

# ZEKERSTELLING VAN UITKERINGEN DOOR VERZEKERAARS EN PENSIOENFONDSEN



Mr. W.P.M. Thijssen<sup>1</sup> is advocaat bij Thijs-  
sen Pensioen Advocatuur te Heemstede  
([www.pensioenadvocaten.nl](http://www.pensioenadvocaten.nl)) en is verbonden  
aan het VU Expertisecentrum  
Pensioenrecht

Wie een levensverzekering of een (vooruitzicht op) pensioen heeft, zou zich de vraag kunnen stellen hoe zeker de (toekomstige) uitkering(en) uit hoofde van die levensverzekering of dat pensioen zijn. Hierna wordt dat geanalyseerd voor Nederlandse verzekeraars en de diverse Nederlandse uitvoerders van pensioenregelingen. Daarbij komen het EU-recht en het Nederlandse recht aan de orde. Het Nederlandse recht kent een gelaagde structuur: het algemeen vermogensrecht, het verzekeringsrecht en het pensioenrecht. De betekenis van elk van die rechtslagen zal aan bod komen.

## RELEVANTE REGELGEVING IN VOGEL-VLUCHT

Het EU-recht maakt in verband met waarborgvoorschriften onderscheid tussen verzekeraars en instellingen voor de uitvoering van bedrijfspensioenvoorzieningen. Dat onderscheid werkt door in het Nederlandse recht. Het meest overzichtelijk is daarom om dit onderscheid ook in deze bijdrage te volgen.

### Verzekeraars

De regelgeving in verband met waarborging van uitkeringen uit levensverzekering ondergebracht bij een verzekeraar in het EU-recht, bestaat uit de Richtlijn Solvabiliteit II<sup>2</sup>, de Richtlijn Omnibus II<sup>3</sup> die beoogt de gevolgen van Richtlijn Solvabiliteit II voor kleine verzekeraars te verzachten en de Verordening Solvabiliteit II.<sup>4</sup>

De kernbepaling voor waarborging van verzekerde uitkeringen is artikel 76, lid 2 van Richtlijn Solvabiliteit II. De daar opgenomen regeling houdt in dat de waarde van de voorziening verzekeringsverplichtingen van een verzekeraar moet overeenstemmen met het bedrag dat een andere verzekeraar zou moeten betalen in geval van onmiddellijke overdracht van de verzekeringsverplichtingen aan die andere verzekeraar. Uit artikel 75, lid 1, aanhef en onder b van Richtlijn Solvabiliteit II volgt dat de verzekeringsverplichtingen worden

gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor deze kunnen worden overgedragen aan of afgewikkeld tussen goed geïnformeerde onafhankelijke partijen die tot overdracht of afwikkeling bereid zijn. Het is de bedoeling dat deze regeling voor waardering van verzekeringsverplichtingen aan de hand van de waardering daarvan door een referentieverzekeraar op 1 januari 2016 in werking treedt. Momenteel geldt nog artikel 20, lid 1 van Richtlijn Solvabiliteit I<sup>5</sup> dat voorschrijft dat verzekeraars "toereikende" voorzieningen moeten aanhouden ter dekking van hun verzekeringsverplichtingen.

Het verschil tussen de nieuwe norm die met Richtlijn Solvabiliteit II zal worden geïntroduceerd en de norm uit Richtlijn Solvabiliteit I (en daarvoor geldende richtlijnen) is dat het toezicht op verzekeraars meer risicogeoriënteerd zal worden. De norm betreffende toereikendheid betekent dat wordt getoetst of een verzekeraar op het moment van toetsing aan zijn verplichtingen kan voldoen. De nieuwe norm van waardering van verzekeringsverplichtingen door toetsing aan een referentieverzekeraar betekent dat niet alleen wordt getoetst of een verzekeraar op het moment van toetsing aan zijn verplichtingen kan voldoen, maar ook of hij dat ook in een bepaalde toekomstige periode en onder bepaalde omstandigheden zal kunnen. Verzekeraars dienen onder Richtlijn Solvency II een "stresstest" te kunnen doorstaan. Vooruitlopend op invoering van Richtlijn Solvency II is door EIOPA een

stresstest onder Europese verzekeraars uitgevoerd.<sup>6</sup> Daaruit volgde dat bijna 25% van de Europese verzekeraars voor de stresstest zakte.<sup>7</sup>

Ter dekking van de verzekeringsverplichtingen dient een verzekeraar over activa te beschikken. De activa dienen te worden gewaardeerd tegen het bedrag waarvoor deze zouden kunnen verhandeld tussen onafhankelijke, goed geïnformeerde partijen die tot een transactie strekkend tot verhandeling bereid zijn. De letterlijke "markt" waarde vormt gezien het voorgaande de grondslag voor de waardering van zowel de activa als de passiva van een verzekeraar.

