

Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken, Wie betaalt de rekening voor waardeoverdracht?

Vindplaats: TPV 2014/22

Bijgewerkt tot: 23-05-2014

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen^[1]

Wie betaalt de rekening voor waardeoverdracht?

Samenvatting

Werknemers die deelnemen aan een pensioenregeling hebben het wettelijk recht op waardeoverdracht bij wisseling van dienstverband. In het kader van deze wettelijk verplichte waardeoverdracht kan zich bij de overdragende pensioenuitvoerder de situatie voordoen dat de beschikbare overdrachtswaarde minder of meer bedraagt dan het bedrag dat op grond van de toepasselijke wetgeving moet worden overgedragen. Bij de aannemende pensioenuitvoerder kan zich de situatie voordoen dat de overdrachtswaarde ontoereikend is om de pensioenaanspraken toe te kennen die op grond van de toepasselijke wetgeving moeten worden toegekend, of dat sprake is van een overschot. In elk van deze situaties rijst de vraag wie een tekort moet dragen respectievelijk aan wie een overschot toekomt. Is dat de pensioenuitvoerder, de oude respectievelijk de nieuwe werkgever of degene die van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruikmaakt? Die vraag wordt hierna beantwoord.

Wettelijk kader

Sinds 8 juli 1994 hebben deelnemers aan een pensioenregeling die door een pensioenfonds of een verzekeraar wordt uitgevoerd het wettelijk recht op waardeoverdracht bij wisseling van dienstverband.^[2] Voor deelnemers aan een beroepspensioenregeling geldt een soortgelijk recht op waardeoverdracht sedert 1 januari 2006.^[3] Het wettelijk recht op waardeoverdracht is in de huidige wetgeving opgenomen in art. 71 Pensioenwet (PW) en in art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling.^[4]

Formele wetgeving

De regeling opgenomen in art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling houdt, summier en voor zover hier van belang weergegeven, het volgende in:^[5]

- een werknemer die aan een pensioenregeling deelneemt heeft recht op waardeoverdracht in geval van individuele beëindiging van het dienstverband met zijn werkgever waardoor de deelneming aan de pensioenregeling eindigt indien hij gaat deelnemen aan de pensioenregeling van een nieuwe werkgever,^[6] een beroepsgenoot wanneer de deelneming aan de beroepspensioenregeling individueel eindigt;
- door de waardeoverdracht verwerft de gewezen deelnemer pensioenaanspraken in de pensioenregeling van de nieuwe werkgever, ondergebracht bij de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever;
- de overdragende pensioenuitvoerder heeft de wettelijke plicht om de *waarde* over te dragen, mits de waardeoverdracht binnen 6 maanden na aanvang van de verwerving van pensioenaanspraken bij de nieuwe pensioenuitvoerder is aangevraagd;
- de ontvangende pensioenuitvoerder moet (ten minste) de actuariële gelijkwaardigheid van de overgedragen pensioenaanspraken met de bij hem onder te brengen pensioenaanspraken waarborgen;
- beide pensioenuitvoerders mogen geen kosten bij de gewezen deelnemer in rekening brengen, op straffe van nietigheid;
- lagere regelgeving bepaalt op welke wijze de overdrachtswaarde wordt berekend en op welke wijze wordt getoetst of de bij de nieuwe pensioenuitvoerder verworven pensioenaanspraken actuariel gelijkwaardig zijn aan de overgedragen pensioenaanspraken die aan de oude pensioenuitvoerder werden ontleend.

Materiële wetgeving

De bedoelde lagere regelgeving is opgenomen in het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling ('het Besluit') en in de Regeling uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling ('de Regeling').

Uit art. 25 lid 1 Besluit volgt dat de overdrachtswaarde die de overdragende pensioenuitvoerder beschikbaar moet stellen, ten minste gelijk dient te zijn aan de contante waarde van de over te dragen pensioenaanspraken. De overdragende pensioenuitvoerder dient de contante waarde van de over te dragen pensioenaanspraken, en daarmee de overdrachtswaarde, vast te stellen op basis van een wettelijk standaardtarief. Dat wettelijk standaardtarief is vastgelegd in art. 18 Regeling.

Bij wettelijk verplichte waardeoverdracht zet de overdragende pensioenuitvoerder de *eerste* stap. Hij berekent de overdrachtswaarde zowel op de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst gesloten met, of het uitvoeringsreglement dat geldt voor, de oude werkgever als volgens het standaardtarief. Vervolgens stelt hij het overschot of het tekort vast. De ontvangende pensioenuitvoerder zet de *tweede* stap. Hij berekent de inkoopsom voor pensioenaanspraken volgens de pensioenregeling van de nieuwe werkgever die actuariael gelijkwaardig zijn aan de pensioenaanspraken waarop de werknemer bij de oude werkgever recht had. Hij berekent deze op grond van art. 27 lid 1 Besluit op basis van het standaardtarief van art. 19 lid 1 en 2 Regeling en art. 2 van bijlage 2 bij de Regeling. Daarnaast berekent hij de inkoopsom voor de verwerving van actuariael gelijkwaardige pensioenaanspraken als waarop bij de overdragende pensioenuitvoerder recht bestond volgens de uitvoeringsovereenkomst die, of het uitvoeringsreglement dat, voor de nieuwe werkgever geldt. Vervolgens stelt ook de aannemende pensioenuitvoerder het overschot of het tekort vast.

Oorzaak van het ontstaan van een tekort of overschot

De toepassing van het standaardtarief van art. 25 Besluit kan leiden tot een discrepantie tussen de bij de pensioenuitvoerder op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement beschikbare overdrachtswaarde en de volgens het standaardtarief beschikbaar te stellen overdrachtswaarde. De oorzaak is dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij het vaststellen van het standaardtarief dient uit te gaan van marktwaardering (art. 25 lid 1 Besluit). Het standaardtarief is uitgewerkt in art. 18 Regeling. In verband met de voorgeschreven marktwaardering is art. 18 lid 3 Regeling het meest in het oog springend: de in een bepaald jaar in het kader van marktwaardering te hanteren rentefactor is de door DNB gepubliceerde rentetermijnstructuur (de RTS) als geldend op 1 oktober van het voorafgaande jaar.^[7]

Pensioenfondsen dienen hun pensioenverplichtingen ook op marktwaarde te waarderen (art. 126 lid 2 aanhef en onder a PW). Daarbij dienen zij bovendien als rentefactor de RTS te hanteren. Dat betekent dat het standaardtarief dat bij wettelijke waardeoverdracht moet worden gehanteerd min of meer aansluit bij de door een pensioenfonds te hanteren grondslagen. Bij waardeoverdracht door een pensioenfonds is daarom in de regel geen sprake van een significant tekort of overschot.^[8] Pensioenfondsen plegen indien en voor zover desondanks sprake is van een tekort of een overschot, een tekort voor hun rekening te nemen en een overschot te behouden.

Overdragende *verzekeraars* hanteerden in het verleden meestal en hanteren nog steeds vaak een vaste rekenrente in door hen aangeboden uitvoeringsovereenkomsten. Hoewel verzekeraars in het kader van hun verslaglegging voor de waardering van hun verzekeringsverplichtingen net als pensioenfondsen de RTS moeten hanteren,^[9] is het aan hen toegestaan om in het kader van aangaan van uitvoeringsovereenkomsten waarbij op de voet van art. 23 PW pensioenaanspraken worden verzekerd, een vaste rekenrente te hanteren. De regels voor verslaglegging hoeven immers in het kader van te sluiten uitvoeringsovereenkomsten niet te worden gevolgd.^[10] Deze vaste rekenrente is voor uitvoeringsovereenkomsten die vóór 1 augustus 1999 werden gesloten vaak 4%, voor uitvoeringsovereenkomsten die vanaf 1 augustus 1999 werden gesloten in de regel 3%.^[11] Momenteel hanteren verzekeraars gezien de structureel lage rentestand bij het aangaan van uitvoeringsovereenkomsten vaak de marktrente of een veel lagere rente dan de maximaal toegestane rente.

Indien verzekeraars in door hen aangeboden uitvoeringsovereenkomsten voor de premieberekening een min of meer met de RTS overeenkomende rente hanteren, wijkt de situatie niet relevant af van de situatie bij pensioenfondsen (die immers ook de RTS ten grondslag leggen aan hun uitvoeringsovereenkomsten of uitvoeringsreglementen). Die rente stemt dan immers *grosso modo* overeen met de in het kader van toepassing van het standaardtarief te hanteren rente.

In de situatie waarin de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen te hanteren rente voor de premieberekening structureel hoger is dan de wettelijke rekenrente volgens het standaardtarief (bijvoorbeeld omdat een vaste rekenrente is overeengekomen die hoger uitvalt dan de RTS), is de beschikbare overdrachtswaarde lager dan de op grond van het standaardtarief beschikbaar te stellen overdrachtswaarde. Dan doet zich een tekort voor. Dit tekort pleegt in de praktijk aan de oude werkgever in rekening te worden gebracht en dat pleegt in de praktijk als een *fait accompli* te worden beschouwd.^[12] Deze situatie doet zich sedert 2011 feitelijk vaak voor, omdat de in het kader van het standaardtarief te hanteren rente sedertdien structureel lager is dan de rekenrente die aan uitvoeringsovereenkomsten ten grondslag pleegt te liggen.^[13] Voor werkgevers veroorzaakt dat financiële tegenvallers die in de praktijk niet bleken te zijn voorzien en die vaak knellen.^[14] Indien de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen te hanteren rente voor de premieberekening structureel lager is dan de wettelijke rekenrente volgens het standaardtarief, is de beschikbare overdrachtswaarde hoger dan de op grond van het standaardtarief beschikbaar te stellen waarde, zodat een bedrag overblijft. Dat overschot pleegt in de praktijk terug te vloeien naar de oude werkgever. Ook dat wordt als een *fait accompli* beschouwd.

Een overschot of tekort bij de overdragende pensioenuitvoerder

In verband met de hiervoor bedoelde eerste stap bevat art. 26 Besluit een regeling met het oog op de situatie dat de overdrachtswaarde niet gelijk is aan de beschikbare waarde. De regeling houdt in dat '*het verschil ten gunste, respectievelijk ten laste, van de oude werkgever of van het fonds waar de regeling was ondergebracht*' komt.^[15]

Met het oog op de toepassing van art. 71 lid 5 PW respectievelijk van art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling in het kader van toepassing van art. 26 Besluit rijzen de volgende vragen:

- valt een tekort onder het begrip 'kosten' van art. 71 lid 5 PW respectievelijk van art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling (indien dat het geval is, mag een tekort niet op de werknemer worden afgewenteld; indien dit niet het geval is, bijvoorbeeld omdat het begrip *kosten* uitsluitend ziet op uitvoeringskosten, dient de vraag of een tekort op de werknemer mag worden afgewenteld te worden beantwoord aan de hand van art. 26 Besluit);
- bevat art. 26 Besluit dwingend of regelend recht (indien sprake is dwingend recht, kan een tekort in elk geval niet op de werknemer worden afgewenteld, indien sprake is van regelend recht zou een tekort op de werknemer kunnen worden afgewenteld indien dat bij een verzekerde pensioenregeling met de werknemer is overeengekomen in de pensioenovereenkomst of bij een door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregeling is vastgelegd in het pensioenreglement);
- is met het woord 'fonds' in art. 26 Besluit uitsluitend *pensioenfonds* bedoeld, of werd bedoeld dat dit woord mede verzekeraars zou omvatten (indien uitsluitend pensioenfondsen zijn bedoeld, kunnen verzekeraars een tekort nimmer op de werkgever afwentelen, tenzij art. 26 Besluit regelend recht bevat; indien met het begrip *fonds* mede verzekeraars zijn bedoeld, betekent art. 26 Besluit dat een tekort niet op de werknemer mag worden afgewenteld, tenzij art. 26 Besluit regelend recht bevat).

Een overschot of een tekort bij de ontvangende pensioenuitvoerder

In verband met de tweede stap bepaalt art. 19 lid 3 Regeling met het oog op de situatie dat de overdrachtswaarde lager is dan het bedrag benodigd voor de inkoop van de toe te kennen actuair gelijkwaardige pensioenaanspraken dat het tekort '*ten laste komt van de nieuwe werkgever of het ontvangende fonds*'. Dit roept overeenkomstige vragen op als hiervoor ten aanzien van art. 26 Besluit geformuleerd.

Een overschot vervalt niet ten gunste van de nieuwe werkgever of de pensioenuitvoerder. Uit art. 28 Besluit volgt namelijk dat de overdrachtswaarde in zijn geheel voor pensioenverwerving bij de nieuwe pensioenuitvoerder moet worden aangewend.^[16] Het gevolg is dat in de situatie waarin sprake is van een overschot, de werknemer uit hoofde van de waardeoverdracht hogere dan de actuariael gelijkwaardige pensioenaanspraken verwerft.

De positie van de werknemer

In art. 71 lid 5 PW respectievelijk art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling is bepaald dat in het kader van waardeoverdracht bij de deelnemer geen kosten in rekening mogen worden gebracht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze regeling inhoudt dat uitvoeringskosten in verband met verplichte waardeoverdracht niet bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in rekening mogen worden gebracht en bovendien niet op de aanspraak in mindering mogen worden gebracht.^[17] Dat laatste betekent feitelijk dat geen administratiekosten op de overdrachtswaarde in mindering mogen worden gebracht.

^[18]

Van belang voor het navolgende is dat de regeling gezien de wetsgeschiedenis kennelijk slechts ziet op administratiekosten en daarom niet op de eventuele kosten voortvloeiend uit toepassing van het standaardtarief. Dit is van belang omdat het gevolg is dat een tekort bij waardeoverdracht door een overdragende of een aannemende pensioenuitvoerder dan op de werknemer zou kunnen worden afgewenteld, indien art. 26 Besluit en art. 19 lid 3 Regeling regelend recht inhouden en dit bij verzekerde pensioenregeling in de pensioenovereenkomst is opgenomen respectievelijk bij door een pensioenfonds uitgevoerde pensioenregelingen in het pensioenreglement.

Overdragende pensioenfonds

In dit onderdeel wordt geanalyseerd of een tekort respectievelijk een overschot bij waardeoverdracht ten laste of ten gunste van het overdragende pensioenfonds, de werkgever of de werknemer komt.

Bevat art. 26 Besluit dwingend of regelend recht?

In mijn visie is art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling. Ik kom tot die conclusie op grond van wetsystematische interpretatie en de kennelijke bedoeling van de bepaling. Vanuit de wetsystematiek geredeneerd sluit de bepaling van art. 26 Besluit naadloos aan op de inhoudelijk overeenkomende regeling van art. 71 lid 5 PW respectievelijk art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling die ziet op uitvoeringskosten. Die regelingen lijken ook van dwingend recht, daar de bepaling anders feitelijk overbodig zou zijn. Immers, indien zou zijn beoogd de mogelijkheid open te laten om uitvoeringskosten voor waardeoverdracht af te wentelen op de werknemer die gebruikmaakt van het wettelijk recht op waardeoverdracht, zou zijn bepaald dat 'tenzij anders wordt overeengekomen' de kosten voor waardeoverdracht niet ten laste van de werknemer zouden mogen worden gebracht. De bepalingen lijken mij voorts gezien hun kennelijke bedoeling dwingendrechtelijk, omdat met de bepalingen wordt beoogd te voorkomen dat werkgevers en pensioenuitvoerders regelingen treffen die er toe leiden dat uitvoeringskosten voor waardeoverdracht en tekorten bij waardeoverdracht worden afgewenteld op degene die van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruikmaakt.^[19] Die laatste heeft op die kosten immers in het geheel geen invloed, daar hij geen invloed heeft op de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement.

Uitwerking van art. 26 Besluit als dwingendrechtelijke bepaling

Aannemend dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is, impliceert art. 26 Besluit dat een tekort bij toepassing van het standaardtarief niet ten laste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt mag worden gebracht. Art. 26 Besluit breidt de dwingendrechtelijke wettelijke regeling ten aanzien van uitvoeringskosten dan uit tot een tekort of een overschot bij toepassing van het standaardtarief. De vraag resteert dan welke de betekenis van art. 26 Besluit is, indien in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement niet uitdrukkelijk is bepaald of een tekort bij toepassing van het standaardtarief ten laste van het overdragende pensioenfonds of de oude werkgever komt. De uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement bevat dan op dat punt een leemte daar art. 26 Besluit de knoop niet doorhakt. De

vraag hoe die leemte dient te worden gevuld, dient voor de uitvoeringsovereenkomst te worden beantwoord aan de hand van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW, voor het uitvoeringsreglement aan de hand van de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 1 BW. Op grond van de redelijkheid en billijkheid dient het antwoord in mijn visie te luiden dat de gevolgen van het feit dat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement de bedoelde leemte bevat, in het algemeen voor rekening en risico van het overdragende pensioenfonds dient te komen. Het ligt in het algemeen meer op de weg van het pensioenfonds als de meer professionele partij dan op de weg van de aangesloten werkgever of de beroepsgenoot om zorg te dragen dat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement *compleet* is. Dat betekent vervolgens dat indien de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement de leemte die hier aan de orde is bevat, in het algemeen een tekort voor rekening van het pensioenfonds zal komen. Waarschijnlijk kan in die situatie gezien de jurisprudentie omtrent overschotten niet worden gesteld dat een overschot in geval van de bedoelde leemte aan de aangesloten werkgever of de beroepsgenoot toekomt.^[20] Omdat de opgeworpen vraag aan de hand van de redelijkheid en billijkheid moet worden beantwoord, staat het de rechter overigens vrij van geval tot geval te oordelen wat in de aan het oordeel van de rechter onderworpen situatie *redelijk en billijk* is.

Uitwerking van art. 26 Besluit als regelend recht

Indien art. 26 Besluit ondanks het voorafgaande toch regelend recht zou bevatten, betekent dit dat een tekort of een overschot bij waardeoverdracht niet uitsluitend ten laste of ten gunste van het overdragende pensioenfonds of de oude werkgever kan worden gebracht of kan komen, maar ook ten laste of ten gunste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt. Hierna analyseer ik afzonderlijk de situatie van een tekort en een overschot.

Aangenomen dat art. 26 Besluit regelend recht bevat, regelt het niet méér dan dat een tekort bij gebreke van een regeling in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement ten laste van het pensioenfonds of de oude werkgever dient te komen, en uitsluitend op grond van een uitdrukkelijke regeling ten laste van degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt zou kunnen worden gebracht. Omdat een overeenkomst geen plichten voor derden kan scheppen, zou dat in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt de pensioenovereenkomst moeten zijn. Een uitvoeringsreglement kan gezien de juridische aard als objectief recht^[21] wel verplichtingen impliceren voor degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt. Art. 26 Besluit biedt het pensioenfonds en de werkgever de mogelijkheid om onderling te regelen wie het tekort draagt. Zij kunnen dit dan vooraf, in de uitvoeringsovereenkomst regelen, of het pensioenfonds bepaalt dit vooraf in het uitvoeringsreglement, of zij treffen van geval tot geval een regeling. De regeling vooraf bindt degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt echter uitsluitend indien de regeling ook in de pensioenovereenkomst is opgenomen. De ad hoc regeling bindt degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in de situatie waarin een uitvoeringsovereenkomst geldt echter uitsluitend indien hij of zij daarmee instemt.

Betekenis van de toelichting op art. 26 Besluit bij een tekort

De toelichting bij het Besluit wijkt zowel van de hiervoor aangeduide betekenis van art. 26 Besluit als dwingendrechtelijke bepaling, als van de betekenis als regelend recht af. De toelichting stelt immers klip en klaar dat een tekort ten laste van de overdragende pensioenuitvoerder komt.^[22] Dit standpunt wordt in de toelichting niet nader gemotiveerd, zodat de vraag rijst of de toelichting wel doorslaggevend is voor de interpretatie van art. 26 Besluit.^[23] In de situatie van een overdragend pensioenfonds zou dat betekenen dat art. 26 Besluit een pensioenfonds niet de mogelijkheid biedt om te bedingen dat een tekort ten laste van de oude werkgever komt. Dat lijkt mij gezien de tekst van art. 26 Besluit echter een te beperkte uitleg van het artikel. Mij lijkt voor de hand te liggen dat art. 26 Besluit dwingendrechtelijk is en daarom aan een pensioenfonds en een werkgever uitsluitend verbiedt om een tekort bij verplichte waardeoverdracht bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt in rekening te brengen. Art. 26 Besluit biedt een pensioenfonds de mogelijkheid om hetzij in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement

vast te leggen of het pensioenfonds dan wel de oude werkgever een tekort bij waardeoverdracht dient te dragen, hetzij hierover van geval tot geval te onderhandelen.

Deze visie, die naar mijn mening het best aansluit bij art. 71 lid 5 PW en art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling, en bovendien het best overeenstemt met de tekst van art. 26 Besluit, is overigens niet per se in strijd met de toelichting. Uitgaande van de toelichting kan art. 26 Besluit zo worden uitgelegd, dat een tekort ten laste van het pensioenfonds komt, maar dat de werkgever desondanks het verschil voor zijn rekening neemt indien dat met hem wordt overeengekomen. Hoewel een pensioenfonds de werkgever, de toelichting volgend, niet kan dwingen om een overeenkomst aan te gaan waarbij een tekort voor zijn rekening komt of een tekort op basis van een uitvoeringsreglement eenzijdig bij de werkgever in rekening kan brengen, zal de consequentie van het ten laste van het pensioenfonds brengen of komen van het tekort zijn dat de premie voor de werkgever hoger wordt. Uiteindelijk moeten pensioenlasten, waaronder begrepen de kosten voor *bijbetaling* voor waardeoverdracht, immers hoe dan ook door de bij een pensioenfonds aangesloten werkgever(s) worden opgebracht.

Indien in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement is overeengekomen of vastgelegd dat een tekort bij waardeoverdracht steeds ten laste van de oude werkgever komt, maar de oude werkgever de last niet kan dragen, zal de oude werkgever een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid moeten doen (art. 6:248 lid 2 BW indien een uitvoeringsovereenkomst geldt, art. 6:2 lid 2 BW indien een uitvoeringsreglement geldt). De rechter zal dan de uit dat artikellid volgende onaanvaardbaarheidstoets uitvoeren om te beoordelen of de regeling dat de werkgever het tekort voor zijn rekening dient te nemen stand houdt. Slechts in uitzonderlijke situaties zal de rechter kunnen oordelen dat de overeengekomen of vastgelegde regeling in een concreet geval geen stand kan houden op grond van de onaanvaardbaarheidstoets, gezien het *ultimum remedium*-karakter van die toets.^[24]

Wanneer geen regeling wordt getroffen in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement en een patstelling tussen de oude werkgever en het pensioenfonds ontstaat in verband met een tekort bij waardeoverdracht, zal de rechter in geval van een uitvoeringsovereenkomst op basis van art. 6:248 lid 1 BW en in geval van een uitvoeringsreglement op basis van art. 6:2 lid 1 BW (waaruit aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid pleegt te worden afgeleid) moeten oordelen wie de last van het tekort moet dragen, daar dit niet uit art. 26 Besluit volgt. In dat verband zullen onder meer de financiële positie van de oude werkgever en het pensioenfonds een rol spelen. Hiervoor gaf ik aan dat de algemene lijn zou moeten zijn dat het pensioenfonds in die situatie het tekort draagt. Dat is blijkens art. 72 PW respectievelijk art. 83 Wet verplichte beroepspensioenregeling ook het wettelijk systeem. In het verlengde van die opvatting zou het op de redelijkheid en billijkheid gefundeerde oordeel dat de oude werkgever het tekort moet dragen de uitzonderingsregel moeten zijn. De rechter kan het verschil overigens op grond van de redelijkheid en billijkheid ook verdelen. In de extreme situatie dat noch het pensioenfonds, noch de werkgever in staat zijn om het tekort voor hun rekening te nemen, zou het pensioenfonds tot rechtenkorting kunnen (en moeten) besluiten om middelen vrij te maken ter dekking van het verschil.^[25] Zo ver zal het echter niet komen omdat het pensioenfonds de waardeoverdracht dan zal kunnen en moeten weigeren gezien het bepaalde in art. 72 aanhef en onder a PW respectievelijk art. 83 aanhef en onder a Wet verplichte beroepspensioenregeling.

Betekenis van de toelichting op art. 26 Besluit bij een overschot

Art. 26 Besluit regelt eveneens niet méér dan dat een overschot ten goede van het pensioenfonds of de oude werkgever komt. In verband met de situatie waarin sprake is van een overschot geldt een soortgelijke situatie ten aanzien van de werking van art. 26 Besluit als voor de situatie van een tekort. Indien is overeengekomen dat een overschot aan het pensioenfonds toekomt, maar de werkgever meent dat het overschot in een concrete situatie desondanks aan hem moet worden uitgekeerd, zal de werkgever een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW in geval van een uitvoeringsovereenkomst; art. 6:2 lid 2 BW in geval van een uitvoeringsreglement) moeten doen. De rechter zal dan door het uitvoeren van de onaanvaardbaarheidstoets moeten oordelen of het pensioenfonds, ondanks de overeengekomen regeling dat het overschot aan het pensioenfonds toekomt, dit overschot desalniettemin aan de werkgever moet uitkeren. Ook die situatie zal zich slechts in uitzonderlijke situaties

voordoen, gezien het *ultimum remedium*-karakter van de onaanvaardbaarheidstoets.^[26] Bevat de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement een leemte en doet zich een patstelling voor, dan zal de rechter op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW) moeten oordelen aan wie het overschot toekomt daar art. 26 Besluit dit niet regelt. Ook dan zal het oordeel waarschijnlijk in het voordeel van het pensioenfonds uitvallen gezien de hiervoor al aangehaalde jurisprudentie omtrent overschotten.

Overdragende verzekeraars

In dit onderdeel wordt analoog aan het vorige onderdeel van dit artikel geanalyseerd of een tekort respectievelijk een overschot bij waardeoverdracht ten laste of ten gunste van de overdragende verzekeraar, de werkgever of de werknemer komt.

Twee denkbare interpretaties van art. 26 Besluit en hun consequentie

Art. 26 Besluit regelt naar de letter uitsluitend de situatie waarin een pensioenfonds als overdragende pensioenuitvoerder fungeert. Met het oog op de situatie dat de overdragende pensioenuitvoerder een verzekeraar is, is de interpretatie van art. 26 Besluit denkbaar die inhoudt dat het woord '*fonds*' een verschrijving is van de wetgever. In die interpretatie bedoelde de wetgever '*pensioenuitvoerder*', zodat voor overdragende verzekeraars dezelfde regeling geldt als voor overdragende pensioenfondsen. In die interpretatie beoogde art. 26 Besluit ook de situatie waarin een verzekeraar overdraagt te regelen. Daarvan uitgaande geldt hetgeen hiervoor voor overdragende pensioenfondsen werd geschreven op overeenkomstige wijze voor verzekeraars.^[27] Indien er van wordt uitgegaan dat art. 26 Besluit de situatie waarin een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder fungeert niet regelt, bevat het Besluit op dat punt een leemte ten aanzien van de situatie waarin bij wettelijk verplichte individuele waardeoverdracht door een verzekeraar van een tekort of een overschot sprake is.

