

# Pensioen bij insolventie van een verzekeraar

Mr. W.P.M. Thijssen, datum 06-08-2020

## Datum

06-08-2020

## Auteur

Mr. W.P.M. Thijssen<sup>[5]</sup>

## JCDI

JCDI:ADS225748:1

## Vakgebied(en)

Pensioenen (V)

Met ingang van 1 januari 2019 is de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars in werking getreden.<sup>[1]</sup> Deze wet leidde onder meer tot ingrijpende wijziging van de Wet op het financieel toezicht (Wft). De nieuwe wet introduceerde onder meer de zogenaamde bail-in voor de afwikkeling van een insolvente verzekeraar:<sup>[2]</sup> de mogelijkheid dat een insolvente verzekeraar blijft voortbestaan, eventueel na doorvoering van een rechtenkorting die kan worden gecompenseerd met nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten (zoals aandelen in de verzekeraar).<sup>[3]</sup> De bail-in heeft als voordeel dat De Nederlandsche bank (DNB) aandeelhouders kan laten meedelen in verliezen die de insolvente verzekeraar maakte binnen het kader van een gecontroleerde afwikkeling (buiten faillissement) of een gecontroleerd herstel van de verzekeraar.<sup>[4]</sup> De bail-in kan voor pensioenverzekeringen verrassende gevolgen hebben, die niet door de wetgever werden voorzien.

## 1. Verzekeraars waarbij insolventie dreigt

Een verzekeraar dient te beschikken over:

- een minimumbedrag aan eigen vermogen, het zogenaamde minimumkapitaalvereiste;<sup>[6]</sup>
- de financiële middelen die nodig zijn voor de inrichting van de administratie en het productienet;<sup>[7]</sup>
- voldoende solvabiliteit, het zogenaamde solvabiliteitskapitaalvereiste;<sup>[8]</sup>
- technische voorzieningen voor alle verzekeringsverplichtingen.<sup>[9]</sup>

Dreigt bij een verzekeraar insolventie, maar is het nog niet zo ver, dan beschikt DNB over diverse bestuursrechtelijke mogelijkheden om in te grijpen. Ik vat deze mogelijke ingrepen hierna kort samen. DNB is bevoegd om:

- de verzekeraar een kapitaalopslag op het normaliter geldende solvabiliteitsvereiste op te leggen wanneer zich bij de verzekeraar “*uitzonderlijke omstandigheden*” voordoen;<sup>[10]</sup>
- van de verzekeraar een herstelplan te verlangen indien niet of voorzienbaar niet meer zal worden voldaan aan het solvabiliteitskapitaalvereiste;<sup>[11]</sup>
- te verlangen dat de verzekeraar een financieel kortetermijnplan indient indien niet of voorzienbaar niet meer wordt voldaan aan het minimumkapitaalvereiste;<sup>[12]</sup>
- de verzekeraar de vrije beschikking over het vermogen van de verzekeraar te ontnemen of deze te beperken indien de technische voorzieningen van de verzekeraar ontoereikend zijn, sprake is van solvabiliteitstekort, niet is of voorzienbaar niet zal worden voldaan aan het minimumkapitaalvereiste of bij een aanhoudende verslechtering van de solvabiliteitspositie van de verzekeraar;<sup>[13]</sup>
- de vergunning van de verzekeraar in te trekken als de verzekeraar aan DNB onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt, niet voldoet aan de Wft of de voorwaarden van de verleende vergunning of indien de jaarrekening van de verzekeraar niet voldoet aan de wettelijke getrouwheidseis.<sup>[14]</sup>

DNB is zelfs verplicht om de vergunning van een verzekeraar in te trekken indien de verzekeraar niet voldoet aan het minimumkapitaalvereiste en een financieel kortetermijnplan duidelijk ontoereikend is, niet tijdig is uitgevoerd of indien DNB heeft ingestemd met portefeuilleoverdracht.

## 2. De insolvente verzekeraar in het tot 2019 geldende recht

Indien een verzekeraar onder het tot 2019 geldende recht insolvent<sup>[15]</sup> werd, bood de Wft de mogelijkheid van:<sup>[16]</sup>

- opvang (herverzekering van de verplichtingen van de insolvente verzekeraar bij een andere verzekeraar of overdracht van die verzekeringsverplichtingen aan een opvanginstelling, uiteindelijk gevolgd door overdracht aan

een andere verzekeraar, met gehele of gedeeltelijke aanvulling van de tekorten door alle andere onder het toezicht van DNB staande verzekeraars door het nemen van aandelen in de opvanginstelling of het verstrekken van achtergestelde leningen);<sup>[17]</sup>

- overdracht (overgang van de aandelen of de activa en passiva in de insolvente verzekeraar aan een overbruggingsinstelling of een andere verzekeraar);<sup>[18]</sup>
- toepassing van de noodregeling (gevolgd door overdracht in de hiervoor aangeduide zin, eventueel na het doorvoeren van een rechtenkorting, of liquidatie van de insolvente verzekeraar);<sup>[19]</sup>
- het doen door DNB van een faillissementsaanvraag (in combinatie met toepassing van de noodregeling strekkend tot overdracht of liquidatie van de verzekeraar).<sup>[20]</sup>

Opvang, herverzekering, overdracht en toepassing van de noodregeling gebeurden op instigatie van De Nederlandsche Bank (DNB). Opvang was uitsluitend mogelijk nadat DNB een door de Minister van Financiën benoemde Vertrouwenscommissie had gehoord. Voor herverzekering en overdracht had DNB rechterlijke machtiging nodig. De noodregeling kon slechts worden toegepast nadat de rechtbank op verzoek van DNB de toepassing van de noodregeling op de verzekeraar had uitgesproken. Deze werd uitgevoerd door bewindvoerders. Voor een rechtenkorting had DNB de goedkeuring van de rechter nodig indien rechtenkorting in het kader van overdracht noodzakelijk was, als onderdeel van de voor de overdracht benodigde rechterlijke goedkeuring. Voor een rechtenkorting bij overdracht in het kader van uitvoering van de noodregeling hadden de bewindvoerders eveneens een rechterlijke goedkeuring vooraf nodig, als onderdeel van de goedkeuring van de overdracht.<sup>[21]</sup> Onder een rechtenkorting in het kader van een overdracht kon ook worden verstaan duurverkortings of uitstel van het tot uitkering komen (expiratie) van de verzekeringen.<sup>[22]</sup> Reeds gedane uitkeringen konden niet meer worden aangetast.<sup>[23]</sup> Aan verzekeringnemers konden geen aanvullende verplichtingen worden opgelegd.<sup>[24]</sup>

In de tabel die bij dit artikel is opgenomen zijn de regelingen die tot 2019 golden voor ingrijpen bij verzekeraars in geval van (dreigende) insolventie samengevat met verwijzing naar de relevante wetsartikelen.

### 3. De insolvente verzekeraar in het sedert 2019 geldende recht

In de praktijk bestond om de hiervoor genoemde reden behoefte aan invoering van de mogelijkheid van een bail-in. Daarnaast waren in het direct vóór 2019 geldende recht opvang en overdracht zowel in het kader van toepassing van de noodregeling als in het kader van faillissement mogelijk. Daardoor was feitelijk sprake van “dubbele” en veelal gelijke wetgeving, omdat opvang en overdracht in het kader van toepassing van de noodregeling op de insolvente verzekeraar in de praktijk materieel vrijwel gelijk uitpakt met opvang en overdracht in het kader van faillissement van de insolvente verzekeraar.<sup>[25]</sup> Daarom is in de sedert 2019 geldende wetgeving onderscheid gemaakt tussen ingrepen bij een insolvente verzekeraar buiten faillissement en in faillissement, gezamenlijk aangeduid als afwikkeling van een verzekeraar.<sup>[26]</sup> Ingrepen buiten faillissement worden aangeduid als resolutie. Daarbij geldt het NCWO-principe: “*No Creditor Worse Off*”. Daarmee wordt bedoeld dat geen crediteur in het kader van een resolutie in een slechtere positie mag komen te verkeren dan waarin de crediteur zou hebben verkeerd bij afwikkeling van de verzekeraar op basis van faillissement.<sup>[27]</sup>

Buiten faillissement bestaan de volgende mogelijkheden voor ingrijpen bij een insolvente verzekeraar (waarvan sprake is bij falen of waarschijnlijk falen van de verzekeraar met als gevolg dat ongewijzigd continueren van de verzekeraar geen alternatief is, zodat de verzekeraar in het algemeen belang moet worden afgewikkeld):<sup>[28]</sup>

