

## PJ 2013/172: Inspraak voor verzekeringnemer/werkgever ten aanzien van beleggingsbeleid pensioenverzekeraar bij garantiepensioenverzekering op basis...

Instantie:	Rechtbank Amsterdam	Datum:	28 augustus 2013
Magistraten:	Mr. C. von Meyenfeldt	Zaaknr:	CV 12-24503
Conclusie:	-		
Noot:	Mr. W.P.M. Thijssen	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 28-08-2013		

Wetgang: Art. 3:276, 6:248 lid 2, 7:925, 7:940 lid 4, 7:964, 7:975 BW; art. 2 lid 1 PSW; art. 5, 17, 23, 134 PW; art. 3:67 Wft

Brondocument: Rb. Amsterdam, 28-08-2013, nr CV 12-24503

### Essentie

Naar boven

Inspraak voor verzekeringnemer/werkgever ten aanzien van beleggingsbeleid pensioenverzekeraar bij garantiepensioenverzekering op basis van gesepareerd beleggingsdepot.

### Samenvatting

Naar boven

Inspraak voor verzekeringnemer/werkgever ten aanzien van beleggingsbeleid pensioenverzekeraar bij garantiepensioenverzekering beperkt in verband met garantiplicht verzekeraar; verzekeraar gebonden aan overeengekomen richtlijnen voor het beleggingsbeleid in een gesepareerd beleggingsdepot; uitvoeringsverplichting beschermt de werknemer/deelnemer, niet de werkgever; betekenis begrip garantiepensioenverzekering.

### Partij(en)

Naar boven

Vonnis van de kantonrechter te Amsterdam in de zaak van:

1. [eiser]
2. [eiser]

beide gevestigd te [plaats], eiseressen hierna afzonderlijk ook [eiser] en [eiser], gemachtigde: mr. R.F.van der Ham

tegen

de naamloze vennootschap Srlev NV, gevestigd te Alkmaar, gedaagde, gemachtigde: mr.M.J.Schenk.

### Uitspraak

Naar boven

#### VERLOOP VAN DE PROCEDURE

De volgende processtukken zijn ingediend:

- de dagvaarding van 30 juli 2012 inhoudende de vordering van eiseressen met bewijsstukken
- het antwoord van gedaagde met bewijsstukken.

Bij tussenvonnissen van 24 oktober 2012 is bepaald dat schriftelijk wordt voortgeprocedeerd. Daarna zijn nog ingediend:

- de conclusie van repliek van eiseressen tevens houdende wijziging van eis met bewijsstukken
- de conclusie van dupliek van gedaagde met bewijsstukken
- de akte waarin eiseressen reageert op die laatste bewijsstukken tevens houdende akte vermeerdering van eis



- de antwoordakte van gedaagde.

Op verzoek van gedaagde is een dag voor pleidooi bepaald. Het pleidooi is op 28 mei 2013 gehouden. De gemachtigden van beide partijen hebben het woord gevoerd aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Vervolgens is vonnis bepaald op heden.

#### GRONDEN VAN DE BESLISSING

##### Feiten

1. Als gesteld en erkend dan wel niet (voldoende) weersproken alsmede op basis van de in zoverre niet betwiste inhoud van de overgelegde bewijsstukken staat in dit geding, voor zover van belang, vast:
  - 1.1 Eiseressen hebben voor hun werknemers pensioenovereenkomsten gesloten die zijn uitgewerkt in pensioenreglementen. Het gaat om z.g. uitkeringsovereenkomsten. Ter uitvoering van de pensioenreglementen hebben eiseressen een uitvoeringsovereenkomst gesloten met gedaagde. Na verlenging per 1 januari 2010 geldt de uitvoeringsovereenkomst met toevoegingen en bijlagen (prod. 2 eiseressen) t/m 31 december 2014. Gedaagde garandeert blijkens bedoelde overeenkomst de aanspraken van de werknemers van eiseressen waarvoor de verschuldigde premie is voldaan.
  - 1.2 Het door eiseressen gespaarde vermogen wordt door gedaagde in een gesepareerd beleggingsdepot (hierna ook wel het (beleggings)depot genoemd) bewaard. Ingevolge de uitvoeringsovereenkomst wordt het beleggingsbeleid daarvan in overleg met de werkgever (eiseressen) vastgesteld en vastgelegd in beleggingsrichtlijnen (artikel 11 uitvoeringsovereenkomst).
  - 1.3 Vanwege de gegarandeerde verplichtingen van gedaagde jegens (de werknemers van) eiseressen (zie 1.1) zijn in de uitvoeringsovereenkomst dan wel haar bijlagen veiligheden ingebouwd opdat gedaagde aan die verplichtingen kan voldoen. Gedaagde gaat niet eerder tot uitkering van winst op het gesepareerd beleggingsdepot over dan nadat het weerstandsvermogen een bepaald niveau heeft (zie artikel 7 van de uitvoeringsovereenkomst). Gedaagde heeft in een bijlage bij de uitvoeringsovereenkomst beleggingsrichtlijnen opgenomen met daarin ratingrestricties (bijlage 10 bij de uitvoeringsovereenkomst). Gedaagde hanteert de [bedrijf] dekkingsgraad (hierna de dekkingsgraad genoemd) om risiconiveaus in het beleggingsdepot te onderscheiden. Bij het z.g. actieniveau heeft gedaagde zich het recht voorbehouden om eenzijdig de beleggingsmix aan te passen (artikel 11 uitvoeringsovereenkomst). In de overeenkomst is geen concreet getal genoemd voor het actieniveau. Dit wordt door gedaagde bepaald naar haar inzicht, aldus het contract.
  - 1.4 Bij e-mail van 9 augustus 2011 is aan eiseressen bericht dat het beleggingsdepot onder het actieniveau is gekomen. Eiseressen hebben daarop een bankgarantie gesteld van Eur 750.000,- ter voorkoming van de verkoop van bijvoorbeeld aandelen uit het depot door de afdeling riskmanagement van gedaagde.
  - 1.5 Bij e-mail van 20 september 2011 is aan eiseressen bericht dat de dekkingsgraad wederom onder het actieniveau van 102% was gekomen. Eiseressen hebben daarop toegezegd de bankgarantie te verhogen naar Eur 900.000,- met verzoek dat gedaagde toezegt de aandelen uit het depot niet te gaan verkopen.
  - 1.6 Bij e-mail van 23 september 2011 wordt aan eiseressen bericht dat het depot incl. Eur 900.000,- aan bankgaranties wederom onder het actieniveau van 102% staat. Bijgevoegd is een staatje (prod. 1.4) waarin is opgenomen dat de dekkingsgraad op dat moment 100,9% bedraagt; het niveau van de rente waarbij gedaagde kan ingrijpen, het actieniveau, bedraagt alsdan 2,72%; de koers van de aandelen in het depot waarbij gedaagde kan ingrijpen bedraagt alsdan 11,99. Aangekondigd worden ingrepen in de beleggingsportefeuille zoals verkoop van de gehele aandelenportefeuille. Eiseressen zeggen daarop verhoging van de bankgaranties naar een totaal van Eur 1.500.000,- toe tot medio december 2011 en voeren dat uit.
  - 1.7 Op 1 december 2011 was de dekkingsgraad incl. de bankgaranties 104,7%. Partijen hebben toen een overeenkomst gesloten tot het stellen van een bankgarantie van 1,5 miljoen (3 ton [eiser] en 1.2 miljoen [eiser]) per 15 december 2011 met afloopdatum 15 februari 2012 door eiseressen. Voorts is toen overeengekomen:



- indien de dekkingsgraad van het beleggingsdepot 15 dagen voor de afloop van de bankgarantie niet boven waarschuwniveau staat (104%) gaan partijen in gesprek over het opnieuw verschaffen van extra zekerheid;
- indien twee werkdagen voor het aflopen van de bankgarantie de dekkingsgraad exclusief de bankgarantie op of onder het actieniveau staat heeft gedaagde het recht de bankgarantie in te roepen.
- 1.8 Bij brief van 20 januari 2012 zijn eiseressen door gedaagde geïnformeerd over de gevolgen van de afwaardering door [bedrijf] van de rating van een aantal landen uit de Eurozone waaronder Frankrijk, Spanje en Italië. In de brief staat dat volgens de beleggingsrichtlijnen de [bedrijf] rating leidend is. De afwaardering heeft daarom invloed op de samenstelling van de obligatieportefeuille en kan negatieve gevolgen hebben voor uw dekkingsgraad. Gedaagde zal zich beraden op vorm en timing van de benodigde aanpassingen in de beleggingsportefeuille. Vervolgens staat in die brief: 'De afwaardering van Frankrijk, Italië en Spanje heeft geen directe invloed op uw dekkingsgraad. [bedrijf] is het eerste ratingbureau die deze stap zet; [bedrijf] hebben (nog) geen vergelijkbare afwaardering doorgevoerd. Gedaagde heeft daarom vooralsnog besloten de enkele afwaardering door [bedrijf] niet te laten volgen door een correctie op de toekomstige zekere overrente....'
- 1.9 Bij e-mail van 29 januari 2012 is aan eiseressen bericht dat de samenstelling van de discretionaire obligaties in de portefeuille zal worden gewijzigd. De positie in Franse staatsobligaties zal worden afgebouwd en Italiaanse staatsobligaties zullen worden verkocht, dit alles binnen enkele weken. De opbrengst zal worden herbelegd in Duitse staatsleningen. Voor de marktwaarde van de portefeuille zal een en ander nauwelijks gevolgen hebben. Een daling van de dekkingsgraad is te verwachten.
- 1.10 De bankgarantie van 1,5 miljoen hebben eiseressen verlengd tot 15 april 2012.
- 1.11 In maart 2012 zijn de Franse en Italiaanse staatsobligaties verkocht. Op 28 maart 2012 was de dekkingsgraad van de nieuw samengestelde portefeuille 98,2%.
- 1.12 Bij e-mail van 30 maart 2012 heeft gedaagde aan eiseressen bericht dat de bankgarantie per 15 april 2012 verlengd en verhoogd dient te worden. Na verlenging van de bankgarantie van 1,5 miljoen per 15 april 2012 tot 15 juni 2012 wil zij eiseressen tot 27 april 2012 geven om te beslissen over een voorstel tot overgang naar een nieuw marktwaarde dekkingsgraad model.
- 1.13 Bij e-mail van 5 april 2012 hebben eiseressen aan gedaagde bericht dat zij van mening zijn dat de verkoop van Franse en Italiaanse staatsobligaties moet worden teruggedraaid. Vervolgens heeft hun raadsman bij brief van 11 april 2012 aan gedaagde bericht dat zij de bankgaranties intrekken. Op 12 april 2012 heeft gedaagde een beroep gedaan op de door eiseressen gestelde bankgarantie. De 1,5 miljoen is daarop aan haar uitgekeerd en door haar toegevoegd aan het beleggingsdepot.
- 1.14 In een e-mail van 11 april 2012 is aan eiseressen bericht dat de dekkingsgraad op 4 april 2012 104,3% zou hebben bedragen incl. de bankgaranties en 99,9% excl. de bankgaranties als de Franse en Italiaanse staatsobligaties niet zouden zijn verkocht en vervangen door Duitse staatsobligaties (prod. 2b gedaagde).
- 1.15 Bij e-mail van 1 mei 2012 is aan eiseressen bericht dat de dekkingsgraad 97,1% bedraagt. Tenzij eiseressen per direct extra zekerheden verschaffen wordt de beleggingsportefeuille de volgende dag omgezet naar een portefeuille met uitsluitend staatsobligaties waarvan de duration zoveel mogelijk wordt afgestemd op die van de pensioenverplichtingen. Dit heeft gedaagde uitgevoerd.
- 1.16 Bij brief van 25 mei 2012 is aan eiseressen bericht dat volgens standaardbeleid van gedaagde de minimale rating van de rating agencies leidend is voor het bepalen van de kredietafslag van staatsobligaties en credits. Alleen leningen van Frankrijk worden nog behandeld alsof zij een AAA rating hebben.

## Vordering

### 2. Eiseressen vorderen:

- I. primair: veroordeling van gedaagde tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie aan [eiser] van Eur 300.000,- en aan [eiser] van Eur 1.200.000,-;



subsidiar: veroordeling van gedaagde tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad en/of misbruik van recht aan [eiser] van Eur 300.000,- en aan [eiser] van Eur 1.200.000,-; meer subsidiar: vernietiging van de overeenkomst tot het stellen van bankgaranties van in totaal Eur 1.500.000,- ex de artt.3:44 of 6:228 BW;

meer subsidiar 2: veroordeling van gedaagde tot betaling van schadevergoeding aan elk van de gedaagden op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad nader op te maken bij staat; al voornoemde vorderingen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 april 2012;

meer subsidiar 3: veroordeling van gedaagde tot ongedaanmaking van de verkoop van de Franse staatsobligaties van maart 2012, de verkoop van aandelen van mei 2012 en de verkoop van bedrijfsobligaties van mei 2012, althans in goede justitie te bepalen op grond van de uitvoeringsovereenkomst en de beleggingsrichtlijnen, althans veroordeling tot herstel van de aandelenportefeuille van 15% van de waarde van de GBD en bedrijfsobligaties van 10% van de waarde van de GBD, althans in goede justitie te bepalen op grond van de uitvoeringsovereenkomst en de beleggingsrichtlijnen, in beide gevallen met veroordeling van gedaagde om de eventuele aan- en verkoopverliezen terzake de obligaties en de aandelen voor eigen rekening te laten komen;

II. veroordeling van gedaagde tot betaling van Eur 5.904,- aan incassokosten;

III. veroordeling van gedaagde in de kosten.

Eiseressen stellen ten aanzien van de primaire en subsidiaire vorderingen, zakelijk weergegeven, dat gedaagde bankgaranties van eiseressen heeft geëist om te voorkomen dat zij zou ingrijpen in de samenstelling van de beleggingsportefeuille (het gesepareerde beleggingsdepot). Toch heeft gedaagde Franse staatsobligaties omgeruild voor Duitse of Nederlandse staatsobligaties. Daardoor is de dekkingsgraad nodeloos gedaald waarop gedaagde de bankgaranties heeft ingeroepen om vervolgens alsnog de aandelenportefeuille in het depot te verkopen. Dit handelen kwalificeren eiseressen primair als een toerekenbare tekortkoming van gedaagde. Subsidiar stellen eiseressen dat gedaagde ten aanzien van de bankgaranties de op de WFT (wet financieel toezicht) gebaseerde zorgvuldigheidseisen voor beleggingsinstellingen heeft geschonden hetgeen onrechtmatig is evenals het onrechtmatig uitoefenen van de bankgaranties.

#### Verweer

3. Gedaagde verweert zich tegen de vordering in al haar onderdelen en concludeert dat de vordering van eiseressen op alle grondslagen afgewezen dient te worden.

#### Beoordeling

4. Als pensioenverzekeraar garandeert gedaagde betaling van de door eiseressen met haar werknemers afgesproken pensioenen. Zij ontvangt daartoe premie dan wel koopsommen van eiseressen die zij belegt. Dat beleggingsvermogen is dus eigendom van gedaagde. Gedaagde kan in leningen beleggen die op ieder moment in de toekomst voldoende zullen opleveren om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. Daarmee zet zij het beleggingsdepot dicht. Een dergelijke portefeuille heeft geen winstpotentie. Gedaagde heeft er echter voor gekozen om eiseressen contractueel aanspraak te geven op winstdeling waarbij aan eiseressen onder voorwaarden (bijv. de beleggingsrichtlijnen) zeggenschap is gegeven in de samenstelling van het beleggingsdepot dat niet alleen wordt belegd in vastrentende waarden maar ook in zakelijke waarden. Eiseressen hebben aldus kans op een hoger rendement van de beleggingsportefeuille waardoor zij mogelijk een lagere premie hoeven te betalen of lagere koopsommen hoeven te storten terwijl zij bovendien aan het einde van het contract of bij overstappen naar een andere pensioenuitvoerder belang hebben bij een zo hoog mogelijke dekkingsgraad. Gedaagde trekt met dit winstdelingscontract mogelijk meer klanten, heeft daardoor meer te beleggen en versterkt aldus haar positie. De noodzaak voor gedaagde om er voor te zorgen dat zij aan haar gegarandeerde verplichting tot uitkering van de toegezegde pensioenen kan voldoen brengt een andere benadering van beleggen met zich dan die van eiseressen die belang hebben bij winstpotentie. Dit spanningsveld heeft gedaagde in het leven geroepen door aanbidding van een uitvoeringscontract met



- een gesepareerd beleggingsdepot. Bij de uitleg van het uitvoeringscontract met bijlagen wordt daarmee rekening gehouden.
5. In het uitvoeringscontract met bijlagen is duidelijk opgenomen dat gedaagde zich het recht voorbehoudt in te grijpen in de beleggingsmix. Opvallend in dat verband is dat in het contract niet is opgenomen bij welk dekkingspercentage het actieniveau in werking treedt (zie 1.3). Gedaagde heeft zich het recht voorbehouden om dat naar haar inzicht vast te stellen. Eiseressen hebben van hun kant alleen in een e-mail van 21 september 2011 een keer gevraagd waar is opgenomen in de contracten dat het actieniveau is bepaald op 102% (zie prod. 1.3). Zij zijn daar verder niet op doorgegaan en hebben in alle verdere e-mail correspondentie de 102% (en de berekening ervan) als actieniveau van de dekkingsgraad van hun beleggingsdepot zonder meer aanvaard. Hoewel zowel het getal van 102% dekkingsgraad als de wijze waarop dat getal wordt berekend geen enkel inzicht geven in de realiteit van de door gedaagde gestelde red alert fase die bij het bereiken van dat niveau intreedt heeft gedaagde dat geaccepteerd. Mede in aanmerking genomen dat het percentage van vernoemd actieniveau niet bijzonder afwijkt van dekkingspercentages die de laatste jaren voortdurend in de media worden genoemd in verband met de zorgelijke toestand van diverse pensioenfondsen wordt zowel het percentage van 102% als de berekening ervan door gedaagde in deze procedure als uitgangspunt aanvaard.
  6. De beleggingsmix kan door gedaagde eenzijdig worden aangepast op grond van de overeengekomen beleggingsrichtlijnen. Downgrading van een discretionaire obligatielening leidt ertoe dat binnen zes maanden de positie van die lening in het beleggingsdepot binnen omschreven grenzen wordt teruggebracht. In de richtlijnen staat nergens dat [bedrijf] leidend is voor wat betreft de rating. Dat dit gelezen zou moeten worden op blz. 2 van de beleggingsrichtlijnen waar bij de ratingrestricties slechts melding wordt gemaakt van A-rating en AA-rating, aanduidingen gebruikt door [bedrijf], terwijl [bedrijf] bijv. Aa of A1 als aanduiding gebruikt, is bepaald niet overtuigend en deze uitleg van de richtlijnen door gedaagde wordt daarom niet gevolgd. Gegeven dat er meerdere rating bureaus bestaan was niets eenvoudiger dan gewoon opschrijven dat [bedrijf] (of enig ander rating bureau) leidend is dan wel dat de laagste rating van enig in de richtlijnen genoemd rating bureau bepalend is. Ook deze laatste uitleg van de beleggingsrichtlijnen vindt geen steun in de tekst van die richtlijnen terwijl gedaagde heeft nagelaten toe te lichten op grond waarvan zij meent dat dit beleid in die richtlijnen kan of moet worden gelezen. Afgezien van dit alles is ook wel opmerkelijk dat gedaagde de afwaardering door [bedrijf] van Franse staatsobligaties geen gevolgen laat hebben voor de dekkingsgraad (zie brief 25 mei 2012) maar wel voor de samenstelling van het beleggingsdepot (de verkoop van die obligaties in maart 2012). Dit alles laat onverlet dat gedaagde contractueel gerechtigd was in te grijpen in de beleggingsmix op grond van het actieniveau in april 2012 (99,9% excl. de bankgaranties doch incl. Franse en Italiaanse staatsobligaties, zie 1.14).
  7. De pensioenverzekeraar belegt met het oog op zijn toekomstige (gegarandeerde) verplichtingen. Daarom wordt het belegde vermogen steeds afgezet tegen de verplichtingen (is er voldoende vermogen om aan de verplichtingen te voldoen, de dekkingsgraad). Voor de bepaling van de hoogte van de benodigde reserves zijn ratings van de vastrentende waarden van belang waarin het risico tot uitdrukking komt of die waarden uiteindelijk niet worden terugbetaald. Zoals onder 4. al is overwogen wordt bij dit uitvoeringscontract aan eiseressen enige zeggenschap gegeven in de beleggingsmix met het oog op winst met de reeds beschreven mogelijke positieve gevolgen voor eiseressen. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de wijziging van een rating van een waarde in het beleggingsdepot gevolgen kan hebben voor zowel de dekkingsgraad en voor de beleggingsmix zodat gedaagde vanuit haar perspectief moet (en contractueel kan) ingrijpen. Dat is bijv. het geval bij de afwaardering van een staatsobligatie door de rating bureaus. Geheel begrijpelijk redeneren eiseressen dat zo'n afwaardering toch niet serieus kan betekenen dat bijv. een land als Frankrijk bij afloop ervan zijn obligatieleningen niet zou uitbetalen. Zij geven daarmee uiting aan een gevoel dat buiten de pensioenwereld wel meer voorkomt. Desondanks betekent die afwaardering voor gedaagde een daling van de dekkingsgraad gezien haar methodiek van berekenen daarvan (een lagere rating betekent een groter risico hetgeen een daling van de dekkingsgraad veroorzaakt). Daarop gevolgd ingrijpen door gedaagde is niet



