfase van het oude pensioencontract naar het nieuwe collectieve contract onduidelijkheid was over de premiebetalingen, maar dat er met ingang van het nieuwe contract duidelijke betalingsafspraken zijn gemaakt. Voorts hebben eisers ter zitting naar voren gebracht dat ook zij op de hoogte waren van de verwachte grote order in juni 2008. Eisers hebben voor het overige geen feiten en omstandigheden naar voren gebracht die doen twifelen aan de voorstelling van feiten door ASR

## De bevoegdheid tot het premievrij maken van de polissen

### 4.23.

Artikel 12 van de Regelen regelt - onder meer en voor zover hier van belang - de termijn waarop de verzekeraar, bij achterstand in de premiebetalingen door de werkgever, de verzekering premievrij mag

maken. Deze termijn is gerelateerd aan de betalingstermijn voor de premie en de verplichting van de werkgever om binnen drie maanden na het verstrijken van die termijn van een betalingsachterstand mededeling te doen aan de werknemer. Een maand na het verstrijken van laatstgenoemde termijn van drie maanden is de verzekeraar bevoegd over te gaan tot premievrijmaking. Het voorgaande leidt er dus toe dat de verzekeraar vier maanden nadat de premies onbetaald zijn gebleven bevoegd is over te gaan tot premievrijmaking. In dit geval is aan die voorwaarde voldaan nu QPS de premies over de periode juli 2007 tot en met juni 2008 niet heeft betaald. Op de datum van het faillissement was de in artikel 12 gestelde termijn ruimschoots verstreken, zodat ASR bevoegd was tot premievrijmaking voor de toekomst, zoals zij heeft meegedeeld in haar brief van 8 mei 2009 aan eisers.

#### 4.24.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen kan niet worden geconcludeerd dat ASR ten aanzien van eisers is tekort gekomen in de nakoming van haar verplichtingen als uitvoerder van de ten behoeve van hen met QPS overeengekomen pensioenregeling. Evenmin kan worden geconcludeerd dat ASR anderszins onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld. Zij is dan ook niet aansprakelijk voor de schade die eisers leiden als gevolg van het onbetaald blijven van de pensioenpremies door QPS. De vorderingen van eisers zullen daarom worden afgewezen. Hetgeen partijen hebben gesteld over het (ontbreken van) causaal verband tussen de gedragingen van ASR en de gestelde schade kan dus verder onbesproken blijven.

#### 4.25.

Eisers zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van ASR worden begroot op:

- vast recht € 263,00
  - salaris advocaat 904,00 (2,0 punten × tarief € 452,00)
- Totaal € 1.167,00

#### 4.26.

De nakosten, waarvan ASR betaling vordert, zullen op de in het dictum weergegeven wijze worden begroot.

## 5. De beslissing

### De rechtbank

#### 5.1.

wijst de vorderingen af,

#### 5.2.

veroordeelt eisers hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ,ander zal zijn bevrijd in de proceskosten, aan de zijde van ASR tot op heden begroot op € 1.167,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

### 5.3.

veroordeelt eisers hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,-- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

- te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden en de veroordeelde niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan, met een bedrag van € 68,-- aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na voormelde aanschrijving tot de dag van volledige betaling,

### 5.4.

verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## Noot

**Auteur:** Mr. W.P.M. Thijssen

### 1.

De gewezen werknemers van een gefailleerde werkgever werden met premieachterstand van de werkgever in de betaling van pensioenpremie geconfronteerd. Zij trachtten de als gevolg daarvan opgelopen pensioenschade te verhalen op de verzekeraar die als pensioenuitvoerder van de pensioenregeling fungeerde. Rechtsgrond voor hun vordering was een veronderstelde mededelingsplicht van de verzekeraar in verband met de premieachterstand. De rechter oordeelde dat zo'n mededelingsplicht niet bestond en wees de vorderingen af. De rechter kwam tot dit oordeel omdat de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing was gezien het tijdvak waarop de premieachterstand betrekking had, de PSW de veronderstelde mededelingsplicht niet kende, deze ook niet op de redelijkheid en billijkheid kon worden geconstrueerd en de Pensioenwet (PW), die wel een mededelingsplicht voor de verzekeraar bij premieachterstand kent, niet van toepassing was, ook niet door anticiperende werking. Een terecht oordeel. De volgende facetten verdienen aandacht:

- De onder de PSW geldende mededelingsplicht in verband met premieachterstand;
- De onder de PW daarvoor geldende regeling en het overgangsrecht;
- De overnemingsregeling van de Werkloosheidswet (WW);
- De rechtsverhouding tussen een (gewezen) deelnemer aan een pensioenregeling en de verzekeraar als pensioenuitvoerder;
- Eventuele andere processuele mogelijkheden voor de gewezen werknemers.

