

ECLI:NL:GHDHA:2015:2120

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	11-08-2015
Datum publicatie	12-08-2015
Zaaknummer	200.117.744-01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Pensioenverzekering. Verklaring voor recht onvoorwaardelijke pensioentoezegging. Niet voldaan aan onderbrengingsplicht art. 2 PSW. Afwijzing vordering pensioenverzekeraar kosten indexatie na opzegging verzekering. Geen indexeringsverplichting verzekeraar
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2015-0759 AR 2015/1503 PJ 2015/137 met annotatie van B. Degelink

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civil recht

Zaaknummer : 200.117.744/01

Zaaknummer rechtbank : 1116934 \ CV EXPL 11-8513

arrest van 11 augustus 2015

inzake

[bedrijf]

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

hierna te noemen: [appellante],

advocaat: mr. R.F. van der Ham te Vlaardingen,

tegen

SRLEV N.V.,

gevestigd te Alkmaar,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Reaal,

advocaat: mr. drs. B. van Duren-Kloppert en mr. C.M. R. Muradin te Amsterdam

Het geding

Bij exploit van 22 november 2012 is [appellante] in hoger beroep gekomen van een door de rechtbank 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Leiden (hierna: 'de kantonrechter') tussen partijen gewezen deelvonnis van 29 augustus 2012. Bij memorie van grieven heeft [appellante] vijf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft Reaal de grieven bestreden.

Vervolgens hebben partijen op 4 april 2014 de zaak doen bepleiten, [appellante] door mr. R.F. van der Ham, advocaat te Vlaardingen, en Reaal door mr. M. Kerkhof en mr. V.R.M.C. Wiertz, advocaten te Amsterdam, beide partijen aan de hand van overgelegde pleitnotities. Daarna hebben beide partijen nog een akte genomen. Ten slotte hebben partijen de laatste stukken overgelegd en is arrest gevraagd.

Door een medewerker van de griffie van het hof is in april 2015 aan de advocaten van partijen medegedeeld dat de combinatie van raadsheren voor wie het pleidooi heeft plaatsgevonden is gewijzigd (mr. Frikkee in plaats van mr. Van Coeverden). Daarbij is aangegeven dat deze nieuwe combinatie arrest zal wijzen in onderhavige zaak, tenzij partijen het op prijs stellen hun zaak opnieuw te bepleiten voor de nieuwe combinatie. Partijen hebben toen verklaard geen bezwaar te hebben tegen het wijzen van arrest door de nieuwe combinatie en van het houden van een nieuw pleidooi af te zien.

Ontvankelijkheid in hoger beroep

Het bestreden vonnis is een tussenvonnis voor zover het de vorderingen van [appellante] in reconventie betreft: ten aanzien van deze vorderingen is immers niet door een uitdrukkelijk dictum een einde gemaakt aan het geding (de zaak is aangehouden). Ten aanzien van de vorderingen van Reaal in conventie is echter wel door een uitdrukkelijk dictum een einde gemaakt aan een deel van het geding (in het dictum zijn drie verklaringen voor recht toegewezen). Het bestreden vonnis is dus een gedeeltelijk eindvonnis, en dat betekent dat tussentijds beroep tegen dit vonnis – ook wat betreft het

interlocutoire gedeelte – mogelijk is (HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051). [appellante] is ontvankelijk in haar hoger beroep.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in het vonnis van 29 augustus 2012 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan.

2. Het gaat in deze zaak om het volgende:

2.1. Reaal is de rechtsopvolger van Zürich Leven.

2.2. [appellante] heeft haar werknemers met ingang van 1 januari 1987 een pensioen toegezegd (hierna: de pensioentoezegging) overeenkomstig het pensioenreglement behorende bij de Zürich Leven-Pensioenregeling IBK (hierna: het pensioenreglement). In dit pensioenreglement is opgenomen:

"Artikel 12 Indexering

De ingegane en premievrije pensioenen zullen jaarlijks op 1 januari worden verhoogd op basis van de loontrend over het afgelopen jaar, zoals vastgesteld door het Bpf. (...)

