

ECLI:NL:GHARL:2016:3984

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 24-05-2016

Datum publicatie 06-06-2016

Zaaknummer 200.114.076/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Pensioenpremies. Werkgever wijzigt pensioenverzekering onder vigeur PSW, waarbij de “slapers” bij de oude pensioenverzekeraar achterblijven. Geschil over wie de kosten van de indexering – die volgt uit het toepasselijke pensioenreglement - moet betalen. Hof oordeelt dat de verrekeningsbevoegdheden uit de oude pensioenverzekeringsovereenkomsten in stand zijn gebleven. De premieachterstand komt ook na de wijziging van de overeenkomst nog voor rekening van de werkgever. Dat de pensioenovereenkomsten van de slapers premievrij zijn gemaakt, doet hier niet aan af.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

AR-Updates.nl 2016-0646

AR 2016/1582

PJ 2016/103 met annotatie van E. Lutjens

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.114.076/01

(zaaknummer rechtbank Groningen 512992 CV EXPL 11-9695)

arrest van 24 mei 2016

in de zaak van

B&S International B.V.,

gevestigd te Delfzijl,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,

hierna: **B&S**,

advocaat: mr. R.J.G. Veugelers, kantoorhoudend te Vlaardingen, die ook heeft gepleit,

tegen

ASR Levensverzekering N.V.,

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie,

hierna: **ASR**,

advocaat: mr. M.W. Minnaard, kantoorhoudend te Amsterdam, die ook heeft gepleit.

1 Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het comparitievonniss d.d. 20 oktober 2011 en het eindvonniss van 24 mei 2012 van de rechtbank Groningen, sector kanton, locatie Groningen (hierna: de kantonrechter).

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 20 augustus 2012;
- de memorie van grieven d.d. 12 maart 2013 (met producties), tevens bevattende een vermeerdering van eis;
- de memorie van antwoord van ASR, tevens van grieven in incidenteel hoger beroep, eveneens bevattende een wijziging van eis d.d. 8 juli 2014;
- een akte van B&S houdende uitlating wijziging van eis d.d. 22 juli 2014;
- de memorie van antwoord van B&S in incidenteel hoger beroep d.d. 11 november 2014;
- het gehouden pleidooi d.d. 10 februari 2015 waarbij pleitnotities zijn overgelegd en ter gelegenheid waarvan ASR nog bij akte enige producties in het geding heeft gebracht.

2.2 Na afloop van het pleidooi heeft het hof arrest bepaald.

2.3 In appel vordert B&S de vernietiging van het vonnis van 24 mei 2012 en dat het hof, opnieuw rechtdoende bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

I de vorderingen van ASR afwijst;

II ASR veroordeelt tot terugbetaling van het door B&S naar aanleiding van het vonnis van de kantonrechter aan ASR betaalde bedrag van € 63.488,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf 3 juli 2012 tot aan de dag van volledige betaling;

III ASR veroordeelt tot het herberekenen van de waarde van het beleggingsdepot behorende bij de Verzekeringsovereenkomst, waarbij het tekort dat onder enig voorgaand contract is ontstaan, niet in mindering mag worden gebracht op de waarde van het beleggingsdepot;

IV ASR veroordeelt om op basis van de waarde van het depot, zoals berekend conform het onder III gestelde, toeslagen toe te kennen aan de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigde, zijnde ex-werknemers van B&S;

V ASR zal veroordelen in de kosten van de gevoerde procedures in conventie en in reconventie, zowel in eerste instantie als in hoger beroep inclusief nakosten.

2.4 In incidenteel appel heeft ASR gevorderd dat het hof, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van 24 mei 2012 tussen ASR als eiseres en B&S als gedaagde geweest, gedeeltelijk vernietigt voor wat betreft de beslissing dat de verklaring voor recht aangaande de toekomstige indexaties moet worden afgewezen, het vonnis voor het overige in stand laat en voorts, opnieuw rechtdoende, de vordering van ASR, zoals gewijzigd in hoger beroep in haar geheel toewijst en B&S veroordeelt in de kosten van de procedure in beide instanties.