- De bail-in (doorstart van de verzekeraar, indien noodzakelijk in combinatie met rechtenkorting voor de polishouders waarbij de crediteuren, waaronder de polishouders, kunnen worden gecompenseerd in eigendomsinstrumenten, lees: extra uit te geven aandelen);
- De overgang van de onderneming (overgang van de aandelen of de activa en passiva van de verzekeraar op een nieuwe eigenaar met dien verstande dat deze vorm van resolutie niet gepaard kan gaan met rechtenkorting voor de polishouders);<sup>[29]</sup>
- Overgang op een overbruggingsinstelling (overgang van de onderneming op een door DNB op te richten overbruggingsinstelling als tussenstadium voor doorverkoop waarbij geldt dat ook deze vorm van resolutie niet gepaard kan gaan met rechtenkorting voor de polishouders);<sup>[30]</sup>
- Afsplitsing van de activa en de passiva (waarbij deze overgaan op een overbruggingsinstelling of een entiteit voor activa- en passivabeheer, eveneens als tussenstadium voor doorverkoop waarbij rechtenkorting voor de polishouders niet tot de mogelijkheden behoort).<sup>[31]</sup>

Deze vormen van resolutie (afwikkeling van de insolvente verzekeraar buiten faillissement) zijn samengevat in de tabel die bij dit artikel is opgenomen, waarin naar de relevante wetsartikelen is verwezen.

Net als in het vóór 2019 geldende recht blijft DNB bevoegd om het faillissement van een verzekeraar te verzoeken als geen sprake is van falen of waarschijnlijk falen van de verzekeraar, maar van een gevaarlijke ontwikkeling van het eigen vermogen, de solvabiliteit of de technische voorzieningen van de verzekeraar waarvan niet wordt verwacht dat deze ten goede zal keren. Faillissement heeft de gevolgen die ook al vóór 2019 golden (toepassing van de noodregeling en

afwikkeling middels portfeuilleoverdracht waarbij rechtenkorting voor de polishouders tot de mogelijkheden behoort).

De compensatie voor rechtenkorting, die bestaat uit nieuw uit te geven aandelen in het kader van een bail-in, komt toe aan de begunstigden uit hoofde van gesloten verzekeringen. Voor hen geldt bij rechtenkorting het NCWO-beginsel.<sup>[32]</sup> Een rechtenkorting is permanent, de begunstigde houdt geen restvordering (verliest zijn vordering op de verzekeraar voor het bedrag waarmee het recht op uitkering is gekort en heeft geen recht op compensatie behoudens de eventuele compensatie uit hoofde van de bail-in).<sup>[33]</sup>

Onduidelijk is hoe compensatie in de vorm van nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten bij een bail-in in het kader van pensioenverzekeringen uitpakt. De volgende vragen rijzen (waarbij ik mij beperk tot de uitgifte van nieuwe aandelen in de verzekeraar ter compensatie van een rechtenkorting):

- Blijft de verzekeraar formeel eigenaar van de aandelen en wordt de waarde daarvan na verkoop (op een door de werkgever of de pensioenrechtgebende of de verzekeraar te bepalen datum) omgerekend in een verhoging van het verzekerde pensioen op basis van de dan geldende tarieven van de verzekeraar?<sup>[34]</sup>
- Wordt de werkgever in hoedanigheid van verzekeringnemer eigenaar van de nieuw uit te geven aandelen (dan zou de werkgever deze aandelen kunnen verkopen en de opbrengst kunnen aanwenden voor reparatie van de rechtenkorting)?
- Wordt de (gewezen) werknemer en/of zijn partner in hoedanigheid van begunstigde eigenaar van de nieuw uit te geven aandelen?

In de Wft is bepaald dat de ter compensatie van een rechtenkorting uit te geven nieuwe eigendomsinstrumenten worden toegekend aan “*de houders van rechten*”.<sup>[35]</sup> Het lijkt dat materieel moet worden getoetst wie wordt benadeeld door de rechtenkorting. Dat is de begunstigde van de gekorte pensioenverzekering, de (gewezen) werknemer en/of zijn partner. Dan ligt voor de hand dat deze eigenaar worden van de ter compensatie van een rechtenkorting uit te geven aandelen. Indien zou moeten worden aangenomen dat de werkgever een rechtenkorting moet compenseren in het kader van nakoming van de pensioenovereenkomst, is de werkgever de materieel benadeelde partij (hij is ook houder van een recht omdat hij wettelijk als verzekeringnemer van de pensioenverzekering fungeert). De compensatie in aandelen zou dan aan de werkgever moeten toekomen. De wetsgeschiedenis geeft geen aanknopingspunten voor beantwoording van de opgeworpen vragen.

#### 4. Rechtenkorting bij pensioenverzekeringen

Samengevat betekent het hiervoor geschetste wettelijke kader voor afwikkeling van insolvente verzekeraars dat pensioenverzekeringen onder het huidige recht kunnen worden gekort in het kader van de bail-in (eventueel in combinatie met compensatie in de vorm van toekenning van nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten; lees voor het vervolg van dit artikel: aandelen in de verzekeraar) of in het kader van afwikkeling via faillissement van de verzekeraar. Daarbij geldt in het kader van de bail-in ook bij pensioenverzekeringen het NCWO-beginsel. Hierna wordt geanalyseerd welke privaatrechtelijke gevolgen een rechtenkorting en de eventuele compensatie in nieuwe aandelen in de verzekeraar hebben voor de partijen in de bekende pensioendriehoek (werknemer-werkgever-pensioenverzekeraar) en welke fiscale en sociaal-verzekeringsrechtelijke gevolgen zich voordoen.

#### 5. Privaatrechtelijke gevolgen

Korting van de rechten uit hoofde van een pensioenverzekering bij een verzekeraar leidt vanuit privaatrechtelijke optiek tot de volgende vragen:

- In de verhouding werkgever-(gewezen) werknemer/partner of de werkgever verplicht is tot compensatie van (gewezen) werknemers en hun eventuele partners;
- In de verhouding werkgever-verzekeraar welke de positie van de werkgever jegens de verzekeraar is;
- In de verhouding (gewezen) werknemer/partner-verzekeraar welke de positie van de (gewezen) werknemer/partner jegens de verzekeraar is.

##### 5.1 De verhouding werkgever-(gewezen) werknemer

Bij verzekerde pensioenregelingen bestaat tussen werkgever en werknemer een pensioenovereenkomst die bij een verzekeraar moet zijn ondergebracht op basis van een uitvoeringsovereenkomst. Daarbij geldt het uitgangspunt dat de uitvoeringsovereenkomst voor de verzekeraar de verplichting moet inhouden om het pensioen waarop de werknemer of zijn nabestaande (partner, kinderen) recht verkrijgt op grond van de pensioenovereenkomst uit te keren. Indien de werkgever de pensioenovereenkomst “*niet, niet volledig of niet juist onderbrengt*”, is sprake van een aan de werkgever toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst, omdat de onderbrengingsplicht een wettelijke verplichting is.<sup>[36]</sup> Dit wordt de conformiteitseis genoemd.<sup>[37]</sup> De werknemer kan dan nakoming van de pensioenovereenkomst vorderen,

leidend tot een vordering dat de werkgever de pensioenovereenkomst alsnog volledig en juist onderbrengt. Tevens kan (vervangende) schadevergoeding van de werkgever worden gevorderd, voor zover de verzekeraar de pensioenen waarop recht bestaat op grond van de pensioenovereenkomst niet uitkeert omdat de werkgever de pensioenovereenkomst niet, niet volledig of niet juist heeft ondergebracht.<sup>[38]</sup>

Indien bij een insolvente verzekeraar door DNB in het kader van een bail-in of door de curator in het kader van faillissement tot rechtenkorting wordt overgegaan, rijzen de volgende vragen:

- Schiet de werkgever tekort in de nakoming van de pensioenovereenkomst indien hij de rechtenkorting niet “repareert” door het sluiten van een aanvullende verzekering (om praktische reden zou in dat verband voor een solvante verzekeraar moeten worden gekozen)?
- Aannemend dat de werkgever indien hij “reparatie” nalaat tekortschiet in de nakoming van de pensioenovereenkomst, is dan sprake van een toerekenbare tekortkoming of kan de werkgever een beroep doen op overmacht?<sup>[39]</sup>
- Pleegt de werkgever een onrechtmatige daad indien hij niet tot “reparatie” overgaat, omdat niet meer is voldaan aan de wettelijke onderbrengingsverplichting?<sup>[40]</sup>

De beperkt beschikbare rechtspraak over het korten van pensioen betrof procedures tegen pensioenfondsen, waarbij met name de vraag was of een pensioenfonds bij het toepassen van de wettelijke kortingsregeling in overeenstemming met het beginsel van evenwichtige belangenbehartiging handelde. Ik verwijs naar Rechtbank Midden-Nederland 29 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7697,<sup>[41]</sup> Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:550,<sup>[42]</sup> Hof Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1124<sup>[43]</sup> en Rechtbank Den Haag 27 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13410.<sup>[44]</sup> Deze rechtspraak geeft geen antwoord op de vraag of een werkgever kan worden verplicht een rechtenkorting ongedaan te maken door het sluiten van een aanvullende verzekering.

