

# Standpunt DNB onjuist



*DNB verbiedt pensioenuitvoerders op straffe van 'maatregelen' om met werkgevers een aansprakelijkheidsuitsluiting overeen te komen. De toezichthouder gaat echter niet over de afspraken tussen civiele partijen. Het standpunt van DNB wordt bovendien noch door de Pensioenwet, noch door de wetsgeschiedenis gestaafd.*

TEKST Teun Huijg

**I**n november 2011 publiceerde DNB op haar website twee berichten in de vorm van een Q&A. De toezichthouder stelt daarin dat pensioenuitvoerders pensioen moeten uitkeren aan personen die voldoen aan de reglementaire bepalingen, ongeacht of die personen ooit zijn aangemeld. Een pensioenuitvoerder zou volgens DNB niet met een aangesloten onderneming mogen afspreken dat de uitvoerder alleen pensioenovereenkomsten uitvoert van aangemelde werknemers. DNB's standpunt heeft tot veel kritiek geleid. Naar mijn mening terecht. DNB heeft gelijk voor zover het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen betreft. Maar waarom zou een verzekeraar of ondernemingspensioenfonds verplicht zijn om pensioen uit te keren aan iemand die hij nooit heeft gekend? En waarvoor hij mogelijk ook nooit meer premies kan innen? Uit niets blijkt de juistheid van DNB's positie. De wet ondersteunt dat standpunt niet en ook uit de rechtspraak valt zo'n verbod niet op te maken.

DNB beroept zich op een wetsartikel dat de werkgever verplicht alle voor de uitvoerder relevante gegevens te verstrekken vóór het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder. Verstrekkt de werkgever deze gegevens niet, dan zou de pensioenuitvoerder normaal gesproken bevoegd zijn de uitvoeringsovereenkomst op te zeggen of de pensioenuitkering te verlagen. Daar zit volgens DNB de crux. De Pensioenwet bepaalt namelijk expliciet dat de uitvoerder die sanctiemogelijkheden niet heeft. Volgens de toezichthouder zou daaruit volgen dat pensioenuitvoerders dus geen aansprakelijkheidsuitsluiting met de aangesloten werkgever(s) mogen overeenkomen.

## Geen gehoor

DNB gaat hier te kort door de bocht. De mededelingsplicht die op de werkgever rust voorafgaande aan het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst heeft tot doel te voorkomen dat de uitvoerder zich verplicht om bepaalde risico's te dekken op basis van onjuiste aannames. De uitvoerder wil immers wel weten welk risico hij op zich neemt, voordat hij dekking verleent. Dat is van belang voor bijvoorbeeld zijn tariefstelling.

Ik sluit niet uit dat het juist is dat onder de mededelingsplicht ook het bestaan van een werknemer valt. Met andere woorden,

dat daaronder ook het 'aanmelden' valt. In dat geval is de werkgever dus wettelijk verplicht een werknemer aan te melden. Doet de werkgever dat niet, dan kan – zoals gezegd – de pensioenuitvoerder zich later niet beroepen op de wettelijke sanctiemogelijkheden; te weten het opzeggen van de overeenkomst of het verminderen van de uitkering.

Tot nu toe lijkt de gedachte van DNB nog wel juist te zijn. Waar de toezichthouder echter aan voorbij gaat, is dat de wet de pensioenuitvoerder niet verbiedt van te voren af te spreken dat hij alleen de pensioenen wenst uit te voeren van aangemelde werknemers. Ook de wettelijke mededelingsplicht verbiedt dat niet. Die wettelijke plicht heeft namelijk alleen betrekking op feiten die daadwerkelijk relevant zijn voor de pensioenuitvoerder om te beslissen of hij wel of niet de uitvoeringsovereenkomst wenst aan te gaan. Het 'aanmelden' is echter niet zo'n feit in de situatie dat de uitvoeringsovereenkomst een aansprakelijkheidsuitsluiting bevat. De uitvoerder zal immers de overeenkomst ook aangaan indien hij wel van het bestaan van de werknemer op de hoogte is (maar deze niet is aangemeld). De uitvoerder is per slot van rekening toch niet aansprakelijk. Dat de uitvoerder niet beschikt over de sanctiemogelijkheden, is dan ook niet relevant.

DNB's standpunt vindt ook geen gehoor

in de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet. Bij de totstandkoming van de Pensioenwet in 2006 bevatte één van de eerste amendementen het voorstel om wettelijk vast te leggen dat verzekeraars niet aansprakelijk zijn indien werknemers niet zijn aangemeld. De minister van SZW wilde daar toen niet aan. Hij was van mening dat zo'n wettelijke bepaling overbodig was. Een uitvoerder zou zelf contractueel kunnen vastleggen dat hij niet aansprakelijk is voor niet-aangemelde werknemers. De minister was bang dat een wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting er voor zou zorgen dat uitvoerders zich helemaal niet meer verantwoordelijk zouden voelen.