- onredelijk of zonder doel. Een dergelijk contractueel gerechtvaardigd ingrijpen is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar noch heeft gedaagde daardoor de in de dagvaarding onder 3.85 beschreven gedragsnormen geschonden.
8. Eiseressen hebben echter betoogd dat de verkoop van de Franse staatsobligaties in strijd met zorgplichten en onredelijk was. Hiervoor is al overwogen dat gedaagde niet op grond van de beleggingsrichtlijnen gerechtigd was om eenzijdig het aandeel Franse staatsobligaties in de beleggingsmix terug te brengen. Na de verkoop van de Franse staatsobligaties in maart 2012 heeft gedaagde de gevolgen daarvan aan eiseressen bericht (zie 1.12) en voorwaarden gesteld voor het behoud van de beleggingsmix. Eiseressen hebben in hun e-mail van 5 april 2012 kenbaar gemaakt dat gedaagde de verkoop van de Franse staatsobligaties terug dient te draaien. Na de afwijzende reactie van gedaagde hebben zij hun bankgarantie ingetrokken (zie 1.13) en gedaagde aansprakelijk gesteld voor schade. Gedaagde heeft daar geen gehoor aan gegeven en de bankgarantie ingeroepen. Incl. Franse staatsobligaties en bankgaranties was de dekkingsgraad in april 2012 echter boven waarschuwningsniveau. Partijen behoeften in dat geval niet eens in gesprek te gaan over het opnieuw verschaffen van zekerheid (de bankgarantie-overeenkomst van december 2011, zie 1.7). In zoverre was de eis tot verlenging/verhoging van de bankgarantie van 30 maart 2012 van gedaagde voor eiseressen begrijpelijkerwijs onbespreekbaar.
  9. Anders dan eiseressen stellen hebben zij geen voorwaardelijke bankgarantie gesteld. Zij gaan bij dat standpunt geheel voorbij aan de onder 1.7 weergegeven bepalingen uit de overeenkomst waarbij het stellen van een bankgarantie is overeengekomen. Eiseressen hebben kennelijk niet begrepen dat zij een storting in het beleggingsdepot (en daarmee een ingreep in de beleggingsmix) hebben voorkomen door het stellen van een bankgarantie. Afgezien daarvan hebben eiseressen gedacht dat zij een bankgarantie gaven opdat gedaagde de aandelen in de beleggingsportefeuille zou behouden (zie ook 1.4 en 1.5). Hoewel de overeenkomst van december 2011 geen voeding geeft aan die veronderstelling van eiseressen is die, afgezien van vorenbedoelde e-mailwisseling, niet geheel onbegrijpelijk gezien artikel 11 van de beleggingsrichtlijnen waarin voor vaststelling van het actieniveau twee soorten risico's worden genoemd, koers- en renterisico. In de staatjes van gedaagde aan eiseressen wordt ook voor de aandelen en voor de rente aangegeven wanneer het actieniveau is bereikt (zie 1.6 en prod. 1.4). Ten slotte is het stellen van een bankgarantie ter voorkoming van ingrijpen in de beleggingsmix vrij risicovol. Een bankgarantie geeft wel zekerheid maar rendeert niet. Degene die met het stellen van de bankgarantie uitstel koopt zwemt voorts in een fuik bij een neergaande tendens van de markt. Hij is of zijn geld alsnog kwijt (innen van de bankgarantie bij het einde van de looptijd) of hij zal steeds hogere garanties moeten stellen ter voorkoming van de niet gewenste ingreep in de beleggingsmix. Gedaagde lijkt zich hier wel van bewust te zijn gezien de passage in haar pleitnota (onder 23): 'Omdat zij (gedaagde) in het belang van de verzekeringnemer zolang mogelijk het dichtzetten van de portefeuille wil uitstellen; en vaak blijkt de verzekeringnemer niet of moeilijk in staat om daadwerkelijk bij te storten, maar kan hij wel een bankgarantie stellen.'
  10. Ten slotte wordt van belang geacht dat gedaagde na het innen van de bankgarantie de portefeuille heeft dichtgezet en daarmee elk winstpotentieel aan de portefeuille heeft ontnomen. Dat gedaagde daadwerkelijk schade heeft geleden van de aanzienlijk lagere dekkingsgraad van de portefeuille, gevolg van haar ingreep in de beleggingsmix, is niet aangevoerd terwijl eiseressen aan het einde van hun contract met gedaagde in 2014 zeker geconfronteerd zullen worden met de gevolgen van die lagere dekkingsgraad bij waarde-overdracht aan een andere pensioenuitvoerder dan wel bij hun onderhandelingen met gedaagde over een nieuw uitvoeringscontract.
  11. Hoewel gedaagde formeel op 15 april 2012 gerechtigd was om de bankgarantie te innen wordt geoordeeld dat het samenstel van omstandigheden zoals hiervoor onder 8. t/m 10. weergegeven met zich brengt dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.
  12. Eiseressen hebben, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, een schade geleden die in elk geval bestaat uit de onder de bankgarantie door gedaagde geïnde gelden.
  13. Gedaagde heeft een beroep gedaan op de exoneratieclausule uit artikel 11 van de uitvoeringsovereenkomst luidende, voor zover van belang: '[bedrijf] (gedaagde) is niet aansprakelijk voor



enige schade die het gevolg mocht zijn van het uitvoeren van het met de werkgever (eiseressen) overeengekomen beleggingsbeleid, behalve ...' Terecht hebben eiseressen gesteld dat deze clausule niet ziet op de onterechte verkoop van de Franse staatsobligaties en de gevolgen daarvan. Alleen al daarom faalt dit verweer.

14. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de primair gevorderde Eur 1.500.000,- toewijsbaar.
15. Eiseressen hebben, na verweer van gedaagde, onvoldoende toegelicht dat zij kosten hebben gemaakt ter voldoening buiten rechte anders dan door een herhaalde aansprakelijkheidsstelling te versturen. Dat rechtvaardigt niet de gevorderde incassokosten. Deze worden daarom afgewezen.
16. Gedaagde wordt als in het ongelijk gestelde partij in de kosten veroordeeld.

### BESLISSING

De kantonrechter:

- I. veroordeelt gedaagde tot betaling aan [eiser] van Eur 300.000,- en van Eur 1.200.000,- aan [eiser] vermeerderd met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf 12 april 2012;
- II. veroordeelt gedaagde in de kosten van het geding aan de zijde van eiseressen gevallen, tot op heden begroot op:
  - 873,00 griffierecht
  - 76,17 dagvaardingskosten
  - 4800,00 salaris van de gemachtigde
  - 
  - EUR 5.749,17 in totaal,
 voor zover verschuldigd, inclusief BTW;
- III. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- IV. wijst af het meer of anders gevorderde.

### Noot

Naar boven

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen

#### *Casus; gesepareerd beleggingsdepot*

De werkgevers die in deze zaak als eisers optraden hadden ter uitvoering van pensioenovereenkomsten (uitkeringsovereenkomsten als bedoeld in art. 10 aanhef en onder a PW) op de voet van art. 23 PW pensioenverzekeringen gesloten bij een Nederlandse verzekeraar. De uitvoeringsovereenkomst was een verzekeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot. Dat wil zeggen dat de verzekeraar de ontvangen premie en het daarover gerealiseerde rendement boekhoudkundig afzonderd ten behoeve van de verzekeringnemer/werkgever. Voor zover de boekhoudkundig afgezonderde middelen niet nodig zijn ter uitvoering van de pensioenverplichtingen, heeft de werkgever een vordering op de verzekeraar. Werkgevers plegen deze niet benodigde middelen echter bij de verzekeraar aan te houden voor het verzekeren van voorwaardelijke toeslagen. Een pensioenverzekeraar dient verzekerde pensioenen te garanderen. Hij is verplicht om garanti pensioenverzekeringen aan te bieden. Dit volgt uit de onderbrengingsplicht van art. 23 PW (vóór 2007 art. 2 lid 1 PSW). Deze interpretatie van art. 2 lid 1 PSW was ook die van de toezichthouder (zie de Circulaire van (destijds nog) de Verzekeringskamer (thans DNB) van 20 december 2000, nr. 1.10/2000-1250 onder het kopje 'Garantiecontracten') gezien de navolgende passage: "... de uit de aangegeve pensioenverplichtingen voortvloeiende risico's moeten door de werkgever volledig worden verzekerd. Het vorenstaande houdt in dat een verzekeraar te allen tijde de reeds ingekochte pensioenaanspraken moet garanderen.". Ik zie geen reden om aan te nemen dat DNB dit anders ziet sinds de invoering van art. 23 PW per 1 januari 2007, voor verzekeraars in werking getreden met ingang van 1 januari 2009 op grond van art. 18 lid 1 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet. Een verzekeraar dient net als een pensioenfonds de verzekerde pensioenuitkeringen in een Nederlands wettig betaalmiddel vast te stellen conform het bepaalde in art. 11 PW, maar dient deze vastgestelde uitkering bovendien te garanderen ('eens vastgesteld, blijft vastgesteld'). Dit betekent dat verzekeraars, anders dan pensioenfondsen op de voet van art. 134 PW, niet zelfstandig tot het



korten van pensioenaanspraken of pensioenrechten mogen overgaan wanneer de middelen ter dekking van pensioenverplichtingen in het gesepareerd beleggingsdepot niet toereikend zijn. Voor verzekeraars geldt de noodregeling van art. 3:160 Wft. Indien deze wordt uitgesproken, wordt een bewindvoerder of worden bewindvoerders benoemd (art. 3:162d lid 1 Wft). Die hebben vergaande mogelijkheden tot ingrijpen in verzekerde pensioenaanspraken en pensioenrechten. Het voert te ver daarop in het kader van deze annotatie dieper in te gaan. In verband met de uitkeringsgarantie die een verzekeraar moet geven, schrijft art. 3:67 lid 1 Wft voor dat een verzekeraar ter dekking van de verzekeringsverplichtingen "toereikende technische voorzieningen" moet aanhouden die "volledig door waarden" zijn 'gedekt'. De verzekeringnemer/werkgever bij een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot ziet graag een beleggingsbeleid binnen het gesepareerd beleggingsdepot dat zicht biedt op adequate toeslagverlening. Daarnaast ziet hij bij voorkeur een zodanig rendement, dat zelfs nadat het eventueel overeengekomen toeslagenbeleid is uitgevoerd, voor hem financiële middelen in het gesepareerd beleggingsdepot resteren. Dan heeft hij immers daadwerkelijk een vordering op uitbetaling van niet ter dekking van pensioenverplichtingen benodigde middelen, zoals hiervoor uiteengezet. Hij geeft daarom de voorkeur aan beleggingen met een wat hoger risico en daarom met kans op een hoger rendement. De garantie dat de pensioenuitkeringen zullen worden voldaan 'staat' immers. De verzekeraar ziet graag een beleggingsbeleid dat het hem mogelijk maakt zijn garantie na te komen. Hij geeft daarom de voorkeur aan beleggingen met een wat lager risico of zelfs met een gegarandeerd rendement. Deze hebben in het algemeen een lager rendement dan meer risicovolle beleggingen, maar dergelijke beleggingen vergemakkelijken het nakomen van de garantie. In dit spanningsveld van tegenstrijdige belangen kunnen richtlijnen voor het beleggingsbeleid worden overeengekomen. Ik wijs op overweging 4 van het vonnis van de Kantonrechter waar het bestaan van dit spanningsveld wordt gesignaleerd. Die richtlijnen plegen enerzijds in te houden op welke wijze wordt belegd en anderzijds welke de waarde van het gesepareerd beleggingsdepot ten minste dient te hebben (in verband met de garantieplicht). Wanneer de waarde onder het niveau zakt of dreigt te zakken dat minimaal nodig is gezien de garantie c.q. de verplichting van art. 3:67 lid 1 Wft inhoudende dat tegenover pensioenverplichtingen voldoende waarden moeten staan, dient de verzekeraar maatregelen te nemen om te bereiken dat de waarde van de activa in het depot weer overeenstemt met de pensioenverplichtingen. Dat kan door wijziging van de samenstelling van het gesepareerd beleggingsdepot, door extra premiebetaling door de werkgever of een combinatie van deze maatregelen. Ik signaleer de parallel met pensioenfondsen met reservetekort of dekkingstekort die een herstelplan moeten opstellen en uitvoeren. Art. 3:67 lid 1 Wft betekent voor verzekeraars dat geen sprake mag zijn van 'onderdekking', om de vergelijking met de situatie bij pensioenfondsen nogmaals aan te stippen. Dat betekent feitelijk dat bij 'onderdekking' in het gesepareerd depot opgenomen beleggingen moeten worden vervangen door beleggingen met een hogere waarde. Dat betekent in de praktijk dat risicovollere beleggingen moeten plaatsmaken voor veiligere beleggingen. In het algemeen is het gevolg dat de waarde van het gesepareerd beleggingsdepot op korte termijn stijgt, maar dat het toekomstig beleggingsrendement zal afnemen. Het gevolg daarvan is weer dat de toeslagverlening in gevaar komt, laat staan dat de verzekeringnemer/werkgever nog kan rekenen op een saldo in het depot dat niet voor de dekking van pensioenverplichtingen of het toeslagenbeleid nodig zal zijn en dat door hem kan worden opgenomen. Het alternatief is dat de werkgever 'bijbetaalt'. In de berechte situatie was sprake van een op deze wijze ingericht gesepareerd beleggingsdepot (zie overweging 1). 'Bijbetaling' ter compensatie van aanhoudend verlies op de beleggingen in het gesepareerd beleggingsdepot werd overeengekomen in de vorm van het stellen van een bankgarantie. De waarde van de activa in het gesepareerde beleggingsdepot zakte echter ondanks het stellen van een als maar hogere bankgarantie steeds verder weg. Daarom besloot de verzekeraar uiteindelijk tegen de wil van de verzekeringnemer/werkgever tot omzetting van beleggingen zoals hiervoor in het algemeen geschetst in combinatie met het innen van de bankgarantie. Het doel was om nog verder 'wegzakken' van de waarde van het gesepareerd beleggingsdepot te voorkomen. De verzekeraar liep in dit verband het insolventierisico van de verzekeringnemer/werkgever: als deze in staat van surseance of faillissement zou komen te verkeren, zou de bankgarantie niet meer kunnen worden geïnd en zou de verzekeraar een tekort in het gesepareerd beleggingsdepot ten laste van zijn eigen vermogen moeten aanvullen gezien de verplichte uitkeringsgarantie. Dit volgt uit het bepaalde in art. 3:276 BW: de verzekeraar dient met zijn gehele vermogen voor zijn schulden in te staan. In de berechte situatie had de verzekeraar echter tegen de wil van de verzekeringnemer/werkgever en in strijd met een tussen de



verzekeringnemer/werkgever en de verzekeraar overeengekomen beleggingsrichtlijn de samenstelling van de beleggingen in het gesepareerd depot gewijzigd in verband met 'onderdekking', en de toename van die onderdekking die in de visie van de verzekeraar dreigde. Deze handelwijze, die in strijd was met de overeengekomen beleggingsrichtlijnen, was het oordeel van de Kantonrechter "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid" onaanvaardbaar (zie overweging 11 van het vonnis). Kennelijk legde de Kantonrechter naast art. 6:74 lid 1 BW (de algemene schadevergoedingsplicht bij niet nakoming van een verbintenis) ook art. 6:248 lid 2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) aan zijn oordeel ten grondslag. Dit betekent dat de verzekeraar de overeengekomen beleggingsrichtlijn had moeten nakomen, daar nakoming voor hem naar het oordeel van de Kantonrechter niet 'onaanvaardbaar' was geweest. De Kantonrechter ging niet in op de door eisers aangevoerde argumentatie dat de verzekeraar de zorgvuldigheidseisen voor beleggingsinstellingen zou hebben geschonden (zie overweging 2 van het vonnis). Ik beperk mij in deze annotatie tot waarborgingsaspecten en zal het aspect van deze zorgvuldigheidsnormen daarom ook laten rusten. Eisers vorderden onder meer "schadevergoeding wegens wanprestatie" of "schadevergoeding wegens onrechtmatige daad" (zie overweging 2 van het vonnis). De Kantonrechter wees de vordering wegens wanprestatie toe, echter pas nadat hij had vastgesteld dat de wanprestatie ook inderdaad 'onaanvaardbaar' was. Uitsluitend 'wanprestatie' was niet voldoende om tot toewijzing van de gevorderde schadevergoeding te komen. De Kantonrechter kwam kennelijk tot deze extra toets omdat de verzekeraar ten aanzien van het beleggingsbeleid in het gesepareerd beleggingsdepot een bepaalde beleidsvrijheid had. Die zou onder omstandigheden ook kunnen betekenen dat de verzekeraar in strijd met de overeengekomen beleggingsrichtlijnen zou mogen handelen, namelijk in de situatie dat het voor de verzekeraar 'onaanvaardbaar' zou zijn om de beleggingsrichtlijnen te moeten nakomen. Dat was naar het oordeel van de Kantonrechter onder de gegeven omstandigheden echter niet zo.

#### *Gebondenheid aan overeengekomen beleggingsrichtlijnen*

Een verzekeraar is verplicht tot nakoming van een uitvoeringsovereenkomst (vgl. art. 3:296 lid 1 BW). Maar er zijn ook uitzonderingen denkbaar. Indien nakoming van een uitvoeringsovereenkomst onaanvaardbare gevolgen voor de verzekeraar zou hebben, kan de omstandigheid zich voordoen dat het belang van de verzekeringnemer/werkgever bij ongewijzigde nakoming van de uitvoeringsovereenkomst moet wijken voor het belang van de verzekeraar bij afwijking. Deze 'onaanvaardbaarheidstoets' volgt uit art. 6:248 lid 2 BW, de regeling omtrent de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het recht voor de verzekeraar om de samenstelling van het gesepareerd beleggingsdepot, gezien het karakter van de uitvoeringsovereenkomst als garantiépensioenverzekeringsovereenkomst, eenzijdig te wijzigen op de voet van art. 6:248 lid 2 BW werd in de berechte zaak ook uitdrukkelijk verondersteld (zie overweging 7, laatste volzin). Ik begrijp het vonnis van de Kantonrechter zo, dat de beleggingsrichtlijn door hem als de vooraf overeengekomen wijze van toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets werd gezien. Niet nakoming van de beleggingsrichtlijn zou, deze redenering volgend, slechts tot een toerekenbare tekortkoming en daarmee tot een schadevergoedingsplicht leiden (zie art. 6:74 lid 1 BW), indien de niet nakoming onaanvaardbaar zou zijn. Slechts wanneer die vooraf overeengekomen toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets toch tot 'onaanvaardbare' consequenties zou leiden (dat doet zich voor als het voor de verzekeraar 'onaanvaardbaar' zou zijn om de beleggingsrichtlijn te moeten nakomen), zou de verzekeraar van de beleggingsrichtlijn kunnen afwijken. Vaststond dat de beleggingsrichtlijn door de verzekeraar was geschonden. De Kantonrechter oordeelde dat sprake was van een 'onaanvaardbare' schending. Daarom kon de verzekeraar op zijn beurt niet stellen dat het voor hem onaanvaardbaar zou zijn geweest om de beleggingsrichtlijnen na te komen. Wellicht had de verzekeraar meer of betere argumenten moeten aanvoeren waarom het voor hem onaanvaardbaar was om de beleggingsrichtlijn na te komen (gezien de wellicht bij het aangaan van de uitvoeringsovereenkomst ondenkbare omstandigheden dat de Franse staatsobligaties in dermate ernstige mate zouden worden afgewaardeerd als het geval bleek; vgl. overweging 6 van het vonnis van de Kantonrechter). Dan was de verzekeringnemer/werkgever wellicht niet, of de verzekeraar wellicht wel door de onaanvaardbaarheidstoets heengekomen. Dat doet de vraag rijzen welke verweren voor de verzekeraar beschikbaar waren geweest, er van uitgaande dat de onaanvaardbaarheidstoets in zijn nadeel uitviel (welke verweren exact zijn gevoerd blijkt niet duidelijk uit het vonnis, zie overweging 3). Een reconventionele vordering strekkend tot wijziging van de uitvoeringsovereenkomst door de rechter op grond van 'onvoorziene omstandigheden' (art. 6:258 BW) zou waarschijnlijk geen redelijke kans van slagen hebben gehad



omdat in de uitvoeringsovereenkomst juist een uitvoerige regeling voor waardedaling van de beleggingen in het gesepareerd depot was opgenomen. Op grond van art. 7:931 BW kan een verzekeraar geen beroep doen op de vernietigingsgronden bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden of dwaling. Een reconventionele vordering strekkend tot vernietiging van de uitvoeringsovereenkomst op grond van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) zou de verzekeraar overigens ook niet hebben gebaat. 'Bedreiging' en 'bedrog' vallen in deze zonder meer af. Van misbruik van omstandigheden van de zijde van de verzekeringnemer/werkgever in de situatie waarin deze zich verzet tegen verkoop door de verzekeraar van beleggingen in het gesepareerd beleggingsdepot in strijd met de overeengekomen beleggingsrichtlijn lijkt ook geen sprake te kunnen zijn. Dat misbruik zou er dan immers uit moeten bestaan dat de beleggingsrichtlijn onder de bijzondere omstandigheden genoemd in art. 3:44 lid 4 BW ('onervarenheid' is dan de enige die in aanmerking zou kunnen komen) tot stand zou zijn gekomen en daarom geheel of gedeeltelijk zou moeten worden vernietigd. De verzekeraar kan echter op dit punt niet als onervaren partij worden aangemerkt. Ook een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) van de zijde van de verzekeraar zou om vergelijkbare redenen moeten zijn gestrand, alleen al omdat de omstandigheid die tot het in deze zaak berechte conflict heeft geleid (daling van de waarde van beleggingen) ten tijde van het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst in de toekomst was gelegen (vgl. art. 6:228 lid 2 BW). De verzekeringnemer/werkgever kon de uitvoeringsovereenkomst ook niet opzeggen op grond dat de verzekeraar deze ten nadele van hem zou hebben gewijzigd (art. 7:940 lid 4 BW), daar van een wijziging geen sprake was. De verzekeraar wijzigde de overeenkomst immers niet, maar kwam deze niet na. Ik merk nog op dat de aangehaalde wetsartikelen uit het verzekeringsrecht in beginsel voor toepassing in aanmerking zouden kunnen komen, daar de toepasselijkheid op uitvoeringsovereenkomsten als bedoeld in art. 23 PW niet is uitgesloten in art. 5 PW.