### 2.

*De PSW.* Ik beperk mij hierna tot de laatst geldende tekst van de PSW. Art. 2 lid 7 PSW bood een werkgever de mogelijkheid zich in de pensioenovereenkomst het recht voor te behouden de betaling van werkgeverspremie te verminderen of te beëindigen in geval van een ingrijpende wijziging van

omstandigheden. Dit voorbehoud was slechts rechtsgeldig indien de werkgever de pensioenuitvoerder schriftelijk had geïnformeerd over dit voorbehoud in de pensioenovereenkomsten met zijn werknemers. Een voornemen van de werkgever om een concreet beroep te doen op de regeling diende de werkgever schriftelijk mede te delen aan de pensioenuitvoerder en de (gewezen) deelnemers aan de pensioenregeling die als gevolg van effectueren van een aankondiging om gebruik te maken van de bevoegdheid om de betaling van werkgeverspremie te verminderen of te beëindigen pensioenschade zouden lijden. In mijn visie was in deze sprake van een opschortingsbevoegdheid om de werkgeverspremie te betalen op grond van overmacht en herleefde de verplichting om de achterstallige werkgeverspremie te betalen nadat van overmacht geen sprake meer was. Wijziging van de pensioenovereenkomst, gericht op het voorkomen van herleving van de verplichting om de achterstallige werkgeverspremie te voldoen, bood slechts soelaas voor de toekomst omdat backservicerechten ook onder de PSW onaantastbaar waren (mijns inziens op grond van het afkoopverbod van art. 32 lid 4 PSW; vgl. Rb. Arnhem 16 april 1998, *PJ* 1998/41, met aant. Lutjens waarin de rechter ook tot dit oordeel kwam, echter omdat de werknemer in casu niet was geïnformeerd over een beoogde verlaging van zijn pensioenaanspraken met terugwerkende kracht uit hoofde van een eindloonregeling wegens salarisverlaging). Art. 3a lid 4 PSW verplichtte de werkgever premieachterstand na een bepaalde periode schriftelijk te melden aan de (gewezen) deelnemers die als gevolg van de premieachterstand pensioenschade zouden oplopen. Voor de verzekeraar gold geen mededelingsplicht, óók niet op grond van de Regelen verzekeringsovereenkomst PSW (de Regelen). De verzekeraar had op grond van art. 12 de bevoegdheid een pensioenverzekering premievrij te maken na afloop van een bepaalde termijn (onder verrekening van achterstallige premie; vgl. onderdeel 2.7 van de uitspraak waar blijkt dat de verzekeraar in casu tot verrekening overging, zie ook onderdeel 4.23). De verzekeraar liep geen risico bij premieachterstand indien hij zich aan de wettelijke regels hield. Dit was een uitvloeisel van de regel 'geen premie, geen uitkering' die in art. 4 van de Regelen was vastgelegd. Wirschell merkt in *T&C Pensioenrecht* (eerste druk) in aant. 2 bij art. 4 Regelen op dat deze regeling het logisch uitvloeisel is van het feit dat de verzekeraar geen partij is bij de pensioenovereenkomst. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt niet of in de pensioenovereenkomsten met de werknemers een voorbehoud als bedoeld in art. 2 lid 7 PSW was gemaakt en of daarop door de werkgever een rechtsgeldig beroep was gedaan. Ook blijkt niet of de curator dit na het faillissement alsnog heeft gedaan, indien het voorbehoud in de pensioenovereenkomsten was opgenomen en daarvan door de werkgever geen gebruik was gemaakt. Aannemend dat de curator de werknemers heeft ontslagen (dat blijkt m.i. impliciet uit het vonnis) zou dat overigens ook niet uitmaken, gezien de relatief korte periode waarover vanaf het faillissement nog pensioenaanspraken zouden zijn verworven (bij faillissement gelden immers verkorte opzegtermijnen).

