

Foutieve advisering over pensioenverzekeringsproduct: assurantietussenpersoon schadeplichtig!

VAST 2021 / N-015

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
30 maart 2021, 200.216.647/01

mr. Ter Berg, mr. Boele, mr. Vestering

BW artikel 6:97, 7:401; Pw artikel 10; Besluit van 18 december 2006 (Stb. 2006/707) artikel 1 lid 4 aanhef en onder b; Wft artikel 4:23

Rechtsvraag

Leidt foutieve advisering over de mogelijkheid een garantieverzekering (het verzekeren van uitgesteld gegarandeerd ouderdomspensioen met accessoir partnerpensioen) te sluiten tot schadeplichtigheid?

In het kort

De foutieve advisering betrof een sedert 2004 premievrije pensioenverzekering van het type kapitaalverzekering met pensioenclausule. De verzekerde gaf aan zijn assurantietussenpersoon (de adviseur) te kennen de wettelijk verplichte herkwalificatie van zijn pensioenovereenkomst met ingang van 1 januari 2009 te willen vermijden. Hij wenste in plaats daarvan met ingang van 1 januari 2009 een tot 1 juni 2016 uitgesteld gegarandeerd ouderdomspensioen met bijbehorend gegarandeerd partnerpensioen bij de verzekeraar te willen verzekeren. De adviseur gaf te kennen dat de verzekeraar die mogelijkheid niet bood. Daardoor kwamen de door de verzekerde gewenste verzekeringen niet tot stand. Met ingang van 1 juni 2016 werd alsnog gegarandeerd ouderdomspensioen en partnerpensioen verzekerd. Achteraf bleek op basis van (getuigen)bewijs dat indien per 1 januari 2009 gegarandeerd uitgesteld ouderdomspensioen (met als ingangsdatum 1 juni 2016) met partnerpensioen zou zijn verzekerd, de verzekerde pensioenen hoger zouden zijn geweest. Het hof oordeelde daarom dat het advies uit 2009 onjuist was, dat de verzekerde daardoor schade leed, dat sprake was van causaal verband tussen het foutieve advies en de schade, dat sprake was schadeplichtigheid voor de adviseur en dat de te betalen schadevergoeding diende te bestaan uit het levenslang jaarlijks bijbetalen van het verschil (ook aan de partner na het overlijden van de verzekerde, indien en zolang de partner dan nog in leven zou zijn).

Tip voor de praktijk

Een adviseur dient een opdracht schriftelijk en duidelijk vast te leggen zodat geen misverstand tussen de adviseur en de klant bestaat over wat de opdracht exact inhoudt. De adviseur dient zich echter te realiseren dat een 'goed opdrachtnemer' soms tot net wat meer verplicht is dan wat naar de letter is overeengekomen. De adviseur moet zich een goed beeld vormen van zijn klant en handelen in lijn van het 'ken uw klant'-principe (zie artikel 4:23 Wft).

Noot

1. De geannoteerde uitspraak van 30 maart 2021 werd voorafgegaan door de meer principiële uitspraak Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:5626](#). In die zaak, het tussenarrest dat voorafging aan de hier behandelde einduitspraak, werd geoordeeld dat de adviseur die het advies had gegeven dat in 2009 geen uitgestelde gegarandeerde pensioenen bij de verzekeraar zouden kunnen worden verzekerd aansprakelijk zou zijn voor de schade die de verzekerde daardoor zou lijden. De grondslag voor die schadevergoedingsplicht lag in het toerekenbaar tekortkomen in de nakoming van de overeenkomst van opdracht die de adviseur met de verzekerde was aangegaan. De verzekerde diende wel aan te tonen dat het gegeven advies foutief was. Hij diende te bewijzen dat de aankoop van uitgestelde gegarandeerde pensioenen in 2009 wel mogelijk was geweest. De verzekerde slaagde in dat bewijs. Omdat daarmee kwam vast te staan dat het gegeven advies foutief was en bovendien sprake was van schade en causaal verband tussen het foutieve advies en de schade, werd de adviseur tot betaling van schadevergoeding veroordeeld. In het licht van het bepaalde in artikel 6:97 BW diende het hof de schade zoveel als mogelijk reëel vast te stellen. Omdat de uiteindelijke schade zou afhangen van de niet vooraf vaststaande datum van overlijden van de verzekerde en zijn partner, oordeelde het hof dat de adviseur jaarlijks, zolang de verzekerde en na zijn overlijden zijn partner in leven zouden zijn, het verschil tussen de feitelijk vanaf 1 juni 2016 verzekerde pensioenen en de pensioenen die per 1 januari 2009 hadden kunnen worden verzekerd te vergoeden.

