

Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen

Kan dat en mag dat?

Wim Thijssen¹

Kan verworven pensioen of pensioenkapitaal eenzijdig door de pensioenuitvoerder (een verzekeraar of een pensioenfonds) worden gekort? Aanleiding voor het opwerpen van deze vraag is de indiening van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing financieel toetsingskader'² door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 23 juni 2014 met als beoogde datum voor inwerkingtreding 1 januari 2015.³ Doel van dit wetsontwerp is onder meer om abrupte omvangrijke kortingen van pensioen door pensioenfondsen te voorkomen.⁴ Pensioen(te)kortingen werden actueel doordat het afgelopen decennium sommige Nederlandse pensioenfondsen tot rechtenkorting (korting van pensioenaanspraken en ingegane pensioenen) moesten overgaan.⁵ Het wetsontwerp ziet op pensioenfondsen, maar de opgeworpen vraag wordt ook voor verzekeraars beantwoord.

Inleiding

Nederland kent eerste, tweede en derde pijler pensioenen. Eerste pijler pensioenen zijn de wettelijke pensioenen ontleend aan de sociale zekerheidswetgeving (de AOW, de Anw en de WIA). Tweede pijler pensioenen zijn de collectieve arbeidsgelateerde pensioenen. Derde pijler pensioenen zijn individueel geregelde pensioenen.⁶ Dit artikel beperkt zich tot pensioenen in de tweede pijler. Pensioenen in de tweede pijler worden uitgevoerd door pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen uit een andere lidstaat.⁷ Pensioenuitvoerders zijn verzekeraars met een zetel in Nederland, pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen. Pensioenfondsen kunnen worden onderscheiden in al dan niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, beroepspensioenfondsen die al dan niet verplicht gestelde beroepspensioenregelingen uitvoeren⁸ en ondernemingspensioenfondsen.⁹ Pensioenuitvoerders kunnen drie typen pensioenovereenkomsten uitvoeren: uitkeringsovereenkomsten, kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten.¹⁰

Dit artikel heeft betrekking op uitkeringsovereenkomsten. Dat zijn pensioenovereenkomsten waaraan vanaf aanvang van de pensioenovereenkomst een vastgestel-

de pensioenuitkering (dat wil zeggen: vastgesteld in een bedrag in geld)¹¹ wordt ontleend. Het meest voorkomende type uitkeringsovereenkomst is momenteel de zogenaamde 'middelloonregeling'. De vastgestelde pensioenuitkering is bij dat type uitkeringsovereenkomst een afgeleide van het gemiddeld gedurende de arbeidzame periode genoten salaris.¹² De vraag is of de vastgestelde pensioenuitkering door de verzekeraar of het pensioenfonds kan worden gekort. Dit artikel heeft verder betrekking op kapitaalovereenkomsten. Dat zijn pensioenovereenkomsten waaraan tot de pensioendatum aanspraak op een vastgesteld kapitaal wordt ontleend. Vanaf de pensioendatum wordt daaraan een vastgestelde pensioenuitkering ontleend doordat het kapitaal wordt aangewend voor het verzekeren van pensioen. De vraag is of tot de pensioendatum het vastgestelde kapitaal, vanaf de pensioendatum de vastgestelde pensioenuitkering door de verzekeraar of het pensioenfonds kan worden gekort. Dit artikel heeft tot slot ook betrekking op premieovereenkomsten. Dat zijn overeenkomsten op basis waarvan gedurende de verwervingsfase premie beschikbaar wordt gesteld. Die premie kan worden belegd voor risico van de deelnemer aan de premieregeling, worden aangewend voor het verzekeren

van een vastgesteld kapitaal of voor het verzekeren van een vastgesteld pensioenuitkering. Indien de premie wordt belegd of wordt aangewend voor het verzekeren van een vastgesteld kapitaal, wordt op de pensioendatum een vastgestelde pensioenuitkering aangekocht. De vraag is of de verzekeraar het pensioenfonds gedurende de periode tot de pensioendatum het vastgestelde kapitaal of de vastgestelde pensioenuitkering kan korten, en of de op de pensioendatum aangekochte vastgestelde pensioenuitkering kan worden gekort.¹³

Dit artikel beperkt zich voorts tot verzekeraars en pensioenfondsen. Premiepensioeninstellingen blijven buiten beschouwing omdat deze geen risicodragers voor vastgesteld pensioenkapitaal of vastgestelde pensioenuitkeringen mogen zijn.¹⁴ Pensioeninstellingen uit andere lidstaten blijven buiten beschouwing omdat het wetsvoorstel Wet aanpassing financieel toetsingskader in beginsel geen extraterritoriale werking heeft.¹⁵ Werkgevers die pensioenovereenkomsten met hun werknemers sluiten, zijn verplicht deze pensioenovereenkomsten onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Dat geschiedt op basis van een overeenkomst die met de term uitvoeringsovereenkomst wordt aangeduid.¹⁶ Het eenzijdig verlagen van verworven pensioen door een pensioenuitvoerder wordt met de term 'rechtenkorting' aangeduid. Beantwoording van de vraag of rechtenkorting door pensioenuitvoerders is geoorloofd vindt hierna plaats vanuit het EU-recht respectievelijk vanuit Nederlands recht. De zoektocht naar het antwoord op die vraag zal een toch wel opmerkelijk resul-

taat opleveren. Hierna zal blijken dat verzekeraars zowel op grond van het EU-recht als Nederlands recht niet zelfstandig de bevoegdheid hebben om tot rechtenkorting over te gaan, maar dat dit nergens met zoveel woorden is vastgelegd. Wel is geregeld dat bevoegde instanties van de lidstaten op grond van de wetgeving van de lidstaten zo nodig bij verzekeraars kunnen ingrijpen. Rechtenkorting door die instanties is in dit verband een mogelijke ingreep. Voor pensioenfondsen ligt dit anders. Het EU-recht laat de kwestie van de bevoegdheid tot rechtenkorting door pensioenfondsen open. Het Nederlandse recht geeft pensioenfondsen de bevoegdheid om als ultimum remedium tot rechtenkorting over te gaan.

Rechtenkorting door verzekeraars

In dit onderdeel wordt de vraag beantwoord of wetgeving verzekeraars mag toestaan om verzekerde pensioenen eenzijdig te wijzen, oftewel: om eenzijdig tot rechtenkorting over te gaan.

Het EU-recht; overzicht

De in dit artikel opgeworpen vraag dient vanuit het EU-recht te worden beantwoord aan de hand van de op verzekeraars toepasselijke EU-richtlijnen. Dat zijn de zogenaamde Eerste levensrichtlijn uit 1979,¹⁷ de Tweede levensrichtlijn uit 1990,¹⁸ de Derde levensrichtlijn uit 1992,¹⁹ de Sanerings- en liquidatierichtlijn voor verzekeringsondernemingen uit 2001,²⁰ de Richtlijn betreffende levensverzekering uit 2002 (Solvabiliteit I)²¹ waarin de

Auteur

1. Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten (www.pensioenadvocaten.nl) en is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht (te vinden via www.rechten.vu.nl onder de tab onderzoek, expertisecentra). Met dank aan prof. dr. E. Lutjens voor zijn opmerkingen bij het concept voor dit artikel.

Noten

2. Kamerstukken 33972.

3. Zie de Planningsbrief pensioenen van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 februari 2014, kenmerk: 2014-0000012658 en Kamerstukken II 2013/14, 33972, 5 waarin aan deze datum wordt vastgehouden.

