

VP vereniging voor
pensioenrecht

Publicatie van de
Vereniging voor Pensioenrecht

VP 22

Jubileumbundel

Pensioenrecht in beweging

**25 jaar Vereniging
voor Pensioenrecht**

Onder redactie van:
Mr. C.P.R.M. Dekker
Mr. dr. E. Schols-van Oppen
Mr. R.L.S. Verjans

Sdu oprecht
de beste
keuze

Deze bijdrage beperkt zich tot onderbrenging op basis van een uitvoeringsovereenkomst gesloten door een in Nederland gevestigde werkgever³⁵² bij een pensioenuitvoerder die verzekeraar is, in Nederland is gevestigd en met vergunning uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (de Wft) werkzaam is, kortom: tot uitvoering van pensioenovereenkomsten door middel van directe verzekering waarop de Nederlandse Pensioenwet van toepassing is.

Het gaat daarbij om uitvoeringsovereenkomsten waarin de voorwaarden zijn vastgelegd waartegen een verzekeraar pensioenverzekeringen op het leven van de werknemers van een werkgever accepteert ter uitvoering van pensioenovereenkomsten die deze werkgever met zijn werknemers is aangegaan. Dergelijke uitvoeringsovereenkomsten worden ook wel met de term mantelovereenkomst of (collectieve) pensioenverzekeringsovereenkomst aangeduid. De term 'uitvoeringsovereenkomst' is pas in zwang gekomen vanaf de invoering van de Pensioenwet.³⁵³ Verder beperkt deze bijdrage zich tot het type uitvoeringsovereenkomst waarbij de verzekeraar ter uitvoering van de gesloten pensioenverzekeringen een gesepareerd beleggingsdepot aanhoudt. Dat betekent dat de betaalde premies en het daarover gerealiseerde beleggingsrendement gesepareerd worden belegd en gesepareerd in de boeken van de verzekeraar worden geadministreerd.³⁵⁴ Onderzocht wordt welke garanties de verzekeraar moet verlenen tijdens de looptijd en na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst als hiervoor bedoeld indien:

- de geëindigde uitvoeringsovereenkomst premievrij wordt gehandhaafd;
- een opvolgende uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten; of

351 Paragraaf 3 is geschreven door Wim Thijssen.

352 De constructie waarbij de werknemer als verzekeringnemer optrad in het kader van het sluiten van pensioenverzekeringen voor het onderbrengen van de pensioenverplichtingen voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst zoals die onder de Pensioen- en spaarfondsenwet ('PSW') mogelijk was (de zogenoemde C-polisconstructie; zie art. 2, lid 4, aanhef en onderdeel c, PSW), blijft buiten beschouwing.

353 In deze bijdrage wordt bedoeld op de pensioenverzekeringsovereenkomst over de uitvoering van meerdere pensioenovereenkomsten; vgl. de definitie van het begrip uitvoeringsovereenkomst in art. 1 PW.

354 Zie voor een beschrijving van uitvoeringsovereenkomsten van het type gesepareerd beleggingsdepot de annotatie van de auteur van deze bijdrage bij Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013 (SRLEV), ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, *Pf* 2013/172.

- waardeoverdracht naar een andere pensioenuitvoerder, pensioeninstelling uit een andere EU-lidstaat of een verzekeraar uit een andere EU-lidstaat wordt gerealiseerd.

Deze onderzoeksvraag wordt onder meer beantwoord op basis van een drietal intrigerende rechterlijke uitspraken: Rechtbank Zutphen 9 januari 2008³⁵⁵, Hof Den Haag 25 maart 2008³⁵⁶ en Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013.³⁵⁷ Hoewel het in twee situaties om lagere rechtspraak gaat, de drie uitspraken sterk leunen op de feitelijke situaties van de berechte casus en rechterlijke uitspraken uit hun aard uitsluitend partijen binden,³⁵⁸ lijkt bespreking van deze uitspraken toch waardevol gezien de meer principiële kwesties die aan de orde kwamen. Indien méér rechtspraak die de onderzoeksvraag van deze bijdrage raakt beschikbaar komt, ontstaat wellicht meer duidelijkheid dan er momenteel zal blijken te zijn.

Met name het faillissement van de Koninklijke Hollandsche Lloyd heeft de wetgever gebracht tot het invoeren van de onderbrengingsplicht. Deze wordt hierna geanalyseerd volgens de gelaagde structuur van het Nederlandse vermogensrecht: eerst wordt ingegaan op het algemene vermogensrecht, vervolgens op het verzekeringsrecht en tot slot op het pensioenrecht. Zoals al werd geduid is deze analyse beperkt tot directe verzekering bij een Nederlandse verzekeraar onder Wft-regime.

3.1 *Het algemene vermogensrecht*

Aan het algemene vermogensrecht ligt het grondbeginsel van de partijautonomie en, in het verlengde daarvan, de contractvrijheid ten grondslag.³⁵⁹ Gegeven deze beginselen is in het algemene vermogensrecht geen grondslag te vinden voor een onderbrengingsplicht voor de werkgever die aan zijn werknemer pensioen in het vooruitzicht stelt. Hooguit zou men zich de vraag kunnen stellen of, bezien vanuit het algemene vermo-

355 Rechtbank Zutphen 9 januari 2008 (Washington), ECLI:NL:RBZUT:2008:BC880, *PJ* 2009/1. Bij deze zaak was de auteur van deze bijdrage als advocaat betrokken.

356 Hof Den Haag 25 maart 2008 (ECT/Optas), ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8041, *PJ* 2008/47. Deze zaak is na het wijzen van het arrest door het hof voorgelegd aan de Hoge Raad, zie HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6156, *PJ* 2010/128. Het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof werd verworpen.

357 Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 augustus 2013 (SRLEV), ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, *PJ* 2013/172.

358 Vgl. art. 236, lid 1, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

359 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41.

gensrecht, een overeenkomst op grond waarvan pensioen in het vooruitzicht wordt gesteld zonder dit extern onder te brengen, in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40, lid 1, BW) of zou moeten worden aangevuld met een verplichting tot onderbrenging op grond van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248, lid 1, BW.³⁶⁰

Een overeenkomst kan in strijd met de goede zeden zijn wanneer nakoming tot gevolg heeft dat dwingendrechtelijke bepalingen worden overtreden,³⁶¹ wanneer de overeenkomst het oogmerk heeft rechtmatige rechtsuitoefening door derden te beletten³⁶² of wanneer de omstandigheden waaronder en de bedoeling waarmee een overeenkomst tot stand komt impliceren dat de overeenkomst ongeoorloofd is.³⁶³ Strijd met de goede zeden schurkt tegen wat buiten het overeenkomstenrecht als onrechtmatig zou worden gekwalificeerd.³⁶⁴ Ik zie geen redenen om aan te nemen dat een overeenkomst die pensioen in het vooruitzicht stelt maar niet verplicht tot onderbrenging in strijd met de goede zeden zou zijn. Een overeenkomst is in strijd met de openbare orde bij strijd met fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie, anders gezegd: met algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel. Ik zie geen aanknopingspunten in summier bestudeerde rechtspraak en literatuur om aan te nemen dat de overeenkomst waarbij pensioen in het vooruitzicht wordt gesteld maar niet extern wordt ondergebracht in strijd met de openbare orde zou zijn.³⁶⁵

Een beroep op nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde van een overeenkomst waarbij in het vooruitzicht gesteld pensioen niet wordt ondergebracht zou de werknemer overigens niet baten, immers: beter een onzeker pensioen dan helemaal geen pensioen.