Het EU-recht is in het Nederlandse recht 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). Verzekeraars die onder Nederlands toezicht staan dienen over een minimum vermogen te beschikken<sup>8</sup>, dienen bepaalde bedragen in een garantiefonds aan te houden<sup>9</sup>, dienen te voldoen aan minimumeisen voor de solvabiliteit<sup>10</sup> en dienen over toereikende technische voorzieningen te beschikken.<sup>11</sup> De kernbepaling voor waarborging is art. 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.

Richtlijn Solvabiliteit II is in het Nederlandse recht geïmplementeerd via de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II<sup>12</sup>, de Wet implementatie Omnibus II-richtlijn (aangenomen in de Eerste Kamer der Staten-Generaal op 23 juni 2015)<sup>13</sup> en het Implementatiebesluit richtlijn en verordening solvabiliteit II, dat nog in de conceptfase verkeert.<sup>14</sup> Dit laatste ontwerpbesluit is inmiddels door het ministerie van Financiën geconsulteerd en wordt naar verwachting binnenkort afgerond.<sup>15</sup> In artikel 114 van het ontwerpbesluit is de koppeling naar artikel 76, lid 2 van de Richtlijn Solvabiliteit II opgenomen. Daarmee wordt de regeling rond toetsing van de solvabiliteit van een verzekeraar aan een referentieverzekeraar zonder wijziging van de tekst van artikel 3:67, lid 1 Wft geïmplementeerd in het Nederlandse recht door directe verwijzing naar de tekst van de Richtlijn Solvabiliteit II.

## Pensioenfondsen

De in verband met waarborging van uitkeringen ten laste van een pensioenfonds relevante regeling is opgenomen in de zogenaamde IORP-richtlijn of pensioenfondsenrichtlijn uit 2003.<sup>16</sup> De pensioenfondsenrichtlijn kent voorschriften die zeer vergelijkbaar zijn met de voorschriften van de levensrichtlijnen voor verzekeraars. De pensioenfondsenrichtlijn beoogt toekomstige gepensioneerden een hoge mate van zekerheid te bieden dat zij hun pensioen zullen ontvangen.<sup>17</sup> De activa van een pensioenfonds moeten met het oog op faillissement van de aangesloten werkgever van die werkgever zijn afgescheiden.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> 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 pensioenovereenkomsten die bij de pensioenuitvoerder zijn ondergebracht.<sup>21</sup> De voorzieningen die het pensioenfonds aanhoudt ter dekking van de op de "juiste" wijze berekende pensioenverplichtingen dienen "toereikend" te zijn.<sup>22</sup> De open normen van toereikendheid is in de pensioenfondsenrichtlijn geconcretiseerd: de maximale rekenrente moet op prudente wijze worden bepaald<sup>23</sup> en de sterftetafels die worden toegepast dienen te worden gebaseerd op "prudente" beginselen.<sup>24</sup>

Tegenover de aldus berekende pensioenverplichtingen en technische voorzieningen dient een pensioenuitvoerder over "voldoende en passende activa" te beschikken ter dekking van de pensioenverplichtingen.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

Het EU-recht is voor pensioenfondsen in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd door middel van de regeling rond het financieel toetsingskader voor pensioenfondsen. Dit kader geldt zowel voor ondernemingspensioenfondsen<sup>27</sup> als bedrijfstakpensioenfondsen<sup>28</sup> (voor deze fondsen is het FTK opgenomen in de Pensioenwet<sup>29</sup>) als voor beroepspensioenfondsen.<sup>30</sup> Het FTK houdt, verkort en globaal weergegeven, het navolgende in voor pensioenfondsen die hun pensioenverplichtingen niet bij een verzekeraar hebben ondergebracht:<sup>31</sup>

- De passiva (de technische voorzieningen van het pensioenfonds en aan het pensioenfonds verstrekte leningen<sup>32</sup>) dienen volledig door activa te zijn gedekt (art. 133 Pensioenwet);
- De activa worden op marktwaarde gewaardeerd (art. 135, lid 1, aanhef en onder c Pensioenwet);
- De activa worden belegd volgens de "prudent-person" regel<sup>33</sup> (art. 135, lid 1, aanhef Pensioenwet);
- De technische voorzieningen die onderdeel zijn van de passiva dienen "toereikend" te zijn (art. 126, lid 1 Pensioenwet);
- De technische voorzieningen worden berekend op basis van marktwaardering (art. 126, lid 2, aanhef en onder a Pensioenwet);
- De gehanteerde veronderstellingen voor overlijden, arbeidsongeschiktheid en levensverwachting dienen prudent te zijn (art. 126, lid 2, aanhef en onder b Pensioenwet);
- De jaarlijkse premie die het pensioenfonds bedingt

