

PJ 2013/137: Was voorzienbaar in 1999 dat stelsel van gelijkblijvende risicopremies niet geruime tijd zou kunnen worden gehandhaafd. Schending zorg...

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

Instantie:	Hof Amsterdam	Datum:	9 april 2013
Magistraten:	Mrs. J.C.W. Rang, M.M.M. Tillema, G.M. ter Huurne	Zaaknr:	200.009.526/01
Conclusie:	-	LJN:	CA3124
Noot:	Mr. M.J.C.M. van der Poel	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3124, Uitspraak, Hof Amsterdam, 09-04-2013		

Wetgeving: Art. 2a, 2c en 7a PSW; art. 12a-c WGB

Brondocument: Hof Amsterdam, 09-04-2013, nr 200.009.526/01

Essentie

Was voorzienbaar in 1999 dat stelsel van gelijkblijvende risicopremies niet geruime tijd zou kunnen worden gehandhaafd. Schending zorgplicht door pensioenadviseur.

Samenvatting

Het hof komt tot de slotsom dat [geïntimeerde] niet heeft gehandeld met de zorg van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot door het systeem van gelijkblijvende risicopremies in haar advisering aan [appellante] als geschikt systeem te presenteren. Het hof neemt tot uitgangspunt dat, wat er verder zij van de redenen om voor het stelsel van gelijkblijvende risicopremies te kiezen, advisering van dit stelsel in ieder geval slechts verantwoord is als kan worden uitgegaan van continuïteit. Als er op voorhand ernstig rekening mee moet worden gehouden dat dit stelsel binnen afzienbare termijn niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd, is het stelsel in beginsel ongeschikt, gelet op de nadelige effecten daarvan voor de pensioenopbouw die zich in dat geval nog extra doen gelden. De deskundigen hebben erop gewezen dat de pensioenovereenkomst waarvoor in het geval van [appellante] in concreto is gekozen, in strijd is met de eis van evenredige opbouw van art. 7a PSW. Ook constateert het hof dat op zichzelf wel duidelijk is dat de beschikbare premieregeling met gelijkblijvende risicopremies in de vorm zoals deze voor [appellante] is gaan gelden, ongelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht opleverde.

Partij(en)

ARREST in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [APPELLANTE], gevestigd te [plaatsnaam],
APPELLANTE in principaal appel, GEÏNTEERDE in incidenteel appel, advocaat: mr. B.F.M. Evers,
kantoorhoudende te Tilburg,
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [GEÏNTEERDE], gevestigd te [plaatsnaam],
GEÏNTEERDE in principaal appel, APPELLANTE in incidenteel appel, advocaat: mr. P.H.J.G. van Huizen,
kantoorhoudende te Rotterdam.

De partijen worden hierna [appellante] en [geïntimeerde] genoemd.

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

Voor het verloop van de procedure tot 11 oktober 2011 verwijst het hof naar het op die datum uitgesproken tussenarrest en de daarin vermelde stukken.

Bij genoemd tussenarrest heeft het hof de deskundigen verzocht een nader bericht uit te brengen. Het nader deskundigenrapport, gedateerd 30 maart 2012, is op 16 april 2012 ter griffie ontvangen. Beide partijen hebben vervolgens een nadere memorie genomen.

Ten slotte zijn de stukken van beide instanties overgelegd en is wederom arrest gevraagd.

2. Verdere beoordeling

2.1. Bij het tussenarrest van 29 juni 2010 heeft het hof een onderzoek door deskundigen gelast ter beantwoording van de volgende vragen:

1. Ervan uitgaand dat [appellante] in 1999 is geadviseerd om, in het kader van de omzetting van haar pensioenverzekering per 1 januari 2000 naar een regeling op basis van beschikbare premie, wat betreft de financiering van het nabestaandenpensioen te kiezen voor een stelsel van gelijkblijvende risicopremies in plaats van eenjarige risicopremies, was dit advies dan, gelet op de inhoud van de verstrekte opdracht (zie 3.2, tweede volzin, tussenarrest van 13 oktober 2009), de situatie van [appellante] in de tweede helft van 1999, de door [appellante] aan [geïntimeerde] verstrekte gegevens omtrent het personeelsbestand en de toen bestaande inzichten, een advies dat voldoet aan de daaraan binnen de beroepsgroep te stellen eisen? Wilt u uw antwoord zoveel mogelijk motiveren en daarbij de voor- en nadelen van gelijkblijvende risicopremies respectievelijk eenjarige risicopremies betrekken? Wilt u in de beantwoording van de vraag ook betrekken in hoeverre destijds, derhalve tweede helft 1999, voorzienbaar was dat financiering op basis van gelijkblijvende premies omstreeks expiratedatum van de pensioenovereenkomst, derhalve rond 1 januari 2005, niet langer mogelijk zou zijn c.q. niet meer door Aegon aangeboden zou worden?
2. Welk bedrag is in de periode 1 juni 2004 – 1 januari 2005 ter zake van premies nabestaandenpensioen ten laste van [appellante] gekomen? Wat zou de hoogte van dit bedrag zijn geweest indien de premies in die periode zouden zijn gebaseerd op een stelsel van eenjarige risicopremies?
3. Heeft u overigens nog opmerkingen die voor deze zaak van belang kunnen zijn?

2.2. In hun rapport met datum 18 maart 2011 hebben de deskundigen deze vragen beantwoord. Bij arrest van 11 oktober 2011 is hun verzocht hun visie op de argumenten van partijen zoals deze in de genomen memories na deskundigenbericht zijn verwoord, kenbaar te maken. Dit hebben zij gedaan in het nader deskundigenrapport met datum 30 maart 2012. Het hof overweegt als volgt.

- 2.3. De deskundigen hebben de eerste vraag ontkennend beantwoord. In hun rapport met datum 18 maart 2011 geven zij allereerst een uitleg van het systeem en bespreken zij het effect van het systeem op de opbouw van de waarde van het ouderdomspensioen. Daarna gaan zij in op de argumenten voor de keuze voor het stelsel van gelijkblijvende premies. Vervolgens behandelen zij de in de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) gestelde eis van evenredige opbouw, de ontwikkelingen op het gebied van gelijke behandeling en de vraag welke betekenis het feit dat het stelsel destijds gebruikelijk was heeft voor de juistheid van het advies. Zij komen tot de slotsom dat het advies om te kiezen voor een stelsel van gelijkblijvende risicopremies niet voldoet aan de daaraan binnen de beroepsgroep te stellen eisen en vatten hun argumenten als volgt samen:
- De gelijkblijvende risicopremie methodiek met reservevorming ten gunste van de deelnemer bleek een methodiek te zijn zonder reservevorming ten gunste van de deelnemer.
 - Aan de wettelijke eis ten aanzien van ten minste evenredige opbouw wordt bij het onttrekken van een gelijkblijvende premie niet voldaan.
 - Het was destijds voorzienbaar dat het onttrekken van een geslachtsafhankelijke (gelijkblijvende) premie aan een beschikbare premie op gespannen voet staat met de regels van gelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht. Uit het dossier is niet gebleken dat daar aandacht voor is geweest.
 - Het toepassen van een gelijkblijvende premie impliceert inderdaad een gelijkblijvende investering voor de opbouw van pensioenkapitaal, maar levert voor werknemers die niet de gehele diensttijd bij deze

werkgever blijven in deze constructie gedurende de loopbaan, en dus bij voortijdig ontslag altijd een lager pensioenkapitaal op. Uit het dossier is niet gebleken dat hier aandacht aan is besteed bij het advies.

- Opvallend is dat het dossier geen besprekingsverslagen of bevestigingen van besprekingen bevat. Het ontbreken van een goede verslaglegging van hetgeen tussen cliënt en adviseur is besproken is een onvolkomenheid in het adviesdossier.