Artikel 18 Wijziging en beëindiging van de pensioen- resp. overbruggingsregeling

De werkgever kan deze pensioen- resp. overbruggingsregeling wijzigen of beëindigen:

a. als de financieel-economische situatie van het bedrijf van de werkgever zulks noodzakelijk maakt;

b. als nieuwe wettelijke pensioenvoorzieningen worden ingevoerd, die geacht kunnen worden in de plaats van deze pensioen- resp. overbruggingsregeling te treden;

c. indien er van overheidswege dwingende voorschriften met betrekking tot de pensioenregeling van kracht worden (...)

d. in geval van wijzigingen in de sociale verzekeringswetgeving.

In bovengenoemde gevallen zal de deelnemer onmiddellijk hierover worden ingelicht. Gefinancierde rechten zullen echter nimmer worden aangetast. (...)"

2.3. Aan een aantal werknemers is tevens een aanvullende pensioenregeling toegezegd, de excedentregeling. In artikel 7 van de excedentregeling (met contractnummer 5044) is opgenomen dat artikel 12 van het pensioenreglement (de indexering) op de excedentregeling niet van toepassing is.

2.4. Ter uitvoering van het pensioenreglement en de excedentregeling heeft [appellante] als verzekeringnemer een collectieve verzekeringsovereenkomst gesloten met Zürich Leven op 29 juni 1994, onder contractnummer 5043 (hierna: de Collectieve Verzekeringsovereenkomst). Hierin is onder meer opgenomen:

"Artikel 1. Strekking van de overeenkomst

1. De verzekeringnemer verbindt zich gedurende de looptijd van de overeenkomst, ter uitvoering van zijn toezegging omtrent pensioen (...), verzekeringen aan te gaan en in stand te houden bij Zürich Leven. Bij het tot stand komen van deze overeenkomst geldt het (...) pensioenreglement van de verzekeringnemer behorende bij de Zürich Leven- Pensioenregeling IBK. Dit pensioenreglement maakt deel uit van deze overeenkomst (...). Het (...) kan zonder voorafgaande kennisgeving aan Zürich Leven niet worden gewijzigd. (...)

Artikel 11. Duur, Wijziging en Beëindiging van de overeenkomst.

1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor de periode beginnende op 1 januari 1987 en eindigende op 31 december 1996. (...)

2. Na beëindiging van de overeenkomst zullen de verzekeringen (...) worden premievrij gemaakt, tenzij de verzekeringnemer gebruik maakt van het recht van afkoop zoals omschreven in X van de bij deze overeenkomst behorende Uitvoeringsbepalingen."

2.5. In de bij de Collectieve Verzekeringsovereenkomst behorende uitvoeringsbepalingen is opgenomen:

"(...) III. Betaling van koopsommen en premies

1. Op de ingangsdatum van de pensioenverzekering en vervolgens op iedere prolongatiedatum wordt de koopsom vastgesteld voor het in dat jaar in te kopen:

- ouderdomspensioen voor mannelijke en vrouwelijke deelnemers;*
- weduwen-/partner- en wezenpensioen voor mannelijke deelnemers;*
- weduwnaars-/partner- en wezenpensioen voor vrouwelijke deelnemers. (...)*

IX Beëindiging van de premiebetaling; beëindiging van de overeenkomst (...)

2. Na beëindiging van de overeenkomst, zonder dat deze wordt verlengd, zullen de verzekeringen worden premievrij gemaakt.(...)

X Afkoop na beëindiging van de overeenkomst

1. De verzekeringnemer heeft (...) uitsluitend aan het einde van de contractperiode het recht te verlangen dat de premiereserve waarvan [appellante] B.V. verzekeringnemer is, zal worden overgedragen aan een andere risicodrager. (...)"

2.6. Daarnaast is tussen partijen een depotovereenkomst van kracht geworden (hierna: de Depotovereenkomst). Hierin is onder meer bepaald:

"Artikel 1 Depotrekening (...)

1.1. Zürich Leven opent in haar boeken een rentedragende depotrekening ten name van de verzekeringnemer. (...)

1.3. Op de in artikel 1. genoemde depotrekening wordt gedebiteerd: (...)

b. de door de verzekeringnemer verschuldigde bedragen uit hoofde van artikel 2 van deze overeenkomst. (...)

Artikel 2 Besteding

2.1. Het saldo van de in artikel 1 bedoelde depotrekening dient uitsluitend ter financiering van de verhoging van de pensioenen conform artikel 12 en voor de affinanciering van de pensioenen bij uitdiensttreding conform artikel 16 lid 2 (van het pensioenreglement, toevoeging hof). (...)