360 In dit verband zij gewezen op de verplichting voor een directeur-groootaandeelhouder die voor deze pensioen in eigen beheer uitvoert om het recht op uitbetaling van ouderdomspensioen en het recht op bijzonder partnerpensioen van zijn ex-partner onder te brengen. De verplichting vloeit blijkens rechtspraak van de Hoge Raad voort uit art. 6:2 BW. Zie HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 636 en HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 306. Deze uitspraken komen verder in deze bijdrage nog aan de orde.

361 HR 11 mei 1951 (*Burgman/Aviolanda*), *NJ* 1952, 128.

362 Hof Amsterdam 12 januari 1944, *NJ* 1944/1945, 294.

363 HR 8 december 1972, *NJ* 1973, 496. De drie aangehaalde uitspraken worden genoemd door Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 333.

364 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 330.

365 Zie de voorbeelden genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 345-346.

In de situatie waar het pensioenrecht eigen beheer toestaat (zoals voor het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap, omdat deze geen 'werknemer' is in de zin van de PW³⁶⁶ zodat de onderbrengingsplicht niet geldt) is nimmer in de rechtspraak geoordeeld dat eigen beheer in strijd met de goede zeden of de openbare orde zou zijn. Slechts in het kader van pensioenverevening en het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen ten laste van het pensioen van een directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap³⁶⁷ is geoordeeld dat de rechten van de ex-partner moeten worden ondergebracht. Grondslag voor deze onderbrengingsplicht is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2, lid 1, BW.³⁶⁸ Het betreft hier echter een specifieke en bijzondere aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de familierechtelijke rechtsrelatie tussen ex-partners. Die vorm van aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is niet zonder meer vergelijkbaar met aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de rechtsrelatie tussen werkgever en werknemer.

Tussenconclusie: het algemene vermogensrecht *sec* verplicht niet tot onderbrenging van in het vooruitzicht gesteld pensioen. De partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractvrijheid maken het mogelijk een overeenkomst te sluiten van de strekking dat in het vooruitzicht gesteld pensioen in eigen beheer wordt uitgevoerd. Zo'n overeenkomst is ook niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde. In het algemeen volgt ook niet uit de redelijkheid en billijkheid dat in het vooruitzicht gesteld pensioen zou moeten worden ondergebracht. Let wel: deze tussenconclusie abstraheert van het algemene verzekeringsrecht en het pensioenrecht.

3.2 *Het algemene verzekeringsrecht*

Als in het vooruitzicht gesteld pensioen is ondergebracht door verzekering op basis van een uitvoeringsovereenkomst, rijst de vraag hoe ver de garanties van de verzekeraar uit hoofde van die uitvoeringsovereenkomst dienen te strekken. Deze vraag wordt hierna beantwoord door te analyseren of:

366 Zie de definities van 'directeur-grootaandeelhouder' en 'werknemer' in art. 1 PW.

367 Zie art. 2 en art. 3a Wet VPS.

368 Zie HR 12 maart 2004, NJ 2004, 636 en HR 9 februari 2007, NJ 2007, 306, behandeld door W.P.M. Thijssen, 'Het pensioen van de dga bij scheiding', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, afl. 6, p. 100-101.

- de premievrije waarde van een pensioenverzekering gesloten onder de voorwaarden van een uitvoeringsovereenkomst zich gedurende de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst synchroon moet ontwikkelen met de groei van de pensioenaanspraak, of dat de premievrije waarde van een pensioenverzekering mag achterlopen bij de aanspraak zodat voor instandhouding van de verzekerde pensioenaanspraak vanaf het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst nog premiebetaling mag worden bedongen, m.a.w. is synchroniciteit tussen premiebetaling en pensioenverwerving vereist;
- vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst de onder vigeur van die overeenkomst gesloten verzekeringen voor de verzekerde bedragen in stand moeten blijven, of dat de verzekerde bedragen vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst mogen worden verlaagd tot de premievrije waarde van de verzekering indien deze waarde lager is dan de waarde die nodig zou zijn voor instandhouding van het verzekerde bedrag bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst tenzij de premiebetaling wordt voortgezet (bestaat een recht op premievrije handhaving van verzekerde pensioenaanspraken);
- de verzekeraar bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst bevoegd is om de waarde corresponderend met de verzekeringen gesloten ter dekking van tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst in het vooruitzicht gestelde pensioenaanspraken aan de werkgever te restitueren onder verval van de betreffende pensioenverzekeringen tenzij de werkgever extra premie voldoet voor instandhouding van de verzekeringen, m.a.w. is tariefgrondslagverzwaring toegestaan.

Bij deze analyse wordt geabstraheerd van het pensioenrecht, zodat de getrokken conclusies kunnen afwijken van de conclusies die zouden worden getrokken indien óók het pensioenrecht bij de beschouwing zou zijn betrokken. De analyse beoogt het inzicht te verschaffen in hoeverre het hierna ook te behandelen pensioenrecht het algemene verzekeringsrecht met extra waarborgen aanvult.

3.2.1 *Het algemene verzekeringsrecht / synchroniciteit tussen pensioenverwerving en premiebetaling*

De als eerste opgeworpen vraag die in dit verband rijst is of het is toegestaan om de garantie van verzekerde pensioenaanspraken afhankelijk te stellen van premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst, bedongen bij het aangaan daarvan of na het eindigen van de verzekeringsovereenkomst.

De definitie van het begrip verzekering in art. 7:925 BW, de definitie van de sommenverzekering in art. 7:964 BW en de definitie van het begrip levensverzekering in art. 7:975 BW lijken de constructie niet te beletten. Uit de woorden 'of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren' in art. 7:925, lid 1, BW volgt in elk geval dat het mogelijk is dat gegeven een gegarandeerde door de verzekeraar te verrichten uitkering de duur van de premiebetaling onzeker mag zijn. Het risico dat 'minder' premie wordt ontvangen (bijvoorbeeld in de situatie dat de uitkering is gegarandeerd, maar de verzekeringnemer overlijdt voordat de laatste premie termijn is betaald) kan door de verzekeraar in de premie worden verdisconteerd. Uit de definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW blijkt dat het niet is verboden dat de verplichting om premie te betalen voortduurt nadat een pensioenaanspraak is verzekerd en dat de verzekerde pensioenaanspraak mag worden verminderd indien de premiebetaling wordt afgebroken (bijvoorbeeld door insolventie van de werkgever) omdat de premievrije waarde bij het afbreken van de premiebetaling minder bedraagt dan de verworven pensioenaanspraak zoals die was verzekerd.

De beginselen van partijautonomie en contractvrijheid impliceren dan dat het ook is toegestaan, tenzij sprake zou zijn van strijd met de goede zeden of de openbare orde in de zin van art. 3:40, lid 1, BW of sprake zou zijn van 'onaanvaardbaarheid' in het licht van het bepaalde in art. 6:248, lid 2, BW. Uit het voorafgaande blijkt dat van strijdigheid met de goede zeden of de openbare orde of van 'onaanvaardbaarheid' niet snel sprake is. De conclusie luidt dat het is toegestaan dat premiebetaling voor het verzekeren van een pensioenaanspraak voortduurt nadat de pensioenaanspraak door de werknemer jegens de werkgever is verworven.