Indien ervan wordt uitgegaan dat art. 26 Besluit dwingend recht bevat, geldt ten aanzien van de gesignaleerde leemte dan hetgeen hiervoor werd geschreven over de situatie waarin art. 26 Besluit als regeland recht werd beschouwd en in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement een regeling omtrent een tekort of overschot bij waardeoverdracht ontbrak. Resteert de vraag of art. 26 Besluit de bedoelde leemte wel of niet bevat.

Regelt art. 26 Besluit waardeoverdracht door een verzekeraar?

De interpretatie dat het begrip '*fonds*' in art. 26 Besluit staat voor '*pensioenuitvoerder*' en daarom ook verzekeraars omvat, sluit aan bij de tekst van art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling. In de tekst van die artikelen wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen pensioenfondsen en verzekeraars omdat het woord '*pensioenuitvoerder*' wordt gebruikt. Die artikelen gelden daarom op gelijke wijze voor pensioenfondsen en verzekeraars. In lijn van deze wetsartikelen zou daarom kunnen worden geconcludeerd dat werd beoogd om ook in art. 26 Besluit een voor pensioenfondsen en verzekeraars overeenkomende regeling op te nemen. De toelichting van art. 26 Besluit zou dan ook aansluiten op de tekst. De toelichting maakt ten aanzien van de betekenis van art. 26 Besluit immers geen onderscheid tussen pensioenfondsen en verzekeraars omdat die zich net zoals de Pensioenwet op *pensioenuitvoerders* richt.

De vraag rijst echter of aan het systeem van art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling en de toelichting op art. 26 Besluit zoveel betekenis mag worden gehecht dat de letterlijke tekst van art. 26 Besluit anders zou moeten worden gelezen dan deze luidt (door in plaats van '*fonds*' te lezen dat '*pensioenuitvoerder*' zou zijn bedoeld). Ik twijfel. Het gaat wel heel ver om de op zichzelf duidelijke en letterlijke tekst van materiële wetgeving op grond van het systeem van formele wetgeving die in direct verband staat met de betreffende materiële wetgeving en de toelichting op de betreffende materiële wetgeving zomaar opzij te zetten (in de letterlijke tekst van art. 26 Besluit staat immers '*fonds*', niet '*pensioenuitvoerder*'). Daar staat echter tegenover dat indien de beperking tot pensioenfonds zou zijn bedoeld, in art. 26 Besluit niet de term '*fonds*' maar de wettelijke term '*pensioenfonds*' had moeten worden gebruikt. Met enige flexibiliteit kan een verzekeraar ook wel als fonds worden gezien. Daar staat verder tegenover dat

indien de bedoelde leemte in art. 26 Besluit zou worden aangenomen door uit te gaan van de letterlijke tekst, niet zou zijn voldaan aan de *opdracht* van art. 71 lid 7 PW en art. 82 lid 7 Wet verplichte beroepspensioenregeling aan de materiële wetgever om ook deze situatie te regelen.

Indien art. 26 Besluit dwingendrechtelijk is, en zou worden aangenomen dat het begrip *fonds* niet tevens verzekeraars omvat, geldt, zoals hiervoor al bleek, mutatis mutandis hetgeen werd gesteld ten aanzien van de situatie waarin art. 26 Besluit als regelend recht geldt en een regeling omtrent een tekort of overschot bij waardeoverdracht in de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement ontbreekt.

Indien art. 26 Besluit regelend recht zou bevatten, is frappant dat de visie ten aanzien van de mogelijke leemte als gevolg van het gebruik van het woord *fonds* uiteindelijk lood om oud ijzer is. Immers: ook wanneer wordt uitgegaan van de opvatting dat art. 26 Besluit de situatie waarin een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder optreedt ongeregeld laat, geldt net als in de situatie waarin een pensioenfonds als overdragende pensioenuitvoerder fungeert, indien sprake zou zijn van regelend recht, contractvrijheid op het punt of de verzekeraar dan wel de oude werkgever een tekort moet dragen respectievelijk een overschot toekomt. Ook wanneer een verzekeraar als overdragende pensioenuitvoerder fungeert, kan sprake zijn van een regeling voor tekorten en overschotten bij waardeoverdracht in de uitvoeringsovereenkomst, of van het ontbreken van zo'n regeling. Het verschil met de situatie waarin een pensioenfonds de overdragende pensioenuitvoerder is zou dan wel zijn dat, indien van het bestaan van een leemte in art. 26 Besluit wordt uitgegaan, een tekort bij waardeoverdracht in de situatie waarin een verzekeraar waardeoverdracht dient uit te voeren bij degene die van het recht op waardeoverdracht gebruikmaakt zou kunnen worden gebracht. Dit omdat art. 71 lid 5 PW en art. 82 lid 5 Wet verplichte beroepspensioenregeling zich gezien de wetsgeschiedenis beperken tot uitvoeringskosten.

Ontbreken van een regeling voor een tekort of overschot

Hoe dient te worden gehandeld indien in een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar een regeling omtrent een tekort of een overschot bij waardeoverdracht ontbreekt? Dan geldt naast hetgeen ik schreef ten aanzien van pensioenfonds het volgende.

Een werkgever die pensioenverzekeringen sluit zou, gezien het rechtskarakter van de verzekeringsovereenkomst, nadat de overeengekomen premie is betaald slechts achteraf met extra premielasten voor de verzekering zou mogen worden geconfronteerd wanneer daarover *informed consent* bestaat. Ik opperde de gedachte van de *informed consent* eerder in verband met de figuur van tariefsgrondslagverzwaring. De bedoelde *informed consent* voor tariefsgrondslagverzwaring hield in dat deze in mijn visie slechts zou moeten zijn toegestaan, indien de werkgever daarover uitdrukkelijk vóór of uiterlijk bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst zou zijn geïnformeerd en deze verder duidelijk en uitdrukkelijk is overeengekomen en in de uitvoeringsovereenkomst is vastgelegd.^[28]

Uit de analyse in dit artikel blijkt dat de bijbetalingsverplichting voor de werkgever bij waardeoverdracht door een verzekeraar in mijn visie anders dan de vigerende praktijk bepaald geen fait accompli is, integendeel zelfs. In het kader van bijbetaling bij waardeoverdracht zou uitwerking van de door mij geopperde gedachte van de *informed consent* kunnen betekenen dat het tekort bij waardeoverdracht slechts dan door een verzekeraar ten laste van de oude werkgever zou mogen worden gebracht, indien de werkgever daarover vóór of uiterlijk bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk is geïnformeerd en hij daarmee akkoord is gegaan op basis van door de verzekeraar verstrekte informatie over de mogelijke consequenties van individuele waardeoverdracht. Verder dient een en ander in die visie uitdrukkelijk en duidelijk in de uitvoeringsovereenkomst te zijn vastgelegd. Daarbij ga ik er dan van uit dat art. 26 Besluit van regelend recht is en het gehanteerde woord '*fonds*' niet mede verzekeraars omvat. In de opvatting dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is en het woord '*fonds*' mede verzekeraars omvat, houdt deze bepaling immers de wettelijke keuzemogelijkheid in om in de uitvoeringsovereenkomst vast te leggen of een tekort ten laste van de verzekeraar of de oude werkgever komt. Dan zou de strenge eis van een *informed consent* als hiervoor bedoeld niet hoeven te gelden.

Financiële onmacht van de werkgever

Van belang is nog dat art. 72 PW regelt dat indien de werkgever de lasten in verband met waardeoverdracht niet kan opbrengen, de waardeoverdracht niet hoeft te worden uitgevoerd.^[29] De werkgever dient te beschikken over een schriftelijke verklaring van een niet aan zijn onderneming verbonden accountant of accountant-administratieconsulent dat sprake is van financiële onmacht.

Tijdelijke regeling voor 'kleine' werkgevers

Met ingang van 1 januari 2013 voorziet art. 19a Besluit in een tijdelijke regeling voor de aanvullende bijdragen bij waardeoverdracht.^[30] De regeling houdt in dat indien het tekort een bepaalde grens te boven gaat en de oude werkgever een *kleine* werkgever is, de pensioenuitvoerder geen medewerking aan de waardeoverdracht hoeft te verlenen. De tijdelijke regeling voorziet in een behoefte vanuit de praktijk,^[31] vooruitlopend op een structurele oplossing voor de bijbetalingsproblematiek.^[32] De gekozen tijdelijke oplossing is niet gebaseerd op een doorwrochte juridische analyse van de bestaande regelingen waarbij de vraag centraal werd gesteld of een tekort ten laste van de pensioenuitvoerder of de werkgever zou moeten komen. De verantwoordelijke minister is er kennelijk in lijn van art. 72 aanhef en onder c PW zonder meer van uitgegaan dat een tekort altijd ten laste van de oude werkgever zou komen.^[33] De tijdelijke oplossing is gezocht in het buiten werking stellen van het wettelijk recht op waardeoverdracht. Daarmee is de problematiek op het bord van de rechthebbende op de waardeoverdracht gelegd.^[34] De oplossing van de tijdelijke regeling zou niet in het kader van toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets kunnen worden gevolgd, omdat de werknemer/deelnemer die de waardeoverdracht wenst buiten de bijbetalingsproblematiek staat, aannemend dat art. 26 Besluit een dwingendrechtelijke bepaling is. Art. 71 PW, art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling en art. 26 Besluit maken immers duidelijk dat een tekort bij waardeoverdracht niet op hem mag worden afgewenteld.^[35]

Uit het voorafgaande volgt dat voordat een structurele oplossing van de problematiek rond een tekort bij waardeoverdracht is gevonden en in de regelgeving is geïmplementeerd, de tijdelijke regeling enigszins soulaas biedt aan *kleine* werkgevers. Op grond van de (pensioen)wetgeving staat de oude werkgever echter niet altijd zonder meer machteloos indien de tijdelijke regeling niet voor hem geldt. Indien hij het tekort niet kan opbrengen, kan hij immers een beroep doen op art. 72 PW of op de onaanvaardbaarheid van de bijbetaling. Ik bepleit dat het tekort slechts op de oude werkgever zou moeten mogen worden afgewenteld, indien sprake is van een *informed consent* van de zijde van de oude werkgever. In die visie is de bijbetaling *onaanvaardbaar* indien geen sprake is van *informed consent* ten aanzien van de door de oude pensioenuitvoerder bedongen bijbetaling in geval van een tekort.^[36] Ik pleit voor deze van de normale uitlegmethoden voor overeenkomsten afwijkende leer van de *informed consent* in verband met de grote financiële gevolgen die een bijbetaling in geval van waardeoverdracht voor een werkgever kan hebben.^[37]

Ontvangende pensioenfondsen

De overdragende pensioenuitvoerder draagt uiteindelijk de volgens het standaardtarief vastgestelde waarde over. De ontvangende pensioenuitvoerder dient de ontvangen overdrachtswaarde vervolgens aan te wenden voor actuaireel gelijkwaardige pensioenaanspraken. Dit volgt uit het bepaalde in art. 71 lid 4 PW en art. 82 lid 4 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Wanneer de overdrachtswaarde bij de ontvangende pensioenuitvoerder wordt aangewend binnen een premieovereenkomst of een premieregeling waarbij de premie wordt belegd, wordt de overdrachtswaarde op grond van art. 27 lid 2 Besluit aangewend voor beleggingseenheden volgens de premieovereenkomst of de premieregeling. Een tekort of overschot doet zich niet voor. Met het oog op aanwending van de overdrachtswaarde binnen uitkeringsovereenkomsten, uitkeringsregelingen, kapitaalovereenkomsten kapitaalregelingen, of premieregelingen dan wel premieovereenkomsten waarbij de premie niet wordt belegd, schrijft art. 27 lid 1 Besluit voor dat rekenregels moeten worden vastgesteld. De bevoegdheid om die rekenregels vast te stellen is gedelegeerd aan de verantwoordelijke minister. Die heeft de vereiste rekenregels vastgelegd in art. 19 Regeling. Ik herhaal dat daar met het oog op een tekort is geregeld dat het verschil '*ten laste van de nieuwe werkgever of het ontvangende fonds*' komt. De situatie dat sprake is van een overschot hoeft niet nader te worden behandeld, daar de

overdrachtswaarde (zoals hiervoor al werd uiteengezet) volledig voor pensioenverwerving moet worden aangewend. De situatie kan zich daarom voordoen dat de werknemer die deelneemt aan de pensioenregeling die door de ontvangende pensioenuitvoerder wordt uitgevoerd aldaar hogere pensioenaanspraken verwerft dan pensioenaanspraken die actuarieel gelijkwaardig zijn aan de pensioenaanspraken bij de overdragende pensioenuitvoerder. Ik beperk mij gezien het voorgaande tot de situatie van een tekort.

De regeling van art. 19 Regeling komt inhoudelijk overeen met de regeling van art. 26 Besluit. Anders dan uit de wetsgeschiedenis van art. 26 Besluit waaruit blijkt dat een tekort ten laste van de pensioenuitvoerder zou moeten komen, blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 19 Regeling, geheel in overeenstemming met de tekst daarvan, dat een tekort ten laste van het pensioenfonds of de nieuwe werkgever komt. In dit opzicht geldt naar mijn mening mutatis mutandis wat geldt in geval van een tekort bij het overdragende pensioenfonds. Ik volsta dan ook met verwijzing naar de daaromtrent hiervoor ingenomen zienswijze.

Ontvangende verzekeraars

Ten aanzien van ontvangende verzekeraars kent de tekst van art. 19 Regeling een leemte, precies zoals de tekst van art. 26 Besluit. Omdat de toelichting op art. 19 Regeling niet de discrepantie met de tekst kent zoals de toelichting bij art. 26 Besluit die laat zien ten opzichte van de tekst van art. 26 Besluit, heeft aan de toelichting op art. 19 regeling geen nadere beschouwing te worden gewijd. Tekst en toelichting liggen in elkaars verlengde.

^[38] Ten aanzien van die leemte geldt naar mijn mening ook mutatis mutandis wat geldt ten aanzien van de leemte in art. 26 Besluit ten aanzien van verzekeraars, zodat ik weer met verwijzing volsta.

Wel moet nog de vraag worden beantwoord of beschikbaar gestelde overdrachtswaarden grosso modo zullen aansluiten bij de inkoopsum voor actuarieel gelijkwaardige pensioenaanspraken, berekend volgens de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst of het uitvoeringsreglement van de ontvangende verzekeraar. De overdrachtswaarde is vastgesteld op basis van het standaardtarief. In de situatie waarin de verzekeraar een vaste rekenrente hanteert, kan zich een soortgelijke discrepantie voordoen als in de situatie bij overdragende verzekeraars. Deze discrepantie pakt echter precies andersom uit: sedert 2011 zal juist sprake zijn van een overschot, terwijl vóór 2011 in deze situatie sprake was van een tekort dat bij de nieuwe werkgever in rekening placht te worden gebracht. Tegen dat als fait accompli ervaren feit gelden voor de periode vóór 2011 soortgelijke bezwaren als hiervoor geschetst met het oog op waardeoverdracht door een verzekeraar sedert 2011.

Soortgelijke vorderingen zijn denkbaar.^[39]

Conclusie en aanbevelingen

Uit het voorafgaande volgt dat ik het als fait accompli ervaren gegeven dat vóór 2011 veelal door de *nieuwe* werkgever zou moeten worden bijbetaald in geval van waardeoverdracht aan een verzekeraar, en dat sedert 2011 veelal door de *oude* werkgever zou moeten worden bijbetaald in geval van waardeoverdracht door een verzekeraar, niet als zodanig ergaar.^[40] Ik concludeer dat van een *bijbetalingsverplichting* slechts sprake is, indien deze is overeengekomen. In bepaalde situaties geldt daarbij zelfs de eis van een *informed consent*.^[41]

Het is uiteraard aan te bevelen de problematiek structureel op te lossen.^[42] De tijdelijke regeling voor *kleine* werkgevers is een noodverband waarmee de problematiek voor *kleine* werkgevers wordt opgelost, echter niet door de lasten bij overdragende verzekeraars te leggen, maar door het blokkeren van de waardeoverdracht. Dat kan (maar hoeft niet) nadelig (te) zijn voor de betrokkene. Feitelijk geeft de noodregeling invulling aan de criteria van art. 72 aanhef en onder c PW. Art. 26 Besluit en art. 19 lid 3 Regeling zouden moeten worden aangepast door het woord 'fonds' te vervangen door 'pensioenuitvoerder', zodat voor pensioenfonds en verzekeraars uitdrukkelijk dezelfde regeling gaat gelden. De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bij brief van 20 januari 2014^[43] een onderzoek naar herziening van de regeling voor het wettelijk recht op waardeoverdracht aangekondigd. De oplossing voor de *bijbetalingsproblematiek* zou moeten worden gevonden door het risico van een tekort bij de werknemer te leggen. Dit gaat voorbij aan de conclusies van dit artikel. De rekening voor waardeoverdracht ligt immers bij de pensioenuitvoerder, tenzij anders is overeengekomen.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten (www.pensioenadvocaten.nl) en is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht (te vinden via www.rechten.vu.nl onder de tab onderzoekscentra).
- [2] Zie art. 32b Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) ingevoerd bij Wet van 30 juni 1994, *Stb.* 1994, 496, in werking getreden op 8 juli 1994 en het corresponderende art. 16a Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen) dat gelijktijdig in werking trad. Art. 32b PSW gold voor ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen. Art. 16a van de Regelen gold voor verzekeraars. Zie voor het overgangsrecht art. 73 PW. Daarin is expliciet (mijns inziens declaratoir) vastgelegd dat de wettelijke verplichting tot waardeoverdracht voor ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars geldt sedert 8 juli 1994. Literatuur en rechtspraak zijn verwerkt tot 26 april 2014.
- [3] Zie art. 41 Wet verplichte beroepspensioenregeling in de vanaf 1 januari 2006 geldende tekst (*Stb.* 2005, 526), met ingang van 1 januari 2007 vervangen door art. 84 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- [4] Inkomende waardeoverdrachten dienen door ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en verzekeraars vanaf 8 juli 1994 te worden aangenomen daar geen bijzonder overgangsrecht gold, zie art. XXII lid 1 Wet van 30 juni 1994 tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (wettelijk recht op waarde-overdracht en enige andere maatregelen op het aanvullende pensioenterrein), *Stb.* 1994, 496 van 7 juli 1994. Beroepspensioenfondsen dienen inkomende waardeoverdrachten vanaf 1 januari 2007 aan te nemen, zie art. 32 lid 5 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet.
- [5] Zie ook W. van Heest, *Waardeoverdracht, hoofdstuk 15 in Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, onder redactie van E. Lutjens, p. 733 e.v.
- [6] De woorden '*dan wel individuele beëindiging van de deelneming*' in art. 71 lid 1 aanhef en onder a PW zien op de situatie waarin de pensioenverwerving na uitdiensttreding nog voor een bepaalde periode wordt voortgezet. De deelneming aan de pensioenregeling eindigt dan later dan op de datum van uitdiensttreding. Ook voor de pensioenverwerving na uitdiensttreding geldt het wettelijk recht op waardeoverdracht. Aldus de memorie van toelichting bij het oorspronkelijk voorgestelde art. 65 PW, Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 227.
- [7] Het betreft de door De Nederlandsche Bank vastgestelde rentetermijnstructuur voor verplichtingen met een looptijd van 25 jaar.
- [8] Verschillen kunnen zich voordoen waar het betreft mogelijke afwijking van de actuele RTS en de in het kader van het standaardtarief te hanteren RTS (dat is de RTS als geldend op 1 oktober van het voorafgaande jaar; zie art. 18 lid 3 Regeling). Verdere afwijkingen kunnen het gevolg zijn van andere gehanteerde actuariële grondslagen, zoals de gehanteerde overlevingstabellen. Vgl. art. 126 PW en art. 18 Regeling. Het gaat in het kader van deze analyse te ver om het Financieel Toetsingskader voor pensioenfondsen (het FTK) volledig te vergelijken met het standaardtarief voor de berekening van overdrachtswaarden in het kader van wettelijk verplichte individuele waardeoverdracht.
- [9] Dit volgt uit art. 3:67 lid 1 Wft, waaruit volgt dat de verzekeraar toereikende technische voorzieningen dient aan te houden. Dit is uitgewerkt in respectievelijk art. 98 lid 3, art. 116 en art. 121 Besluit prudentiële regels Wft, waaruit respectievelijk de te hanteren rente voor het berekenen van de solvabiliteitsmarge van een verzekeraar, de berekeningswijze van de voorzieningen en de verplichting om jaarlijks een toereikendheidstoets uit te voeren volgen. Dit is verder uitgewerkt in respectievelijk art. 3:2 en art. 3:3 Regeling solvabiliteitsmarge en technische voorzieningen verzekeraars, waarin respectievelijk de toepassing van de RTS voor het uitvoeren van de toereikendheidstoets en de bevoegdheid voor verzekeraars om in het kader van de verslaglegging een vaste rekenrente van maximaal 3% (verzekeringsovereenkomsten gesloten vanaf 1 augustus 1999) respectievelijk maximaal 4% (verzekeringsovereenkomsten gesloten vóór 1 augustus 1999) te hanteren volgen.
- [10] Tekorten dient de verzekeraar ten laste van zijn eigen vermogen te brengen, tenzij tariefgrondslagverzwaring is overeengekomen. Zie daarover mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 28 augustus 2013, *PJ* 2013/172 onder 'Reikwijdte van de uitvoeringsverplichting'.

- [11] De koppeling met de eisen die DNB in het kader van de verslaglegging oplegde pleegde te worden gevolgd.
- [12] Zo ook in het gezamenlijke advies van de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars van 17 december 2012 getiteld *Heroverweging systeem van waardeoverdracht*, *Advies op hoofdlijnen* van 17 december 2012, te vinden via www.stvda.nl.
- [13] J. Verhulst en M. Hendriks, 'Maak van waardeoverdracht ook echt waardeoverdracht!', *P&P* 2012, nr. 3, p. 15, r.k. Deze auteurs gaan overigens ook uit van het fait accompli.
- [14] In deze praktische constatering was de directe aanleiding gelegen voor het schrijven van dit artikel.
- [15] Deze regeling geldt uitsluitend voor pensioenregelingen die aanspraak op een pensioenuitkering geven, te weten: uitkeringsovereenkomsten en uitkeringsregelingen of premieovereenkomsten en premieregelingen waarbij de premie onmiddellijk na het beschikbaar stellen wordt omgezet in een aanspraak op een uitkering. Zie art. 26 Besluit. De premiepensioeninstelling speelt in het kader van dit artikel daarom geen rol omdat die slechts premieovereenkomsten mag uitvoeren. Bij waardeoverdracht geldt dan dat de overdrachtswaarde wordt vastgesteld op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor kapitaalovereenkomsten, kapitaalregelingen en premieregelingen. Zie art. 25 lid 4 Besluit gelezen in verband met art. 20 lid 1 Regeling.
- [16] Aldus ook de toelichting, *Stcrt.* 2006, 253, p. 14, middelste kolom.
- [17] Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 101.
- [18] Zie in die zin de verduidelijking in Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 229.
- [19] Zie in dit verband art. 3:40 BW.
- [20] Het overdragende pensioenfonds zou in dit verband immers met een beroep op de algemene jurisprudentie rond overschotten kunnen stellen dat ook overschotten ontstaan in verband met uitvoering van het wettelijk recht op waardeoverdracht niet behoeven te worden uitgekeerd. Zie met name HR 24 september 1976, *NJ* 1978/245 inzake *Zwanenburg-Organon/Pensioenrisico* en HR 25 november 1994, *NJ* 1995/323 inzake *Bensdorp*.
- [21] Vgl. voor een pensioenreglement van een verplichtgesteld beroepspensioenfonds HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988/117.
- [22] *Stb.* 2006, 709, p. 54-55.
- [23] Vgl. de toelichting van Opdam in *T&C Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, aantekening bij art. 26 Besluit die de toelichting volgt, maar de in de toelichting opgenomen opvatting eveneens niet nader motiveert.
- [24] Bij verzekerde pensioenregelingen geldt bij betalingsonmacht van de werkgever de escape van art. 72 aanhef en onder c PW.
- [25] Zie art. 134 PW en art. 129 Wet verplichte beroepspensioenregeling.
- [26] In dit verband geldt dat het pensioenfonds met een beroep op de algemene jurisprudentie rond overschotten zou kunnen stellen dat ook overschotten ontstaan in verband met uitvoering van het wettelijk recht op waardeoverdracht niet behoeven te worden uitgekeerd. Zie de hiervoor aangehaalde rechtspraak.
- [27] Met dien verstande dat de jurisprudentie ten aanzien van overschotten bij pensioenfondsen niet één op één op verzekeraars kan worden omgezet. Overigens geldt bij verzekeraars ook dat een overschot bij waardeoverdracht aan de verzekeraar verblijft, tenzij anders zou zijn overeengekomen. De verzekeraar is immers eigenaar van het bij hem ondergebrachte pensioenvermogen.
- [28] Zie mijn annotatie bij Rb. Amsterdam 28 augustus 2013, *PJ* 2013/172 onder 'Reikwijdte van de uitvoeringsverplichting'.
- [29] Mij lijkt dat de waardeoverdracht in die situatie wel mag worden uitgevoerd indien de verzekeraar de daarmee gepaard gaande lasten ten laste van zijn eigen vermogen zou willen brengen.
- [30] *Stb.* 2012, 452.
- [31] Zie de toelichting, *Stb.* 2012, 452, p. 3.
- [32] Zie eveneens de toelichting, *Stb.* 2012, 452, p. 6.
- [33] Zie ook Kamerstukken II 2010/11, 32043, 43. Wordt op p. 1 nog aangegeven dat waardeoverdracht kan leiden tot bijbetalingslasten voor de oude of de nieuwe werkgever of het oude of het nieuwe fonds (!),