Artikel 4 Bijzondere bepalingen met betrekking tot het depot-saldo

De verzekeringnemer zal ervoor zorgdragen dat het saldo van het depot minimaal f 25.000,00 bedraagt. Indien het saldo onder de f 25.000,00 komt, zal voor het ontstane tekort een aparte nota in rekening worden gebracht. (...)

Artikel 5 Duur van de depot-overeenkomst

5.1 Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode beginnend op 1 januari 1997 en eindigend op het tijdstip waarop de hoofdovereenkomst wordt beëindigd. Zij wordt telkens voor dezelfde termijn verlengd als waarvoor de hoofdovereenkomst wordt verlengd.

5.2 Indien de hoofdovereenkomst of de depot-overeenkomst wordt beëindigd zonder dat deze wordt verlengd, zullen de verzekeringnemer en Zürich Leven in overleg treden teneinde vast te stellen op welke wijze het op dat tijdstip aanwezige saldo van de depotrekening zal worden aangewend, binnen het kader van de in artikel 2 vermelde toegestane besteding".

Artikel 6 Slotbepaling

Deze depot-overeenkomst is niet van toepassing op de verzekeringen die worden geadministreerd onder (contract-)nummer 5044. "

- 2.7. De Collectieve Verzekeringsovereenkomst is door [appellante] bij brief van 25 juni 2004 opgezegd per 31 december 2004. De werknemers van [appellante] zijn per 1 januari 2005 gaan deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouw- en Nijverheid (hierna: Bpf). Overdracht van de bij Reaal opgebouwde pensioenaanspraken naar het Bpf heeft niet plaatsgevonden.
- 2.8. Na beëindiging van de Collectieve Verzekeringsovereenkomst heeft Reaal tot en met het jaar 2006 de ingegane en premievrije pensioenaanspraken geïndexeerd. Voor indexatie voor de jaren 2007 tot en met 2010 was het saldo op de depot-rekening ontoereikend. Reaal heeft in verband daarmee aan [appellante] nota's verstuurd, in totaal voor een bedrag van € 95.959,68. Toen betaling daarvan uitbleef heeft Reaal in eerste instantie aan de gewezen deelnemers en de gepensioneerden te kennen gegeven dat hun pensioenaanspraken met ingang van 1 januari 2007 niet (geheel) zouden worden geïndexeerd.
- 2.9. Tegen deze beslissing van Reaal is een klacht ingediend bij de Ombudsman Pensioenen (hierna: de Ombudsman), resulterend in een advies van 30 juni 2010. In dit advies concludeert de Ombudsman dat artikel 12 van het pensioenreglement een onvoorwaardelijke indexatietoezegging inhoudt en adviseert hij Reaal de premievrije en ingegane pensioenen met terugwerkende kracht te indexeren en de kosten hiervan in rekening te brengen bij de werkgever. Onderdeel van dit advies is een advies van prof. dr. E. Lutjens van het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Deze concludeert dat sprake is van een onvoorwaardelijke indexeringstoezegging, dat de verzekeraar daar jegens de begunstigten aan is gebonden en ook dat uit de depotovereenkomst een aanvullende financieringsplicht volgt voor de werkgever.
- 2.10. Na het advies van de Ombudsman heeft Reaal de pensioenen over 2007 tot en met 2010 alsnog met terugwerkende kracht geïndexeerd.
- 2.11. [appellante] heeft een bedrag van € 13.106,06 aan Reaal betaald. Met betrekking tot deze betaling heeft zij in een brief van 20 mei 2010 aan Reaal geschreven:
- "(...) Wij verzoeken u ons te informeren over de samenstelling van de tot en met 2005 berekende koopsommen voor de indexatie van slapers- en ingegane pensioenen. Deze week zullen wij een bedrag van € 13.106,06 voldoen (...) waarmee wij de koopsommen tot en met de indexatie tot en met het jaar 2007 hebben voldaan en waarmee ook het overeengekomen bufferbedrag van € 11.344,51 wordt geëffectueerd. Wij gaan er van uit, dat de te betalen koopsommen voor de indexatie voor de jaren 2008, 2009 en 2010, gecompenseerd worden door de p.m.-posten op het overzicht. (...)"*
- 2.12. Tegen de achtergrond van voormelde feiten vorderde Reaal in eerste aanleg in conventie, na vermindering van eis, voor zover mogelijk bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:
- verklaring voor recht dat
 - artikel 12 van het pensioenreglement een zelfstandige indexeringstoezegging bevat van [appellante] aan de pensioengerechtigden en gewezen deelnemers,
 - [appellante] gehouden is de kosten voor de koopsommen ten behoeve van deze indexering aan Reaal te betalen en
 - de ingegane en premievrije pensioenen over de periode 2007 tot en met 2010 geïndexeerd zijn en
 - [appellante] hiervoor aan Reaal een betaling verschuldigd is;
 - betaling van een bedrag van € 54.002,76, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 16 september 2010.

c. veroordeling van [appellante] in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum van het vonnis.