Aannemend dat een uitvoeringsovereenkomst mag inhouden dat de premiebetaling ter dekking van een onder die uitvoeringsovereenkomst verzekerde pensioenaanspraak zich uitstrekt over een periode na afloop daarvan (uiterlijk tot de pensioendatum of wellicht zelfs na het tot uitkering komen van het pensioen), rijst nog de vraag of dit dan wel bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst moet zijn overeengekomen, of dat de verzekeraar voor instandhouding van de verzekering van een pensioenaanspraak voortdurende premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst mag bedingen. Beantwoording van deze vraag hangt samen met beantwoording van de als tweede opgeworpen vraag, die naar het al dan niet bestaan van een recht op premievrije handhaving

van de verzekering van een pensioenaanspraak na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst.

3.2.2 *Het algemene verzekeringsrecht / recht op premievrije handhaving?*

De als tweede opgeworpen vraag die in dit verband rijst is of het is toegestaan om pensioen zodanig te verzekeren dat pensioenen die tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst ingaan zijn gegarandeerd, maar verzekerde pensioenaanspraken vanaf het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst niet meer zijn gegarandeerd. Dit betekent dat géén recht op het premievrij handhaven van tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen voor het onderbrengen van verworven pensioenaanspraken zou bestaan. De consequentie zou zijn dat de verzekeraar de verzekering tegen een lager verzekerd bedrag dan het bedrag dat tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst was verzekerd mag handhaven of de bevoegdheid zou hebben om de bij de verzekeraar ter dekking van de tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen ondergebrachte middelen na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer te restitueren onder verval van de verzekeringen. In die laatste situatie spreekt men in pensioenjargon van een uitvoeringsovereenkomst van het type kapitaalcontract.³⁶⁹

De vraag moet worden beantwoord in het licht van de wettelijke bepaling van art. 7:978, lid 2, BW, inhoudend dat de verzekeringnemer het recht heeft om een verzekering met premievrije waarde premievrij voort te zetten. Uitgaande van dit recht op premievrije voortzetting, kan echter niet zonder meer worden aangenomen dat de premievrije waarde van de verzekering zou moeten overeenstemmen met de verworven pensioenaanspraak. Indien door de gekozen premiesystematiek sprake is van een achterstand van de ontwikkeling van de premievrije waarde van de gesloten pensioenverzekering op de pensioenaanspraak, moet *hetzij* tussen werkgever en werknemer zijn overeengekomen dat de werkgever aanvullende premie betaalt om het gat te dichten (deze variant werd hiervoor uitgewerkt), *hetzij* dat de werknemer genoeg neemt met de gekorte pensioenaanspraak die overeenstemt met de premievrije waarde van de verzekering, tenzij is overeengekomen dat de premiebetaling voortduurt na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst. Benadrukt zij nogmaals, om te voorkomen dat de lezer op het 'verkeerde been' wordt gezet, dat

³⁶⁹ Vgl. art. 148a PW in de situatie waarin een pensioenfonds pensioenverplichtingen bij een verzekeraar onderbrengt.

deze beschouwing zich beperkt tot het algemene verzekeringsrecht, pensioenrechtelijke aspecten blijven hier nog buiten beschouwing.³⁷⁰

Omdat de werkgever verzekeringnemer is, geldt de regeling omtrent het recht op premievrije voortzetting echter niet ingevolge het bepaalde in art. 7:986, lid 3, BW. Op grond van dat artikellid kan het recht op premievrije voortzetting van een verzekering na het eindigen van de verzekeringsovereenkomst worden uitgesloten wanneer de verzekeringnemer een natuurlijke persoon is die de verzekering in hoedanigheid van natuurlijke persoon sluit.³⁷¹ De werkgever sluit de verzekering immers, zowel wanneer hij een rechtspersoon of een natuurlijke persoon is, niet in hoedanigheid van natuurlijke persoon maar in hoedanigheid van werkgever. Dat betekent dat het recht op premievrije voortzetting óók niet geldt indien de werkgever een natuurlijke persoon is, daar hij in die situatie niet in hoedanigheid van natuurlijke persoon optreedt in het kader van het verzekeringnemerschap bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst. Omdat het recht op premievrije voortzetting niet geldt, luidt het antwoord op de vraag die hier aan de orde is dat het verzekeringsrecht vóór pensioeningang geen bescherming biedt. Het verzekeringsrecht staat toe dat bij beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst de pensioenverzekering wordt gehandhaafd voor een lager bedrag dan tijdens de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst, of dat de verzekering voor het verzekerde bedrag wordt gehandhaafd mits de premiebetaling voortduurt of dat de premievrije waarde van pensioenverzekering ter zake niet ingegaan pensioen aan de werkgever wordt gerestitueerd. De werkgever loopt dan het risico dat de premievrije waarde onvoldoende is om de pensioenaanspraak van de werknemer opnieuw bij de verzekeraar (of een andere pensioenuitvoerder) onder te brengen. Dat betekent weer dat, indien de werkgever financieel niet in staat is om de voor het opnieuw verzekeren van de pensioenaanspraak benodigde financiële middelen beschikbaar te stellen, de pensioenaanspraak van de werknemer niet kan worden ge-

370 Onder de PSW gold tot 1 augustus 1987 dat de werknemer genoeg moest nemen met de gekorte pensioenaanspraak, tenzij anders zou zijn of worden overeengekomen. Tussen 1 augustus 1987 en 1 januari 2000 gold dat de werkgever bij premievrijmaking als gevolg van uitdiensttreding vóór de pensioendatum het verschil tussen de datum van uitdiensttreding en de pensioendatum diende 'bij te financieren', met dien verstande dat snellere bijfinanciering of affinanciering ineens op de datum van uitdiensttreding was toegestaan. Sinds 1 januari 2000 geldt dat de financiering van een pensioenaanspraak 'bij' moet zijn, zodat de premievrije waarde van een pensioenverzekering de pensioenaanspraak altijd dekt.

371 Vgl. W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Kluwer, Deventer 2007, nr. 4.5.

realiseerd (de werknemer loopt het insolventierisico van de werkgever). Het hangt volledig van de gesloten uitvoeringsovereenkomst af, welke rechten werkgever en werknemer hebben bij het eindigen daarvan.

Het algemene verzekeringsrecht sluit zelfs niet uit dat de premiebetaling zich voortzet nadat het verzekerde pensioen is ingegaan. De definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW sluit dat immers niet uit.

3.2.3 *Het algemene verzekeringsrecht / tariefgrondslagverzwaring*

De derde vraag die in dit verband werd opgeworpen is of de verzekering van een eenmaal verzekerde en verworven pensioenaanspraak bij het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst mag vervallen tegen uitkering van de premievrije waarde aan de werkgever, omdat de verzekeraar de verzekering slechts wenst te handhaven indien aanvullende premie wordt betaald ter dekking van lang- of kortlevenrisico of toegenomen beleggingsrisico.³⁷² Dit is een vraag die moet worden onderscheiden van de vraag of de premiebetaling mag voortduren na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst. Hier betreft het immers, in praktische bewoordingen weergegeven, de vraag of daarnaast de over het verleden betaalde premie achteraf mag worden verhoogd, omdat het risico achteraf bezien door de verzekeraar te licht was ingeschat.³⁷³ Daarbij moet nog onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat dergelijke aanvullende premiebetaling vooraf is overeengekomen of achteraf wordt bedongen als voorwaarde voor instandhouding van de verzekering na afloop van de uitvoeringsovereenkomst. Deze vraagstelling houdt in het toepasselijke jargon de vraag in of vooraf of achteraf overeengekomen tariefgrondslagverzwaring³⁷⁴ is toegestaan. Voor de duidelijkheid zij herhaald dat het verschil met de als tweede opgeworpen vraag is dat het hier om premieverhoging achteraf met terugwerkende kracht gaat (al dan niet vooraf overeengekomen), terwijl het er bij de als tweede opgeworpen vraag om ging of de vooraf overeengekomen premie mag worden uitgesmeerd over een lan-

372 In de actualiteit spelen het toenemende langlevensrisico en het toegenomen beleggingsrisico in verband met de sterk gedaalde marktrente.