*in verband met de jaarlijkse aangroei van de pensioenverplichtingen dient kostendekkend te zijn (art. 128 Pensioenwet);*

*– Een pensioenfonds dient over een minimaal eigen vermogen te beschikken waartegenover activa staan<sup>34</sup> (art. 131 Pensioenwet; het minimaal eigen vermogen geeft de ondergrens van het eigen vermogen aan, wanneer het eigen vermogen gedurende langere tijd onder die grens blijft kan verplichte rechtenkorting volgen<sup>35</sup>);*

*– Een pensioenfonds dient over een vereist eigen vermogen te beschikken dat zodanig is vastgesteld dat met een zekerheid van 97,5% vast staat dat de waarde van de activa van het pensioenfonds niet binnen één jaar zal dalen beneden de hoogte van de technische voorzieningen (art. 132 Pensioenwet).*

Indien de waarde van de activa van een pensioenfonds minder bedraagt dan de som van de technische voorzieningen en het vereiste eigen vermogen, dient een herstelplan te worden opgesteld en ingediend bij De Nederlandsche Bank (DNB) dat er toe leidt dat het pensioenfonds binnen tien jaar weer aan de eisen voldoet (art. 138 Pensioenwet).

Het voorafgaande betreft de nominale rechten, de rechten die onvoorwaardelijk door een pensioenfonds zijn toegekend. Pensioenfondsopleggen die onvoorwaardelijke rechten te indexerend door middel van toeslagverlening. In verband daarmee stelt een pensioenfonds de beleidsdekkingsgraad vast. Dit is de gemiddelde dekkingsgraad gedurende het jaar voorafgaand aan de datum waarop de beleidsdekkingsgraad wordt vastgesteld (art. 133a Pensioenwet). Slechts wanneer de beleidsdekkingsgraad een bepaald niveau heeft (de voorlagdrempel), mag een pensioenfonds onder strikte voorwaarden toeslagen toekennen (art. 137 Pensioenwet).<sup>36</sup> Bij een beleidsdekkingsgraad kleiner dan 110% mogen geen toeslagen worden toegekend. Hersteltoeslagen (voor het herstel van rechtenkortingen of gemiste toeslagen) mogen pas worden verleend bij een beleidsdekkingsgraad van in de praktijk meer dan 130%, met dien verstande dat 1/5e deel van het vermogen van het pensioenfonds boven die grens voor hersteltoeslagen mag worden aangewend. De wet geeft geen prioriteitsrangschikking voor het verlenen van hersteltoeslagen.<sup>37</sup>

## Premiepensioeninstellingen

Een premiepensioeninstelling is geen verzekeraar, maar ook geen pensioenfonds. De premiepensioeninstelling is geregeld in de Wft. Een premiepensioeninstelling is een pensioenuitvoerder<sup>38</sup> die premieovereenkomsten of andere pensioenovereenkomsten waaruit geen verzekeringstechnisch risico voortvloeit mag uitvoeren. Daarbij geldt de beperking dat het om arbeidsgerelateerde pensioenovereenkomsten moet gaan.<sup>39</sup> Een premiepensioeninstelling dient op basis van kapitaaldekking te worden gefinancierd en is onafhankelijk van een bijdragende onderneming of bedrijfstak waarvoor door de premiepensioeninstelling premieovereenkomsten worden uitgevoerd (art. 3:35a Wft). Wat de waarborging

van de uitgevoerde premiepensioenvorderingen betreft, geldt dat de premiepensioeninstelling (net als een verzekeraar) over een minimumbedrag aan eigen vermogen dient te beschikken (art. 3:53, lid 1 Wft). Wat de solvabiliteitseisen betreft geldt voor premiepensioeninstellingen dezelfde regeling als voor verzekeraars op grond van art. 3:57, leden 1 en 2 Wft.

## Multi ondernemingspensioenfonds

Een ondernemingspensioenfonds verbonden aan meerdere ondernemingen of groepen ontstaan door samenvoeging van de ondernemingspensioenfonds van die ondernemingen of groepen wordt met de term multi ondernemingspensioenfonds aangeduid.<sup>40</sup> Op grond van regels voor markt- en taakafbakening mag een ondernemingspensioenfonds slechts als pensioenuitvoerder optreden voor aangesloten ondernemingen die een economisch en organisatorisch verband vormen. De wettelijke regeling voor het multi ondernemingspensioenfonds houdt een verruiming in die zin in, dat bestaande ondernemingspensioenfonds verbonden aan ondernemingen of een groep kunnen samengaan. De behoefte daaraan bestond om schaalgroottevoordelen te kunnen benutten.