2.13. [appellante] vorderde in eerste aanleg in reconventie, na vermindering van eis, primair veroordeling van Reaal tot (terug)betaling van:

- a. een bedrag van € 13.106,06, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 juni 2010;
- b. betaalde koopsommen voor indexatie van het excedentenpensioen vanaf 1994, althans gelden die daarvoor aan de depotrekening vanaf 1997 zijn onttrokken, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente.

Subsidiair vorderde [appellante] schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente.

2.14. De kantonrechter heeft in het deelvonnis van 29 augustus 2012 verklaard voor recht dat:

- i) artikel 12 van het Pensioenreglement een zelfstandige indexeringstoezegging bevat van [appellante] aan de pensioengerechtigden en gewezen deelnemers;
- ii) [appellante] gehouden is de kosten voor de koopsommen ten behoeve van deze indexering aan Reaal te betalen;
- iii) de ingegane en premievrije pensioenen over de periode 2007 tot en met 2010 geïndexeerd zijn.

2.15. Beide partijen zijn door de kantonrechter in de gelegenheid gesteld om na het deelvonnis aktes te nemen met betrekking tot de hoogte van de vordering van Reaal alsmede met betrekking tot de bedragen die Reaal sinds 1 januari 1994 aan koopsommen bij [appellante] in rekening heeft gebracht in verband met de indexatie van de excedentenpensioenen en welke bedragen zij sinds 1 januari 1997 aan de depotrekening heeft onttrokken voor indexatie van deze pensioenen.

3.1. De eerste grief van [appellante] tegen het deelvonnis van 29 augustus 2012 richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat er een wettelijke betalingsverplichting geldt voor [appellante] jegens Reaal, ook al ontbreekt de contractuele basis. Hiermee heeft de kantonrechter het fundamentele beginsel van contractsvrijheid miskend, aldus [appellante]. Grief 2 bestrijdt het oordeel van de kantonrechter dat Reaal een belang heeft bij de verklaring voor recht dat [appellante] een onvoorwaardelijke indexatieverplichting heeft jegens haar (ex-) werknemers. Grieven 3 en 4 bestrijden het oordeel van de kantonrechter dat er een onvoorwaardelijke indexatieverplichting bestaat voor [appellante] jegens haar (ex-) werknemers. Grief 5 richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat [appellante] er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat zij na het einde van de verzekeringsovereenkomst geen kosten meer verschuldigd zou zijn voor indexatie. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.2. Op de onderhavige zaak is de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) van toepassing, die per 1 januari 2007 is vervangen door de Pensioenwet. Niet in geschil is dat [appellante] de Collectieve Verzekeringsovereenkomst met Reaal heeft opgezegd per 31 december 2004. Geen grief is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat als gevolg daarvan ook de Depotovereenkomst is geëindigd. Evenmin is in geschil dat de werknemers van [appellante] per 1 januari 2005 zijn gaan deelnemen aan het Bpf en dat de overdracht van de bij Reaal opgebouwde pensioenaanspraken over de periode tot 1 januari 2005 naar het Bpf niet heeft plaatsgevonden. Er is ook geen grief gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de ingegane en premievrije pensioenen over de periode 2007 tot en met 2010 geïndexeerd zijn.

3.3. [appellante] stelt zich op het standpunt dat het feit dat de werknemers per 1 januari 2005 volledig zijn gaan deelnemen aan de pensioenregeling van Bpf Bouw, betekent dat het pensioenreglement (tussen [appellante] en de deelnemers) is beëindigd. Het hof is echter van oordeel dat geen sprake is van een regeling die *in de plaats is gekomen* van de pensioenregeling tussen [appellante] en haar (ex-)werknemers ten aanzien van de pensioenrechten die zijn

opgebouwd tot 1 januari 2005, aangezien geen waarde-overdracht van die pensioenrechten heeft plaatsgevonden. Deze opgebouwde pensioenrechten zijn achtergebleven bij Reaal als pensioenverzekeraar. Andere argumenten waarom (delen van) pensioenreglement zouden zijn beëindigd als gevolg van het feit dat [appellante] de Collectieve Verzekeringsovereenkomst met Reaal heeft beëindigd, heeft [appellante] niet aangevoerd. Het pensioenreglement tussen [appellante] en de deelnemers is dan ook niet geëindigd.