- vervolgens wordt er toch van uitgegaan dat de lasten voor rekening van de werkgever komen (p. 1-2). Het is des te opmerkelijker dat op p. 1 kennelijk in lijn van de tekst van art. 26 Besluit het woord 'fonds' wordt gehanteerd, daar de problematiek zich in de praktijk nu juist met name voordoet bij overdragende verzekeraars. Dat is overigens wellicht een aanwijzing dat met het woord 'fonds' in art. 26 Besluit mede wordt bedoeld op een verzekeraar.
- [34] Grosso modo is dat overigens slechts nadelig in de situatie waarin van een uitkeringsovereenkomst van het type eindloonregeling naar een soortgelijke pensioenovereenkomst wordt overgegaan (afgezien van verschillen in indexering en afgezien van de wens om pensioenen bij één pensioenuitvoerder ondergebracht te krijgen). Vgl. de brief van de Pensioenfederatie aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 november 2013, waaruit blijkt in welke situaties momenteel nog van het wettelijk recht op waardeoverdracht gebruik wordt gemaakt. De brief is te vinden via www.pensioenfederatie.nl. Zie ook de analyse van waardeoverdracht van L. Kok en C. Berden, 'Voor- en nadelen van waardeoverdracht', *TPV*2011/22, afl. 4, p. 14-18.
- [35] Mij lijkt dat art. 19a Besluit geen stand zou kunnen houden onder het voorstel voor een *portability*-richtlijn van 20 oktober 2005 (COM/2005/0507) omdat in art. 6 lid 2 van dat voorstel actuariële factoren en de gehanteerde rentevoet de vertrekkende werknemer niet zouden mogen benadelen. Het blokkeren van waardeoverdracht om redenen die verband houden met actuariële factoren en de gehanteerde rentevoet zou als benadeling van de vertrekkende werknemer kunnen worden beschouwd. In het gewijzigd voorstel voor een *portability*-richtlijn van 10 oktober 2007 (COD/2005/0214) wordt volledig afgezien van een regeling voor internationale waardeoverdracht, omdat deze uitsluitend voor lidstaten met kapitaalgedekte pensioenregelingen betekenis zou hebben. Dat is een zeer beperkt aantal lidstaten. Vergelijk de brief van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 december 2005 inzake het aanvankelijke voorstel, waaruit blijkt dat de Nederlandse sociale partners om deze reden geen voorstander waren voor een regeling van internationale *meeneembaarheid* van pensioenen. De brief is te vinden via www.stvda.nl.
- [36] Een vraag die in dit verband opkomt is of een werkgever die een uitvoeringsovereenkomst aangaat of onder een uitvoeringsreglement valt waaruit voor de werkgever een bijbetalingsverplichting in verband met waardeoverdracht kan voortvloeien, voor de mogelijke bijbetalingen op de balans moet reserveren. Dit zou onder omstandigheden het geval kunnen zijn. Zie *RJ-Uiting* 2008-6 inzake Aanpassingen RJ 271.3 Personeelsbeloningen – Pensioenen p. 6 en p. 10.
- [37] Daarbij dient te worden bedacht, dat een werkgever met bijbetaling in verband met waardeoverdracht kan worden geconfronteerd voor al zijn gewezen werknemers die op of na 8 juli 1994 uit dienst zijn getreden en alsnog waardeoverdracht wensen.
- [38] J. Verhulst en M. Hendriks, t.a.p., melden op p. 14 verwarring die in dit opzicht heeft bestaan, althans was ontstaan naar aanleiding van de beantwoording van Kamervragen. De oude werkgever ontvangt een overschot in de beschikbare overdrachtswaarde ten opzichte van de overdrachtswaarde berekend volgens het standaardtarief immers terug, terwijl de nieuwe werkgever een overschot in de overdrachtswaarde berekend volgens het standaardtarief ten opzichte van de inkoopsom die de nieuwe pensioenuitvoerder in rekening brengt niet ontvangt. De ratio van het verschil tussen deze regelingen lijkt te zijn dat de oude werkgever een overschot in de beschikbare overdrachtswaarde ten opzichte van de waarde berekend volgens het standaardtarief heeft opgebracht. De nieuwe werkgever heeft een overschot in de overgedragen waarde ten opzichte van de inkoopsom niet opgebracht.
- [39] Deze vorderingen hoeven ook nog niet in alle gevallen te zijn verjaard, zelfs als wordt uitgegaan van de korte verjaringstermijn van 5 jaar.
- [40] Vgl. P.B. van den Bos en S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV*2014/16, onderdeel 2 waar deze auteurs stellen dat bij een tekort 'moet ... worden bijbetaald door de oude werkgever of de pensioenuitvoerder' en niet door de werknemer.
- [41] Ik zie daarom gronden voor vorderingen van werkgevers op de betreffende verzekeraars in het licht van de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW indien en voor zover werd bijbetaald in het kader van waardeoverdracht op basis van de stelling c.q. veronderstelling dat deze bijbetaling wettelijk verplicht was. Ik zie die gronden met name wanneer de bijbetaling niet op een *informed consent* beruiste indien

moet worden aangenomen dat de art. 26 Besluit respectievelijk art. 19 lid 3 Regeling ter zake *bijbetaling* een leemte bevatten. Ik acht het verdedigbaar dat de bijbetaling in die situatie *onaanvaardbaar* was in het licht van de toets van art. 6:248 lid 2 BW. Ik ga in het kader van dit artikel niet in op verjaring van of rechtsverwerking ten aanzien van dergelijke vorderingen.

- [42] Een *oplossing* zou kunnen zijn het wettelijk recht op waardeoverdracht af te schaffen. De Pensioenfederatie is daar geen voorstander van, zoals blijkt uit de brief van de Pensioenfederatie aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 november 2013, te vinden via www.pensioenfederatie.nl. Zie ook het gezamenlijke advies van de Stichting van de Arbeid, de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars van 17 december 2012 getiteld *Heroverweging systeem van waardeoverdracht, Advies op hoofdlijnen* van 17 december 2012, te vinden via www.stvda.nl. De kern daarvan is dat de norm van *actuariële gelijkwaardigheid* zou moeten plaatsmaken voor een systematiek waarbij de gefinancierde waarde van de pensioenaanspraak wordt overgedragen (zie p. 5) om de problematiek van de bijbetaling op te lossen. In dat voorstel betaalt de vertrekkende werknemer de rekening voor waardeoverdracht omdat in geval van een tekort de mogelijkheid bestaat dat bij de nieuwe pensioenuitvoerder minder dan actuariële gelijkwaardige pensioenaanspraken zullen worden verkregen. Vgl. J. Verhulst en M. Hendriks, 'Stand van zaken waardeoverdracht', *P&P* 2013, nr. 3, p. 16 die zich een voorstander tonen van deze oplossing. Zij suggereren dat de werknemer ook een voordeel kan behalen. Ik beperk mij tot de opmerking dat deze oplossing mogelijk op gespannen voet staat met art. 71 PW en art. 82 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Daar is immers bepaald dat de kosten voor waardeoverdracht niet bij de vertrekkende werknemer mogen worden gelegd. Hoewel deze in deze oplossingsvariant weliswaar niet direct een rekening voor waardeoverdracht betaalt, worden de financiële lasten samenhangend met waardeoverdracht dan wel materieel op hem afgewenteld. De regeling dat een overschot bij de ontvangende pensioenuitvoerder aan de werknemer ten goede komt geldt momenteel al, zoals in deze bijdrage werd uiteengezet. De regeling dat een overschot bij de overdragende pensioenuitvoerder ten gunste van de werknemer zou komen, zou nieuw zijn. In het voorjaar van 2014 is de discussie over het wettelijk recht op waardeoverdracht weer opgelaaid. Kort samengevat lijkt de tendens te zijn dat de *bijbetalingsproblematiek* zou moeten worden opgelost door de overdragende pensioenuitvoerder als overdrachtswaarde in het kader van wettelijke waardeoverdracht de *gefinancierde waarde* beschikbaar te laten stellen. Ik wijs op de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 20 januari 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 32043, 197 met als bijlage de *Nadere verkenning Waardeoverdracht op basis van gefinancierde waarde* van de Stichting van de Arbeid van 27 juni 2013, te vinden via www.stvda.nl) het Verslag van een schriftelijk overleg van 14 april 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 32043, 206, p. 3, 4, 5, 11, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 39, 40 en 46), de Kamervragen van het lid Lodders van 6 februari 2014 (*Kamerstukken II 2013/14, Vragen, 2014Z02126*) en het antwoord daarop van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 maart 2014 (*Kamerstukken II 2013/14, Aanhangsel van de Handelingen, 1304*).

- [43] Te vinden via www.szw.nl.

PJ 2009, 1: Groepspensioenovereenkomsten, solidaire portefeuille en gesepareerd beleggingsdepot, garantiekaracter van de Pensioen- en spaarfondsenw...

Instantie:	Rechtbank Zutphen	Datum:	9 januari 2008
Magistraten:	Vrendenbarg-Elsbeek, Boorsma, Feunekes	Zaaknr:	70174/HAZA05-579
Conclusie:	-	LJN:	BC8800
Noot:	-	Roepnaam:	-
Brondocumenten: ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800, Uitspraak, Rechtbank Zutphen, 09-01-2008			

Wetgeving: PSW art. 2 lid 4, onderdeel b; PSW art. 2 lid 5; PSW art. 2 lid 6; PSW art. 3a lid 2
 Brondocument: Rb. Zutphen, 09-01-2008, nr 70174/HAZA05-579

Essentie

Naar boven

Groepspensioenovereenkomsten, solidaire portefeuille en gesepareerd beleggingsdepot, garantiekaracter van de Pensioen- en spaarfondsenwet, premievrij achterlaten van verzekeringen.

Samenvatting

Naar boven

Inmiddels failliete BV heeft ten behoeve van de verzekering van aan haar werknemers toegezegd pensioen rechtstreeks bij Achmea pensioenverzekeringen afgesloten. Aanvankelijk zijn deze ondergebracht in een 'solidaire portefeuille'. Op enig moment zijn ook verzekeringsovereenkomsten gesloten op basis van een eigen 'gesepareerd beleggingsdepot'. Er rijzen vragen over het garantiekaracter van de PSW en premievrij achterlaten van verzekeringen. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af.

Partij(en)

Naar boven

VONNIS

in de zaak van:

[curator] in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de destijds te 's-Gravenhage gevestigde besloten vennootschap Washington International BV, wonende te [plaats], eiser, procureur mr. A.J.H. Ozinga, advocaat mr. W.P.M. Thijssen te Amstelveen,
 tegen

De naamloze vennootschap Achmea Pensioen- en levensverzekeringen NV, gevestigd te Apeldoorn, gedaagde, procureur mr. S.W. Knoop, advocaat mr. M.J. Schenck te Amsterdam.

Partijen zullen hierna mede de curator en Achmea genoemd worden.

Uitspraak

Naar boven

1. De procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de akte inbreng producties tevens akte wijziging van eis
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek, tevens akte wijziging van eis
- de conclusie van dupliek
- de akte uitlating producties
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2 Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1 Bij vonnis van de rechtbank te 's-Gravenhage van 21 juni 2001 is de besloten vennootschap Washington International BV, hierna ook: Washington, in staat van faillissement verklaard met benoeming van [curator] tot curator (hierna ook: de curator).
- 2.2 Washington, voorheen achtereenvolgens Badger BV respectievelijk Raytheon Engineers & Constructors BV geheten, heeft ten behoeve van de verzekering van aan haar werknemers toegezegde pensioenen rechtstreeks bij (rechtsvoorgangers van) Achmea pensioenverzekeringen afgesloten als bedoeld in artikel 2 vierde lid onder B van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna ook: PSW). Ook de rechtvoorgangers van Achmea zullen hierna Achmea genoemd worden.
- 2.3 De betreffende pensioenverzekeringsovereenkomsten werden aanvankelijk ondergebracht in een door Achmea aangehouden, zogenaamde solidaire portefeuille. Op enig moment heeft Washington bij Achmea haar groepspensioenverzekeringsovereenkomsten gesloten buiten de solidaire portefeuille om, op basis van een eigen zogenaamd gesepareerd beleggingsdepot (GBD). Daarbij trad Washington als verzekeringnemer op. Op grond van deze groepspensioenverzekeringsovereenkomsten heeft Washington voor haar (oud-) werknemers individuele pensioenverzekeringsovereenkomsten gesloten.
- 2.4 Bij de overgang van de solidaire portefeuille naar het GBD is overeengekomen dat de in de solidaire portefeuille opgebouwde premiereserves gedurende een periode van 25 jaar geleidelijk vanuit de solidaire portefeuille in het GBD worden gebracht.
- 2.5 Tussen Washington en Achmea zijn de navolgende pensioenverzekeringsovereenkomsten gesloten:
- voor de periode vanaf 1 april 1979: de op 6 juni 1979 tot stand gekomen verzekeringsovereenkomst;
 - voor de periode van 1 januari 1984 tot en met 31 december 1988 een hierna onder 5.2 vermelde overeenkomst;
 - voor de periode van 1 januari 1989 tot en met 31 december 1993: de verzekerings- en beleggingsovereenkomst van 9 augustus 1990;
 - voor de periode van 1 januari 1994 tot en met 31 december 1998: de verzekerings- en beleggingsovereenkomst van 29 november 1994;
 - De overeenkomst voor de periode van 1 januari 1999 tot en met 31 december 2000 ligt vast in de brief van Achmea van 31 augustus 1999 en in de eerdere brieven van Achmea van 10 september 1998 en van 30 oktober 1998;
 - De overeenkomst voor de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2001 ligt vast in de brief van Achmea van 14 augustus 2000;
- De overeenkomst voor de periode vanaf 1 januari 2002 ligt vast in de brieven van Achmea van 14 december 2000, 19 december 2001 en 1 februari 2002, in combinatie met het Beëindigingsdocument van 7 juni 2002. De brief van 21 december 2001 van mr. R.P.C. Kütemann van Ekelmans & Meijer advocaten aan Achmea, waarnaar in de brief van 1 februari 2002 van Achmea wordt verwezen, is door partijen niet in het geding gebracht.
- 2.6 Per 31 december 2001 zijn de lopende verzekeringen premievrij gemaakt en ondergebracht in de door Achmea aangehouden solidaire portefeuille.

3. De vordering

- 3.1 De curator vordert, na wijzigingen van eis, dat de rechtbank Achmea bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, zal veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van een in deze zaak te wijzen veroordelend vonnis aan Washington te voldoen:
- a. een bedrag groot € 17 067,82, te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 2001; daarnaast herstel van de verzekeringen die per de faillissementsdatum tot een hoger bedrag dan het op basis van tijdsevenredigheid berekende bedrag waren gefinancierd tot het per de faillissementsdatum verzekerde hogere bedrag en afgifte van een bewijs van het alsdan verzekerde bedrag per betrokken verzekerde;
 - b. een bedrag groot € 6 761 325,22 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 1989 (omrekening tariefgrondslagen);

- tijdsevenredigheid berekende bedrag waren gefinancierd tot het per de faillissementsdatum verzekerde hogere bedrag en afgifte van een bewijs van het alsdan verzekerde bedrag per betrokken verzekerde;
- b. een bedrag groot € 6 761 325,22 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 1989 (omrekening tariefgrondslagen);
 - c. een bedrag groot € 10 427 328 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 2002 (restitutievordering samenhangend met dwaling);
 - d. een bedrag groot € 3 090 456 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 2002 (excassokostenvoorziening), tenzij uit nader onderzoek mocht blijken dat dit bedrag is begrepen in bovenvermeld bedrag ad € 10 416 074;
 - e. een bedrag groot € 2 847 028 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf 1 januari 2002 (agio-disagio);
 - f. een bedrag groot € 6 852 465 te vermeerderen met wettelijke intrest over een bedrag groot € 3 046 993 vanaf 1 januari 1997, over een bedrag groot € 1 327 550 vanaf 1 januari 1998, over een bedrag groot € 1 024 570 vanaf 1 januari 1999, over een bedrag groot € 1 163 969 vanaf 1 januari 2000 en over een bedrag groot € 289 383 vanaf 1 januari 2001 (voorziening beleggingsresultaten);
 - g. een bedrag groot € 82 772,01 te vermeerderen met wettelijke intrest vanaf de dag van het uitbrengen van deze dagvaarding (buitengerechtigde kosten).

Voorts vordert zij dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- h. voor recht zal verklaren dat de in de conclusie van repliek onder het kopje 'Partiële nietigheid overeenkomst' genoemde bepalingen van de in 1984, 1989 en 1994 gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten partieel nietig zijn, althans voor recht zal verklaren dat de gewraakte bepalingen uit de bedoelde pensioenverzekeringsovereenkomsten bij brief van de advocaat van Washington van 3 februari 2005 (productie 23 bij akte van 25 mei 2005) partieel zijn vernietigd;

Subsidiar:

- i. de in deze conclusie van repliek onder het kopje 'Partiële nietigheid overeenkomst' genoemde bepalingen van de in 1984, 1989 en 1994 gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten zal vernietigen,
- j. voor recht zal verklaren dat Achmea niet gerechtigd was na beëindiging van de direct vóór 1 januari 1984 geldende groepsverzekeringsovereenkomst (de overeenkomst tot aansluiting bij de solidaire portefeuille) aan Washington nadere bedragen in rekening te brengen ter dekking van het beleggingsrisico en/of het langlevensrisico en/of het overlijdensrisico en Achmea bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen om binnen veertien dagen na dagtekening van een in deze zaak te wijzen veroordelend vonnis de door Washington ten onrechte betaalde bedragen, nader op te maken bij staat, aan Washington te betalen;
- k. Achmea zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

3.2 De curator baseert deze vorderingen onder meer op het volgende.

3.2.1 Achmea is als verzekeraar ingevolge het bepaalde in de PSW verplicht een zogenaamd 'garantiecontract' aan te bieden. Zij dient de uitkering van pensioenen die gedurende de overeengekomen contractperiode tot uitkering komen te garanderen. Ook moet zij de uitkering van de gedurende de contractperiode op basis van de verzekerde pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken na afloop van die contractperiode garanderen op grond van de voor die periode geldende tarieven voor de bedragen die op basis van de premievrije waarde kunnen worden verzekerd, uitgaande van de gehanteerde contractgrondslagen.

3.2.2 Achmea heeft achteraf en eenzijdig betaling bedongen voor het premievrij handhaven van in eerdere pensioenverzekeringsovereenkomsten opgebouwde aanspraken.

3.2.3 Dit achteraf in het kader van premievrij maken of in het kader van contractverlenging of het sluiten van een nieuw contract op enigerlei wijze in rekening brengen van bedragen voor het in stand houden van die garantieverplichtingen, voortvloeiend uit verzekeringsovereenkomsten waarvan de duur is verstreken, is op grond van de PSW, als geïnterpreteerd door de toezichthouder — aanvankelijk de Pensioen- en Verzekeringkamer (PVK) en thans De Nederlandsche Bank (DNB) — verboden.

3.2.4 Uit onderzoek van de nog in de administratie van Washington beschikbare groepsverzekeringsovereenkomsten is gebleken dat Achmea steeds bij contractverlenging haar wettelijke verplichting om het recht op premievrije handhaving van onder de vorige

groepspensioenverzekeringsovereenkomst gesloten pensioenverzekeringen te garanderen, heeft geschonden door voor premievrije handhaving extra betalingen te bedingen.

- 3.2.5 Washington had bij Achmea GBD-overeenkomsten gesloten op basis van winstdeling. Dit hield in dat Washington uitsluitend recht had op winstdeling, maar niet met deling in verliezen mocht worden geconfronteerd. Alleen in het geval vooraf bedongen is en dit ook vooraf aan de verzekerden is meegedeeld kunnen eventuele verliezen in de beleggingsportefeuille ten laste van het GBD gebracht worden. De pensioenregeling van Washington bevatte niet een dergelijke regeling. Dit brengt met zich dat reserves of voorzieningen ter dekking van koersschommelingen in de beleggingsportefeuille of ter dekking van het langlevens risico buiten het GBD hadden moeten worden gevormd ten laste van de algemene reserves en voorzieningen van Achmea en niet ten laste van de vrije ruimte in het GBD, zoals Achmea achteraf en eenzijdig heeft gedaan.
- 3.2.6 De tussen Washington en Achmea gesloten opvolgende pensioenverzekeringsovereenkomsten zijn nietig, voor zover daarin is bepaald dat Achmea niet is gehouden om zonder tegenprestatie van de verzekeringnemer (Washington) de eenmaal verzekerde pensioenen premievrij te handhaven, respectievelijk — voor zover Achmea bij het aangaan van een latere overeenkomst op welke wijze dan ook bedragen heeft bedongen — voor het premievrij handhaven van al opgebouwde pensioenaanspraken. Bij brief van 3 februari 2005 is namens de curator de nietigheid van de gewraakte bepalingen in de diverse elkaar opvolgende pensioenverzekeringsovereenkomsten ingeroepen op de voet van artikel 3:50 Burgerlijk Wetboek (BW).
- 3.2.7 Subsidiair grondt de curator zijn vorderingen op dwaling, leidende tot partiële nietigheid van de achtereenvolgens gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten. Washington zou noch de beëindigingscondities van de achtereenvolgens gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten, en in het verlengde daarvan noch de voorwaarden voor het aangaan van de elkaar opvolgende nieuwe pensioenverzekeringsovereenkomsten hebben geaccepteerd, als zij zich zou hebben gerealiseerd dat Achmea verplicht was premievrije handhaving van onder een pensioenverzekeringsovereenkomst gesloten verzekering te bieden 'zonder bijbetaling achteraf'.
- 3.2.8 Als gevolg van de nietigheid dan wel de vernietiging van de betreffende bepalingen heeft Washington onverschuldigd betaald. Achmea dient de ten onrechte betaalde bedragen aan de boedel te restitueren.

4. Het verweer

- 4.1 Achmea heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van de curator in zijn vorderingen, althans tot afwijzing van die vorderingen, met veroordeling van de curator in de kosten van de procedure.
- 4.2 Achmea heeft als verweer onder meer het volgende aangevoerd.
- 4.2.1 Alle door Washington aangevoerde grondslagen voor haar vorderingen berusten op de onjuiste uitgangspunten dat Achmea aan Washington na contractbeëindiging 'aanvullende premies' althans nadere bedragen in rekening gebracht zou hebben als voorwaarde voor premievrije handhaving van de tijdens de looptijd van de opeenvolgende overeenkomsten opgebouwde aanspraken van de verzekerden, en dat een dergelijke handelwijze in strijd is met (de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan) de PSW.
- 4.2.2 Geen rechtsregel verzet zich tegen het maken van de afspraken over aanpassing of omrekening van grondslag, excassovoorziening, reserve koersverschillen en agio/disagio, zoals dat tussen partijen is overeengekomen in de GBD-overeenkomsten. Uitvoering van die afspraken leidt er nimmer toe dat Washington daadwerkelijk heeft moeten betalen, naast en bovenop hetgeen zij gedurende de looptijd van de opeenvolgende overeenkomsten ten titel van premies en koopsommen heeft betaald. Verzekeringnemer en verzekeraar zijn, binnen de grenzen van enerzijds de overeengekomen premies en koopsommen, en anderzijds de met het oog op de verzekerde aanspraken aan te houden voorziening verzekeringsverplichtingen ('VVV'), vrij om het GBD zó in te richten als hen goedgeeft.
- 4.2.3 Voor zover Washington al werkelijk een onjuiste voorstelling van zaken (omtrekt het recht) mocht hebben gehad, wat Achmea betwist, was deze (rechts)dwaling onverschoonbaar, rustte op Achmea terzake geen actieve informatieplicht en ontbreekt het vereiste causaal verband. Washington stelt zelf, dat zij mede is afgegaan op de inlichtingen van haar eigen pensioenadviseur. Diens kennis en wetenschap dienen aan Washington te worden toegerekend.

Achmea wist (destijds) niet en behoefde niet te weten dat art. 2 eerste lid PSW zó ruim zou (dienen te) worden uitgelegd als door Washington wordt gesteld.

- 4.2.4 Ten aanzien van de vordering tot vernietiging van de door de curator bestreden bepalingen dan wel overeenkomsten wegens dwaling heeft Achmea subsidiair aangevoerd dat deze vordering is verjaard.

5. De beoordeling

- 5.1 De stelling van de curator dat Washington sedert 1 april 1979 achtereenvolgens een aantal groepspensioenverzekeringsovereenkomsten heeft gesloten buiten de solidaire portefeuille om is door Achmea weersproken. Zij heeft aangevoerd dat deze overeenkomsten pas vanaf 1 januari 1984 zijn ondergebracht in een GBD. De curator is na deze betwisting niet meer op zijn stelling teruggekomen. Evenmin heeft hij stukken in het geding gebracht die zijn stelling zouden kunnen ondersteunen. Uit zijn vordering onder j blijkt dat hij er kennelijk ook vanuit gaat dat pas vanaf 1 januari 1984 de verzekeringsovereenkomsten in een GBD zijn ondergebracht. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat de groepspensioenverzekeringsovereenkomsten van Washington vanaf 1 januari 1984 zijn ondergebracht in een GBD.
- 5.2 De curator heeft als productie 4 bij akte overlegging producties een ontwerp verzekerings- en beleggingsovereenkomst van 13 februari 1985 in het geding gebracht en gesteld dat dit de voor de periode 1984–1989 geldende overeenkomst is. Achmea heeft bij haar conclusie van antwoord als productie 1a een verzekerings- en beleggingsovereenkomst gedateerd 5 september 1986 in het geding gebracht en verwijzend naar de als productie 1b in het geding gebrachte brief van Achmea aan Washington van dezelfde datum aangevoerd dat deze overeenkomst de voor de periode 1984–1989 geldende overeenkomst is. De curator heeft dit niet weersproken. Uit zijn stelling in de conclusie van repliek dat een bepaling in de door Achmea in het geding gebrachte overeenkomst nietig is, leidt de rechtbank af dat ook de curator er thans vanuit gaat dat de overeenkomst van 5 september 1986 de geldende overeenkomst is. Ook de rechtbank zal daar vanuit gaan en voorbij gaan aan hetgeen de curator in de dagvaarding heeft aangevoerd over tekst en uitleg van de ontwerpovereenkomst van 13 februari 1985. De overeenkomst van 5 september 1986 zal hierna worden aangeduid als de overeenkomst 1984. De overeenkomst van 9 augustus 1990, die ziet op de periode 1 januari 1989 tot en met 31 december 1993, zal hierna de overeenkomst 1989 genoemd worden en de overeenkomst van 29 november 1994, die ziet op de periode 1 januari 1994 tot en met 31 december 1998, de overeenkomst 1994.
- 5.3 Partijen verschillen niet van mening over het feit dat Achmea op grond van de ten tijde van de werking van de pensioenverzekeringsovereenkomsten geldende wetgeving, neergelegd in de PSW, gehouden was en is de uitkering van pensioenen die gedurende de overeengekomen contractperiode zijn opgebouwd te garanderen, ook in het geval die pensioenaanspraken premievrij worden achtergelaten.
- 5.4 De meest verstrekkende stelling van de curator ten gronde komt er op neer dat het in het geheel niet is toegestaan na afloop van een pensioenverzekeringsovereenkomst betaling te bedingen voor de in die periode opgebouwde aanspraken. Hij heeft betoogd dat op grond van artikel 2 leden 5 en 6 en artikel 3a lid 2 PSW de bijdragen pensioenpremie van de werkgever uiterlijk aan het einde van een jaar aan de verzekeraar moeten worden voldaan. De werkgever mag ervan uitgaan dat bij tijdige afdracht van de overeengekomen premies de pensioenen voldoende zijn gefinancierd en hij volledig gekweten is van zijn verplichtingen. De financiering van pensioenaanspraken moet veilig gesteld zijn en de verzekerde belangen dienen buiten de risicosfeer van de werkgever te blijven. De verzekeringsovereenkomst regelt welke premies nodig zijn. Indien achteraf nog aanvullende betalingen gedaan zouden moeten worden om de aanspraken veilig te stellen, dan zouden de voorschriften in de PSW over tijdige afdracht van pensioenpremie geen inhoud hebben. Die voorschriften beogen immers te voorkomen dat de premiebetaling wordt uitgesteld in verband met onvoorziene betalingsmoeilijkheden en/of faillissement. Indien verzekeraars het verzekerd houden van pensioenaanspraken achteraf afhankelijk zouden mogen stellen van aanvullende premiebetaling, wordt het risico dat de PSW beoogt te vermijden weer in huis gehaald, zo stelt de curator.
- 5.5 Bij de beoordeling van deze stelling is het volgende van belang. Uit de benaming van de overeenkomsten volgt dat de overeenkomsten 1984, 1989 en 1994 een tweërlei karakter hebben, het zijn verzekerings- én beleggingsovereenkomsten. Partijen hebben daarin niet alleen afspraken gemaakt over de vooraf te betalen premies, maar ook over de verdeling van de resultaten van de

door de verzekeraar binnen de solidaire portefeuille dan wel binnen het GBD belegde, door Washington uit hoofde van die pensioenverzekeringsovereenkomsten betaalde, premies.