#### *Reikwijdte van de uitvoeringsverplichting*

De lezer zou zich de vraag kunnen stellen of de pensioenaanspraken en pensioenrechten van de (gewezen) werknemers/deelnemers aan de pensioenregeling van de werkgever wel voldoende waren gewaarborgd. Art. 23 PW schrijft voor dat de werkgever voor waarborging moet zorgdragen, maar bood de uitvoeringsovereenkomst wel de vereiste waarborging? De Kantonrechter overwoog onder 4, in lijn met art. 23 PW, dat daarvan wel degelijk sprake was. Dit roept de vraag op hoe een en ander zou uitpakken, als de werkgever in surseance van betaling of in staat van faillissement zou komen te verkeren. Dat brengt mij bij Rb. Zutphen 9 januari 2008, *PJ* 2009/1 inzake 'Washington'. In overweging 5.21 van dat vonnis oordeelde de rechtbank dat een uitvoeringsovereenkomst volgens destijds art. 2 lid 1 PSW (momenteel art. 23 PW) weliswaar een garantiépensioenverzekeringsovereenkomst dient te zijn, maar dat dit niet betekent dat tariefsgrondslagverzwaring (het verhogen van de voorziening verzekeringsverplichtingen in verband met de toegenomen levensverwachting) zonder meer ten laste van de verzekeraar moet komen. De bij het aangaan van een uitvoeringsovereenkomst overeengekomen regeling dat de kosten gemoeid met tariefsgrondslagverzwaring geheel of gedeeltelijk ten laste van de werkgever komen, was naar het oordeel van de rechtbank rechtsgeldig. De parallel met de uitspraak die het onderwerp van deze annotatie is, is dat dan ook vooraf mag worden overeengekomen dat beleggingsverliezen geheel of gedeeltelijk op de werkgever worden afgewenteld (zoals feitelijk ook het geval was daar de werkgever moest 'bijbetalen' indien hij het omzetten van beleggingen wilde voorkomen). In de situatie waarin Rechtbank Zutphen oordeelde was de werkgever echter failliet, maar konden de middelen voor tariefsgrondslagverzwaring ten laste van de niet ter dekking van de pensioenverplichtingen benodigde, voor de werkgever vrij opvorderbare, middelen in het gesepareerd beleggingsdepot worden gebracht. Dat deed de verzekeraar ook. De curator verzette zich daartegen, omdat deze middelen naar zijn mening aan de boedel toekwamen (en eventueel mede voor het verzekeren van een bepaalde mate van toeslagverlening hadden kunnen worden aangewend). Gezien het oordeel van de rechtbank mocht de verzekeraar tot tariefsgrondslagverzwaring overgaan, met als gevolg dat slechts een beperkt bedrag voor de boedel en toeslagverlening resteerde. De uitspraak volgend, beschermt art. 2 lid 1 PSW en beschermt thans art. 23 PW uitsluitend de (gewezen) deelnemers aan een pensioenregeling, maar niet de werkgever, met dien verstande dat het insolventierisico van de werkgever voor rekening van de verzekeraar komt. Een pensioenverzekering is een levensverzekering in de zin van art. 7:925 BW, en wel een sommenverzekering (art. 7:964) van het type levensverzekering (art. 7:975 BW). De vraag rijst of een uitvoeringsovereenkomst waarin is overeengekomen dat de kosten gemoeid met tariefsgrondslagverzwaring (zoals in de door Rechtbank Zutphen



beoordeelde situatie) of beleggingsverliezen (zoals in de uitspraak die het onderwerp van deze annotatie is) mogen worden doorberekend aan de verzekeringnemer/werkgever wel een verzekeringsovereenkomst is. Mits de pensioenaanspraken en de pensioenrechten van de (gewezen) deelnemers maar gewaarborgd zijn doordat het insolventierisico van de verzekeringnemer/werkgever bij de verzekeraar ligt, blijkt dat wel degelijk het geval te zijn. Mij komt dat in die zin wezensvreemd voor, dat de (gewezen) deelnemers dan wel, maar de werkgever niet 'verzekerd' is ('eens vastgesteld, blijft vastgesteld' gaat wel op voor de verzekerde pensioenaanspraak of het verzekerde pensioen, maar niet voor de door de werkgever verschuldigde premie). Het wezensvreemde is naar mijn mening niet in strikt juridische argumenten gelegen, als wel in het feit dat een verzekeringnemer/werkgever zich in de praktijk niet altijd zonder meer zal realiseren dat hij na betaling van de voor een pensioenverzekering verschuldigde premie, nog met nadere premielasten kan worden geconfronteerd indien dat niet voor hem (subjectief) kenbaar uit de uitvoeringsovereenkomst bleek en/of hij daar niet uitdrukkelijk op is geweest. Desondanks moet worden aangenomen dat de constructie onder het verzekeringsrecht mogelijk is, omdat bij verzekering nu eenmaal premie mag worden nageheven, mits dat bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst is overeengekomen. Een verzekeringnemer/werkgever die dat niet wenst, dient een anderssoortige verzekeringsovereenkomst te sluiten (vgl. W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2004, p. 22-24, met name de beschrijving van de algemene voorwaarden van Centraal Beheer aan het einde van voetnoot 64). Daar komt nog bij dat bij een pensioenverzekering de verzekeringnemer/werkgever noch de verzekerde is, noch de begunstigde voor de uitkeringen. Desondanks dient naar mijn mening een verzekeraar die een product voert met de mogelijkheid van tariefsgrondslagverzwaring of met de mogelijkheid van het doorbelasten van beleggingsverliezen, die mogelijkheid uitdrukkelijk en duidelijk in de uitvoeringsovereenkomst tot uitdrukking te brengen en de verzekeringnemer/werkgever daarover adequaat te informeren, zodat van een 'informed consent' sprake is gezien het vanuit maatschappelijk oogpunt toch enigszins wezensvreemde karakter van deze *verzekerings*constructie (vgl. in dit verband overweging 8 van het vonnis van de Kantonrechter waar het leerstuk van de 'zorgplichten' wordt aangestipt, maar waar het niet tot een uitwerking komt). Ik zie geen andere mogelijkheid dan deze informatieplicht te enten op de redelijkheid en billijkheid: hoewel juist een werkgever die een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot sluit in het algemeen een professionele partij zal zijn en in de regel ook van advies zal worden voorzien, acht ik het van wezenlijk belang dat hij zich realiseert en daarom actief wordt geïnformeerd dat de uitvoeringsovereenkomst hem kan verplichten tot premiebetalingen over reeds verstreken jaren, omdat het mijn inschatting is dat dit als wezensvreemd zou kunnen worden ervaren. De vereiste 'informed consent' zou dan inhouden dat bepalingen omtrent tariefsgrondslagverzwaring of het doorbelasten van beleggingsverliezen slechts dan rechtsgeldig zijn, indien de verzekeringnemer/werkgever uitdrukkelijk op het bestaan en de mogelijke consequenties van dergelijke bepalingen is geweest en zich daarmee akkoord heeft verklaard. Hier dringt zich de vergelijking op met het kernbeding in verhouding tot algemene voorwaarden (art. 6:231, aanhef en onder a BW), maar het gaat te ver in het kader van deze annotatie om deze vergelijking uit te werken.

#### *Reikwijdte begrip garantiepensioenverzekering*

Hiervoor bleek dat moet worden aangenomen (met enige scepsis van mijn kant) dat van een garantiepensioenverzekering sprake kan zijn wanneer de mogelijkheid van tariefsgrondslagverzwaring of het doorbelasten van beleggingsverliezen wordt overeengekomen, hetzij tijdens de looptijd van een uitvoeringsovereenkomst, hetzij in het kader van het aangaan van een opvolgende uitvoeringsovereenkomst of verlenging van een uitvoeringsovereenkomst die is geëindigd. In geval van collectieve waardeoverdracht naar een andere verzekeraar na opzegging van een uitvoeringsovereenkomst door de verzekeringnemer/werkgever diende de overdragende verzekeraar de lasten te dragen van de tariefsgrondslagverzwaring die noodzakelijk bleek om de overgedragen pensioenaanspraken bij de aannemende verzekeraar te kunnen inkopen. Zie Hof 's-Gravenhage 25 maart 2008, *PJ* 2008/47 inzake 'ECT/Optas'. Dit ondanks het feit dat was overeengekomen dat bij waardeoverdracht uitsluitend de waarde van het gesepareerd depot zou worden overgedragen. Omdat niet vooraf (duidelijk) was overeengekomen dat tariefsgrondslagverzwaring mogelijk zou zijn, diende in het licht van de uitvoeringsverplichting van destijds art. 2 lid 1 PSW een 'voldoende' waarde te worden overgedragen (zie overweging 31 van het arrest). Tegen het arrest van het Hof werd cassatie ingesteld, maar die kon niet slagen omdat de kwestie de door het Hof voldoende gemotiveerde uitleg van contractuele verplichtingen betrof. In het



licht van het bepaalde in art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie was geen sprake was van cassatiemiddelen die tot cassatie konden leiden (zie HR 23 april 2010, *PJ*2010/128). De bepaling dat bij waardeoverdracht na einde uitvoeringsovereenkomst zou worden volstaan met overdracht van de waarde van het gesepareerd beleggingsdepot was onvoldoende om tariefsgrondslagverzwaring te rechtvaardigen. Deze redenering lijkt aan te sluiten bij de hiervoor geformuleerde idee van de 'informed consent' als noodzakelijke voorwaarde voor tariefsgrondslagverzwaring of het doorbelasten van beleggingsverliezen in een gesepareerd beleggingsdepot.

#### *Relevantie*

De relevantie van de door mij geannoteerde uitspraak voor de ontwikkeling van het pensioenrecht is wellicht beperkt, daar het uiteindelijk slechts de uitleg van een in een uitvoeringsovereenkomst opgenomen beleggingsrichtlijn betrof. Het vonnis van de Kantonrechter leert echter dat wanneer een partij bij een overeenkomst richtlijnen overeenkomt in verband met de toepassing van een open norm (in de berechte situatie ten aanzien van de open norm die de verzekeraar de vrijheid gaf om bij 'onderdekking' binnen het gesepareerd beleggingsdepot tot het liquideren van beleggingen over te gaan; vgl. overweging 5 van het vonnis van de Kantonrechter), die partij zijn vrijheid beperkt doordat hij zich aan die richtlijnen moet houden (behalve in de situatie waarin dat 'onaanvaardbaar' zou zijn). Desondanks rechtvaardigde de uitspraak van de Kantonrechter in mijn visie behandeling in een bredere context van waarborging gezien de raakvlakken met het wezenskenmerk van de verzekering en de uitvoeringsverplichting van art. 23 PW.



# ECLI:NL:GHAMS:2016:862

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak</b>	08-03-2016
<b>Datum publicatie</b>	30-05-2016
<b>Zaaknummer</b>	200.161.193/01
<b>Formele relaties</b>	Cassatie: <a href="#">ECLI:NL:HR:2017:2276</a> , Bekrachtiging/bevestiging
<b>Rechtsgebieden</b>	Civiel recht
<b>Bijzondere kenmerken</b>	Hoger beroep
<b>Inhoudsindicatie</b>	Pensioenovereenkomsten voor werknemers. Uitvoeringsovereenkomst tussen werkgeefster en Zwitserleven. Ter handhaving van de overeengekomen dekkingsgraad en bij gebreke van toereikende bankgaranties mocht Zwitserleven de beleggingen verkopen en hoefde zij die verkoop later niet ongedaan te maken.
<b>Vindplaatsen</b>	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2016-0598 AR 2016/1464 PJ 2016/102 met annotatie van W.P.M. Thijssen

## Uitspraak

### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.161.193/01

zaak-/rolnummer rechtbank: 2637067 CV EXPL 13-32636

### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 8 maart 2016

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**IV-GROEP B.V.**,



gevestigd te Papendrecht,  
appellante,  
advocaat: mr. E. Lutjens te Amsterdam,

tegen:

de naamloze vennootschap  
**SRLEV N.V.**,  
gevestigd te Amstelveen,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. M.J. Schenck te Amsterdam.

## **1 Het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna IV-Groep en Zwitserleven genoemd.

IV-Groep is bij dagvaarding van 5 december 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam, sector kanton (hierna: de kantonrechter), van 31 oktober 2014, onder het hierboven genoemde zaak-/rolnummer gewezen tussen IV-Groep als eiseres en Zwitserleven als gedaagde. De appeldagvaarding bevat de grieven en deze zijn op de rol van 16 december 2014 genomen.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- akte rectificatie van IV-Groep met een transponeringstabel en een gecorrigeerde versie van de grieven;
- akte vermeerdering eis, met een productie;
- tweede akte rectificatie;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 16 oktober 2015 doen bepleiten door hun hiervoor genoemde advocaten en Zwitserleven mede door mr. R.H. Maatman, advocaat te Amsterdam. De advocaten hebben gepleit aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

IV-Groep heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en haar in hoger beroep vermeerderde eis zal toewijzen, met veroordeling van Zwitserleven in de proceskosten, met nakosten, rente en uitvoerbaar bij voorraad.



Zwitserleven heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van IV-Groep in de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## 2 Feiten

- 2.1 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1.1 tot en met 1.11 de feiten opgesomd die tussen partijen vaststaan. IV-Groep stelt dat deze feiten 'zeer onvolledig' zijn, maar miskent dat de kantonrechter niet was gehouden meer of andere feiten in het vonnis weer te geven dan hij voor de motivering van zijn beslissingen noodzakelijk achtte. De door de kantonrechter beschreven feiten zijn als zodanig in hoger beroep niet in geschil en worden in de volgende rechtsoverwegingen weergegeven.
- 2.2 Zwitserleven is een pensioenverzekeraar. IV-Groep heeft voor haar werknemers en de werknemers van haar dochtervennootschappen een pensioenregeling. Deze is vastgesteld in een pensioenreglement. Ter uitvoering daarvan heeft IV-Groep uitvoeringsovereenkomsten gesloten met Zwitserleven, die daartoe een gesepareerd beleggingsdepot (hierna: GBD) heeft ingericht.
- 2.3 Het geschil tussen partijen ziet op de uitvoeringsovereenkomst die op 2 juni 2010 door partijen is gesloten en een looptijd heeft tot 31 december 2014 (hierna: de uitvoeringsovereenkomst). In de uitvoeringsovereenkomst is onder andere bepaald bij welke dekkingsgraad (waarschuwingsniveau of actieniveau) Zwitserleven extra zekerheden van IV-Groep kan verlangen of de beleggingsmix eenzijdig kan aanpassen.
- 2.4 Artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst luidt, voor zover van belang:

### "Zwitserleven dekkingsgraad

Zwitserleven toetst periodiek of er – naar haar mening – voldoende middelen in het depot aanwezig zijn om, gegeven het langlevensrisico en de beleggingsrisico's, er zeker van te kunnen zijn dat alle verzekerde uitkeringen uit het depot kunnen worden voldaan. Voor deze periodieke toetsing hanteert Zwitserleven het Zwitserleven dekkingsgraadmodel. Dit model is een door Zwitserleven ontwikkelde methode en is een benadering van de op enig moment aanwezige beleggingen en verplichtingen. (...)

Naast de Zwitserleven dekkingsgraad berekent Zwitserleven voor de verzekeringnemer ook een alternatieve dekkingsgraad. Deze alternatieve dekkingsgraad wordt berekend als zijnde de dekkingsgraad na volledige verkoop van de aanwezige beleggingsportefeuille waarna wordt overgegaan op een volledig duration gematchte beleggingsportefeuille. (...)"

In artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst is bepaald dat de 'Zwitserleven dekkingsgraad' wordt berekend aan de hand van een formule: de totale activa minus de vrije reserve, bestemmingsreserve(s) en overige schulden en vermeerderd met het cumulatieve positieve technisch resultaat per 1 januari, als percentage van de waarde van de voorziening verzekeringsverplichting.

Verder is, voor zover van belang, in artikel 12(2) bepaald:



### *“Waardering activa*

Indien de marktrente hoger is dan de gemiddelde rekenrente, worden de vastrentende beleggingen gewaardeerd op basis van de gemiddelde rekenrente. Bij de waarde van de vastrentende beleggingen wordt de zekere toekomstige overrente meegenomen. Deze wordt berekend als het verschil tussen de marktrente en gemiddelde rekenrente, contant gemaakt over de looptijd van de vastrentende beleggingen. Indien de marktrente lager is dan de gemiddelde rekenrente worden de vastrentende beleggingen gewaardeerd op basis van de marktrente.

### *Waardering verzekeringsverplichtingen*

De verzekeringsverplichtingen worden gewaardeerd op basis van op dat moment als recent beschouwde sterftegrondslagen en de laagste van de gemiddelde rekenrente en de op dat moment geldende marktrente. De marktrente wordt bepaald aan de hand van een aantal staatsobligaties, rekening houdend met de duration van de verzekeringsverplichtingen. (...)

### *Niveaus*

In het Zwitserleven dekkingsgraadmodel wordt een aantal niveaus onderscheiden. Per niveau geldt een ander informatie- of actiebeleid (...).

*Veilig niveau:* Het veilig niveau is het niveau waarbij Zwitserleven veronderstelt dat er voldoende middelen in het depot aanwezig zijn om de beleggings- en renterisico's op te vangen. (...)

*Veilig niveau met betrekking tot het koersrisico:* 104% +20% x het percentage zakelijke waarden.

*Veilig niveau met betrekking tot het renterisico:* de actierente vermeerderd met 1% (...)

*Waarschuwningsniveau:* Het waarschuwningsniveau is het niveau waarbij naar inzicht van Zwitserleven nog voldoende middelen in het depot aanwezig zijn om de aanwezige beleggings- en renterisico's op te vangen, maar waaronder het noodzakelijk wordt geacht om in overleg met de verzekeringnemer maatregelen voor te bereiden voor het geval dat de dekkingsgraad verder daalt.

*Waarschuwningsniveau met betrekking tot het koersrisico:* 102% + 15% x het percentage niet zakelijke waarden.

*Waarschuwningsniveau met betrekking tot het renterisico:* de actierente vermeerderd met 0,5% (...).

Indien de Zwitserleven dekkingsgraad onder een van deze waarschuwningsniveaus zakt en daarnaast de alternatieve dekkingsgraad zich onder het veilig niveau bevindt, verstrekt de verzekeringnemer een bankgarantie zodanig dat daarmee de alternatieve dekkingsgraad tenminste op het veilige niveau van de Zwitserleven dekkingsgraad komt.

*Actieniveau:* Het actieniveau is het niveau waarbij naar inzicht van Zwitserleven minimale benodigde middelen in het depot aanwezig zijn om de aanwezige beleggings- en renterisico's op te vangen maar waaronder Zwitserleven zich het recht voorbehoudt om eenzijdig de beleggingsmix aan te passen.

*Actieniveau met betrekking tot het koersrisico:* een dekkingsgraad niveau van 102%.

*Actieniveau met betrekking tot het renterisico:* het renteniveau waarbij beleggingen en de verplichtingen op basis van de gemiddelde rekenrente (of de marktrente, indien deze lager is) aan elkaar gelijk zijn, vermeerderd met 0,25% (...).

Indien de Zwitserleven dekkingsgraad, zonder rekening te houden met de eerder afgegeven bankgarantie, onder een van deze actieniveaus zakt en de alternatieve dekkingsgraad zich onder het waarschuwningsniveaubevindt, dan stort de verzekeringnemer bij zodanig dat tenminste het actieniveau van de Zwitserleven dekkingsgraad bereikt wordt. Daarnaast is datgene zoals vermeld onder waarschuwningsniveau van toepassing.”