2. Bij die met een praktische insteek gekozen veroordeling plaats ik drie opmerkingen. De *eerste* opmerking is dat het insolventierisico van de adviseur bij de verzekerde en na zijn overlijden bij zijn partner (indien die dan nog in leven zal zijn) ligt. Het hof overwoog in dit verband in r.o. 2.24 dat partijen aan elkaar zouden blijven verbonden. Indien het hof de schade zou hebben gekapitaliseerd, zou het hof artikel 6:97 BW mogelijk hebben geschonden. Weliswaar zou kapitalisatie actuariëel mogelijk zijn, rekening houdend met de levensverwachtingen van de verzekerde en zijn partner. Maar omdat het werkelijke overlijden van de verzekerde en zijn partner kan afwijken van de algemene levensverwachting, zou artikel 6:97 BW toch kunnen zijn geschonden bij actuariële kapitalisatie. Dat zou een arrest hebben opgeleverd dat gevoelig zou zijn voor cassatie. Daarom gaf het hof aan dat partijen alsnog zelf tot een regeling zouden kunnen komen voor een afrekening ineens. Aangezien de adviseur verplicht is verzekerd tegen beroepsaansprakelijkheid (of een met een dergelijke verzekering vergelijkbare voorziening dient te treffen) op grond van artikel 4:75 Wet op het financieel toezicht, is het insolventierisico mogelijk beperkt, omdat dit risico dan zou bestaan in het risico dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar insolvent zou zijn. De *tweede* opmerking is dat de adviseur op de balans een voorziening zou moeten opnemen met het oog op de toekomstige betalingsverplichting. Die voorziening zou moeten worden gesteld op de geschatte gekapitaliseerde waarde van de toekomstige betalingen. Voor het berekenen daarvan gelden uiteraard dezelfde onzekerheden als door het hof bedoeld in het kader van de toepassing van artikel 6:97 BW. Omdat ik mij kan voorstellen dat de adviseur een dergelijke voorziening niet jarenlang op zijn balans wil zien staan (denk alleen al aan de reputatieschade die dat tot gevolg zou kunnen hebben indien en voor zover derden met de jaarrekening of de publicatiestukken bekend worden), zal de adviseur belang hebben bij een afrekening ineens. Indien hij is verzekerd, ligt het uiteindelijk bij de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de adviseur welke keuze wordt gemaakt. Daarbij zal weer een rol spelen met welk bedrag de verzekerde en zijn partner genoeg zullen wensen te nemen. De *derde* opmerking is dat de veroordeling tot het verrichten van betalingen aan de partner van de verzekerde toch wel opmerkelijk is, daar deze geen partij was bij de procedure. Hier zie ik nog wel een mogelijkheid voor het instellen van cassatieberoep door de adviseur (deze annotatie verschijnt in dit opzicht nog op tijd, daar de cassatietermijn tot 30 juni 2021 loopt). Daartegen pleit mogelijk het argument dat partnerpensioen weliswaar uit de aard daarvan nimmer aan de verzekerde toekomt (de verzekerde is immers overleden als het partnerpensioen ingaat), maar het partnerpensioen is wel een aanspraak die hem toekomt in het kader van zijn pensioenovereenkomst. Toch wringt het feit dat in het dictum onder b uitdrukkelijk een veroordeling ten gunste van de partner van de verzekerde wordt uitgesproken. Let wel: deze

annotatie betreft aansprakelijkheid voor onjuiste advisering. In dat licht bezien mag het voorafgaande niet als een cassatieadvies van de annotator worden beschouwd.