- 3.4. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter voorts met juistheid geoordeeld dat het toepasselijke pensioenreglement de pensioentoezegging bevat die [appellante] aan haar werknemers bij indiensttreding heeft gedaan en dat dit reglement ook na de overgang van de actieve deelnemers naar het Bpf en beëindiging van de Collectieve Verzekeringsovereenkomst aan de (ex)werknemers recht geeft op indexatie van tot die overgang opgebouwde pensioenaanspraken. Aan het in artikel 12 van het pensioenreglement vervatte recht op indexatie van ingegane en premievrije pensioenen zijn immers geen voorwaarden verbonden, niet voor wat betreft de beschikbare financieringen en ook niet met betrekking tot de periode waarin aanspraak kan worden gemaakt. De enige voorwaarde die aan de indexering van de pensioenen is verbonden, is de voorwaarde van artikel 12 van het pensioenreglement, te weten dat de pensioenen jaarlijks op 1 januari worden verhoogd 'op basis van de loontrend over het afgelopen jaar, zoals vastgesteld door het Bpf'. Dit betekent dat op het moment dat het Bpf een hogere loontrend vaststelt, de pensioenen dienovereenkomstig moeten worden geïndexeerd. Zoals door prof. Dr. E. Lutjens op 30 juni 2010 ook is geadviseerd aan de Ombudsman Pensioenen, is het hof met de kantonrechter van oordeel dat artikel 12 van het pensioenreglement een onvoorwaardelijke indexatietoezegging inhoudt.
- 3.5. Uit artikel 2 PSW vloeit de wettelijke verplichting voort voor de werkgever die aan werknemers een pensioentoezegging heeft gedaan, om het pensioenvermogen buiten het ondernemingsrisico te brengen (de zogenaamde onderbrengingsplicht). De werkgever moet aan deze verplichting voldoen door het sluiten en in stand houden van een uitvoeringsovereenkomst met een toegestane pensioenuitvoerder, zolang er sprake is van verwerving van pensioenaanspraken. De pensioenverzekering onderscheidt zich van andere verzekeringsovereenkomsten juist vanwege deze wettelijke onderbrengingsplicht en het gegeven dat door het doen van pensioentoezeggingen en de – verplichte – onderbrenging van die toezegging bij een pensioenuitvoerder/verzekeraar, een driehoeksrelatie ontstaat tussen werkgever, (ex-) werknemer en pensioenverzekeraar. Het hof is van oordeel dat een pensioenovereenkomst niet is 'uitgewerkt' bij het ingaan van het pensioen en/of het stoppen van premiebetalingen, maar pas bij het stoppen van de betalingen van de pensioenuitkering (zie ook A-G Timmerman in ECLI:NL:PHR:2013:CA0566, 5.11).
- 3.6. Het stond en staat [appellante] uiteraard vrij om naar een andere verzekeraar of pensioenuitvoerder over te stappen, maar uitgangspunt daarbij is dat [appellante] wel dient te voldoen aan haar wettelijke onderbrengingsplicht die voortvloeit uit artikel 2 PSW. Dit heeft zij niet gedaan, door de tot 1 januari 2005 opgebouwde pensioenaanspraken waarop een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting rust achter te laten bij Reaal. Het hof is dan ook van oordeel dat de kantonrechter tegen de achtergrond van deze onderbrengingsplicht terecht heeft geoordeeld dat, aangezien geen waardeoverdracht heeft plaatsgevonden naar het Bpf van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken en [appellante] de pensioentoezegging voor wat betreft de indexatie van de opgebouwde aanspraken ook niet bij een andere pensioenuitvoerder heeft ondergebracht, de pensioentoezegging van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken (inclusief onvoorwaardelijke indexering) feitelijk ondergebracht is gebleven bij Reaal.
- 3.7. Het standpunt van [appellante] dat zij, met de betaling van de verzekeringspremies en de stortingen in het depot in het verleden, de kosten voor toekomstige indexeringen reeds heeft voldaan, vindt naar het oordeel van het hof geen steun in de tussen partijen gesloten overeenkomsten, in het bijzonder de Depotovereenkomst. Daarin is immers overeengekomen (artikel 2) dat het saldo van de depotrekening is bedoeld ter financiering van de indexeringen als