De gewijzigde vordering luidt, dat het hof, bij arrest,

I zal verklaren voor recht, dat de gewezen deelnemers en gepensioneerden op basis van het Pensioenreglement recht hebben op een toeslagverlening gebaseerd op minimaal de indexatie van het Bpf, en

II B&S zal veroordelen tot betaling aan ASR van de verschuldigde koopsom ter financiering van de toeslagverlening per 1 januari 2006 ad € 66.329,75 (vermeerderd met contractuele rente tot de datum van dagvaarding en verminderd met € 5.003,53 vanaf 1 januari 2007 uit overrente) en vermeerderd met contractuele rente over dit bedrag vanaf datum van dagvaarding tot aan de dag van betaling, en

III B&S zal veroordelen tot betaling aan ASR of een andere pensioenuitvoerder van de verschuldigde koopsom voor een toeslagverlening van 1,5% per 1 januari 2008, en

IV wanneer B&S besluit de onder 3 genoemde toeslag bij een andere pensioenuitvoerder dan ASR in te kopen B&S zal veroordelen binnen vier weken na arrest, of een andere in goede justitie te bepalen termijn, daarvan schriftelijk bewijs te verstrekken aan ASR, één en ander op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag gedurende de tijd dat B&S in gebreke zal zijn om aan haar verplichting uitvoering te geven, en

V zal verklaren voor recht dat B&S verplicht is toeslagen bij ASR of bij een andere pensioenuitvoerder in te kopen wanneer overeenkomstig het bepaalde in het Pensioenreglement toeslagen dienen te worden toegekend per data gelegen na 1 januari 2008, en

VI wanneer B&S besluit de onder sub 5 toeslagen bij een andere pensioenuitvoerder dan ASR in te kopen B&S zal veroordelen binnen vier weken na inkoop, of een andere in goede justitie te bepalen termijn, schriftelijk bewijs te verstrekken aan ASR, één en ander op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag gedurende de tijd dat en telkens in geval B&S in gebreke zal zijn om aan haar verplichting uitvoering te geven, en

VII B&S zal veroordelen tot betaling van de kosten van dit geding, te voldoen binnen veertien dagen na betekening van het vonnis [hetgeen het hof leest als arrest], en - voor het geval voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3 De respectieve wijzigingen van eis

Partijen hebben over en weer geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van hun wederpartij. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijzigingen ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Ter zake van de vordering van beide partijen zal derhalve recht worden gedaan op de gewijzigde eis.

4 Ten aanzien van de feiten

Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 1.1 tot en met 1.6 van genoemd vonnis van 24 mei 2012 is geen grief ontwikkeld en ook anderszins is niet van bezwaren daartegen gebleken, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Deze feiten, aangevuld met feiten die in hoger beroep zijn komen vast te staan, luiden:

4.1 De rechtsvoorgangers van ASR en van B&S hebben met ingang van 1 januari 1987 achtereenvolgens verschillende overeenkomsten tot collectieve pensioenverzekering gesloten. Op basis van deze pensioenverzekering heeft B&S een vrijstelling verkregen voor de, anders verplichte, deelname aan het Bedrijfstakpensioenfonds van de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Groothandel in Levensmiddelen.

Onderdeel van deze overeenkomsten vormde een beleggingsdepot, ten laste waarvan de beheerskosten werden gebracht. Het uiteindelijke, conform de contractuele bepalingen berekende, resultaat op dit depot wordt door partijen aangeduid als overrente. In bijlage III bij het contract dat liep tot ultimo 2002 (productie I bij inleidende dagvaarding) was voorzien in een doorschuifmogelijkheid van overschotten en tekorten. Per ultimo 2002 was de stand € 530.333,- negatief.

4.2 Op 1 januari 2003 is tussen B&S en AMEV (rechtsvoorgangster van ASR) van kracht geworden de 'Overeenkomst tot collectieve pensioenverzekering als bedoeld in artikel 2, vierde lid onder B, van de Pensioen- en spaarfondsenwet', hierna te noemen de verzekeringsovereenkomst 2003. In de verzekeringsovereenkomst 2003 is in artikel 1 opgenomen onder de kop 'Grondslag en strekking van de overeenkomst':

1. Grondslag van de overeenkomst is de pensioentoezegging van de verzekeringnemer, zoals die blijkt uit (...) een pensioenreglement en een reglement prepensioen. (...).

Artikel 5 van de overeenkomst, getiteld 'Financiering en tarief', bepaalt:

1. De verzekeringen worden gefinancierd tegen betaling van stortingskoopsommen en risicopremies zoals nader omschreven in bijlage A, waarop een omvangskorting zal worden verleend als omschreven in bijlage B.

Artikel 15, getiteld 'Duur van de overeenkomst', bepaalt onder meer:

2. Bij beëindiging van deze overeenkomst, na afloop van de contractperiode:

(...)

b. kunnen de verzekeringen premievrij worden gemaakt.

De winstdeling op intrest zal volgens de in bijlage C omschreven methode beschikbaar blijven komen en worden aangewend voor de verhoging van de pensioenen, op de in het pensioenreglement en

prepensioenreglement aangegeven wijze.(...)

Jaarlijks zullen de kostenvergoedingen op het beleggingsresultaat in mindering worden gebracht. Indien in enig jaar het uitkeerbaar resultaat negatief is wordt dit verrekend met een positief resultaat in het volgend jaar. De overrentedeling zal worden beëindigd indien gedurende drie achtereenvolgende jaren sprake is van een negatieve overrente. Het negatieve saldo komt voor rekening van AMEV Leven.