373 Indien de premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst zou voortduren, zou ook de toekomstige premie dan kunnen worden verhoogd. Hierna bij de behandeling van het pensioenrecht zal echter blijken dat deze situatie vanuit pensioenrechtelijke optiek niet is toegestaan, zodat die zich in de praktijk niet voordoet.

374 Door gedaalde marktrente, toegenomen levensverwachting, toegenomen sterfte of arbeidsongeschiktheid of toegenomen kosten.

gere periode dan de periode waarover de pensioenaanspraak wordt verworven.

Omdat gezien vanuit het algemene verzekeringsrecht geen recht op premievrije handhaving van verzekeringen gesloten ter dekking van verworven pensioenaanspraken geldt na afloop van de uitvoeringsovereenkomst, kan de verzekeraar voor het handhaven van de verzekering na afloop van de uitvoeringsovereenkomst bedingen (vooraf of achteraf) dat aanvullende premie wordt betaald in verband met het in stand houden of opnieuw sluiten van de verzekeringen. Instandhouding zal zich voordoen indien de uitvoeringsovereenkomst onder gewijzigde condities wordt verlengd. Die gewijzigde condities zullen dan, voor zover voor deze bijdrage relevant, in de praktijk het volgende inhouden:

- premieverhoging voor het verzekeren van vanaf de ingangsdatum van de verlengde uitvoeringsovereenkomst te sluiten verzekeringen voor het onderbrengen van vanaf die datum nieuw te verwerven pensioenaanspraken;
- premieverhoging achteraf voor instandhouding van de bestaande verzekeringen van vóór contractbeëindiging verworven pensioenaanspraken.

Dat laatste betekent feitelijk dat de opgebouwde voorziening pensioenverplichtingen die de verzekeraar aanhoudt in het kader van onderbrenging van verworven pensioenaanspraken wordt herrekend (verhoogd; dat betekent dat sprake is van de hiervoor genoemde tariefgrondslagverzwaring). Het bedrag gemoeid met de verhoging wordt bij de werkgever in rekening gebracht. Omdat geen recht op het premievrij handhaven van de verzekeringen bestaat, kan tariefgrondslagverzwaring achteraf als voorwaarde voor premievrije handhaving worden bedongen, maar ook vooraf, in de uitvoeringsovereenkomst, zijn voorzien.

Het is ook mogelijk dat voor de toekomst een nieuwe uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten in combinatie met een separate overeenkomst strekkend tot tariefgrondslagverzwaring als voorwaarde voor het premievrij in stand houden van de verzekeringen gesloten onder vigeur van de geëindigde uitvoeringsovereenkomst. De grens tussen contractverlenging en premievrijmaking (eventueel onder nader overeen te komen voorwaarden zoals tariefgrondslagverzwaring) in combinatie met het sluiten van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst is niet scherp te trekken en voor het onderwerp van deze bijdrage niet relevant. Verlenging zal zich voordoen als de pensioenovereenkomsten die zijn ondergebracht niet of

nauwelijks wijzigen (het pensioensysteem blijft hetzelfde). Een nieuwe uitvoeringsovereenkomst wordt bijvoorbeeld gesloten als het pensioensysteem wijzigt (bijvoorbeeld: van uitkeringsovereenkomsten over naar premieovereenkomsten).

De nieuwe uitvoeringsovereenkomst kan ook bij een andere verzekeraar worden ondergebracht. Ook kan sprake zijn van het voor de toekomst sluiten van een uitvoeringsovereenkomst met een andersoortige pensioenuitvoerder. De gevolgen voor de geëindigde uitvoeringsovereenkomst wijken dan in beginsel niet af: over de voorwaarden voor handhaving van de onder vigeur van die uitvoeringsovereenkomst gesloten verzekeringen moet overeenstemming worden bereikt met de verzekeraar waar de verzekeringen waren ondergebracht.

De vraag rijst of tariefgrondslagverzekering onder het algemene verzekeringsrecht is toegestaan. Wringt het niet met de verzekeringsgedachte dat als een pensioenaanspraak tegen betaling van een overeengekomen premie is verzekerd, de werkgever achteraf met een extra premielast wordt geconfronteerd voor het handhaven van de verzekering? En de werknemer met het risico dat zijn verworven pensioenaanspraak niet langer volledig blijft verzekerd, als de werkgever insolvent blijkt te zijn en de premie voor tariefgrondslagverzekering niet kan opbrengen?

In het eerste mij bekende handboek over levensverzekeringsrecht (het handboek van Wichers uit 1925, dat maar liefst 877 pagina's bestrijkt) is een definitie van het begrip levensverzekering opgenomen waarvan onderdeel is dat de premie moet *voorafgaan* aan de uitkering.³⁷⁵ Deze definitie lijkt, 'vertaald' naar de huidige verzekeringspraktijk, niet aan tariefgrondslagverzekering in de weg te staan, niet als deze in een uitvoeringsovereenkomst is bedongen, maar ook niet indien deze achteraf wordt bedongen als voorwaarde voor premievrije handhaving. Wichers betoogt onder een kopje 'extra-premieën' echter dat extra premie (achteraf) slechts dan kan worden bedongen, wanneer deze wordt bedongen voor een risico dat volgens de wet, de polis, algemene rechtsbeginselen of het algemeen gebruik is uitgesloten. Ontbreekt zo'n uitsluiting, dan geldt het '*grondbeginsel*'

375 A.W. Wichers, *De rechtsleer der Levensverzekerings-Overeenkomst*, Martinus Nijhoff, 1925, p. 240. Dit lijkt af te wijken van de huidige definitie van het begrip verzekering in art. 7:925, lid 1, BW, die overeengekomen voortzetting van de premiebetaling nadat de verzekeraar moet uitkeren niet uitsluit, zie hiervoor.

dat de verzekering het volle risico omvat.³⁷⁶ Deze redenering volgend zou tariefgrondslagverzwaring uitsluitend zijn toegestaan indien deze in een uitvoeringsovereenkomst is voorzien (vooraf is overeengekomen).³⁷⁷ Het 'uitgesloten risico' zou dan het risico van rentedaling en het risico van toeneming van de levensverwachting zijn. Die lijn volgend zou exact moeten worden vastgelegd met het oog op welke omstandigheden sprake zou mogen zijn van tariefgrondslagverzwaring en op welke wijze de extra premie die achteraf moet worden voldaan in verband met tariefgrondslagverzwaring zou moeten worden berekend.

Hiervoor werden gedachten door Wichers geformuleerd weergegeven als min of meer willekeurige keuze uit de rechtsgeleerde literatuur, omdat het handboek van Wichers het oudst beschikbare was. Het gaat in het kader van deze bijdrage te ver om de ontwikkelingen in de rechtsliteratuur tot heden te volgen. De sprong naar de huidige tijd makend, waarin tariefgrondslagverzwaring vanuit verzekeringsrechtelijk oogpunt is toegestaan omdat geen recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen bestaat,³⁷⁸ kan toch het nodige van de beschouwingen van Wichers worden geleerd. Tariefgrondslagverzwaring kan ingrijpende gevolgen hebben voor de financiële positie van de werkgever. Indien de middelen gemoeid met tariefgrondslagverzwaring niet kunnen worden opgebracht, zouden de pensioenaanspraken van de betrokken werknemers immers door de verzekeraar (mogen) worden verlaagd door deze vast te stellen op basis van de premievrije waarde van de bestaande pensioenverzekering.