2.5 Namens Zwitserleven is op vrijdag 12 april 2013 een e-mail gestuurd aan IV-Groep met onder andere het verzoek



een bankgarantie te stellen:

"Update dekkingsgraad Bijgaand een update van de financiële positie van jullie beleggingsdepot zoals gebruikelijk in de vorm van een standaard ZL-dekkingsgraad en daarnaast de alternatieve ('roze bril') dekkingsgraad. De afgelopen weken heeft met name de rente opnieuw een neergaande trend laten zien, waardoor ook de alternatieve dekkingsgraad met 96,5% zich nu duidelijk onder het actieniveau van 102% bevindt. Overeenkomstig de afspraken is het nu gewenst de lopende garantie van € 2 miljoen bij voorkeur met € 4,1 miljoen doch minimaal met € 3,5 miljoen te verhogen. Daarmee komt de alternatieve dekkingsgraad uit op 103% respectievelijk 102% (actieniveau).

Update voorstel aanpassing afspraken rondom levensverwachting Tegelijkertijd zijn [naam] en ik n.a.v. onze bespreking op 21 februari bezig met de nadere uitwerking van een mogelijke oplossing voor de toegenomen levensverwachting in de door Iv gewenste richting. We verwachten hierover binnen ca. 3 weken een concreet uitgewerkt voorstel te hebben en dat met jullie te kunnen bespreken.

Verhoging bankgarantie (tijdelijk) In de tussentijd is nu een verhoging van de bankgarantie noodzakelijk, waarbij de voorstellen om die een zelfde looptijd te geven als de lopende, ergo tot 1 juni 2013. In de eerste helft van mei kunnen we dan inhoudelijk ons voorstel bespreken en komen tot een definitieve afspraak. Mocht de situatie zich voor die tijd nadrukkelijk verbeteren, dan is een eerdere verlaging c.q. beëindiging van de bankgarantie wellicht mogelijk. We zullen dit actief bewaken en signaleren.

Graag verneem ik juli besluit tot verhoging van de bankgarantie uiterlijk dinsdagmiddag, zodat we geen aanpassingen hoeven te doen in de beleggingsportefeuille (...)."

Deze e-mail ging vergezeld van een bijlage, waarop onder meer staat vermeld:

"Zwitserleven dekkingsgraad 89,40%, Scenario 'Roze bril' 96,54%".

2.6 Naar aanleiding van de hiervoor aangehaalde e-mail van 12 april 2013 van Zwitserleven is namens IV-Groep op dinsdag 16 april 2013 om 17.05 uur als volgt aan Zwitserleven geantwoord:

"Ik heb het verzoek om de lopende bankgarantie van € 2 miljoen met minimaal € 3,5 miljoen te verhogen met [naam] besproken, en zijn tot de navolgende conclusie gekomen:

- Tijdens ons constructieve overleg d.d. 21 februari 2013, kwamen wij overeen dat Zwitserleven een berekening zou maken met o.a. de navolgende uitgangspunten. De ingangsdatum van het pensioen gaat gelijke tred houden met de verhoging van de AOW leeftijd en als overlevingstabel zouden wij de tabel van het Actuarieel genootschap AG 2012-2062 man 65 toepassen voor de pensioenberekening.
- Tijdens dit overleg bleek uit een globale berekening dat de dekkingsgraad (uitgegaan van bovenstaande wijzigingen) een niveau van boven veilig gaat bereiken!
- Gezien het feit dat deze kwestie nu reeds sedert Mei 2012 loopt zien wij geen reden de thans nog lopende bankgarantie te verhogen, temeer daar wij de huidige garantie uit goede wil tot Juni 2013 hebben verlengd ervan uitgaande dat er dan een concreet uitgewerkt voorstel op tafel zou liggen.

Ik ga er van uit de situatie hiermee duidelijk te hebben weergegeven, en dat er derhalve geen aanpassingen in de beleggingsportefeuille plaatsvinden."

2.7 In reactie op de hiervoor genoemde e-mail van 16 april 2013 van 17.05 uur van IV-Groep is dezelfde dag om 18.27 uur van de zijde van Zwitserleven per e-mail aan IV-Groep onder andere het volgende geschreven:



“Zoals vanmiddag al telefonisch toegelicht ware het beter geweest als we nu al een gezamenlijke afspraak zouden hebben overeenkomstig de uitgangspunten die we op 21 febr samen hebben besproken. Overigens hierbij de kanttekening dat we de AG-tafel niet zouden gebruiken voor de pensioenberekening, maar op enigerlei wijze tot uiting zouden laten komen in de monitoring van de dekkingsgraad. Daarbij herken ik ook niet dat uit een globale berekening toen zou blijken dat dekkingsgraad een niveau van boven veilig zou bereiken.

Ik heb je vanmiddag toegelicht dat we druk bezig zijn met het uitwerken van een concreet voorstel zoals afgesproken op 21 februari, maar nog niet zo ver zijn, dat we dit al in detail met cijfermatige onderbouwing kunnen presenteren. Daar hebben we nog een aantal weken voor nodig. In de tussentijd is met name door de daling van de marktrente de financiële positie van het SA fors slechter geworden dan op 21 februari het geval was. Om de periode tot ons uitgewerkte voorstel er is (en door ons beiden geakkordeerd) te overbruggen, kan Zwitserleven niet anders dan rekening houden met de bestaande afspraken overeenkomstig de Uitvoeringsovereenkomst met IV-groep. Derhalve is het noodzakelijk dat de dekkingsgraad volgens de alternatieve methodiek ten minste boven actieniveau komt en dat vereist op basis van de cijfers zoals ik vrijdag heb gepresenteerd een minimale verhoging van de bankgarantie met € 3,5 miljoen en bij voorkeur van € 4,1 miljoen. Zonder deze tijdelijke extra garantiestelling tot 1 juni, gelijk aan de lopende bankgarantie van € 2 miljoen, is Zwitserleven gehouden aan het dekkingsgraadbeleid en dat betekent ingrijpen in de beleggingsportefeuille.

Ik wil je nogmaals in overweging geven dat met een tijdelijke extra garantie we de gelegenheid hebben om samen te komen tot een structurele oplossing voor de toekomst. Mocht ik voor morgenochtend 10 uur geen toezegging hebben van Iv-groep voor genoemde minimale extra tijdelijke garantie, zal Zwitserleven genoodzaakt zijn om morgen alle risico's uit de portefeuille te nemen. Dat betekent concreet verkoop van de aandelenportefeuille en de credits en voorts de aankoop van participaties in de Long Duration fondsen van Zwitserleven, zodanig dat de beleggingsportefeuille qua duratie matcht met de duratie van de verplichtingen.

Gegeven de huidige situatie is dit wat ik je kan aanbieden. Graag verneem ik of Iv-Groep alsnog over wil gaan tot de gevraagde extra tijdelijke garantiestelling. Mocht je nog een verdere toelichting willen, dan hoor ik het graag. (...)

- 2.8 Op 17 april 2013 heeft een telefoongesprek plaatsgevonden tussen Zwitserleven en IV-Groep, waarin IV-Groep te kennen heeft gegeven geen bankgarantie van € 3,5 miljoen te zullen verstrekken.
- 2.9 Zwitserleven heeft op 18 april 2013 de in het GBD aanwezige aandelen verkocht en van de opbrengst participaties in de Long Duration Fondsen van Zwitserleven gekocht.
- 2.10 Bij e-mail van 4 juli 2013 heeft IV-Groep Zwitserleven verzocht de verkoop van de aandelen en de aankoop van de participaties ongedaan te maken tegenover het verstrekken van een bankgarantie van € 10 miljoen.

### **3 Beoordeling**

- 3.1 IV-Groep stelt dat Zwitserleven op grond van de uitvoeringsovereenkomst niet tot verkoop van de beleggingen uit het GBD mocht overgaan, omdat er geen dekkingstekort was. IV-Groep meent verder dat Zwitserleven onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, misbruik van recht heeft gemaakt en heeft gehandeld in strijd met de contractuele redelijkheid. De kantonrechter heeft het standpunt van IV-Groep verworpen. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt IV-Groep op in hoger beroep.
- 3.2 Uitgangspunt voor de beoordeling is de uitvoeringsovereenkomst tussen partijen. Op zichzelf wordt door IV-Groep niet bestreden dat Zwitserleven aan de uitvoeringsovereenkomst de bevoegdheid ontleent om de beleggingsmix aan te passen en in dat verband tot verkoop van de beleggingen kan overgaan als de dekkingsgraad onder een in



de uitvoeringsovereenkomst genoemd niveau zakt (memorie van grieven onder 4.6 - 4.7). De vraag is of op 18 april 2013 de omstandigheden zodanig waren dat Zwitserleven haar contractuele bevoegdheid mocht uitoefenen en, zo ja, of de wijze waarop zij dat heeft gedaan de toets van de kritiek kan doorstaan. Voor de beantwoording van deze vragen dient allereerst te worden vastgesteld wat de bevoegdheden van Zwitserleven waren, wat door uitleg van artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst dient te worden vastgesteld. De vraag wat partijen zijn overeengekomen, kan niet alleen worden beantwoord op grond van de taalkundige uitleg van die bepaling. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, al is in praktisch opzicht de taalkundige betekenis die de bewoordingen van de overeenkomst, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijke verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van de overeenkomst wel van groot belang.

- 3.3 Het hof is van oordeel dat Zwitserleven zich in artikel 12(2) een zekere beoordelingsvrijheid heeft voorbehouden, dat IV-Groep dat heeft moeten begrijpen en dat het ook niet voldoende concreet door IV-Groep wordt bestreden. Artikel 12(2) vermeldt dat Zwitserleven periodiek toetst of "naar haar mening" voldoende middelen in het depot aanwezig zijn. Verder wordt zowel ten aanzien van het waarschuwningsniveau als het actieniveau in artikel 12(2) vermeld dat dit wordt berekend "naar inzicht van Zwitserleven". Daarbij wordt de dekkingsgraad berekend aan de hand van een door Zwitserleven ontwikkeld model dat een "benadering" is van de op enig moment aanwezige beleggingen en verplichtingen. De stelling van IV-Groep dat artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst een formule geeft die – ook voor het actieniveau en de daarbij voor het koersrisico genoemde 102% – geen beoordelingsruimte biedt, is onjuist. De formule bevat een aantal variabelen die concretisering behoeven, waarbij afwegingen en keuzes moeten worden gemaakt die partijen aan Zwitserleven hebben overgelaten. Zo is de waarde van de activa mede afhankelijk van de door Zwitserleven te hanteren 'gemiddelde rekenrente' of 'marktrente', van het antwoord op de vraag of en in hoeverre zij een 'zekere toekomstige overrente' meeneemt en van de wijze waarop zij een waarde contant maakt over de looptijd van de vastrentende beleggingen. De te hanteren 'marktrente' is daarbij geen vast gegeven, maar wordt bepaald aan de hand van 'een aantal staatsobligaties, rekening houdend met de duration van de verzekeringsverplichtingen'. Zwitserleven heeft wat dit betreft het gelijk aan haar zijde. De gehanteerde begrippen leiden ertoe dat geen vaststaande gegevens worden gebruikt in de formule, maar dat Zwitserleven keuzes en afwegingen kan maken, waarin de uitvoeringsovereenkomst Zwitserleven een zekere beoordelingsvrijheid geeft.
- 3.4 De hiervoor genoemde beoordelingsvrijheid van Zwitserleven is niet onbeperkt. Zwitserleven gaat overigens ook zelf daarvan uit. Zwitserleven is bij het nemen van de beslissing om de in het GBD aanwezige aandelen te verkopen en van de opbrengst participaties te kopen buiten de grenzen van haar beoordelingsvrijheid getreden, indien die beslissing, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zowel artikel 6:248 lid BW als artikel 7:904 lid 1 BW, waarop Zwitserleven zich beroept, hanteren die maatstaf. Het rechtsgevolg dat daaraan wordt verbonden is echter verschillend. Nu het hof van oordeel is dat die beslissing in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was, kan in het midden blijven welk artikel van toepassing is. Het hof neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking.
- 3.5 Bij het berekenen van de dekkingsgraad heeft Zwitserleven gebruik gemaakt van sterftafel ZL2011, omdat de daarin opgenomen gegevens de "op dat moment als recent beschouwde sterftegrondslagen" zijn als genoemd in artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst. Het belangrijkste bezwaar van IV-Groep hiertegen is – naar het hof begrijpt – dat Zwitserleven op grond van artikel 8 van de uitvoeringsovereenkomst bij de omrekening van verplichtingen naar 'modernere technische grondslagen' uitsluitend de bevoegdheid zou hebben een voorziening sterfteontwikkeling te maken; zij zou niet de bevoegdheid hebben de technische grondslagen aan te passen, althans zou de redelijkheid van die aanpassing beoordeeld moeten worden. Het hof verwerpt dit bezwaar. Artikel 8



heeft blijkens zijn bewoordingen betrekking op het opbouwen van een voorziening die tegen het einde van de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst een bepaald niveau dient te hebben (1,25% van de voorziening verzekeringsverplichtingen). Deze voorziening is bedoeld om een mogelijke omrekening van de verplichtingen naar 'modernere technische grondslagen' te financieren. In artikel 5 van de uitvoeringsovereenkomst is vastgelegd op basis van welke technische grondslagen die voorziening wordt vastgesteld. Dat bij het vaststellen van deze specifieke (boekhoudkundige) voorziening wordt uitgegaan van bepaalde sterftegrondslagen, sluit in het geheel niet uit dat bij het berekenen van de dekkingsgraad in de zin van artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst – die is bedoeld om periodiek te toetsen of de verzekerde uitkeringen uit het GBD kunnen worden voldaan – andere, namelijk recentere sterftegrondslagen worden gehanteerd. Niet valt in te zien – en IV-Groep heeft onvoldoende toegelicht – waarom artikel 8 van de uitvoeringsovereenkomst, gelezen in de context van de overeenkomst als geheel, de strekking heeft een beperking aan te brengen in de wijze waarop de dekkingsgraad, zoals bepaald in artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst, door Zwitserleven dient te worden berekend. De door IV-Groep verdedigde beperking, die van de waardering van de verzekeringsverplichtingen op basis van de "op dat moment als recent beschouwde sterftegrondslagen" een dode letter zou maken, valt niet in de uitvoeringsovereenkomst te lezen en is ook overigens onaannemelijk.

- 3.6 De aanduiding "recente sterftegrondslagen" biedt Zwitserleven op zichzelf een zekere beoordelingsruimte. Waar sterftetafel ZL2011 recenter is dan sterftetafel ZL2007, valt niet direct in te zien dat het onaanvaardbaar is dat Zwitserleven sterftetafel ZL2011 heeft gebruikt. Het standpunt van IV-Groep dat sterftetafel ZL2007 als "erkende en bekende en altijd gehanteerde tabel tijdens de looptijd van het contract voortgezet had moeten worden", wordt dan ook verworpen. Het hof verwerpt ook de stelling dat het gebruik van sterftetafel ZL2011 niettemin "onredelijk" is omdat het een zogenaamde ééndimensionale sterftetafel is waarin voor alle leeftijden van de werknemers wordt uitgegaan van dezelfde levensduurverwachting. IV-Groep is niet ingegaan op het verweer van Zwitserleven dat sterftetafel ZL2007 – die volgens IV-Groep gebruikt had moeten worden – ook een ééndimensionale sterftetafel is. Ook de stelling van IV-Groep dat het gebruik van sterftetafel ZL2011 onredelijk is omdat deze afwijkt van de tabellen van het Actuarieel genootschap faalt. IV-Groep heeft niet toereikend toegelicht waarom voor de uitleg van de uitvoeringsovereenkomst relevant is welke tabellen door andere pensioenverzekeraars worden gebruikt, noch gesteld dat en waarom sterftetafel ZL2007 niet of minder dan sterftetafel ZL2011 afwijkt van de tabellen van het Actuarieel genootschap.
- 3.7 Als onweersproken staat vast dat IV-Groep gedurende de looptijd van de uitvoeringsovereenkomst op verzoek van Zwitserleven éénmaal een bijstorting heeft gedaan en zes maal een bankgarantie heeft verstrekt. Niet is gebleken dat IV-Groep in die gevallen de wijze waarop Zwitserleven de dekkingsgraad had berekend ter discussie heeft gesteld of daarover vragen heeft gesteld. IV-Groep heeft niet gemotiveerd betwist dat Zwitserleven het dekkingsgraadoverzicht dat ten grondslag lag aan het verzoek van 12 april 2013 tot verhoging van de lopende bankgarantie heeft opgesteld op de wijze die zij vanaf de aanvang van de uitvoeringsovereenkomst heeft gevolgd. Daarvan gaat het hof dan ook uit. In de formule aan de hand waarvan de dekkingsgraad wordt berekend, komt belangrijke betekenis toe aan de waarde van de beleggingen (de activa) en de hoogte van de toekomstige verzekeringsverplichtingen (de passiva). In artikel 12(2) is bepaald hoe de activa en passiva moeten worden gewaardeerd. Zwitserleven heeft in haar processtukken en tijdens het pleidooi afdoende en voldoende inzichtelijk toegelicht welke correcties zij heeft toegepast bij haar waardering van de activa en passiva. Zo heeft zij onder andere op basis van de (lage) rentestand een afslag toegepast op de waarde van de beleggingen, waardoor zij bij de berekening van de dekkingsgraad is uitgegaan van een lagere waarde dan door IV-Groep wordt bepleit. Verder heeft Zwitserleven bij het bepalen van de dekkingsgraad rekening gehouden met de zogenoemde duration gap (het verschil tussen de gemiddeld gewogen looptijd van de activa en die van de passiva), die uitzonderlijk hoog (20,8) was. Er was een mismatch tussen de waardeontwikkeling van de beleggingen (met een duration van 2,7) en die van de verzekeringsverplichtingen (met een duration van 23,5), en het verdisconteren van die mismatch heeft zich vertaald in een lagere dekkingsgraad. Het hof is van oordeel dat Zwitserleven aldus geen onaanvaardbaar gebruik



heeft gemaakt van de beoordelingsvrijheid die zij aan artikel 12(2) van de uitvoeringsovereenkomst ontleent en de keuzes en afwegingen die zij op grond van dit artikel moest maken. Niet dan wel onvoldoende is gebleken dat Zwitserleven bij de berekening van de dekkingsgraad van onjuiste gegevens of een onjuiste waardering van de beleggingsrisico's is uitgegaan of dat Zwitserleven de berekening van de dekkingsgraad c.q. het actieniveau aan de hand van de door haar vastgestelde parameters onjuist heeft uitgevoerd.

- 3.8 Onbestreden is dat als de dekkingsgraad uitkomt onder het actieniveau Zwitserleven bevoegd is over te gaan tot verkoop van de beleggingen. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat Zwitserleven ondubbelzinnig en voldoende met argumenten onderbouwd aan IV-Groep heeft meegedeeld dat zij daartoe zou overgaan als geen bankgarantie werd afgeven. IV-Groep wist dus wat de gevolgen van haar weigering zouden zijn, maar heeft aan het verzoek van Zwitserleven geen gehoor willen geven. De stelling van IV-Groep dat – naar het hof begrijpt – er een wanverhouding bestaat tussen de kwaliteit van de door Zwitserleven verkochte en nieuw aangekochte beleggingen wordt gepasseerd, omdat deze onvoldoende concreet aan de hand van de aard en omvang van de beleggingen is onderbouwd. Ook de stelling dat er 'aanzienlijke reserves waren', faalt, nu IV-Groep niet toelicht om welke reserves het gaat, en ook niet of, waarom en in hoeverre die toereikend waren en waarom zij meebrengen dat het onaanvaardbaar is geweest dat Zwitserleven haar bevoegdheid heeft uitgeoefend om de beleggingen te verkopen.
- 3.9 Naar aanleiding van het verzoek van Zwitserleven van 12 april 2013 om de lopende bankgarantie te verhogen, heeft IV-Groep bij e-mail van 16 april 2013 als bezwaar aangevoerd dat zij wachtte op een voorstel van Zwitserleven tot wijziging van de pensioenregeling, met name op het punt van de ingangsdatum van het pensioen. Uitgaande van een latere ingangsdatum en de door IV-Groep genoemde sterftetafel zou volgens IV-Groep (uitgaande van een globale berekening) geen onderdekking bestaan en was er geen reden voor een verhoging van de bankgarantie of het doorvoeren van wijzigingen in de beleggingen. Voor zover IV-Groep hierdoor heeft bedoeld een opschortingsrecht uit te oefenen, is onvoldoende gemotiveerd dat Zwitserleven op 12 april 2013 een opeisbare verbintenis – het doen van een voorstel voor de mogelijke wijziging van de pensioenregeling – niet nakwam. Daarbij komt dat Zwitserleven onweersproken heeft aangevoerd dat volgens haar een wijziging van de pensioenaanspraken van de werknemers zonder actuariële herberekening niet mogelijk was, althans niet zonder toestemming van DNB, en dat artikel 30(6) van de uitvoeringsovereenkomst bepaalt dat wijzigingen in de pensioenregeling slechts onderdeel worden van de uitvoeringsovereenkomst als hierover tussen Zwitserleven en IV-Groep schriftelijk overeenstemming is bereikt. Voor zover IV-Groep heeft bedoeld te stellen dat zij op 12 april 2013 een opeisbare vordering op Zwitserleven had die rechtvaardigde dat zij weigerde om aan het verzoek van Zwitserleven gevolg te geven, wordt die stelling dan ook verworpen. Dit betekent dat Zwitserleven op 12 april 2013 onverkort nakoming kon verlangen van de uitvoeringsovereenkomst.
- 3.10 Verder heeft IV-Groep aangevoerd dat zij in het verleden altijd op verzoek van Zwitserleven bankgaranties heeft gesteld. Zwitserleven liep op haar geen debiteurenrisico. Deze stelling mist relevantie en loopt reeds stuk op de omstandigheid dat IV-Groep niet bevoegd was haar verplichtingen op grond van de uitvoeringsovereenkomst op te schorten, terwijl Zwitserleven bij gebreke van de ontvangst van een bankgarantie bevoegd was over te gaan tot verkoop van de beleggingen. Dat IV-Groep hierdoor niet meer kon profiteren van een eventuele rentestijging betekent niet dat de ingreep van Zwitserleven in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Dat verregaande rechtsgevolg kan op grond van alle andere door IV-Groep gestelde feiten en omstandigheden evenmin worden aangenomen, ook niet als deze in onderlinge samenhang worden gezien.