4. Kamerstukken II 2013/14, 33972, 3, p. 12.

5. Zie de lijst te vinden via www.pensioenfederatie.nl/_downloads/Lijst_verlagingen_2013.pdf. Zie verder W.P.M. Thijssen, 'Pensioen (te)kortten', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 915-950.

6. Zie bijv. vanuit de praktijk 'Pensioenfederatie, Het Nederlandse pensioensysteem, Een overzicht van de belangrijkste aspecten', p. 9-13, te vinden via www.pensioenfederatie.nl en vanuit de wetenschap G.J.B.

Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1994, hfdst. 3.

7. Zie de definities van de begrippen 'pensioenuitvoerder' en 'pensioeninstelling uit een andere lidstaat' in art. 1 PW.

8. Beroepspensioenfondsen zijn bevoegd om pensioen van beroepsbeoefenaars in loondienst en van zelfstandige beroepsbeoefenaars uit te voeren. Het pensioen van die laatste groep is wel arbeidsgelateerd, maar niet gerelateerd aan een arbeidsovereenkomst. Zie de definitie van 'beroepsgeenoot' in art. 1 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Ook kunnen zelfstandigen verplicht zijn tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, zie art. 3, lid 2 PW. Voor het onderwerp van dit artikel zijn deze nuances niet relevant omdat het in dit artikel eenmaal bij een verzekeraar of een pensioenfonds ondergebrachte pensioenen betreft.

9. Zie voor een korte beschrijving van de diverse pensioenuitvoerders H. van Meerten & H.W.P. van den Hout, 'De pensioenaanbieder: nationaal en internationaal', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, § 3.4.

10. Zie voor een beschrijving vanuit de praktijk Pensioenfederatie, t.a.p., p. 23-24 en voor een beschrijving vanuit de weten-

schap I. Witte, 'Pensioenbegrip en pensioenkarakter', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, § 2.9.

11. Zie E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, § 4.5.1.

12. Voor een (cijfermatige) beschrijving zij verwezen naar *Pensioen Almanak 2014*, Amsterdam: Elsevier Nextens 2014, § 24.3.

13. Zie voor een beschrijving van de typen pensioenovereenkomsten *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 32-33.

14. Zie H. van Meerten & H.W.P. van den Hout, t.a.p., 3.4.2.3.1. Zie de definitie van de premiepensioeninstelling in art. 1 Wft.

15. Dit zou anders kunnen zijn in geval van toepassing van art. 20 lid 1 van Richtlijn 2003/41 van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEU* 23 september 2003, L 235, p. 10-21 (de pensioenfondsenrichtlijn waarover verder art. 98a PW en art. 194-202 PW.

16. Art. 23 lid 1 PW. Bij verplichte deelneming pleegt geen uitvoeringsovereenkomst te worden gesloten maar geldt een uitvoeringsreglement, art. 23 lid 2 PW.

17. Eerste richtlijn van de Europese Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, *PbEG* 13 maart 1979, L 63, p. 1-18.

18. Tweede richtlijn van de Europese Raad van 8 november 1990 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, *PbEG* 29 november 1990, L 330, p. 50-61.

19. Derde richtlijn van de Europese Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267 en 90/619/EEG, *PbEG* 9 december 1992, L 360, p. 1-27.

20. Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, *PbEG* 20 april 2001, L 110, p. 28-39.

21. Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *PbEG* 19 december 2002, L 345, p. 1-51.



levensrichtlijnen zijn opgegaan als nadien weer gewijzigd bij de Richtlijn inzake deelnemingen in de financiële sector uit 2007,²² en tot slot de Richtlijn inzake Solvabiliteit II uit 2009²³ waarin de Richtlijn betreffende levensverzekering uit 2002 (Solvabiliteit I) en de Sanerings- en liquidatierichtlijn voor verzekeringsondernemingen uit 2001 weer zijn opgegaan. Richtlijn Solvabiliteit II kent een vervolg in de zogenaamde Omnibus II Richtlijn op grond waarvan de solvabiliteitseisen van Richtlijn Solvabiliteit II voor kleine verzekeraars worden verzacht.²⁴ De richtlijn betreffende levensverzekering bepaalde dat de Eerste, Tweede en Derde levensrichtlijn weliswaar werden ingetrokken, maar wel degelijk in de wetgeving van de lidstaten dienden te zijn geïmplementeerd en dienden te worden toegepast.²⁵ De Richtlijn Solvabiliteit II bepaalt dat omzetting in de nationale wetgeving van de lidstaten

Kortom: het EU-recht geeft een welhaast onontwarbare kluwen van regels

slechts noodzakelijk is, voor zover de richtlijn een materiële wijziging inhoudt van de eerdere richtlijnen.²⁶ Het overgangsrecht was vergelijkbaar met dat van de Richtlijn betreffende levensverzekering: weliswaar werden de Sanerings- en liquidatierichtlijn uit 2001 en de Richtlijn betreffende levensverzekering uit 2002 ingetrokken, maar dat bevrijdde de lidstaten niet van hun verplichting tot implementatie.²⁷ Kortom: het EU-recht geeft een welhaast onontwarbare kluwen van regels waarop hierna summier wordt ingegaan, toegespitst op de vraag of verzekeraars eenzijdig tot rechtenkorting bevoegd zijn.

Het EU-recht; Richtlijn Solvabiliteit II

Het EU-recht kent in de Richtlijn Solvabiliteit II de volgende waarborgregels ten behoeve van verzekeringnemers of begunstigen uit hoofde van levensverzekering: vergunningplicht en toezicht,²⁸ governanceverplichtingen,²⁹ informatie- en inlichtingverplichtingen ten opzichte van verzekeringnemers of begunstigen uit levensverzekering,³⁰ de 'prudent person'-regel (beleggen in het belang van de belanghebbenden bij de verzekering)³¹ en financiële verplichtingen met sancties bij niet voldoening en sanerings- en liquidatievoorschriften. Die sancties lopen op van een meldingsplicht, naar de bevoegdheid van de toezichthouder om de verzekeraar de vrije beschikking over de activa te ontnemen, de verplichte indiening bij de toezichthouder van een saneringsplan bij gebrekkige solvabiliteit, de indiening van een kortetermijnplan wanneer niet meer aan het minimumkapitaalvereiste is voldaan, het treffen door de toezichthouder van maatregelen die nodig zijn om de belangen van verzekeringnemers te beschermen en het intrekken van de vergunning.³² De wetgeving van de lidstaten kan de mogelijkheid inhouden dat de toezichthouder een bewindvoerder over de verzekeraar benoemt of dat deze wordt geliquideerd (nadat sane-

ring is gepoogd of zonder dat eerst is getracht tot sanering te komen).³³

Wat de financiële verplichtingen van een verzekeraar betreft geldt dat verzekeraars toereikende voorzieningen moeten aanhouden. In de elkaar opvolgende Levensrichtlijnen werd deze norm achtereenvolgens steeds verder uitgewerkt. De Eerste levensrichtlijn beperkte zich tot deze open norm.³⁴ In de Tweede levensrichtlijn werd dit enigszins aangescherpt. De voorzieningen moesten worden vastgesteld volgens door de lidstaat wettelijk voorgeschreven normen of binnen de lidstaat geldende gebruiken. Bovendien dienden de voorzieningen door activa te zijn gedekt.³⁵ De Derde levensrichtlijn ging veel verder: de lidstaten dienden een maximaal te hanteren rekenrente voor te schrijven om te voorkomen dat verzekeraars te optimistische veronderstellingen omtrent de rente op de lange termijn zouden hanteren.³⁶ De Richtlijn Solvabiliteit II gaat nog veel verder. De voorzieningen van een verzekeraar moeten voldoende zijn om de verplichtingen op elk moment aan een andere verzekeraar te kunnen overdragen. Anders gezegd: de voorzieningen moeten ten minste gelijk zijn aan het bedrag dat een andere verzekeraar (de referentieverzekeraar) als koopsom zou bedingen voor het overnemen van de verplichtingen van de verzekeraar.³⁷ Verder geldt een solvabiliteitsvereiste inhoudend dat de uitkeringen die een verzekeraar verzekert met 'redelijke zekerheid' zullen kunnen worden verstrekt.³⁸ Ook geldt een minimumkapitaalvereiste.³⁹