4.3 Op basis van de verzekeringsovereenkomsten heeft B&S aan - laatstelijk - ASR pensioenpremie betaald. Met deze pensioenpremie is pensioen opgebouwd voor de werknemers van B&S.

4.4 In artikel 19 van het Pensioenreglement is het volgende opgenomen:

1. De opgebouwde pensioenen van gewezen deelnemers en de ingegane pensioenen zullen per de eerste januari van elk jaar worden geïndexeerd.

2. Maatstaf voor de indexatie is de rentewinst, voortvloeiende uit de met AMEV Leven overeengekomen regeling inzake rentewinstdeling, welke kan worden toegerekend aan bedoelde pensioenen.

Het indexatiepercentage is ten hoogste gelijk aan het percentage waarmee het consumentenprijsindexcijfer alle huishoudens, totaal, voor de maand oktober van het jaar voorafgaande aan het indexatietijdstip wijzigt ten opzichte van het indexcijfer voor de maand oktober van het daaraan voorafgaande jaar.

Het indexatiepercentage wordt normaal afgerond op 2 decimalen.

3. Indien de totale beschikbare overrente daartoe ontoereikend is, zal de werkgever uit eigen middelen indexeren tot aan het percentage waarmee het bedrijfspensioenfonds haar pensioenen indexeert.

4. Het indexatiepercentage is ten minste gelijk aan het indexatiepercentage waarmee het bedrijfspensioenfonds haar pensioenen indexeert.

4.5 De tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst is per 1 januari 2006 gewijzigd met het sluiten van een overeenkomst, te weten 'Eerste wijzigingsovereenkomst op de Pensioenovereenkomst van B&S International B.V. en gelieerde ondernemingen', hierna te noemen de Wijzigingsovereenkomst.

B&S heeft er daarbij voor gekozen om voor het merendeel van haar werknemers een andere pensioenvoorziening te creëren waarbij ASR geen uitvoerder zou zijn. Bij ASR bleven achter de pensioenen van de reeds gepensioneerden en diegenen die niet meer voor B&S werkzaam waren (de slapers) en de pensioenaanspraken tot 1 januari 2006 van die werknemers van B&S die niet mee wilden werken aan pensioenoverheveling naar de nieuwe pensioenvoorziening. Ook bleven bij ASR achter de personeelsleden die per 1 januari 2005 ouder waren dan 55, doch voor die laatste groep bleef het grootste deel van de voor 2006 geldende systematiek van pensioenopbouw van kracht.

In artikel 2 van de Wijzigingsovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

De overeenkomst is voor de einddatum vermeld in de overeenkomst tussentijds beëindigd per 31 december 2005. Artikel 15 van de overeenkomst is van toepassing verklaard. De verzekeringnemer heeft gekozen voor de optie onder lid 2 sub b van artikel 15. De volgende bepalingen uit de overeenkomst zijn daardoor van kracht geworden per 1 januari 2006:

De verzekeringen worden premievrij gemaakt.

De winstdeling op intrest zal volgens de in bijlage C van de overeenkomst omschreven methode beschikbaar blijven komen en worden aangewend voor de verhoging van de pensioenen, op de in het pensioenreglement en prepensioenreglement aangegeven wijze.

(...)

Voor de garantie van een levenslange uitkering van de premievrije pensioenen zal jaarlijks 0,20% van de voorziening verzekeringsverplichtingen in rekening worden gebracht. Jaarlijks zullen de beheers- en garantiekosten op het beleggingsresultaat in mindering worden gebracht. Indien in enig jaar het

uitkeerbaar resultaat negatief is wordt dit verrekend met een positief resultaat in het volgend jaar.

De overrentedeling zal worden beëindigd indien gedurende drie achtereenvolgende jaren sprake is van een negatieve overrente. Het negatieve saldo komt voor rekening van Fortis ASR.

De technische winstdeling zal worden beëindigd.

4.6 In bijlage C van de Wijzigingsovereenkomst is met betrekking tot het resultaat op intrest onder andere opgenomen:

f. Winstdeling

1. Het resultaat op intrest in een boekjaar is gelijk aan het verschil tussen:

a. de opbrengst van het beleggingsdepot in dat boekjaar, zoals bedoeld onder E-2 en

b. de in dat boekjaar benodigde rekenrente.

(...)

2. Indien het verschil positief is, dan wordt dit verminderd met een eventuele negatieve uitkomst van het vorig boekjaar. Een dan nog resterend overschot wordt als positief saldo geboekt en per 1 januari van het volgende boekjaar geboekt in de rekening-courant. Indien de hiervoor bedoelde berekeningen tot negatieve uitkomsten leiden, dan wordt dit doorgeschoven naar het volgende boekjaar.