- 2.4 In hun nader rapport hebben de deskundigen – naar aanleiding van de reactie van [appellante] – laten weten dat zij het feit dat een stelsel van gelijkblijvende premies er optisch beter uit ziet, op zichzelf een valide argument achten om voor dit systeem te kiezen, gelet op de complexiteit van de materie en de jaarlijkse uitleg die dat zou kunnen behoeven. De deskundigen merken op dat in dat geval dus prioriteit wordt gegeven aan de begrijpelijkheid van de constructie. Voorts hebben zij hun constatering dat het product een gebruikelijk product was, gehandhaafd. Voortijdige beëindiging hoeft niet nadelig te zijn als de premiereserve wordt teruggegeven (wat in dit geval overigens niet het geval was) en ook tussentijdse aanpassing kan neutraal geschieden, bijvoorbeeld door verrekening van de reservewaarde, aldus de deskundigen.
- 2.5 In haar memorie na deskundigenbericht heeft [geïntimeerde] onder meer aangevoerd dat de deskundigen met hun conclusie dat ten tijde van het advies zonder meer duidelijk was dat de opbouw ten minste evenredig in tijd moest plaatsvinden voorbij gaan aan het arrest van de Hoge Raad van 1 april 2011, *LJN: BP4454* en dat de deskundigen hadden moeten weten dat in de loop der jaren veel discussies zijn gevoerd over de strekking van art. 7a PSW. Tevens voert zij aan dat een premieovereenkomst als de onderhavige tot 1 januari 2005 buiten de regeling van gelijke behandeling ter zake van pensioenen viel als neergelegd in art 12a-c Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, terwijl ook daarna een premie die volledig door de werkgever wordt gefinancierd niet sekseneutraal hoeft te zijn.
- 2.6 Met betrekking tot bovengenoemde aspecten hebben de deskundigen in hun nader rapport verder uitgelegd wat wordt bedoeld met (ten minste) evenredige opbouw als bedoeld in artikel 7a PWS en hun conclusie gehandhaafd dat bij gelijkblijvende premies in het geval van [appellante] geen sprake is van een evenredige investering en dus van een evenredige opbouw. Ditzelfde geldt voor hun conclusie dat een adviseur ervan op de hoogte had moeten zijn dat het onttrekken van een geslachtsafhankelijke (gelijkblijvende) premie aan een beschikbare premie op gespannen voet zou staan met de regels van gelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht. Daarbij gaat het niet om de hoogte van de premies, maar om de consequenties voor de pensioenopbouw van de onttrekking van de risicopremie voor het nabestaandenpensioen. De deskundigen blijven van mening dat het advies niet gegeven had mogen worden.
- 2.7 Partijen hebben zich vervolgens uitgelaten over het nader deskundigenrapport. [appellante] kan zich – met enkele kanttekingen – vinden in de inhoud van de deskundigenrapporten. [geïntimeerde] heeft haar bezwaren gehandhaafd en verder toegelicht.
- 2.8 [geïntimeerde] heeft in de eerste plaats aangevoerd dat een aantal argumenten die de deskundigen noemen uitsluitend de deelnemers/werknemers van [appellante] regarderen en niet [appellante] zelf. In zoverre is er volgens [geïntimeerde] geen causaal verband met de door [appellante] beweerdelijk geleden schade. Het hof volgt [geïntimeerde] hierin niet. Ten tijde van het sluiten van de nieuwe pensioenovereenkomst had [appellante] er een eigen belang bij een deugdelijke pensioenvoorziening te treffen voor haar werknemers, reeds omdat zij daarop door haar werknemers kon worden aangesproken. Dat, indien het advies ondeugdelijk moet worden bevonden, de schade van [appellante] zelf beperkt is gebleven tot de periode 1 juni 2004-1 januari 2005, doet daaraan niet af.
- 2.9 De deskundigen hebben het stelsel van gelijkblijvende risicopremies als zodanig niet op voorhand geheel gediskwalificeerd. Kennelijk werd het destijds ook op ruime schaal aangeboden, in ieder geval door Aegon. Of voor een dergelijk stelsel gekozen werd, is derhalve in beginsel een beleidsbeslissing. [geïntimeerde] kan echter jegens [appellante] aansprakelijk gehouden worden voor de gevolgen van deze beslissing indien zij niet de zorg in acht heeft genomen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot door [appellante] het systeem van gelijkblijvende risicopremies als voor haar geschikte keuzemogelijkheid te presenteren. Met andere woorden gaat het erom of kan worden vastgesteld of het stelsel van gelijkblijvende risicopremies in de gegeven omstandigheden ongeschikt was voor [appellante]. Volgens de deskundigen was dit het geval, omdat het systeem niet voldoet aan de vereisten van art. 7a PSW en er mogelijke complicaties te verwachten waren in verband met ontwikkelingen op het punt van gelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht.