### **Is bij rechtenkorting sprake van een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst door de werkgever?**

Aangenomen moet worden dat de redelijkheid en billijkheid op zichzelf geen rechtsgrond kunnen zijn voor een vordering tot het doen van een aanbod door een werkgever aan zijn werknemer tot aangaan van een pensioenovereenkomst. Ik wijs op art. 6:1 BW: verbintenissen vloeien voort uit de wet. Dat moet in die zin worden gelezen, dat verbintenissen rechtstreeks uit de wet kunnen voortvloeien, uit overeenkomst of uit het systeem van de wet.<sup>[45]</sup> Indien uit de redelijkheid en billijkheid sec verbintenissen zouden kunnen voortvloeien, zou grote rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid ontstaan.<sup>[46]</sup> Op grond van art. 6:2, lid 1 BW kunnen verbintenissen voortvloeien uit aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In het licht van het bepaalde in art. 6:1 BW betekent dat echter niet dat indien geen pensioenovereenkomst bestaat, de arbeidsovereenkomst kan worden aangevuld met een verplichting voor de werkgever om een aanbod te doen tot het aangaan van een pensioenovereenkomst.<sup>[47]</sup>

In de situatie van een rechtenkorting gaat het er echter niet om of de werkgever verplicht is tot het doen van een aanbod tot het aangaan van een pensioenovereenkomst, maar of de werkgever die een pensioenovereenkomst op zichzelf correct heeft ondergebracht en die op zichzelf aan zijn wettelijke en contractuele verplichtingen op grond van de pensioenovereenkomst met zijn werknemer heeft voldaan, desondanks tekortkomt in de nakoming van de pensioenovereenkomst indien bij de pensioenuitvoerder<sup>[48]</sup> een rechtenkorting wordt doorgevoerd.

Louter omdat als gevolg van de rechtenkorting de pensioenovereenkomst niet meer volledig is ondergebracht conform het voorschrift van art. 23 Pensioenwet, moet worden aangenomen dat in de geschetste situatie inderdaad sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst door de werkgever.<sup>[49]</sup> De werknemer zal, om het verzuim van de werkgever te doen intreden, de werkgever wel in gebreke moeten stellen, tenzij de werkgever te kennen heeft gegeven dat de korting niet zal worden gerepareerd of indien moet worden aangenomen dat het niet repareren van de korting door de werkgever een onrechtmatige daad van de werkgever jegens de werknemer zou inhouden.<sup>[50]</sup> Daarover hierna meer. Voor de conclusie dat het niet repareren van de korting een tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst inhoudt, lijkt ook een indicatie dat een bepaling inhoudend dat de werkgever van al zijn verplichtingen jegens zijn werknemer uit hoofde van een pensioenovereenkomst is bevrijd indien hij de verschuldigde pensioenpremie heeft voldaan, niet rechtsgeldig is. Een dergelijke bepaling is niet rechtsgeldig omdat art. 23 Pensioenwet niet uitsluitend voorschrijft dat de werkgever die een pensioenovereenkomst met zijn werknemer sluit een uitvoeringsovereenkomst moet sluiten voor het onderbrengen van de pensioenovereenkomst, maar deze uitvoeringsovereenkomst ook in stand moet houden.<sup>[51]</sup>

Een en ander zou anders kunnen liggen indien moet worden aangenomen dat de verplichting voortvloeiend uit art. 23 Pensioenwet om voor het onderbrengen van een pensioenovereenkomst een uitvoeringsovereenkomst te sluiten en in stand te houden niet zo ver gaat, dat indien de werkgever aan al zijn contractuele verplichtingen jegens de verzekeraar heeft voldaan en de uitvoeringsovereenkomst aan alle wettelijke vereisten voldeed, de werkgever een pensioenovereenkomst “opnieuw” zou moeten onderbrengen indien bij de verzekeraar een rechtenkorting wordt doorgevoerd, omdat de verzekeraar niet aan zijn wettelijke garantielijcheid voldoet. De wetsgeschiedenis en de

rechtsliteratuur beantwoorden deze vraag niet. Mij lijkt dat teleologische interpretatie van art. 23 Pensioenwet tot de conclusie leidt dat dit artikel niet verplicht tot het repareren van een rechtenkorting door de werkgever. Hoewel het doel van de onderbrengingsplicht is dat de verzekeraar de verplichtingen uit hoofde van een pensioenovereenkomst volledig overneemt en garandeert, lijkt het maatschappelijk onaanvaardbaar dat een werkgever pensioenkortingen die bij een verzekeraar worden doorgevoerd zou moeten repareren.

### Is de tekortkoming toerekenbaar aan de werkgever?

De logische vervolgvraag is of, indien ondanks het voorgaande zou moeten worden aangenomen dat sprake is van een tekortkoming door de werkgever in de nakoming van een pensioenovereenkomst in geval van een rechtenkorting bij een verzekeraar, de rechtenkorting aan de werkgever toerekenbaar is. Toerekenbaarheid is immers een voorwaarde om de werkgever tot alsnog nakoming van de pensioenovereenkomst te kunnen dwingen door de pensioenaanspraken alsnog volledig onder te brengen (door het tekort dat is ontstaan als gevolg van de rechtenkorting alsnog te verzekeren bij een andere verzekeraar).

Van toerekenbaarheid is geen sprake indien de werkgever geen schuld heeft aan de bij de verzekeraar doorgevoerde rechtenkorting of indien deze niet op grond van de wet, rechtshandeling of in het rechtsverkeer geldende opvattingen voor rekening van de werkgever komt. Evident lijkt dat een werkgever die een pensioenovereenkomst onderbrengt bij een verzekeraar met de vereiste vergunning voor het aangaan van pensioenverzekeringen niet schuldig is aan insolventie van die verzekeraar. Normaliter heeft de werkgever immers geen invloed op besluiten die in de algemene vergadering van aandeelhouders van de verzekeraar worden genomen (denk aan het besluit tot het doen van een dividenduitkering) of op het bestuur. De volgende vraag die moet worden beantwoord is dan of de rechtenkorting op grond van een wettelijke bepaling aan de werkgever dient te worden toegerekend. Die wettelijke bepaling zou dan art. 23 Pensioenwet moeten zijn. De wetsgeschiedenis en de rechtsliteratuur geven geen aanknopingspunten voor beantwoording van deze vraag. Verdedigbaar lijkt dat indien de werkgever de krachtens de uitvoeringsovereenkomst verschuldigde premie heeft betaald en blijft betalen, hij heeft voldaan aan zijn verplichting om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten én deze in stand te houden, zodat de onderbrengingsplicht en de plicht tot instandhouding van een uitvoeringsovereenkomst niet zo ver gaan, dat de werkgever een rechtenkorting bij een verzekeraar zou moeten repareren. Het tegendeel zou immers leiden tot de verplichting voor de werkgever om opnieuw te betalen voor het onderbrengen van reeds ondergebrachte pensioenen. Hiervoor deed ik in dit verband een beroep op teleologische interpretatie van art. 23 Pensioenwet. Indien art. 23 Pensioenwet wél die reparatieplicht zou inhouden, zou de werkgever een beroep kunnen doen op het leerstuk van het onaanvaardbaar rechtsgevolg (art. 6:248, lid 2 BW). Dan zou van geval tot geval moeten worden getoetst of reparatie van een rechtenkorting voor de werkgever al dan niet een onaanvaardbaar rechtsgevolg inhoudt. De werkgever zou op grond van een rechtshandeling tot reparatie van een rechtenkorting verplicht kunnen zijn, indien in de pensioenovereenkomst en/of de uitvoeringsovereenkomst zou zijn bepaald dat de werkgever moet bijstorten in geval van een rechtenkorting bij een verzekeraar. Een dergelijke bepaling heb ik echter in de praktijk nimmer gezien (bijstortingsverplichtingen komen bij pensioenfondsen wel voor).<sup>[52]</sup>