5 De omschrijving van het geschil en de beslissingen in eerste aanleg

5.1 ASR heeft als belangrijkste eisen in eerste aanleg gevorderd dat B&S aan haar betaalt de door ASR gefinancierde indexatie per 1 januari 2006 van de bij haar resterende pensioenen van (gewezen) B&S werknemers, ter hoogte van ruim € 60.000 te vermeerderen met rente, alsmede de kosten van de indexatie per 1 januari 2008, geschat op € 125.000,-. Deze laatste indexatie is nog niet doorgevoerd door ASR en mag B&S eventueel ook bij een derde partij onderbrengen.

5.2 In reconventie heeft B&S gevorderd te bepalen dat de indexatie betaald wordt uit het beleggingsdepot dat onder ASR berust en dat ASR ten onrechte op dat beleggingsdepot in mindering heeft gebracht het tekort dat resteerde uit het contract tussen (de rechtsvoorgangers van) partijen dat liep tot 2003.

5.3 De kantonrechter heeft geoordeeld dat uit de Wijzigingsovereenkomst, die verwijst naar het Pensioenreglement, voortvloeit dat, indien na de saldering met voorgaande jaren er sprake is van een negatief resultaat op het intrest, de werkgever uit eigen middelen zal indexeren tot het percentage waarmee het bedrijfspensioenfonds indexeert. B&S is dan ook op grond van de bepalingen in de Wijzigingsovereenkomst gehouden zorg te dragen voor de koopsommen voor de toekenning van indexaties van de pensioenen indien de winst op intrest onvoldoende is. De kantonrechter heeft de gevorderde vergoeding van indexatie per januari 2006 toegewezen, te vermeerderen met de contractuele rente.

5.4 De indexatie voor 2008 is nog niet uitgevoerd. Omdat ASR nog geen kosten heeft gemaakt terzake, is haar vordering op dat punt afgewezen en wordt zij wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard in de door haar gevorderde verklaring voor recht dat B&S aan ASR dient aan te tonen dat de indexatieverplichting is verzekerd, temeer nu ASR niet optreedt namens de (gewezen) pensioendeelnemers. Datzelfde geldt voor haar vordering om in de toekomst geïnformeerd te worden.

Ten aanzien van de vordering in reconventie heeft de kantonrechter overwogen dat ASR vanaf 2003, zoals blijkt uit de depotverslagen, steeds het negatieve resultaat van de eerdere overeenkomst naar het volgend boekjaar heeft doorgeschoven. B&S heeft daartegen nimmer geprotesteerd, terwijl B&S steeds juridisch werd bijgestaan. Volgens de kantonrechter heeft B&S

onvoldoende gesteld en om die reden wordt haar vordering afgewezen.

6 De beoordeling in appel

- 6.1 B&S betoogt in appel dat de kantonrechter de Wijzigingsovereenkomst op onjuiste wijze heeft uitgelegd. Volgens B&S dient niet de Haviltex-maatstaf te worden toegepast doch had de wijzigingsovereenkomst grammaticaal moeten worden uitgelegd, zo al uitleg nodig is, omdat volgens B&S de in 2003 gesloten verzekeringsovereenkomst is geëindigd en partijen met betrekking tot de gewezen werknemers van B&S jegens elkaar geen verplichtingen meer hebben uit die overeenkomst. Volgens B&S betekent 'premievrij' dat er ook geen koopsommen meer verschuldigd zijn (grievens I, II en IV).
- 6.2 Volgens B&S is het pensioenreglement niet van toepassing op de relatie tussen ASR en B&S (grief III). Uit artikel 25 lid 1 van de Pensioenwet vloeit voort dat in de beëindigingsovereenkomst - waarmee zij de Wijzigingsovereenkomst aanduidt - moest worden opgenomen op welke wijze de toeslagen (indexering) van de achtergebleven pensioenafspraken gefinancierd zouden worden. In de Wijzigingsovereenkomst is opgenomen dat de toeslagen worden gefinancierd uit de overrente. B&S mochten van uitgaan dat daarmee de financiering van de toeslagen was geregeld en dat de verplichtingen opgenomen in artikel 19 lid 3 van het Pensioenreglement waren komen te vervallen (grief III-bis).
- Bij gebreke van een contractuele basis heeft de kantonrechter B&S ten onrechte veroordeeld tot betaling van de indexatie per 1 januari 2006 met contractuele rente. B&S heeft dat bedrag inmiddels voldaan en zij vordert het bedrag terug (grief VI).
- 6.3 De verzekeringsovereenkomst 2003 is geen verlenging van de overeenkomst die daaraan voorafging (1997-2002). Volgens B&S is niets afgesproken over het doorschuiven van het verlies op het beleggingsdepot per ultimo 2002 en mocht ASR daartoe niet overgaan, omdat daarmee de mogelijkheid tot het toekennen van toeslagen wordt gefrustreerd en het verlies bij beëindiging van de overeenkomst ook voor rekening van ASR zou komen (grief VII). Tenslotte wordt nog geklaagd over het niet honoreren van een bewijsaanbod (grief V) en de proceskostenveroordeling (grief VIII).
- 6.4 Het incidenteel appel ziet op de afwijzing door de kantonrechter van de verklaring voor recht met betrekking tot de indexering per 1 januari 2008, zij het dat ASR in appel bij wege van eiswijziging de gevorderde verklaringen voor recht heeft aangepast.
- 6.5 De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het hof overweegt als volgt.
- 6.6 De verzekeringsovereenkomst 2003 en de Wijzigingsovereenkomst zijn tot stand gekomen onder de werking van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW). Deze wet is vanaf 1 januari 2007 vervangen door de Pensioenwet. 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 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 pensioentoezeggingen, waarop de uitvoeringsovereenkomsten met ASR en haar rechtsvoorgangers zijn gebaseerd, zijn verwoord in het pensioenreglement. Dit is ook tussen partijen nadrukkelijk overeengekomen in artikel 1 van de verzekeringsovereenkomst 2003 (zie hiervoor onder 4.2). Dit pensioenreglement is tot stand gekomen onder de werking van de PSW en heeft een bredere strekking dan het begrip "pensioenreglement" in de Pensioenwet 2007. In