Het EU-recht; voorrangrechten

Wat voorrangrechten betreft kan de wetgeving van de lidstaten op twee wijzen worden ingericht:

22. Richtlijn 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector, *PbEU* 21 september 2007, L 247, p. 1-16.

23. Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het Verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (herschikking), *PbEU* 17 december 2009, L 335, p. 1-155.

24. Richtlijn 2010/78/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/6/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2009/65/EG wat de bevoegdheden van de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen

en bedrijfspensioenen) en de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten) betreft, *PbEU* 15 december 2010, L 331, p. 120-161.

25. Zie art. 72 van de Richtlijn en bijlage V.

26. Zie overweging 135 van de considerans op de richtlijn.

27. Aldus art. 310 van de richtlijn en bijlage VI.

28. Overweging 8 van de considerans op de richtlijn en art. 14v.

29. Overweging 29v. van de considerans op de richtlijn en art. 41-50.

30. Art. 185 en 186 van de richtlijn.

31. Art. 132 van de richtlijn.

32. Art. 136-144 van de richtlijn.

33. Art. 269-295 van de richtlijn, zie met name art. 269, lid 2 daarvan.

34. Art. 17 lid 1 Eerste levensrichtlijn.

35. Art. 24 Tweede levensrichtlijn.

36. Zie art. 18 Derde levensrichtlijn.

37. Overweging 53v. van de considerans op de richtlijn, art. 76-86 van de richtlijn.

38. Overwegingen 60 en 62 van de considerans op de richtlijn en art. 100v. van de richtlijn.

39. Art. 128v. van de richtlijn.



Hoewel het nergens met zoveel woorden in de diverse richtlijnen staat, hebben verzekeraars niet de bevoegdheid om verzekerde uitkeringen zelfstandig te korten

- Vorderingen uit hoofde van verzekering zijn absoluut bevoorrecht boven alle andere vorderingen tot het bedrag van de activa aangehouden ter dekking van de verzekeringsverplichtingen, in dit verband spreekt de richtlijn van 'ring-fenced funds' (de verzekeraar dient dan een 'speciaal register' aan te houden waarin is geadministreerd welke de activa ter dekking van de verzekeringsverplichtingen zijn);⁴⁰
- Vorderingen uit hoofde van verzekering zijn bevoorrecht op het totale vermogen van de verzekeraar met als uitzonderingen loonvorderingen van werknemers, fiscale vorderingen en vorderingen van uitvoerders van sociale zekerheidsregelingen en vorderingen waarvoor een zakelijk recht op bepaalde activa van de verzekeraar is gevestigd.⁴¹

Hoewel het nergens met zoveel woorden in de diverse richtlijnen staat, hebben verzekeraars niet de bevoegdheid om verzekerde uitkeringen zelfstandig te korten. Het EU-recht geeft de lidstaten niet de mogelijkheid om in hun wetgeving te bepalen dat verzekeraars de bevoegdheid hebben om zelfstandig eenzijdig tot rechtenkorting over te gaan. Indien rechtenkorting noodzakelijk is, staat het EU-recht slechts toe dat daartoe in het kader van sanering wordt besloten door de toezichthouder⁴² of in het kader van liquidatie door de liquidator(en). Opmerking verdient nog dat de wetgeving strekkend tot implementatie van Richtlijn Solvabiliteit II nog niet volledig in werking is getreden. De bepalingen uit de richtlijn die hierna het meest relevant zullen blijken te zijn, golden echter al op grond van de eerdere genoemde richtlijnen die wel zijn geïmplementeerd.⁴³

Het Nederlandse recht; overzicht

Het EU-recht is geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft), het op delegatiebepalingen in de Wft rustende Besluit prudentiële regels Wft (het Besluit) en de op delegatiebepalingen uit dat besluit voortvloeiende Regeling Solvabiliteitsmarge en technische voorzieningen (de Regeling). Kort weergegeven dienen verzekeraars die onder Nederlands toezicht staan over een minimum vermogen te beschikken,⁴⁴ dienen zij bepaalde bedragen in een garantiefonds aan te houden,⁴⁵ gelden minimumeisen voor de solvabiliteit⁴⁶ en dienen de technische voorzieningen toereikend te zijn.⁴⁷ De kernbepaling is artikel 3:67 lid 1 Wft. Daar is bepaald dat verzekeraars ter dekking van hun verzekeringsverplichtingen 'toereikende technische voorzieningen' moeten aanhouden die 'volledig door waarden' moeten zijn gedekt.

Het Nederlandse recht; aanhouden van toereikende voorzieningen

Geheel in lijn met de relevante EU-richtlijnen kan een verzekeraar niet zelf ingrijpen wanneer de verplichting om

toereikende voorzieningen en daarop afgestemde beleggingen aan te houden niet kan worden nagekomen. Dat staat nergens met zoveel woorden, maar volgt uit artikel 3:67 lid 1 Wft. Rechtenkorting door een verzekeraar zou immers schending van die bepaling inhouden.

Het Nederlandse recht; bestuursdwang, noodregeling en faillissement

Zelfstandige rechtenkorting door een verzekeraar is niet mogelijk, maar De Nederlandsche Bank (DNB) kan ingrijpen indien een verzekeraar niet aan zijn verzekeringsverplichtingen kan voldoen. DNB kan in het kader van saneringsmaatregelen bestuursdwang uitoefenen door het geven van aanwijzingen⁴⁸ of, indien onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, door een curator te benoemen.⁴⁹ In het uiterste geval kan DNB in het kader van saneringsmaatregelen de Rechtbank Amsterdam verzoeken om de noodregeling over een verzekeraar uit te spreken. De rechtbank benoemt dan een rechter-commissaris en een bewindvoerder of bewindvoerders. DNB kan de rechtbank (eventueel als onderdeel van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling of na het uitspreken daarvan) verzoeken om een plan voor overdracht van de verzekeringsverplichtingen aan een andere verzekeraar of andere verzekeraars goed te keuren. In het kader van overdracht worden de middelen ter dekking van de technische voorzieningen, gevormd voor de overgedragen verzekeringsverplichtingen, overgedragen.⁵⁰ Dat betekent dat de rechten na overdracht lager kunnen uitvallen indien deze middelen onvoldoende zijn om de oorspronkelijke rechten bij de overnemende verzekeraar onder te brengen, zodat de overdracht feitelijk tot rechtenkorting leidt.⁵¹ Premie 'bijvragen' om dat te voorkomen is niet toegestaan.⁵² Indien overdracht van de verzekeringsverplichtingen niet haalbaar blijkt (omdat geen andere verzekeraar of verzekeraars wordt c.q. worden gevonden die bereid is c.q. zijn tot het overnemen van de verplichtingen van de verzekeraar die met tekorten kampt), kan de bewindvoerder of kunnen de bewindvoerders tot rechtenkorting overgaan.⁵³ Indien het eigen vermogen van een verzekeraar negatief is en DNB van mening is dat de noodregeling geen soelaas biedt voor het oplossen van de tekorten van de verzekeraar, kan DNB als liquidatiemaatregel het faillissement van de verzekeraar verzoeken. In geval van faillissement geldt een bijzonder rangorderegeling voor verhaal van vorderingen op de boedel van de failliete levensverzekeraar. Deze volgt de hiervoor na de tweede bullet beschreven mogelijkheid die het EU-recht biedt. Ook in het kader van faillissement van een verzekeraar kan tot rechtenkorting worden overgegaan.⁵⁴ Samengevat: verzekeraars kunnen nimmer zelfstandig tot rechtenkorting overgaan. In het kader van toepassing van de noodregeling kan de bewindvoerder of kunnen de bewindvoerders als uiterste noodmaatregel (indien portefeuilleoverdracht niet haal-