In het verlengde van de hiervoor verdedigde interpretatie van de onderbrengingsplicht (de onderbrengingsplicht houdt geen verplichting tot “herhaald onderbrengen” in), lijkt verdedigbaar dat een rechtenkorting bij een verzekeraar ook niet volgens in het rechtsverkeer geldende opvattingen voor rekening van de werkgever zou moeten komen. De conclusie luidt dan dat een rechtenkorting niet tot een aan de werkgever toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst leidt indien al sprake zou zijn van een tekortkoming. Als dat anders zou zijn, zou voor de werkgever een “escape” kunnen zijn gelegen in het leerstuk van het onaanvaardbaar rechtsgevolg. Ook zou de werkgever in het kader van een “escape” een beroep kunnen doen op onvoorziene omstandigheden<sup>[53]</sup> en in dat verband een vordering tegen de werknemer kunnen instellen dat de pensioenovereenkomst moet worden gewijzigd in die zin, dat de werkgever rechtenkortingen bij de verzekeraar niet hoeft te compenseren. Omdat een beroep op onvoorziene omstandigheden ook kan inhouden dat de pensioenovereenkomst gedeeltelijk wordt ontbonden, biedt het leerstuk van onvoorziene omstandigheden ook een “escape” ten aanzien van een reeds doorgevoerde rechtenkorting die zou moeten worden gecompenseerd.

Met het oog op het mogelijke risico dat een werkgever loopt een rechtenkorting bij de verzekeraar waar de werkgever pensioenovereenkomsten heeft ondergebracht te moeten compenseren, zou de werkgever de pensioenaanspraken die op basis van de pensioenovereenkomst ontstaan kunnen toekennen onder de voorwaarde dat een eventuele rechtenkorting niet door de werkgever hoeft te worden gecompenseerd. De vraag rijst of een dergelijke rechtenkorting rechtsgeldig is. Die vraag moet worden beantwoord door te toetsen of de voorwaarde al dan niet in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden.<sup>[54]</sup> Strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden lijkt uitgesloten. Blijft over de vraag of de voorwaarde in strijd is met de wet. De vraag is dan of sprake is van strijd met de wettelijke onderbrengingsplicht. Dat lijkt niet het geval te zijn, omdat de onderbrengingsplicht uitsluitend geldt voor uit een pensioenovereenkomst voortvloeiende rechten, die op zichzelf voorwaardelijk kunnen zijn. Een werkgever hoeft niet méér rechten onder te brengen dan hij heeft toegekend op basis van de pensioenovereenkomst.

## **Pleeft de werkgever die een rechtenkorting door een verzekeraar niet repareert een onrechtmatige daad jegens de werknemer?**

Zonder in het kader van dit artikel heel diep op het leerstuk van de onrechtmatige daad in te gaan, worden de vereisten voor een onrechtmatige daad kort in het kader van de vraagstelling die aan de orde is getoetst.

Indien het niet repareren van een rechtenkorting een tekortkoming ter zake de nakoming van een pensioenovereenkomst inhoudt, is het niet repareren van een rechtenkorting eveneens onrechtmatig, omdat in die visie sprake zou zijn van schending van art. 23 Pensioenwet door de werkgever. In de visie dat het niet repareren van een rechtenkorting bij een verzekeraar door een werkgever geen tekortkoming in de nakoming van de pensioenovereenkomst inhoudt, is eveneens geen sprake van onrechtmatig handelen omdat in die visie (gebaseerd op teleologische interpretatie van art. 23 Pensioenwet) geen sprake is van schending van art. 23 Pensioenwet. De beantwoording van de vragen of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een pensioenovereenkomst en of sprake is van onrechtmatig handelen indien een rechtenkorting bij een verzekeraar niet door de werkgever wordt gerepareerd loopt congruent.

Dat geldt eveneens voor beantwoording van de vraag of de werkgever schuld heeft aan het niet volledig zijn ondergebracht van de pensioenovereenkomst indien bij de verzekeraar een rechtenkorting wordt doorgevoerd. Hiervoor werd deze vraag ontkennend beantwoord.

De toets of aan het relativiteitsvereiste is voldaan houdt in dat moet worden getoetst of art. 23 Pensioenwet strekt tot bescherming van de werknemer ten opzichte van de werkgever indien bij de verzekeraar een rechtenkorting wordt doorgevoerd. Dat lijkt niet het geval te zijn, omdat art. 23 Pensioenwet ertoe strekt dat de werknemer moet zijn beschermd tegen insolventie van de werkgever, niet tegen insolventie van de verzekeraar.<sup>[55]</sup>

Dat sprake is van schade voor de werknemer is evident. De werknemer loopt immers pensioenschade op als gevolg van de rechtenkorting, tenzij de schade in het kader van een bail-in volledig door nieuw uit te geven aandelen zou worden gecompenseerd. Het lijkt echter in de praktijk niet denkbaar dat de waarde van de nieuw uit te geven aandelen waarmee een rechtenkorting kan worden gecompenseerd, de pensioenschade volledig zal compenseren (hooguit op langere termijn).

Tot slot: de *werkgever* pleegt geen onrechtmatige *daad* jegens de werknemer omdat de rechtenkorting niet door de werkgever wordt doorgevoerd, maar door DNB in het kader van een bail-in of door de curator bij faillissement van de verzekeraar.

### **Conclusie verhouding werkgever-(gewezen) werknemer**

De conclusie luidt dan dat het niet repareren door een werkgever van een rechtenkorting doorgevoerd door een verzekeraar geen toerekenbare tekortkoming terzake de nakoming van de pensioenovereenkomst en geen onrechtmatige daad inhoudt jegens de werknemer die door de rechtenkorting wordt getroffen.

### **5.2 De verhouding werkgever en (gewezen) werknemer-verzekeraar**

Over de gevolgen die een rechtenkorting bij een verzekeraar ten opzichte van de werkgever en de werknemer heeft kan ik kort zijn. De relevante te beantwoorden vragen zijn of de werkgever een vordering op de verzekeraar behoudt dat deze de uitvoeringsovereenkomst alsnog nakomt, en of de (gewezen) werknemer een vordering op de verzekeraar behoudt dat deze de verzekerde uitkeringen alsnog nakomt.

Het antwoord luidt dat een rechtenkorting permanent is, zodat voor de verzekeraar geen verplichtingen meer resteren voor zover rechten zijn gekort. Dit volgt uit het bepaalde in art. 3A:99 Wft.

### **5.3 Rol van de overheid**

De vraag dringt zich mogelijk bij de lezer op of een rechtenkorting bij een verzekeraar door de overheid zou moeten worden gecompenseerd, althans indien het om korting van verzekerde pensioenen gaat. Die vraag zou kunnen rijzen naar aanleiding van de recente uitspraak HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:392 en 1128, *PJ 2020/75* inzake Pensions-Sicherungs-Verein VVaG/Bauer. In eerdere rechtspraak had het HvJ EU geoordeeld dat de lidstaten van de EU moeten waarborgen dat pensioenen bij insolventie van een werkgever ten minste voor de helft zijn gewaarborgd.<sup>[56]</sup> Deze waarborgplicht voor de lidstaten vloeit voort uit art. 8 van de insolventierichtlijn.<sup>[57]</sup> In de zaak Bauer werd, kort samengevat, aanvullend geoordeeld dat indien de werknemer na een korting van zijn pensioen, ondanks behoud van ten minste 50% van zijn pensioen, onder de armoederisicodrempel komt te leven als gevolg van de verlaging, de verlaging “kennelijk onevenredig” uitpakt. Het gevolg is dan dat de nationale wetgeving tekortschiet en in verdere aanvulling van het gekorte pensioen moet voorzien.