### 3.

*De PW.* In het kader van de invoering van de PW is de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van pensioenregelingen sterk verschoven van de werkgever naar de pensioenuitvoerder. In verband met premieachterstand blijkt dit uit de regeling van art. 29 PW. Die houdt in dat de verzekeraar premieachterstand moet mededelen, niet alleen aan de werkgever, maar ook aan de deelnemers indien de premieachterstand tot gevolg heeft dat tot premievrijmaking moet worden overgegaan. De mededeling mag echter pas worden gedaan nadat de verzekeraar zich aantoonbaar heeft ingespannen om de achterstallige premie te innen. De verzekeraar loopt ook risico. Hij mag achterstallige premie en rente daarover niet verrekenen met de pensioenaanspraken. Naarmate de verzekeraar trager is terzake zijn inspanningsverplichting om achterstallige premie te innen, is het risico dat hij loopt groter. De

regeling van art. 29 PW vormt daarom een inbreuk op de voorheen geldende regel 'geen premie, geen uitkering' en daarmee een financiële prikkel voor verzekeraars om alert op te treden bij premieachterstand. De rechtbank oordeelde dat art. 29 PW gezien het toepasselijke overgangsrecht niet van toepassing was. De daaraan gewijde overwegingen 4.7 tot en met 4.9 zijn duidelijk en hoeven m.i. geen nadere toelichting. Art. 29 PW trad in werking per 1 augustus 2008, na het tijdvak waarop de premieachterstand betrekking had. Het systeem van het overgangsrecht is dat de PW uitsluitend toekomstige werking had. In verband met premieachterstand gold geen uitzondering. Ik verwijs naar de hoofdregel van art. 20a Invoerings- en aanpassingswet PW waarnaar ook de rechtbank verwijst. Gezien deze duidelijke keuze van de wetgever kon ook geen sprake zijn van anticiperende werking van de PW, ook al lag het tijdvak waarop de premieachterstand betrekking had kort voor de inwerkingtreding van art. 29 PW. Opvallend is dat de verzekeraar in de procedure aangaf feitelijk wel (in zijn visie onverplicht) aan de verplichtingen van art. 29 PW te hebben voldaan. Dit wellicht met het oog op de mogelijkheid dat de rechtbank zou anticiperen op art. 29 PW. Ik wijs op de onderdelen 4.20-4.24 van het vonnis. De rechtbank oordeelde zonder expliciete toetsing aan art. 29 PW dat de verzekeraar niet te kort gekomen was in de nakoming van welke verbintenissen ook maar ten aanzien van zijn verplichtingen ten opzichte van de gewezen werknemers van de werkgever. Ook oordeelde de rechtbank dat van onrechtmatig handelen van de verzekeraar geen sprake was. Zie onderdeel 4.24 van het vonnis. De verzekeraar hoefde naar het oordeel van de rechtbank de betalingsachterstand van de werkgever niet op de pensioenoverzichten te vermelden. Art. 13 Regelen hield een dergelijke mededelingsplicht niet in. Uit het systeem van de PSW en de onderliggende samenhang met de Regelen volgt dat art. 3a PSW een bijzondere regeling met het oog op betalingsachterstand inhield. Naast die wettelijke regeling was geen plaats voor een buitenwettelijke mededelingsplicht van de verzekeraar op het pensioenoverzicht. De rechtbank oordeelde (m.i. feitelijk ten overvloede) dat ook onder vigeur van de PW geen verplichting bestaat om een betalingsachterstand op het UPO te melden, gezien het feit dat art. 29 PW een bijzondere regeling inhoudt met het oog op betalingsachterstand. Art. 38 PW, waarop de verplichting voor pensioenuitvoerders berust om jaarlijks aan deelnemers aan een pensioenregeling een UPO te verstrekken, kent de door eisers in de procedure veronderstelde mededelingsplicht niet. Indien betalingsachterstand onder vigeur van de PW niet op het UPO wordt gemeld, is kennelijk naar het oordeel van de rechtbank ook geen sprake van schending van de norm dat de informatie die het UPO bevat duidelijk en begrijpelijk moet zijn (art. 48 PW). De AFM stelt zich op het standpunt dat de informatie die het UPO bevat ingevolge de begrijpelijkheidseis en de duidelijkheidseis ook juist moet zijn en acht het niet toegestaan een disclaimer op te nemen. Ik wijs in dit verband op het Rapport Juistheid UPO, Onderzoek naar de juistheid van de informatieverstrekking op het UPO 2008, AFM, oktober 2010. Ik tref geen informatie van de AFM aan waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de AFM zich op het standpunt stelt dat de duidelijkheidseis van art. 48 PW impliceert dat betalingsachterstand van de werkgever op het UPO zou moeten worden vermeld.