De strenge eisen van wetgever en toezichthouder ten aanzien van de voor de pensioenverzekeringsovereenkomsten te hanteren grondslagen en solvabiliteit brengen verzekeraars ertoe om hogere premies in rekening te brengen dan voor de dekking van de verzekeringsverplichtingen benodigd is. De praktijk is ontstaan dat de verzekeraars een deel van de resultaten uit de beleggingen van de door de werkgever betaalde premies, welke opbrengsten niet nodig zijn om de aanspraken te (blijven) verzekeren — de vrije ruimte —, op basis van daarover gemaakte afspraken weer aan de verzekeringnemer/werkgever ten goede laten komen. In het geval dat de pensioenverzekeringsovereenkomsten zijn ondergebracht in een solidaire portefeuille komt het resultaat van de beleggingen aan de verzekeraar toe en kan hij een deel van de vrije ruimte aan de werkgever ten goede laten komen in de vorm van een overrentekorting. Zijn de pensioenverzekeringsovereenkomsten in een GBD ingebracht, dan komt de vrije ruimte in beginsel aan de verzekeringnemer, de werkgever, toe. De verzekeringnemer bepaalt in overleg met de verzekeraar hoe (al dan niet risicovol) de premies belegd worden.

De curator verwijt Achmea dat zij bedragen uit de voor Washintong vrije — en naar hij stelt voor Washington geheel opvorderbare — ruimte heeft gebruikt om premieverhoging achteraf te voldoen.

5.6 Achmea heeft als verweer het volgende aangevoerd.

In het geval het GBD na afloop van de contractueel vastgelegde periode eindigt, houdt het GBD op te bestaan. Behoudens eventuele andere afspraken tussen partijen komen dan de eerder aan het GBD gekoppelde beleggingen en reserves terug in de solidaire portefeuille en worden ook de aan de GBD-klant gekoppelde passiva — waaronder de rechten en aanspraken van de verzekerde (oud-) werknemers — weer toegevoegd aan de passiva van de solidaire portefeuille.

Voor de winstdeling zal na afloop van de contractperiode van het GBD een regeling gaan gelden, gebaseerd op de reguliere regeling van de verzekeraar in de solidaire portefeuille. Daarbij heeft de verzekeraar de mogelijkheid om zonodig de overrente aan te wenden voor de (verdere) financiering van de tijdens de looptijd van het GBD opgebouwde aanspraken. Washington heeft na beëindiging van de overeenkomsten 1984, 1989 en 1994 steeds niet gekozen voor het premievrij handhaven van de lopende verzekeringen, maar nieuwe GBD-overeenkomsten gesloten, waarbij zij er voor heeft gekozen ook voor de oude aanspraken (direct en ten volle) de winstdelingsregeling uit de nieuwe GBD-overeenkomst toe te passen.

Sluit de verzekeringnemer na afloop van een GBD-periode opnieuw een GBD-overeenkomst, dan heeft de verzekeraar gedurende die nieuwe GBD-periode niet de mogelijkheid om (een gedeelte van) de overrente te gebruiken om een eventuele aanpassing van de voorziening verzekeringsverplichtingen terzake van de in de vorige contractperiode opgebouwde aanspraken te financieren. Bij het maken van winstdelingsafspraken voor de nieuwe GBD-periode zal de verzekeraar rekening houden met het wegvallen van deze financieringsmogelijkheid. Hij bedingt dan dat voor de duur van de nieuwe GBD-periode een aftrek voor het vormen van reserves of voorzieningen plaatsvindt, dit in afwijking van het in beginsel dat het rendement op de beleggingen zoveel mogelijk wordt doorgegeven.

Met de door de curator gewraakte bepalingen in de in de periode 1984–2001 geldende pensioenverzekeringsovereenkomsten hebben partijen afspraken gemaakt over de aanwending van een deel van de vrije ruimte voor het treffen van deze VVV, onder meer over al opgebouwde pensioenaanspraken.

5.7 Achmea heeft voorts aangevoerd dat in het geval Washington in de periode 1984 tot eind 2001 niet uit de solidaire portefeuille weggeweest zou zijn, zij, Achmea, gedurende al deze jaren de tussentijdse verzwaring van de grondslagen had kunnen financieren uit de opbrengsten van de in de solidaire portefeuille vloeiende overrente.

Bij het aangaan van de nieuwe GBD-overeenkomsten met Washington is Achmea bereid geweest ook voor de oude aanspraken de winstdelingsregeling uit de nieuwe GBD-overeenkomst toe te passen, mits die oude aanspraken zouden worden omgerekend naar de nieuwe grondslagen en tarieven en het verschil bij het begin van de looptijd van de nieuwe overeenkomst als koopsom in rekening wordt gebracht. Voor de onder de nieuwe overeenkomst nieuw op te bouwen aanspraken gelden de nieuwe grondslagen en tarieven en

ook de nieuwe winstdelingsregeling. Bij de onder de oude overeenkomst opgebouwde aanspraken wordt zo in feite gehandeld als was er sprake van afkoop en overdracht, gevolgd door inkoop in de solidaire portfeuille bij de verzekeraar zelf, in de nieuwe overeenkomst.

De omrekening naar de in de solidaire portfeuille ten tijde van de overgang geldende tariefgrondslagen is een direct uitvloeisel van die overgang, zo heeft Achmea betoogd.

- 5.8 De curator heeft vervolgens gesteld dat dit alles afbreuk doet aan het principe dat de werknemer/verzekeringnemer er op mag vertrouwen dat de uit hoofde van de vorige pensioenverzekeringsovereenkomst verzekerde pensioenaanspraken daadwerkelijk gegarandeerd verzekerd zijn en blijven, los van het antwoord op de vraag of de verzekeringen na contractbeëindiging op dezelfde of op andere condities worden voortgezet dan wel premievrij worden gehandhaafd. Ter onderbouwing van deze stelling heeft hij verwezen naar het als productie 27 bij replek in het geding gebrachte rapport van Piacana. Daarin is het navolgende vermeld:

‘(...) Indien een werkgever naar een andere verzekeraar wil overstappen met collectieve waardeoverdracht, dan verlangt de PVK (thans DNB) de garantie dat de opgebouwde premievrije waarden (reeds gefinancierde pensioengedeelten) bij de nieuwe verzekeraar worden veilig gesteld en dat de verzekerden er blijk van geven met de overdracht akkoord te gaan. In deze situatie kiest de werkgever er bewust voor dat eventueel een hogere inkoopsom moet worden betaald dan de afkoopwaarde/overdrachtswaarde die de oude verzekeraar beschikbaar stelt. Dit kan een werkgever doen omdat hij (bijvoorbeeld) op andere onderdelen een voordeel verwacht of omdat hij onvrede heeft met de oude verzekeraar.

In deze situatie heeft de werkgever ook de mogelijkheid de reeds opgebouwde premievrije verzekeringen achter te laten bij de oude verzekeraar (zonder verdere bijbetaling).

In de onderhavige situatie heeft CBP [Achmea, rechtbank] gehandeld als ware sprake van een nieuwe verzekeringsovereenkomst met een nieuwe verzekeraar met waardeoverdracht, zonder de werkgever de mogelijkheid te bieden de opgebouwde pensioenen premievrij achter te laten en zonder de formele procedure (via de PVK) te doorlopen. (...)’

- 5.9 Deze verklaring van Piacana onderschrijft enerzijds de door Achmea gestelde wijze van behandeling van de eerder opgebouwde aanspraken, anderzijds laat Piacana zich echter niet uit over het door de curator gestelde. Ook geeft zij niet aan waarop zij de algemene conclusie baseert dat Washington niet de mogelijkheid is geboden de opgebouwde pensioenen premievrij achter te laten. Gesteld noch gebleken is voorts dat in dit geval, waar geen sprake is van een overstap naar een andere verzekeraar, Achmea gehouden was de door de curator vermelde procedure via de PVK c.q. DNB te volgen. De curator heeft Achmea ook niet verweten dat deze procedure niet is doorlopen bij het aangaan van de elkaar opvolgende GBD-pensioen-verzekeringsovereenkomsten. Aan deze verklaring van Piacana zal daarom voorbij gegaan worden.

- 5.10 De curator heeft voorts betoogd dat in de tussen Washington en Centraal Beheer sinds 1984 gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten niet (duidelijk) is bepaald dat het GBD na contractbeëindiging automatisch wordt toegevoegd aan de solidaire portfeuille met de daarbij behorende winstdelingsregeling. Hij heeft daaraan de conclusie verbonden dat na contractbeëindiging de al opgebouwde aanspraken verzekerd moeten blijven en het GBD en de daarbij behorende winstdelingsovereenkomst gehandhaafd moeten blijven, tenzij anders overeengekomen.

- 5.11 De rechtbank overweegt over deze stellingen en verweren als volgt.

- 5.12 In de overeenkomst 1984 is in artikel 9 over de beëindiging van de overeenkomst bepaald:

- (...)1. Deze overeenkomst treedt in werking op 1 januari 1984, en is aangegaan voor een periode van 5 jaar, eindigend op 31 december 1988. (...) Wordt de overeenkomst door geen der partijen opgezegd dan wordt deze automatisch voor een jaar verlengd.
2. Bij het einde van de overeenkomst als bedoeld in het voorgaande lid
 - kan de overeenkomst worden gecontinueerd onder dan nader te bepalen voorwaarden, danwel;
 - kunnen de dan lopende verzekeringen premievrij gemaakt worden, waarbij het “Beleggingsdepot 6” [het GBD van Washington, rechtbank] wordt opgeheven en toegevoegd

aan de algemene beleggingsportefeuille van de verzekeraar en waarbij de deling in de resultaten als omschreven in de artikelen 5 en 6 van deze overeenkomst wordt vervangen door de gebruikelijke regeling van de verzekeraar (...)

- kunnen de dan lopende verzekeringen worden afgekocht ten gunste van de verzekeringnemer, in welk geval het gesepareerde beleggingsdepot naar een ander lichaam dat toegelaten is tot het uitvoeren van pensioenregelingen wordt overgedragen.
(...)

De curator heeft wel aangevoerd dat Achmea het eerste woord 'kunnen' zo heeft uitgelegd dat premievrije handhaving alleen mogelijk was tegen betaling van een aanvullende premie, maar hij heeft dit na betwisting door Achmea op geen enkele wijze nader onderbouwd. De tekst van de betreffende bepaling biedt geen steun voor de door de curator daaraan gegeven uitleg.

- 5.13 Ingevolge het bepaalde in artikel 2 lid 5 PSW is een werkgever gehouden ervoor zorg te dragen dat degene, aan wie hij de uitvoering van de pensioentoezegging heeft toevertrouwd, de overeengekomen bijdragen ontvangt. Lid 6 van dit artikel bepaalt dat in het geval de toezegging inhoudt dat de omvang van de werkgeversbijdrage telkens aan het einde van een periode wordt vastgesteld, een zodanige periode niet langer dan een jaar mag duren.

Ingevolge het bepaalde in artikel 3a lid 2 PSW moet, onverminderd het bepaalde in artikel 9a lid 2, een werkgever binnen tien dagen na afloop van elk kalenderkwartaal zijn eigen bijdrage in de voorziening voor elke verzekerde, berekend over dat kwartaal, alsmede de bijdragen, welke hij over dat kwartaal op het loon van de verzekerden heeft ingehouden, voldoen aan de verzekeraar. Wordt zijn bijdrage na afloop van een langere termijn dan een kwartaal vastgesteld, dan moet hij binnen tien dagen na afloop van elk kwartaal het vierde gedeelte van zijn geschatte jaarbijdrage voldoen, met dien verstande, dat hij zijn jaarbijdrage in haar geheel binnen zes maanden na afloop van het kalenderjaar moet hebben betaald.

Na betaling van die premie dient de verzekeraar zich ervan te onthouden hetzij aanvullende betaling te bedingen, hetzij het risico niet (ten volle) te verzekeren of verzekerd te houden. Artikel 9a tweede lid bepaalt dat toereikende technische voorzieningen vastgesteld moeten zijn met betrekking tot het geheel van de uit de statuten en reglementen voortvloeiende pensioenverplichtingen en dat te allen tijde voldoende en passende activa beschikbaar dienen te zijn om deze technische voorzieningen te dekken. Het minimumbedrag van de technische voorzieningen moet voldoende zijn om te waarborgen dat de uitbetaling van reeds verschuldigde pensioenen aan de pensioengerechtigden kan worden voortgezet en om de verplichtingen te weerspiegelen die voortvloeien uit de opgebouwde pensioenrechten van de deelnemers. Artikel 9a PSW regelt zo het garantiarakter van de verzekering.

- 5.14 Uit (doel en strekking van) deze bepalingen volgt slechts dat de door Washington te betalen premies tijdig, uiterlijk aan het einde van een jaar aan de verzekeraar dienden te worden voldaan. Anders dan de curator heeft betoogd kunnen tekst, wetsgeschiedenis, noch de ratio van de PSW tot de conclusie leiden dat het partijen niet is toegestaan voorafgaande of gedurende de duur van de verzekering afspraken te maken over de aanwending van de in het GBD aanwezige vrije ruimte. Het gaat hier immers niet om te betalen premies maar om beleggingsresultaten van al betaalde premies die zijn aangewend ten behoeve van nieuwe winstdelingsafspraken. In de onderhavige situatie is reeds door het vormen van reserves bij de verzekeraar de uitvoering van de pensioentoezegging buiten de risicosfeer van de werkgever gebracht. De verzekerde werknemer loopt daardoor niet het risico dat het geld van de werkgever op is tegen de tijd dat het op uitkering van de pensioenaanspraken aankomt. De aanspraken van de werknemer op het toegezegde pensioen blijven derhalve gegarandeerd.

- 5.15 In de door de curator aangehaalde jurisprudentie en literatuur is geen steun te vinden voor zijn stelling dat de werkgever erop mag vertrouwen dat na betaling van de premie in het geheel geen extra betaling meer ten laste van de vrije ruimte uit het beleggingsresultaat wordt gebracht. In het onderhavige geval is van belang dat er geen verplichting aan de zijde van Washington bestond om bovenop en naast hetgeen aan reguliere premies en koopsommen is voldaan, bij te betalen. De betreffende voorzieningen werden immers gevoed uit de in de GBD's aanwezige vrije ruimte en vielen ingevolge de overeenkomsten van partijen buiten de risicosfeer van de werkgever.

- 5.16 De curator heeft als productie 2 een circulaire van de PVK in het geding gebracht van juli 1997. Daarin

schrijft de PVK:

'(...) In toenemende mate komt het voor dat pensioenfondsen en werkgevers verzekeringsovereenkomsten met verzekeraars sluiten die de door de werkgever gedane pensioentoezeggingen niet volledig dekken.

Daarbij doelen wij op de situaties waarin bijvoorbeeld het pensioenfonds c.q. de werkgever deelt in de eventuele negatieve resultaten van het gesepareerde beleggingsdepot en/of in de eventuele verzekeringstechnische verliezen die voortvloeien uit de desbetreffende verzekeringsportefeuille. In die gevallen draagt een pensioenfonds c.q. een werkgever die dergelijke bepalingen in de verzekeringsovereenkomst accepteert (danwel daarom verzoekt) meestal in de juridische en feitelijk risico's die voortvloeien uit de aangegane pensioenverplichtingen (...)'

Achmea wordt gevolgd in haar stelling dat deze circulaire het oog heeft op de situatie dat de werkgever deelt in de eventuele negatieve beleggingsresultaten van de GBD en/of de eventuele verzekeringstechnische verliezen. Achmea heeft zowel bij antwoord als bij dupliek uitdrukkelijk verklaard dat die situatie zich bij de GBD-overeenkomsten met Washington niet voordeed. Een deel van de vrije ruimte werd gebruikt voor het vormen van een reserve als 'buffer' tegen het risico van koersverschillen van zakelijke waarden. Omdat de reserves gevormd zijn binnen de grenzen van het GBD en gevoed werden uit de (beleggingsresultaten van) eerder betaalde premies en koopsommen, zijn de beleggingsrisico's en/of technische risico niet 'voor rekening van de werkgever' in die zin dat zij zouden leiden tot aanvullende betalingsverplichtingen achteraf, naast en bovenop al overeengekomen en betaalde premies en koopsommen. Op geen enkele wijze en op geen enkel moment is door de vorming van die bestemmingsreserves de verzekerde aanspraken van de werknemers in gevaar gekomen of gekort, zo heeft Achmea betoogd.

De curator heeft een en ander niet (voldoende) weersproken. Ook het rapport van Piacana van 14 februari 2006 waarin wordt gereageerd op de conclusie van antwoord van Achmea bevat geen betwisting van hetgeen Achmea heeft aangevoerd.

De wetsgeschiedenis van de PSW en van het geldende recht, de door de curator in zijn conclusie van repliek geciteerde passages uit de handboeken van A.W. Wichers (De rechtsleer der Levensverzekeringsovereenkomst) en P.M. Tuffer (Pensioenen, fondsen en verzekeraars), noch het vermelde in Asser-Clausing-Wansink nr. 372, leiden tot het verwerpen van de hiervoor weergegeven stelling van Achmea. Uit betreffende passages blijkt slechts steeds dat het premievrij achterlaten van al opgebouwde aanspraken een van de basisbeginselen van het levensverzekeringsrecht is.

De curator heeft bij pleidooi nog een drietal producties in het geding gebracht, maar ook deze leiden niet tot een andere conclusie. Deze producties zien alle op de situatie dat de pensioenaanspraken van de betreffende werknemers zijn ondergebracht in herverzekerde bedrijfspensioenfondsen. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.

5.17 In de overeenkomst 1989 ontbreekt bij artikel 7, dat de beëindiging van de overeenkomst regelt, de bepaling over de mogelijkheid om de aanspraken premievrij achter te laten. De curator heeft in verband met dit ontbreken de nietigheid van het tweede lid van artikel 7 ingeroepen en subsidiair vernietiging van deze bepaling gevorderd, tenzij Achmea erkent dat dit recht ook zonder uitdrukkelijke bepaling conform het algemene verzekeringsrecht bestaat en zij de overeenkomst alsnog in overeenstemming daarmee uitvoert. Achmea heeft zowel in haar conclusie van antwoord als in haar conclusie van dupliek uitdrukkelijk verklaard dat zij de overeenkomst 1989 aldus uitlegt dat daarin de mogelijkheid van het premievrij achterlaten van de pensioenaanspraken, hoewel niet expliciet genoemd, wel bestond. Nu de curator dat niet uitdrukkelijk heeft weersproken, gaat de rechtbank ervan uit dat voor de periode 1989-1994 voor de premievrije handhaving van de pensioenaanspraken dezelfde regeling gold als voor de periode daarvoor. De curator heeft wel verlangd dat Achmea de overeenkomst alsnog met inachtneming van het recht van premievrije achterlating uitvoert, maar niet aangegeven waartoe dat voor wat betreft de periode 1989-1994 zou leiden. Op de door de curator gewraakte bepaling over de premievrije handhaving in de overeenkomst 1994 zal hierna nader worden ingegaan.

5.18 Partijen zijn in de overeenkomsten 1984, 1989 en 1994 overeengekomen dat in het geval de BGD niet verlengd wordt en gekozen wordt voor premievrije handhaving, het beleggingsdepot wordt toegevoegd aan 'de algemene beleggingsportefeuille'. Het enkele feit dat in de overeenkomst niet uitdrukkelijk is vastgelegd

dat met de 'algemene' beleggingsportefeuille de solidaire portefeuille wordt bedoeld, leidt niet tot de door de curator voorgestane conclusie dat na afloop van de GBD deze constructie en de daarbij behorende winstdelingsregeling dienden te worden gehandhaafd, tenzij anders zou worden overeengekomen. Vóór de inwerkingtreding van de overeenkomst 1984 zijn de pensioenverzekeringen ten behoeve van de werknemers van Washington uitsluitend ondergebracht in de door Achmea aangehouden solidaire portefeuille. Behoudens andersluidende afspraken bestond er daarom voor Washington in redelijkheid geen aanleiding te veronderstellen dat met 'de algemene beleggingsportefeuille' een andere dan de solidaire portefeuille bedoeld werd.

- 5.19 Hetgeen de curator heeft aangevoerd kan niet leiden tot de conclusie dat de pensioenaanspraken van de werknemers van Washington op grond van de overeenkomsten 1984 en 1989 niet premievrij en zonder nadere premiebetaling bij Achmea konden worden achtergelaten.

Washington had er voor kunnen kiezen de oude aanspraken premievrij zonder verdere bijbetaling achter te laten bij Achmea, maar heeft dat om haar moverende redenen niet gedaan. De stelling van Achmea dat in het geval de aanspraken premievrij zouden zijn achtergelaten, deze gegarandeerd zouden zijn en blijven volgens de grondslagen die golden voor de oude verzekeringsovereenkomst is door de curator niet (voldoende) weersproken. Integendeel, de curator heeft gevorderd dat Achmea de uitkering van de gedurende de contractperiode op basis van de verzekerde pensioenregeling opgebouwde pensioenaanspraken na afloop van die contractperiode dient te garanderen op grond van de voor die periode geldende tarieven voor de bedragen die op basis van de premievrije waarde kunnen worden verzekerd, uitgaande van de gehanteerde contractgrondslagen.

Washington heeft er voor gekozen naast de nieuwe pensioenverzekeringsovereenkomsten ook de oude aanspraken onder te brengen in opvolgende GBD-overeenkomsten. Achmea heeft aan die keuze de voorwaarde verbonden dat de eerder opgebouwde pensioenaanspraken moesten worden opgetrokken tot de in de solidaire portefeuille geldende, hogere grondslagen. Washington heeft met die voorwaarde ingestemd. De subsidiaire stelling van de curator dat Washington daarbij gedwaald heeft zal hierna in rechtsoverweging 5.40 aan de orde komen.

- 5.20 Niet valt in te zien in hoeverre deze door partijen gekozen constructie afwijkt van het geval waarin gekozen wordt voor afkoop en waardeoverdracht aan een andere verzekeraar en inkoop bij een door die andere verzekeraar aangehouden solidaire portefeuille. Zoals uit het hiervoor geciteerde deel van het rapport van Piacana volgt, kan of zal ook in dat geval die andere verzekeraar bijbetaling verlangen. Die bijbetaling zal met name verlangd worden in het geval voor de door deze verzekeraar in de solidaire portefeuille ondergebrachte pensioenverzekeringsovereenkomsten hogere grondslagen gelden dan voor de bij de oude verzekeraar afgekochte oude aanspraken. Gelet op de demografische ontwikkeling van de Nederlandse bevolking, meer mensen leven langer, ligt het in de lijn der verwachting dat die nieuwe verzekeraar uit zal gaan van hogere grondslagen. Dat betekent dat in het geval Washington ervoor zou hebben gekozen de oude pensioenaanspraken bij een andere verzekeraar onder te brengen, zij had moeten bijbetalen om die aanspraken naar het op dat moment geldende niveau van de door de betreffende verzekeraar aangehouden algemene portefeuille te brengen.

- 5.21 Overwogen wordt dat het garantiekaracter van de tussen partijen geldende pensioenverzekeringsovereenkomsten niet méér in houdt dan dat de aanspraken uit de al geëxpireerde overeenkomsten ook ná het premievrij achterlaten daarvan verzekerd moeten zijn en blijven naar de ten tijde van die overeenkomsten geldende tariefgrondslagen. Het garantiekaracter brengt niet met zich dat de verzekeraar zonder meer gehouden is die aanspraken uit eigen middelen steeds aan te passen aan nieuwe, hogere grondslagen. Geconcludeerd moet worden dat Achmea niet in strijd met het garantiekaracter van de PSW heeft gehandeld door bij het aangaan van nieuwe GBD-overeenkomsten, waarin ook regelingen zijn getroffen voor oude aanspraken, betaling uit de vrije ruimte te bedingen voor de aanpassing van al opgebouwde aanspraken naar een recenter niveau.

De stelling van de curator dat het na het verstrijken van de betreffende overeenkomst bedingen van betalingen voor de aanpassing van de tariefgrondslagen voor ingevolge die overeenkomsten al opgebouwde pensioenaanspraken in strijd is met het recht om die pensioenaanspraken premievrij achter te laten, houdt daarom geen stand.

- 5.22 Ter beoordeling ligt nu voor de stelling van de curator dat Achmea achteraf en eenzijdig extra betaling heeft

bedongen voor het verzekerd zijn en blijven van reeds opgebouwde aanspraken. Zoals hiervoor overwogen staat de PSW er in beginsel niet aan in de weg dat partijen in latere overeenkomsten afspreken dat een deel van de in de nieuwe GBD-overeenkomsten op te bouwen vrije ruimte wordt gereserveerd en wordt gebruikt voor het treffen van voorzieningen voor eerder opgebouwde aanspraken.

De curator heeft gesteld dat de werkgever als verzekeringnemer het afdwingbare recht heeft de in het GBD opgebouwde vrije ruimte jaarlijks of op elk gewenst ogenblik op te nemen. Hij heeft daaraan de conclusie verbonden dat het standpunt van Achmea dat voorzieningen ten laste van de vrije ruimte mogen worden getroffen onjuist is, omdat dat zou betekenen dat er een verschil is tussen de werkgevers die de reserves uit vrije ruimte steeds opnemen en hen die die vrije ruimte in het GBD laten. Wat hier ook van zij, in het onderhavige geval is slechts van belang wat Achmea met Washington is overeengekomen. Overigens heeft Achmea in dit verband opgemerkt dat in het geval de betreffende verzekeringnemer de reserves uit de vrije ruimte steeds wenst op te nemen, op een andere in de overeenkomst of nader overeen te komen wijze voorzien zal worden in het fourneren van de omrekeningskoopsom.

- 5.23 Voor wat betreft de overeenkomst 1984 heeft de curator primair aangevoerd dat de tweede alinea van artikel 1 van bijlage IIa tweede volzin vanaf 'onder voorbehoud ter' en de derde volzin van de overeenkomst 1984 nietig is wegens strijd met de openbare orde. Subsidiair heeft hij aangevoerd dat deze regeling Washington niet kan binden, omdat de regeling niet haar grondslag vindt in de betreffende pensioenverzekeringsovereenkomst. De door de curator gewraakte alinea luidt:

'Indien en voorzover de premiereserve nog niet volledig zal zijn ingebracht in het beleggingsdepot zal over het nog niet ingebrachte deel aanspraak op overrente blijven bestaan conform de algemeen van toepassing zijnde kortingsregeling van de verzekeraar, welke bij aanvang van de overeenkomst luidt als weergegeven op bijlage V.