- 2.10** Met betrekking tot de vereisten die art. 7a PWS stelt hebben de deskundigen bericht dat het systeem niet per definitie strijdig is met de wet, maar in dit dossier wel. Door de keuze voor gelijkblijvende premie, wordt in deze situatie niet aan de eis van ten minste tijdsevenredige opbouw en financiering voldaan. Volgens [geïntimeerde] bestond er in 1999 onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van art. 7a PSW en over de vraag of het bepaalde in dit artikel van toepassing was op beschikbare premiereregelingen. [geïntimeerde] betwist voorts de juistheid van de door de deskundigen gegeven rekenvoorbeelden. Met betrekking tot de kwestie van de gelijke behandeling berichten de deskundigen dat, hoewel ten tijde van het advies nog slechts een wetsvoorstel was ingediend waarvan de gevolgen voor pensioenregelingen nog niet volledig duidelijk waren, wel kan worden gesteld dat er destijds ernstig rekening mee diende te worden gehouden dat de constructie in 2002 zou moeten worden aangepast. [geïntimeerde] heeft betwist dat dit destijds voorzienbaar was.
- 2.11** Op grond van de door de deskundigen gegeven (op zichzelf niet door partijen betwiste) uitleg van de werking van het stelsel, neemt het hof tot uitgangspunt dat, wat er verder zij van de redenen om voor het stelsel van gelijkblijvende risicopremies te kiezen, advisering van dit stelsel in ieder geval slechts verantwoord is als kan worden uitgegaan van continuïteit. Als er op voorhand ernstig rekening mee moet worden gehouden dat dit stelsel binnen afzienbare termijn niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd, is het stelsel in beginsel ongeschikt, gelet op de nadelige effecten daarvan voor de pensioenopbouw die zich in dat geval nog extra doen gelden. De deskundigen hebben erop gewezen dat de pensioenovereenkomst waarvoor in het geval van [appellante] in concreto is gekozen, in strijd is met de eis van evenredige opbouw van art. 7a PSW. Dát dat zo was, acht het hof voldoende toegelicht aan de hand van de tabel in het nader rapport, dat, anders dan [geïntimeerde] aanvoert, in concreto ziet op de situatie bij [appellante]. Volgens [geïntimeerde] was in 1999 nog niet duidelijk dat het op 1 januari 2000 in werking getreden art. 7a PWS ook op beschikbare premiereregelingen van toepassing was. Dit neemt echter niet weg dat [geïntimeerde] er serieus rekening mee moest houden dat dit wel het geval zou blijken te zijn (zoals naderhand ook is uitgemaakt) en dat in geval van strijd met de wet een – zoals vermeld: nadelige – tussentijdse aanpassing zou zijn vereist. Ditzelfde geldt mutatis mutandis voor de kwestie van de gelijke behandeling naar geslacht en burgerlijke staat. Nu de premies voor het nabestaandenpensioen werden onttrokken aan het beschikbaar gestelde premiebedrag, was de pensioenopbouw voor gehuwden minder dan voor ongehuwden. Voorts waren de premies geslachtsafhankelijk, zoals de deskundigen constateren. De deskundigen noteren dat het vraagstuk van gelijke behandeling naar burgerlijke staat en ook de methodiek van risicopremies lange tijd onduidelijk was doordat in het pensioenvak verschillende interpretaties de ronde deden, maar dat dit rond 2002 was uitgekristalliseerd. Zij wijzen erop dat in verband met het onderscheid in september 1999 een wetsvoorstel werd ingediend, dat in december 2000 werd aangenomen, waarna de nieuwe wettelijke regeling op 1 januari 2002 in werking trad. [geïntimeerde] voert aan dat de deskundigen hun opmerkingen kennelijk niet hebben gemaakt in het kader van de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen (WGB), maar in het licht van de artikelen 2b en 2c PSW. Volgens [geïntimeerde] zagen de artikelen 2b en 2c PSW op beschikbare premiereregelingen die, anders dan in het geval van [appellante], bij beëindiging van de deelneming een premievrije aanspraak opleverden en hadden deze artikelen hier geen werking. Tot 1 januari 2005 viel volgens [geïntimeerde] een premiereregeling als de onderhavige buiten de regeling van gelijke behandeling ter zake pensioenvoorzieningen (artt. 12a-c WGB). Wat hier van zij, het hof constateert dat op zichzelf wel duidelijk is dat de beschikbare premiereregeling met gelijkblijvende risicopremies in de vorm zoals deze voor [appellante] is gaan gelden, ongelijke behandeling naar burgerlijke staat en geslacht opleverde. Geconstateerd kan voorts worden dat dit onderwerp (ook al in 1999) sterk in de belangstelling stond, en aanleiding gaf en had gegeven tot wetgeving die ertoe strekte dergelijke ongelijke behandeling zo veel mogelijk in te perken. De artikelen 12a-c WGB, zoals deze in april 1998 in werking zijn getreden, en de genoemde artikelen 2b en 2c PSW zijn in dat verband illustratief. Dit brengt mee dat [geïntimeerde] niet kon verwachten dat een regeling die ongelijke behandeling meebracht geruime tijd ongewijzigd gehandhaafd zou kunnen blijven. Dit maakte de regeling dus ongeschikt voor [appellante]. Bij het vorenstaande komt dat de pensioenovereenkomst niet voorziet in verzachting van de nadelige effecten bij tussentijdse beëindiging of aanpassing door teruggave of verrekening van de premiereserve.
- 2.12** Het hof volgt derhalve het oordeel van de deskundigen en komt tot de slotsom dat [geïntimeerde] niet heeft gehandeld met de zorg van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot door het systeem van gelijkblijvende risicopremies in haar advisering aan [appellante] als geschikt systeem te presenteren. Daarbij