De insolventierichtlijn ziet echter op insolventie van de werkgever die wettelijk verplicht is om bepaalde pensioenbedragen te betalen, maar niet aan die wettelijke verplichting voldoet als gevolg van insolventie. Indien de interpretatie van art. 23 Pensioenwet die in dit artikel wordt voorgestaan (art. 23 Pensioenwet verplicht een werkgever niet tot reparatie van een

pensioenkorting bij een verzekeraar) juist is, wordt niet toegekomen aan de toets of de insolventierichtlijn correct in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd. Als art. 23 Pensioenwet wel de verplichting tot reparatie van een rechtenkorting zou inhouden, zou art. 3A:99 Wft (het artikel waarin is bepaald dat een rechtenkorting bij een verzekeraar permanent is) in verband met het korten van pensioenverzekeringen in strijd kunnen zijn met de insolventierichtlijn in de situatie waarin een werkgever niet financieel in staat is een rechtenkorting minimaal tot het vereiste niveau te repareren. In de praktijk lijkt niet goed denkbaar dat dit in de Nederlandse situatie daadwerkelijk tot verplichtingen voor de overheid zal leiden, omdat het niveau van de AOW ten minste dat van de armoedegrens bedraagt.<sup>[58]</sup> Daar komt bij dat indien een rechtenkorting in het kader van een bail-in wordt gecompenseerd in nieuw uit te geven aandelen in de verzekeraar, de vraag rijst hoe die dienen te worden gewaardeerd.

## 6. Sociaal-verzekeringsrechtelijke gevolgen

Op grond van een ingewikkelde anticumulatieregeling worden uitkeringen op grond van de WW of de WIA gekort met pensioenuitkeringen die de uitkeringsgerechtigde ontvangt. Het systeem van de wet is dat de WW-uitkering wordt gekort met inkomen in verband met arbeid en dat de WIA-uitkeringen wordt gekort met (een gedeelte van) inkomen.<sup>[59]</sup>

Indien een pensioen dat (gedeeltelijk) op de WW-uitkering of de WIA-uitkering in mindering komt wordt gekort als gevolg van een bij de verzekeraar van het pensioen doorgevoerde rechtenkorting, wordt de korting van de WW-uitkering of de WIA-uitkering verminderd.<sup>[60]</sup>

In het kader van dit artikel is niet zozeer relevant hoe de anticumulatieregeling exact werkt, maar op welke wijze met de compensatie van een rechtenkorting in het kader van een bail-in door middel van nieuw uit te geven aandelen wordt omgegaan. Ik beperk mij hierna tot de situatie waarin de begunstigde op de voet van art. 3A:96 Wft is gecompenseerd voor de rechtenkorting door toekenning in eigendom van aandelen en de vrije beschikkingsmacht over die aandelen heeft. De pensioengerechtigde ontvangt periodiek pensioenuitkeringen en heeft aandelen van de verzekeraar in eigendom (aannemend dat hij in het kader van de toepassing van art. 3A:96 Wft is gecompenseerd). De volgende vragen rijzen:

- Moet aan de aandelen een waarde worden toegekend die actuarieel wordt omgerekend in een fictieve verhoging van de pensioenuitkering op basis van de gedachte dat de aandelen zouden kunnen worden verkocht en de opbrengst bij de verzekeraar zou kunnen worden aangewend als koopsom voor verhoging van het pensioen?
- Worden de aandelen beschouwd als vermogen, zodat de aandelen geheel buiten beschouwing blijven in het kader van de anticumulatie omdat de WW en de WIA geen vermogenstoets kennen?
- Is het geheel ter vrije keus aan de uitkeringsgerechtigde de aandelen te verkopen, maar wordt bij verkoop de opbrengst (fictief<sup>[61]</sup>) aangewend voor een verhoging van pensioen op basis van de tarieven van de verzekeraar?

Voor de toepassing van de WW geldt dat de uitkeringsgerechtigde geen benadelingshandelingen mag verrichten, waarbij geldt dat ook een nalaten als benadelingshandeling kan gelden.<sup>[62]</sup> Op basis van deze regeling zou kunnen worden gesteld dat het nalaten de toegekende aandelen te gelde te maken en aan te wenden voor verhoging van het gekorte pensioen als benadelingshandeling geldt. Uiteindelijk zal de rechter over de interpretatie van de benadelingsregeling in de WW in verband met een pensioenkorting bij een verzekeraar die is gecompenseerd met de uitgifte van aandelen moeten oordelen.

Voor de toepassing van de WIA geldt een ruime informatieplicht voor de uitkeringsgerechtigde ten opzichte van het UWV. Alle informatie waarvan duidelijk moet zijn dat die van invloed kan zijn op het recht op, de hoogte van of de betaling van de uitkering moet worden gemeld.<sup>[63]</sup> Op basis van deze regeling zou kunnen worden gesteld dat de uitkeringsgerechtigde de mogelijkheid om aandelen toegekend in verband met een rechtenkorting te gelde te maken en de opbrengst als koopsom voor verhoging van zijn pensioen aan te wenden moet melden. Ook ten aanzien van deze informatieplicht geldt dat het uiteindelijk aan de rechter is om te beoordelen of deze informatieplicht tot een dergelijke meldingsplicht leidt.

## 7. Fiscaalrechtelijke gevolgen

Een rechtenkorting leidt tot verlaging van een pensioenaanspraak of een pensioen. De toekenning van aandelen in eigendom aan de begunstigde van de pensioenaanspraak of het pensioen geldt als compensatie voor de rechtenkorting. Indien de werkgever tot compensatie verplicht is en hij de aandelen in eigendom verkrijgt, geldt die eigendomsverzekering als compensatie voor de reparatieplicht. Dat leidt tot de volgende vragen van fiscaalrechtelijke aard:

- Geldt een rechtenkorting bij een verzekeraar als het vervallen van een pensioenaanspraak of een pensioen of als afkoop of vervreemding van een pensioenaanspraak of een pensioen (anders gesteld: geldt een rechtenkorting als een belaste handeling)?
- Indien dit op zichzelf niet het geval is, wordt dit dan anders indien een rechtenkorting in aandelen wordt gecompenseerd aan de werkgever of de begunstigde?
- Hoe verloopt de eventuele belastingheffing over de verkrijging van de aandelen indien de begunstigde of de werkgever aandelen in de verzekeraar verkrijgt ter compensatie van de rechtenkorting?

- Hoe verloopt de belastingheffing indien de aandelen worden verkocht en de opbrengst niet wordt aangewend voor verhoging van de gekorte pensioenaanspraak of het gekorte pensioen?
- Kan de verkoopopbrengst zonder belastingheffing worden aangewend voor het verzekeren van een verhoging van de pensioenaanspraak of het pensioen?

Hierna wordt een aanzet voor beantwoording van deze vragen gegeven.

De zogenaamde fiscale omkeerregel houdt in dat pensioenaanspraken onbelast zijn (pensioenaanspraken behoren niet tot het loon), maar pensioenuitkeringen belast zijn.<sup>[64]</sup> Indien een pensioenaanspraak of een pensioen vervalt, geldt dat de waarde van de aanspraak of de toekomstige uitkeringen wordt belast op het onmiddellijk aan het vervallen voorafgaande tijdstip.<sup>[65]</sup> Een uitzondering geldt voor rechtenkortingen bij een pensioenfonds op grond van art. 134 Pensioenwet.<sup>[66]</sup> De Wet op de loonbelasting 1964 voorziet uitdrukkelijk niet in een uitzondering in geval van rechtenkorting bij een verzekeraar. Dat betekent dat een rechtenkorting bij een verzekeraar tot belastingheffing zou moeten leiden. In het kader van de parlementaire behandeling van de wijziging van de Wft die onder meer tot invoering van de bail-in bij verzekeraars heeft geleid is opgemerkt dat de fiscale aspecten van de wetgeving nog moeten worden geanalyseerd en dat aanpassing van de fiscale wetgeving noodzakelijk zou kunnen zijn.<sup>[67]</sup> Een aanpassing die noodzakelijk lijkt is aanpassing van de Wet op de loonbelasting 1964 in die zin, dat wordt geregeld dat ook een rechtenkorting van een pensioenaanspraak of een ingegaan pensioen ondergebracht bij een verzekeraar niet tot belastingheffing leidt.