3. Ik plaats de uitspraak nog in de wat bredere context. Vóór 2007 bestond onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (de PSW) contractvrijheid ten aanzien van de vormgeving van een pensioenovereenkomst. Werkgever en werknemer konden de pensioenovereenkomst in vrijheid vorm geven, waarbij uitsluitend de begrenzing van artikel 3:40 BW (geen strijd met dwingend recht, de goede zeden of de openbare orde) in acht diende te worden genomen. In de negentiger jaren van de vorige eeuw kwamen op grote schaal regelingen zoals in de geannoteerde zaak aan de orde: in plaats van gegarandeerde pensioenen werd een kapitaalverzekering met pensioenclausule gesloten. De pensioenclausule hield in dat met het op de pensioendatum tot uitkering komende kapitaal ouderdomspensioen of ouderdomspensioen en partnerpensioen zou worden aangekocht tegen de op de pensioendatum daarvoor bij de verzekeraar geldende tarieven (vaak gold een zogenaamd shoprecht, inhoudend dat het kapitaal ook bij een andere verzekeraar zou mogen worden aangewend). De gedachte was dat met deze constructie de kosten voor het garanderen van pensioen door de verzekeraar werden bespaard, de werkgever en de werknemer daardoor minder premie zouden hoeven te betalen maar het pensioen uiteindelijk toch hoger zou uitpakken omdat de verwachte beleggingsopbrengst veel hoger zou blijken te zijn dan de door de verzekeraar aan de tarieven ten grondslag gelegde rekenrente (tot 1 augustus 1999 in de regel 4 procent, vanaf die datum 3 procent). Dergelijke onder de PSW gesloten pensioenovereenkomsten werden streefregelingen genoemd. Gestreefd werd in het algemeen naar een eindlooppensioen, maar een hoger pensioen werd verwacht. Toen de rente structureel ging dalen bleken de aan te kopen pensioenen veel minder te bedragen dan de streefpensioenen. Dat heeft tot veel rechtspraak geleid. Als ik mij volstrekt willekeurig (zonder dat daaraan een wetenschappelijk verantwoorde keuze aan ten grondslag ligt) beperk tot de jaren 2020 en 2021: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 juli 202, [ECLI:NL:GHSHE:2020:2272](#), Gerechtshof Den Haag 13 oktober 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:1969](#), Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2020, [ECLI:NL:GHARL:2020:9674](#), Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:1986](#), Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 maart 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:2745](#), Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 maart 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:3086](#) en Gerechtshof Den Haag 6 april 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:580](#).

4. In het kader van invoering van de Pensioenwet (Pw) diende de pensioenovereenkomst met ingang van 1 januari 2009 te worden gekwalificeerd als uitkeringsovereenkomst, kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst volgens het bepaalde in artikel 10 Pw en zo nodig te worden aangepast. Voor een beschrijving van de karakters die een pensioenovereenkomst moest aannemen verwijs ik naar de wetsgeschiedenis: *Kamerstukken II*, 2005/06, 30413, nr. 3, p. 32-33. De hiervoor genoemde rechtspraak betreft in de meeste gevallen de herkwalificatie van vóór 2007 gesloten pensioenovereenkomsten van het type streefregeling. Indien vóór 2007 sprake was regelingen die recht gaven op een 'toegezegd pensioen' diende de pensioenovereenkomst te worden omgezet in een uitkeringsovereenkomst waaraan gegarandeerde pensioen zouden worden ontleend. De bestaande kapitaalverzekering diende in die situatie te worden omgezet in een garantieverzekering. Sedert 1987 gold al een affinancieringsplicht die inhield dat het kapitaal uiterlijk op de pensioendatum toereikend diende te zijn voor het verzekeren van het toegezegde pensioen of de toegezegde pensioenen. Bij uitdiensttreding vóór de pensioendatum gold ook een affinancieringsverplichting die inhield dat het kapitaal tussen de datum van uitdiensttreding en de pensioendatum moest worden bijgefinancierd om dit toereikend te doen zijn voor het verzekeren van het toegezegde pensioen of de toegezegde pensioenen op de pensioendatum (zie artikel 8 PSW in de vanaf 1 augustus 1987 geldende tekst voor pensioenfondsen en artikel 9 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor verzekeraars zoals die artikelen sedert 1 augustus 1987 golden). Sedert 2000 gold een jaarlijkse affinancieringsplicht op grond van het destijds