In het kader van waarborging van rechten is vooral relevant de wettelijke regeling van art. 123 Pensioenwet die inhoudt dat:

*Een ondernemingspensioenfonds dat meerdere pensioenregelingen uitvoert (voor één aangesloten onderneming of groep) een financieel geheel vormt (met andere woorden: de vermogens aangehouden voor de uitvoering van elk van de uitgevoerde pensioenregelingen mogen niet worden gescheiden, in het toepasselijk jargon heet het dat ringfencing niet is toegestaan); Een multi ondernemingspensioenfonds dat pensioenregelingen uitvoert voor meerdere ondernemingen of groepen, houdt daarentegen verplicht per onderneming of groep een gescheiden vermogen aan (de ratio is dat deze ondernemingen of groepen niet met elkaar samenhangen); Een multi ondernemingspensioenfonds dat is ontstaan uit meerdere ondernemingspensioenfonds behorend bij één en dezelfde onderneming of groep heeft de keuze om de vermogens van de oorspronkelijke pensioenfonds te ringfencen of samen te voegen (de ratio is gelegen in het feit dat het multi ondernemingspensioenfonds verschillende pensioenregelingen van één onderneming of groep uitvoert zodat juist wel sprake is van samenhang).*

Voor een multi ondernemingspensioenfonds geldt dat het FTK voor elk van de gescheiden vermogens afzonderlijk dient te worden toegepast. Dat betekent dat per afgescheiden vermogen indien nodig een herstelplan moet worden opgesteld, per afgescheiden vermogen indien nodig tot rechtenkorting wordt overgegaan en het toeslagenbeleid per afzonderlijk vermogen wordt opgesteld.<sup>41</sup>

## Het algemeen pensioenfonds

Om in ruimere mate tegemoet te komen aan de wens van de markt tot het benutten van schaalgroottevoordelen bij de uitvoering van pensioenregelingen door pensioenfondsen is een voorstel van Wet algemeen pensioenfonds ingediend. Het wetsvoorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer.<sup>42</sup>

Wetssystematisch bezien houdt het wetsvoorstel in dat de regeling rond het multi ondernemingspensioenfonds wordt vervangen door de regeling rond het algemeen pensioenfonds.<sup>43</sup> Een algemeen pensioenfonds is een pensioenfonds dat:

- Een of meerdere pensioenregelingen (bedoeld is: ondernemingspensioenregelingen) of beroepspensioenregelingen uitvoert;
- Daarvoor per collectiviteitskring een afgescheiden vermogen aanhoudt.

Aldus de definitie van het begrip algemeen pensioenfonds volgens het voorstel tot wijziging van art. 1 Pensioenwet, zie ook het voorgestelde art. 123, lid 1 Pensioenwet. Een collectiviteitskring bestaat uit de (beroeps)pensioenregeling(en) waarvoor een afgescheiden vermogen wordt aangehouden. Met het algemeen pensioenfonds ontstaat een pensioenuitvoerder die feitelijk een gelijke positie inneemt als een verzekeraar waar het betreft het aanbieden van tweede pijler pensioenproducten. De zogenaamde domeinafbakening wordt verlaten met de introductie van het algemeen pensioenfonds.<sup>44</sup> Hieraan bestaat behoefte omdat uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten (overeenkomsten die recht geven op gegarandeerde uitkeringen) in veel mindere mate dan in het verleden door verzekeraars plegen te worden aangeboden en door werkgevers bij verzekeraars worden afgenomen. De oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat verzekeraars een eenmaal verzekerde uitkering moeten garanderen (verzekeraars hebben niet de bevoegdheid om bij tekorten zelfstandig tot rechtenkorting over te gaan<sup>45</sup>) en het kader voor waarborging van gegarandeerde rechten volgens Richtlijn Solvabiliteit II het afgeven van garanties kostbaar maakt gegeven de structureel lage rentestand en de toenemende levensverwachting. Een algemeen pensioenfonds kan, net als een bedrijfstakpensioenfonds, een (multi) ondernemingspensioenfonds of een beroepspensioenfonds, overeenkomsten die recht geven op gegarandeerde uitkeringen binnen het regiem van het FTK uitvoeren, waarvan de bevoegdheid (en soms de verplichting) tot zelfstandige rechtenkorting als ultimum remedium bij tekorten onderdeel uitmaakt.<sup>46</sup>

Voor het uitoefenen van het bedrijf van een algemeen pensioenfonds is een vergunning van DNB nodig (zie het voorgestelde art. 112a, leden 1 tot en met 5 Pensioenwet). In dit opzicht lijkt een algemeen pensioenfonds op een verzekeraar (de andere vormen van pensioenfondsen zijn niet vergunningplichtig). Voor een algemeen pensioenfonds geldt overigens het FTK. Een aanvullende regeling op het FTK specifiek voor het algemeen pensioenfonds is dat het algemeen pensioenfonds over een voldoende weerstandsvermogen

dient te beschikken (zie het voorgestelde art. 112a, lid 8 Pensioenwet). Het FTK wordt per collectiviteitskring toegepast.<sup>47</sup> Dat betekent concreet dat de premie, herstelplannen, kortingsmaatregelen en toeslagverlening per afzonderlijke collectiviteitskring worden vastgesteld.