kan in het midden blijven of (zoals [appellante] stelt) de keuze van [appellante] is gebaseerd op een eenzijdig daartoe strekkend advies van [geïntimeerde] of (zoals [geïntimeerde] aanvoert) op een eigen afweging door [appellante] van de door [geïntimeerde] uiteengezette voor- en nadelen van de systemen van respectievelijk gelijkblijvende risicopremies en eenjarige risicopremies. Overigens voert [geïntimeerde] niet aan dat zij [appellante] heeft gewezen op de aan de constructie klevende, hiervoor besproken, onzekerheden, die aan continuïteit in de weg konden staan.

- 2.13** Dit leidt thans tot het volgende. In het tussenarrest van 13 oktober 2009 heeft het hof het merendeel van de grieven in het principaal appel reeds, deels in het kader van de daar vermelde thema's, besproken. Op onderdeel E (onjuist advies) hebben (in het bijzonder) de grieven VIII, XI, XXVIII en XXIX betrekking en op onderdeel F (ongebruikelijke en onzorgvuldige variant) (in het bijzonder) de grieven VII en XXVII. Naar aanleiding van het overwogene ten aanzien van de onderdelen E en F heeft het hof het deskundigenbericht gelast. Voor zover voormelde grieven de strekking hebben te betogen dat sprake was van een ondeugdelijk advies, zijn zij derhalve gegrond. De gegrondheid van deze grieven leidt ertoe dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en dat [geïntimeerde] zal worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan [appellante]. De overige grieven, voor zover niet al besproken, hoeven na het vorenstaande geen afzonderlijke (verdere) bespreking meer. Dit geldt ook voor de grief 2 in het incidenteel appel. Grief 1 is reeds besproken in het tussenarrest van 13 oktober 2009 onder 3.6.3; de grief is gegrond bevonden, maar de gegrondheid hiervan doet geen afbreuk aan de hiervoor bereikte conclusie.
- 2.14** Zoals reeds is overwogen in het tussenarrest van 13 oktober 2009 onder 3.9.3 gaat het om eigen schade van [appellante]. Niet betwist is dat de premiebedragen voor het nabestaandenpensioen in de periode 1 juni 2004 tot 1 januari 2005 voor rekening zijn gekomen van [appellante]. Het hof heeft de deskundigen verzocht te bepalen welk bedrag in genoemde periode ten laste van [appellante] is gekomen en wat de hoogte van dit bedrag zou zijn geweest als de premies in die periode zouden zijn gebaseerd op een stelsel van eenjarige risicopremies. De deskundigen hebben het verschil tussen beide bedragen in hun rapport met datum 18 maart 2011 gecijferd op € 62.421,-. Dit bedrag is door partijen niet betwist en zal – uitvoerbaar bij voorraad – worden toegewezen, met rente vanaf 1 januari 2005. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. De gestelde buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn betwist en vervolgens niet nader omschreven, zodat niet kan worden geconstateerd dat andere werkzaamheden zijn verricht dan die waarvoor de in de artt. 237-240 Rv bedoelde kosten een vergoeding plegen in te sluiten. Voor veroordeling tot volledige vergoeding van de kosten van rechtsbijstand, in plaats van een proceskostenveroordeling volgens het gebruikelijke forfaitaire tarief, is geen aanleiding. [geïntimeerde] zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties, de kosten van het deskundigenbericht daaronder begrepen.
- 2.15** [geïntimeerde] heeft verzocht het arrest niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, maar hiervoor ziet het hof geen grond. Gesteld noch gebleken is dat het restitutierisico van dien aard is dat het belang van [geïntimeerde] bij achterwege laten van uitvoerbaarverklaring bij voorraad in de gegeven omstandigheden moet prevaleren boven het belang van [appellante] bij toewijzing daarvan.

3. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 19 maart 2008 (zaak-/rolnummer 379898/HA ZA 07-2608) waarvan beroep en, opnieuw rechtdoende,

veroordeelt [geïntimeerde] om aan [appellante] te betalen een bedrag van € 62.421,-, met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 1 januari 2005 tot de dag van voldoening;

verwijst [geïntimeerde] in de proceskosten in beide instanties en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van [appellante] gevallen, in eerste aanleg op € 4.802,85 aan verschotten en € 1.788,- voor salaris en in hoger beroep op € 31.389,22 aan verschotten en € 7.339,50 - voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Auteur: Mr. M.J.C.M. van der Poel

Een onderneming heeft besloten de verzekerde pensioenregeling per januari 2000 te wijzigen in een beschikbare premieregeling. Met het oog op die wijziging heeft de externe pensioenadviseur van de onderneming in de tweede helft van 1999 geadviseerd om voor de financiering van het nabestaandenpensioen te kiezen voor een stelsel van gelijkblijvende risicopremies (het “*Stelsel*”) in plaats van eenjarige risicopremies. Onduidelijk is of de adviseur een assurantietussenpersoon, advocaat, of andersoortige adviseur is. Vanaf januari 2005 biedt de pensioenverzekeraar van de ondernemer de bovenstaande financieringsmogelijkheid niet meer aan, vanwege een aantal wetswijzigingen. Dit heeft geleid tot extra kosten voor de onderneming die zijn begroot op EUR 62.421.

De kernvraag in deze procedure is of de pensioenadviseur in strijd heeft gehandeld met zijn zorgplicht door het Stelsel als geschikte keuzemogelijkheid te presenteren aan de ondernemer in kwestie. Het Hof beantwoordt deze vraag - mijns inziens terecht - ontkennend en oordeelt dat de pensioenadviseur de begrootte schade van de ondernemer moet voldoen, evenals de proceskosten.

Het Hof oordeelt dat de advisering van de pensioenadviseur slechts verantwoord is als kan worden uitgegaan van continuïteit. Van continuïteit is volgens het Hof geen sprake als er op voorhand ernstig rekening mee moet worden gehouden dat het stelsel van gelijkblijvende risicopremies binnen afzienbare termijn niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd (r.o. 2.11). Het stelsel is dan in beginsel ongeschikt, gelet op de nadelige effecten daarvan voor de pensioenopbouw.

Het Hof acht in dat verband voldoende aangetoond dat het Stelsel, waarvoor de ondernemer na advies van de pensioenadviseur heeft gekozen, in de eerste plaats in strijd is met de eis van evenredige opbouw van art. 7a PSW (zie ook over de uitleg en toepasselijkheid van art. 7a PSW Hoge Raad, 1 april 2011, *PJ* 2011, 61, m.n. S.H. Kuiper). Dat er in 1999 onduidelijkheid bestond over de vraag of artikel 7a PSW vanaf 1 januari 2000 ook van toepassing zou zijn op premieovereenkomsten, neemt niet weg dat de pensioenadviseur hier serieus rekening mee had moeten houden in zijn advies. Bij strijd met de wet zou immers een nadelige tussentijdse aanpassing van de pensioenovereenkomst moeten worden gemaakt.