baar blijkt) wel tot rechtenkorting overgaan. Hetzelfde geldt voor de curator(en) in faillissement van de verzekeraar.⁵⁵

Het Nederlandse recht; zakelijke rechten

De Richtlijn Solvabiliteit II houdt in navolging van de sanerings- en liquidatierichtlijn in dat zakelijke rechten van schuldeisers of derden op goederen van een verzekeraar in een andere lidstaat volgens de wetgeving van de lidstaten dienen te worden gerespecteerd.⁵⁶ Het beginsel dat zakelijke rechten dienen te worden gerespecteerd, heeft in het Nederlandse recht bij toepassing van de noodregeling zijn weerslag gevonden in artikel 3:176 lid 5 en 6 Wft en in het kader van faillissement van een levensverzekeraar in artikel 213m lid 3 Fw. Wat dat laatste artikelid betreft blijkt dit uit de aanhef van het betreffende lid.⁵⁷ In het systeem van het Nederlandse recht zijn pand- en hypotheekhouders separatisten. Deze bijzondere positie van pand- en hypotheekhouders wordt in het kader van toepassing van de noodregeling op een verzekeraar of het faillissement van een verzekeraar gerespecteerd.

Deze door het EU-recht en het Nederlandse recht gewaarborgde positie van pand- en hypotheekhouders lijkt mogelijkheden te bieden voor het creëren van extra zekerheid wanneer sprake is van een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot. Dat zijn uitvoeringsovereenkomsten waarbij de activa die de verzekeraar aanhoudt ter dekking van de pensioenverplichtingen van de verzekeraar jegens de werknemers en gewezen werknemers van de werkgever die als verzekeringnemer optreedt separaat worden geadmistreerd.⁵⁸ Deze separate administratie heeft niet tot gevolg dat voor de (gewezen) werknemers van de betreffende werkgever een bijzondere positie ontstaat. In de eerste plaats is in die situatie geen sprake van ringfencing als bedoeld in over-

weging 49 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II. Die mogelijkheid van ringfencing ziet namelijk op de mogelijkheid geboden in artikel 275 lid 1 aanhef en onder a van die richtlijn voor een voorrecht van verzekeringnemers op de activa aangehouden ter dekking van technische voorzieningen corresponderend met de verplichtingen van de verzekeraar jegens hen. Nederland heeft echter niet voor dat systeem gekozen. In de tweede plaats is in die situatie geen sprake van bevoorrechtiging. Uit artikel 3:276 BW volgt immers als hoofdregel dat een debiteur met zijn hele vermogen instaat voor al zijn schulden. Dit geldt ook voor verzekeraars, daar de wet geen bijzondere uitzondering voor verzekeraars kent. Deze regeling impliceert dat geen 'waterdichte schotten' rond een dergelijk gesepareerd beleggingsdepot kunnen worden gezet en dat ringfencing als bedoeld in overweging 49 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II niet mogelijk is behoudens de mogelijkheid van achterstelling in de zin van artikel 3:277 lid 2 BW. Dergelijke achterstelling is vanuit praktisch oogpunt ook niet mogelijk. Dan zouden immers alle andere werkgevers/verzekeringnemers (ook toekomstige) akkoord moeten gaan dat hun vorderingen en de vorderingen van hun (gewezen) werknemers uit hoofde van gesloten pensioenverzekeringen zouden zijn achtergesteld op overeenkomende vorderingen van de werkgever en zijn (gewezen) werknemers die een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot hebben gesloten.⁵⁹ Wel lijkt het mogelijk dat de werkgever die een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot sluit bezitloos pandrecht⁶⁰ bedingt op de activa die door de verzekeraar binnen het gesepareerd beleggingsdepot worden aangehouden. Die mogelijkheid lijkt te volgen uit artikel 286 van Richtlijn Solvency II als geïmplementeerd in artikel 213m lid 3 aanhef: '... en behoudens vorderingen door pand of hypotheek

40. Art. 275 lid 1 aanhef en onder a van de richtlijn en art. 276 daarvan. Zie wat de ring-fenced funds betreft overweging 49 van de considerans op de richtlijn.

41. Art. 275 lid 1 aanhef en onder b van de richtlijn.

42. Zie art. 141 van de richtlijn met het oog op tekorten, art. 269 lid 1 van de richtlijn met het oog op rechtenkorting als saneringsmaatregel (niet met zoveel woorden genoemd) en art. 275 (de voorrangregeling) in het kader van liquidatie van een verzekeraar.

43. Zie wat de inwerkingtreding van onderdelen van Richtlijn Solvabiliteit II betreft het Besluit van 13 december 2012, *Stb.* 2012, 693, het Besluit van dezelfde datum, *Stb.* 2012, 679 en het Besluit van 11 december 2013, *Stb.* 2013, 552. Zie voorts de memorie van toelichting bij consultatieversie van het voorstel van Wet implementatie Omnibus II-richtlijn, te vinden via www.internetconsultatie/omnibus.

44. Art. 3:53, 3:54, lid 3, 3:55, lid 2 en 3:55a, lid 2 Wft en art. 48v. Besluit.

45. Art. 3:54, lid 3 en 3:55, lid 2 Wft en art. 54v. Besluit.

46. Art. 3:57, lid 2 Wft en art. 59v. Besluit.

47. Art. 3:57, lid 2 en met name art. 3:67, lid 1 Wft en art. 114v. Besluit.

48. Art. 1:75, lid 2 Wft.

49. Art. 1:76, lid 3 Wft.

50. Zie art. 3:195 lid 1 Wft en art. 3:196 Wft.

51. De bewindvoerders kunnen tot rechtenkorting overgaan op basis van een bijzondere machtiging van de rechtbank als bedoeld in art. 3:195, lid 1, onder a Wft.

52. Art. 3:195, lid 7 Wft.

53. Dit volgt uit art. 3:163 Wft mits de machtiging mede strekt tot liquidatie.

54. De hier summier beschreven regeling is opgenomen in art. 3:160v Wft. De mogelijkheid tot rechtenkorting op basis van art. 3:163 Wft bij liquidatie c.q. op basis van art. 3:195, lid 1 onder a Wft bij portefeuilleoverdracht bij toepassing van de noodregeling vindt grondslag in art. 3:176 lid 1 Wft. De mogelijkheid tot rechtenkorting in het kader van faillissement volgt uit art.