3.11



IV-Groep heeft op 4 juli 2013 aan Zwitserleven voorgesteld de verkoop van de aandelen en de aankoop van de participaties ongedaan te maken tegenover het verstrekken van een bankgarantie van € 10 miljoen. Bij e-mail van 8 juli 2013 heeft IV-Groep dat bedrag verlaagd naar € 5 miljoen. Zwitserleven heeft dit voorstel afgewezen omdat volgens haar met dit voorstel niet werd voldaan aan de voorwaarden van de uitvoeringsovereenkomst. Dat is volgens de kantonrechter door IV-Groep niet gemotiveerd bestreden.

- 3.12 De klacht tegen dit oordeel is vergeefs voorgesteld. De feiten en omstandigheden die IV-Groep heeft gesteld kunnen niet tot de conclusie leiden dat Zwitserleven was gehouden het voorstel van IV-Groep te aanvaarden, reeds niet omdat als onvoldoende betwist vast staat dat een aanvullende bankgarantie van € 5 miljoen niet voldoende was om 'de risico's weer open te zetten'. Evenmin kunnen die leiden tot de conclusie dat de weigering het voorstel te accepteren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor zover IV-Groep meent dat Zwitserleven haar voorstel had moeten aanvaarden omdat op Zwitserleven een schadebeperkingsplicht rust (memorie van grieven, onder 5.99), kan zij daarin niet worden gevolgd. Een schadebeperkingsplicht zou onder omstandigheden kunnen rusten op IV-Groep, nu zij zich in dit geding als benadeelde partij presenteert, maar rust niet op Zwitserleven als de in deze zaak aansprakelijk gestelde partij.
- 3.13 Hetgeen IV-Groep ter gelegenheid van het pleidooi heeft aangevoerd op het punt van de premieberekening (artikel 5 van de uitvoeringsovereenkomst), het cumulatieve technisch resultaat per 1 januari, de te hanteren rentecurve en het ontbreken van een Wft-adviseur is te laat, want na de memorie van grieven aangevoerd. Zwitserleven heeft zich uitdrukkelijk verzet tegen de verruiming van het debat met deze onderwerpen. Anders dan IV-Groep stelt, betreft het geen uitwerking van reeds eerder aangevoerde argumenten. Het hof zal deze genoemde punten daarom buiten beschouwing laten.
- 3.14 Geen van de grieven kan leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. Aan de in hoger beroep vermeerderde vordering ligt de stelling ten grondslag dat Zwitserleven jegens IV-Groep onrechtmatig heeft gehandeld. Nu dat niet kan worden aangenomen, is deze vordering niet toewijsbaar.
- 3.15 IV-Groep heeft bewijs aangeboden, maar de aangeboden bewijslevering kan niet tot andere beslissingen in deze zaak leiden. Het bewijsaanbod wordt daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.
- 3.16 Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. IV-Groep zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

wijst af de in hoger beroep vermeerderde eis;

veroordeelt IV-Groep in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Zwitserleven begroot



op € 5.114,00 aan verschotten en € 13.740,00 voor salaris.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.P. van Achterberg, J.W. Hoekzema en A.C. van Schaick en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2016



IV-Groep schriftelijk overeenstemming is bereikt. Voor zover IV-Groep heeft bedoeld te stellen dat zij op 12 april 2013 een opeisbare vordering op Zwitserleven had die rechtvaardigde dat zij weigerde om aan het verzoek van Zwitserleven gevolg te geven, wordt die stelling dan ook verworpen. Dit betekent dat Zwitserleven op 12 april 2013 onverkort nakoming kon verlangen van de uitvoeringsovereenkomst.

3.10 Verder heeft IV-Groep aangevoerd dat zij in het verleden altijd op verzoek van Zwitserleven bankgaranties heeft gesteld. Zwitserleven liep op haar geen debiteurenrisico. Deze stelling mist relevantie en loopt reeds stuk op de omstandigheid dat IV-Groep niet bevoegd was haar verplichtingen op grond van de uitvoeringsovereenkomst op te schorten, terwijl Zwitserleven bij gebreke van de ontvangst van een bankgarantie bevoegd was over te gaan tot verkoop van de beleggingen. Dat IV-Groep hierdoor niet meer kon profiteren van een eventuele rentestijging betekent niet dat de ingreep van Zwitserleven in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Dat verregaande rechtsgevolg kan op grond van alle andere door IV-Groep gestelde feiten en omstandigheden evenmin worden aangenomen, ook niet als deze in onderlinge samenhang worden gezien.

3.11 IV-Groep heeft op 4 juli 2013 aan Zwitserleven voorgesteld de verkoop van de aandelen en de aankoop van de participaties ongedaan te maken tegenover het verstrekken van een bankgarantie van € 10 miljoen. Bij e-mail van 8 juli 2013 heeft IV-Groep dat bedrag verlaagd naar € 5 miljoen. Zwitserleven heeft dit voorstel afgewezen omdat volgens haar met dit voorstel niet werd voldaan aan de voorwaarden van de uitvoeringsovereenkomst. Dat is volgens de kantonrechter door IV-Groep niet gemotiveerd bestreden.

3.12 De klacht tegen dit oordeel is vergeefs voorgesteld. De feiten en omstandigheden die IV-Groep heeft gesteld kunnen niet tot de conclusie leiden dat Zwitserleven was gehouden het voorstel van IV-Groep te aanvaarden, reeds niet omdat als onvoldoende betwist vast staat dat een aanvullende bankgarantie van € 5 miljoen niet voldoende was om 'de risico's weer open te zetten'. Evenmin kunnen die leiden tot de conclusie dat de weigering het voorstel te accepteren naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor zover IV-Groep meent dat Zwitserleven haar voorstel had moeten aanvaarden omdat op Zwitserleven een schadebeperkingsplicht rust (memorie van grieven, onder 5.99), kan zij daarin niet worden gevolgd. Een schadebeperkingsplicht zou onder omstandigheden kunnen rusten op IV-Groep, nu zij zich in dit geding als benadeelde partij presenteert, maar rust niet op Zwitserleven als de in deze zaak aansprakelijk gestelde partij.

3.13 Hetgeen IV-Groep ter gelegenheid van het pleidooi heeft aangevoerd op het punt van de premieberekening (artikel 5 van de uitvoeringsovereenkomst), het cumulatieve technisch resultaat per 1 januari, de te hanteren rentecurve en het ontbreken van een Wft-adviseur is te laat, want na de memorie van grieven aangevoerd. Zwitserleven heeft zich uitdrukkelijk verzet tegen de verruiming van het debat met deze onderwerpen. Anders dan IV-Groep stelt, betreft het geen uitwerking van reeds eerder aangevoerde argumenten. Het hof zal deze genoemde punten daarom buiten beschouwing laten.

3.14 Geen van de grieven kan leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis. Aan de in hoger beroep vermeerderde vordering ligt de stelling ten grondslag dat Zwitserleven jegens IV-Groep onrechtmatig heeft gehandeld. Nu dat niet kan worden aangenomen, is deze vordering niet toewijsbaar.

3.15 IV-Groep heeft bewijs aangeboden, maar de aangeboden bewijslevering kan niet tot andere beslissingen in deze zaak leiden. Het bewijsaanbod wordt daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.

3.16 Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. IV-Groep zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

#### 4 Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- wijst af de in hoger beroep vermeerderde eis;
- veroordeelt IV-Groep in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Zwitserleven begroot op € 5.114,00 aan verschotten en € 13.740,00 voor salaris.

#### Noot

1 Uitvoeringsovereenkomsten tussen werkgevers en pensioenverzekeraars op basis van een gesepareerd beleggingsdepot leiden niet vaak, maar de laatste jaren toch met enige regelmaat, tot boeiende rechtspraak. Ik noem: Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800, PJ 2009/1 inzake Washington, Gerechtshof Den Haag 25 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC8041, PJ 2008/47 inzake ECT/Optas, Rechtbank Amsterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6239,



PJ 2013/172 inzake Srlev (door mij geannoteerd in de PJ) en Rechtbank Amsterdam 26 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:10001, PJ 2016/69 inzake De Eendragt. In mijn annotatie bij PJ 2013/172 beschreef ik globaal de werking van een gesepareerd beleggingsdepot (zie deze annotatie onder het kopje "casus; gesepareerd beleggingsdepot"). Het ging in deze zaken steeds over de reikwijdte van de garantielijch van verzekeraars bij zogenaamde direct verzekerde pensioenregelingen.

2 In de zaak "Washington" betrof het tariefsgrondslagverzekering. Het oordeel hield in dat tariefsgrondslagverzekering ("achteraf" moeten bijbetalen door de werkgever in verband met toegenomen langlevensrisico) onder vigeur van (thans) art. 23 PW is toegestaan, met dien verstande dat de verzekeraar het insolventierisico van de werkgever dient te dragen zodat de gegarandeerde pensioenen van de (gewezen) deelnemers aan de pensioenregeling verzekerd blijven, óók als de werkgever niet voor tariefsgrondslagverzekering kan betalen. Deze zaak zie ik als principieel. Ook in de hier geannoteerde zaak was sprake van dergelijke tariefsgrondslagverzekering (zie overweging 3.5).

3 In de zaak ECT/Optas betrof het uitleg van een uitvoeringsovereenkomst. Optas diende de beschikbaar gestelde overdrachtswaarde aan te vullen tot het bedrag dat nodig was om bij de opvolgende verzekeraar de nominale rechten te kunnen verzekeren omdat Optas zich contractueel verplicht had voldoende voorzieningen in het gesepareerd beleggingsdepot aan te houden (in die zin dat Optas de uit het objectieve recht voortvloeiende bevoegdheid om "bijbetaling" voor tariefsgrondslagverzekering te verlangen contractueel had prijsgegeven zodat Optas de kosten voor tariefsgrondslagverzekering diende te dragen; zie de overwegingen 41-43 in de zaak ECT/Optas). Deze zaak zie ik niet als principieel, omdat het uitleg van de betreffende uitvoeringsovereenkomst betrof. Een algemene regel dat een overdrachtswaarde toereikend zou moeten zijn om na waardeoverdracht van verzekeraar naar verzekeraar de nominale rechten die bij de overdragende pensioenuitvoerder waren ondergebracht te kunnen onderbrengen geldt naar ik meen niet. Daar zou overigens in het kader van waardeoverdracht van verzekeraar naar verzekeraar sinds 1 januari 2016 anders over kunnen worden gedacht. Sinds 1 januari 2016 geldt namelijk de regel (vereenvoudigd weergegeven) dat een verzekeraar zodanige voorzieningen moet aanhouden, dat een andere verzekeraar bereid zou zijn de verplichtingen voor het bedrag van die voorzieningen over te nemen (art. 76 lid 2 Richtlijn 2009/138/EG van 25 november 2009, Pb. EU 17 december 2009, L 335 inzake Solvabiliteit II).

4 De zaak van De Eendragt betrof, globaal weergegeven, de vraag of de werkgever rechten kon ontleen aan de jaarrekening van de verzekeraar (opgemaakt op basis van de Wet op het financieel toezicht) indien die afwek van de jaarstukken van het gesepareerd beleggingsdepot (opgemaakt op basis van de tussen de werkgever en de verzekeraar geldende uitvoeringsovereenkomst). Tussen werkgever en verzekeraar golden naar het oordeel van de rechtbank de overeengekomen grondslagen. De zaak zie ik als principieel (mij past echter evenals bij het beschrijven van de zaak "Washington" terughoudendheid omdat ik in die zaken als advocaat optrad).

#### *De uitspraak in de zaak van IV-Groep*

5 De zaak die het onderwerp van deze annotatie is sluit het meest aan bij de zaak Srlev. In de zaak Srlev betrof het evenals in deze zaak (in essentie weergegeven) de wijziging van de samenstelling van de beleggingen in het gesepareerd beleggingsdepot omdat de waarde van de beleggingen onder een bepaald overeengekomen veiligheidsniveau was gedaald. Er was sprake van dekkingstekort. Door het wijzigen van de beleggingsportefeuille ontstond een betere duration-match waardoor het dekkingstekort werd opgeheven. Zie overweging 1.15 in de zaak Srlev en overweging 2.7 in de hier geannoteerde zaak. De noodzaak daartoe bestond volgens de verzekeraar in beide zaken gezien de garantielijch van de verzekeraar. Een verzekeraar dient de verzekerde nominale pensioenaanspraken immers te garanderen (een verzekeraar mag niet zoals een pensioenfonds als ultimum remedium tot rechtenkorting overgaan). Daardoor bestaat bij uitvoeringsovereenkomsten van het type gesepareerd beleggingsdepot een spanningsveld tussen de werkgever, die bij voorkeur meer risicovol laat beleggen omdat hij verwacht dat de premielasten daardoor op de lange termijn lager zullen zijn, en de verzekeraar die bij voorkeur minder risicovol belegt vanwege de garantielijch (zie over dit spanningsveld overweging 4 in de zaak Srlev). Ook dit spanningsveld beschreef ik in mijn annotatie bij PJ 2013/172 onder het kopje "casus; gesepareerd beleggingsdepot". Voor een analyse van de garantielijch voor verzekeraars verwijs ik naar mijn artikel "Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen", *NJB* 2014, p. 2764-2773.

6 In de zaak Srlev had de verzekeraar de wijziging niet eenzijdig mogen uitvoeren zoals de verzekeraar deed omdat de verzekeraar daarbij een met de werkgever overeengekomen beleggingsrichtlijn schond (zie de overwegingen 1.14, 6 en 8). De wijziging was op zichzelf wel geoorloofd, maar op "on-aanvaardbare" wijze uitgevoerd waardoor de verzekeraar de bedragen van geïnde bankgaranties aan de werkgever diende te vergoeden (zie overweging 12). In deze zaak mocht de verzekeraar de wijziging



echter wel eenzijdig aanbrengen op de wijze die was gevolgd. Het verschil met de zaak Srlev was gelegen in het feit dat Srlev aan overeengekomen beleggingsrichtlijnen was gebonden, terwijl de verzekeraar in de thans geannoteerde zaak beleidsvrijheid had. In overweging 3.3 beschrijft het Hof de vrijheid die de verzekeraar had. In overweging 3.4 geeft het Hof het toetsingskader aan voor beoordeling van de wijze waarop de verzekeraar van die beleidsvrijheid gebruik maakte. Dat toetsingskader was de bekende "onaanvaardbaarheidstoets" voortvloeiend uit art. 6:248 lid 2 BW ("derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid"). De verzekeraar had ook nog een beroep gedaan op art. 7:904 lid 1 BW dat ziet op het gebruik van partijbeslissingen berustend op een overeengekomen bevoegdheid voor de betreffende partij om in bepaalde situaties een beslissing te nemen. Omdat art. 7:904 lid 1 BW evenals art. 6:248 lid 2 BW uitgaat van het "onaanvaardbaarheids criterium", liet het Hof in het midden aan de hand van welk van deze twee artikelen werd getoetst (overweging 3.4). Ik zie de uitspraken in de zaak Srlev en in de geannoteerde zaak als niet principieel, omdat het in beide zaken om uitleg van de uitvoeringsovereenkomst ging en de uitkomst in beide zaken door beoordeling van de feiten werd bepaald.

#### *Betekenis van de uitspraak voor het (pensioen)recht en de (pensioen)praktijk*

7 Wel principieel is de vraag of het is toegestaan contractueel dekkingstekort in een gesepareerd beleggingsdepot op te heffen door bankgaranties gesteld door de werkgever aan de beleggingen toe te voegen. Die vraag kwam al uitvoerig aan de orde in mijn annotatie bij PJ 2013/172. In overweging 9 van de uitspraak Srlev schetst de rechtbank naar mijn gevoel met een licht cynische ondertoon dat de werkgever die contractueel dekkingstekort in "zijn" gesepareerd beleggingsdepot oplost door het stellen van bankgaranties, bij een dalende markt in een (ik voeg toe: door hem zelf neergezette) fuik zwemt. Naarmate beleggingsrendementen verder dalen dient de werkgever immers voor een steeds hoger bedrag bankgaranties te stellen. Daar komt nog bij, aldus de rechtbank, dat bankgaranties niet renderen. Op het moment dat hij niet meer in staat is om aanvullende bankgaranties te stellen, is hij de bedragen gemoeid met het stellen van die bankgaranties alsnog kwijt (overweging 9 in de uitspraak Srlev). In de zaak Srlev diende de verzekeraar de bedragen gemoeid met de ingewonnen bankgaranties te vergoeden, omdat de beleggingen niet, althans niet op de wijze waarop dat was gedaan, hadden mogen worden geliquideerd. Uit overweging 2.9 in de hier geannoteerde zaak leid ik af dat na de door de verzekeraar uitgevoerde herbelegging de dekkinggraad van het gesepareerd beleggingsdepot weer toereikend was, zodat de bankgaranties in deze zaak niet behoeften te worden uitgewonnen. Aannemend dat ik de uitspraak op dit punt juist lees, is hierin een belangrijk feitelijk verschil gelegen met de zaak Srlev. Daarbij behoort dan weer wel de relativerende feitelijke kanttekening dat de bankgaranties naar ik aanneem niet vrijvielen, maar nog steeds nodig waren om een toereikende dekkinggraad binnen het gesepareerd beleggingsdepot te behouden. De "fuik" waarop de rechtbank in de zaak Srlev duidde bleef, daarvan uitgaande, voor de werkgever bestaan.

8 Zowel de uitspraak in de zaak Srlev als de uitspraak in de hier geannoteerde zaak roepen naast de vragen die ik al behandelde in mijn annotatie van PJ 2013/272 andere rechtsvragen op, zoals:

- Heeft de verzekeraar een zorgplicht jegens de werkgever inhoudend dat hij zou dienen te toetsen of de solvabiliteits- en liquiditeitspositie van de werkgever het stellen van (steeds meer) bankgaranties wel toestaat en zo neen: dient de verzekeraar de werkgever daar dan van te weerhouden (ik zie een parallel met de leidraad pensioenadvisering van de AFM die een pensioenadviseur verplicht bij de advisering over pensioenproducten de financiële positie van de werkgever te betrekken; zie p. 2 van aflevering 1 van de leidraad pensioenadvisering, te vinden op [www.afm.nl](http://www.afm.nl));
- Dient DNB bij het toezicht op de verzekeraar de financiële positie van de werkgever te betrekken in die zin dat de verzekeraar die toestaat dat bankgaranties van de werkgever onderdeel worden van de activa in het gesepareerd beleggingsdepot en die daarom meewerkt aan het opzetten van de door de rechtbank in de zaak Srlev bedoelde fuik op de vingers te tikken als moet worden voorzien dat de werkgever als gevolg van het stellen van de bankgaranties in financiële problemen zou kunnen komen.

9 De antwoorden op deze rechtsvragen zijn natuurlijk ook voor de pensioenpraktijk van belang. Het gaat in het kader van deze annotatie te ver om deze vragen te beantwoorden. Indien het eindeloos stellen van bankgaranties om een bestaande pensioenregeling "in de lucht te houden" geen optie meer is, rijst de praktische vraag of de pensioenregeling niet moet worden gewijzigd. Het gaat in dit soort situaties om pensioenregelingen met gegarandeerde pensioen- of kapitaalsuitkeringen. Overgang naar CDC of een premieovereenkomst in combinatie met collectieve waardeoverdracht zou dan wel eens voor alle partijen de beste praktische oplossing kunnen zijn. Door de overgang naar een CDC-regeling of een premieovereenkomst komt het beleggingsrisico en het langlevensrisico immers bij de (gewezen)



deelnemers aan de pensioenregeling te liggen. Voor de verzekeraar betekent dit dat hij is bevrijd van de verplichtingen en risico's die voortvloeien uit de garantielijkt omdat, gezien de aard van een CDC-regeling of een premieovereenkomst, geen sprake meer kan zijn van onderdekking in het gesepareerd beleggingsdepot. Voor de werkgever betekent dit dat de bankgaranties vrijvallen, waardoor zijn liquiditeitspositie wordt versterkt. Voor de (gewezen) deelnemers aan de pensioenregeling betekent dit dat zij weliswaar het beleggingsrisico en het langlevensrisico gaan dragen, maar dat de continuïteit van de werkgever beter is geborgd. In dit verband zij overigens gewezen op Gerechtshof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, PJ 2016/43 waarin het een dergelijke overgang in combinatie met collectieve waardeoverdracht betrof. In die zaak werd de werkgever veroordeeld tot betaling schadevergoeding in verband met het teloorgaan van de garantie als gevolg van de collectieve waardeoverdracht zoals die gold voor de opgebouwde aanspraken alvorens die werden overgedragen. In vrijwaring werd de adviseur van de werkgever veroordeeld om die schade aan de werkgever te vergoeden. De door mij voorgestelde oplossing voor de problematiek die speelde in de geannoteerde uitspraak dient daarom met de grootst denkbare zorg te worden uitgevoerd (correcte en duidelijke informatie). De uitspraak in de zaak Srlev en de geannoteerde uitspraak maken echter duidelijk dat een op zichzelf solvabele en solvente werkgever door het opzetten van de in deze annotatie bedoelde "fuik" uiteindelijk in de problemen zou kunnen komen.