Gezien het voorgaande bepleit ik in lijn van de beschouwingen van Wichers dat tariefgrondslagverzwaring wettelijk uitsluitend zou moeten zijn toegestaan, indien deze vooraf, bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst, is overeengekomen. Ook zou (in lijn met de beschouwingen van Wichers) moeten vastliggen onder welke omstandigheden van welke mate van tariefgrondslagverzwaring sprake zou mogen zijn. Verder zou

³⁷⁶ Wichers, a.w., p. 226.

³⁷⁷ Saillant is dat Wichers, a.w. p. 699, opmerkt dat wanneer tarieven gunstiger worden, de verzekeringnemer de verzekeraar niet kan dwingen tijdens de looptijd van de verzekering de tarieven voor de verzekeringnemer in gunstige zin aan te passen, omdat de verzekeraar geen verzekering kan worden opgedrongen die hij niet wenst te sluiten. Wichers gaat er daarbij van uit dat nieuwe tarieven gunstiger uitpakken voor de verzekeringnemer. De omgekeerde situatie, die het onderwerp van deze bijdrage is, behandelt Wichers niet.

³⁷⁸ Vgl. in dit verband P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Monografieën Sociaal Recht nr. 10, Kluwer, Deventer 1997, p. 711.

wettelijk moeten worden geregeld dat de verzekeringnemer (de werkgever) vóór het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst uitdrukkelijk over de mogelijkheid en de mogelijke gevolgen van tariefgrondslagverzekering zou moeten worden geïnformeerd door de verzekeraar, zodat tariefgrondslagverzekering op een 'informed consent' berust.³⁷⁹ Tariefgrondslagverzekering die niet vooraf is overeengekomen kan dan niet achteraf worden afgedwongen. Tariefgrondslagverzekering die niet vooraf is overeengekomen, maar die door de verzekeraar zou worden bedongen als voorwaarde voor het premievrij handhaven van een uitvoeringsovereenkomst voor de tijdens de looptijd daarvan verzekerde bedragen, zou in mijn visie niet de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248, lid 2, BW moeten kunnen doorstaan. In feite ontstaat dan in afwijking van art. 7:978, lid 2 jo. art. 7:986, lid 3, BW een recht op het premievrij handhaven van de verzekeringen gesloten uit hoofde van een uitvoeringsovereenkomst indien tariefgrondslagverzekering niet al bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst is overeengekomen.

Tussenconclusie: het algemene verzekeringsrecht dwingt evenmin als het algemene vermogensrecht om in het vooruitzicht gesteld pensioen onder te brengen. Als pensioen bij een verzekeraar wordt ondergebracht, moet de verzekeraar pensioenen vanaf ingang garanderen en blijven uitkeren. Vanaf het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst bestaat echter geen recht op het handhaven van de verworven en verzekerde pensioenaanspraak. De verzekeraar heeft de bevoegdheid de pensioenaanspraak te verlagen tot het niveau dat correspondeert met de premievrije waarde van de verzekering. De verzekeraar mag de verzekeringen ook laten vervallen en de afkoopwaarde aan de werkgever beschikbaar stellen. Het is toegestaan dat de verzekeraar voor handhaving van de verzekerde pensioenaanspraken 'extra' premie bedingt (tariefgrondslagverzekering), óók wanneer dat niet vóóraf is overeengekomen.

3.3 *Het pensioenrecht*

Zoals hiervoor bleek werd de PSW hoofdzakelijk ingevoerd om teleurstellingen bij de werknemer met betrekking tot het in het vooruitzicht gesteld

³⁷⁹ Mogelijk leidt de mogelijkheid van tariefgrondslagverzekering tot de verplichting van de werkgever om op de balans een voorziening op te nemen met het oog op de mogelijke kosten gemoeid met tariefgrondslagverzekering na afloop van de pensioenverzekeringsovereenkomst. In dit verband wijs ik op het bepaalde in art. 2:374, lid 3, aanhef en onderdeel b, BW.

pensioen te voorkomen.³⁸⁰ Een wettelijke regeling werd noodzakelijk geacht, aan de ene kant omdat 'de meeste werkgevers niet deskundig' werden geacht te zijn 'op het gebied der levensverzekering', aan de andere kant omdat 'het voor de werknemer van het grootste belang' werd geacht 'dat hij weet, waar hij inzake pensionering aan toe is'.³⁸¹ De wettelijke regeling hield in dat pensioen voortaan wettelijk verplicht moest worden ondergebracht bij een bedrijfstakpensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar. Deze onderbrengingsverplichting werd opgenomen in art. 2, lid 1 en 4, PSW en is thans in aangepaste vorm opgenomen in art. 23 PW.

In het kader van directe verzekering werd in de wetsgeschiedenis een beschouwing gewijd aan het verband met het verzekeringsrecht. Pensioenverzekeringen zouden niet afkoopbaar mogen zijn (niet door de werkgever, maar ook niet door de werknemer om te voorkomen dat de afkoopwaarde in de consumptieve sfeer zou worden aangewend), omdat het pensioen dan niet zou zijn gewaarborgd. Ook zou de werkgever de pensioenverzekering niet mogen belenen.³⁸²

Voor het onderwerp van deze bijdrage is relevant dat geen beschouwing werd gewijd aan het ontbreken in het verzekeringsrecht van een recht op premievrij handhaven van een pensioenverzekering en de mogelijke daarmee samenhangende risico's voor werkgever en werknemer, zoals die hiervoor bleken.

Vanuit pensioenrechtelijk perspectief rijst in dit licht de vraag of en in hoeverre de onderbrengingsverplichting waarborgt dat een eenmaal verzekerde pensioenaanspraak ook daadwerkelijk verzekerd blijft. Deze kwestie kwam op drie verschillende wijzen aan de orde in de aan het begin van deze bijdrage aangehaalde rechtspraak, respectievelijk:

- in het kader van het na beëindiging verlengen van een uitvoeringsovereenkomst of het sluiten van een opvolgende uitvoeringsovereenkomst na beëindiging van de voorgaande (te weten: in de zaak Washington);

380 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5, l.k. en p. 6, r.k. Zie verder (zonder te beogen uitputtend alle relevante literatuur te noemen) E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, diss., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 29 en P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Monografieën Sociaal Recht, nr. 10, Kluwer, Deventer 1997, nrs. 27-29.

381 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 5, r.k.

382 Kamerstukken II, 1949-1950, 1730, nr. 3, p. 7, l.k.

- in de situatie dat na beëindiging van een uitvoeringsovereenkomst een opvolgende uitvoeringsovereenkomst bij een andere verzekeraar werd gesloten in combinatie met collectieve waardeoverdracht (te weten: in de zaak ECT/Optas);
- bij waardedaling van de beleggingen corresponderend met de verzekeringsverplichtingen onder het niveau van de op contractuele grondslagen berekende voorziening voor pensioenverplichtingen (te weten: in de zaak SRLEV).

3.3.1 *De zaak Washington: tariefgrondslagverzwarening*

In de zaak Washington had zich herhaalde malen in het kader van contractverlenging en het sluiten van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst na het eindigen van een voorafgaande de situatie voorgedaan dat bedragen voor tariefgrondslagverzwarening waren bedongen en in rekening waren gebracht. Deze bedragen werden steeds ten laste gebracht van de zogenoemde extra reserve in het gesepareerde beleggingsdepot dat bij de verzekeraar werd aangehouden.