213m Fw. De bijzondere rangorderegeling volgt uit art. 213m lid 3 Wft.

55. Zie ook N. Lavrijsen, 'Sanering en liquidatie van verzekeraars', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2011, 13(4), p. 87-94.

56. Art. 286 van Richtlijn Solvabiliteit II in navolging van art. 20 lid 1 van de Sanerings- en liquidatierichtlijn.

57. Verwezen wordt naar de tekst: 'Onverminderd het bepaalde in het eerste lid en behoudens vorderingen door pand of hypotheek gedekt ...'.

58. Zie voor een beschrijving van een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot de annotatie van de hand van de auteur van dit artikel onder Rb. Amsterdam 28 augustus 2013, *PJ* 2013/172 onder het kopje 'Casus; gesepareerd beleggingsdepot'.

59. De betreffende (gewezen) werknemers en hun nabestaanden zouden vanuit hun hoedanigheid van begunstigde voor het pensioen ook akkoord moeten gaan. Dat akkoord zou kunnen worden verkregen door de regeling te laten doorwerken in de

pensioenovereenkomsten die met deze (gewezen) werknemers worden aangegaan.

In de praktijk lijkt dit echter onuitvoerbaar omdat de verzekeraar deze doorwerking voor de hele portefeuille zou moeten bewaken (ten opzichte van bestaande verzekeringnemers en toekomstige). Bovendien: bestaande verzekeringnemers en hun (gewezen) werknemers zouden alsnog met de achterstelling akkoord moeten gaan. Daartoe zullen zij zonder compensatie niet bereid zijn. Eenzijdig ingrijpen door de verzekeraar op grond van art. 6:248 lid 2 BW lijkt ook niet tot de mogelijkheden te behoren daar het belang van de werkgever en zijn (gewezen) werknemers om de achterstelling niet te accepteren in het licht van de onaanvaardbaarheidstoets ongetwijfeld zwaarder zal wegen dan het belang van de potentiële verzekeringnemer die de achterstelling wenst.

60. Art. 3:237 lid 1 BW.

gedekt'. Bij toepassing van de noodregeling of bij faillissement van de verzekeraar kan de werkgever zijn positie van separatist⁶¹ uitoefenen indien bezitloos pandrecht op het gesepareerd beleggingsdepot zou zijn bedongen. Dat betekent dat indien en voor zover de binnen het gesepareerd beleggingsdepot aangehouden middelen toereikend zijn,⁶² de dekking van de pensioenverplichtingen van de verzekeraar ten opzichte van de (gewezen) werknemers van de betreffende werkgever, de pensioenrechten van die (gewezen) werknemers niet hoeven, en als gevolg van het pandrecht ook niet kunnen, worden gekort door de bewindvoerder(s) in het kader van toepassing van de noodregeling en de curator bij faillissement.⁶³

Het Nederlandse recht; de onaanvaardbaarheidstoets

De gedachte zou kunnen rijzen dat een verzekeraar naar Nederlands recht zelfstandig tot rechtenkorting zou kunnen overgaan op de voet van artikel 6:248 BW, waarin de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking is gebracht. Deze gedachte zou kunnen rijzen als ongewijzigde nakoming van gesloten verzekeringsovereenkomsten voor de verzekeraar tot 'onaanvaardbare' gevolgen leidt, bijvoorbeeld het faillissement van de verzekeraar. De gedachte is dan dat het belang van de verzekeraar bij rechtenkorting zwaarder zou moeten wegen dan het belang van de verzekeringnemers c.q. de begunstigen uit hoofde van de verzekerde uitkeringen gezien het alternatief: het faillissement van de verzekeraar. Dit zou betekenen dat een verzekeraar die niet over toereikende voorzieningen beschikt, het 'habe nichts'-verweer zou kunnen voeren om aan zijn verplichtingen te ontkomen. Het lijkt mij echter ondenkbaar dat een dergelijk door een verzekeraar gehanteerd standpunt stand houdt, daar de wet nu juist voorziet in een bijzondere regeling voor verzekeraars met tekorten. Het EU-recht en de Nederlandse wetgeving maken rechtenkorting als ultimum remedium mogelijk, maar de positie van de verzekeringnemers c.q. begunstigen voor verzekerde uitkeringen is met de waarborg omkleed dat de verzekeraar niet zelfstandig kan besluiten om tot rechtenkorting over te gaan.⁶⁴

Het voorafgaande zou slechts dan anders kunnen liggen indien eenzijdige rechtenkorting onder bepaalde omstandigheden bij aanvang van een verzekeringsovereenkomst is overeengekomen. In die situatie is echter geen sprake van eenzijdige rechtenkorting in strijd met de verzekeringsovereenkomst, maar van eenzijdige rechtenkorting die vooraf is overeengekomen indien zich bepaalde omstandigheden voordoen. Dan rest slechts de toets of die omstandigheden zich daadwerkelijk voordoen. De grens die moet worden getrokken is of de verzekering nog voldoet aan de eis van onzekerheid van artikel 7:925 lid 1 BW en aan het vereiste van kans op voor- of nadeel voortvloeiend uit de Wft.⁶⁵

Het Nederlandse recht; rechtenkorting in het licht van het verzekeringsrecht

Een verdere vervolgvraag is of zelfstandige rechtenkorting door verzekeraars, indien mogelijk, zich wel zou verhouden tot het verzekeringsrecht. Die vraag is onlangs actueel geworden in het kader van het voornemen om een nieuwe type pensioenovereenkomst in te voeren, de zogenaamde reële ambitieovereenkomst.⁶⁶ De essentie van die vorm van

pensioenovereenkomst was dat de pensioenen die daaraan zouden worden ontleend voorwaardelijk zouden zijn (afhankelijk van het beleggingsresultaat op de achterliggende beleggingen en de levensverwachting). De vraag rees of verzekeraars dit type pensioenovereenkomst zouden kunnen uitvoeren. Uit onderzoek blijkt, sterk vereenvoudigd weergegeven, dat dit mogelijk zou moeten zijn, mits sprake zou blijven van een bepaalde mate van risico voor de verzekeraar (bijvoorbeeld langlevensrisico).⁶⁷ Een essentieel verschil met de vraagstelling van dit artikel is echter dat het bij de reële ambitieovereenkomst ging om aanpassingen van pensioen die in de pensioenovereenkomst waren voorzien. Die zouden onder voorwaarden mogelijk zijn. In dit artikel gaat het echter om niet vooraf overeengekomen zelfstandige korting van rechten door verzekeraars. Die is, gezien het voorgaande, niet toegestaan.⁶⁸

Rechtenkorting door pensioenfondsen

In dit onderdeel wordt geanalyseerd of pensioenfondsen bevoegd zijn om pensioenrechten en verworven pensioenaanspraken eenzijdig te korten. Net zoals hiervoor bij verzekeraars het geval was, wordt deze vraag eerst beantwoord aan de hand van het EU-recht. Vervolgens wordt de vraag aan de hand van Nederlands recht beantwoord.