## REGELGEVING IN VERBAND MET ZEKERSTELLING

In het vorige onderdeel werd het (ingewikkelde) kader voor zekerstelling van uitkeringen ondergebracht bij verzekeraars, premiepensioeninstellingen en pensioenfondsen geschetst. In dit onderdeel wordt geanalyseerd in welke mate een uitkering bij elk van de behandelde uitvoerders zeker is gesteld.

### Verzekeraars

*Het hiervoor geschetste kader laat zich als volgt samenvatten:*

- Een verzekeraar dient een verzekerde uitkering te garanderen;
- Die garantieplicht houdt in dat een verzekeraar niet zelfstandig tot rechtenkorting bevoegd is, indien de verzekeraar zijn verplichtingen niet kan nakomen;
- De garantieplicht leidt tot zware eisen aan de solvabiliteit van de verzekeraar op grond van Richtlijn Solvabiliteit II, waarbij de norm uit de Wft dat de voorziening voor verzekeringsverplichtingen "toereikend" moet zijn vanaf 2016 toetsing aan een referentieverzekeraar inhoudt.

Wat betekent dit concreet wanneer een verzekeraar ondanks alle waarborgvoorschriften toch met tekorten kampt?

De eerste vraag die in dit verband rijst is of een verzekeraar die met een financieel tekort kampt de verzekerde uitkeringen mag verlagen op de voet van de norm van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals die in het algemene vermogensrecht geldt op de voet van art. 6:248, lid 2 BW. De toets die in het licht van art. 6:248, lid 2 moet worden uitgevoerd is de "onaanvaardbaarheidstoets": is ongewijzigde instandhouding van de verplichtingen van de verzekeraar voor hem onaanvaardbaar, bijvoorbeeld vanwege het faillissementsrisico. 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 begunstigden 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 volstrekt 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. begunstigden voor verzekerde uitkeringen is met de waarborg omkleed dat de verzekeraar niet zelfstandig kan besluiten om tot rechtenkorting over te gaan.<sup>48</sup> Het bijzondere is echter dat

dit nergens met zoveel woorden is vastgelegd, niet in het EU-recht en evenmin in het Nederlandse recht. 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 voordeden. De grens die moet worden getrokken is of de verzekering nog voldoet aan de eis van onzekerheid van art. 7:925, lid 1 BW en aan het vereiste van kans op voor- of nadeel voortvloeiend uit de Wft.<sup>49</sup>

De tweede vraag die in dit verband rijst is of het algemene verzekeringsrecht en het pensioenrecht (voor pensioenverzekeringen ondergebracht bij een verzekeraar) in de weg staat aan eenzijdige rechtenkorting door een verzekeraar. Dat lijkt mij inderdaad het geval te zijn vanaf het moment dat de uitkering ingaat of het (eerdere) moment dat de verzekeringsovereenkomst premie is gemaakt en het recht op premievrije handhaving bestaat (art. 7:978, lid 2 BW). Premievrijmaking kan echter op zichzelf wel tot verlaging van het oorspronkelijk verzekerde bedrag leiden, te weten: indien de premievrije waarde niet toereikend is voor het verzekeren van het oorspronkelijk verzekerde bedrag. Premiebetaling hoeft bij een verzekeringsovereenkomst namelijk niet synchroon te lopen met de aangroei van het verzekerde bedrag (vgl. de definitie van het begrip verzekering art. 7:925 BW, de definitie van de sommenverzekering in art. 7:964 BW en de definitie van levensverzekering in art. 7:975 BW).<sup>50</sup> In dit verband dient verder nog te worden bedacht dat het recht op premievrije handhaving niet geldt indien de werkgever verzekeringnemer is (art. 7:986, lid 3 BW), omdat deze een pensioenverzekering niet sluit in hoedanigheid van een natuurlijk persoon (óók niet indien de werkgever een natuurlijk persoon is, wat wel degelijk het geval kan zijn). Bij pensioenverzekeringen is dat juist vaak het geval. Zonder verder uit te wijden over het algemeen verzekeringsrecht geldt dat een verzekerde uitkering vanaf het premievrij maken van de verzekering dient te zijn gegarandeerd, en verder vanaf het ingaan van de uitkering.<sup>51</sup>

De derde vraag die in dit verband rijst is of de toezichtswetgeving in de weg staat aan eenzijdige rechtenkorting door een verzekeraar. Dat is zeer zeker het geval, hoewel dit als hiervoor al opgemerkt nergens met zoveel woorden uitdrukkelijk is bepaald.<sup>52</sup> Zelfstandige rechtenkorting door een verzekeraar is niet mogelijk, maar de 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 aanwijzingen<sup>53</sup> of, indien onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, door een curator te benoemen.<sup>54</sup> 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 daar-

van) 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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> Premie "bijvragen" om dat te voorkomen is niet toegestaan.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> Ook in het kader van faillissement van een verzekeraar kan tot rechtenkorting worden overgegaan.<sup>60</sup>