laatstgenoemde wet ziet een pensioenreglement alleen op de relatie tussen de verzekerde en de pensioenuitvoerder.

6.7 Het pensioenreglement bevat een indexatieclausule, vervat in artikel 19 (zie hiervoor onder 4.4), die het hof in navolging van partijen verder zal aanduiden als de toeslag. De pensioentoezegging is een afspraak tussen B&S en haar werknemers waarbij ASR als pensioenuitvoerder geen partij is. Wijzigingen in de relatie tussen B&S en ASR staan los van de pensioentoezegging als zodanig. B&S is in dit geval bij de pensioentoezegging ook niet geheel vrij. Er is immers sprake van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Van die verplichtstelling is weliswaar vrijstelling mogelijk - zoals B&S die ook verkregen heeft - doch alleen onder voorwaarden. Uit de voorwaarden vloeit voort dat de toeslag tenminste even hoog moet zijn als de toeslag die het bedrijfstakpensioenfonds aan zijn deelnemers verleent (artikel 19, vierde lid van het pensioenreglement). Het hof verwerpt dan ook grief III van B&S en haar, op de - niet toepasselijke - definities van pensioenreglement in de Pensioenwet gebaseerde, stellingen dat het pensioenreglement in dit geval B&S niet regardeert in haar verhouding tot ASR. De pensioentoezeggingen in dit reglement vormen immers juist de basis voor de uitvoeringsovereenkomst in de vorm van de verzekeringsovereenkomst 2003 en de Wijzigingsovereenkomst.

6.8 Het derde lid van artikel 19 van het Pensioenreglement geeft aan hoe de toeslagen gefinancierd moeten worden: primair uit de overrente, en als die niet toereikend is, uit koopsommen. Artikel 5 van de verzekeringsovereenkomst 2003 bepaalt vervolgens dat de verzekering wordt gefinancierd uit de betaling van stortingskoopsommen en risicopremies, waarvan de vervaldag is gesteld op 1 januari (artikel 5, vierde lid). Ook de voor 2003 geldende overeenkomsten kenden een soortgelijke financieringsbepaling.

6.9 De Wijzigingsovereenkomst van 2006 heeft in de aanspraken van de pensioendeelnemers geen wijziging aangebracht. Voor het gros van de actieve deelnemers is wel de pensioenuitvoerder gewijzigd. Voor een klein deel van de actieve deelnemers (de categorie 55-plus) is vrijwel niets gewijzigd (artikel 3 van de Wijzigingsovereenkomst 2006). Het geschil spitst zich toe op de categorie niet-actieve deelnemers. Ook deze categorie behoudt recht op toeslagen, minstens gelijk aan die welke door het bedrijfstakpensioenfonds zijn verstrekt. De Wijzigingsovereenkomst bevat geen expliciete bepalingen over de financiering van die aanspraak.