bedoeld in artikel 12. Daarnaast is overeengekomen (artikel 4) dat [appellante] dient zorg te dragen dat het saldo van het depot minimaal NLG 25.000,00 bedraagt. Niet valt in te zien dat voor deze afspraken een andere reden was dan de reden die Reaal heeft gesteld, te weten dat het lastig was om in te schatten wat de jaarlijkse kosten van de indexatie zouden bedragen, omdat de mate van indexatie afhankelijk was van indexatie door het Bedrijfstak Pensioenfonds. Het hof sluit zich dan ook aan bij de conclusie van Prof. Lutjens, die heeft geadviseerd aan de Ombudsman Pensioenen dat uit de Depotovereenkomst een aanvullende financieringsverplichting volgt voor [appellante] voor (toekomstige) indexaties.

- 3.8. Echter, zowel de Collectieve Verzekeringsovereenkomst als ook de Depotovereenkomst zijn geëindigd als gevolg van de opzegging door [appellante]. Noch in de Collectieve Verzekeringsovereenkomst, noch in de Depotovereenkomst zijn betalingsverplichtingen voor [appellante] opgenomen voor de periode na beëindiging van deze verzekeringsovereenkomsten. [appellante] heeft in dit verband terecht gewezen op artikel 11 lid 2 van de Collectieve Verzekeringsovereenkomst en artikel IX lid 2 van de Uitvoeringsbepalingen, waarin is bepaald: *“Na beëindiging van de overeenkomst, zonder dat deze wordt verlengd, zullen de verzekeringen worden premievrij gemaakt.”* Deze bepaling is naar het oordeel van het hof niet voor tweeërlei uitleg vatbaar. Daartegenover staat dat niet gesteld noch gebleken is dat partijen zich hebben gerealiseerd dat zich de situatie zou kunnen voordoen dat de overeenkomst weliswaar zou worden beëindigd door opzegging, maar de opgebouwde pensioenaanspraken – met een toekomstige onvoorwaardelijke indexatie-verplichting, waarvan de hoogte nog niet vaststond en afhing van de besluiten van een derde partij, het bedrijfstakpensioenfonds – na de opzegging zouden achterblijven bij Reaal als verzekeraar, laat staan dat zij daarover afspraken hebben gemaakt.
- 3.9. De vraag is of het voorgaande dient te leiden tot toewijzing van de onderhavige vordering van Reaal, die verband houdt met de kosten voor indexering van de pensioenen over de jaren vanaf 2007. De systematiek van de PSW en de Regelen PSW is aldus, dat de verantwoordelijkheid voor de onderbrenging van de pensioenovereenkomst en de correcte naleving daarvan is neergelegd bij de werkgever, evenals de informatieplicht met betrekking tot premieachterstanden. Ook de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het pensioenreglement (de schriftelijke pensioentoezegging ex artikel 2 lid 1 PSW) ligt onder de PSW bij de werkgever. Indien een werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst niet nakomt, kan hij daar door de werknemer op worden aangesproken, waarbij de werknemer kan verlangen dat alsnog nakoming van de overeenkomst door middel van correcte onderbrenging plaatsvindt. Artikel 2 lid 1 jo. lid 5 PSW schept een verplichting voor [appellante] jegens haar (ex-)werknemers, waarvoor de betrokken deelnemers [appellante] rechtstreeks dienen aan te spreken. De pensioenverzekeraar (Reaal) is niet aansprakelijk voor betalingsverzuimen van de verzekeringsnemer ([appellante]), zo volgt uit artikel 4 lid 2 Regelen PSW. Voorts heeft de pensioenverzekeraar de mogelijkheid om de pensioenverzekering te laten vervallen c.q. premievrij te maken (in casu: de pensioenuitkeringen niet te indexeren) indien de werkgever de premie niet betaalt (artikel 3a lid 4 PSW jo. artikel 12 van de Regelen PSW).
- 3.10. Tegen de achtergrond van deze wettelijke regeling kan niet geoordeeld worden dat Reaal op grond van de PSW en de Regelen PSW verplicht was om de pensioenen te indexeren. Dat Reaal is overgegaan tot indexering van de pensioenen na het – niet bindende – advies van de Ombudsman Pensioenen van 30 juni 2010, kan dan ook niet aan [appellante] worden tegengeworpen.
- 3.11. De omstandigheid dat [appellante] zich tot 2007 niet heeft verzet tegen gebruik door Reaal van de middelen uit het depot of financiering van de indexaties en het gegeven dat [appellante] aan Reaal een betaling van € 13.106,06 heeft gedaan ter financiering van de door Reaal uitgevoerde indexaties ten aanzien van gewezen en gepensioneerde deelnemers voor de jaren tot en met 2007, kan zonder bijkomende feiten en omstandigheden, die gesteld noch gebleken zijn, niet leiden tot de conclusie dat [appellante] daarmee de verschuldigheid van kosten van toekomstige