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 haalbaar blijkt) wel tot rechtenkorting overgaan. Hetzelfde geldt voor de curator(en) in faillissement van de verzekeraar.<sup>61</sup>

## Premiepensioeninstellingen

De premiepensioeninstelling valt onder Richtlijn Solvabiliteit II en de Wft. Wat betreft de mogelijkheid van eenzijdige rechtenkorting door een premiepensioeninstelling gelden daarom de regels voor verzekeraars. Overigens zal het vraagstuk van rechtenkorting bij een premiepensioeninstelling niet of nauwelijks kunnen spelen. Een premiepensioeninstelling is immers slechts bevoegd om arbeidsgerelateerde pensioenovereenkomsten uit te voeren zonder daarbij verzekerings-technische risico's te lopen.

## Pensioenfondsen

Vóór de inwerkingtreding van de Wet aanpassing financieel toetsingskader per 1 januari 2015 gold dat een pensioenfonds bevoegd was om pensioenrechten en verworven pensioenaanspraken te verminderen indien de voorzieningen en het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioenfonds niet meer volledig door activa waren gedekt, deze dekking niet binnen redelijke termijn kon worden gerealiseerd zonder onevenredige schade aan te richten en andere sturingsmiddelen (met name het premiebeleid) waren uitgewerkt. Essentieel voor de regeling was dat indien deze situatie zich voordeed, de korting onmiddellijk zou worden gerealiseerd.<sup>62</sup>

Onder de Wet aanpassing financieel toetsingskader is de problematiek van tekorten bij pensioenfondsen juist 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.<sup>63</sup> Rechtenkorting blijft ultimum remedium. Een pensioenfonds zal voortaan bevoegd zijn om te korten bij een onvoldoende beleidsdekkingsgraad. Het onderscheid tussen het korte termijn herstelplan<sup>64</sup> en het lange termijn herstelplan<sup>65</sup>, zoals de tot 2015 geldende wetgeving dat kende, is 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup>

Voor de probleemstelling die het onderwerp is van dit artikel, is relevant dat pensioenfondsen onder het regime van de nieuwe wetgeving 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 de nieuwe wetgeving zeker niet altijd matiger uitpakt dan de regeling voor rechtenkorting onder de tot 2015 geldende wetgeving. Dat komt omdat een lange termijn herstelplan onder de wetgeving die vóór 1 januari 2015 gold een periode van 15 jaar mocht beslaan.<sup>68</sup> Onder het regime van de huidige wetgeving rond het FTK kan een tekort hooguit 10 jaar bestaan.<sup>69</sup> Daarom kan zich de situatie voordoen dat onder het regime van de huidige wetgeving een rechtenkorting onvermijdelijk wordt, terwijl die onder het regime van de wetgeving die vóór 1 januari 2015 gold op zijn minst nog had kunnen worden uitgesteld en daarom mogelijk had kunnen worden voorkomen. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien na 12 jaar het tekort niet is opgeheven. Onder de huidige wet zal in die situatie nadat het tekort tien jaar heeft bestaan rechtenkorting onvermijdelijk zijn. Onder de oude wet mocht een lange termijn herstelplan een periode van 15 jaar beslaan, zodat rechtenkorting mogelijk had kunnen worden voorkomen.

Het voorafgaande geldt daar waar binnen een ondernemingspensioenfonds sprake is van ringfencing per compartiment of (voor een algemeen pensioenfonds, aannemend dat de voorgenomen wetgeving daaromtrent tot stand komt) per collectiviteitskring.

## CONCLUSIE

Rechten ondergebracht bij een verzekeraar of een premiepensioeninstelling kunnen niet zelfstandig door de verzeke-

raar of de premiepensioeninstelling worden gekort wanneer de verzekeraar of de premiepensioeninstelling met financiële tekorten kampt. Echter, in zo'n situatie beschikt DNB over diverse ingrijpende bevoegdhe bevoegdheden. De uitoefening daarvan kan uiteindelijk wel degelijk tot rechtenkorting leiden. Rechten ondergebracht bij een pensioenfonds kunnen als "ultimum remedium" zelfstandig door het pensioenfonds worden gekort, waarbij ingewikkelde en stringente wettelijke beperkingen gelden.