Uit niets blijkt dat de toeslagen na de inwerkingtreding van de Wijzigingsovereenkomst uitsluitend uit de overrente bekostigd zouden worden, laat staan dat bij gebreke aan een toereikende overrente, de financiering van de toeslagen voor rekening van ASR zouden komen, gelijk B&S heeft gesteld. Een dergelijke gevolg ligt ook in het geheel niet voor de hand; het wijzigen van de uitvoering van een pensioenovereenkomst zou voor de werkgever wel zeer interessant worden, als daarmee de financieringsrisico's voor rekening van de uitvoerder zouden kunnen worden gebracht. Voor deze stelling van B&S ontbreekt elk bewijs, noch ligt een toereikend bewijsaanbod voor. B&S heeft evenmin aangevoerd dat sprake was van drie achtereenvolgende jaren negatieve overrente, waarna negatief saldo voor rekening van (AMEV) zou komen op grond van artikel 15-2 sub b van de verzekeringsovereenkomst 2003.

6.10 Het hof oordeelt voorts dat ook de financieringstoezegging van B&S, neergelegd in artikel 19, derde lid, van het pensioenreglement, om de toeslagen zo nodig vanuit koopsommen te financieren niet door de Wijzigingsovereenkomst wordt geraakt. 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, randnummer 5.11). Ten opzichte van de betrokken pensioendeelnemers blijft B&S gehouden tot financiering van de toeslagen uit koopsommen ingeval de overrente ontoereikend is. Grief III-bis faalt.

6.11 B&S heeft in twijfel getrokken dat de overrente daadwerkelijk ontoereikend was om de toeslag

per 1 januari 2006 te financieren. Volgens haar is ASR ten onrechte de verzekeringsovereenkomst 2003 met een negatieve stand ad € 530.332,58 van het beleggingsdepot begonnen. Het hof verwerpt dit standpunt. Het enkele feit dat in 2003 een nieuwe verzekeringsovereenkomst is gesloten, houdt nog niet in dat ASR gehouden was om afstand te doen van een aanzienlijke claim betreffende het beleggingsdepot.

De verzekeringsovereenkomst 2003 vermeldt in de aanhef: "dat de verzekeringnemer de offerte van AMEV Leven van 5 december 2002 en de aanvullende offerte van 13 maart 2003 inzake de voortzetting van de collectieve verzekering van pensioenaanspraken onder nieuwe voorwaarden en tarieven, heeft geaccepteerd (cursivering hof). Hieruit volgt bepaald niet dat de verzekeringsovereenkomst als een geheel nieuwe start moet worden gezien. De voordien geldende overeenkomst kent geen kwijtscheldingsregeling voor tekorten op het beleggingsdepot. Uit niets blijkt dat onderhandeld is over het aanzienlijke tekort op dat depot per ultimo 2002, dan wel dat kwijtschelding van dat tekort deel uitmaakte van de offerte voor de nieuwe overeenkomst. Vast staat vervolgens wel dat B&S bij de onderhandelingen over de verzekeringsovereenkomst 2003 deskundige bijstand had en dat (de rechtsvoorgangster van) ASR vanaf 2003 elk jaar overzichten van het beleggingsdepot aan B&S heeft toegezonden die uitgaven van genoemde negatieve stand per ultimo 2002 waarmee verder werd gerekend en dat B&S daarop tot het instellen van vordering in reconventie nimmer commentaar heeft gehad.

- 6.12 Het hof acht het vorenstaande een voldoende aanwijzing dat de voortzetting van de verrekeningsmogelijkheid van de resultaten van het beleggingsdepot het uitgangspunt van partijen is geweest. Dat in de verzekeringsovereenkomst 2003 een regeling is opgenomen die inhoudt dat na drie negatieve jaren op rij het depot wordt opgeheven en het verlies voor rekening van ASR is, levert geen toereikende grond op voor de veronderstelling dat ook een al aanwezig groot verlies in 2002 voor rekening van ASR komt. Ook de stelling van B&S dat bij deze uitleg de toekenning van toelagen wordt bemoeilijkt, is niet valide. Er is alleen eerder sprake van de verplichting van B&S om toeslagen door middel van koopsommen te financieren.
- 6.13 Dat bij de inwerkingtreding van de verzekeringsovereenkomst 2003 is beoogd om met een schone lei te beginnen en het negatieve resultaat op het beleggingsdepot ultimo 2002 bij ASR te laten, zoals B&S suggereert, zou B&S in het licht van het voorgaande moeten stellen en bewijzen. Het hof stelt vast dat ook op dit punt geen toereikend bewijsaanbod voorligt dat expliciet is afgesproken dat ASR het tekort per ultimo 2002 voor eigen rekening zou nemen. Weliswaar biedt B&S getuigenbewijs aan van haar stelling dat over het doorschuiven van het beleggingsdepot niets is afgesproken, doch dat aanbod is naar 's hofs oordeel niet ter zake dienend. De grieven V en VII falen.
- 6.14 Uit het voorgaande volgt dat het hof uitgaat van de juistheid van de opgaaf van de stand van het beleggingsdepot door ASR. Dit beleggingsdepot was onvoldoende om de toeslag per 1 januari 2006 te financieren en was in 2007 zodanig positief dat de toeslag over dat jaar kon worden gefinancierd (met zelfs een klein overschot van € 5.003,53, zie productie 6 bij de memorie van grieven), doch vanaf 2008 weer onvoldoende voor financiering van enige toeslag. Jegens de (achtergebleven) deelnemers in de pensioenverzekering was B&S gehouden om de toeslagen over 2006 en 2008 - gelijk aan de hoogte van de toeslagen die het bedrijfstakpensioenfonds toekende - te financieren door middel van koopsommen.
- 6.15 De volgende vraag is of B&S gehouden was deze koopsommen te storten bij ASR en of ASR ter zake een vorderingsrecht toekomt. ASR heeft zelf het standpunt ingenomen dat B&S ten aanzien van de verplichtingen over 2008 en later ervoor mocht kiezen om koopsommen bij haar dan wel bij een andere verzekeraar te storten, mits sprake zou zijn van afdoende dekking van de verplichte toeslagen.
- 6.16 Het hof overweegt dat ASR op grond van de Pensioenwet is aan te merken als pensioenuitvoeringsorganisatie. Op grond van artikel 38 en volgende van de wet heeft de