Mr. W.P.M. Thijssen

PJ 2016/103

HOF ARNHEM-LEEUWARDEN

24 mei 2016, nr. 200.114.076/01

(Mrs. J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers, D.J. Buijs)

m.nt. prof. dr. E. Lutjens

Art. 23, 29, 38, 40 PW; art. 4 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW

ECLI:NL:GHARL:2016:3984

**Werkgever draagt de kosten van indexatie, ook al zijn de pensioenen premievrij gemaakt.**

*Wegens wijziging van de verzekerings-/uitvoeringsovereenkomst worden de verzekeringen premievrij gemaakt. In geschil is of de werkgever niettemin gehouden is gebleven de kosten voor indexering te betalen. Art. 19 van het pensioenreglement luidt: 3. Indien de totale beschikbare overrente daartoe ontoereikend is, zal de werkgever uit eigen middelen indexeren tot aan het percentage waarmee het bedrijfspensioenfonds haar pensioenen indexeert. Het Hof oordeelt dat de wijziging van de verzekeringsovereenkomst geen wijziging heeft gebracht in de aanspraken van de werknemers. Daarbij overweegt het Hof onder meer: 'Uit niets blijkt dat de toeslagen na de inwerkingtreding van de Wijzigingsovereenkomst uitsluitend uit de overrente bekostigd zouden worden, laat staan dat bij gebreke aan een toereikende overrente, de financiering van de toeslagen voor rekening van ASR zouden komen, gelijk B&S heeft gesteld. Een dergelijke gevolg ligt ook in het geheel niet voor de hand; het wijzigen van de uitvoering van een pensioenovereenkomst zou voor de werkgever wel zeer interessant worden, als daarmee de financieringsrisico's voor rekening van de uitvoerder zouden kunnen worden gebracht. Voor deze stelling van B&S ontbreekt elk bewijs, noch ligt een toereikend bewijsaanbod'. Tot invoering van art. 29 PW heeft de verzekeraar een eigen vorderingsrecht ter zake van de bijdragen voor indexering.*

B&S International B.V., gevestigd te Delfzijl, appellante in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie, hierna: B&S, advocaat: mr. R.J.G. Veugelers, kantoorhoudend te Vlaardingen, die ook heeft gepleit, tegen

ASR Levensverzekering N.V., gevestigd te Utrecht, geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellante in het incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie, hierna: ASR, advocaat: mr. M.W. Minnaard, kantoorhoudend te Amsterdam, die ook heeft gepleit.



# Pensioenkortingen door verzekeraars en pensioenfondsen

Kan dat en mag dat?

Wim Thijssen<sup>1</sup>

Kan verworven pensioen of pensioenkapitaal eenzijdig door de pensioenuitvoerder (een verzekeraar of een pensioenfonds) worden gekort? Aanleiding voor het opwerpen van deze vraag is de indiening van het wetsvoorstel 'Wet aanpassing financieel toetsingskader'<sup>2</sup> door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal op 23 juni 2014 met als beoogde datum voor inwerkingtreding 1 januari 2015.<sup>3</sup> Doel van dit wetsontwerp is onder meer om abrupte omvangrijke kortingen van pensioen door pensioenfondsen te voorkomen.<sup>4</sup> Pensioen(te)kortten werden actueel doordat het afgelopen decennium sommige Nederlandse pensioenfondsen tot rechtenkorting (korting van pensioenaanspraken en ingegane pensioenen) moesten overgaan.<sup>5</sup> Het wetsontwerp ziet op pensioenfondsen, maar de opgeworpen vraag wordt ook voor verzekeraars beantwoord.

## Inleiding

Nederland kent eerste, tweede en derde pijler pensioenen. Eerste pijler pensioenen zijn de wettelijke pensioenen ontleend aan de sociale zekerheidswetgeving (de AOW, de Anw en de WIA). Tweede pijler pensioenen zijn de collectieve arbeidsgelateerde pensioenen. Derde pijler pensioenen zijn individueel geregelde pensioenen.<sup>6</sup> Dit artikel beperkt zich tot pensioenen in de tweede pijler. Pensioenen in de tweede pijler worden uitgevoerd door pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen uit een andere lidstaat.<sup>7</sup> Pensioenuitvoerders zijn verzekeraars met een zetel in Nederland, pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen. Pensioenfondsen kunnen worden onderscheiden in al dan niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, beroepspensioenfondsen die al dan niet verplicht gestelde beroepspensioenregelingen uitvoeren<sup>8</sup> en ondernemingspensioenfondsen.<sup>9</sup> Pensioenuitvoerders kunnen drie typen pensioenovereenkomsten uitvoeren: uitkeringsovereenkomsten, kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten.<sup>10</sup>

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

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



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

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

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

### Rechtenkorting door verzekeraars

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

#### Het EU-recht; overzicht

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

#### Auteur

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

#### Noten

2. Kamerstukken 33972.
3. Zie de Planningsbrief pensioenen van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 februari 2014, kenmerk: 2014-0000012658 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33972, 5 waarin aan deze datum wordt vastgehouden.
4. *Kamerstukken II* 2013/14, 33972, 3, p. 12.
5. Zie de lijst te vinden via [www.pensioenfederatie.nl/\\_downloads/Lijst\\_verlagingen\\_2013.pdf](http://www.pensioenfederatie.nl/_downloads/Lijst_verlagingen_2013.pdf). Zie verder W.P.M. Thijssen, 'Pensioen (te)korten', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 915-950.
6. Zie bijv. vanuit de praktijk 'Pensioenfederatie, Het Nederlandse pensioensysteem, Een overzicht van de belangrijkste aspecten', p. 9-13, te vinden via [www.pensioenfederatie.nl](http://www.pensioenfederatie.nl) en vanuit de wetenschap G.J.B.

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

7. Zie de definities van de begrippen 'pensioenuitvoerder' en 'pensioeninstelling uit een andere lidstaat' in art. 1 PW.
8. Beroepspensioenfondsen zijn bevoegd om pensioen van beroepsbeoefenaren in loondienst en van zelfstandige beroepsbeoefenaars uit te voeren. Het pensioen van die laatste groep is wel arbeidsgerelateerd, maar niet gerelateerd aan een arbeidsovereenkomst. Zie de definitie van 'beroepsgenoot' in art. 1 Wet verplichte beroepspensioenregeling. Ook kunnen zelfstandigen verplicht zijn tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, zie art. 3, lid 2 PW. Voor het onderwerp van dit artikel zijn deze nuances niet relevant omdat het in dit artikel eenmaal bij een verzekeraar of een pensioenfonds ondergebrachte pensioenen betreft.
9. Zie voor een korte beschrijving van de diverse pensioenuitvoerders H. van Meerten & H.W.P. van den Hout, 'De pensioenaanbieder: nationaal en internationaal', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, § 3.4.
10. Zie voor een beschrijving vanuit de praktijk Pensioenfederatie, t.a.p., p. 23-24 en voor een beschrijving vanuit de weten-

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

11. Zie E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in E. Lutjens e.a., *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, § 4.5.1.
12. Voor een (cijfermatige) beschrijving zij verwezen naar *Pensioen Almanak 2014*, Amsterdam: Elsevier Nextens 2014, § 24.3.
13. Zie voor een beschrijving van de typen pensioenovereenkomsten *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 32-33.
14. Zie H. van Meerten & H.W.P. van den Hout, t.a.p., 3.4.2.3.1. Zie de definitie van de premiepensioeninstelling in art. 1 Wft.
15. Dit zou anders kunnen zijn in geval van toepassing van art. 20 lid 1 van Richtlijn 2003/41 van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEU* 23 september 2003, L 235, p. 10-21 (de pensioenfondsrichtlijn waarover verder meer), geïmplementeerd door middel van art. 98a PW en art. 194-202 PW.
16. Art. 23 lid 1 PW. Bij verplichte deelneming pleegt geen uitvoeringsovereenkomst te worden gesloten maar geldt een uitvoeringsreglement, art. 23 lid 2 PW.

17. Eerste richtlijn van de Europese Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, *PbEG* 13 maart 1979, L 63, p. 1-18.
18. Tweede richtlijn van de Europese Raad van 8 november 1990 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, *PbEG* 29 november 1990, L 330, p. 50-61.
19. Derde richtlijn van de Europese Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267 en 90/619/EEG, *PbEG* 9 december 1992, L 360, p. 1-27.
20. Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen, *PbEG* 20 april 2001, L 110, p. 28-39.
21. Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *PbEG* 19 december 2002, L 345, p. 1-51.





levensrichtlijnen zijn opgegaan als nadien weer gewijzigd bij de Richtlijn inzake deelnemingen in de financiële sector uit 2007,<sup>22</sup> en tot slot de Richtlijn inzake Solvabiliteit II uit 2009<sup>23</sup> waarin de Richtlijn betreffende levensverzekering uit 2002 (Solvabiliteit I) en de Sanerings- en liquidatierichtlijn voor verzekeringsondernemingen uit 2001 weer zijn opgegaan. Richtlijn Solvabiliteit II kent een vervolg in de zogenaamde Omnibus II Richtlijn op grond waarvan de solvabiliteitseisen van Richtlijn Solvabiliteit II voor kleine verzekeraars worden verzacht.<sup>24</sup> De richtlijn betreffende levensverzekering bepaalde dat de Eerste, Tweede en Derde levensrichtlijn weliswaar werden ingetrokken, maar wel degelijk in de wetgeving van de lidstaten dienden te zijn geïmplementeerd en dienden te worden toegepast.<sup>25</sup> De Richtlijn Solvabiliteit II bepaalt dat omzetting in de nationale wetgeving van de lidstaten

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

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

### *Het EU-recht; Richtlijn Solvabiliteit II*

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



ring is gepoogd of zonder dat eerst is getracht tot sanering te komen).<sup>33</sup>

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

### Het EU-recht; voorrangrechten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

30. Art. 185 en 186 van de richtlijn.

31. Art. 132 van de richtlijn.

32. Art. 136-144 van de richtlijn.

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

34. Art. 17 lid 1 Eerste levensrichtlijn.

35. Art. 24 Tweede levensrichtlijn.

36. Zie art. 18 Derde levensrichtlijn.

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

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

39. Art. 128v. van de richtlijn.





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

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

Hoewel het nergens met zoveel woorden in de diverse richtlijnen staat, hebben verzekeraars niet de bevoegdheid om verzekerde uitkeringen zelfstandig te korten. Het EU-recht geeft de lidstaten niet de mogelijkheid om in hun wetgeving te bepalen dat verzekeraars de bevoegdheid hebben om zelfstandig eenzijdig tot rechtenkorting over te gaan. Indien rechtenkorting noodzakelijk is, staat het EU-recht slechts toe dat daartoe in het kader van sanering wordt besloten door de toezichthouder<sup>42</sup> of in het kader van liquidatie door de liquidator(en). Opmerking verdient nog dat de wetgeving strekkend tot implementatie van Richtlijn Solvabiliteit II nog niet volledig in werking is getreden. De bepalingen uit de richtlijn die hierna het meest relevant zullen blijken te zijn, golden echter al op grond van de eerdere genoemde richtlijnen die wel zijn geïmplementeerd.<sup>43</sup>

### **Het Nederlandse recht; overzicht**

Het EU-recht is geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft), het op delegatiebepalingen in de Wft rustende Besluit prudentiële regels Wft (het Besluit) en de op delegatiebepalingen uit dat besluit voortvloeiende Regeling Solvabiliteitsmarge en technische voorzieningen (de Regeling). Kort weergegeven dienen verzekeraars die onder Nederlands toezicht staan over een minimum vermogen te beschikken,<sup>44</sup> dienen zij bepaalde bedragen in een garantiefonds aan te houden,<sup>45</sup> gelden minimumeisen voor de solvabiliteit<sup>46</sup> en dienen de technische voorzieningen toereikend te zijn.<sup>47</sup> De kernbepaling is artikel 3:67 lid 1 Wft. Daar is bepaald dat verzekeraars ter dekking van hun verzekeringsverplichtingen 'toereikende technische voorzieningen' moeten aanhouden die 'volledig door waarden' moeten zijn gedekt.

### **Het Nederlandse recht; aanhouden van toereikende voorzieningen**

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

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

### **Het Nederlandse recht; bestuursdwang, noodregeling en faillissement**

Zelfstandige rechtenkorting door een verzekeraar is niet mogelijk, maar De Nederlandsche Bank (DNB) kan ingrijpen indien een verzekeraar niet aan zijn verzekeringsverplichtingen kan voldoen. DNB kan in het kader van saneringsmaatregelen bestuursdwang uitoefenen door het geven van aanwijzingen<sup>48</sup> of, indien onverwijld ingrijpen noodzakelijk is, door een curator te benoemen.<sup>49</sup> In het uiterste geval kan DNB in het kader van saneringsmaatregelen de Rechtbank Amsterdam verzoeken om de noodregeling over een verzekeraar uit te spreken. De rechtbank benoemt dan een rechter-commissaris en een bewindvoerder of bewindvoerders. DNB kan de rechtbank (eventueel als onderdeel van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling of na het uitspreken daarvan) verzoeken om een plan voor overdracht van de verzekeringsverplichtingen aan een andere verzekeraar of andere verzekeraars goed te keuren. In het kader van overdracht worden de middelen ter dekking van de technische voorzieningen, gevormd voor de overgedragen verzekeringsverplichtingen, overgedragen.<sup>50</sup> Dat betekent dat de rechten na overdracht lager kunnen uitvallen indien deze middelen onvoldoende zijn om de oorspronkelijke rechten bij de overnemende verzekeraar onder te brengen, zodat de overdracht feitelijk tot rechtenkorting leidt.<sup>51</sup> Premie 'bijvragen' om dat te voorkomen is niet toegestaan.<sup>52</sup> Indien overdracht van de verzekeringsverplichtingen niet haalbaar blijkt (omdat geen andere verzekeraar of verzekeraars wordt c.q. worden gevonden die bereid is c.q. zijn tot het overnemen van de verplichtingen van de verzekeraar die met tekorten kampt), kan de bewindvoerder of kunnen de bewindvoerders tot rechtenkorting overgaan.<sup>53</sup> Indien het eigen vermogen van een verzekeraar negatief is en DNB van mening is dat de noodregeling geen soelaas biedt voor het oplossen van de tekorten van de verzekeraar, kan DNB als liquidatiemaatregel het faillissement van de verzekeraar verzoeken. In geval van faillissement geldt een bijzonder rangorderegeling voor verhaal van vorderingen op de boedel van de failliete levensverzekeraar. Deze volgt de hiervoor na de tweede bullet beschreven mogelijkheid die het EU-recht biedt. Ook in het kader van faillissement van een verzekeraar kan tot rechtenkorting worden overgegaan.<sup>54</sup> Samengevat: verzekeraars kunnen nimmer zelfstandig tot rechtenkorting overgaan. In het kader van toepassing van de noodregeling kan de bewindvoerder of kunnen de bewindvoerders als uiterste noodmaatregel (indien portfeuilleoverdracht niet haal-



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

### Het Nederlandse recht; zakelijke rechten

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

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

weging 49 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II. Die mogelijkheid van ringfencing ziet namelijk op de mogelijkheid geboden in artikel 275 lid 1 aanhef en onder a van die richtlijn voor een voorrecht van verzekeringnemers op de activa aangehouden ter dekking van technische voorzieningen corresponderend met de verplichtingen van de verzekeraar jegens hen. Nederland heeft echter niet voor dat systeem gekozen. In de tweede plaats is in die situatie geen sprake van bevoorrechtiging. Uit artikel 3:276 BW volgt immers als hoofdregel dat een debiteur met zijn hele vermogen instaat voor al zijn schulden. Dit geldt ook voor verzekeraars, daar de wet geen bijzondere uitzondering voor verzekeraars kent. Deze regeling impliceert dat geen 'waterdichte schotten' rond een dergelijk gesepareerd beleggingsdepot kunnen worden gezet en dat ringfencing als bedoeld in overweging 49 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II niet mogelijk is behoudens de mogelijkheid van achterstelling in de zin van artikel 3:277 lid 2 BW. Dergelijke achterstelling is vanuit praktisch oogpunt ook niet mogelijk. Dan zouden immers alle andere werkgevers/verzekeringnemers (ook toekomstige) akkoord moeten gaan dat hun vorderingen en de vorderingen van hun (gewezen) werknemers uit hoofde van gesloten pensioenverzekeringen zouden zijn achtergesteld op overeenkomende vorderingen van de werkgever en zijn (gewezen) werknemers die een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot hebben gesloten.<sup>59</sup> Wel lijkt het mogelijk dat de werkgever die een uitvoeringsovereenkomst van het type gesepareerd beleggingsdepot sluit bezitloos pandrecht<sup>60</sup> bedingt op de activa die door de verzekeraar binnen het gesepareerd beleggingsdepot worden aangehouden. Die mogelijkheid lijkt te volgen uit artikel 286 van Richtlijn Solvency II als geïmplementeerd in artikel 213m lid 3 aanhef: '... en behoudens vorderingen door pand of hypotheek

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

60. Art. 3:237 lid 1 BW.



gedekt'. Bij toepassing van de noodregeling of bij faillissement van de verzekeraar kan de werkgever zijn positie van separatist<sup>61</sup> uitoefenen indien bezitloos pandrecht op het gesepareerd beleggingsdepot zou zijn bedongen. Dat betekent dat indien en voor zover de binnen het gesepareerd beleggingsdepot aangehouden middelen toereikbaar zijn,<sup>62</sup> de dekking van de pensioenverplichtingen van de verzekeraar ten opzichte van de (gewezen) werknemers van de betreffende werkgever, de pensioenrechten van die (gewezen) werknemers niet hoeven, en als gevolg van het pandrecht ook niet kunnen, worden gekort door de bewindvoerder(s) in het kader van toepassing van de noodregeling en de curator bij faillissement.<sup>63</sup>

### **Het Nederlandse recht; de onaanvaardbaarheidstoets**

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

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

### **Het Nederlandse recht; rechtenkorting in het licht van het verzekeringsrecht**

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

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

### **Rechtenkorting door pensioenfondsen**

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

#### **Het EU-recht; overzicht**

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

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

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



eenkomsten die bij de pensioenuitvoerder zijn ondergebracht.<sup>74</sup> De voorzieningen die het pensioenfonds aanhoudt ter dekking van de op de 'juiste' wijze berekende pensioenverplichtingen dienen 'toereikend' te zijn.<sup>75</sup> De open norm van toereikendheid is in de Pensioenfondsenrichtlijn geconcretiseerd: de maximale rekenrente moet op prudente wijze worden bepaald<sup>76</sup> en de sterftetafels die worden toegepast dienen te worden gebaseerd op 'prudente' beginselen.<sup>77</sup> Tegenover de aldus berekende pensioenverplichtingen en technische voorzieningen dient een pensioenuitvoerder over 'voldoende en passende activa' te beschikken ter dekking van de pensioenverplichtingen.<sup>78</sup> Indien een pensioenuitvoerder lang leven risico dekt doordat uitkeringen worden gegarandeerd, dient over een buffer te worden beschikt. De buffer dient te zijn afgestemd op de aard van de pensioenovereenkomsten die worden uitgevoerd en de aard van de activa die worden aangehouden ter dekking van de pensioenverplichtingen.<sup>79</sup> De wetgeving van de lidstaten dient de toezichhouder de bevoegdheid te geven om 'alle maatregelen' te nemen met het oog op onregelmatigheden die de pensioenen in gevaar kunnen brengen.<sup>80</sup> De wetgeving van de lidstaten dient de toezichhouder ook de mogelijkheid te geven om de vrije beschikking van het pensioenfonds over de activa te beperken of het pensioenfonds deze te ontnemen, met name wanneer de voorzieningen niet toereikend zijn of wanneer niet meer wordt beschikt over het voorgeschreven eigen vermogen (indien de wetgeving van de lidstaat een minimum eigen vermogen voorschrijft).<sup>81</sup> Tot slot dient de wetgeving van de lidstaten in te houden dat de toezichhouder om de belangen van de (potentiële) pensioengerechtigde te beschermen in het uiterste geval een bewindvoerder kan aanstellen.<sup>82</sup>

#### Het EU-recht; geen verbod op rechtenkorting

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

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

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

fondsenrichtlijn schrijft weliswaar ook voor dat de voorzieningen van een pensioenfonds 'toereikend' moeten zijn, maar kent niet uitgebreide waarborgen rond sanering en liquidatie die in de Levensrichtlijnen en de Solvabiliteitsrichtlijnen zijn opgenomen. Het systeem van de Pensioenfondsenrichtlijn belet niet dat de wetgeving van de lidstaten zelfstandige rechtenkorting door een pensioenfonds mogelijk maakt. Het feit dat rechtenkorting onder het regiem van de pensioenfondsenrichtlijn juist als een mogelijk sturingsmiddel voor pensioenfondsen wordt beschouwd, blijkt bijvoorbeeld uit een recent consultatierapport van EIOPA<sup>83</sup> omtrent de waardering van activa en passiva (waartoe de pensioenverplichtingen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aanpassing van 'onvoorwaardelijk' pensioen mogelijk bleek, zij het dat het in die zaak een pensioenfonds betrof. Het betrof echter geen rechtenkorting maar een aanpassing die noodzakelijk was op grond van voorschriften terzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen.