In de tweede plaats meent het Hof dat het onttrekken van een geslachtsafhankelijke (gelijkblijvende) premie aan een beschikbare premie leidt tot onderscheid bij de premie naar burgerlijke staat en geslacht. De premies voor het nabestaandenpensioen werden immers onttrokken aan de beschikbare premie, waardoor de pensioenopbouw voor gehuwden minder was dan voor ongehuwden. Ook was sprake van onderscheid naar geslacht omdat de pensioenopbouw door de onttrekking van de risicopremie voor het nabestaandenpensioen voor mannen en vrouwen anders uitviel. Alhoewel er verschil van mening bestond tussen de pensioenadviseur en de door het Hof aangestelde deskundigen over de vraag vanaf welk moment strijd met de gelijke behandelingen is ontstaan, staat voor het Hof vast dat het onderwerp gelijke behandeling in 1999 sterk in de belangstelling stond en er op allerlei fronten wetgeving op komst was. Het Hof verwijst in dat verband naar de artikelen 12a-c WGB, die in april 1998 in werking traden en de artikelen 2b en 2c PSW. Overigens had in dat verband ook kunnen worden verwezen naar rechtspraak van het HvJEU over gelijke behandeling. Ik noem als voorbeelden het Barber-arrest – gelijke opbouw van pensioenuitkeringen voor mannen en vrouwen vanaf 17 mei 1990 –, het Ten Oever arrest – gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij het NP, ook bij NP op risicobasis –, het Neath-arrest – de werknemersbijdragen pensioen zijn loon en moeten derhalve voor mannen en vrouwen gelijk zijn, dat geldt ook voor de pensioenuitkering – en het Coloroll-arrest (zie HvJEU, 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. ‘Barber’, 6 oktober 1993, C-109/91 ‘Ten Oever’, 22 december 1993, C-152/91 ‘Neath’ en 28 september 1994, C-200/91 ‘Coloroll’).

Op basis van het voorgaande concludeert het Hof mijns inziens terecht dat de pensioenadviseur “niet kon verwachten dat een regeling die ongelijke behandeling meebracht geruime tijd ongewijzigd gehandhaafd zou kunnen blijven”. Dit maakt de regeling ongeschikt voor de ondernemer. Hier komt bij dat “de pensioenovereenkomst niet voorziet in verzachting van de nadelige effecten bij tussentijdse beëindiging of

aanpassing door teruggave of verrekening van de premiereserve". Het Hof oordeelt daarom dat de pensioenadviseur zijn zorgplicht niet in acht heeft genomen (r.o. 2.11).

Het Hof merkt terzijde op dat de pensioenadviseur de ondernemer "overigens" ook niet heeft gewezen op de risico's van het Stelsel. Het woord "overigens" zou er op kunnen duiden dat het Hof van mening is dat het ontbreken van een waarschuwing aan de ondernemer over de risico's van het Stelsel niet noodzakelijk was om een schending van de zorgplicht aan te nemen. Mocht mijn interpretatie van deze overweging van het Hof juist zijn, dan komt mij deze niet juist voor. De voorzienbaarheid van zowel het inwerkingtreden van artikel 7a PSW – en het risico dat dit artikel van toepassing zou zijn op het Stelsel – als de mogelijke toekomstige wetswijzigingen op het vlak van de gelijke behandeling op grond van geslacht en burgerlijke staat, lijkt mij in dit geval stap 1 bij het beoordelen van de zorgplicht. Stap 2 voor het kunnen aannemen van een schending van de zorgplicht is dan dat de ondernemer had moeten waarschuwen voor de risico's van het stelsel, mede gezien de (financiële) belangen van de ondernemer bij een deugdelijke pensioenvoorziening voor de lange termijn (zie bijvoorbeeld ook het 'ASR-arrest' van de Hoge Raad, 9 maart 2012, *PJ* 2012/202). De uitkomst is bevredigend: een adviseur moet rekening houden met de toekomst en zijn cliënten wijzen op eventuele risico's bij de keuze voor een pensioenvoorziening, indien de ondernemer daar belang bij heeft. Doet de pensioenadviseur dat niet, dan loopt deze, zoals in casu, het risico te worden veroordeeld in de totale pensioenschade van de onderneming en de proceskosten in eerste en tweede aanleg.