DNB's positie – en de kritiek die deze heeft opgeleverd – heeft ook de Tweede Kamer niet koud gelaten. Tweede-Kamerlid Omtzigt stelde kritische vragen daarover. Op 8 maart jongstleden antwoordde minister Kamp van SZW dat DNB's stellingname wel degelijk juist was. Feitelijk herhaalde Kamp slechts wat DNB ook suggereerde.

Naar mijn mening een gemiste kans. Het komt mij voor dat Kamp niet veel tijd heeft besteed aan de beantwoording. Temeer niet omdat ook Kamp de kern van de discussie links laat liggen. En die kern is dat ons wetstelsel is gebaseerd op contractsvrijheid. Iedereen is vrij om met elkaar af te spreken wat zij maar willen. Natuurlijk kent de wet grenzen aan die vrijheid. Afspraken mogen niet in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden. En vaak genoeg kent de wet zelf ook expliciete wetsartikelen die bepaalde afspraken verbieden. Ook de Pensioenwet kent zulke bepalingen. Zo bepaalt de Pensioenwet dat een pensioenregeling geen lagere minimale toetredingsleeftijd mag hebben dan 21 jaar. Een toetredingsleeftijd van bijvoorbeeld 25 jaar is nietig, zo bepaalt de wet expliciet. Ook bepaalt de Pensioenwet dat pensioen niet mag worden afgekocht. Spreken partijen toch af dat dat mag, dan is ook dat nietig. Het punt in deze is dat de Pensioenwet pensioenuitvoerders niet verbiedt om een aansprakelijkheidsuitsluiting overeen te komen. Wat dat betreft geldt dus (nog steeds) volledige contractsvrijheid.

Minister Kamp verwijst ter rechtvaardiging van DNB's standpunt naar de wetsgeschiedenis. Het zal niet verbazen, maar

mijns inziens valt ook daarin niet te lezen dat de wetgever pensioenuitvoerders heeft willen verbieden om een aansprakelijkheidsuitsluiting overeen te komen. Het tegenovergestelde blijkt daar juist uit. Overigens, dit onderwerp lijkt mij ook té belangrijk om te baseren op de wetsgeschiedenis. Zo'n grote inbreuk op de contractsvrijheid moet haar grondslag vinden in de wet zelf, en niet gedestilleerd worden uit enkele losse flodders uit de wetsgeschiedenis.

## *“Zo'n grote inbreuk op de contractsvrijheid mag niet gedestilleerd worden uit losse flodders.”*

Teun Huijg

### **Buiten DNB's boekje**

Behalve dat het standpunt van DNB en Kamp onjuist is, valt mij ook de rol van DNB in deze op. De toezichthouder begeeft zich voor een groot gedeelte op het terrein van het civiele recht. Dat is nu juist bij uitstek het terrein waar zij niet zoveel te zoeken heeft. DNB gaat niet over de afspraken die civiele partijen met elkaar overeenkomen. Dat is alleen anders indien er sprake zou zijn van dwin-

gend recht, maar daar is hier juist geen sprake van.

DNB doet overigens wel vaker (onjuiste) uitlatingen over onderwerpen die in beginsel niet tot haar domein horen. In februari vorig jaar meldde zij nog uitgebreid op haar website dat een pensioenfonds de voorwaardelijke toeslagregeling van gepensioneerden en slapers niet zonder meer mag wijzigen. Ook toen ging DNB ernstig de mist in. De toezichthouder stelde dat een fonds de indexatieregeling van postactieven alleen mag wijzigen indien het niet wijzigen onaanvaardbaar zou zijn. Deze norm ('onaanvaardbaarheid') hoort geenszins bij fondsen die een wijzigingsbevoegdheid in hun statuten of reglementen hebben opgenomen. Ook stelde DNB toen dat vakbonden niet namens postactieven een voorwaardelijke indexatieregeling kunnen wijzigen als die postactieven geen lid meer zijn van de vakbond. Ook dat is feitelijk onjuist, of in ieder geval wederom veel te kort door de bocht.

Eén lichtpunt: in februari 2011 meldde de toezichthouder nog wel dat zij zich terughoudend tot zeer terughoudend zou opstellen bij het toezicht op de naleving van de oorspronkelijk tussen partijen gemaakte afspraken. Immers, naleving van die afspraken betreft primair een civielrechtelijke en niet een bestuursrechtelijke kwestie, zo lichtte DNB zelf toe. Wat betreft een contractuele aansprakelijkheidsuitsluiting is de toezichthouder een stuk minder terughoudend. Op DNB's website valt te lezen dat de toezichthouder serieus zal overwegen om maatregelen in te zetten, zoals een aanwijzing en eventueel een last onder dwangsom, indien zij een aansprakelijkheidsuitsluiting aantreft in reglementen of uitvoeringsovereenkomsten.

Hoewel DNB en Kamp het ongelijk aan hun kant hebben, is het maar zeer de vraag welke uitvoerder zich daartegen zal verzetten. Het komt mij voor dat hier een schone taak is weggelegd voor de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars. ■

Teun Huijg is pensioenrechtadvocaat bij Stibbe Advocaten