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

70. Overweging 7 van de considerans op de Pensioenfondsenrichtlijn.

71. Art. 8 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

72. Overweging 18 van de considerans op de Pensioenfondsenrichtlijn.

73. Overweging 26 van de considerans op de Pensioenfondsenrichtlijn.

74. Art. 15 lid 1 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

75. Art. 15 lid 2 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

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

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

78. Art. 16 lid 1 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

79. Art. 17 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

80. Art. 14 lid 2 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

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

82. Art. 14 lid 3 van de Pensioenfondsenrichtlijn.

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



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

### *Het Nederlandse recht; overzicht*

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

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

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

### *Het Nederlandse recht; voorontwerp van Wet invoering reële ambitieovereenkomst*

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

ke en onvoorwaardelijke rechten, heeft geleid tot het bekend maken door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van een voorontwerp van Wet invoering reële ambitieovereenkomst op 12 juli 2013.<sup>89</sup> De inhoud van het voorontwerp kan, toegespitst op het onderwerp van dit artikel, als volgt worden samengevat. Naast de bekende typen pensioenovereenkomsten als bedoeld in artikel 10 PW (de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst), zou een nieuw type pensioenovereenkomst worden ingevoerd: de reële ambitieovereenkomst. De essentie van dat type pensioenovereenkomst was dat te verwerven pensioenaanspraken, op basis van een aanpassingsmechanisme voor financiële schokken en een aanpassingsmechanisme voor wijziging in de levensverwachting, in de pensioenovereenkomst afhankelijk zouden worden gemaakt van het effect van dergelijke financiële schokken en het effect van de zich wijzigende levensverwachting. In het voorontwerp werd gesproken van het Rente Aanpassings Mechanisme (RAM) en het Levensverwachting Aanpassings Mechanisme (LAM). In het kader van dit artikel is relevant dat werd beoogd op macroniveau alle reeds verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken in te brengen in de gewijzigde pensioenovereenkomsten van het type reële ambitieovereenkomst. Er bleek sprake van een spanningsveld met artikel 20 PW, dat inhoudt dat in het kader van het wijzigen van een pensioenovereenkomst verworven pensioenaanspraken niet kunnen worden aangetast, met uitzondering van de situatie van waardeoverdracht en rechtenkorting door pensioenfondsen. Desondanks beoogde het voorontwerp om artikel 20 Pensioenwet te handhaven. Het inbrengen van verworven pensioenrechten en pensioenaanspraken in de reële ambitieovereenkomst zou mogelijk zijn op basis van collectieve waardeoverdracht als bedoeld in artikel 83 lid 1 aanhef en onder c PW. Sociale partners zouden dan de mogelijkheid hebben om daartoe over te gaan in het kader van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Op grond van artikel 83 lid 2 aanhef en onder a Pensioenwet zou 'invaren' slechts mogelijk zijn indien betrokkenen daartegen 'geen bezwaren' zouden hebben. Deze specifieke vorm van collectieve waardeoverdracht werd met de term 'invaren' aangeduid. De cruciale vraag die rees was of gedwongen 'invaren' mogelijk zou zijn. In verband daarmee werd een rapport van maar liefst 77 pagina's van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bekend gemaakt.<sup>90</sup> De conclusie van het rapport was dat wetswijziging nodig zou zijn om gedwongen invaren mogelijk te maken. In een dergelijke wetswijziging voorzag het voorontwerp daarom. Er zouden juridische risico's zijn, met name in verband met artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat eigendomsbescherming regelt (hierna te noemen: 'het EVRM'). Indien de wetgeving zorgvuldig zou worden aangepast en het traject voor invaren zorgvuldig zou zijn, zouden de risico's voor de Staat, de toezichthouder en pensioenfondsen beperkt zijn.<sup>91</sup> Aan het voorontwerp lag een belangrijk pensioenakkoord van de sociale partners ten grondslag.<sup>92</sup> Over invaren is veel geschreven in de literatuur.<sup>93</sup> Kennelijk vanwege de risico's die aan invaren zouden kleven en de vele kritiek op het voorontwerp in verband daarmee, is het voorontwerp terug genomen.



### Het Nederlandse recht; voorstel van Wet aanpassing financieel toetsingskader

Op 23 juni 2014 is een voorstel van Wet aanpassing financieel toetsingskader bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>84</sup> De huidige wetgeving rond rechtenkorting houdt in dat een pensioenfonds bevoegd is om pensioenrechten en verworven pensioenaanspraken te verminderen indien de voorzieningen en het minimaal vereist eigen vermogen van een pensioenfonds niet meer volledig door activa zijn gedekt, deze dekking niet binnen redelijke termijn kan worden gerealiseerd zonder onevenredige schade aan te richten en andere sturingsmiddelen (met name het premiebeleid) zijn uitgewerkt. Essentieel voor de regeling is dat indien deze situatie zich voordoet, de korting onmiddellijk wordt gerealiseerd.<sup>85</sup> In het wetsontwerp is de gedachte van invoering van de reële ambitieovereenkomst in combinatie met invaren, waardoor 'automatisch flexibele' pensioenaanspraken en pensioenrechten zouden worden gerealiseerd, verlaten. De problematiek van tekorten bij pensioenfondsen wordt opgelost binnen het kader van rechtenkorting, door het kader daarvoor te wijzigen. Vanuit de juridische optiek van waarborging van rechten komt de systeemwijziging op het volgende neer. Of moet worden gekort hangt niet meer af van de actuele dekkinggraad, maar van de beleidsdekkinggraad van het pensioenfonds. Die beleidsdekkinggraad is de gemiddelde dekkinggraad in het afgelopen jaar.<sup>86</sup> Rechtenkorting blijft ultimum remedium. Een pensioenfonds zal voortaan bevoegd zijn om te korten bij een onvoldoende beleidsdekkinggraad. Het onderscheid tussen het korte termijn herstelplan<sup>87</sup> en het lange termijn herstelplan,<sup>88</sup> zoals de huidige wetgeving dat kent, zal komen te vervallen. Een herstelplan zal in de nieuwe regeling gaan inhouden dat de beleidsdekkinggraad binnen tien jaar nadat deze onder het vereiste niveau is gedaald, weer op niveau zal moeten worden zijn gebracht.<sup>89</sup> Rechtenkorting zal nog steeds direct mogen worden doorgevoerd, maar mag ook worden gespreid in de tijd dat het herstelplan loopt. De rechtenkorting dient dan 'in beginsel' evenredig gespreid

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

### Conclusie

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

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

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

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

87. Zie voetnoot 5.

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

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

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

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

91. Zie p. 57 van het rapport.

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

komst' werd ingegaan.

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

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

95. Zie art. 134 lid 1 PW.

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

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

98. Zie de in het wetsontwerp voorgestelde

wijziging van art. 140 PW.

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

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

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

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

103. Zie voor een samenvatting van de politieke discussie over de toepassing van Richtlijn Solvabiliteit II op pensioenfondsen de website van de Pensioenfederatie ([www.pensioenfederatie.nl/services/themes/Pages/Solvency\\_II\\_gesloten\\_dossier](http://www.pensioenfederatie.nl/services/themes/Pages/Solvency_II_gesloten_dossier)). Zie voor de afbakeningsproblematiek ook overweging 138 van de considerans op Richtlijn Solvabiliteit II.



## Pensioenwet

PJ 2016/69

## RECHTBANK AMSTERDAM

26 februari 2015, nr. 2577913 \ CV EXPL 13-30652

(Mr. Y.A.M. Jacobs)

ECLI:NL:RBAMS:2015:10001

**Uitleg uitvoeringsovereenkomst in verband met berekening dekkingsgraad opslag bij overgang naar Solidaire Portefeuille**

*Uitleg uitvoeringsovereenkomst. De overgang van niet actieven naar de Solidaire portefeuille gaat volgens art. 7 Uitvoeringsovereenkomst tegen een percentage van de grondslagen omschreven in bijl. 3. De kantonrechter oordeelt dat derhalve de berekeningsmethode van de Algemene Reserve en de Voorziening Verzekerings Verplichtingen als in deze bijlage omschreven gehanteerd moet worden en niet de – daarvan afwijkende – invulling volgens het Jaarverslag.*

Parenco B.V., gevestigd te Renkum, eiseres, nader te noemen Parenco, gemachtigde: mr. M.W. Minnaard, tegen

De Eendragt Pensioen N.V., gevestigd te Amsterdam, gedaagde, nader te noemen De Eendragt, gemachtigde: mr. W.P.M. Thijssen.

**Verder verloop van de procedure**

Op 4 september 2014 is een tussenvonnis geweest. Ter uitvoering van dat tussenvonnis heeft op 8 december 2014 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Namens Parenco zijn verschenen de heer [financieel directeur] (Financieel Directeur), de heer [HR directeur] (HR Directeur) en de heer [extern actuaaris] (extern actuaaris), bijgestaan door de gemachtigde. Namens De Eendragt zijn verschenen de heer [algemeen directeur] (Algemeen Directeur) en mevrouw [bedrijfsjurist] (bedrijfsjurist), alsmede de gemachtigde.

De griffier heeft aantekeningen gemaakt van hetgeen ter zitting is besproken. Vervolgens is een datum voor vonnis bepaald.

**Gronden van de beslissing*****In conventie en (voorwaardelijke) reconventie*****1. De feiten**

In deze zaak wordt uitgegaan van de volgende feiten:

1.1 De Eendragt is van oudsher een (ondernemings)pensioenfonds voor ondernemingen uit de papiersector.

1.2 Het vermogen van De Eendragt bestaat uit:

I. de lopende verzekeringen waarvoor premie wordt betaald en premievrije verzekeringen die niet zijn opgenomen in de Solidaire portefeuille (hierna ook: SP);

II. de premievrije verzekeringen die zijn opgenomen in de SP;

III. het eigen vermogen van De Eendragt.

1.3 De SP is een combinatie van afgescheiden premievrije verzekeringen van verzekeringsnemers in combinatie met een Algemene Reserve (AR) die dienst doet als algemene buffer en daarnaast is bestemd voor toeslagverlening conform het daarvoor door De Eendragt gevoerde beleid.

1.4 De pensioenregeling van Parenco (voorheen Norske Skog Perenco B.V.) was tot en met 31 december 2011 ondergebracht bij De Eendragt. Partijen hebben op 1 januari 2008 een uitvoeringsovereenkomst (hierna: UO) gesloten ter uitvoering van de pensioenregeling van Parenco.

1.5 In de als bijlage I bij de UO gevoegde begrippenlijst staat onder meer het volgende:

(...) 1.10 VVV:

Voorziening verzekeringsplichtigen berekend volgende bijlage 3.



(...)

1.15 Solidaire portefeuille:

de Solidaire portefeuille van De Eendragt waarin de uitgestelde en ingegane pensioenen van niet-actieven volgens deze uitvoeringsovereenkomst en regelement zijn ondergebracht.

1.16 Algemene Reserve Solidaire portefeuille:

het bedrag dat De Eendragt heeft gereserveerd voor onder meer de voorwaardelijke toeslagen op de pensioenen in de Solidaire portefeuille. (...)

1.6 Art. 4 van de UO bepaalt dat de verzekeringnemer bij beëindiging van de UO de keuze heeft om de pensioenaanspraken over te dragen naar een andere pensioenuitvoerder, of naar de SP van De Eendragt. Parencó heeft gekozen voor overdracht van de pensioenaanspraken naar de SP van De Eendragt.

1.7 Artikel 7 van de UO, dat betrekking heeft op de SP, luidt, voor zover van belang, als volgt:

'7.1 Bij De Eendragt is voor niet-actieven een Solidaire portefeuille aanwezig. In deze portefeuille kunnen verzekerden worden ondergebracht van wie de deelneming aan de pensioenregeling is beëindigd en voor wie de verzekeringnemer de verschuldigde bijdrage aan de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille voldoet. (...)

Gedurende de looptijd van deze uitvoeringsovereenkomst worden de pensioenaanspraken c.q. — rechten van verzekerden die pensioneren, met ontslag gaan of op andere wijze de deelneming aan de pensioenregeling van de verzekeringnemer beëindigen (...) ingebracht in de Solidaire portefeuille. (...)

De overgang van de in dit artikel bedoelde pensioenaanspraken c.q. — rechten naar de Solidaire portefeuille geschiedt tegen 112% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency) indien deze overgang in enig boekjaar niet meer bedraagt dan 10% van de VVV in het depot van verzekeringnemer op 31 december van het voorafgaande boekjaar. Voor het deel dat laatstbedoelde overgang meer bedraagt dan 10% van de VVV van het voorafgaande boekjaar geschiedt de overgang tegen 130% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency). Indien de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille van De Eendragt bedraagt minder dan 30% van de VVV in de Solidaire portefeuille van De Eendragt, dan wordt het hiervoor bedoelde toeslagpercentage van 30 vervangen door het lagere percentage.

De mogelijke inbreng van de in artikel 4.4 bedoelde pensioenaanspraken c.q. -rechten in de Solidaire portefeuille geschiedt tegen 128,2% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency). Indien bij de inbreng bedoeld in artikel 4.4 de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille van De Eendragt bedraagt minder dan 30% van de VVV in de Solidaire portefeuille van De Eendragt, dan wordt het hiervoor omschreven toeslagpercentage van 28,2 vervangen door 90% van het lagere percentage verhoogd met 1,2%- punten. Het restant van de depotbuffer verzekeringnemer komt vervolgens aan de verzekeringnemer ten goede.'

1.8 Op grond van art. 3.67 Wet op het financieel toezicht (Wft) jo. art. 121 lid 1 Besluit prudentiële regels Wft is De Eendragt door De Nederlandse bank (DNB) verplicht om bij wijze van een toereikendheidstoets (TRT) een gedeelte van de AR te bestemmen als buffer ter dekking van de zogenaamde harde pensioenrechten. Dit in verband met de structureel lage rentestand en de gestegen leeftijdsverwachting van verzekerden bij verzekeringsmaatschappijen. De TRT is een wettelijke reserve als bedoeld in art. 2:373 lid 1 aanhef en sub d BW.

Bij De Eendragt is voor het eerst in het jaar 2010 feitelijk een gedeelte van de AR ter hoogte van het bedrag van € 53.576.000,— beklemd. Dit betekent dat de AR in 2010 ter hoogte van € 67.467.000,— feitelijk werd vermindert tot € 13.891.000,—. De VVV over 2010 werd met het uit de AR afkomstige bedrag vermeerderd van € 627.104.000,— tot € 680.680.000,—, althans voornoemd deel van de AR wordt 'beklemd' door bijtelling daarvan bij de VVV. In het jaarverslag van De Eendragt over 2011 staat vermeld dat de AR van de SP per 31 december 2010 € 67.467.000,— bedroeg, bij een VVV in de SP van € 680.680.000,—. De VVV van Parencó bedraagt in 2010 € 38.515.266,—.

1.9 In verband met de keuze van Parencó voor overdracht van de pensioenaanspraken naar de SP van De Eendragt, heeft De Eendragt toepassing gegeven aan het in art. 7.1. UO gestelde ter zake van de door Parencó te betalen zogenaamde dekkingsgraadopslag. In verband daarmee heeft zij € 4.621.832,—



ten laste van de bestemmingsreserve (depotbuffer van Parenco) overgeboekt naar de AR van de SP. Dit bedrag is later gecorrigeerd tot € 4.192.002,-- en is als volgt berekend:

—	Eerste tranche: 12 % van 10 % van € 38.515.266,-- =	€ 462.183,--
—	Tweede tranche: $67.467.000,-- / 627.104.000,-- = 0,1076 = 10,76 \%$ , zodat moet worden voldaan 10,76 % van 90 % van € 38.515.266,-- =	
		€ 3.729.002,--
Totaal		€ 4.192.001,--

De Eendragt is bij deze berekening uitgegaan van de AR en VVV zónder correctie op basis van de TRT.

1.10 Parenco heeft de dekkingsgraadopslag als volgt berekend:

- Eerste tranche: 12 % over 10 % =  $1,2 \% \times € 38.515.266,--$
- Tweede tranche:  $13.891.000,-- / 680.680.000,-- = 0,0204 = 2,04 \%$ , zodat moet worden voldaan 2,04 % over 90 % = 1,836 % van € 38.515.266,--.

Totaal dus  $1,2 + 1,836 \% =$  afgerond  $3,04 \% \times € 38.515.266,--$ .

Parenco komt aldus op basis van de in het jaarverslag 2011 genoemde VVV en AR tot een dekkingsgraadopslag van € 1.170.864,--.

## 2. De verdere beoordeling

In conventie en (voorwaardelijke) reconventie

2.1 Bij aanvang van de comparitie van partijen heeft De Eendragt bezwaar gemaakt tegen de (on-aangekondigde) aanwezigheid de heer [extern actuaaris] (extern actuaaris), omdat dit ten koste zou kunnen gaan van de gelijkwaardigheid van de bij partijen aanwezige actuariële kennis. De kantonrechter heeft daarop aangegeven dat een comparitie van partijen onder meer bedoeld is om informatie te verstrekken, waarbij partijen vrij zijn te bepalen op welke wijze zij dat zullen doen. Daarbij staat er niets aan in de weg dat een der partijen een actuaaris mee naar de zitting neemt.

In conventie

2.2 Partijen zijn verdeeld over de wijze waarop de dekkingsgraadopslag berekend moet worden, die Parenco verschuldigd is in verband met het overgaan van de pensioenen van Parenco naar de SP van De Eendragt.

Parenco stelt dat bij de toepassing van de berekening, zoals geformuleerd in art. 7.1 UO uitgegaan moet worden van de bedragen van de AV en de VVV, zoals deze vermeld staan in het jaarverslag 2011 van De Eendragt. Bij die bedragen wordt vanwege toepassing van de TRT (zie hierboven in rov. 1.8) over het jaar 2010 een bedrag uit de AR overgeheveld naar de VVV. Als gevolg daarvan komt de dekkingsgraadopslag volgens Parenco uit op € 1.170.864,--.

De Eendragt is echter van mening dat voor de berekening van de dekkingsgraadopslag moet worden uitgegaan van de AR en VVV in 2010 op basis van de contractgrondslagen, dat wil zeggen zonder de correctie op grond van de TRT. Dan komt de dekkingsgraadopslag volgens De Eendragt uit op € 4.192.001,--. Nu De Eendragt dit bedrag vanuit de depotbuffer van Parenco heeft overgeheveld naar de AR in de SP, vordert Parenco het verschil tussen dit bedrag en de door haar als juist genoemde dekkingsopslag terug (€ 1.170.864,--), derhalve een bedrag van € 3.450.968,--. Zij verwijst daarbij naar art 7.1 UO, laatste zin, waarin staat dat het restant van de depotbuffer van de verzekeringnemer ten goede komt aan de verzekeringnemer.

2.3 Beide partijen baseren zich ter onderbouwing van hun standpunten op de tekst van art. 7.1 UO, waarin de berekeningsformule van de dekkingsopslag staat vermeld. Parenco stelt dat van de in het jaarverslag genoemde VVV en AR moet worden uitgegaan, derhalve de bedragen waarop de TRT is toegepast, omdat — zo begrijpt de kantonrechter Parenco — dit de officiële cijfers zijn en deze begrippen in art. 7.1 voorkomen, zonder dat is aangegeven dat voor de berekening van de dekkingsgraadopslag moet worden uitgegaan van een andere VVV en AR dan in het jaarverslag genoemd. De Eendragt daarentegen,



stelt dat art. 7.1 UO duidelijk is, omdat daarin wordt bepaald dat de berekening van de dekkingsgraadopslag is gebaseerd op de grondslagen omschreven in bijlage 3 bij de UO.

Daaromtrent overweegt de kantonrechter het volgende. Parenco stelt terecht dat in art. 7.1 UO de begrippen VVV en AR zonder specifiek afwijkende invulling worden genoemd. Bij gebreke van zo'n afwijkende definiëring ligt voor de hand om aan te nemen dat daarmee de in het jaarverslag genoemde VVV en AR worden bedoeld.

De Eendragt stelt weliswaar dat in art. 7.1 UO staat dat de dekkingsgraadopslag wordt bepaald door toepassing van percentages *van de grondslagen omschreven in bijlage 3* op de VVV van Parenco, doch dat laat onverlet dat ook in haar berekening van de dekkingsgraadopslag in de tweede tranche (zie hierboven in rov. 1.9) de breuk AR/VVV cruciaal is voor het uiteindelijk toe te passen percentage, zonder dat de tekst van art. 7.1 aangeeft dat met de begrippen VVV en AR andere bedragen gemeoid zijn dan die vermeld staan in de officiële jaarcijfers van De Eendragt. De tekst van art. 7.1 UO is derhalve onduidelijk, althans roept op zijn minst vragen op.

2.4 De kantonrechter is echter van oordeel dat de uitleg van bepalingen in een overeenkomst niet alleen kan worden beantwoord op grond van de zuiver taalkundige uitleg van die bepalingen. Het komt tevens aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij de redelijkheid en billijkheid een rol spelen.