De gerechtigde tot een uitkering ten laste van een verzekeraar heeft twee extra waarborgen ten opzichte van de gerechtigde tot een uitkering ten laste van een pensioenfonds:

- de solvabiliteitseisen van Richtlijn Solvency II en de Nederlandse implementatiewetgeving zijn strenger dan die van de pensioenfondsrichtlijn zoals in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd via het FTK;
- een verzekeraar heeft niet de bevoegdheid om zelfstandig tot rechtenkorting over te gaan daar rechtenkorting, indien deze wordt gerealiseerd, gecontroleerd door DNB wordt uitgevoerd terwijl pensioenfondsen, weliswaar met vele wettelijke waarborgen omkleed, zelfstandig tot rechtenkorting bevoegd zijn.

Informatie:wimthijssen@pensioenadvocaten.nl

1 Zie van de hand van de auteur van dit artikel ook *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Kluwer, Deventer, 2013, Hoofdstuk 20, Pensioen (te)kortten (onder redactie van E. Lutjens) en Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen, *NJB* 2014, p. 2764-2773. Dit artikel is voor een deel een bewerking van dat laatste artikel. De kopij is op 31 juli 2015 afgerond.

2 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), Pb. EU 17 december 2009, L 335, p. 1-155.

3 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, Pb. EU 15 december 2010, L 331, p. 120-161.

4 Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 van de Commissie van 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), Pb. EU 17 januari 2015, L 12, p. 1-797.

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

6 EIOPA Insurance stress test 2014, EIOPA-BOS-14-203 van 28 november 2014, <https://eiopa.europa.eu>. EIOPA is de Europese toezichthouder voor verzekeraars en pensioenfondsen.

7 Persbericht DNB 30 november 2014, te vinden op [www.dnb.nl](http://www.dnb.nl).

8 Artt. 3:53, 3:54, lid 3, 3:55, lid 2 en 3:55a, lid 2 Wft en artt. 48v. Besluit.

9 Artt. 3:54, lid 3 en 3:55, lid 2 Wft en artt. 54v. Besluit.

10 Art. 3:57, lid 2 Wft en artt. 59v. Besluit.

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

12 Wet van 13 december 2012, Stbl. 2012, 679.

13 *Kamerstukken* 34 100.

14 Te vinden op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).

15 Aldus informatie ontleend aan de website van DNB, [www.dnb.nl](http://www.dnb.nl). Ten tijde van het afronden van de kopij voor dit artikel (31 juli 2015) vermeldde de website van DNB nog dat de afronding in juni 2015 zou kunnen worden verwacht.