Die extra reserve was het bedrag in het gesepareerde depot dat niet diende ter dekking van de pensioenverplichtingen. De extra reserve was voor de werkgever vrij opneembaar, maar werd door de werkgever bestemd voor wat naar huidig recht als voorwaardelijke toeslagverlening wordt aangeduid. Nadat de werkgever failliet was,³⁸³ beschikte de verzekeraar over activa ondergebracht in het gesepareerde beleggingsdepot. Daartegenover stonden als passiva de voorziening verzekeringsverplichtingen en de hiervoor bedoelde extra reserve met als beoogde besteding, zoals hiervoor werd uiteengezet, toeslagverlening voor de pensioen-aanspraakgerechtigden. De verzekeraar maakte de verzekeringen premievrij, maar bracht een bedrag uit hoofde van tariefgrondslagverzwarening ten laste van de extra reserve als voorwaarde voor het premievrij handhaven van de verzekerde pensioenaanspraken.

De curator stelde onder meer dat de elkaar opvolgende tariefgrondslagverzwaringen (en ook de eerdere) in strijd waren met het algemene verzekeringsrecht en met de onderbrengingsverplichting van (destijds) de PSW. Immers, door de voor de verzekeringen verschuldigde premie te betalen had de verzekeraar de verzekerde pensioenaanspraken moeten garanderen. Premiebetaling achteraf als voorwaarde voor het handhaven van een verzekering, zou, zowel wanneer dit vooraf als wanneer dit ach-

³⁸³ Voor alle duidelijkheid: het faillissement werd niet veroorzaakt door de problematiek rond de tariefgrondslagverzwarening. Die kwam pas na het faillissement op.

teraf zou worden bedongen, strijdig zijn met het algemene verzekeringsrecht, omdat in die situatie geen sprake zou zijn van 'verzekering', omdat de werkgever dan na het sluiten van de verzekering en het betalen van de verschuldigde premie risico blijft lopen, namelijk het risico dat voor verdere instandhouding van de verzekering nadere premie kan worden bedongen of zou zijn verschuldigd. Verder zou het bedingen van extra premie vooraf of achteraf voor het premievrij handhaven van verzekerde pensioenaanspraken door de verzekeraar strijdig zijn met de onderbrengingsverplichting, omdat de werkgever feitelijk niet aan zijn onderbrengingsverplichting zou hebben voldaan indien als voorwaarde voor continuering van het ondergebracht zijn (en vooral: blijven) van een pensioenaanspraak extra premie zou mogen worden bedongen. Het gevolg zou immers zijn, zo kwam het de curator voor, dat de verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken zouden worden gekort in de situatie waarin de aanvullende premie niet zou (kunnen) worden betaald, indien onverhoopt geen recht op premievrije handhaving op grond van het algemene verzekeringsrecht zou bestaan.

De rechtbank oordeelde dat van strijd met het algemene verzekeringsrecht geen sprake was omdat het de verzekeraar vrij zou staan om vooraf of achteraf extra premie voor het premievrij handhaven van pensioenverzekeringen gesloten voor het onderbrengen van pensioenaanspraken te bedingen. Weliswaar zou aan de werkgever uit hoofde van een basisbeginsel van het levensverzekeringsrecht het recht op premievrije handhaving van eenmaal gesloten pensioenverzekeringen toekomen,³⁸⁴ maar Washington had steeds (vooraf of achteraf) met tariefgrondslagverzwaring ingestemd. Een beroep op onder meer Wichers werd daarom afgewezen.³⁸⁵ De consequentie was dat indien na het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst de verzekeringen voor toekomstige pensioenverwerving bij een andere verzekeraar zouden zijn ondergebracht, wel het recht op premievrije handhaving van de bij de oorspronkelijke verzekeraar ondergebrachte rechten zou bestaan. Dat volgde uit de diverse elkaar opvolgende uitvoeringsovereenkomsten: met het oog op die situatie was daarin bepaald dat in plaats van aanvullende premie, toekomstige gegenereerde overrente dan in eerste instantie door de verzekeraar zou kunnen worden

³⁸⁴ Zie r.o. 5.16 van de rechtbank in de zaak Washington, die gezien het voorafgaande niet op het verzekeringsrecht had kunnen worden gebaseerd, daar aan het verzekeringsrecht voor een werkgever nu juist geen recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen kan worden ontleend.

³⁸⁵ Zie eveneens r.o. 5.16 van de rechtbank in de zaak Washington.

aangewend voor tariefgrondslagverzekering. Toeslagverlening zou in die situatie slechts kunnen worden gerealiseerd indien en voor zover de overrente méér zou bedragen dan de aanvullende premie bedongen voor tariefgrondslagverzekering. Indien de overrente in een bepaald jaar negatief zou zijn, zou deze voor de toekomst volledig vervallen zodat nimmer meer sprake zou kunnen zijn van toeslagverlening (tenzij de werkgever daarvoor zou betalen, maar die was uiteindelijk failliet).

Van het onjuist uitvoeren door de verzekeraar van de onderbrengingsverplichting van destijds art. 2, lid 1, PSW was naar het oordeel van de rechtbank eveneens geen sprake omdat de werkgever door deze regeling niet zou worden beschermd. Deze regeling zou slechts de werknemer beschermen.³⁸⁶ Dat is een wel heel principiële oordeel. Het betekent concreet dat een verzekeraar een verzekerde pensioenaanspraak jegens een werknemer moet garanderen, maar niet jegens diens werkgever.³⁸⁷ De consequentie is dat in de situatie waarin een werkgever een bedongen aanvullende premie uit hoofde van tariefgrondslagverzekering als gevolg van insolventie niet kan voldoen, dit niet leidt tot rechtenkorting voor de werknemer. De onderbrengingsverplichting houdt daarom niet méér in dan dat de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever moet dragen voor bedragen die de verzekeraar:

- bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst heeft bedongen voor tariefgrondslagverzekering na het eindigen daarvan, zonder dat deze wordt verlengd; of
- die de verzekeraar heeft bedongen in het kader van contractverlenging of het sluiten van een opvolgende uitvoeringsovereenkomst als voorwaarde voor het premievrij handhaven van de verzekeringen uit hoofde van de geëindigde uitvoeringsovereenkomst.

De onderbrengingsverplichting beschermt de werknemer, echter niet de werkgever. De werkgever ontleende aan de regeling omtrent onderbrenging van art. 2, lid 1, PSW en ontleent aan de regeling omtrent onderbrenging van art. 23 PW niet de zekerheid dat wanneer de premie verschuldigd voor een pensioenverzekering is voldaan, de verzekering ook altijd in stand blijft. De werkgever moet zich realiseren dat mogelijk vooraf tariefgrondslagverzekering kan zijn bedongen of achteraf, na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst, als voorwaarde voor het handhaven van de

³⁸⁶ Zie in dit verband onder meer r.o. 5.40 van de rechtbank in de zaak Washington.