#### 4.

*De WW.* De werkgever werd op 17 maart 2009 failliet verklaard (zie onderdeel 2.6 van het vonnis). De premieachterstand die viel onder de overnemingsregeling van art. 64 WW was door het UWV overgenomen (zie onderdeel 2.8 van het vonnis; het betrof de periode vanaf april 2008 tot de datum van het kennelijke ontslag door curatoren). Door middel van de procedure tegen de verzekeraar werd getracht verhaal te zoeken voor de pensioenschade over de periode waarvoor de overnemingsregeling niet gold (de periode '*medio 2007 tot april 2008*'). Bijzondere WW-aspecten kleven daarom niet aan deze casus. Ook voor een vordering op de curator als zodanig wegens het

onbetaald laten van pensioenpremie terwijl het voorbehoud als bedoeld in art. 2 lid 7 PSW ontbreekt of zonder dat hij alsnog een beroep heeft gedaan op dat voorbehoud indien het onderdeel van de pensioenovereenkomsten met de door hem ontslagen werknemers zou zijn geweest, zie ik geen plaats daar de pensioenschade over de opzegtermijn ten laste van het UWV is gerepareerd (wellicht is hier een mogelijkheid voor werknemers met zodanig hoge pensioenaanspraken, dat niet de volledige pensioenschade uit hoofde van de overnemingsregeling van de WW is gerepareerd). Ook is er dan mogelijk een regresvordering van het UWV op de curator q.q.

## 5.

*Rechtsverhouding (gewezen) deelnemer/pensioenuitvoerder.* Wat dit aspect betreft, beperk ik mij tot rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen, meer in de terminologie van de PW: pensioenovereenkomsten waarvoor een verzekeraar als pensioenuitvoerder fungeert (zonder tussenkomst van een pensioenfonds of premiepensioeninstelling). In onderdeel 4.12 overweegt de rechtbank: *“Tussen ASR (de verzekeraar in kwestie; toevoeging annotator) en eisers (als deelnemers en begunstigden) bestaat geen directe contractuele relatie waarop een bijzondere zorgplicht van ASR jegens eisers kan worden gebaseerd. Ook indien de relatie tussen verzekeraar — werkgever — werknemer zou kunnen worden gekwalificeerd als een door eisers aanvaard derdenbeding... kan dit er niet toe leiden dat ASR destijds verplicht was eisers te informeren over een achterstand in de premiebetalingen”.* Deze overweging trok mijn aandacht. Ik zou denken dat 'begunstiging', ook als deze geen contractuele rechtsverhouding uit hoofde van een derdenbeding zou opleveren, in elk geval leidt tot een verbintenis tussen verzekeraar en werknemer/deelnemer. Die verbintenis wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, hetzij op grond van art. 6:2 BW (indien wordt aangenomen dat geen sprake is van een contractuele rechtsverhouding), hetzij op grond van art. 6:248 BW (indien wordt aangenomen dat begunstiging leidt tot een contractuele relatie uit hoofde van een aanvaard derdenbeding). De relevante vraag is daarom m.i. niet of een contractuele verhouding bestond waaruit een mededelingsplicht voor de verzekeraar volgde, maar of de redelijkheid en billijkheid die de verbintenis tussen verzekeraar en werknemers/deelnemers beheersten die mededelingsplicht impliceerden. De rechtbank had dan kunnen oordelen dat dit niet het geval was om tot hetzelfde oordeel te komen als door de rechtbank gegeven. Er zou immers wel van heel bijzondere omstandigheden sprake moeten zijn geweest om in weerwil van de duidelijke wetsgeschiedenis van art. 29 PW en het daarbij horende overgangsrecht en de op grond daarvan aan verzekeraars geboden rechtszekerheid tot het oordeel te komen dat op de verzekeraar de mededelingsplicht zou rusten als door eisers werd verondersteld. Daarvoor biedt de casus voor zover die uit het vonnis blijkt m.i. in elk geval geen aanknopingspunten. In een eventueel hoger beroep zouden daarom hooguit de gronden voor afwijzing van het gevorderde voor verbetering in aanmerking komen indien geen nieuwe feiten worden gesteld.