Een rechtenkorting bij een verzekeraar betekent geen afkoop van een pensioenaanspraak of een pensioen indien de begunstigde niet wordt gecompenseerd. Indien de begunstigde wordt gecompenseerd in aandelen in het kader van een bail-in, zou kunnen worden gesteld dat wel sprake is van afkoop. Daartegen pleit overigens dat geen sprake is van een overeenkomst tussen de verzekeraar en de begunstigde die ertoe strekt dat de begunstigde in plaats van (een deel van) de pensioenaanspraak of de toekomstige uitkeringen een gekorte aanspraak of gekorte uitkeringen ontvangt, met als tegenprestatie betaling in de vorm van aandelen in de verzekeraar. De rechtenkorting en de eventuele compensatie bij een bail-in worden immers aan de begunstigde opgelegd door DNB. Ook op dit punt zou de fiscale wetgeving zodanig moeten worden aangepast, dat een rechtenkorting in combinatie met de toekenning van aandelen ter compensatie van de rechtenkorting niet als afkoop van de pensioenaanspraak of het pensioen geldt. Daar komt nog bij dat indien de begunstigde eigenaar wordt van de aandelen die in het kader van compensatie worden uitgegeven, de waarde daarvan zou kunnen zijn belast indien deze toekenning, gezien de samenhang met de pensioenovereenkomst tussen de begunstigde en de werkgever, zou moeten worden beschouwd als loon in natura. Omdat de werkgever de toekenning van aandelen ter compensatie van een rechtenkorting niet kan beïnvloeden, lijkt mij dat onvoldoende samenhang tussen de toekenning van de compensatie en de pensioenovereenkomst bestaat om de compensatie als loon in natura te beschouwen.

Ook overdracht van een verzekeringsportefeuille aan een overbruggingsinstelling of entiteit voor activa- en passivabeheer of afsplitsing van de activa en passiva zou fiscaal neutraal mogelijk moeten worden gemaakt voor zover pensioenverplichtingen worden overgedragen.<sup>[68]</sup>

De verkrijging van aandelen door de begunstigde van een gekorte pensioenverzekering vergt ook fiscale begeleiding. Een regeling die past binnen het stelsel van de geldende fiscale pensioenregelgeving zou kunnen inhouden dat de verkrijging van aandelen ter compensatie van een rechtenkorting alsmede vervreemding van die aandelen (door verkoop) onbelast blijft, mits de aandelen eigendom worden van de verzekeraar of een bewaarinstelling en de verkoopopbrengst wordt aangewend voor de inkoop van een verhoging van het gekorte pensioen bij een erkende verzekeraar, voor zover het pensioen binnen de geldende fiscale begrenzings blijft. Deze oplossing vergt niet uitsluitend wijziging van de fiscale wetgeving, maar ook van art. 3A:96 Wft. In dat artikel is bepaald dat een rechtenkorting bij een verzekeraar kan worden gecompenseerd door de uitgifte van nieuwe eigendomsinstrumenten aan “houders van rechten”. De verzekeraar zelf of de bedoelde bewaarinstelling is geen houder van rechten. Art. 3A:96 Wft zou dan moeten worden aangevuld met de mogelijkheid dat de nieuw uit te geven eigendomsinstrumenten (aandelen) ook kunnen worden overgedragen aan de verzekeraar zelf of een bewaarinstelling ten behoeve van de “houder van rechten” die met een rechtenkorting werd geconfronteerd.<sup>[69]</sup>

#### Overzicht ingrepen bij (dreigende) insolventie verzekeraar

Ingrep	Criterium voor ingrijpen	Wie bevoegd tot ingrijpen	Gevolgen	Rechtenkorting
<i>Dreigende insolventie</i>				
Kapitaal opslag op solvabiliteitskapitaalverei	Uitzonderlijke omstandigheden Art. 3:132 Wft en art. 2a Besluit <sup>[70]</sup>	DNB		



ste Art. 3:132 Wft				
Herstelp lan; Art. 3:135 Wft	Niet of voorzienbaar niet meer voldoen aan solvabiliteitskapitaalvereiste Art. 3:57, lid 4, tweede volzin Wft en art. 3 en 3a Besluit	DNB		
Financie el korteter mijnplan Art. 3:136 Wft	Niet of voorzienbaar niet meer voldoen aan minimumkapitaalvereiste Art. 3:53, lid 6 Wft en art. 4 en 4a Besluit	DNB		
Beperki ng of ontnemi ng vrije beschik king Art. 3:137 Wft	Technische voorzieningen ontoereikend; art. 3:67 Wft); (voorzienbaar) solvabiliteitstekort (art. 3:57, lid 4 Wft); (voorzienbaar) niet voldoen aan minimumkapitaalvereiste (art. 3:53, lid 6 Wft); aanhoudende verslechtering solvabiliteitspositie (art. 3:137, lid 1, aanhef en onder d Wft)	DNB		
Bevoeg dheid intrekke n vergunning Art. 1:104 Wft	Verstreking onjuiste of onvolledige gegevens, verzwijging, niet voldoen aan Wft of voorwaarden vergunning, jaarrekening voldoet niet aan wettelijke eis getrouwheid Art. 1:104, lid 1 Wft	DNB		
Verplich te intrekkin g vergunning Art. 1:104 Wft	Verzekeraar voldoet niet aan minimumkapitaalvereiste (art. 3:53, lid 4 Wft) en financieel kortetermijnplan (art. 3:136, lid 1 Wft) is duidelijk ontoereikend + financieel kortetermijnplan niet tijdig uitgevoerd + DNB heeft ingestemd met portefeuilleoverdracht Art. 1:104, lid 2 Wft	DNB	Overdracht Art. 3:159c, lid 4 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst; Machtiging Rechtbank Amsterdam op verzoek DNB Art. 3:154 Wft	
<b><i>Insolventie (direct vóór 2019 geldende recht)</i></b>				
Opvang Art. 3:151v. Wft in de direct vóór 2019 geldend e tekst	(voorzienbaar) niet meer voldoen aan minimumkapitaalvereiste (art. 3:53, lid 6 Wft) + instemming met het financieel kortetermijnplan (art. 3:136 Wft) geweigerd + de portefeuille heeft overlevingskans (art. 3:151 Wft)	DNB, gehoord de Vertrouwensco mmissie Art. 3:151, lid 1 BW	Herverzekering of overdracht Art. 3:152 Wft Voor overdracht machtiging Rechtbank Amsterdam noodzakelijk Art. 3:154 Wft	
Overdra cht Art. 3:159a	Gevaarlijke ontwikkeling eigen vermogen, solvabiliteit of technische voorzieningen + constatering dat die ontwikkeling	DNB; desgewenst door DNB met goedkeuring	Overdracht aandelen of activa en passiva aan andere verzekeraar of overbruggingsinstelling	

v. Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst	niet of niet tijdig ten goede keert Art. 3:159c, lid 1 Wft	Rechtbank Amsterdam Art. 3:159u Wft	Art. 3:159a Wft	
Noodregeling Art. 3:160v. Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst	Gevaarlijke ontwikkeling eigen vermogen, solvabiliteit, liquiditeit of technische voorzieningen + constatering dat die ontwikkeling niet of niet tijdig ten goede keert Art. 3:160, lid 1 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst	Rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB Art. 3:160, lid 1 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst	Overdracht of liquidatie of een combinatie door bewindvoerder(s), eventueel met machtiging Rechtbank Amsterdam gegeven bij het uitspreken van de noodregeling of op later verzoek bewindvoerder(s) Art. 3:163 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst	Door bewindvoerders met goedkeuring Rechtbank Amsterdam Art. 3:195, lid 1 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst
Faillissement Art. 213a bis Fw.	Gevaarlijke ontwikkeling eigen vermogen, solvabiliteit of technische voorzieningen + constatering dat die ontwikkeling niet of niet tijdig ten goede keert Art. 213 a bis Fw. in de direct vóór 2019 geldende tekst	Rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB Art. 213a bis Fw. in de direct vóór 2019 geldende tekst	Overdracht in samenwerking DNB en curator(en) na goedkeuring Rechtbank Amsterdam of liquidatie door curator(en) Art. 213ag v. Fw.	Als onderdeel overdrachtsplan; bij liquidatie de facto korting door beperkte verhaalbaarheid volgens het geldende voorrecht van art. 213m, lid 3, aanhef en onder d Fw. waarin de volgorde van verhaal is geregeld <sup>[71]</sup>
<b>Insolventie (vanaf 2019 geldende recht)</b>				
Bail-in Art. 3A:77 Wft en art. 3A:93v. Wft	Falen <sup>[72]</sup> of waarschijnlijk falen, geen alternatief, afwikkeling is in het algemeen belang Art. 3A:85 Wft	DNB; bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid binnen verkorte termijn met verkorte termijn voor de uitspraak Art. 3A:93 en art. 3A:135 Wft	Verzekeraar blijft voortbestaan, eventueel compensatie voor crediteuren die niet of niet volledig worden voldaan in aandelen <sup>[73]</sup> (extra aandelenuitgifte) Art. 3A:93 Wft; beroep op grond van de Awb mogelijk (art. 6:4 Awb)	Mogelijk op grond van art. 3A:93, lid 1, aanhef en onder b Wft; eventueel compensatie in aandelen <sup>[74]</sup> op grond van art. 3A:93, lid 1, aanhef en onder b Wft; beroep mogelijk (art. 6:4 Awb)
Overgang van de onderneeming Art. 3A:77 Wft en art. 3A:104v. Wft	Falen <sup>[75]</sup> of waarschijnlijk falen, geen alternatief, afwikkeling is in het algemeen belang Art. 3A:85 Wft	DNB; bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid binnen verkorte termijn met verkorte termijn voor de uitspraak Art. 3A:93 en art. 3A:135 Wft	Overgang van aandelen of activa en passiva aan een verkrijger, niet zijnde een overbruggingsinstelling <sup>[76]</sup> Art. 3A:104 Wft De aandelen of de activa en passiva krijgen een nieuwe eigenaar; de verkrijgingsprijs komt toe aan de oorspronkelijke eigenaren Art. 3A:107 Wft	Niet mogelijk bij deze vorm van afwikkeling
De overbruggingsinstelling	Falen <sup>[77]</sup> of waarschijnlijk falen, geen alternatief, afwikkeling is in het algemeen belang Art. 3A:85 Wft	DNB; bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid binnen verkorte termijn	Overgang van aandelen of activa en passiva aan een overbruggingsinstelling Art. 3A:112 Wft De	Niet mogelijk bij deze vorm van afwikkeling