³⁸⁷ Dit leid ik onder meer af uit r.o. 5.3, 5.14, 5.18 en 5.21 van de rechtbank in de zaak Washington.

pensioenverzekering in combinatie met contractverlenging of het aangaan van een nieuwe uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar premie voor tariefgrondslagverzekering kan worden bedongen.³⁸⁸ Indien de werkgever die niet wenst te voldoen, zou toekomstige pensioenverwerving bij een andere verzekeraar kunnen worden ondergebracht. Dan worden de verzekeringen bij de oorspronkelijke verzekeraar premievrij gemaakt, maar wordt tariefgrondslagverzekering gerealiseerd uit toekomstige overrente waardoor de toeslagverlening (indien van toepassing) alsnog door de werkgever moet worden gefinancierd. De werkgever draagt in beide situaties de risico's, de verzekeraar slechts het insolventierisico van de werkgever.

Tussenconclusie: het pensioenrecht biedt de werknemer extra bescherming ten opzichte van het algemene verzekeringsrecht. De pensioenaanspraken verworven door een werknemer dienen door de verzekeraar jegens de werknemer te zijn gegarandeerd. Dit volgde in het verleden uit de onderbrengingsverplichting opgenomen in art. 2, lid 1, PSW, sinds 1 januari 2007 opgenomen in art. 23 PW. Vanuit verzekeringsrechtelijk jargon betekent dit dat voor de werknemer feitelijk het recht op premievrije handhaving van verzekeringen gesloten ter dekking van verleende pensioenaanspraken bestaat. Het niet voldoen van vooraf of achteraf bedongen premie voor tariefgrondslagverzekering deert de werknemer niet, daar het insolventierisico van de werkgever op grond van art. 2, lid 1, PSW en vanaf 1 januari 2007 op grond van art. 23 PW op de verzekeraar rust. Dit doet niet af aan de 'informed consent'-gedachte die ik hiervoor weergaf in het kader van het verzekeringsrecht om tot betere bescherming van de werkgever te komen.³⁸⁹

388 Pensioenverzekeringsovereenkomsten die wel het recht op premievrije handhaving van uit hoofde van die overeenkomst gesloten pensioenverzekeringen kennen na afloop van de pensioenverzekeringsovereenkomst, bevatten een bepaling die inhoudt dat een opslag voor tariefgarantie wordt betaald. Dat betekent feitelijk dat de opslag voor tariefgrondslagverzekering in de premie wordt verwerkt door middel van een opslag.

389 Hier komt nog bij dat sinds 1 januari 2000 pensioenverwerving en pensioenfinanciering synchroon moeten lopen, zodat bij het eindigen van een uitvoeringsovereenkomst verworven pensioenaanspraken op basis van de grondslagen van de uitvoeringsovereenkomst zijn gefinancierd (het doorlopen van de premiebetaling ter dekking van een pensioenaanspraak die in een bepaald jaar is verworven na dat jaar is niet toegestaan; zie sinds 1 januari 2000 art. 7a PSW, sinds 1 januari 2007 art. 17 PW).

3.3.2 *De zaak ECT/Optas: collectieve waardeoverdracht*

In de zaak ECT/Optas koos de werkgever (ECT) ervoor om de toekomstige pensioenvererving bij een andere verzekeraar onder te brengen, om betaling van een bedrag voor tariefgrondslagverzekering in het kader van contractverlenging bij de oorspronkelijke verzekeraar te voorkomen. Optas (de oorspronkelijke verzekeraar) diende de verzekeringen ter dekking van pensioenaanspraken van de werknemers van ECT te handhaven. Daarvoor werd echter aanvullende premie bedongen voor tariefgrondslagverzekering, ten laste van de overrente zodat de toekomstige toeslagverlening onder druk kwam te staan. Om een 'knip' in de verzekering van de pensioenaanspraken van de werknemers en de hiervoor omschreven problematiek rond toeslagverlening te voorkomen, maakte ECT gebruik van de bevoegdheid tot collectieve waardeoverdracht van Optas naar de opvolgende verzekeraar. De overdrachtswaarde die Optas beschikbaar stelde, bleek echter minder te bedragen dan de koopsom die de opvolgende verzekeraar had bedongen voor het onderbrengen van de pensioenaanspraken die bij Optas waren ondergebracht. De opvolgende verzekeraar hanteerde zwaardere grondslagen dan de door Optas voor ECT gehanteerde grondslagen die in het verleden, bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst, waren bedongen. In feite werd ECT daarom toch impliciet geconfronteerd met een koopsom voor tariefgrondslagverzekering. De contractuele grondslagen waarop Optas de overdrachtswaarde berekende leidden tot een lagere overdrachtswaarde dan de koopsom berekend voor het verzekeren van die pensioenaanspraken bij de opvolgende verzekeraar die op basis van actuele grondslagen werd vastgesteld.

In de procedure die volgde vorderde ECT dat Optas als overdrachtswaarde een bedrag beschikbaar diende te stellen dat voldoende was om de pensioenaanspraken bij de opvolgende verzekeraar onder te brengen. Feitelijk betekende die vordering dat bedragen benodigd voor tariefgrondslagverzekering voor rekening van Optas dienden te komen, omdat dat nu eenmaal inherent aan het verzekeringsbedrijf zou zijn en omdat de onderbrengingsverplichting aan tariefgrondslagverzekering in de weg zou staan.³⁹⁰

Het hof oordeelde dat uit de uitvoeringsovereenkomst die ECT met Optas had gesloten niet uitsluitend de garantie volgde dat pensioenen die tot uitkering waren gekomen zouden moeten worden gegarandeerd (de zogenoemde 'uitdiengarantie'), maar óók de verder gaande garantie dat de

³⁹⁰ Zie de weergave van de vordering van ECT in r.o. 29 van de uitspraak van het hof.

door Optas aangehouden en in geval van waardeoverdracht beschikbaar te stellen voorziening verzekeringsverplichtingen door Optas uit eigen middelen toereikend diende te worden gehouden voor het uitkeren van de verzekerde pensioenen en voor het onderbrengen van die pensioenen bij een andere verzekeraar indien na afloop van de uitvoeringsovereenkomst van de contractueel geboden mogelijkheid van waardeoverdracht gebruik zou worden gemaakt.³⁹¹

Het hof berechtte de zaak op basis van de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas. Aan de meer principiële rechtsvraag of de onderbrengingsverplichting van de PSW (momenteel de PW) ook de werkgever beschermt in die zin dat tariefgrondslagverzwaring niet zou zijn toegestaan, of dit mogelijk uit het algemene verzekeringsrecht volgt, kwam het hof niet toe. Het oordeel van het hof past wel in lijn van de hiervoor door mij opgeworpen gedachte dat tariefgrondslagverzwaring slechts rechtsgeldig zou kunnen worden overeengekomen op basis van een 'informed consent': de werkgever moet op zodanige wijze op de risico's van het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst die de mogelijkheid van tariefgrondslagverzwaring impliceert worden gewezen dat hij zich deze risico's ten volle realiseert of kan respectievelijk moet realiseren.

Tussenconclusie: de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas verplichtte Optas om na het eindigen van die uitvoeringsovereenkomst een zodanig overdrachtswaarde beschikbaar te stellen, dat de bij Optas verworven en verzekerde pensioenen tegen actuele, door de opvolgende verzekeraar gehanteerde, tariefgrondslagen bij die opvolgende verzekeraar konden worden ondergebracht. Daarmee werd betaling voor tariefgrondslagverzwaring voorkomen. Het oordeel werd echter niet gegrond op het objectieve recht, maar op de uitvoeringsovereenkomst tussen ECT en Optas die in deze zin werd uitgelegd.