Daarnaast zal de verzekeraar de bedragen, die vanaf 1 januari 1986 op de overrente worden ingehouden ten behoeve van de vorming van een voorziening voor herziening van de tariefgrondslagen, onder voorbehoud ter beschikking van het beleggingsdepot stellen.

Dit voorbehoud impliceert dat het totaal van deze bedragen, verhoogd met intrest welke van jaar tot jaar zal worden gebaseerd op het rendement in het betreffende jaar van het beleggingsdepot, op de einddatum van de overeenkomst wederom aan de verzekeraar zal vervallen indien besloten wordt de overeenkomst niet te verlengen, onder premievrijmaking van de dan lopende verzekeringen.'

- 5.24 De tekst van deze bepaling biedt geen steun voor de stelling van de curator dat de vorming van deze voorziening alleen de solidaire portefeuille betreft. In de bepaling wordt immers ook gesproken over de vorming van een voorziening voor herziening van de tariefgrondslagen in het GBD. De betreffende bepaling regelt alleen de situatie in het geval de pensioenverzekeringsovereenkomsten niet verlengd worden, maar de aanspraken premievrij worden achtergelaten. Achmea heeft aangevoerd dat de voorziening overrentedeling en het bepaalde in bijlage IIa formeel weliswaar los van elkaar staan, maar dat er een logisch en nauw verband tussen voorziening en bepaling bestaat, in die zin dat bij verlenging van de overeenkomst de gereserveerde gelden gebruikt kunnen worden voor herziening van de tariefgrondslagen. Ter onderbouwing van deze stelling heeft ze gewezen op het vermelde in de financiële verslagen van het ten name van Washington aangehouden beleggingsdepot nr 6 over de jaren 1986, 1987 en 1988 waarin steeds bij de 'voorziening overrentedeling' is vermeld:

(...) Door Centraal Beheer Pensioenverzekering wordt m.i.v. 1 januari 1986 de jaarlijks aan Badger BV beschikbaar komende overrente van de nog niet ingebrachte premiereserve gekort met 1% van de overrentedelende premiereserve.

Deze inhouding wordt aan het beleggingsdepot beschikbaar gesteld voor belegging maar blijft formeel eigendom van Centraal Beheer Pensioenverzekering.

Aan het eind van de contractperiode wordt het saldo van deze rekening:

- a. gevoegd bij de reserves van Centraal Beheer Pensioenverzekeringen NV indien besloten wordt de overeenkomst niet te verlengen, terwijl anderzijds de dan lopende verzekeringen — premievrijgemaakt — verzekerd blijven.
- b. ter beschikking gesteld van Badger BV indien besloten wordt deze overeenkomst te verlengen.

Onderdeel van de verlenging zal dan zijn dat de reserve wordt omgerekend naar recente tariefgrondslagen, waarbij het verschil in reserves volgens bestaande en nieuwe grondslagen voor rekening komt van het beleggingsdepot 6.

- c. uitgekeerd aan Badger BV indien de overeenkomst niet wordt gecontinueerd terwijl de lopende verzekeringen worden afgekocht (zowel van actieven, premievrijen als ingegane renten).

Deze bepaling biedt steun aan het door Achmea gestelde. Zoals hiervoor al overwogen staat de PSW er niet aan in de weg dat partijen nadere afspraken maken over de aanwending van de vrije ruimte in een GBD in het geval van verlenging van een dergelijke overeenkomst, waarin ook de al opgebouwde aanspraken zijn opgenomen. De curator heeft onvoldoende aangevoerd om tot de conclusie te kunnen komen dat deze reserve voor de omrekening naar recentere tariefgrondslagen eenzijdig en achteraf door Achmea is opgelegd. De overeenkomst is op 5 september 1986 tot stand gekomen. Partijen hebben bij het aangaan van die verzekering afspraken gemaakt over de vorming vanaf 1 januari 1986, dus over het lopende boekjaar, van een reserve ten laste van de overrente voor het eventueel aanpassen van de tariefgrondslagen. Deze reserve is verantwoord in het door Achmea over dat boekjaar uitgebrachte verslag. Onweersproken is door Achmea aangevoerd dat de beleggingsverslagen steeds na het uitbrengen daarvan uitvoerig zijn besproken met Washington en haar pensioenverzekeringsadviseurs. Vast staat dat Washington zich omtrent de te sluiten pensioenverzekeringsovereenkomsten steeds heeft laten bijstaan door gerenommeerde, onafhankelijke pensioenadviesbureaus.

Gesteld noch gebleken is dat Washington of haar adviseurs op enig ogenblik korter of later na het uitbrengen van het verslag opmerkingen hebben gemaakt over deze reserveopbouw. Eerst in 2002 heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat de betreffende reservevorming achteraf en eenzijdig is opgelegd door Achmea. Uit de gang van zaken in de periode vóór 2002 leidt de rechtbank echter af dat Washington in 1986 akkoord is gegaan met de vorming van een reserve binnen het GBD voor aanpassing van de tariefgrondslag in het geval de aanspraken premievrij zouden worden achtergelaten.

Het enkele feit dat de bepalingen over de bestemming van de reserve voor herwaardering tariefgrondslagen niet in de pensioenverzekeringsovereenkomst zelf zijn opgenomen, is onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de nadere, in een bijlage en in het nadien uitgebrachte verslag neergelegde afspraken Washington niet zouden kunnen binden.

5.25 Artikel 4 derde lid van de overeenkomst 1989 luidt:

Per 01-01-1989 wordt de dan aanwezige voorziening verzekeringsverplichtingen omgerekend, conform de tariefgrondslagen als vermeld in bijlage III. De hierdoor ontstane toename in de voorziening verzekeringsverplichtingen komt ten laste van Beleggingsdepot 6, en wordt geboekt onder de post 'voorschot op rente'.

Ook van deze bepaling, voor zover het de omrekening van de ultimo 1988 gevormde voorziening verzekeringsverplichtingen naar zwaardere tariefgrondslagen betreft, stelt de curator dat zij nietig is wegens strijd met de openbare orde.

5.26 De curator vordert voorts nietigverklaring van artikel 7, lid 2 van de overeenkomst 1989 wegens het ontbreken van een bepaling die inhoudt dat de verzekeringnemer na contractbeëindiging recht heeft op premievrije handhaving, tenzij Centraal Beheer zou doen erkennen dat dit recht ook zonder uitdrukkelijke bepaling, conform het algemene verzekeringsrecht, bestaat en de overeenkomst alsnog in overeenstemming daarmee uitvoert.

Zoals hiervoor al overwogen heeft Achmea zowel in haar conclusie van antwoord als in haar conclusie van repliek uitdrukkelijk verklaard dat zij de overeenkomst 1989 aldus uitlegt dat daarin de mogelijkheid van premievrij achterlaten, hoewel niet expliciet genoemd, wel bestond. Overwogen wordt dat in de overeenkomst 1984 uitdrukkelijk is bepaald dat Washington de aanspraken premievrij kon achterlaten. Vast staat dat zij er na beëindiging van deze overeenkomst 1984 voor heeft gekozen de overeenkomst op nader overeen te komen voorwaarden te verlengen. Gesteld noch gebleken is dat Washington bij de verlenging van de overeenkomst 1989 de aanspraken premievrij achter wilde laten, maar zij daar van heeft afgezien of moeten afzien om de enkele reden dat de overeenkomst 1989 daar niet in voorzag. Gelet op het ook door Achmea uitdrukkelijk erkende recht op het premievrij achterlaten van opgebouwde aanspraken en het feit dat Washington zich liet bijstaan door verzekeringsadviseurs moet het er voor gehouden worden dat in het

geval Washington had willen kiezen voor premievrije handhaving het ontbreken van een daarop ziende bepaling in de overeenkomst 1989 haar daar niet van had (kunnen) weerhouden. Aan het feit dat in de overeenkomst 1989 de bepaling over de premievrije handhaving ontbreekt komt daarom geen betekenis toe en dit ontbreken behoeft daarom geen bespreking meer.

5.27 Ten aanzien van het bepaalde in het hiervoor geciteerde derde lid van artikel 4 van de overeenkomst 1989 heeft de curator gesteld dat hieruit blijkt dat deze overeenkomst geen garantiecontract was als bedoeld in de PSW. Achmea heeft door omrekening van tariefgrondslagen te bedingen ten laste van de vrije ruimte voor het handhaven van al opgebouwde aanspraken, feitelijk een garantieopslag in rekening heeft gebracht, zo stelt de curator. De stelling dat Achmea aldus in strijd met het garantiekarakter van de aan te bieden overeenkomst heeft gehandeld, moet al op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, worden verworpen. Achmea was gerechtigd aan het sluiten van nieuwe overeenkomsten waarin ook de oude aanspraken waren opgenomen, nadere voorwaarden te stellen voor de aanwending van de vrije ruimte. Feiten of omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat Washington niet heeft ingestemd met de in de overeenkomst 1989 neergelegde afspraken zijn gesteld noch gebleken.

5.28 In zijn conclusie van repliek heeft de curator zich er nog over beklaagd dat Achmea dulde dat Washington het betreffende bedrag van Achmea leende en de aflossing voldeed uit de toekomstige overrente. Daardoor liet Achmea Washington niet de keuze een liquiditeitsnadeel ineens te dragen of de koopsom te financieren. De curator verwijt Achmea dat Washington zo niet in de gelegenheid was de voor haar meest gunstige condities voor een dergelijke 'lening' te bedingen.

Aan dit verwijt wordt voorbijgegaan. Niet alleen heeft de curator aan zijn stelling geen (rechts)gevolg verbonden, hij heeft ook geen feiten of omstandigheden gesteld en deze zijn evenmin gebleken waaruit zou kunnen worden afgeleid dat Washington niet geheel uit vrije wil akkoord is gegaan met de gekozen constructie. Washington en Achmea hebben voorafgaande aan het sluiten van de betreffende overeenkomsten steeds uitvoerig onderhandeld, zo blijkt uit de stellingen van partijen.

5.29 De curator vordert voor wat betreft de verzekerings- en beleggingsovereenkomst van 29 november 1994 (de overeenkomst 1994) nietigverklaring wegens strijd met de openbare orde van artikel 6, lid 2 (het gestelde na de eerste asterisk ten aanzien van omrekening van de voorziening verzekeringsverplichtingen op zwaardere tariefgrondslagen) en artikel 11, lid 2 (met name het bepaalde onder c aannemend dat deze bepaling als door Centraal Beheer feitelijk uitgevoerd dient te worden geïnterpreteerd); bijlage HW.

Artikel 6 tweede lid luidt, voor zover hier van belang:

(...) Aan het gesepareerd depot worden toegevoegd:

★ een bedrag ter grootte van f 2 080 680 (per 1 januari 1994). Dit bedrag wordt gereserveerd voor de betalingen die verband houden met de herrekening naar de waarde van de bij de verzekeraar gesloten verzekeringen naar de tariefgrondslagen gebaseerd op een andere dan tot dan toe gehanteerde sterftetafel van het gesepareerd depot. Herrekening vindt plaats per tussen een verzekeraar en verzekeringnemer overeengekomen datum.

Indien voornoemde bedragen lager zijn dan f 2 080 680 wordt het restant geboekt op de rekening "gereserveerde technische resultaten". Indien de kosten in verband met herrekening hoger zijn dan f 2 080 680 zal de verzekeringnemer het restant voldoen op één van de op bijlage HW omschreven wijzen; (...)

Artikel 11 lid 2 luidt, voor zover hier van belang:

2. Aan het einde van de looptijd van deze overeenkomst, als bedoeld in het voorgaande lid:
(...)

c. kunnen de lopende verzekeringen premievrij gemaakt worden, waarbij het gesepareerde depot wordt opgeheven en toegevoegd aan de algemene beleggingsportefeuille van de verzekeraar. De deling in het beleggingsresultaat en het technisch resultaat als omschreven in deze overeenkomst komt te vervallen. Hiervoor in de plaats komt de gebruikelijke regeling van de verzekeraar. De op grond daarvan beschikbaar te stellen overrente zal achtereenvolgens worden aangewend:

— (...)

— als bijdrage in de vorming van een voorziening voor de aanpassing van de tariefgrondslagen door de verzekeraar;

- voor de opbouw van een excassovoorziening ter grootte van 2,5 % van de voorziening verzekeringsverplichtingen(...)

Bijlage HW luidt:

Inbreng van de omrekening van de voorziening verzekeringsverplichtingen

Inbreng in het gesepareerd depot

Per de tussen verzekeringnemer en verzekeraar overeengekomen datum zal de voorziening verzekeringsverplichtingen worden omgerekend naar een andere sterftetafel.

De dientengevolge ontstane verhoging van de voorziening verzekeringsverplichtingen zal de verzekeringnemer financieren door het tekort per de overeengekomen datum:

- middels een éénmalige storting toe te voegen aan het gesepareerde depot of
- toe te voegen aan het gesepareerd depot middels een opname van de rekening 'voorschotkortingen'.

5.30 Ook van deze bepalingen kan niet gezegd worden dat zij nietig zijn omdat achteraf voorwaarden worden verbonden aan het premievrij achterlaten van al opgebouwde aanspraken. Ook hier geldt dat Washington er niet voor heeft gekozen de al opgebouwde aanspraken premievrij achter te laten in de solidaire portefeuille van Achmea, maar deze aanspraken deel heeft laten uitmaken van de nadien gesloten GBD-overeenkomsten. Niet valt in te zien in hoeverre in die situatie het garantiekaracter van de door Achmea aan te bieden overeenkomsten er aan in de weg staat dat partijen afspraken maken over de vorming van extra reserves uit de vrije ruimte voor het aanpassen van de tariefgrondslagen bij de overgang naar een volgende overeenkomst. Uit het vierde lid van artikel 10 van de overeenkomst 1994 blijkt dat partijen voorzieningen hebben getroffen om, zolang het saldo op de rekening voorschotkorting nog niet volledig is afgelost, voor die aflossing een positief beleggingsresultaat aan te wenden. Dit artikellid luidt:

Zolang het saldo op de rekening "voorschotkorting" nog niet volledig is afgelost, is de verzekeraar gerechtigd een positief beleggingsresultaat niet toe te voegen aan de extra reserve, maar dit aan te wenden ter voldoening van de door de verzekeringnemer verschuldigde intrest en aflossing.

Achmea heeft onweersproken gesteld dat alle door haar in het kader van de overeenkomsten 1998 en 1994 voorgesloten bedragen zijn afgelost uit de gedurende de looptijd van die overeenkomsten ontstane vrije ruimte.

- 5.31 De curator heeft nog aangevoerd dat het bepaalde in artikel 11 tweede lid aanhef en onder c van de overeenkomst 1994 nietig is, omdat de vordering die Achmea aan dit artikellid ontleent, niet voldoende bepaald is. Aan deze stelling wordt voorbijgegaan, nu voor verbintenisscheppende overeenkomsten als de onderhavige bepaalbaarheid voldoende is.
- 5.32 Dit alles leidt tot de conclusie dat de door de curator in zijn conclusie van repliek onder nr. 21 genoemde en de hiervoor besproken bepalingen van de overeenkomsten 1984, 1989 en 1994 niet nietig zijn omdat zij in strijd zijn met de algemene orde, zoals door de curator is betoogd. De primaire vordering om voor recht te verklaren dat de in de conclusie van repliek onder het kopje 'Partiële nietigheid overeenkomst' genoemde bepalingen van de in 1984, 1989 en 1994 gesloten pensioenverzekeringsovereenkomsten nietig zijn, zal dan ook worden afgewezen. Ook de subsidiaire vordering om voor recht te verklaren dat Achmea niet gerechtigd was na beëindiging van de direct vóór 1 januari 1984 geldende groeps pensioenverzekeringsovereenkomst (de overeenkomst tot aansluiting bij de solidaire portefeuille) aan Washington nadere bedragen in rekening te brengen ter dekking van het beleggingsrisico en/of het langlevensrisico en/of het overlijdensrisico zal worden afgewezen.
- 5.33 De rechtbank begrijpt de stellingen van de curator met betrekking tot de reserve koersverschillen, de voorzieningen voor de excassoreserve en de reserve agio/disagio voorts aldus dat hij stelt dat Achmea deze voorzieningen eenzijdig heeft getroffen en dat er voor deze voorzieningen geen grondslag is te vinden in de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomsten, zodat de in het kader daarvan in de solidaire portefeuille van Achmea gevloede gelden onverschuldigd zijn betaald. Ten aanzien van deze stellingen overweegt de rechtbank als volgt.
- 5.34 Vast staat dat Achmea vanaf het depotverslag 1996 een reserve koersverschillen in rekening heeft gebracht. Achmea heeft aangevoerd dat het bepaalde in artikel 8 van de overeenkomst 1994 niet uitdrukkelijk voorzag

in een dergelijke reserve, maar dat het partijen vrij stond om gedurende de looptijd van deze overeenkomst daar alsnog een aanvullende afspraak over te maken. Zij heeft betoogd dat dat in het onderhavige geval ook is gebeurd. Zij heeft er daarbij op gewezen dat partijen in de overeenkomst 1994 een soortgelijke regeling hadden getroffen ten aanzien van het technisch resultaat en dat ook de overeenkomst 1989 zo'n regeling kende.

De curator heeft de stelling van Achmea dat partijen deze reserve hebben gevormd op grond van een in de looptijd van de overeenkomst gemaakte afspraak onvoldoende weersproken. In dit verband is van belang dat Achmea onweersproken heeft aangevoerd dat de verslagen, waarin deze reserves zijn verantwoord, telkenjare uitgebreid met Washington en haar gespecialiseerde pensioenadviseurs zijn besproken en dat ook overigens regelmatig overleg werd gevoerd tussen de betrokken partijen.

Aan zijn stelling dat de aldus gekweekte voorziening — waarvan hij aanneemt, maar Achmea weerspreekt, dat het een geormerkt deel van de algemene reserve is — bij de overgang naar de solidiaire portefeuille in 2001 aan Washington had moeten worden uitgekeerd, heeft de curator slechts ten grondslag gelegd dat het doel voor de vorming van de reserves inmiddels achterhaald was. Hij kan niet in deze conclusie gevolgd worden. Zoals Achmea heeft aangevoerd is immers in artikel 11 tweede lid onder c van de overeenkomst 1994 bepaald dat het gesepareerde depot met alle daarin opgebouwde activa- en passivaposten wordt toegevoegd aan de algemene beleggingsportefeuille van de verzekeraar.

- 5.35 Ten aanzien van de excassovoorziening heeft de curator in zijn inleidende dagvaarding aangevoerd dat Achmea eigenmachtig op de balans van het GBD per ultimo 2001 een voorziening excassokosten heeft opgenomen. Voor het treffen van deze voorziening bestond geen enkele grondslag en Washington kon en mocht aannemen dat in de tarieven was voorzien in voldoende opslag voor deze kosten, zo heeft hij betoogd.

Achmea heeft verwijzend naar artikel 11, tweede lid onder c, zoals hiervoor geciteerd, aangevoerd dat partijen al bij het aangaan van de overeenkomst 1994 zijn overeengekomen dat bij het premievrij maken van de lopende verzekeringen een excassovoorziening getroffen zou worden ten laste van de overrente. Zoals hiervoor al overwogen kan van een dergelijke voorziening niet gezegd worden dat zij afbreuk doet aan het garantiekarakter van de overeenkomst. Het enkele feit dat Achmea bedacht kon zijn op het maken van excassokosten brengt niet met zich dat deze voorzieningen niet ten laste van de overrente in het GBD gebracht kunnen worden, maar ten laste moeten komen van een door Achmea in de solidiaire portefeuille aan te houden reserve, zoals de curator kennelijk beoogd heeft te stellen.

Uit de door de partijen in het geding gebrachte correspondentie tussen Achmea en Washington in de periode na de looptijd van de overeenkomst 1994 blijkt niet dat partijen voor overeengekomen voortzetting van de overeenkomst 1994 afspraken hebben gemaakt die voor wat betreft de excassovoorziening afwijkt van de overeenkomst 1994. Dit brengt met zich dat de overeenkomst 1994 voldoende grondslag biedt voor het in rekening brengen van een excassovoorziening bij het in 2001 premievrij maken van de lopende aanspraken. Niet valt in te zien in hoeverre het feit dat de hoogte van de te maken excassokosten niet afhangt van de hoogte van de verzekerde uitkering er aan in de weg staat een percentage van de VVV te bedingen, zoals Achmea heeft gedaan.

- 5.36 De curator heeft aangevoerd dat de kennelijk als kortlopende verplichting aangemerkte agio-disagio post per ultimo 2001 niet is vervallen, maar is opgehoogd. Dit ondanks het feit dat het risico met het oog waarop deze passiefpost werd opgenomen zich niet meer kan voordoen omdat de obligaties in het GBD in het verleden zijn verkocht en de daarmee vrijkomende gelden zijn herbelegd in Achmea-huisbeleggingsfondsen. Deze passiefpost diende vrij te vallen en aan de vrije reserve in het GBD te worden toegevoegd, zodat (de curator van) Washington ze had kunnen opnemen, aldus de curator.

- 5.37 Achmea heeft aangevoerd dat in de verslagen vanaf 1987 een met deze reserve samenhangende post is aangehouden. Zij heeft erkend dat er in jaarrekeningtechnische zin na de liquidatie van de obligaties geen reden meer was voor handhaving van de vastrentende waarden een agio/disagioreserve aan te houden. Omdat Washington bij de beëindiging van het GBD per ultimo 2001 echter direct en voor het volle bedrag wilde profiteren van een betere winstdeling dan zij op grond van de overeenkomst tussen partijen aanspraak kon maken, heeft zij aan haar instemming met deze regeling de voorwaarde verbonden dat de in beginsel aan Washington vrijvallende agio/disagio reserves niet aan Washington zouden vrijvallen, maar aan haar, Achmea. Deze voorwaarde zag daarom niet op een betaling voor handhaving van premievrij gemaakte

aanspraken, maar was de prijs die Washington betaalde voor een gunstiger winstdeling in de toekomst. Washington is met deze voorwaarde akkoord gegaan, zo heeft Achmea betoogd.

De curator heeft hiertegenover slechts aangevoerd dat Achmea geen rechtsgrond laat aangeven voor handhaving van de reserve agio/disagio na liquidatie van de vastrentende waarden. Daarmee heeft hij echter het onderbouwde verweer van Achmea onvoldoende gemotiveerd weersproken.

5.38 Dit alles brengt met zich dat de vorderingen van de curator voor zover gebaseerd op de stelling dat over de aanwending van de betreffende reserves na het premievrij maken van de verzekerde aanspraken niets met Washington was overeengekomen, niet voor toewijzing vatbaar zijn.

5.39 Ten aanzien van de door de curator gevorderde restitutie van het ten titel van affinanciering betaalde, waarvan de curator stelt dat dit voor een bedrag van € 17 062,82 ziet op de affinanciering van vóór de faillietverklaring van Washington al uit dienst getreden werknemers, zijn partijen het er over eens dat deze financieringsverplichting geen boedelschuld is en dat de affinancieringsverplichtingen ten aanzien van de door de curator ontslagen werknemers van Washington dat wel zijn. Naar de curator stelt heeft hij de betreffende bedragen onverschuldigd betaald; voor zover de vorderingen geen betrekking hadden op een boedelschuld, moest Achmea de betreffende vordering ter verificatie bij hem indienen.

Dat laatste mag zo zijn, niet gezegd kan worden dat de curator heeft betaald zonder dat daar enige rechtsgrond aan ten grondslag lag. Van onverschuldigde betaling is daarom geen sprake geweest. Ook dit onderdeel van de vordering van de curator moet daarom worden afgewezen.

5.40 Tenslotte komt de vraag aan de orde of Washington (onverschoonbaar) heeft gedwaald bij het aangaan van de door de curator gewraakte bepalingen, welke hij in zijn wijziging van eis expliciet heeft aangegeven. De curator heeft aan zijn beroep op dwaling de stelling ten grondslag gelegd dat Washington zich er niet van bewust was dat Achmea wettelijk verplicht was te garanderen dat opgebouwde pensioenen ter dekking waarvan bij Achmea verzekeringen werden gesloten, premievrij dienden te worden achtergelaten zonder daarvoor achteraf alsnog een tegenprestatie te bedingen. Indien Washington wel op de hoogte was geweest van deze wettelijke verplichting, dan zou zij volgens de curator nooit akkoord zijn gegaan met de onderhavige overeenkomsten voor zover zij inhielden dat Washington wel voor het premievrij handhaven van al verworven aanspraken moest betalen. Het beroep op (rechts)dwaling strandt echter al op het oordeel dat de ruime betekenis die de curator geeft aan het bepaalde in (artikel 2 van) de PSW, geen steun vindt in de tekst van de wet, haar geschiedenis en de interpretatie door de respectievelijke toezichhouders. Zoals hiervoor al overwogen brengt het in de PSW verankerde recht op het premievrij handhaven van al opgebouwde pensioenaanspraken niet met zich dat het in het geheel niet is toegestaan achteraf betaling te bedingen over al opgebouwde pensioenaanspraken. In het onderhavige geval heeft Achmea bij het aangaan van nieuwe GBD-overeenkomsten betaling bedongen voor het inbrengen van al opgebouwde aanspraken in die nieuwe overeenkomsten. De stelling dat zij daarmee in strijd met haar garantieverplichting heeft gehandeld is hiervoor al verworpen.

Maar zou Washington al gedwaald hebben over de uitleg van artikel 2 van de PSW bij het aangaan van de betreffende bepalingen, dan moet dat voor haar rekening en risico blijven. Weliswaar is Achmea een professioneel verzekeraar van wie verwacht mag worden dat zij haar verzekeringnemer actief informeert over de wettelijke toelaatbaarheid van de door haar gehanteerde bepalingen; waar zij niet wist, niet kon weten of behoorde te weten dat Washington (overigens eerst in 2001) aan het bepaalde in de PSW de door de curator gestelde ruime betekenis zou hechten, bestond voor haar echter geen aanleiding om Washington actief te informeren over de mogelijke betekenissen die aan de garantieverplichting in de PSW gehecht zouden kunnen worden.

In dit verband is voorts van belang dat Washington zich steeds bij het aangaan van de betreffende overeenkomsten heeft laten adviseren en informeren door onafhankelijke pensioenadviseurs. Uit het door de curator in het geding gebrachte rapport van Piacana van 21 december 2004 blijkt voorts dat Washington alvorens met Achmea de betreffende GBD-overeenkomsten aan te gaan de betreffende markt actief heeft onderzocht. Piacana schrijft:

'(...) In 1982 (wellicht al eerder) verscheen Reinbergen & Company Inc. op het toneel: een van de eerste internationale pensioenmakelaars die aangaf dat het allemaal veel en veel gunstiger kon. Met name de mogelijkheid van gesepareerde resultatendeling op de eigen "portefeuille" werd daarbij als

voordeel getoond en afgezet tegen de contante rentestandkorting (TL-korting) welke CBP [Achmea, rechtbank] gaf. (...) Dit initiatief van Reinbergen heeft kennelijk geleid tot marktonderzoek dat vervolgens werd verricht door Heynis & Koelman (HK) in de persoon van de heer A. Jungman, waarbij de mogelijkheid van verzekeren met winstdeling in een gesepareerd depot met technische resultatendeling werd onderzocht. (...) Door HK werden offertes gevraagd bij Nationale-Nederlanden, Delta Lloyd en Zwitserleven voor een verzekeringscontract met winstdeling op basis van gesepareerde beleggingen en technische resultatendeling op de eigen verzekeringen, waarna CBP werd "uitgedaagd" om ook met een dergelijk voorstel te komen. (...) Uiteindelijk werd gekozen voor CBP. (...)'