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

17 Overweging 7 van de considerans op de pensioenfondsrichtlijn.

- 18 Art. 8 van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 19 Overweging 18 van de considerans op de pensioenfondsenrichtlijn.
- 20 Overweging 26 van de considerans op de pensioenfondsenrichtlijn.
- 21 Art. 15, lid 1 van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 22 Art. 15, lid 2 van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 23 Art. 15, lid 4 aanhef en onder b van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 24 Art. 15, lid 4 aanhef en onder c van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 25 Art. 16, lid 1 van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 26 Art. 17 van de pensioenfondsenrichtlijn.
- 27 Pensioenfondsen verbonden aan een onderneming of een groep van ondernemingen als bedoeld in art. 2:24b BW, zie de definitie in art. 1 Pensioenwet.
- 28 Pensioenfondsen voor een bedrijfstak of delen van een bedrijfstak, zie de definitie in art. 1 Pensioenwet.
- 29 Art. 125a e.v. Pensioenwet (Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 705), voor het laatst gewijzigd bij de Wet aanpassing financieel toetsingskader (Wet van 17 december 2014, *Stb.* 2014, 567). De Wet aanpassing financieel toetsingskader trad in werking op 1 januari 2015.
- 30 Pensioenfondsen voor bepaalde beroepsgroepen, zie de definitie in art. 1 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Voor beroepspensioenfondsen is het FTK opgenomen in de artt. 121v. Wet verplichte beroepspensioenregeling. Het huidige kader vloeit eveneens voort uit de Wet aanpassing financieel toetsingskader.
- 31 Zie voor die situatie art. 131 Pensioenwet. De (gewezen) deelnemers aan een volledig verzekerd pensioenfonds hebben min of meer dezelfde zekerheid als verzekerden bij een verzekeraar. "Min of meer": zie voor de verschillen in posities beknopt en praktisch samengevat W. Hoekert, *T&C Pensioenrecht*, art. 131 Pensioenwet, aant. 1, onderdeel b.
- 32 Bedoeld is met name het eigen vermogen, zie hierna. Leningen van de aangesloten werkgever zijn slechts beperkt mogelijk; vgl. art. 135, lid 1, aanhef en onder b Pensioenwet. Zie ten aanzien van leningen ook art. 136 Pensioenwet.
- 33 De cruciale beperking door die regel opgelegd is dat dient te worden belegd in het belang van aanspraak- en pensioengerechtigden; aldus art. 135, lid 1, aanhef en onder a Pensioenwet.
- 34 Art. 133 Pensioenwet. Het eigen vermogen behoort tot de leningen verstrekt aan het pensioenfonds in de zin van dat artikel.
- 35 Zie de toelichting op het artikel van W. Hoekert, *T&C Pensioenrecht*, art. 131 Pensioenwet, aant. 1, onder a.
- 36 Een en ander is voor toeslagverlening gedetailleerd uitgewerkt in art. 15 van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, besluit van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 710, voor het laatste gewijzigd in het kader van de nieuwe wetgeving rond het FTK voor pensioenfondsen bij besluit van 2 juni 2014, *Stb.* 2014, 198 gelijktijdig met het nieuwe FTK in werking getreden op 1 januari 2015.
- 37 Zie de toelichting van W. Hoekert, *T&C Pensioenrecht*, art. 137 Pensioenwet, aant. 2.
- 38 Zie de definitie van pensioenuitvoerder in art. 1 Pensioenwet.
- 39 Zie de definitie van premiepensioeninstelling in art. 1:1 Wft.
- 40 Dat is geen wettelijke term, zie de definitie van ondernemingspensioenfondsen in art. 1 Pensioenwet en de uitwerking in art. 123 Pensioenwet.
- 41 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 141, nr. 3, p. 7-8 en 13-14.
- 42 *Kamerstukken* 34 117.
- 43 Bestaande multi ondernemingspensioenfondsen dienen zich binnen vijf jaar om te vormen tot een algemeen pensioenfonds of de door hen uitgevoerde pensioenregeling over te plaatsen naar een algemeen pensioenfonds. Zie *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 117, nr. 3, p. 18.
- 44 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 117, nr. 3, p. 15-16.
- 45 Daarover hierna méér.
- 46 De tendens is waarneembaar dat verzekeraars het initiatief nemen tot oprichting van een algemeen pensioenfonds om via zo'n algemeen pensioenfonds overeenkomsten met uitkeringsgarantie uit te voeren met toepassing van het FTK. De verzekeraar beperkt zich dan tot het uitvoeren van premieovereenkomsten, althans waar het tweede pijler pensioenproducten betreft. Zie bij wijze van voorbeeld [www.centraalbeheerapf.nl](http://www.centraalbeheerapf.nl). Zie over de redenen voor invoering van het algemeen pensioenfonds *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 117, nr. 3, p. 2 tot en met 6.
- 47 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 117, nr. 3, p. 9.
- 48 Vgl. 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 kortten nimmer zelfstandig.
- 49 Zie J.J.C. van den Brink, E. Lutjens en 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.
- 50 Zie specifiek voor pensioenverzekeringen art. 17 Pensioenwet dat voorschrijft dat de verwerving van pensioenaanspraken evenredig in de tijd moet plaatsvinden. Dit artikel garandeert echter niet dat een verworven pensioen onder alle omstandigheden verzekerd blijkt wanneer de pensioenregeling bij een verzekeraar is ondergebracht. Het gaat in het kader van deze bijdrage te ver om dat uit te werken. Verwezen zij naar de bijdrage van de auteur van dit artikel in de jubileumbundel van de Vereniging voor Pensioenrecht die in het najaar van 2015 zal verschijnen.
- 51 Voor een uitvoerige uiteenzetting wordt opnieuw verwezen naar de bijdrage van de auteur van dit artikel in de jubileumbundel van de Vereniging voor Pensioenrecht die in het najaar van 2015 zal verschijnen.
- 52 Het bijzondere is dat dit overigens nergens in het EU-recht of het Nederlandse recht met zoveel woorden is bepaald.
- 53 Art. 1:75, lid 2 Wft.
- 54 Art. 1:76, lid 3 Wft.
- 55 Zie art. 3:195, lid 1 Wft en art. 3:196 Wft.
- 56 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.
- 57 Art. 3:195, lid 7 Wft.
- 58 Dit volgt uit art. 3:163 Wft mits de machtiging mede strekt tot liquidatie.
- 59 Deze volgt uit art. 275, lid 1, aanhef en onder b van Richtlijn Solvabiliteit II.
- 60 De hier summier beschreven regeling is opgenomen in de artt. 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.
- 61 Zie ook N. Lavrijssen, Sanering en liquidatie van verzekeraars, *Tijdschrift voor Financiële Recht* 2011, 13(4), p. 87-94.
- 62 Zie art. 134, lid 1 Pensioenwet.
- 63 Zie art. 133a Pensioenwet.
- 64 Zie art. 138 Pensioenwet.
- 65 Zie art. 140 Pensioenwet.
- 66 Zie art. 138, lid 2 Pensioenwet.
- 67 Zie art. 140, lid 1 Pensioenwet.
- 68 Zie art. 138, lid 2 Pensioenwet.
- 69 Zie art. 138, lid 2 Pensioenwet.