indexaties heeft erkend. De daartoe strekkende facturen heeft [appellante] ook niet voldaan.

- 3.12. De brief van 20 mei 2010, waarin [appellante] de betaling van het bedrag van € 13.106,06 aankondigt, kan ook niet worden beschouwd als een erkenning van de verschuldigdheid van toekomstige facturen, aangezien in die brief expliciet is vermeld: "*B.V. heeft u herhaaldelijk aangegeven dat zij aan haar betalingsverplichtingen heeft voldaan en wij zien geen aanleiding om af te wijken van dit standpunt. Wij gaan niet akkoord met het separaat voeren van de indexatie van de opgebouwde pensioenaanspraken van de gewezen deelnemers en de indexatie van de ingegane pensioenen van gepensioneerden.*" Anders dan Reaal stelt, blijkt ook niet uit de bij dagvaarding in eerste aanleg overgelegde correspondentie tussen Reaal en [appellante] (producties 6 t/m 8) dat beide partijen meenden dat hun onderlinge financieringsafspraken over indexatie nog steeds van kracht waren.
- 3.13. Andere argumenten waarom [appellante] de door Reaal gemaakte kosten voor indexatie over de jaren 2007 t/m 2010 dient te dragen zijn door Reaal niet aangevoerd. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat Reaal de door haar gemaakte kosten niet op [appellante] kan verhalen.
- 3.14. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat grief 1 slaagt. Grieven 3 en 4 falen. Ten aanzien van grief 2 is het hof van oordeel, dat ondanks het slagen van grief 1 Reaal toch een belang kan hebben bij de door haar gevraagde verklaring voor recht dat sprake is van een onvoorwaardelijke pensioentoezegging. In dit verband heeft Reaal er onder meer op gewezen dat zij als pensioenuitvoerder de (achtergebleven) ingegane en premievrije pensioenen van de (gewezen) werknemers van [appellante] nog altijd beheert en tevens de in het pensioenreglement overeengekomen pensioenuitkeringen en de jaarlijkse indexatie verzorgt. Dit betekent dat grief 2 eveneens faalt. Grief 5 behoeft, gelet op het slagen van grief 1, geen verdere bespreking meer.
- 3.15. Het bestreden deelvonnis, voor zover aan het oordeel van het hof voorgelegd, kan niet in stand kan blijven voor wat betreft het oordeel van de kantonrechter dat [appellante] gehouden is de koopsommen ten behoeve van de indexering aan Reaal te betalen.
- 3.16. In de omstandigheid dat beide partijen gedeeltelijk in het (on)gelijk zijn gesteld, ziet het hof aanleiding de kosten van het hoger beroep te compenseren, in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt .
- 3.17. Het is aan de meest gereede partij om de zaak weer op te brengen bij de rechtbank Den Haag, sector kanton, locatie Leiden, teneinde voort te procederen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden deelvonnis voor wat betreft het oordeel dat [appellante] gehouden is de koopsommen ten behoeve van de indexering aan Reaal te betalen;
- bekrachtigt het deelvonnis voor het overige;
- compenseert de kosten van het hoger beroep in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.J. Frikkee, V. Disselkoen en J. Trap en is uitgesproken ter openbare

terechtzing van 11 augustus 2015 in aanwezigheid van de griffier. De uitspraak is bij afwezigheid van mrs. Frikkee, Disselkoen en Trap ondertekend door de raadsheer mr. S. Mellema.