Aan de mededeling van Piacana dat HK er blijkens diverse signalen kennelijk van uit ging dat er door Washington een pensioenfonds zou worden opgericht dat dan het (her)verzekeringscontract met de verzekeraar zou sluiten en dat HK uitdrukkelijk in die richting adviseerde, wordt voorbijgegaan. Vast staat immers dat Washington nimmer een pensioenfonds heeft opgericht.

- 5.41 De curator heeft, verwijzend naar de hiervoor besproken circulaire van de toezichthouder van juli 1997, aangevoerd dat het in de verzekeringswereld destijds algemeen bekend was dat constructies als de in deze procedure gewraakte constructie verboden waren. Zoals hiervoor is overwogen blijkt uit die circulaire niet dat de betreffende constructie verboden is, maar zou dat al uit die circulaire begrepen kunnen worden, dan had het (mede) op de weg van de adviseurs van Washington gelegen Washington op het verboden karakter van de constructie te wijzen. Zou de curator door het horen van getuigen er al in slagen bewijs te leveren van zijn stelling dat 'destijds' (de curator heeft niet aangegeven op welke periode hij doelt) in de verzekeringswereld bekend was dat de constructie verboden was, dan zou dat toch niet tot vernietiging van de betreffende bepalingen wegens dwaling kunnen leiden, omdat die dwaling dan voor rekening en risico van Washington dient te blijven. Aan het bewijsaanbod van de curator zal daarom voorbijgegaan worden.
- 5.42 Het vorenstaande brengt met zich dat de primaire vordering van de curator voor recht te verklaren dat de gewraakte bepalingen vernietigd zijn, noch de subsidiaire vordering deze bepalingen te vernietigen, voor toewijzing vatbaar is.
- 5.43 Nu al hetgeen de curator heeft aangevoerd niet tot nietigheid dan wel vernietiging van de gewraakte bepalingen kan leiden, treft de stelling van de curator dat onverschuldigd is betaald, geen doel. De daarop ziende vorderingen van de curator zijn dan ook niet voor toewijzing vatbaar.
- 5.44 De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de kosten van deze procedure. Voor wat betreft het salaris procureur worden deze begroot op 4 punten \times € 3211 (tarief VIII) = € 12 844.

6. De beslissing

De rechtbank

wijst de vorderingen af;

veroordeelt de curator in de kosten van deze procedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Achmea gevallen en begroot op € 4732 voor verschotten en € 12 844 voor salaris procureur.

PJ 2008, 47: ECT heeft verzekeringsovereenkomst met Optas Pensioen NV opgezegd. ECT heeft naar aanleiding van de beëindiging vorderingen tegen Opta...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hof 's-Gravenhage	Datum:	25 maart 2008
Magistraten:	Van der Klooster, Bonneur, Van der Vlist	Zaaknr:	C04/499
Conclusie:	-	LJN:	BC8041
Noot:	-	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8041, Uitspraak, Hof 's-Gravenhage, 25-03-2008		

Wetgeving: BW art. 6:18; BW art. 6:19

Brondocument: Hof 's-Gravenhage, 25-03-2008, nr C04/499

Essentie

ECT heeft verzekeringsovereenkomst met Optas Pensioen NV opgezegd. ECT heeft naar aanleiding van de beëindiging vorderingen tegen Optas ingesteld.

Samenvatting

ECT heeft verzekeringsovereenkomst met Optas Pensioen NV opgezegd. ECT heeft naar aanleiding van de beëindiging vorderingen tegen Optas ingesteld. Besproken zijn onder meer de gevolgen van het verzwaren van sterftetafels tijdens de looptijd van de overeenkomst en de overschotregeling waarin is bepaald dat Optas bij een overschot premiekorting zal verlenen of het bedrag van de premiekorting zal aanwenden voor verhoging van de aanspraken.

Partij(en)

ARREST

in de zaak van:

Optas Pensioenen NV, gevestigd te Rotterdam, appellante in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, hierna te noemen: Optas, procureur: mr P.S. Kamminga,

Europe container terminals BV, gevestigd te Rotterdam, geïntimeerde in het principaal appel, appellante in het incidenteel appel, hierna te noemen: ECT, procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Uitspraak

Het verloop van het geding in hoger beroep

Bij exploit van 19 januari 2004 is Optas in hoger beroep gekomen van het (gedeeltelijk eind-)vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 31 december 2003. Bij memorie van grieven (MvG) heeft Optas twee grieven tegen dat vonnis aangevoerd die door ECT zijn bestreden bij, op 3 februari 2005 genomen, memorie van antwoord tevens houdende (memorie van grieven in) incidenteel appel (MvA/MvG-inc). De zes in de MvG-inc geformuleerde grieven zijn door Optas bestreden bij memorie van antwoord in het incidenteel appel (MvA-inc). Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 13 maart 2007, Optas door haar

procureur en ECT door mrs R.B. Gerretsen en J.C Stam, beiden advocaat te Rotterdam. De pleitnotities bevinden zich bij de stukken. Ten pleidooie heeft ECT nog een akte overlegging productie genomen. Vervolgens hebben partijen de procesdossiers overgelegd en arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1 De door de rechtbank in de rov. 2.1 t/m 2.6 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden, zodat het hof deze feiten eveneens als vaststaand zal aannemen. Meer in het bijzonder gaat het hof uit van de volgende feiten.

a. Tot en met 1990 waren de pensioenen van het kantoorpersoneel van ECT vrijwillig verzekerd bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (hierna: PVH). Deze regeling werd aangeduid als 'Vrijwillig II'. In 1989 heeft PVH met onder meer ECT onderhandeld over het voorstel om Vrijwillig II onder te brengen in een nieuw op te richten verzekeringsmaatschappij zonder winstoogmerk. Dit heeft geleid tot de oprichting, door PVH, van Optas. Door Optas zijn de beleggingen van PVH overgenomen. Daarmee zijn in de oprichtingsbalans van Optas onder meer gevormd

- een voorziening verzekeringsverplichtingen (VVV);
- een voorziening indexering ('indexeringspool');
- een voorziening annuïtaire premiekorting.

b. In 1993 is tussen ECT en Optas een overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten althans getekend, inhoudende dat ECT de pensioentoezeggingen die zij op grond van (onder meer) Vrijwillig II heeft gedaan, bij Optas ter verzekering aanbiedt en dat Optas deze verzekeringen aanvaardt.

In artikel 0.5.1 is het volgende bepaald.

Deze overeenkomst geldt met ingang van 1 januari 1991 voor de duur van 7 jaar en eindigt derhalve op 31 december 1997. De overeenkomst kan door de verzekeringnemer niet tussentijds worden beëindigd, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald. De overeenkomst wordt telkens stilzwijgend verlengd voor eenzelfde periode, tenzij een der beide partijen zes maanden voor ommekomst van de contractstermijn schriftelijk aan de andere partij te kennen geeft de overeenkomst niet te willen verlengen.

In artikel 0.1.4 van de Overeenkomst is het volgende bepaald:

De gesloten verzekeringen zijn overeenkomstig het aangehechte pensioenreglement voorzover daarvan niet afgeweken.

Eventuele wijzigingen in het pensioenreglement die na de aanvang van deze overeenkomst worden aangebracht, zullen tegenover de verzekeraar slechts van kracht zijn, zodra omtrent een zodanige wijziging en omtrent de eventueel daarmee corresponderende wijziging van de overeenkomst tussen partijen overeenstemming is bereikt. (...).

Onder de Overeenkomst bestond een recht van ECT op winstdeling, op basis van een gesepareerd beleggingsdepot (GBD).

c. Van de Overeenkomst maken, naast het pensioenreglement van ECT van 1 januari 1991 en de regeling van het GBD (artikel 9), onder meer deel uit:

- artikel 5: de Indexeringsregeling;
- artikel 10: Overschotregeling;
- artikel 11: Regeling Annuïteit.

d. Op 20 mei 1997 heeft ECT het volgende aan Optas geschreven

De op 17 februari 1993 met u gesloten verzekeringsovereenkomst eindigt in principe op 31 december 1997.

Zoals u bekend is het de bedoeling dat voor ECT-medewerkers die op 1 januari 1997 in dienst waren en geboren zijn vóór 1 januari 1950 het bij bovenbedoelde overeenkomst behorende pensioenreglement van toepassing blijft, zij het dat de pensioenopbouw bij het bereiken van de

leeftijd van 60 jaar wordt beëindigd, tenzij anders overeengekomen. Voor alle andere medewerkers zal een ander reglement gaan gelden, gebaseerd op het beschikbare premie-systeem. De bijzondere situatie doet zich nu voor, dat voor de eerstgenoemde groep de overeenkomst gewoon zou kunnen worden voortgezet, maar dat voor laatstgenoemde groep conform artikel 0.1.4 opnieuw overeenstemming dient te worden bereikt tussen Optas en ECT.

Gaarne vernemen wij van u hoe wij nu om zullen gaan met artikel 0.5.1 van de overeenkomst in verband met de daarin genoemde termijn van 6 maanden. Vooralsnog gaan wij ervan uit dat in verband met het in werking treden van artikel 0.1.4 voor beide partijen (Optas en ECT) formele opzegging van het contract nodig is.

- e. In antwoord op deze brief heeft Optas, op 29 mei 1997, het volgende aan ECT geschreven. Gezien de samenloop van
- het einde van de initiële duur van de verzekeringsovereenkomst ECT/OPTAS;
 - uw behoefte tot invoering van een pensioenreglement voor een deel van uw werknemers;
 - de voorgenomen wijziging van de P.V.H.-regeling voor een ander deel van uw werknemers;
 - de wijziging van de pensioenfonds-structuur en uiteindelijke fusie met OPTAS Pensioenen NV,
 - zijn wij van mening dat een beëindiging van de verzekeringsovereenkomst als bedoeld in artikel 0.5.1 de meest duidelijke basis geeft voor onderzoek op welke wijze OPTAS u na 1 januari 1998 van dienst kan zijn. Derhalve zeggen wij bij deze de overeenkomst op als bedoeld in artikel 0.5.1.
- f. Hierna zijn partijen in onderhandeling getreden over een nieuwe overeenkomst. Die onderhandelingen zijn vastgelopen en ECT is per 1 januari 1999 een verzekeringsovereenkomst aangegaan met Nationale Nederlanden (NN). Hierbij is de (actuele) waarde van het door ECT bij Optas opgebouwde GBD per 31 december 1998 aan NN overgedragen. ECT heeft NN daarnaast een extra koopsom moeten betalen voor:
- i toekomstige indexatie van de over de periode t/m 31 december 1997 voor toekomstige inactieven opgebouwde rechten, en
 - ii de over de t/m 31 december 1997 opgebouwde aanspraken omdat NN haar tarieven op voor die periode meer actuele actuariële grondslagen (sterftetabellen) baseerde.

De vorderingen van ECT

- 2 ECT heeft naar aanleiding van de beëindiging van de Overeenkomst en de daarop volgende gebeurtenissen drie vorderingen tegen Optas ingesteld.
- 3 Vordering I van ECT, die strekt tot schadevergoeding op te maken bij staat, berust op de volgende stellingen.
 - i Bij de onderhandelingen over het aangaan van een nieuwe overeenkomst was Optas niet bereid om indexering toe te passen over tijdens de looptijd van de overeenkomst opgebouwde aanspraken van werknemers die ten tijde van de beëindiging van de overeenkomst nog actief en bij ECT werkzaam waren, tenzij ECT een bedrag van f 19 909 342 zou bijbetalen ('indexeringspool'). Het vragen van deze bijbetaling stond Optas echter niet vrij omdat de Indexeringsregeling ook gold voor genoemde 'toekomstige ex-werknemers'.
 - ii Optas heeft aan het aangaan van een nieuwe overeenkomst met ECT verder de voorwaarde verbonden dat ECT vanwege gewijzigde tariefgrondslagen (verzwaring van de sterftetabellen) over de voorbije periode, een bedrag zou bijbetalen van 6,5% van de voorziening pensioenverplichtingen (VVV), dat is f 8 100 828. ('tariefverzwaring'). Het vragen van deze bijbetaling stond Optas echter niet vrij omdat er sprake was van een gegarandeerde tariefstelling door Optas, waardoor zij niet de bevoegdheid had om in geval van verzwaring van de sterftetabellen een aanvullende premie voor in het verleden opgebouwde aanspraken te vragen.
 - iii Door in het kader van de onderhandelingen over een nieuwe overeenkomst ten onrechte achteraf nog genoemde bijbetalingen van ECT te verlangen, heeft Optas onrechtmatig jegens ECT gehandeld, waardoor ECT schade heeft geleden omdat daardoor de Overeenkomst niet is vernieuwd en NN bij het sluiten van de overeenkomst met ECT een aanvullende koopsom van ECT heeft gevraagd.

- iv Uit het onder (i) gestelde volgt bovendien dat er sprake is van een tekortkoming van Optas in de nakoming van haar verplichtingen uit de Overeenkomst. Zij had een deel van de indexeringspool ter waarde van f 19 909 342 immers bij de waarde-overdracht aan NN moeten betrekken.
 - v Uit het feit dat Optas — zie stelling ii) — een aanvulling van 6,5% op de VVV vroeg volgt verder dat Optas niet heeft voldaan aan haar garantieverplichting om voor een toereikende VVV te zorgen; de opgebouwde aanspraken bleken door de verzwarende van de sterftetafels onvoldoende. Ook in dit opzicht is Optas tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de Overeenkomst.
- 4 Vordering II van ECT strekt tot veroordeling van Optas om aan haar te betalen f 3 073 445 en is gebaseerd op de Regeling Annuïteit.
 - 5 Vordering III van ECT strekt tot veroordeling van Optas om aan haar opgave te doen van de bedragen die haar toekomen op grond van artikel 10.1 van de Overschotregeling, op straffe van een dwangsom, en tot veroordeling van Optas om aldus opgegeven bedragen, met wettelijke rente, aan ECT te voldoen.

Het vonnis van de rechtbank

- 6 In het dictum van haar vonnis van 31 december 2003 heeft de rechtbank vordering I van ECT afgewezen. Alvorens te beslissen over ECT's vorderingen II en III, en over de proceskosten, heeft zij de zaak naar de rol verwezen voor akte uitlating door Optas.

Het hoger beroep

- 7 Optas is met twee grieven in hoger beroep gekomen van — naar zij heeft benadrukt: uitsluitend — de tussenvonnisc componenten, die de vorderingen II en III betreffen. ECT heeft daarna incidenteel appel ingesteld tegen de eindvonniscomponent, die de definitieve afwijzing van vordering I behelst (de grieven I t/m V), alsook tegen een van de tussenvonnisc componenten (grief VI, zie MvA/MvG-inc onder 77), meer in het bijzonder tegen de (bindende) beslissing van de rechtbank in verband met vordering II, dat indien de Regeling Annuïteit op voor ECT nadelige zin zou moeten worden uitgelegd, zij zich niet met vrucht kan beroepen op de redelijkheid en billijkheid.
- 8 Met de grieven over en weer worden de geschillen in volle omvang aan de beoordeling van het hof voorgelegd, met dien verstande dat ECT in hoger beroep de grondslag van haar vorderingen I en II (opnieuw) tevens heeft gezocht in ongerechtvaardigde verrijking (MvA/MvG-inc onder 49 en 71–74 en pleitnota in hoger beroep onder 39–41 en 45).

De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Principaal appel

- 9 Onder 5.14 van haar vonnis heeft de rechtbank te kennen gegeven dat daarvan hoger beroep kan worden ingesteld voordat op alle onderdelen van de vordering eindvonnis is gewezen. Tussen partijen is in confesso dat de rechtbank hiermee tussentijds hoger beroep tegen de tussenvonnisc component van haar vonnis heeft opengesteld en het hof heeft geen (klemmende) redenen om dit anders te zien. Ingevolge artikel 337 lid 2 Rv kan Optas dus in haar principaal hoger beroep worden ontvangen.

Incidenteel appel

- 10 In de visie van Optas is ECT niet-ontvankelijk in haar incidenteel hoger beroep tegen de afwijzing bij eindvonnis van vordering I omdat het niet binnen de in artikel 339 lid 1 Rv genoemde termijn van drie maanden is ingesteld. Hieraan doet het bepaalde in artikel 339 lid 3 Rv (incidenteel appel kan ook na afloop van die drie maanden-termijn worden ingesteld, maar uiterlijk bij memorie van antwoord) niet af, aldus Optas, aangezien met deze bepaling geen afbreuk is beoogd van kracht van gewijsde van het eindvonnis.
- 11 Met deze argumentatie ziet Optas over het hoofd dat een vonnis niet binnen drie maanden kracht van gewijsde krijgt wanneer daartegen nog incidenteel kan worden geappelleerd. In dat geval ontstaat kracht van gewijsde pas indien niet bij de memorie van antwoord incidenteel appel is ingesteld. Met andere woorden: de fout in de argumentatie van Optas is dat zij kracht van gewijsde uitsluitend koppelt aan de drie maanden-termijn van artikel 339 lid 1 (of 2) Rv, terwijl daarvoor ook de termijn van artikel 339 lid 3 Rv maatgevend kan zijn. Dit

laatste blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 1978 (*NJ* 1978, 693 'Theunissen/Verstappen'), waarin de beslissing is neergelegd dat incidenteel appel tegen een vonnis in reconventie mogelijk is wanneer het principaal appel tegen uitsluitend het vonnis in conventie is ingesteld, en waarin verder is overwogen dat 'de omstandigheid dat het, na het instellen van het beroep van de uitspraak alleen voor zover gewezen in conventie, geruime tijd kan duren voordat het de uitspraak, voorzover gewezen in reconventie gezag van gewijsde heeft verkregen', van onvoldoende gewicht is om tot een andere beslissing te komen. Een vergelijkbare overweging is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1965 (*NJ* 1966, 469).

- 12 Optas heeft echter ook los van de kracht/gezag van gewijsde-problematiek betoogd dat incidenteel appel tegen de eindvonnis-component van een deelvonnis niet mogelijk is wanneer, zoals in dit geval, het principaal appel — uitdrukkelijk alleen maar — is gericht tegen de tussenvonnis-component daarvan. Naar aanleiding hiervan wordt het volgende overwogen.
- 13 In zijn arrest van 19 december 1975 (*NJ* 1976, 574) heeft de Hoge Raad beslist dat incidenteel appel kan worden ingesteld tegen een tussenvonnis, ook al is het principaal appel slechts gericht tegen het eindvonnis. Als reden voor deze beslissing heeft de Hoge Raad gegeven dat 'de spreiding van dragende beslissingen over tussenvonnis en eindvonnis een min of meer toevallige is, veelal afhankelijk van het procesbeleid van de rechter' en dat 'al die beslissingen als dragende het eindoordeel, bij elkaar horen'. Deze redengeving heeft evenzeer gelding voor het zich hier voordoende, omgekeerde geval, dat het principaal appel slechts is gericht tegen het tussenvonnis en het incidenteel appel tegen het eindvonnis.
- 14 In zijn al eerder genoemde arrest van 30 juni 1978 inzake Theunissen/ Verstappen heeft de Hoge Raad de achtergrond en het doel van het incidenteel appel als volgt omschreven: Dikwijls zal een uitspraak van de rechter ook voor de partij die niet in beroep is gekomen ongunstige beslissingen inhouden. De behoefte daarvan ook harerzijds in beroep te komen kan zeer wel eerst ontstaan door het beroep der wederpartij; hetzij omdat haar belang bij een eigen beroep niet groot genoeg was, hetzij omdat de voor haar ongunstige beslissingen geen afbreuk deden aan het voor haar gunstige eindresultaat. In het bijzonder het in gevaar komen van dat gunstige eindresultaat kan haar noodzaken ook harerzijds beroep in te stellen om de strijd te hervatten ook op die punten waarop het beroep der wederpartij niet is gericht. De wetgever heeft die behoefte erkend door in de artt. 410 en 339 (Rv) de mogelijkheid te geven ook na het verstrijken van de termijn van voor beroep bij conclusie van antwoord incidenteel beroep in cassatie onderscheidelijk hoger beroep in te stellen.
De hier genoemde redenen voor incidenteel appel kunnen zich in het onderhavige geval ook hebben voorgedaan. Zo is door het beroep van Optas tegen de voor ECT (in overwegende mate) voordelige tussenbeslissingen het gevaar ontstaan dat deze worden teruggedraaid waardoor ECT zich genoodzaakt kan hebben gezien om van haar kant de voor haar ongunstige beslissing over vordering I in hoger beroep aan de orde te stellen.
- 15 Uit zijn arrest van 21 september 2007 (LJN: BA9614) valt af te leiden dat de Hoge Raad (thans) van oordeel is dat incidenteel appel reeds openstaat zodra door het principaal appel de zaak in hoger beroep in behandeling wordt genomen, zonder verdere restricties. In dit arrest heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de punten 2.44–2.51 van de conclusie van de AG, ook uitdrukkelijk gewezen op de in de rechtspraak gaandeweg steeds meer verzelfstandigde positie van het incidenteel appel. Onder 2.47 van de conclusie van de AG wordt melding gemaakt van de opvatting dat de ontwikkeling van de afgelopen decennia met betrekking tot het leerstuk van het incidenteel appel kan worden gekarakteriseerd in termen van het versterken van de positie van de incidenteel appellant. Verder is er op te wijzen dat ECT — anders dan Optas in de *MVA-inc.* onder 1, 2e volzin, heeft opgemerkt — haar incidenteel appel niet alleen heeft gericht tegen de eindvonniscomponent, maar ook tegen (een bindende beslissing in het kader van) de tussenvonniscomponent. Niet betwist is dat ECT bevoegd was om van deze tussenvonniscomponent in incidenteel appel te komen en niet valt in te zien dat zij bij dit toch al

bevoegdijk ingestelde incidenteel appel niet tevens de eindvonniscomponent zou mogen betrekken.

- 16 Aan de bevoegdheid van ECT tot het instellen van incidenteel appel tegen de eindvonniscomponent staat niet in de weg dat Optas haar principaal appel uitdrukkelijk had beperkt tot de tussenvonnis-componenten, zoals ook blijkt uit het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1965, meer in het bijzonder uit de overweging
- 'dat de bevoegdheid tot het instellen van incidenteel beroep in een dergelijk geval (principaal appel tegen toewijzing van de subsidiaire vordering, incidenteel appel tegen afwijzing van de primaire vordering, het hof) aan de oorspronkelijk eiser niet kan worden ontnomen doordat de wederpartij haar beroep (...) uitdrukkelijk beperkte tot de beslissing waarbij de subsidiaire vordering werd toegewezen.'
- 17 Het voorgaande brengt met zich dat ECT in haar incidenteel appel tegen de eindvonniscomponent kan worden ontvangen.

Vordering I

Indexeringspool

- 18 In de artikelen 0.5.2 en 0.5.3 van de Overeenkomst is het volgende bepaald.
- 0.5.2. Bij beëindiging van de overeenkomst vóór 1 januari 1998 gelden de volgende bepalingen
- a. de verzekeringen worden premievrij gemaakt (...).
- 0.5.3. Bij beëindiging van de overeenkomst per 1 januari 1998 geldt de volgende bepaling:
- De verzekeringnemer is gerechtigd de bij de verzekeraar alsdan premievrije verzekeringen bij een andere verzekeraar danwel in een eigen pensioenfonds onder te brengen.
- De onder deze overeenkomst gesloten verzekeringen worden afgekocht middels overdracht van de actuele waarde van het gesepareerde depot.
- 19 De werkingssfeer van de Indexeringsregeling van artikel 5 van de Overeenkomst strekt zich uit over, en is beperkt tot, (i) aanspraken die per 31 december 1990 premievrij, ingegaan of premievrijgesteld waren en daarna zijn gebleven (de artikelen 5.3.1 en 5.3.2) en (ii) premievrijgestelde, ingegane en premievrije aanspraken van na 31 december 1990 (artikel 5.3.3), maar dan alleen, naar luidt van de slotzinsnede van artikel 5.3.3, 'voorzover van bedoelde aanspraken sprake is geworden tijdens de looptijd van de overeenkomst'. ECT erkent (zie bijvoorbeeld MvA/MvG-inc onder 59 in fine) dat deze slotzinsnede letterlijk moet worden genomen.
- 20 De vordering van ECT terzake de 'indexeringspool' steunt op de stelling dat daaronder ook vallen haar 'toekomstige ex-werknemers', dat zijn werknemers die op 31 december 1997 nog actief waren en die daarna pas hun dienstverband bij ECT zouden beëindigen en al dan niet met pensioen zouden gaan. In dit verband twisten partijen allereerst over de vraag of Optas in haar brief van 29 mei 1997 de Overeenkomst heeft opgezegd op de voet van artikel 0.5.2, zoals ECT stelt, of op de voet van artikel 0.5.3, zoals Optas stelt. Het belang van twistpunt is, waar het gaat om de 'indexeringspool', hierin gelegen dat bij opzegging op de voet van artikel 0.5.2 alle opgebouwde premie-aanspraken van de nog actieve deelnemers premievrij werden gemaakt, waardoor zij vóór 1 januari 1998 — en, volgens ECT, dus nog tijdens de looptijd van de Overeenkomst — premievrije aanspraken hebben verkregen zoals bedoeld in de slotzinsnede van artikel 5.3.3. Zou de opzegging op de voet van artikel 0.5.3 zijn gedaan, dan zouden de aanspraken van de nog actieve werknemers niet premievrij zijn geworden voor 1 januari 1998, in welk geval de slotszinsnede van artikel 5.3.3 met zich brengt dat de Indexeringsregeling voor hen niet geldt.