Het EU-recht; overzicht

Met het oog op het onderwerp van dit artikel is de zogenaamde IORP-richtlijn of Pensioenfondsenrichtlijn uit 2003 van belang.⁶⁹ De Pensioenfondsenrichtlijn kent voorschriften die zeer vergelijkbaar zijn met de voorschriften van de Levensrichtlijnen voor verzekeraars. De Pensioenfondsenrichtlijn beoogt toekomstige gepensioneerden een

De Pensioenfondsenrichtlijn kent voorschriften die zeer vergelijkbaar zijn met de voorschriften van de levensrichtlijnen voor verzekeraars

hoge mate van zekerheid te bieden dat zij hun pensioen zullen ontvangen.⁷⁰ De activa van een pensioenfonds moeten met het oog op faillissement van de aangesloten werkgever van die werkgever zijn afgescheiden.⁷¹ De deelnemer aan een pensioenregeling loopt bij faillissement het risico dat hij zijn baan kwijtraakt. Voorkomen moet worden dat hij dan ook zijn pensioen kwijtraakt.⁷² De technische voorzieningen van een pensioenfonds dienen daarom op 'prudente' wijze te worden berekend op basis van erkende actuariële methodes rekening houdend met een prudent gekozen maximale rentevoet.⁷³ Deze beginselen zijn in de Pensioenfondsenrichtlijn uitgewerkt. De Pensioenfondsenrichtlijn schrijft voor dat de pensioenverplichtingen van een pensioenfonds op juiste wijze worden berekend zodat deze zijn afgestemd op de pensioenover-

eenkomsten die bij de pensioenuitvoerder zijn ondergebracht.⁷⁴ De voorzieningen die het pensioenfonds aanhoudt ter dekking van de op de 'juiste' wijze berekende pensioenverplichtingen dienen 'toereikend' te zijn.⁷⁵ De open norm van toereikendheid is in de Pensioenfondsrichtlijn geconcretiseerd: de maximale rekenrente moet op prudente wijze worden bepaald⁷⁶ en de sterftetafels die worden toegepast dienen te worden gebaseerd op 'prudente' beginselen.⁷⁷ Tegenover de aldus berekende pensioenverplichtingen en technische voorzieningen dient een pensioenuitvoerder over 'voldoende en passende activa' te beschikken ter dekking van de pensioenverplichtingen.⁷⁸ Indien een pensioenuitvoerder lang leven risico dekt doordat uitkeringen worden gegarandeerd, dient over een buffer te worden beschikt. De buffer dient te zijn afgestemd op de aard van de pensioenovereenkomsten die worden uitgevoerd en de aard van de activa die worden aangehouden ter dekking van de pensioenverplichtingen.⁷⁹ De wetgeving van de lidstaten dient de toezichthouder de bevoegdheid te geven om 'alle maatregelen' te nemen met het oog op onregelmatigheden die de pensioenen in gevaar kunnen brengen.⁸⁰ De wetgeving van de lidstaten dient de toezichthouder ook de mogelijkheid te geven om de vrije beschikking van het pensioenfonds over de activa te beperken of het pensioenfonds deze te ontnemen, met name wanneer de voorzieningen niet toereikend zijn of wanneer niet meer wordt beschikt over het voorgeschreven eigen vermogen (indien de wetgeving van de lidstaat een minimum eigen vermogen voorschrijft).⁸¹ Tot slot dient de wetgeving van de lidstaten in te houden dat de toezichthouder om de belangen van de (potentiële) pensioengerechtigde te beschermen in het uiterste geval een bewindvoerder kan aanstellen.⁸²

Het EU-recht; geen verbod op rechtenkorting

De voorschriften van de pensioenfondsrichtlijn kennen evenals de voorschriften van de Levensrichtlijnen geen uitdrukkelijk verbod op rechtenkorting. De Levensrichtlij-

nen bevatten echter wel een impliciet verbod op zelfstandige rechtenkorting door verzekeraars. Uit het systeem van de Levensrichtlijnen volgt immers dat van zelfstandige rechtenkorting door verzekeraars geen sprake kan zijn, daar voor rechtenkorting in uitdrukkelijke regelingen is voorzien die niet de mogelijkheid kennen van zelfstandige rechtenkorting door verzekeraars. De Pensioenfondsrichtlijn staat echter juist niet in de weg aan een bepaling in de wetgeving van een lidstaat dat een pensioenfonds zelfstandig tot rechtenkorting kan overgaan. De Pensioen-

Het systeem van de Pensioenfondsrichtlijn belet niet dat de wetgeving van de lidstaten zelfstandige rechtenkorting door een pensioenfonds mogelijk maakt

fondsrichtlijn schrijft weliswaar ook voor dat de voorzieningen van een pensioenfonds 'toereikend' moeten zijn, maar kent niet uitgebreide waarborgen rond sanering en liquidatie die in de Levensrichtlijnen en de Solvabiliteitsrichtlijnen zijn opgenomen. Het systeem van de Pensioenfondsrichtlijn belet niet dat de wetgeving van de lidstaten zelfstandige rechtenkorting door een pensioenfonds mogelijk maakt. Het feit dat rechtenkorting onder het regiem van de pensioenfondsrichtlijn juist als een mogelijk sturingsmiddel voor pensioenfonds wordt beschouwd, blijkt bijvoorbeeld uit een recent consultatierapport van EIOPA⁸³ omtrent de waardering van activa en passiva (waartoe de pensioenverplichtingen

61. Art. 3:227 BW. Pandrecht kan voor toekomstige vorderingen (zoals in de toekomst tot uitkering komend pensioen) worden gevestigd blijkens art. 3:231 BW. Aan de eis van voldoende bepaalbaarheid lijkt voldaan daar pensioenvorderingen concrete vordering in geldbedragen zijn, vergelijk art. 11 PW.

62. Deze beperking lijkt logischerwijs uit de aard van pandrecht voort te vloeien, maar is gecodificeerd in art. 3:176 lid 6 Wft.

63. In de praktijk komt dergelijke verpanding bij mijn weten niet voor, wellicht omdat de verzekeraar dan extra voorzieningen of reserves moet aanhouden (vergelijk overweging 49 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II).

64. Vergelijk de beschrijving van de situatie bij de in 1995 gefailleerde levensverzekeraar Vie d'Or in Hof Amsterdam 29 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2717 waar de rechten na te zijn gekort door curatoren

zijn overdragen op een andere levensverzekeraar. In het kader van de economische crisis zijn financiële problemen bij diverse verzekeraars vanaf 2008 opgevangen door middel van staatssteun. Verzekeraars korten nimmer zelfstandig.

65. Zie J.J.C. van den Brink, E. Lutjens & I. Witte, *Verzekeraar en het reële pensioencontract, In hoeverre is een reëel pensioencontract uitvoerbaar door verzekeraars?*, Netspar, design paper 30, september 2014, p. 40-48.

66. Zie het voorontwerp van Wet invoering reële ambitieovereenkomst van 12 juli 2013, te vinden via www.internetconsultatie.nl/ambitieovereenkomst waarover verder in dit artikel meer.

67. Zie J.J.C. van den Brink, E. Lutjens & I. Witte, t.a.p., p. 59-61.

68. Vergelijk Hof Amsterdam 13 november 1997, PJ 1998/17 met aantekening E. Lutjens waar een vooraf overeengekomen

aanpassing van 'onvoorwaardelijk' pensioen mogelijk bleek, zij het dat het in die zaak

een pensioenfonds betrof. Het betrof echter geen rechtenkorting maar een aanpassing die noodzakelijk was op grond van voorschriften terzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen.

69. Richtlijn 2003/41/EG van het Europese Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEG* 23 september 2003, L 235, p.10-21. De afkorting IORP staat voor Institutions for Occupational Retirement Provision.