pensioenuitvoerder onder meer tot taak de (gewezen) deelnemer over de toeslagverlening te informeren, waarbij artikel 40 bepaalt dat de pensioenuitvoerder dat aan gewezen deelnemers tenminste eenmaal in de vijf jaar behoort te doen. Doch, anders dan ASR stelt, levert deze informatieverplichting naar 's hofs oordeel geen grondslag op voor het instellen van een vordering door de pensioenuitvoerder tot betaling van koopsommen aan hem of een andere verzekeraar.

6.17 Artikel 29 van de Pensioenwet bevat een artikel over de gevolgen van de achterstand in premiebetaling en wat de pensioenverzekeraar in een dergelijk geval moet doen, doch dit artikel is eerst in werking getreden op 1 augustus 2008. Voor de tot 1 augustus 2008 verschuldigde premie golden de "Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet" (hierna: de Regelen), die van kracht zijn gebleven tot de inwerkingtreding van artikel 29 van de Pensioenwet ingevolge artikel 20a, getiteld *premie-achterstand*, van de Invoerings- en Aanpassingswet Pensioenwet (IAPW).

Artikel 4 van de Regelen bepaalde dat de verzekeringnemer (in dit geval dus B&S) de verzekeraar de financiële middelen alsmede de inlichtingen dient te verstrekken die deze nodig heeft om de verplichtingen te kunnen nakomen die ingevolge deze regeling op hem rusten. Het tweede lid bepaalde dat de verzekeraar niet aansprakelijk is voor een verzuim van de verzekeringnemer wat betreft de verplichtingen die op de laatste rusten ingevolge het eerste lid.

6.18 Het hof oordeelt op grond van deze regeling dat B&S gehouden bleef om de koopsommen, die zij ter dekking van de toeslag tot 1 augustus 2008 diende te voldoen, aan ASR te betalen, ook onder de werking van de Wijzigingsovereenkomst. Ten aanzien van de toeslag per 1 januari 2006 overweegt het hof daarbij nog dat deze is gebaseerd op de relevante economische en beleggingstechnische ontwikkelingen over het jaar daarvoor, toen de verzekeringsovereenkomst 2003 nog voluit gold en B&S reeds voor de datum waarop de koopsom formeel verschuldigd werd, aan kon zien komen dat zij voor de toeslag door middel van een koopsom diende bij te passen.

6.19 Ten slotte dient het hof in te gaan op de vraag of uit de Wijzigingsovereenkomst volgt dat B&S jegens ASR gehouden bleef om de toeslagen door middel van koopsommen te financieren. De Wijzigingsovereenkomst spreekt in artikel 2 alleen over het premievrij maken van de overeenkomsten van de slapers. Over het al dan niet verschuldigd zijn van koopsommen zegt de Wijzigingsovereenkomst niets.

Voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan het woord "premienvrij" in de overeenkomst en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, komt ook betekenis toe aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van totstandkoming ervan. In het onderhavige geval is sprake is van een overeenkomst tussen zakelijke partijen inzake een zuiver commerciële transactie, terwijl die partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst werden bijgestaan door (juridisch en pensioentechnische) deskundige adviseurs. Als uitgangspunt dient daarom beslissend gewicht te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de woorden van de omstreden bepaling, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de overeenkomst (ECLI:NL:HR:2007:BA4909 en ECLI:NL:HR:2007:AZ3178).