- 21 Het is duidelijk dat Optas met haar brief van 29 mei 1997 te kennen heeft gegeven de Overeenkomst niet te willen verlengen onder artikel 0.5.1. Ingevolge dit artikel eindigde de Overeenkomst 'op 31 december 1997'. Het ligt bepaald niet voor de hand dat partijen voor ogen heeft gestaan om de laatste dag van het jaar buiten de verzekering te laten vallen. Dit duidt er op dat de woorden 'op 31 december 1997' in artikel 0.5.1 aldus moeten worden verstaan dat de Overeenkomst op 31 december 1997 nog wel van kracht is, maar op 1 januari 1998 niet meer. Hiervoor is bovendien een (sterke) aanwijzing te vinden in de omschrijving in artikel 0.5.1, dat de Overeenkomst 'geldt met ingang van 1 januari 1991 voor de duur van 7 jaar'.
- 22 De stelling van ECT dat onbegrijpelijk is dat de Overeenkomst, die geen tussentijdse opzeggingsclausule bevat, tussentijds kan worden beëindigd zoals artikel 0.5.2 veronderstelt, kan niet worden onderschreven. Een overeenkomst kan op meer manieren voortijdig eindigen dan alleen door tussentijdse opzegging, waarbij aantekening verdient dat in artikel 0.5.1 enkel tussentijdse opzegging door de verzekeringnemer met zoveel woorden is uitgesloten.
- 23 Hoewel dat zeker in het licht van het onder 21 en 22 overwogene op haar weg had gelegen heeft ECT niet (voldoende) concreet te bewijzen aangeboden — ook niet onder 129 MvA/MvG-inc — dat partijen destijds in artikel 0.5.1 tot uitdrukking hebben willen brengen dat bij opzegging op de voet daarvan de Overeenkomst op 31 december 1997 niet meer bestond. Haar algemene bewijsaanbod zal als niet gespecificeerd worden gepasseerd. Dit betekent dat de Overeenkomst 'per 1 januari 1998' is geëindigd, en niet 'vóór 1 januari 1998', zodat artikel 0.5.3 van toepassing is, en niet artikel 0.5.2.
- 24 Onder 26 van haar pleitnota in hoger beroep heeft ECT een stelling betrokken die er op neerkomt dat ook opzegging door Optas op basis van artikel 0.5.3 tot premievrijmaking leidt. Dit is juist maar hierbij gaat het niet om premievrijmaking tijdens de looptijd van de Overeenkomst, zoals voor toepasselijkheid van de Indexeringsregeling is vereist, maar om premievrijmaking na beëindiging daarvan ('alsdan'). Na beëindiging van de Overeenkomst hoefde, uiteraard, geen premie meer te worden betaald, terwijl de reeds opgebouwde aanspraken in stand blijven.
- 25 De conclusie van het voorgaande is dat de Indexeringsregeling niet geldt voor werknemers die op 31 december 1997 nog geen premievrije aanspraak hadden (de 'toekomstige ex-werknemers'). Er bestond dan ook geen verplichting van Optas om deze werknemers in de 'indexeringspool' op te nemen. Hierop stuiten de in rov. 3 onder (i), in verbinding met (iii), en (iv) weergegeven verwijten van ECT af. Van ongerechtvaardigde verrijking van Optas kan in dit verband geen sprake zijn nu haar 'voordeel', dat zij de Indexeringsregeling niet op de 'toekomstige ex-werknemers hoeft toe te passen, zijn rechtvaardiging vindt in de Overeenkomst, met inbegrip van die regeling. Op basis van de 'indexeringspool' is vordering I van ECT mitsdien niet toewijsbaar.

VVV en tariefverzwaring

- 26 De kern van het probleem in deze is gelegen in het vaststaande feit dat tijdens de looptijd van de Overeenkomst een verzwaring van de overeengekomen tariefgrondslagen heeft plaatsgevonden doordat in die periode de sterftetafels zijn veranderd in die zin dat de deelnemers gemiddeld op een latere leeftijd zullen komen te overlijden. Voor personen die tijdens die looptijd aanspraak op pensioen hebben verworven moet derhalve te zijner tijd (als zij 65 jaar worden) gemiddeld over een langere periode pensioen (uiteraard naar rato van de tijdens de looptijd van de Overeenkomst opgebouwde aanspraken) worden uitgekeerd dan bij het aangaan van de Overeenkomst werd aangenomen.
- 27 De VVV wordt ook wel 'premiereserve' genoemd, zoals Optas onder 5 CvD terecht, en onbestreden, heeft opgemerkt.
- 28 In artikel 9 van de Overeenkomst (Gesepareerd Beleggingsdepot) is onder meer het volgende bepaald:

9.1. Terminologie

- 9.1.1. gesepareerd beleggingsdepot
geheel van beleggingen en liquide middelen, gekoppeld aan verzekeringen

en extra reserve, betrekking hebbend op één contract (...).

(...)

9.1.4. premiereserve

de netto contante waarde van de gefinancierde aanspraken uit hoofde van krachtens de overeenkomst lopende verplichtingen plus de bij deze waarde horende zogenaamde excasso-reserve, waarbij alleen die aanspraken worden meegenomen waarvoor dit in de overeenkomst is bepaald. De contante waarde wordt bepaald op basis van de met de verzekeringnemer overeengekomen tariefgrondslagen.

9.2. Doel

9.2.1. Het gesepareerd beleggingsdepot is bedoeld als een systeem van resultatentoekening waarin de verzekeringnemer mede de asset allocation vaststelt. De waarde van het gesepareerde beleggingsdepot vertegenwoordigt de premiereserve en een additionele reserve ten aanzien van de verzekeringnemer en betreft actieve deelnemers. De premievrije, arbeidsongeschikte en gepensioneerde verzekerden zijn opgenomen in de indexeringspool van NV Optas.

9.3. Initiële inrichting

9.3.1. De verzekeraar belegt de waarde van de ingebrachte premiereserve en het aan ECT toegewezen deel van de voorziening annuïtaire premiekorting in het gesepareerd beleggingsdepot.

Uit deze bepalingen volgt dat het GBD bestaat uit de premiereserve/VVV en een additionele reserve, die kennelijk is opgebouwd uit eventuele (beleggings-)winsten. De premiereserve/VVV is de netto contante waarde van de gefinancierde aanspraken (met excasso-reserve). Wat de contante waarde, en dus de premiereserve/VVV (hierna kortweg: premiereserve of VVV) is, wordt bepaald op basis van de met de verzekeringnemer overeengekomen tariefgrondslagen (artikel 9.1.4, laatste volzin). In artikel 0.5.3, 2e volzin, van de Overeenkomst (zie rov. 18) is bepaald dat bij afkoop, zoals per 31 december 1998 aan NN heeft plaatsgevonden, de actuele waarde van het GBD wordt overgedragen.

- 29 Volgens ECT is de door Optas voor haar opgebouwde VVV onvoldoende om de extra kosten die door de in rov. 26 omschreven grondslagverzwaring zijn veroorzaakt, te kunnen bestrijden. Op Optas rustte in de visie van ECT een garantieverplichting om ervoor te zorgen dat bij het contractseinde een daarvoor toereikende VVV aanwezig was. Daartoe voert zij aan dat:
- a. op grond van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) in geval van een rechtstreekse verzekering geen risico's bij de onderneming mogen achterblijven, hetgeen betekent dat zo'n verzekeringsovereenkomst altijd een garantiecontract moet zijn;
 - b. artikel 0.5.3, 2e volzin, een toereikende VVV veronderstelt omdat anders ECT's recht op waarde-overdracht illusoir zou zijn; bij een ontoereikende VVV zou de nieuwe verzekeraar immers geen dekking hebben voor de extra kosten voor de grondslagverzwaring voor het verleden, zodat deze daarvoor een aanvullende koopprijs van de verzekeringnemer zal vragen, zoals in dit geval is gebeurd;
 - c. het van meet af aan de bedoeling was om een garantiecontract te sluiten, naar uit de totstandstandkomingsgeschiedenis van de Overeenkomst blijkt.
- 30 Optas heeft — ook in hoger beroep (bij 'ad 72' MvA-inc) — het verweer gevoerd dat van een garantiecontract zoals ECT dat kennelijk verstaat, geen sprake is geweest. Zij heeft hierbij opgemerkt dat het weliswaar gebruikelijk is dat pensioenverzekeraars voor toekomstige tariefsverzwaringen reserveren, maar dat dit niet zo is bij overeenkomsten op basis van een gesepareerd beleggingsdepot waarbij, zoals in dit geval, het rendement volledig ten gunste van de verzekeringnemer/werkgever komt (CvD onder 32).
- 31 In reactie hierop, en ter adstructie van haar in rov. 29 weergegeven stelling a), heeft ECT

gewezen op een circulaire van de Verzekeringskamer van 9 maart 2000, waarin het volgende staat vermeld, op blz. 1.

Een andere reden vormt het bestaan van verzekeringscontracten waarbij de beleggingsrisico's voor rekening van de werkgever blijven. Deze zijn volgens de PSW niet toegestaan, Immers, er mogen geen risico's bij de onderneming achterblijven. De Verzekeringskamer had de verzekeraars al in juli 1997 per circulaire hierop gewezen.

De Verzekeringskamer heeft deze circulaire (die van 9 maart 2000) doen uitgaan naar aanleiding van de wijziging van de PSW met ingang van 1 januari 2000, waarbij de wijze van financiering van pensioenregelingen is aangescherpt en het toezichtsinstrumentarium van de Verzekeringskamer aanzienlijk is uitgebreid. Van belang is echter wat onder deze wet rechtens was in de periode vóór de waarde-overdracht aan NN, waarvan de overeenkomst op 19 november 1999 is opgemaakt. Op deze periode heeft betrekking de circulaire van de Verzekeringskamer van juli 1997, waarin het volgende wordt medegedeeld.

In toenemende mate komt het voor dat pensioenfondsen en werkgevers verzekeringsovereenkomsten met verzekeraars sluiten die de door de werkgever gedane pensioentoezegging niet volledig dekken.

Daarbij doelen wij op de situatie dat bijvoorbeeld het pensioenfonds c.q. de werkgever deelt in eventuele negatieve resultaten van gesepareerd beleggingsdepot en/of in de eventuele verzekeringstechnische verliezen die voortvloeien uit de desbetreffende dekkingsportefeuille. In die gevallen draagt een pensioenfonds c.q. een werkgever die dergelijke bepalingen in de verzekeringsovereenkomst accepteert (danwel daarom verzoekt) meestal juridisch en feitelijk de risico's die voortvloeien uit de aangegane pensioenverplichtingen.
(...).

Tussen werkgevers en verzekeraars worden ook rechtstreekse verzekeringsovereenkomsten (B- en C-regelingen) gesloten zoals bedoeld in de aanhef van deze brief.

Een werkgever die dergelijke bepalingen in de verzekeringsovereenkomst accepteert (dan wel daarom verzoekt) draagt de risico's uit de aangegane pensioenverplichtingen (...) zelf. Er wordt dan door de werkgever in strijd gehandeld met de Pensioen- en Spaarfondsenwet.

Hieruit volgt dat de werkgever/verzekeringnemer jegens de verzekerden in strijd met de PSW handelt indien risico's bij hem achterblijven. In de PSW zoals die luidde tot 1 januari 2000, of in de daarop gebaseerde regelingen, staat echter niet dat het een verzekeraar verboden is om met een werkgever/verzekeringnemer een overeenkomst te sluiten die tot gevolg kan hebben dat risico's bij laatstgenoemde achterblijven.

- 32 Door Optas is wel erkend dat sprake was van een garantie dat verworven aanspraken te zijner tijd levenslang zullen worden uitbetaald. Deze garantie — die zij uitdiengarantie noemt (CvD onder 18) — gold volgens haar echter alleen zolang geen waarde-overdracht zou hebben plaatsgevonden (CvD onder 18, 20 en 27, laatste volzin). Met het oog op het pleidooi in de eerste aanleg heeft Optas een rapport van NMC Enterprise Risk d.d. 13 mei 2002 overgelegd, waarin onder meer het volgende is te lezen:

Garantiecontracten

(...)

Na premievrijmaking moeten de verzekerde aanspraken volledig gefinancierd zijn en blijven. Ingeval van onderdekking, door welke oorzaak ook, is de verzekeraar desondanks gehouden tot uitkering.

Het contract in casu

Bestudering van de bepalingen inzake de gevolgen van het contract, te vinden in artikel 0.5, leert dat deze aan de eis voldoen zoals onder 2 geformuleerd. Dit blijkt met name uit artikel 0.5.3 de eerste volzin. Daarin wordt bepaald dat er premievrijmaking plaatsvindt van de verzekeringen. Dit houdt in dat er geen risico's achterblijven bij de verzekeringnemer (werkgever).

Afwikkeling van het contract in casu

(...).

In casu wordt in artikel 0.5.3 ook bepaald dat de overdrachtswaarde zal zijn: de actuele waarde van het gesepareerd depot (tweede volzin). Als die overdrachtswaarde te weinig is om de nieuwe verzekeraar, bijvoorbeeld wegens diens ongunstiger grondslagen, in staat te stellen actuariael gelijkwaardige aanspraken te verzekeren, dan (...) moet de werkgever bijbetalen.

(...).

Als in casu de waarde-overdracht volgens de regels heeft plaatsgevonden zijn de verzekeringen daarmee vervallen. Er zijn dan geen reeds opgebouwde aanspraken meer en de garantie is niet meer aan de orde. Een claim op basis van die garantie evenmin.

- 33 In de eerste aanleg (onder 14 CvD) heeft Optas verder gesteld dat de aan NN overgedragen waarde van het GBD bestond uit de premiereserve gevormd 'conform de overeengekomen grondslagen' en de op het GBD tijdens de looptijd behaalde beleggingswinst. ECT heeft deze stelling van Optas niet betwist, en evenmin de hierin besloten liggende stelling, dat tijdens de looptijd van de overeenkomst een VVV is opgebouwd conform de overeengekomen grondslagen. Gezien artikel 9.1.4 van de overeenkomst, meer in het bijzonder de laatste zinsnede daarvan, beantwoordt een VVV die is opgebouwd 'conform de overeengekomen grondslagen', waaronder de later verouderd gebleken sterftetafels, in beginsel aan de letter van de Overeenkomst, waarbij nog komt hetgeen onder 31 in fine is overwogen.
- 34 Echter, de stelling van Optas in hoger beroep (op blz. 8 MvA-inc, uitdrukkelijk gehandhaafd bij pleidooi), dat de VVV toereikend was voor de opgebouwde aanspraken/voor de uitdiengarantie, kan niet anders worden opgevat dan dat ook in haar optiek de voor ECT opgebouwde/de over te dragen VVV voldoende moest zijn om de extra kosten die door de in rov. 26 omschreven grondslagverzwaring werden veroorzaakt, te kunnen bestrijden. Kennelijk was dit dus de bedoeling van partijen, zoals ECT heeft betoogd (zie haar in rov. 29 onder c) weergegeven stelling). Bovendien heeft Optas (onder 17 van haar pleitnota in de eerste aanleg) zelf naar voren gebracht dat bij waardeoverdracht de uitdiengarantie overgaat naar de nieuwe verzekeraar. Aangezien bij een ontoereikende VVV die nieuwe verzekeraar alleen met de waarde-overdracht zou instemmen indien de verzekeringnemer/werkgever zou bijbetalen, impliceert ook dit dat de VVV toereikend moet zijn. De in rov. 29 onder b) weergegeven stelling van ECT gaat daarom eveneens op. In dit verband dient er tevens op te worden gewezen dat Optas onder 27 CvD zelf heeft opgemerkt dat zij bij het aangaan van de Overeenkomst het risico van veroudering van de sterftetafels over de contractperiode van 7 jaar aanvaardbaar achtte. Hieruit volgt dat dit risico ook na de beëindiging van de Overeenkomst bij Optas lag.
- 35 Door tijdens de onderhandelingen bijbetaling van f 8 100 000 te vragen heeft Optas te kennen gegeven dat de VVV ontoereikend was, aldus ECT. Volgens Optas had deze gevraagde bijbetaling echter niets van doen met de uitdiengarantie, maar was zij bedoeld 'om over de in het beëindigde contract opgebouwde reserve opnieuw winstdeling te kunnen geven overeenkomstig de door ECT verlangde wijze voor de toekomst' (blz. 9/10 en 13 MvA-inc). In haar brief van 11 februari 1998 — door ECT ten pleidooie in hoger beroep overgelegd — heeft Optas onder meer het volgende aan ECT geschreven, in het kader van de onderhandelingen over een nieuwe overeenkomst:

(...)

I. Tot 1998 verworven pensioenaanspraken

a. Aanpassing grondslagen

Na affinanciering eind 1997 op basis van tijdsevenredige rechten bedragen de lasten voor aanpassing van de grondslagen (van G.B.M./V '76-'80 -1/-1 naar G.B.M./V '90-'95 -2/-2) circa 6,5% van de voorziening verzekeringsverplichtingen. (...) deze kosten (komen) in principe geheel ten laste van ECT (...).

Uit deze passage blijkt genoegzaam dat Optas bijbetaling door ECT van 6,5% van de VVV verlangde voor aanpassing van de sterftetafels (zie de AG-tafel 'G.B.M./V '76-'80 -1/-1 naar

G.B.M./V '90- '95 -2/-2') over de '(t)ot 1998 verworven pensioenaanspraken', zoals ECT heeft gesteld. Het verweer van Optas, dat het ging om een regeling voor winstdeling is hiermee — zonder nadere toelichting, die ontbreekt — niet te rijmen en zal daarom als onvoldoende onderbouwd worden gepasseerd. Bij deze stand van zaken moet als vaststaand worden beschouwd dat de bij het contractseinde voor ECT opgebouwde en bij waarde-overdracht over te dragen VVV niet toereikend was om te kunnen voldoen aan de verplichtingen uit hoofde van reeds opgebouwde aanspraken.

- 36 Het onder 34 en 35 overwogene brengt met zich dat het ervoor moet worden gehouden dat Optas is tekortgeschoten in haar verplichting uit de Overeenkomst om er zorg voor te dragen dat bij het contractseinde en de waarde-overdracht voor ECT een toereikende VVV aanwezig was. Op de in rov. 3 onder (v) weergegeven grondslag is vordering I van ECT dan ook toewijsbaar. Optas is verplicht om de uit deze contractschending voortvloeiende schade aan ECT te vergoeden. Uit onder meer punt 36 van ECT's pleitnota in hoger beroep, punt 42 MvA/MvG-inc en punten 20–22 van haar pleitnota in de eerste aanleg blijkt dat ECT schadevergoeding wenst ter grootte van het bedrag dat ten onrechte niet in haar GBD is opgenomen. Zij heeft hierbij, onder 42 van haar MvA/MvG-inc, opgemerkt dat de door haar gevorderde schadevergoeding 'als zodanig' niet ziet op het feit dat zij NN een bijbetaling heeft moeten doen. Aan de andere kant heeft ECT steeds benadrukt dat het probleem van een ontoereikende VVV is dat risico's bij haar achterblijven en dit duidt er op dat zij haar concrete schade ziet in de bij haar achtergebleven risico's die zich daadwerkelijk gerealiseerd hebben en dus in wezen op hetgeen zij heeft moeten bijbetalen. Het hof zal hier verder van uitgaan, waarbij tevens een rol speelt dat ECT in haar zojuist genoemde opmerking onder 42 MvA/MvG-inc de wat cryptische, althans relativerende woorden 'als zodanig' heeft gebruikt.
- 37 ECT heeft niet betwist dat er sprake was van een uitdiengarantie als door Optas gesteld; in de visie van ECT was alleen sprake van een verdergaande garantie, te weten een garantie die door de waardeoverdracht niet teniet ging. Partijen zijn het er dus over eens dat in de periode tot de waarde-overdracht Optas verplicht was om de opgebouwde pensioenen levenslang uit te betalen, naar Optas zelf heeft gesteld onder 16 van haar pleitnota in de eerste aanleg: premievrij en zonder bijbetaling, en mitsdien, zo concludeert het hof, voor haar rekening en risico. Hieruit volgt dat tot zover ECT geen schade kan hebben geleden. Optas heeft tijdens de onderhandelingen over de nieuwe overeenkomst wel geprobeerd de grondslagverzwaren voor het verleden op ECT af te wentelen, maar toen dat niet lukte bleef de uitdiengarantie gewoon op haar rusten. Concrete schade heeft ECT pas geleden toen zij, in het kader van de waarde-overdracht, NN moest bijbetalen voor die grondslagverzwaren over het verleden. Het hof komt dan ook tot het oordeel dat de schade van ECT bestaat uit het — op basis van objectieve (cijfermatige) gegevens vaststelbare — bedrag dat is gemoeid met de in rov. 26 omschreven verzwaren van de grondslagen tijdens de looptijd van de Overeenkomst, maar alleen voorzover ECT dat bedrag daadwerkelijk aan NN heeft (bij)betaald (zie ook rov. 47 in fine). Voorzover zij dit niet heeft hoeven doen, heeft zij geen schade geleden, omdat NN klaarblijkelijk ook in dat geval de tijdens de looptijd van de Overeenkomst opgebouwde rechten volledig heeft verzekerd tegen de actuele grondslagen. De hoogte van genoemd bedrag zal moeten worden bepaald in de schadestaatprocedure waarnaar ECT verwijzing heeft gevorderd.
- 38 Voor het geval zou moeten worden aangenomen dat Optas wel heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de Overeenkomst, zal het hof ECT's vordering I tevens op de andere daarvoor aangevoerde grondslagen beoordelen.
- 39 Bij deze beoordeling dient er — vanwege het subsidiaire karakter daarvan — vanuit te worden gegaan dat de VVV (of de waarde van het GBD) die Optas bij het contractseinde voor ECT had opgebouwd en die zij aan NN heeft overgedragen toereikend was in die zin dat zij beantwoordde aan hetgeen de Overeenkomst vergde. Uit het onder 35 overwogene blijkt evenwel dat de opgebouwde en overgedragen waarde niet voldoende was om de grondslagverzwaren die tijdens de looptijd van de Overeenkomst was opgetreden, te kunnen

- opvangen. In deze feitelijke zin was de VVV/het GBD dus ontoereikend. Tevens dient in er bij de beoordeling van de andere voor vordering I aangevoerde grondslagen van uit te worden gegaan dat er geen sprake was van een garantiecontract in de door ECT bedoelde zin, maar uitsluitend van een uitdiengarantie van Optas die na het einde van de Overeenkomst bleef doorlopen, voor haar rekening en risico, maar slechts tot aan de waarde-overdracht aan NN. Van belang is hierbij nog dat uit de eerdergenoemde opmerking van Optas dat zij bij het aangaan van de Overeenkomst het risico van veroudering van de sterftetafels over de contractperiode van 7 jaar aanvaardbaar achtte, (temeer) volgt dat dit risico na de beëindiging van de Overeenkomst, tot aan de waarde-overdracht, bij haar is blijven liggen.
- 40 Eerst zal nu worden ingegaan op de stelling van ECT — zie rov. 3 onder (ii) in verbinding met (iii) — dat Optas het aangaan van een nieuwe overeenkomst heeft geweigerd op de grond dat ECT niet wilde bijbetalen voor de grondslagverzwaring voor het verleden, hoewel het Optas niet vrijstond om daarvoor bijbetaling te verlangen.
- 41 ECT heeft de Overeenkomst laten beëindigen om reden dat zij voor een deel van haar werknemers een ander pensioenreglement wilde invoeren en deze wijziging jegens Optas slechts werking had wanneer Optas daarmee zou instemmen. Een formele opzegging van de Overeenkomst leek hiervoor de aangewezen weg (zie artikel 0.1.4, geciteerd in rov. 1.b). Optas heeft niet aangevoerd dat zij inhoudelijke bezwaren (van enige betekenis) had tegen de door ECT voorgenomen wijziging van het pensioenreglement. ECT moest wel een nieuwe verzekering voor de door haar toegezegde pensioenen zien af te sluiten. Optas kende het grote belang dat ECT hierbij had. Zojuist is overwogen dat Optas, ook na het beëindigen van de Overeenkomst, het risico van veroudering van de sterftetafels voor tijdens de looptijd van de Overeenkomst verworven aanspraken droeg. Dit risico lag tijdens de onderhandelingen in 1998 nog bij haar. Gelet op dit een en ander handelde Optas in strijd met de, uit de daaraan voorafgaande contractuele relatie tussen haar en ECT voortvloeiende, eisen van de redelijkheid en billijkheid door van ECT bijbetaling van f 8 100 000 voor evenbedoeld risico te verlangen als voorwaarde voor het aangaan van een nieuwe overeenkomst (schending van de postcontractuele goede trouw). Hieraan doet de contractsvrijheid van Optas niet af, want die vrijheid geldt niet onbepaald. Door genoemde voorwaarde aan ECT te stellen heeft Optas dus een norm jegens haar geschonden.
- 42 Indien Optas bereid zou zijn geweest om zonder bijbetaling een nieuwe overeenkomst te sluiten, zou ECT geen schade hebben geleden. Het feit dat zonder bijbetaling door ECT geen nieuwe overeenkomst tot stand heeft kunnen komen, heeft dus zelfstandig — ook wanneer Optas haar verplichtingen uit de Overeenkomst zou zijn nagekomen, zoals in dit kader is aan te nemen — tot de schade van ECT geleid.
- 43 De nieuwe overeenkomst is niet alleen niet tot stand gekomen doordat Optas bijbetaling verlangde voor de 'tariefverzwaring', maar ook omdat zij dat verlangde voor de 'indexeringspool'. Voorzover gebaseerd op de 'indexeringspool' was het verlangen van Optas echter gerechtvaardigd. Zij heeft alleen een norm jegens ECT geschonden door bijbetaling voor de 'tariefverzwaring' te eisen.
- 44 Vanwege de devolutieve werking van het incidenteel appel van ECT is door het hof in aanmerking te nemen het (in hoger beroep niet herhaalde maar ook niet prijsgegeven) verweer van Optas onder 48 CvD, inhoudende dat het causaal verband ontbreekt aangezien ECT er zelfstandig voor heeft gekozen om de onderhandelingen met Optas te beëindigen.
- 45 Mede omdat door Optas voor de 'indexeringspool' een aanmerkelijk hogere bijbetaling werd verlangd (f 19 909 342) dan voor de 'tariefverzwaring' (f 8 100 828), moet worden aangenomen dat ECT, wanneer zij alleen met de (gerechtvaardigde) eis van Optas tot bijbetaling voor de 'indexeringspool' zou zijn geconfronteerd, niet bereid was geweest om aan die eis te voldoen en dat derhalve in dat geval, als gevolg van een aan ECT toe te rekenen omstandigheid, evenmin een nieuwe overeenkomst tussen ECT en Optas tot stand zou zijn gekomen. Derhalve ontbreekt het causaal verband tussen de normschending van Optas (die alleen is gelegen in de 'tariefverzwaring') en de het feit dat geen nieuwe overeenkomst tussen ECT en Optas is

gesloten, en daarmee ook het causaal verband tussen die normschending en de schade van ECT. Op de onder 40 genoemde grondslag zou schadevordering I van ECT dan ook niet toewijsbaar zijn.