		met verkorte termijn voor de uitspraak Art. 3A:93 en art. 3A:135 Wft	overbruggingsinstelling wordt eigenaar van de aandelen of de activa en passiva; de inrichting van de overbruggingsinstelling is geregeld in art. 7a v. van het Besluit Uiteindelijk doel is doorverkoop (art. 7e en 7f Besluit)	
Afsplitsing van activa en passiva	Falen <sup>[79]</sup> of waarschijnlijk falen, geen alternatief, afwikkeling is in het algemeen belang Art. 3A:85 Wft	DNB; bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid binnen verkorte termijn met verkorte termijn voor de uitspraak Art. 3A:93 en art. 3A:135 Wft	Overgang van activa en passiva van een verzekeraar of van een overbruggingsinstelling naar een entiteit voor activa- en passivabeheer Art. 3A:117 Wft De entiteit voor activa- en passivabeheer beheert de activa en passiva die op de entiteit zijn overgegaan Art. 7d Besluit Uiteindelijk doel is doorverkoop (art. 7e en 7f Besluit)	Niet mogelijk bij deze vorm van afwikkeling
Faillissement Art. 213a bis Fw.	Gevaarlijke ontwikkeling eigen vermogen, solvabiliteit of technische voorzieningen + constatering dat die ontwikkeling niet of niet tijdig ten goede keert Art. 213 a bis Fw. (tekst vanaf 2019 ongewijzigd)	Rechtbank Amsterdam op verzoek van DNB Art. 213a bis Fw. (tekst vanaf 2019 ongewijzigd)	Overdracht in samenwerking DNB en curator(en) na goedkeuring Rechtbank Amsterdam of liquidatie door curator(en) Art. 213ag v. Fw.	Als onderdeel overdrachtsplan; bij liquidatie de facto korting door beperkte verhaalbaarheid volgens het geldende voorrecht van art. 213m, lid 3, aanhef en onder d Fw. waarin de volgorde van verhaal is geregeld <sup>[79]</sup>

#### Voetnoten

[1]

Wet van 28 november 2018, *Stb.* 2018, 489. De datum van inwerkingtreding is bepaald in het Besluit van 11 december 2018, *Stb.* 2018, 491. Naast de wet geldt een uitvoeringsregeling, het besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars, *Stb.* 2018, 490. De wet heeft geen Europeesrechtelijke achtergrond ([Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 3).

[2]

Zie paragraaf 3A.2.4.1 van de Wft. De mogelijkheid van een bail-in geldt van de pensioenuitvoerders genoemd in art. 1 Pensioenwet uitsluitend voor verzekeraars, zie art. 3A:78 Wft.

[3]

Art. 3A:93, lid 1, aanhef en onder b Wft.

[4]

[Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 18.

[5]

Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij [Pensioenadvocaten.nl](#) te Heemstede, is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht te Amsterdam en is vaste medewerker van dit tijdschrift.

[6]

Art. 3:53, lid 1, 3 en 4 Wft. Een en ander is uitgewerkt in hoofdstuk 9 van het Besluit prudentiële regels Wft, waarin naar de relevante, direct in de Nederlandse rechtssfeer doorwerkende, bepalingen van EU-recht wordt verwezen.

[\[7\]](#)

Art. 3:53, lid 2 Wft.

[\[8\]](#)

Art. 3:57, lid 1 en 3 Wft, uitgewerkt in hoofdstuk 10 van het Besluit prudentiële regels Wft.

[\[9\]](#)

Art. 3:67 Wft, uitgewerkt in hoofdstuk 12 Besluit prudentiële regels Wft.

[\[10\]](#)

Art. 3:132 Wft.

[\[11\]](#)

Art. 3:57, lid 4, tweede volzin Wft en art. 3 en 3a Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie, Besluit van 12 oktober 2006, *Stb.* 2015, 308 zoals laatstelijk gewijzigd op basis van het Besluit 11 december 2018 tot wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft, het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft en enige andere besluiten (Besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars), *Stb.* 2018, 490 (inwerkingtreding van het gewijzigde besluit met ingang van 1 januari 2019).

[\[12\]](#)

Art. 3:53, lid 6 Wft en art. 4 en 4a Besluit.

[\[13\]](#)

Respectievelijk art. 3:67 Wft, art. 3:57, lid 4 Wft, art. 3:53, lid 6 Wft en art. 3:137, lid 1, aanhef en onder d Wft.

[\[14\]](#)

Art. 1:104, lid 1 Wft; vgl. art. 2:362 BW.

[\[15\]](#)

De criteria voor insolventie waren wettelijk vastgelegd, voor opvang in art. 3:151 Wft, voor toepassing van de noodregeling in art. 3:160, lid 1 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[16\]](#)

Zie mijn annotatie bij Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 21 mei 2018, ECLI:NL:OGECAC:2018:112, in *PJ* 2018/126 waar ook de mogelijkheden voor ingrijpen door DNB bij dreigende insolventie kort worden behandeld.

[\[17\]](#)

Art. 3:151v. Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[18\]](#)

Art. 3:159a e.v. van de Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[19\]](#)

Art. 3:160v. Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[20\]](#)

Art. 213abis v. Fw.

[\[21\]](#)

Voor de relevante wetsartikelen wordt verwezen naar de in de vorige voetnoten vermelde artikelen opgenomen in de Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[22\]](#)

Art. 3:159o, lid 4 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[23\]](#)

Art. 3:195, lid 6 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[24\]](#)

Art. 3:195, lid 7 Wft in de direct vóór 2019 geldende tekst.

[\[25\]](#)

In die zin [Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 6.

[\[26\]](#)

[Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 4.

[\[27\]](#)

Eveneens [Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 4.

[\[28\]](#)

Art. 3:85 Wft.

[29]

In deze variant zal de nieuwe eigenaar een financiële injectie moeten doen waardoor de verzekeraar weer aan de wettelijke kapitaal- en solvabiliteitsvereisten voldoet wanneer sprake is van een aandelenovergang, of dient het eigen vermogen van de nieuwe eigenaar zodanig te zijn dat na overdracht van de activa en passiva aan de nieuwe eigenaar door deze aan de bedoelde wettelijke vereisten wordt voldaan.

[30]

Met overeenkomstige gevolgen voor de nieuwe eigenaar als bedoeld in de vorige voetnoot.

[31]

Met overeenkomstige gevolgen voor de nieuwe eigenaar als bedoeld in de eerdere voetnoot.

[32]

[Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3](#), p. 20, 23 en 31.

[33]

Zie art. 3A:99 Wft.

[34]

Deze constructie sluit aan bij de pensioenbestemming van de betaalde premie en laat deze zoveel mogelijk in stand.

[35]

Art. 3Aa:96 Wft.

[36]

Art. 23 Pensioenwet, zie (voor het citaat) *Asser/Lutjens 7-XI 2019/196*.