70. Overweging 7 van de considerans op de Pensioenfondsrichtlijn.

71. Art. 8 van de Pensioenfondsrichtlijn.

72. Overweging 18 van de considerans op de Pensioenfondsrichtlijn.

73. Overweging 26 van de considerans op de Pensioenfondsrichtlijn.

74. Art. 15 lid 1 van de Pensioenfondsrichtlijn.

75. Art. 15 lid 2 van de Pensioenfondsrichtlijn.

76. Art. 15 lid 4 aanhef en onder b van de Pensioenfondsrichtlijn.

77. Art. 15 lid 4 aanhef en onder c van de Pensioenfondsrichtlijn.

78. Art. 16 lid 1 van de Pensioenfondsrichtlijn.

79. Art. 17 van de Pensioenfondsrichtlijn.

80. Art. 14 lid 2 van de Pensioenfondsrichtlijn.

81. Art. 14 lid 2 gelezen in verband met art. 17 lid 3 van de Pensioenfondsrichtlijn.

82. Art. 14 lid 3 van de Pensioenfondsrichtlijn.

83. EIOPA staat voor European Insurance and Occupational Pensions Authority, de Europese toezichthouder op pensioenfonds.

behoren) van pensioenfondsen.⁸⁴ Het rapport beschrijft denkbare methodes voor rechtenkorting: methodes voor rechtenkorting onder omstandigheden die vooraf worden vastgelegd en waarbij ook de wijze van korten vooraf wordt vastgelegd (*ex-ante* rechtenkorting), rechtenkorting als *ultimum remedium* (*ex-post* rechtenkorting) en rechtenkorting in geval van financiële onmacht van de bij een pensioenfonds aangesloten werkgever(s).⁸⁵

Het Nederlandse recht; overzicht

In tegenstelling tot verzekeraars kunnen Nederlandse pensioenfondsen pensioenrechten en verworven pensioenaanspraken wel korten. De regeling rond rechtenkorting door pensioenfondsen is opgenomen in artikel 134 PW. Kortten is een *ultimum remedium*: rechtenkorting is pas mogelijk als een pensioenfonds niet meer over andere mogelijkheden beschikt om financiële tekorten weg te werken.⁸⁶

Of moet worden gekort hangt niet meer van de actuele dekkingsgraad, maar van de beleidsdekkingsgraad van het pensioenfonds af

Het afgelopen decennium is de financiële positie van pensioenfondsen sterk onder druk komen te staan als gevolg van de lage rentestand, de tegenvallende opbrengsten van beleggingen in zakelijke waarden en de toegenomen levensverwachting. Pensioenfondsen zagen hun dekkingsgraad daarom uitgehold. Indien en zolang ingegane pensioenen van gepensioneerden ongewijzigd werden uitgekeerd en geïndexeerd, werd de zekerheid voor deelnemers en gewezen deelnemers die nog niet met pensioen waren (slapers) geringer omdat de daling van de dekkingsgraden onder die omstandigheden feitelijk uitsluitend op hen werd afgewenteld. Omdat korten '*ultimum remedium*' is, kwam er politieke druk om de regeling rond rechtenkorting in de Pensioenwet te herzien. Overigens is een feit van algemene bekendheid dat veel pensioenfondsen voorwaardelijke rechten hebben verminderd of doen vervallen (indexering werd verminderd of gestaakt) en dat een significant aantal pensioenfondsen daadwerkelijk tot rechtenkorting (verlaging van de onvoorwaardelijke rechten) is overgegaan.⁸⁷ Rechtenkorting was overigens een *novum* in de geschiedenis van het Nederlandse pensioenstelsel, hoewel met de mogelijkheid van rechtenkorting al bij de invoering van de Pensioen- en spaarfondsenwet (de voorganger van de Pensioenwet) in 1953 rekening was gehouden.⁸⁸

Het Nederlandse recht; voorontwerp van Wet invoering reële ambitieovereenkomst

De hiervoor bedoelde politieke druk en de wens tot meer transparantie (kenbaarheid vooraf) in pensioenregelingen ten aanzien van mogelijke korting van voorwaardelij-

ke en onvoorwaardelijke rechten, heeft geleid tot het bekend maken door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van een voorontwerp van Wet invoering reële ambitieovereenkomst op 12 juli 2013.⁸⁹ De inhoud van het voorontwerp kan, toegespitst op het onderwerp van dit artikel, als volgt worden samengevat. Naast de bekende typen pensioenovereenkomsten als bedoeld in artikel 10 PW (de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst), zou een nieuw type pensioenovereenkomst worden ingevoerd: de reële ambitieovereenkomst. De essentie van dat type pensioenovereenkomst was dat te verwerven pensioenaanspraken, op basis van een aanpassingsmechanisme voor financiële schokken en een aanpassingsmechanisme voor wijziging in de levensverwachting, in de pensioenovereenkomst afhankelijk zouden worden gemaakt van het effect van dergelijke financiële schokken en het effect van de zich wijzigende levensverwachting. In het voorontwerp werd gesproken van het Rente Aanpassings Mechanisme (RAM) en het Levensverwachting Aanpassings Mechanisme (LAM). In het kader van dit artikel is relevant dat werd beoogd op macroniveau alle reeds verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken in te brengen in de gewijzigde pensioenovereenkomsten van het type reële ambitieovereenkomst. Er bleek sprake van een spanningsveld met artikel 20 PW, dat inhoudt dat in het kader van het wijzigen van een pensioenovereenkomst verworven pensioenaanspraken niet kunnen worden aangetast, met uitzondering van de situatie van waardeoverdracht en rechtenkorting door pensioenfondsen. Desondanks beoogde het voorontwerp om artikel 20 Pensioenwet te handhaven. Het inbrengen van verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken in de reële ambitieovereenkomst zou mogelijk zijn op basis van collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 83 lid 1 aanhef en onder c PW. Sociale partners zouden dan de mogelijkheid hebben om daartoe over te gaan in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Op grond van artikel 83 lid 2 aanhef en onder a Pensioenwet zou 'invaren' slechts mogelijk zijn indien betrokkenen daartegen '*geen bezwaren*' zouden hebben. Deze specifieke vorm van collectieve waardeoverdracht werd met de term 'invaren' aangeduid. De cruciale vraag die rees was of gedwongen 'invaren' mogelijk zou zijn. In verband daarmee werd een rapport van maar liefst 77 pagina's van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bekend gemaakt.⁹⁰ De conclusie van het rapport was dat wetswijziging nodig zou zijn om gedwongen invaren mogelijk te maken. In een dergelijke wetswijziging voorzag het voorontwerp daarom. Er zouden juridische risico's zijn, met name in verband met artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat eigendomsbescherming regelt (hierna te noemen: 'het EVRM'). Indien de wetgeving zorgvuldig zou worden aangepast en het traject voor invaren zorgvuldig zou zijn, zouden de risico's voor de Staat, de toezichthouder en pensioenfondsen beperkt zijn.⁹¹ Aan het voorontwerp lag een belangrijk pensioenakkoord van de sociale partners ten grondslag.⁹² Over invaren is veel geschreven in de literatuur.⁹³ Kennelijk vanwege de risico's die aan invaren zouden kleven en de vele kritiek op het voorontwerp in verband daarmee, is het voorontwerp terug genomen.