6.20 Het hof is van oordeel dat 'premienvrij' zowel grammaticaal als in pensioentechnische zin iets anders betekent dan dat er geen koopsommen voor toeslagen verschuldigd zijn. Een premievrij pensioen - dat niet verder opgebouwd wordt - kan juist heel wel worden geïndexeerd. De verzekeringsovereenkomst 2003 maakte ook verschil tussen premiebetaling voor de opbouw van pensioenen en overrente en koopsommen als financiering van de toeslagen. Uit de Wijzigingsovereenkomst volgt niet dat partijen hebben beoogd ook de betaling van koopsommen voor de slapers stop te zetten. Derhalve beantwoordt het hof de vraag aldus dat ook onder de Wijzigingsovereenkomst B&S gehouden bleef om de voor de overeengekomen indexatie verschuldigde koopsommen te voldoen. Daarbij geldt, gelet op de stelling van ASR, dat voor de toeslag van 2008 B&S mag kiezen of zij de koopsom rechtstreeks aan ASR voldoet of aan een

andere verzekeringsmaatschappij, mits ten genoegen van ASR.

De overige grieven van ASR leiden, gelet op het voorgaande, niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep.

6.21 Ten aanzien van de gewijzigde vorderingen van ASR is het hof van oordeel dat ASR onvoldoende haar belang heeft aangetoond bij een zo ruim geformuleerde verklaring voor recht ten gunste van de gewezen deelnemers als zij heeft gevorderd. De vordering tot betaling van de achterstallige koopsommen betreffende de toeslag per 1 januari 2006 is door de kantonrechter terecht toegewezen. Ten aanzien van de toeslag per 1 januari 2008 heeft ASR geen concrete bedragen gevorderd. Het hof acht de voorliggende vordering onvoldoende concreet en zal in plaats daarvan B&S veroordelen om binnen 3 maanden na betekening van dit arrest en opgave van ASR van het met de toeslag 2008 gemoeide bedrag daartoe bij ASR of een andere pensioenuitvoerder koopsom te storten ter dekking van dat bedrag en in het laatste geval daarvan schriftelijk bewijs verstrekt aan ASR, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag gedurende de tijd dat B&S in gebreke zal zijn om aan haar verplichting uitvoering te geven, met een maximum van € 100.000,-.

6.22 Ten aanzien van de verplichting om ook na 2008 koopsommen te storten, overweegt het hof dat ASR daartoe onvoldoende heeft gesteld en bijvoorbeeld niet erop is ingegaan hoe een en ander zich verhoudt met het- enige malen aangepaste- stelsel van artikel 29 van de Pensioenwet, zodat het hof de daarop betrekking hebbende vorderingen als thans te onbepaald zal afwijzen.

De slotsom

6.23 Het hof zal het vonnis in eerste aanleg in conventie deels bekrachtigen, namelijk ten aanzien van de veroordeling tot betaling van € 61.326,22 en de proceskostenveroordeling, evenals de in reconventie gegeven beslissing. Voor het overige zal het hof de gewijzigde vorderingen van ASR toewijzen zoals hiervoor is besproken en voor het overige afwijzen. Het hof zal B&S, als de overwegend in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van het principaal appel veroordelen, te begroten op 3 punten naar tarief V à € 2.632,- per punt. Het hof ziet aanleiding om de kosten van het incidenteel appel te compenseren, nu beide partijen daarin over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

7 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter te Groningen van 24 mei 2012 voor zover in conventie gewezen voor wat betreft de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling van B&S om aan ASR € 61.326,22 te betalen vermeerderd met contractuele rente alsmede wat betreft de proceskostenveroordeling;

bekrachtigt de in reconventie gegeven beslissingen;

vernietigt het vonnis voor het overige, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt B&S om binnen 3 maanden na betekening van dit arrest en van de opgave van ASR van

het met de toeslag 2008 gemoeide bedrag, daartoe bij ASR of een andere pensioenuitvoerder een koopsom te storten ter dekking van dat bedrag en in het laatste geval daarvan schriftelijk bewijs te verstrekken aan ASR, alles op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag gedurende de tijd dat B&S in gebreke zal zijn om aan haar verplichting uitvoering te geven, met een maximum van € 100.000,-.

veroordeelt B&S in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van ASR vastgesteld op € 7.896,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 1.815,- voor verschotten, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en -voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

compenseert de proceskosten in incidenteel hoger beroep, zodat iedere partij de aan eigen zijde gevallen kosten dient te dragen;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde veroordelingen betreft) uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. J.H. Kuiper, mr. M.E.L Fikkers en mr. D.J. Buijs op 30 april 2016 en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 24 mei 2016.