## 6.

*Zijn er alternatieven voor eisers?* Hiervoor bleek al dat indien in een eventueel hoger beroep het handelen van de verzekeraar op de juiste wijze zou worden getoetst, de uitkomst niet anders zal zijn, tenzij:

- *hetzij* in weerwil van de wettelijke regeling van de PSW en de Regelen zou worden geoordeeld dat de verzekeraar een informatieplicht zou hebben geschonden en schadeplichtigheid zou worden aangenomen (die kans acht ik klein, tenzij nieuwe feiten zouden worden gesteld en bewezen die tot zo'n andersluidend oordeel 'contra legem' zouden kunnen leiden);

- *hetzij* zou worden geanticipeerd op art. 29 PW en schending daarvan door de verzekeraar zou worden aangenomen (die kans acht ik ook klein, tenzij alsnog zou blijken dat de verzekeraar niet aan art. 29 PW voldeed);
- *hetzij* de verzekeraar aansprakelijk zou worden gehouden voor het niet afdragen door de werkgever van de door de werkgever verschuldigde pensioenpremie op grond van het argument dat uit het systeem van de Pensioenwet in het algemeen zou volgen dat (gewezen) werknemers hun pensioenrechten jegens de pensioenuitvoerder hard moeten kunnen maken, tenzij het aan de (gewezen) werknemers zelf te wijten is dat hun pensioenrechten niet of niet voor de juiste bedragen zijn verzekerd.

Met dat laatste doel ik op de discussie rond de rechtspositie van niet aangemelde deelnemers die ten tijde van het schrijven van deze annotatie in volle hevigheid wordt gevoerd tussen *enerzijds* de Tweede Kamer en de verantwoordelijke minister in de vorm van Kamervragen en antwoorden en *anderzijds* de rechtswetenschap en de pensioenpraktijk en De Nederlandsche Bank. Het zou te ver gaan om deze discussie in het kader van deze annotatie weer te geven en daarin een standpunt te formuleren. Ik verwijs naar E. Lutjens, 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij het niet aanmelden', *Pensioen & Praktijk* 2011, p. 4-5; T. Huijg, 'Deelnemer? Maar wie ben jij dan?', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 1, p. 19-23, de discussie tussen E. Lutjens en L. Kuypers in *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 4, p. 6-10 onder de titel 'Aansprakelijkheid pensioenuitvoerder bij niet aanmelden' en naar G.C. van Kaldekerken, 'Ook bij tekortschieten werkgever kan de werknemer bij de pensioenuitvoerder terecht', *Pensioen & Praktijk* 2012, nr. 5, p. 6-11 waaruit de standpunten blijken en waarin naar de relevante vindplaatsen wordt verwezen. Hier beperk ik mij tot het volgende. De regel van art. 4 Regelen ('geen premie, geen uitkering') is niet teruggekeerd in de PW. Uit de context van de wetsgeschiedenis van de PW blijkt in verband met ten onrechte niet bij de pensioenuitvoerder aangemelde werknemers dat het niet nodig zou zijn deze regel vast te leggen, daar deze '*overbodig*' zou zijn. Niet aangemelde werknemers zouden volgens de inzichten van destijds geen pensioenrechten aan de pensioenuitvoerder kunnen ontlenen, daar uitsluitend hun werkgever aansprakelijk zou kunnen zijn voor het niet aanmelden (DNB en de verantwoordelijke minister stellen zich thans op het standpunt dat een niet aangemelde werknemer wel rechten aan de pensioenuitvoerder ontleent, tenzij de niet-aanmelding aan de niet aangemelde werknemer is te wijten, en dat de pensioenuitvoerder een regresrecht op de werkgever heeft). Dit doet de vraag rijzen of al dan niet sprake is van rechtsongelijkheid, indien niet aangemelde werknemers (waarvoor geen premie is betaald) wel pensioenaanspraken aan de pensioenuitvoerder zouden ontlenen, maar wel aangemelde deelnemers waarvoor geen premie is betaald niet. Mij lijkt dat van niet gerechtvaardigde rechtsongelijkheid sprake zou zijn. Daarin zie ik een redelijkheidsargument om aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder voor de toekenning van pensioenrechten aan niet aangemelde werknemers af te wijzen.