ingevoerde gebod strekkend tot evenredige opbouw en financiering van pensioenaanspraken (artikel 7a en artikel 8 PSW in de sedert 2000 geldende tekst voor pensioenfondsen en artikel 9 en artikel 9a van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor verzekeraars zoals die artikelen sedert 1 januari 2000 golden, voor het affinancieren van het kapitaal opgebouwd vóór 2000 gold overgangsrecht opgenomen in artikel VIII van de Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 592). De betekenis van de sedert 2000 geldende regeling in de visie van de toenmalige toezichthouder is uitgewerkt in de Circulaire van de Verzekeringkamer van 20 december 2000, nr. 1.10/2000-1250. Een alternatief was de pensioenovereenkomst te wijzigen in een kapitaalovereenkomst waarbij het uiteindelijk te bereiken kapitaal en de tarieven van de verzekeraar voor het verzekeren van direct ingaand pensioen en, indien overeengekomen of gewenst, uitgesteld partnerpensioen, op de pensioendatum bepalend zouden zijn. Een ander alternatief was de pensioenovereenkomst te wijzigen in een premieovereenkomst. Indien vóór 2007 al sprake was van een pensioenovereenkomst die uitsluitend recht gaf op het verzekerde kapitaal, was vanaf 2007 van rechtswege ('automatisch') sprake van een kapitaalovereenkomst. Indien vóór 2007 al sprake was van een wat destijds werd aangeduid als een zuivere beschikbare premieregeling, was vanaf 2007 van rechtswege ('automatisch') sprake van een premieovereenkomst. De hiervoor aangeduide rechtspraak ziet steeds op de kwalificatie van de pensioenovereenkomst zoals die vóór 2007 gold, om de gevolgen van de wetswijziging van 2007 voor de pensioenovereenkomst te kunnen vaststellen. De lezer zal geconstateerd hebben dat het een ingewikkelde materie is.

5. Mogelijk daarom beoogde de verzekerde in de geannoteerde zaak de eventuele herkwalificatie van zijn pensioenovereenkomst te vermijden door te verzoeken het verzekerde kapitaal per 1 januari 2009 aan te wenden voor uitgestelde gegarandeerde pensioenen in plaats van daarmee te wachten tot de pensioendatum. Kennelijk speelde in de procedure niet de vraag of sedert 2000 een bijfinancieringsverplichting gold. De reden dat een en ander niet per 1 januari 2007 maar pas per 1 januari 2009 speelde is dat uit artikel 1 lid 4 aanhef en onder b van het besluit van 18 december 2006 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de artikelen van de Pensioenwet en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet (*Stb.* 2006, 707) volgde dat de verplichting tot eventuele herkwalificatie van pensioenovereenkomst ondergebracht bij verzekeraars pas vanaf 1 januari 2009 gold. Zo hadden verzekeraars twee jaar de tijd om hun portefeuille te screenen.