3.3.3 *De zaak SRLEV: waardedaling van beleggingen aangehouden ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen onder het niveau daarvan*
De in het kader van deze bijdrage interessantste vraag waar het in de zaak SRLEV om draaide was of en in hoeverre de voorziening verzekeringsverplichtingen die een verzekeraar aanhoudt ter dekking van pensioenverplichtingen mag zijn gedekt door garanties van de werkgever in plaats van daadwerkelijk in eigendom aan de verzekeraar toekomende beleggingen.

³⁹¹ Zie met name r.o. 34 t/m 37 van de uitspraak van het hof.

De werkgever in kwestie had pensioenverzekeringen bij SRLEV ondergebracht op basis van een gesepareerd beleggingsdepot. De werkgever had inspraak in het beleggingsbeleid. Dat genereerde een spanningsveld. De werkgever had belang bij wat risicovollere beleggingen (in zakelijke waarden) om de kans dat de toeslagenambitie zou kunnen worden gerealiseerd te optimaliseren. De verzekeraar had belang bij minder risicovolle beleggingen in verband met de uitkeringsgarantie die op de verzekeraar rustte. De waarde van de beleggingen daalde onder een bepaald vastgelegd niveau waardoor de garanties onder druk kwamen te staan. In dit spanningsveld werd een tussenoplossing gevonden. Die hield in dat de risicovollere beleggingen niet werden verkocht om plaats te maken voor minder risicovolle beleggingen, maar dat de werkgever bankgaranties stelde. De som van de waarde van de beleggingen en de bankgaranties zou dan voldoende moeten zijn ter afdekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen.

Uiteindelijk nam de waardedaling van de beleggingen een dermate grote vorm aan, dat de verzekeraar toch beleggingen verkocht. De rechtbank oordeelde dat dit in strijd was met de eigen beleggingsrichtlijnen van de verzekeraar. De verzekeraar werd tot schadevergoeding veroordeeld. Dit aspect is voor deze bijdrage echter niet relevant, zodat het hier verder blijft rusten.³⁹²

Voor deze bijdrage is wel relevant de vraag of nog wel sprake is van onderbrenging indien de voorziening verzekeringsverplichtingen die een verzekeraar aanhoudt ter dekking van pensioenverplichtingen mede bestaat uit bankgaranties van de werkgever.³⁹³ De voor deze bijdrage relevante vraag is voor wiens rekening en risico het komt als de bankgaranties niet kunnen worden uitgewonnen: kan de verzekeraar dan volstaan met het toekennen van premievrije pensioenen en pensioenaanspraken op basis van de resterende door de verzekeraar ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen aangehouden middelen, of moet de verzekeraar de pensioenen en pensioenaanspraken toekennen als waren de bankgaranties uitwinbaar?

In dit verband moet men zich realiseren dat twee soorten bankgaranties zijn te onderscheiden:

³⁹² Zie voor een beschrijving en een analyse van dit aspect van de zaak mijn annotatie in *PensioenJurisprudentie* (PJ 2013/172).

³⁹³ Zie daarover ook mijn annotatie bij de uitspraak in *PensioenJurisprudentie* (PJ 2013/172).

- bankgaranties waarbij de bank de verplichting waarvoor de bank zich garant stelt als een eigen verplichting op zich neemt (dergelijke bankgaranties kunnen ook bij faillissement of surseance van betaling van de werkgever worden uitgewonnen);
- bankgaranties waarbij de bank zich voor de werkgever garant stelt, echter zonder dat de bank de verplichting van de werkgever als een eigen verplichting op zich neemt (dergelijke bankgaranties kunnen niet door de verzekeraar buiten faillissement of surseance van betaling van de werkgever om worden uitgewonnen).

De tweede soort bankgaranties kan worden vergeleken met belegging door de verzekeraar van de voorziening verzekeringsverplichtingen in de werkgever (het verstrekken van een lening aan de werkgever).

Bezien in het licht van de zaak Washington luidt het antwoord op de opgeworpen vraag dat het voor rekening en risico van de verzekeraar komt indien de hiervoor bedoelde bankgaranties zouden moeten worden uitgewonnen om aan de uitkeringsverplichting te voldoen, maar uitwinning onmogelijk blijkt. Ik realiseer mij dat deze gevolgtrekking is gebaseerd op slechts één uitspraak van een rechtbank, zodat van een lijn in de rechtspraak, laat staan van een lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad, beslist geen sprake is. Vooral nog kon ik mij echter bij gebreke van meer rechtspraak niet op andere rechtspraak beroepen. Ook het risico dat een lening verstrekt aan de werkgever niet zou kunnen worden uitgewonnen, komt voor rekening en risico van de verzekeraar. De onderbrengingsverplichting houdt immers, ook weer de uitspraak in de zaak Washington volgend, niet méér in dan dat de werkgever zodanige verzekeringen moet sluiten dat de verzekeraar de pensioenrechten of pensioenaanspraken jegens de werknemer garandeert. Dat betekent dat de constructie met bankgaranties waarbij de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever loopt is toegestaan, maar alleen dan voor de verzekeraar 'veilig' is indien de gestelde bankgaranties van de soort zijn die ook in geval van surseance van betaling of faillissement van de werkgever kunnen worden uitgewonnen. Dan loopt de verzekeraar immers niet het insolventierisico van de werkgever.

Tussenconclusie: het is toegestaan dat een verzekeraar ter dekking van de voorziening verzekeringsverplichtingen bankgaranties van de werkgever aanhoudt of leningen aan de werkgever verstrekt. De onderbrengingsverplichting houdt in die situatie in dat het insolventierisico van de werkgever bij de verzekeraar ligt, omdat de verzekeraar de pensioenrech-

ten en pensioenaanspraken van de verzekerde werknemers moet waarborgen.

3.4 Afrondend

Afrondend concludeer ik (zonder de tussenconclusies te herhalen) uit de schaarse rechtspraak dat het verzekeren van in het vooruitzicht gesteld pensioen flinterdun kan zijn. Aan de onderbrengingsverplichting is al voldaan indien slechts pensioenen die tijdens de looptijd van een uitvoeringsovereenkomst ingaan op grond van de door de werkgever gesloten uitvoeringsovereenkomst door de verzekeraar worden gegarandeerd. Ten aanzien van pensioenaanspraken is al aan de onderbrengingsverplichting voldaan indien de uitvoeringsovereenkomst inhoudt dat deze ten opzichte van de werknemer zijn gegarandeerd. Premiebetaling na het eindigen van de uitvoeringsovereenkomst als voorwaarde voor het handhaven van de verzekeringen van pensioenaanspraken mag vooraf en achteraf door de verzekeraar worden bedongen, echter: het insolventierisico van de werkgever moet ingevolge de onderbrengingsverplichting op grond van de uitvoeringsovereenkomst bij de verzekeraar liggen.

Daarnaast is het onder het verzekeringsrecht en het pensioenrecht toegestaan dat de voorziening verzekeringsverplichtingen wordt afgedekt met bankgaranties van of leningen aan de werkgever. Het 'verzekeren' van pensioenaanspraken betekent *au fond* niet méér dan dat de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever draagt. Het is de taak van de toezichthouder om ervoor te waken dat het 'verzekeren' van pensioen niet zo flinterdun wordt, dat van 'verzekeren' in de zin van de wet- en regelgeving rond het financieel toezicht geen sprake meer is.³⁹⁴ In die wet- en regelgeving ligt uiteindelijk de bescherming van de (potentiële) pensioengerechtigden.

³⁹⁴ Het valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage om te analyseren of en in hoeverre het afdekken van een voorziening verzekeringsverplichtingen met bankgaranties van of leningen aan de werkgever onder vigeur van de Wft is toegestaan.