[37]

*Asser/Lutjens 7-XI 2019/270*.

[38]

[Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3](#), p. 193. Zie eveneens *Asser/Lutjens 7-XI 2019/196*.

[39]

Art. 6:74 BW (toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst) respectievelijk art. 6:75 BW (overmacht).

[40]

Art. 6:162 BW jo. art. 23 Pensioenwet.

[41]

In die zaak was aan de orde of een pensioenkorting door een bedrijfstakpensioenfonds onrechtmatig was in verband met schending van een informatieplicht.

[42]

Het oordeel hield in dat gedifferentieerd korten naargelang de werkgever bereid was tot bijbetaling om de gevolgen van een rechtenkorting te verminderen rechtmatig was en dat zich geen strijd met het verbod op ringfencing voordeed.

[43]

Een procentuele korting werd gegeven de omstandigheden rechtmatig geoordeeld.

[44]

Was een pensioenkorting door het bedrijfstakpensioenfonds onrechtmatig in verband met schending van een informatieplicht, kort geding naar aanleiding van de procedure uit 2014 die tot een cassatieprocedure heeft geleid door een rechthebbende op hoge leeftijd; deze diende ondanks zijn hoge leeftijd toch de uitspraak van de Hoge Raad af te wachten.

[45]

Aldus HR 30 januari 1959, *NJ 1959, 548* inzake *Quint/Te Poel*.

[46]

*Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 39.

[47]

Een uitzondering lijkt zich te hebben voorgedaan in Kantonrechter Leiden 25 maart 1998, *PJ 1998/34* met aantekening van mijn hand. Zie voor een analyse van de uitspraak en het bredere kader die uitvoerige aantekening. Van een uitzondering was waarschijnlijk toch geen sprake, omdat in die zaak de verplichting om pensioen toe te kennen uit het gelijke behandelingsrecht voortvloeide.

[48]

Of de buitenlandse instelling waarbij de pensioenovereenkomst is ondergebracht.

[49]

Niet goed denkbaar is dat de werkgever een beroep zal kunnen doen op een opschortingsbevoegdheid in verband met het niet nakomen door de werknemer van verplichtingen jegens de werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, omdat niet goed denkbaar is dat van de op grond van art.

6:52, lid 1 BW vereiste samenhang sprake zal zijn.

[50]

Art. 6:82 en 6:83 BW.

[51]

Zie in deze zin ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/201, waar overigens niet een direct verband met rechtenkorting bij een verzekeraar wordt gelegd.

[52]

In vergelijkbare zin E. Lutjens, redactionele aantekening in *Pensioen Jurisprudentie* bij HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2019:392 en 1128, *PJ* 2020/75.

[53]

Art. 6:258 BW.

[54]

Art. 3:40 BW.

[55]

In die zin Rb. Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800, *PJ* 2009/1 inzake Washington.

[56]

Zie de rechtspraak aangehaald in onderdeel 41 van het arrest in de zaak Bauer.

[57]

Richtlijn 2008/94/EG van 22 oktober 2008, *Pb EU* 28 oktober 2008, p. 36-42. De tekst van art. 8 van de richtlijn luidt als volgt: "*De lidstaten vergewissen zich ervan dat de nodige maatregelen worden getroffen om de belangen van de werknemers en die van de personen die de onderneming of vestiging van de werkgever op de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever reeds hebben verlaten, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid.*".

[58]

In de situatie waarin geen recht op volledige AOW bestaat en evenmin recht op eerste pijler pensioen van andere staten zou sprake kunnen zijn van onvolledige implementatie van de insolventierichtlijn indien een ingezetene van Nederland als gevolg van korting van zijn bij een verzekeraar ondergebracht pensioen onder de armoedegrens komt.

[59]

Zie in verband met werkloosheid art. 47 WW waaruit blijkt dat inkomen in verband met arbeid op de WW-uitkering in mindering komt en art. 3:5, lid 4, aanhef en onder a van het Algemeen inkomensbesluit socialezekerheidswetten waarin is bepaald dat pensioenuitkeringen als inkomen in verband met arbeid gelden. Zie in verband met arbeidsongeschiktheid art. 52 WIA waaruit blijkt dat inkomen voor 70% op een WIA-uitkering wordt geminderd en art. 3:3, lid 2, aanhef en onder c van het Algemeen inkomensbesluit socialezekerheidswetten waarin is bepaald dat pensioen als inkomen geldt.

[60]

Zie in verband met het recht op WW-uitkering eveneens art. 3:5, lid 4, aanhef en onder a van het Algemeen inkomensbesluit socialezekerheidswetten en in verband met het recht op WIA-uitkering eveneens art. 3:3, lid 2, aanhef en onder c van het Algemeen inkomensbesluit socialezekerheidswetten.

[61]

De uitkeringsgerechtigde kan mogelijk ook daadwerkelijk voor deze aanwending kiezen.

[62]

Art. 24, lid 5 WW.

[63]

Art. 27, lid 1 WIA.

[64]

Pensioenaanspraken behoren niet tot het fiscale loon op grond van art. 11, lid 1, aanhef en onder c Wet op de loonbelasting 1964, pensioenuitkeringen behoren tot het fiscale loon op grond van art. 10, lid 1 Wet op de loonbelasting 1964 (pensioenuitkeringen worden genoten uit vroegere dienstbetrekking).

[65]

Art. 19b, lid 1 Wet op de loonbelasting 1964. De werkgever wordt loonbelasting volgens het progressieve tarief verschuldigd over de marktwaarde van de vervallen pensioenaanspraak of de toekomstige pensioentermijnen en daarnaast wordt de werknemer 20% revisierente verschuldigd over de waarde in het economisch verkeer daarvan volgens art. 30i, lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

[66]

Art. 19b, lid 5 Wet op de loonbelasting 1964.

[67]

[\[68\]](#)

Door toevoeging van deze mogelijkheden uit de Wft aan art. 19b, lid 2 Wet op de loonbelasting 1964.

[\[69\]](#)

Daarmee zou ook vaststaan dat de compensatie niet als loon in natura geldt.

[\[70\]](#)

Met het "Besluit" wordt in deze tabel bedoeld het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie, Besluit van 12 oktober 2006, *Stb.* 2015, 308 zoals laatstelijk gewijzigd op basis van het Besluit 11 december 2018 tot wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft, het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft en enige andere besluiten (Besluit herstel en afwikkeling van verzekeraars), *Stb.* 2018, 490 (inwerkingtreding van het gewijzigde besluit met ingang van 1 januari 2019).

[\[71\]](#)

In het kader van implementatie van art. 275 van de Solvency II-richtlijn (Richtlijn 2009/138/EG van 25 november 2009, *PbEU* 17 december 2009, L335, zie voor artikel 275 p. 105).

[\[72\]](#)

Onder welke omstandigheden een verzekeraar faalt is vastgelegd in art. 3A:85, lid 2 Wft. In de kern is een falende verzekeraar een verzekeraar die niet zelfstandig kan voortbestaan.

[\[73\]](#)

Preciezer: in eigendomsinstrumenten, zijnde aandelen of de andere eigendomsinstrumenten gedefinieerd in art. 3A:77 Wft.

[\[74\]](#)

Preciezer: in eigendomsinstrumenten, zijnde aandelen of de andere eigendomsinstrumenten gedefinieerd in art. 3A:77 Wft.

[\[75\]](#)

Onder welke omstandigheden een verzekeraar faalt is vastgelegd in art. 3A:85, lid 2 Wft. In de kern is een falende verzekeraar een verzekeraar die niet zelfstandig kan voortbestaan.

[\[76\]](#)

Het dient op grond van art. 3A:105 Wft een commerciële transactie te zijn tegen commerciële voorwaarden.

[\[77\]](#)

Onder welke omstandigheden een verzekeraar faalt is vastgelegd in art. 3A:85, lid 2 Wft. In de kern is een falende verzekeraar een verzekeraar die niet zelfstandig kan voortbestaan.

[\[78\]](#)

Onder welke omstandigheden een verzekeraar faalt is vastgelegd in art. 3A:85, lid 2 Wft. In de kern is een falende verzekeraar een verzekeraar die niet zelfstandig kan voortbestaan.

[\[79\]](#)

In het kader van implementatie van art. 275 van de Solvency II-richtlijn (Richtlijn 2009/138/EG van 25 november 2009, *PbEU* 17 december 2009, L 335, zie voor artikel 275 p. 105).