2.5 Uitleg van de overeenkomst in de hier bedoelde zin leidt tot het volgende oordeel. De afspraken tussen partijen, waaraan zij gebonden zijn, zijn vastgelegd in de pensioenovereenkomsten en de UO. Parenco heeft niet betwist dat in de UO en bijbehorende bijlagen (in het bijzonder bijlage 3) de grondslagen zijn vastgelegd op basis waarvan niet alleen de premies, maar ook de VVV en de AR zelf berekend worden. Evenmin heeft zij betwist dat het doel van de dekkingsgraadopslag is dat de werkgever die pensioenvoorzieningen overdraagt naar de SP een zodanig bedrag beschikbaar stelt voor de AR, dat bereikt wordt dat het pensioenfonds ten behoeve van de ingekochte rechten over overeenkomstige buffers beschikt als voor de rechten die al bij het pensioenfonds zijn verzekerd, zodat over de ingekochte rechten zonder andere verzekerden te benadelen dezelfde toeslagen gegeven kunnen worden als aan de reeds verzekerden toekomen.

Nu art. 7.1 UO verwijst naar de grondslagen omschreven in bijlage 3, volgt daar naar het oordeel van de kantonrechter uit dat partijen de bedoeling hebben gehad dat de dekkingsgraadopslag op basis van de in deze bijlage gegeven grondslagen en volgens dezelfde systematiek als de berekening van de premie en de AR en VVR zelf, wordt berekend.

Daaruit volgt dat bij de berekening van dekkingsgraadopslag moet worden uitgegaan van de VVV en AR zónder dat daarop de TRT is toegepast, derhalve van de door De Eendragt voorgestane berekening (zie hierboven in rov. 1.9).

Daarbij neemt de kantonrechter tevens in aanmerking dat Parenco niet heeft betwist dat De Eendragt pas in 2010 de TRT voor het eerst heeft moeten toepassen, waaruit volgt dat in 2010 zelf en de jaren daarvoor bij overgang van pensioenverzekeringen naar de SP dekkingsgraadopslagen ook slechts op basis van de grondslagen in bijlage 3 werden berekend. Bovendien stelt De Eendragt terecht dat het niet de bedoeling van partijen kan zijn dat uit het feit dat de overheid buiten de overeenkomst tussen partijen om een bepaald deel van de AR een ander oormerk geeft, de werkgever een lagere bijdrage ter dekking van risico's in de toekomst betaalt dan de andere verzekerden in een eerder stadium. De Eendragt stelt ook terecht dat Parenco, door het betalen van een lagere dekkingsgraadopslag dan op grond van de grondslagen in bijlage 3, ook haar eigen verzekerden dupeert, omdat er ook voor hen in dat geval een minder grote buffer is om toekomstige risico's op te vangen. Eveneens neemt de kantonrechter daarbij in aanmerking dat Parenco niet heeft betwist dat De Eendragt in 2011 zogenaamde depotverslagen verstrekke waarin de VVV en AR zonder toepassing van de TRT werden vermeld. Op grond daarvan wordt ervan uit gegaan dat Parenco op de hoogte was of kon zijn van het feit dat De Eendragt verschillende invullingen van de begrippen VVV en AR hanteerde.

2.6 Het voorgaande leidt er toe dat, nu de berekening van de dekkingsgraadopslag van De Eendragt gevolgd wordt, de vorderingen in conventie zullen worden afgewezen.

2.7 Parenco zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in conventie aan de zijde van De Eendragt gevallen.

In (voorwaardelijke) reconventie

2.8 Nu de vordering in conventie wordt afgewezen, komt de voorwaardelijke eis in reconventie niet meer aan de orde. Deze zal derhalve eveneens worden afgewezen.



2.9 De kantonrechter ziet aanleiding om de proceskosten in reconventie te compenseren in die zin dat in reconventie iedere partij de eigen kosten draagt.

### Beslissing

#### De kantonrechter:

##### In conventie:

- I. wijst de vordering af;
- II. veroordeelt Parencó in de kosten van het geding, aan de zijde van De Eendragt tot heden begroot op € 3.600,00 aan salaris van de gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw.

##### In (voorwaardelijke) reconventie

- III. wijst de vordering af;
- IV. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.



# ECLI:NL:GHAMS:2017:1627

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak</b>	25-04-2017
<b>Datum publicatie</b>	12-05-2017
<b>Zaaknummer</b>	200.169.619/01
<b>Rechtsgebieden</b>	Civiel recht
<b>Bijzondere kenmerken</b>	Hoger beroep
<b>Inhoudsindicatie</b>	Uitleg van een uitvoeringsovereenkomst tussen pensioenverzekeraar en werkgever naar aanleiding van geschil over de wijze van berekening van de dekkingsgraadopslag.
<b>Vindplaatsen</b>	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2017-0611 PJ 2017/92 AR 2017/2483

## Uitspraak

### GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.169.619/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam: 2577913 CV EXPL 13-30652

### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 25 april 2017

inzake

#### **PARENCO B.V.,**

gevestigd te Renkum,

appellante,

advocaat: mr. R.M.J.M. de Greef te Amsterdam,

tegen

#### **DE EENDRAGT PENSIOEN N.V.,**

gevestigd te Amsterdam,



geïntimeerde,

advocaat: mr. O.F. Blom te Nieuwegein.

## **1. Het geding in hoger beroep**

1.1 Partijen worden hierna ook Parenco en De Eendragt genoemd.

1.2 Parenco is bij dagvaarding van 20 april 2015 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter) van 26 februari 2015 (hierna: het vonnis), onder voormeld zaaknummer gewezen tussen haar als eiseres en De Eendragt als gedaagde.

1.3 Bij memorie heeft Parenco negen grieven tegen het vonnis aangevoerd, bewijs aangeboden en geconcludeerd het vonnis te vernietigen en de vorderingen van Parenco alsnog toe te wijzen met veroordeling van De Eendragt in de kosten van de procedure in beide instanties te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.

1.4 De Eendragt heeft bij memorie van antwoord de grieven van Parenco bestreden, producties in het geding gebracht, bewijs aangeboden en geconcludeerd het vonnis te bekrachtigen, dan wel, bij toewijzing van de vordering van Parenco, haar voorwaardelijke reconventionele vordering alsnog toe te wijzen, met veroordeling van De Eendragt in de kosten van de procedure in beide instanties.

1.5 Parenco heeft vervolgens een akte uitlaten producties genomen, waarop De Eendragt eveneens bij akte heeft gereageerd.

1.6 Ten slotte is arrest gevraagd.

## **2 Feiten**

De kantonrechter heeft in het vonnis onder "De feiten" (1.1 tot en met 1.10) een aantal feiten als tussen partijen vaststaand vermeld. De grieven 2 en 3 hebben betrekking op de onder 1.1 en 1.8 vermelde feiten. Het hof zal in het hiernavolgende rekening houden met hetgeen Parenco over die feiten heeft opgemerkt. Omtrent de overige door de kantonrechter vermelde feiten bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van deze feiten uitgaat.

## **3 Beoordeling**

3.1 Het gaat in deze zaak – kort weergegeven - om het volgende:

a. De Eendragt was aanvankelijk een pensioenfonds en is met ingang van 1 januari 2006 omgevormd tot levensverzekeraar. De pensioenregeling van Parenco was van 1982 tot en met 31 december 2011 ondergebracht bij de Eendragt. Partijen hebben laatstelijk op 1 januari 2008 een nieuwe uitvoeringsovereenkomst (hierna UO) gesloten, op basis waarvan De Eendragt (na verlengingen van de overeenkomst) de pensioenregeling die Parenco met haar werknemers was overeengekomen tot en met 31 december 2011 uitvoerde. Op laatstgenoemde datum eindigde de UO.



b. Artikel 4.4 van de UO bepaalt welke mogelijkheden Parenco als verzekeringnemer had ter zake van het al dan niet overdragen van de bij De Eendragt verzekerde pensioenaanspraken van haar werknemers. Parenco heeft gekozen voor de in artikel 4.4 onder a van de UO geboden mogelijkheid die pensioenaanspraken in te brengen in de Solidaire portefeuille van De Eendragt. Die inbreng diende volgens genoemd artikel te geschieden "tegen de condities genoemd in artikel 7".

c. Bijlage 1 bij de UO bevat een begrippenlijst. Daarin zijn onder meer de volgende begrippen gedefinieerd

- ( onder 1.10) VVV: voorziening verzekeringsverplichtingen berekend volgens bijlage 3;
- ( onder 1.15) Solidaire portefeuille: de Solidaire portefeuille van De Eendragt waarin de uitgestelde en ingegane pensioenen van niet actieven volgens deze uitvoeringsovereenkomst en reglement zijn ondergebracht;
- ( onder 1.16) Algemene Reserve Solidaire portefeuille: het bedrag dat De Eendragt heeft gereserveerd voor onder meer de voorwaardelijke toeslagen op de pensioenen in de Solidaire portefeuille.

d. Artikel 7 van de UO bepaalt voor zover van belang:

*"Bij De Eendragt is voor niet-actieven een Solidaire portefeuille aanwezig. In deze portefeuille kunnen verzekerden worden ondergebracht van wie de deelneming aan de pensioenregeling is beëindigd en voor wie de verzekeringnemer de verschuldigde bijdrage aan de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille voldoet. (...)*

*Gedurende de looptijd van deze uitvoeringsovereenkomst worden de pensioenaanspraken c.q.*

*-rechten van verzekerden die pensioneren, met ontslag gaan of op andere wijze de deelneming aan de pensioenregeling van de verzekeringnemer beëindigen (...) ingebracht in de Solidaire portefeuille.*

*(...)*

*De overgang van de in dit artikel bedoelde pensioenaanspraken c.q. -rechten naar de Solidaire portefeuille geschiedt tegen 112% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency) indien deze overgang in enig boekjaar niet meer bedraagt dan 10% van de VVV in het depot van verzekeringnemer op 31 december van het voorafgaande boekjaar. Voor het deel dat laatstbedoelde overgang meer bedraagt dan 10% van de VVV van het voorafgaande boekjaar geschiedt de overgang tegen 130% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency).*

*Indien de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille van De Eendragt minder bedraagt dan 30% van de VVV in de Solidaire portefeuille van De Eendragt, dan wordt het hiervoor bedoelde toeslagpercentage van 30 vervangen door het lagere percentage.*

*De mogelijke inbreng van de in artikel 4.4 bedoelde pensioenaanspraken c.q. -rechten in de Solidaire portefeuille geschiedt tegen 128,2% van de grondslagen omschreven in bijlage 3 (met uitzondering van de opslag langlevengarantie en solvency). Indien bij de inbreng bedoeld in artikel 4.4 de Algemene Reserve van de Solidaire portefeuille van De Eendragt bedraagt minder dan 30% van de VVV in de Solidaire portefeuille van De Eendragt, dan wordt het hiervoor omschreven toeslagpercentage van 28,2 vervangen door 90% van het lagere percentage verhoogd met 1,2%-punten. Het restant van de depotbuffer verzekeringnemer komt vervolgens aan de verzekeringnemer ten goede."*

e. De Eendragt heeft ter zake van de inbreng door Parenco van haar portefeuille in de Solidaire portefeuille van De Eendragt (na correctie) een bedrag van

€ 4.192.001,-- ten laste gebracht van de bestemmingsreserve (de depotbuffer) van Parenco. Zij heeft dit bedrag – door partijen ook de dekkingsgraadopslag genoemd - als volgt berekend:

- eerste tranche 12 % van 10% van € 38.515.266,-- € 462.183,--

- tweede tranche (67.467.000/627.104.000 x 100% )

10,76 % van 90% van € 38.515.266,- € 3.729.818,--

-----

totaal € 4.192.001,--



f. Op grond van art. 3:67 (oud) Wet op het financieel toezicht (Wft) jo. art. 121 lid 1 Besluit prudentiële regels Wft kan De Eendragt door De Nederlandsche Bank (DNB) verplicht worden om op grond van een toereikendheidstoets (TRT) een gedeelte van de algemene reserve (AR) van haar Solidaire portefeuille te bestemmen als extra buffer ter dekking van de zogenoemde harde pensioenrechten. In verband met de structureel lage rentestand en de gestegen leeftijdsverwachting van haar verzekerden heeft De Eendragt voor het eerst in het jaar 2010 een bedrag van € 53.576.000,-- van haar AR moeten afscheiden als beklemd vermogen. Dit betekent dat het vrij beschikbare deel van de AR van De Eendragt, die zonder aftrek uit hoofde van de TRT ultimo 2010 € 67.467.000,-- bedroeg, in de jaarrekening van De Eendragt over 2010 werd verminderd tot € 13.891.000,--. Het bedrag van het beklemd deel van de AR werd in die jaarrekening 2011 toegevoegd aan de Voorziening Verzekeringsverplichtingen (VVV), welke voorziening in de jaarrekening aldus werd verhoogd van € 627.104.000,-- tot € 680.680.000,--.

g. De VVV van Parenco bedroeg ultimo 2010 € 38.515.266,--. Daarin was geen toevoeging begrepen voor een beklemd buffer.

3.2 Parenco vordert in deze procedure (in conventie) veroordeling van De Eendragt tot betaling aan haar van € 3.450.968,-- ter zake van teveel betaalde inbreng, alsmede van € 6.675,-- ter zake van buitengerechtelijke incassokosten, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente, als nader omschreven in de inleidende dagvaarding. Parenco heeft de door haar verschuldigde dekkingsgraadopslag berekend als volgt:

- eerste tranche 12% van 10% van € 38.515.266,- € 462.183,--

- tweede tranche  $(13.891.000/680.680.000 \times 100\%)$

2,04 % van 90% van € 38.515.266,- € 708.681,--

-----

totaal € 1.170.864,--.

Parenco stelt ter onderbouwing van haar vordering dat De Eendragt bij de berekening van de bijdrage (dekkingsgraadopslag) die Parenco verschuldigd was bij de inbreng van haar VVV in de Solidaire portefeuille van verkeerde cijfers is uitgegaan. Volgens haar moet worden uitgegaan van de cijfers zoals die in het jaarverslag van De Eendragt zijn gepresenteerd (dus na correctie als gevolg van de TRT) en niet, zoals De Eendragt heeft gedaan, van cijfers waarin met de gevolgen van de TRT geen rekening is gehouden.

3.3 Bij het vonnis heeft de kantonrechter de vordering van Parenco afgewezen. De grieven 3 tot en met 9 van Parenco betreffen de beslissing van de kantonrechter op de vordering in conventie.

3.4 De Eendragt heeft een voorwaardelijke vordering in reconventie ingesteld. Op die vordering heeft de kantonrechter niet beslist omdat de voorwaarde waaronder de vordering was ingesteld – het toewijzen van de vordering in conventie – niet was vervuld.

3.5 Grief 1 is ertegen gericht dat de kantonrechter De Eendragt in de gelegenheid heeft gesteld in de procedure in eerste aanleg te antwoorden en een reconventionele vordering in te dienen, nadat zij dat op de eerst dienende dag niet had gedaan. Deze grief faalt reeds omdat tegen een dergelijke beslissing van de kantonrechter geen hoger beroep open staat.

3.6 Het geschil tussen partijen betreft de wijze waarop de dekkingsgraadopslag die Parenco verschuldigd is in verband met de inbreng van de pensioenaanspraken van haar werknemers in de Solidaire portefeuille van De Eendragt moet worden berekend. Partijen verschillen met name van mening over de vraag van welke bedragen aan Algemene Reserve en VVV van de Solidaire portefeuille moet worden uitgegaan. Het verschil tussen de door partijen ter zake gehanteerde bedragen schuilt in het al dan niet rekening houden met de gevolgen van de TRT, die in de visie van Parenco in de berekening moeten worden betrokken en in de visie van De Eendragt niet. De



Eendragt stelt dat berekening moet plaatsvinden op basis van de in Bijlage 3 genoemde grondslagen. Volgens Parenco spelen die grondslagen uitsluitend een rol bij de vaststelling van de verschuldigde premie maar moet bij de berekening van de dekkingsgraadopslag uitgegaan worden van de in de jaarrekening van De Eendragt vermelde bedragen omdat er geen afwijkende definities voor de desbetreffende grondslagen zijn opgenomen in de UO of de bijlagen daarbij en de in de jaarrekening vermelde bedragen de enige objectieve cijfers zijn.

3.7 Het hof stelt voorop dat ten tijde van het tot stand komen van de UO in 2008 de Nederlandsche Bank nog niet de mogelijkheid had om overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:67 Wft (oud) aanwijzingen te geven over de bestemming van een gedeelte van de Algemene Reserve op basis van de TRT, wat inhoudt dat een gedeelte van de AR beschikbaar moet blijven om aan de (gewone) pensioenverplichtingen te voldoen en dus niet aangewend mag worden voor het toekennen van dividenden en/of indexeringen. Die mogelijkheid is pas in 2010 ingevoerd. Er was dus, anders dan Parenco suggereert, voor De Eendragt geen aanleiding om in de UO of de daarbij behorende bijlagen onderscheid te maken tussen de wijze waarop de Algemene Reserve in de Solidaire portefeuille en de VVV van De Eendragt berekend zouden worden in het kader van de berekeningen tussen partijen en de wijze waarop deze zouden worden vastgelegd in de jaarrekeningen van De Eendragt.

3.8 Voor de beantwoording van de vraag op welke grondslagen de dekkingsgraadopslag, die Parenco verschuldigd was, moet worden vastgesteld, komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het bepaalde in artikel 7 van de UO mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zoals de kantonrechter ook heeft overwogen. Nu het desbetreffende artikel verwijst naar de in bijlage 3 van de UO genoemde grondslagen moet er van worden uitgegaan dat partijen de bedoeling hebben gehad niet alleen bij de vaststelling van de verschuldigde premie maar ook bij de berekening van de dekkingsgraadopslag uit te gaan van de in bijlage 3 genoemde grondslagen. Daarbij is mede van belang dat De Eendragt, naar zij onweersproken heeft gesteld, ook bij de overgang van individuele verzekerden van Parenco naar de Solidaire portefeuille van De Eendragt (verzekerden die met pensioen gingen, vertrokken bij Parenco of arbeidsongeschikt werden), de door Parenco te betalen bijdrage steeds (sinds 1982) op basis van de grondslagen van bijlage 3 heeft berekend. Artikel 7.1 van de UO hanteert dezelfde berekeningsmethodiek voor de inbreng in de Solidaire portefeuille van De Eendragt in individuele gevallen. Overigens leidt bedoeld ingrijpen van de Wft-wetgever en de op basis daarvan door DNB gegeven aanwijzing slechts tot een bevrozing van een gedeelte van de AR maar niet tot een verlaging daarvan en dus ook niet tot een verhoging van de VVV, zoals geldend in de rechtsverhouding tussen Parenco en De Eendragt. De wijze waarop de Eendragt de gevolgen van de TRT in haar jaarrekening heeft verwerkt (door de AR te verlagen en de VVV te verhogen) is dus ongelukkig geweest, maar kan niet leiden tot de door Parenco gewenste interpretatie van de UO en bijlage 3 daarbij.

3.9 De Eendragt heeft zogenoemde depotverslagen in het geding gebracht over 2010 en 2011. Zij heeft er op gewezen dat de toelichting op het depotverslag 2011 met betrekking tot de dekkingsgraadopslag vermeldt:

*"De bijdrage algemene reserve solidaire portefeuille is verschuldigd, indien wordt geparticipeerd in de Solidaire portefeuille. De bijdrage wordt berekend over de voorziening verzekeringsverplichtingen die wordt overgedragen naar de Solidaire portefeuille. Voor overdrachten tot 10% van de totale voorziening verzekeringsverplichtingen bedraagt de bijdrage 12%, voor het meerdere geldt de bestaande verhouding tussen de Algemene Solidaire portefeuille en de voorziening verzekeringsverplichtingen in de Solidaire portefeuille met een minimum van 12%."*

Parenco heeft niet betwist dat haar bijdrage in de Algemene Solidaire portefeuille steeds is berekend overeenkomstig deze formule, waarin niet is vermeld dat rekening gehouden moet worden met de gevolgen van de (in 2011 reeds toegepaste) TRT. Voorts is van belang dat ook bij de berekening van de onderhavige bijdrage van Parenco is uitgegaan van de VVV van Parenco zonder overeenkomstige toepassing van de TRT.



Het vooroverwogene leidt tot de conclusie dat de gevolgen van de toepassing van de TRT niet betrokken moet worden in de berekening van de dekkinggraadopslag omdat daarbij uitgegaan moet worden van de grondslagen van bijlage 3. Parenco betwist niet dat, uitgaande van die grondslagen, De Eendragt de dekkinggraadopslag (na de correctie op het aanvankelijk berekende bedrag) juist heeft berekend. De vordering van Parenco is dus terecht afgewezen. De grieven kunnen niet tot vernietiging van het vonnis leiden. Dit zal worden bekrachtigd.

3.11 Parenco heeft geen feiten of omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel dan het voorgaande nopen. Haar bewijsaanbod wordt daarom gepasseerd.

3.12 Als de in het ongelijk gestelde partij, wordt Parenco veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

#### **4 Beslissing**

Het hof

bekrachtigt het vonnis;

veroordeelt Parenco in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van De Eendragt begroot op € 5.160,-- voor verschotten en op € 4.580,-- voor salaris voor de procedure in appel;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.C. Boot, R.J.F. Thiessen en A.M.A. Verscheure en is door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 25 april 2017.