Het Nederlandse recht; voorstel van Wet aanpassing financieel toetsingskader

Op 23 juni 2014 is een voorstel van Wet aanpassing financieel toetsingskader bij de Tweede Kamer ingediend.⁹⁴ De huidige wetgeving rond rechtenkorting houdt in dat een pensioenfonds bevoegd is om pensioenrechten en verworven pensioenaanspraken te verminderen indien de voorzieningen en het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioenfonds niet meer volledig door activa zijn gedekt, deze dekking niet binnen redelijke termijn kan worden gerealiseerd zonder onevenredige schade aan te richten en andere sturingsmiddelen (met name het premiebeleid) zijn uitgewerkt. Essentieel voor de regeling is dat indien deze situatie zich voordoet, de korting onmiddellijk wordt gerealiseerd.⁹⁵ In het wetsontwerp is de gedachte van invoering van de reële ambitieovereenkomst in combinatie met invaren, waardoor 'automatisch flexibele' pensioenaanspraken en pensioenrechten zouden worden gerealiseerd, verlaten. De problematiek van tekorten bij pensioenfondsen wordt opgelost binnen het kader van rechtenkorting, door het kader daarvoor te wijzigen. Vanuit de juridische optiek van waarborging van rechten komt de systeemwijziging op het volgende neer. Of moet worden gekort hangt niet meer af van de actuele dekkingsgraad, maar van de beleidsdekkingsgraad van het pensioenfonds. Die beleidsdekkingsgraad is de gemiddelde dekkingsgraad in het afgelopen jaar.⁹⁶ Rechtenkorting blijft ultimum remedium. Een pensioenfonds zal voortaan bevoegd zijn om te korten bij een onvoldoende beleidsdekkingsgraad. Het onderscheid tussen het korte termijn herstelplan⁹⁷ en het lange termijn herstelplan,⁹⁸ zoals de huidige wetgeving dat kent, zal komen te vervallen. Een herstelplan zal in de nieuwe regeling gaan inhouden dat de beleidsdekkingsgraad binnen tien jaar nadat deze onder het vereiste niveau is gedaald, weer op niveau zal moeten worden zijn gebracht.⁹⁹ Rechtenkorting zal nog steeds direct mogen worden doorgevoerd, maar mag ook worden gespreid in de tijd dat het herstelplan loopt. De rechtenkorting dient dan 'in beginsel' evenredig gespreid

in de tijd te worden gerealiseerd.¹⁰⁰ Voor de probleemstelling die het onderwerp is van dit artikel, is relevant dat pensioenfondsen onder het regime van het wetsontwerp de mogelijkheid zullen hebben de rechtenkorting meer in de tijd te spreiden. Daardoor wordt rechtenkorting subjectief wellicht als minder ingrijpend ervaren, ook al zou de rechtenkorting over de gehele duur gemeten in financiële zin voor de pensioengerechtigde of de aanspraakgerechtigde niet anders uitpakken. Essentieel voor het onderwerp van dit artikel is dat objectief gezien de regeling voor rechtenkorting volgens het wetsontwerp zeker niet altijd matiger uitpakt dan de regeling voor rechtenkorting in de huidige wet. Dat komt omdat een lange termijn herstelplan in de huidige wet een periode van vijftien jaar mag beslaan.¹⁰¹ Onder het regime van het wetsontwerp kan een tekort hooguit tien jaar bestaan.¹⁰² Daarom kan zich de situatie voordoen dat onder het regime van het wetsontwerp een rechtenkorting onvermijdelijk wordt terwijl die onder het regime van de huidige Pensioenwet op zijn minst nog had kunnen worden uitgesteld en daarom mogelijk had kunnen worden voorkomen. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien na twaalf jaar het tekort niet is opgeheven. Onder de huidige wet zal een lange termijn herstelplan een periode van vijftien jaar mogen beslaan. Onder de nieuwe wet zou in die situatie nadat het tekort tien jaar heeft bestaan rechtenkorting onvermijdelijk zijn.

Conclusie

Verzekeraars hebben niet de bevoegdheid om zelfstandig tot rechtenkorting over te gaan. Pensioenfondsen hebben die bevoegdheid juist wel, zij het als ultimum remedium. Indien Nederlandse pensioenfondsen door de EU niet langer als vallend onder de Pensioenfondsenrichtlijn zouden worden beschouwd, maar als vallend onder Richtlijn Solvabiliteit II, zou de mogelijkheid van zelfstandige rechtenkorting door pensioenfondsen waarschijnlijk komen te vervallen.¹⁰³ Richtlijn Solvabiliteit II staat immers aan zelfstandige rechtenkorting in de weg. ●

84. Het Consultation Paper on Further Work on Solvency of IORPs, EIOPA-CP-14/040 van 30 oktober 2014, te vinden op de website van EIOPA (<https://eiopa.europa.eu>).

85. Zie p. 37-39 van het rapport.

86. Zie voor een analyse van de regeling voor rechtenkorting door pensioenfondsen de bijdrage van de auteur van dit artikel in 'Pensioen (te)korten', in: E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, hfdst. 20, p. 915-950.

87. Zie voetnoot 5.

88. Zie de auteur dezes t.a.p., p. 920-923.

89. Voor een beschouwing over dat voorontwerp: E. Lutjens, 'Commentaar op Voorontwerp Wet invoering reële ambitieovereenkomst', *Tijdschrift voor*

Pensioenvraagstukken 2013, afl. 4, p. 5-14.

90. Rapport 'Collectief invaren van pensioenaanspraken en pensioenrechten in het reële pensioencontract', Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2012.

91. Zie p. 57 van het rapport.

92. Zie daarover M. Heemskerck, *De (on)houdbaarheid van het Pensioenakkoord*, Serie Publicaties van het VU Expertisecentrum Pensioenrecht, Amsterdam: VU Huisdrukkerij 2011, en verder Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 20 onder de titel 'Het pensioenakkoord: pensioen op z'n kop?', Den Haag: Sdu 2011 waarin door diverse auteurs diepgaand op het pensioenakkoord met de daarin voorgestelde LAM en RAM die zouden moeten leiden tot een nieuwe 'voorwaardelijke-uitkeringsovereen-

komst' werd ingegaan.

93. Zie onder meer E. Lutjens, 'Opties voor invaren', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2013, nr. 2, p. 5-7 die suggereert dat art. 20 PW zou kunnen worden geschrapt, met reactie van P.G. van der Horst, 'Opties voor het invaren', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, afl. 3, p. 42-43 met naschrift E. Lutjens en verder R.H. Maatman, 'Invaren, invaarproblematiek en tussenvariant', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2014, afl. 2, p. 32-39.

94. *Kamerstukken II* 2013/14, 33972.

95. Zie art. 134 lid 1 PW.

96. Zie het in het wetsontwerp voorgestelde art. 133a PW.

97. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde wijziging van art. 138 PW.

98. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde

wijziging van art. 140 PW.

99. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde wijziging van art. 138, lid 2 PW.

100. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde wijziging van art. 140, lid 1 PW.

101. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde wijziging van art. 138, lid 2 PW.

102. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde wijziging van art. 138, lid 2 PW.

103. Zie voor een samenvatting van de politieke discussie over de toepassing van Richtlijn Solvabiliteit II op pensioenfondsen de website van de Pensioenfederatie (www.pensioenfederatie.nl/services/themas/Pages/Solvency_II_gesloten_dossier). Zie voor de afbakeningsproblematiek ook overweging 138 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II.