- 46 Die vordering is echter tevens gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking, waarbij het hof aantekent dat bij toepasselijkheid van deze rechtsgrond ook een verplichting tot schadevergoeding ontstaat (zie de tekst van artikel 6:212 BW).
- 47 Zoals onder 32 al is vermeld gold volgens Optas haar uitdiengarantie alleen zolang geen waarde-overdracht zou hebben plaatsgevonden; ECT had de keuze tussen waarde-overdracht aan een derde en gebruikmaking van het recht om haar opgebouwde aanspraken bij Optas te houden (MvA-inc blz. 9 bovenaan). Naar opvatting van Optas is de uitdiengarantie met de waarde-overdracht aan NN dus vervallen, terwijl deze zonder waarde-overdracht voor risico van Optas zou zijn blijven doorlopen. ECT heeft onweersproken gesteld dat na het mislukken van de onderhandelingen met Optas de overgang naar een nieuwe verzekeraar (NN) 'onvermijdelijk' was (inleidende dagvaarding onder 18) en dat NN van ECT een aanvullende premie verlangde, en in redelijkheid kon verlangen, voor tijdens de looptijd opgebouwde aanspraken in verband met gewijzigde sterftetabellen (CvR onder 23). Verder ligt in de stellingname van ECT besloten dat bij de waarde-overdracht het hele verzekeringspakket aan NN moest worden overgedragen.
- 48 Het hof constateert dat in de visie van beide partijen de onvermijdelijke overgang naar/waarde-overdracht aan NN feitelijk tot gevolg heeft gehad dat Optas van haar uitdiengarantie verlost is geraakt en dat ECT met de kosten daarvan opgezaald is geworden. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat, waar het gaat om de 'tariefverzwaring', Optas ten koste van ECT is verrijkt. Het causaal verband tussen deze verrijking en deze verarming wordt door de onder 44 genoemde stelling van Optas niet weggenomen. De Overeenkomst en de daarin opgenomen bepalingen over waarde-overdracht vormen geen rechtvaardiging voor die verrijking van Optas; uit de eerdergenoemde eigen stelling van Optas onder 27 CvD, dat zij het risico van veroudering van de sterftetafels over de contractperiode van 7 jaar aanvaardbaar achtte, volgt dat het niet de bedoeling was dat dit risico op ECT werd afgewenteld. Optas heeft niets gesteld waaruit zou zijn af te leiden dat haar verrijking (voldoende) wordt gerechtvaardigd door de waarde-overdracht zelf en ook anderszins geen specifiek op ongerechtvaardigde verrijking geënte verweren gevoerd.
- 49 De als gevolg van de ongerechtvaardigde verrijking bij ECT ontstane schade is dezelfde als de in rov. 37 genoemde schade: de verrijking van Optas wordt gevormd door het op basis van objectieve (cijfermatige) gegevens vaststelbare bedrag dat is gemoeid met de in rov. 26 omschreven verzwaring van de grondslagen tijdens de looptijd van de Overeenkomst, terwijl de verarming van ECT wordt gevormd door het bedrag dat zij daadwerkelijk aan NN heeft (bij)betaald. Voor de omvang van de schadevergoeding maakt het dus niet uit of vordering I toegewezen wordt op de in rov. 40 besproken contractuele grondslag of op basis van ongerechtvaardigde verrijking.

Vordering II

50 Deze vordering is gebaseerd de Regeling Annuïteit (artikel 11 van de Overeenkomst), die als volgt luidt.

- 11.1. Onder aandeel wordt verstaan:
Het aandeel van de verzekeringnemer in de voorziening premiekorting van Optas (...) d.d. 1 januari 1991 ad f 38 652 000 (...).
Het aandeel van de ECT bedraagt per 1 januari 1991 f 8 061 824.
- 11.2. Het aandeel wordt, zolang de verzekeringsovereenkomst met Optas (...) onverminderd voortduurt, in principe ter beschikking gesteld via een 10-jarige annuïteit ten bedrage van f 1 101 618 onder de noemer van premiekorting.
Indien de verzekeringsovereenkomst niet meer onverminderd voortduurt, eindigt het aandeel in het overschot. (...).
- 11.3. Bij beëindiging van het contract per 1 januari 1998 bedraagt de contante waarde van de

drie resterende annuïteiten (...) f 3 073 445. (...).

- 51 In de eerste aanleg heeft ECT gesteld dat het in artikel 11.3 genoemde bedrag van f 3 073 445 haar toekomt. De rechtbank heeft het voorshands oordeel uitgesproken dat de artikelen 11.2 en 11.3 van de Overeenkomst, in samenhang beschouwd, zo dienen te worden uitgelegd dat bij de beëindiging van de Overeenkomst per 1 januari 1998 het aandeel in het overschot weliswaar in die zin eindigt, dat geen verdere jaartermijnen meer ter beschikking worden gesteld, maar dat er niettemin een afrekening dient plaats te vinden door overdracht van de contante waarde van de drie resterende jaartermijnen aan, zo begrijpt het hof, ECT. Vervolgens heeft de rechtbank partijen in de gelegenheid gesteld om zich over deze uitleg nader uit te laten.
- 52 Hiermee heeft de rechtbank volgens Optas (grief 1 in het principaal appel) miskend dat artikel 11, in het bijzonder artikel 11.3, met zich brengt dat bij beëindiging van de Overeenkomst per 1 januari 1998, juist ECT aan haar het bedrag van f 3 073 445 moet betalen. Want, zo merkt Optas op: het aan ECT toegewezen deel van de voorziening annuïtaire premiekorting is bij aanvang van de Overeenkomst in het GBD van ECT opgenomen, zodat, nu is uitgegaan van een 10-jarige annuïteit en de Overeenkomst 7 jaren heeft gelopen, op 1 januari 1998 nog drie annuïteiten overbleven die aan Optas gerestitueerd moesten worden.
- 53 Als productie V bij MvG heeft Optas overgelegd de overeenkomst tussen Optas, ECT en NN, waarbij de in rov. 1.f genoemde waarde-overdracht heeft plaatsgevonden. In artikel 2 hiervan staat het volgende vermeld (onderstreping door het hof):

Vorenbedoelde overdracht van de actuele waarde van het GBD met als formele afwikkelingsdatum 31 december 1998 betekent, dat de actuele waarde per 31 december 1998 van het GBD wordt overgedragen aan NN, onder verrekening van de contante waarde van de drie resterende annuïteiten en hetgeen ECT verder aan Optas verschuldigd is (...).

De onderstreepte zinsnede uit deze passage kan moeilijk anders worden verstaan dan dat ECT de drie resterende annuïteiten aan Optas verschuldigd was. Met haar stelling, dat dit (bij het sluiten van de Overeenkomst tussen haar en Optas) niet de bedoeling was of kan zijn geweest, gaat ECT geheel voorbij aan het feit dat zij de overeenkomst waarin de zojuist geciteerde passage is opgenomen, zelf mede heeft ondertekend. Zonder nadere verklaring waarom zij haar handtekening heeft gezet onder een haars inziens onjuiste en voor haar ongunstige bepaling — welke verklaring ontbreekt — is die stelling van ECT dan ook niet begrijpelijk, weshalve zij zal worden gepasseerd. Het onder 46 weergegeven standpunt van Optas moet dan ook als juist worden aanvaard, temeer daar ook artikel 9.3.1 (geciteerd in rov. 28) daarvoor steun biedt.

- 54 ECT meent evenwel dat ook in dat geval genoemd bedrag aan haar moet toekomen. Zij betoogt daartoe dat Optas door onredelijke eisen te stellen aan vernieuwing van de Overeenkomst ECT heeft 'weggejaagd' en dat Optas als beloning hiervoor niet ook nog eens een 'douceurtje' ten bedrage van f 3 073 445 behoort te ontvangen; dat zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. In dit betoog kan ECT echter niet worden gevolgd nu, zoals hiervoor onder 45 is overwogen, het niet (alleen) op de normschending van Optas is terug te voeren dat geen nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen, zodat niet kan worden gezegd dat Optas ECT heeft 'weggejaagd'. ECT's grief VI in het incidenteel appel (zie rov. 7) gaat hierom niet op. Het eveneens in dit verband door ECT gedane beroep op ongerechtvaardigde verrijking stuit af op het feit dat de beweerde 'verrijking' van Optas door de Regeling Annuïteit is beoogd, waardoor deze niet als ongerechtvaardigd kan worden betiteld.
- 55 Grief 1 van Optas in het principaal appel treft — zo volgt uit het voorgaande — doel. Dit betekent dat vordering II van ECT zal worden afgewezen.

Vordering III

- 56 Deze vordering berust op de Overschotregeling van artikel 10 van de Overeenkomst. Voorzover hier relevant luidt dit artikel als volgt.

10.1. De verzekeraar zal de verzekeringnemers indien er bij de verzekeraar over een bepaald boekjaar sprake is van een positief resultaat (...) op de premie over dat boekjaar een (...)

- premiëkorting verlenen.
(...).
- 10.3. Premiëkorting uit hoofde van deze regeling wordt toegekend per de dag volgend op vaststelling van de jaarrekening van de verzekeraar. (...).
- 10.4. De directie heeft onder goedkeuring van de raad van commissarissen, in afwijking van het overigens in deze regeling bepaalde, de bevoegdheid om bedragen welke voor premiëkorting bestemd zijn toe te voegen aan een voorziening premiëkorting en deze over meerdere jaren verspreid, al dan niet tezamen met bedragen welke in andere jaren aan de voorziening premiëkorting zijn toegevoegd, als premiëkorting aan te wenden.
- 10.5. De verzekeraar kan het bedrag van de premiëkorting geheel of gedeeltelijk aanwenden voor de verhoging van de aanspraken van de verzekerden uit hoofde van de overeenkomst waarvoor de premiëkorting zou zijn toegekend.
- 57 Volgens ECT is tijdens de looptijd van de Overeenkomst een positief resultaat bij Optas gerealiseerd, maar heeft Optas haar niettemin — naar vaststaat — geen premiëkorting verleend. Dit vormt een tekortkoming van Optas in de nakoming van haar verplichtingen uit de Overschotregeling, aldus ECT, die benadrukt dat haar vordering III tot schadevergoeding strekt (MvA/MvG-inc onder 94).
- 58 De rechtbank heeft geoordeeld dat Optas de Overeenkomst niet is nagekomen door geen premiëkorting te verlenen en evenmin gebruik te maken van onder de in artikel 10.4 en 10.5 bedoelde bevoegdheden, zodat vordering III van ECT in beginsel toewijsbaar is. Zij heeft vervolgens Optas in de gelegenheid gesteld om bij akte onder meer de in die vordering bedoelde opgave te doen en om zich uit te laten over een door de rechtbank voorgenomen deskundigenbericht.
- 59 Met haar tweede grief in het principaal appel klaagt Optas erover dat de rechtbank er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat
- in het geval van een overschot over een boekjaar zij premiëkorting kan verlenen, maar gezien de artikelen 10.4 en 10.5 ook 'alternatief' kan beslissen om het bedrag van de premiëkorting te reserveren of aan te wenden voor de verhoging van aanspraken van de verzekerden (MvG onder 27);
 - nimmer is beslist tot het gebruikmaken van de discretionaire bevoegdheid tot premiëkorting (MvA onder 41);
 - ECT tijdens de looptijd van de Overeenkomst ook nooit een dergelijke beslissing heeft uitgelokt (MvA onder 31).
- Deze stellingname van Optas moet — ambtshalve de rechtsgrond daarvan aanvullend — aldus worden verstaan dat haars inzien sprake is van een alternatieve verbintenis als bedoeld in artikel 6:17 BW, meer in het bijzonder als een alternatieve verbintenis waarbij de keuze aan haarzelf, de schuldenaar, toekomt. Het wezenskenmerk van een alternatieve verbintenis is dat zij meer dan één prestatie tot voorwerp heeft, waaruit gekozen moet worden. Zo'n verbintenis wordt enkelvoudig door het uitbrengen van een keuze door de daartoe bevoegde (artikel 6:18 BW).
- 60 ECT betwist dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid van Optas. Ter onderbouwing hiervan wijst zij er op dat in artikel 10.1. staat dat de verzekeraar premiëkorting 'zal' verlenen (pleitnota in appel onder 55). De artikelen 10.4 en 10.5 bevatten in haar optiek niet méér dan een mogelijkheid tot afwijking van de verplichting van artikel 10.1 tot het verlenen van premiëkorting (MvA/MvG-inc onder 115). Omdat ECT er derhalve eveneens van uit gaat dat Optas een prestatie in een andere vorm dan die genoemd in artikel 10.1 zou kunnen verrichten, maar de verplichting van dit artikel wel voorop blijft stellen, moet de stellingname van ECT zo worden opgevat dat in haar visie sprake is van wat wel wordt genoemd een facultatieve verbintenis, dat wil zeggen een verbintenis die één prestatie tot voorwerp heeft (hier: die van artikel 10.1) waarvan de schuldenaar (hier: Optas) zich evenwel kan kwijten door een andere, bepaald aangeduide prestatie te verrichten (hier: die van artikel 10.4 of 10.5).
- 61 Het verschil tussen een alternatieve verbintenis en een facultatieve verbintenis wordt als volgt toegelicht op blz. 115 (bij nr. 147) van Asser-Hartkamp 4-I, 12e druk (2004).
Het onderscheid tussen een alternatieve en een facultatieve verbintenis brengt verschillende gevolgen mede. Bij de alternatieve verbintenis ter keuze van de schuldenaar kan de schuldeiser, zolang de keuze

- niet is uitgebracht, niet een der aangewezen prestaties vorderen, maar slechts alle prestaties alternatief, de een of de ander, en kan ook slechts een alternatieve veroordeling volgen. Bij de facultatieve verbintenis met keuzebevoegdheid van de schuldenaar daarentegen kan de schuldeiser slechts die prestatie vorderen welke het voorwerp der verbintenis uitmaakt en kan de rechter slechts tot die prestatie veroordelen, al kan de schuldenaar zich dan ook van zijn verplichting bevrijden door de andere (subsidiare) prestatie te verrichten.
- 62 Partijen hebben niets gesteld over hun bedoelingen bij, of over de achtergrond van, de opname van de artikelen 10.4 en 10.5 naast artikel 10.1. De vraag of hier sprake is van alternatieve verbintenissen dan wel van een facultatieve verbintenis kan het hof daarom alleen beantwoorden aan de hand van de tekst van die bepalingen.
- 63 Het bepaalde in artikel 10.4, dat het bedrag van de premiekorting kan worden opgespaard om het later voor premiekorting aan te wenden, moet naar het oordeel van het hof worden gezien als een alternatieve uitvoeringsmodaliteit van de verbintenis van artikel 10.1, in verbinding met artikel 10.3, om een premiekorting te verlenen/toe te kennen per de dag volgend op de vaststelling van de jaarrekening. Bij artikel 10.1 en artikel 10.4 gaat het dan ook om een facultatieve verbintenis.
- 64 Artikel 10.1 schrijft voor dat bij een overschot premiekorting zal worden verleend. Artikel 10.5 bepaalt dat 'het bedrag van de premiekorting' geheel of gedeeltelijk kan worden aangewend ter verhoging van de aanspraken van de verzekerden. Daarin staat niet dat 'het bedrag van het overschot' daarvoor kan worden aangewend. In artikel 10.5 wordt premiekorting dus als de primaire prestatie gezien, waarvoor in dit artikel een alternatieve uitvoeringsmodaliteit wordt geboden. Dit betekent dat ook bij artikel 10.1 en 10.5 sprake is van een facultatieve verbintenis.
- 65 Het keuzerecht dat Optas had, betrof derhalve alleen de wijze van nakoming van de op haar rustende (enkelvoudige) verbintenis van artikel 10.1. Zo een keuzerecht staat, zoals uit het onder 61 weergegeven citaat blijkt, aan een vordering van ECT op basis van dat artikel niet in de weg. De in rov. 59 onder a) genoemde stelling van Optas treft dus geen doel. Dat geldt ook voor haar daar genoemde stellingen b) en c) die immers alleen relevant hadden kunnen zijn wanneer het zou gaan om alternatieve verbintenissen (zie de artikelen 6:18 en 6:19 lid 1 BW), hetgeen niet het geval is.
- 66 Vaststaat dat Optas de op haar rustende (enkelvoudige) verbintenis van artikel 10.1 niet is nagekomen, ook niet door het verrichten van een van de prestaties van de artikelen 10.4 of 10.5. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat vordering III in beginsel toewijsbaar is. Verder onderschrijft het hof de beslissingen van de rechtbank om Optas in de gelegenheid te stellen om de verlangde opgave te doen — waarbij het hof nog opmerkt dat in deze op Optas een verzwaarde stelplicht rust als bedoeld in HR 15 december 2006 inzake NNEK/Mourik (*NJ* 2007, 203) — en om een deskundigenbericht te gelasten.
- 67 Ten aanzien van vordering III zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd en zal de zaak worden verwezen naar de rechtbank voor verdere behandeling en beslissing. De rechtbank zal daarbij zonedig op de andere verweren van Optas, waaronder haar verjaringsverweer, hebben in te gaan.

Slotom ten aanzien van de vorderingen I en II

- 68 Ten aanzien van de vorderingen I en II zal het bestreden vonnis worden vernietigd en zal, opnieuw rechtdoende, vordering I van ECT gedeeltelijk worden toegewezen — in zoverre slaagt haar incidenteel appel —, met afwijzing van het meerdere hiervan en van haar vordering II. ECT en Optas zijn ten aanzien van deze vorderingen, gezamenlijk beschouwd, ieder gedeeltelijk in het ongelijk gesteld. Daarom zullen de proceskosten worden gecompenseerd, zowel in de eerste aanleg als in het hoger beroep.
- 69 Optas heeft in haar pleitnota in hoger beroep onder 19 nog verzocht om dit arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren indien, zoals is gebeurd, ECT ontvankelijk zou worden geoordeeld in haar incidenteel appel. Ter toelichting op dit verzoek heeft Optas opgemerkt dat de desbetreffende rechtsvraag dan zonder executiegeschillen in cassatie kan worden voorgelegd. Nu dit verzoek in wezen berust op de veronderstelling dat een cassatieberoep doeltreffend zal zijn, maar volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad de kans op succes van een rechtsmiddel bij de beslissing om al dan niet een uitvoerbaar bij voorraad-verklaring uit te spreken, in de regel buiten beschouwing dient te

blijven zal — bij gebreke aan gestelde (andere) belangen van Optas bij opschorting van de tenuitvoerlegging — dat verzoek niet worden ingewilligd.

Beslissing

Het hof:

ten aanzien van de zaken over de vorderingen I en II van ECT

- vernietigt het tussen partijen op 31 december 2003 door de Rechtbank Rotterdam gewezen vonnis, en opnieuw rechtdoende;
- veroordeelt Optas om aan ECT te vergoeden de door ECT als gevolg van de in rechtsoverweging 36 omschreven tekortkoming geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met inachtneming van hetgeen onder 37 van dit arrest is overwogen;
- verklaart dit arrest wat deze veroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het door ECT meer of anders gevorderde;
- compenseert de proceskosten in de eerste aanleg en in (principaal en incidenteel) hoger beroep aldus dat ieder de eigen kosten draagt;

ten aanzien van de zaak over vordering III van ECT

- bekrachtigt het tussen partijen op 31 december 2003 door de Rechtbank Rotterdam gewezen vonnis en verwijst de zaak naar deze rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

PJ 2010/128: Procesrecht; schadeberekening; ongerechtvaardigde verrijking; OPTAS.

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	23 april 2010
Magistraten:	Mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel	Zaaknr:	08/03745
Conclusie:	-	LJN:	BL6156
Noot:	-	Roepnaam:	Optas/ETC
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2010:BL6156, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 23-04-2010; ECLI:NL:PHR:2010:BL6156, Conclusie, Hoge Raad (Civiele kamer), 19-02-2010		

Wetgang: Art. 339RV; art. 6:97 BW

Brondocument: HR, 23-04-2010, nr 08/03745

Essentie

Procesrecht; schadeberekening; ongerechtvaardigde verrijking; OPTAS.

Samenvatting

De zaak betreft uitleg van contractuele verplichtingen van pensioenverzekeraar Optas jegens verzekeringnemer/werkgever ECT in geschillen, gerezen nadat partijen geen overeenstemming bereikten over een nieuwe overeenkomst en ECT de pensioenvoorzieningen bij een andere verzekeraar onderbracht. Op voet van art. 339 RV is incidenteel beroep mogelijk tegen niet door het principaal beroep bestreken deel van het vonnis. In het principale cassatieberoep wordt erover geklaagd dat het hof uit hoofde van de overeenkomst tussen partijen heeft aangenomen dat op Optas de verplichting rustte te zorgen voor een - voor de inmiddels opgetreden grondslagverzwaring - toereikende voorziening verzekeringsverplichtingen, en dat het hof bij zijn beoordeling van ECT's subsidiaire grondslagen niet tot het oordeel had kunnen komen dat Optas door het nalaten van een en ander jegens ECT een postcontractuele norm heeft geschonden dan wel Optas daardoor ongerechtvaardigd is verrijkt. Dat kan niet tot cassatie leiden. Net als in het incidentele cassatieberoep wordt voorts geklaagd over de schadevaststelling door het hof. Ook die klachten falen. De rechter heeft vrijheid op grond van art. 6:97 BW bij het begroten van schade. Bovendien is niet bestreden dat de schade niet hoger was dan de bijbetaling aan de opvolgende verzekeraar. De opvatting dat de schadetoebrenger aldus een ongerechtvaardigd voordeel verkrijgt, is in zijn algemeenheid onjuist.

Partij(en)

Arrest

in de zaak van:

OPTAS PENSIOENEN N.V.,

gevestigd te Rotterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. R.S. Meijer,

tegen

EUROPE CONTAINER TERMINALS B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het incidentele cassatieberoep,
advocaat: mr. G. Snijders.

Uitspraak

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Optas en ECT.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 139021/HA ZA 00-1233 van de rechtbank Rotterdam van 31 december 2003,
- b. het arrest in de zaak 04/499 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 25 maart 2008.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Optas beroep in cassatie ingesteld. ECT heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Optas mede door mr. A.M. van Aerde, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt zowel in het principale als het incidentele beroep tot verwerping.

De advocaat van ECT heeft bij brief van 11 maart 2010 op de conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.

3.2 ECT heeft gevorderd Optas te veroordelen tot

- (I) vergoeding van de schade die ECT heeft geleden doordat Optas heeft geweigerd haar verplichtingen na te komen met betrekking tot de in de voor de periode van 1 januari 1991 tot 31 december 1997 tussen partijen gesloten pensioenverzekeringsovereenkomst gegarandeerde tariefstelling en de indexeringspool,
- (II) betaling van een bedrag van f 3.073.445,-- als de contante waarde van het in art. 11.1 (regeling Annuïteit) van deze overeenkomst vermelde aandeel van ECT op 31 december 1997, en
- (III) het doen van opgave van de bedragen die ECT toekomen op grond van art. 10.1 (Overschotregeling) en voldoening van de opgegeven bedragen, een en ander met rente.

Bij vonnis van 31 december 2003 heeft de rechtbank vordering (I) afgewezen en de beslissing ten aanzien van de beide andere vorderingen aangehouden. Optas is in hoger beroep gekomen met betrekking tot hetgeen de rechtbank heeft beslist ten aanzien van deze beide laatste vorderingen. ECT heeft incidenteel beroep ingesteld tegen de afwijzing van vordering (I). Het hof heeft allereerst het verweer van Optas dat ECT in haar incidenteel hoger beroep niet kan worden ontvangen verworpen. Wat vordering (I) betreft heeft het hof deze niet toewijsbaar geacht voor zover gebaseerd op de indexeringspool, doch met betrekking tot de tariefstelling geoordeeld dat Optas is tekortgeschoten in haar verplichting ervoor zorg te dragen dat bij het einde van het contract en de waardeoverdracht voor ECT een toereikende premiereserve aanwezig was, en gehouden is de daaruit voortvloeiende schade aan ECT te vergoeden (rov. 36). Het hof heeft vordering (II) afgewezen en wat vordering (III) betreft het bestreden vonnis bekrachtigd.

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

- 4.1 Onderdeel I keert zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 10 tot en met 17) dat ECT in haar incidenteel beroep kan worden ontvangen, doch tevergeefs omdat het oordeel van het hof juist is.
- 4.2 Als door een partij hoger beroep is ingesteld dat is beperkt tot een gedeelte van een vonnis, kan de wederpartij van het niet in het hoger beroep betrokken gedeelte van dat vonnis op de voet van art. 339 Rv. incidenteel beroep instellen. Uit het derde lid van deze bepaling volgt dat het incidenteel beroep ook kan worden ingesteld na afloop van de beroepstermijn. Daarbij maakt het geen verschil of het vonnis waartegen dat incidenteel beroep zich keert, een tussenvonnis of een (deel)eindvonnis is.
- 4.3 De overige onderdelen kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gelet op art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van het incidentele beroep

- 5.1 Onderdeel 1a verwijt het hof te zijn voorbijgegaan aan de subsidiaire grondslag van vordering (I) betreffende de indexeringspool.
Het onderdeel faalt, nu het hof deze grondslag in rov. 3 onder (ii) heeft vermeld en in rov. 43 heeft verworpen. Onderdeel 1b kan niet tot cassatie leiden, omdat het berust op een onjuiste lezing van het arrest. Onderdeel 1c bouwt voort op beide andere onderdelen en deelt het lot daarvan.
- 5.2 Onderdeel 2 bestrijdt de wijze waarop het hof de schadevergoeding heeft vastgesteld. Onderdeel 2a keert zich tegen rov. 36 en 37, waarin het hof heeft geoordeeld dat ECT alleen schade heeft geleden voor zover zij daadwerkelijk aan Nationale Nederlanden, de opvolgend verzekeraar, heeft moeten bijbetalen. Volgens ECT moet deze schade worden gesteld op het tekort aan reserve en mag dus worden geabstraheerd van de concrete schade die zij lijdt door het bedrag dat zij aan de opvolgend verzekeraar (Nationale Nederlanden) heeft moeten bijbetalen om rechten te scheppen op gelijke aanspraken als bij Optas bestonden. In de kern betoogt het onderdeel dat het tekort aan reserve naar objectieve maatstaven de schade van de verzekeringnemer vormt, en dat de verzekeringnemer bij de overname van de pensioenverzekering aan de opvolgende verzekeraar zal moeten bijbetalen, normaal gesproken gelijk zal zijn aan dit tekort, zodat wanneer de verzekeringnemer minder hoeft te betalen dan dit tekort, het daarin gelegen voordeel in de regel het gevolg zal zijn van kortingen die al dan niet na onderhandelingen en opofferingen van de verzekeringnemer zijn verkregen en die dus niet ten goede behoren te komen aan de schadeplichtige pensioenverzekeraar.
- 5.3 Onderdeel 2a faalt. In de eerste plaats miskent het de vrijheid die de rechter op grond van art. 6:97 BW heeft bij het begroten van de schade. In de tweede plaats bestrijdt het onderdeel niet dat de schade van ECT in het onderhavige geval niet hoger was dan het bedrag dat zij aan Nationale Nederlanden heeft moeten bijbetalen, zoals het hof ook klaarblijkelijk heeft geoordeeld, en kan ECT niet meer schadevergoeding vorderen dan op basis van de werkelijk door haar geleden schade is gerechtvaardigd. De opvatting dat de schadetoebrenger aldus een ongerechtvaardigd voordeel zou verkrijgen, kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Ten slotte valt ook niet in te zien dat het hof zijn oordeel ontoereikend of onbegrijpelijk heeft gemotiveerd.
- 5.4 Nu onderdeel 2b berust op dezelfde onjuiste uitgangspunten als onderdeel 2a, faalt het eveneens.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Optas in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ECT begroot op € 5.269,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

Kluwer Navigator documentselectie

veroordeelt ECT in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Optas begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.