6. Hierna volgt een kort overzicht van rechtspraak waarin een zorgplichtschending en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van een pensioenverzekeraar, een werkgever of een dienstverlener aan de orde was:

- CBB 27 juni 2016, [ECLI:NL:CBB:2017:291](#) (een accountant geeft ten onrechte een samenstellingsverklaring voor een jaarrekening daarvoor stopzetten van de pensioenopbouw de instemming van de partner van de DGA was vereist);
- Rechtbank Rotterdam 19 juni 2017, [ECLI:NL:RBROT:2017:5654](#) en [5687](#) (de informatieplicht van een verzekeraar kan verder gaan dan de wettelijke informatieplicht; er geldt echter geen verplichting tot volledige transparantie van de tarieven);
- HR 15 september 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2388](#) (een werkgever was aansprakelijk voor de schade van zijn werknemer als gevolg van inbreng van gegarandeerd pensioen in beleggingspensioen);
- Rechtbank Rotterdam 2 januari 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:70](#) (een pensioenadviseur was aansprakelijk voor de schade als gevolg van het niet informeren over de consequenties van inbreng van een gegarandeerd pensioen in een beleggingspensioen);
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 april 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:1216](#) (aansprakelijkheid van een beleggingsadviseur voor verkeerd advies ten aanzien van beleggen van pensioengeld in eigen beheer; criterium voor eigen schuld opdrachtgever geformuleerd); en

- Rechtbank Rotterdam 20 januari 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:595](#) (onjuist advies over de werkingssfeer van een verplicht bedrijfstakpensioenfonds).

7. Een overzicht van rechtspraak waarin geen aansprakelijkheid voor onjuist advies werd aangenomen volgt hierna:

- Rechtbank Amsterdam 27 maart 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:2068](#) (geen individuele adviesplicht voor een werkgever omtrent de keuze voor partnerpensioen aangenomen; algemene voorlichting volstaat);
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:291](#) (geen aansprakelijkheid van een advocaat voor het nalaten van onderzoek naar gevolgen van eventuele na een ontslag stijgende arbeidsongeschiktheid van de cliënt omdat de kans op stijging verwaarloosbaar was);
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:813](#) (op de verzekeraar die over een eigen product adviseert rust geen verdergaande informatieplicht dan op een pensioenadviseur zou rusten; polisvoorwaarden hoeven niet volledig transparant te zijn);
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 maart 2020, [ECLI:NL:GHSHE:2020:768](#) (geen adviesplicht voor ABP inzake de mogelijkheden voor vervroegde pensionering);
- Gerechtshof Amsterdam 7 april 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:1033](#) (geen foutieve advisering door een notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden door bijzonder partnerpensioen niet uit te sluiten als daarom niet was gevraagd);
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 juni 2020, [ECLI:NL:GHARL:2020:4184](#) (geen schadeplicht voor de deurwaarder die een hoger beroep dagvaarding te laat uitbrengt omdat het hoger beroep geen redelijke kans van slagen had).

8. Adviseurs dienen zich rekenschap te geven van het feit dat streefregelingen (ook wel hybride regelingen genoemd) vanaf 2000 en 2007 aan stringente vereisten dienen te voldoen. De advisering vergt maatwerk, daar de praktijk (ik verwijs naar de aangehaalde rechtspraak) laat zien dat alles draait om de formulering van de pensioenovereenkomst die het in een concrete situatie betreft. Privaatrechtelijk kan onjuiste advisering tot aansprakelijkheid van de adviseur leiden, zoals de geannoteerde uitspraak laat zien. Bestuursrechtelijk kan schending van artikel 4:23 Wet op het financieel toezicht ook tot bestuursdwang van de zijde van de AFM leiden.

Keywords

Aansprakelijkheidsrecht
Advies
Herkwalificatie
Opdracht
Pensioenovereenkomst
Streefregeling

Vindplaatsen

[ECLI:NL:GHARL:2021:3077](#) 

Auteur(s)

Wim Thijssen

Advocaat bij Pensioenadvocaten.nl en tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum
Pensioenrecht

[LinkedIn](#)