

# De beschermende strekking van verzekering en het opgedrongen avontuur van een door ‘invaren’ gevormde pensioenpot

Harm Mulder<sup>1</sup>

De overeenkomst tot uitvoering van een pensioenrechtelijke ‘premieregeling’ met *defined contribution*, maar zonder *defined benefit* is, wegens het ontbreken van een ‘beschermende strekking’, geen verzekering en (dus) geen levensverzekering. De overeenkomst tot uitvoering van een ‘uitkeringsregeling’ met *defined benefit* (als nu nog veelal uitgevoerd door pensioenfondsen) is dat wel. Daaruit volgt dat ‘invaren’ als geregeld in de Wet toekomst pensioenen (*Stb.* 2023, 216) een maritieme metafoor is voor ontneming op massale schaal van eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 Handvest Grondrechten EU. Het in Asser/Lutjens 7-XI 2023 nr. 258 verdedigde standpunt dat ‘het begrip verzekering niet vereist dat risico-overdracht naar de verzekeraar plaatsvindt’ wordt aan de hand van een analyse van de wettelijke definitie in het licht van haar ontstaansgeschiedenis bestreden. Essentieel voor verzekering – ook voor sommenverzekering – is de overdracht aan een verzekeraar van een financieel risico waaraan het vermogen van een verzekerde of een begunstigde zonder de verzekering zou zijn blootgesteld. Op welke wijze dienen verkregen rechten van deelnemers in pensioenfondsen te worden gerespecteerd? Dit artikel bepleit een oplossing in lijn met de ‘gulden regel’ van artikel 69 sub a Overgangswet nieuw BW.

## 1. Practical joke in een Atheense collegezaal

De begaafde docent Plato had bij doorsnee studenten bewondering geoogst met zijn definitie van ‘de mens’ als

‘tweevoeter zonder veren’. Maar een treiteraar, Diogenes de cynicus, bracht de volgende dag een geplukte haan mee naar de collegezaal, daarmee aantonend dat de professorale definitie te ruim was.<sup>2</sup> Niet alleen filosofen maar ook wetgevers kunnen leren van Diogenes. Een treffend voorbeeld daarvan is de ontstaansgeschiedenis van de definitie van ‘verzekering’ in artikel 7:925 BW.

## 2. De definitie van verzekering in het voorontwerp Dorhout Mees

Het voorontwerp Dorhout Mees van 1972 (hierna: het Voorontwerp) bevat de volgende definitie van ‘verzekering’:<sup>3</sup>

**Beweerde niet ooit de Romein Iavolenus Priscus dat elke definitie in het burgerlijk recht een hachelijk waagstuk is?**

*‘Verzekering is de overeenkomst waarbij de verzeker-  
aar zich tegen het genot van premie jegens zijn  
wederpartij, de verzekeringnemer, tot het doen van  
een of meer uitkeringen verbindt, waarbij hetzij deze  
verbintenis hetzij de premiebetaling dan wel beide  
afhankelijk zijn van een bij het sluiten van de over-  
eenkomst voor partijen onzeker voorval.’*

Lang geleden nam ik deze definitie op de korrel.<sup>4</sup> De kern van mijn betoog van destijds kan als volgt worden samengevat:

- Vervang in het omschrijvend deel van de definitie de termen die semantisch afhankelijk zijn van het begrip ‘verzekering’ door partij-aanduidingen en ‘betaalwoorden’ waarvan de betekenis niet steunt op dat begrip.
- Omvat de resulterende ‘neutrale’ omschrijving een of meer overeenkomsten die niet als verzekering zijn aan te merken?
- Zo ja, dan is de definitie te ruim en dus ondeugdelijk. Welnu, om maar wat te noemen: de organisator van de ‘Postcodeloterij’ is geen verzekeraar maar op de contractuele relatie met een postcodehouder past wel degelijk de omschrijving ‘overeenkomst waarbij de ene partij zich tegen het genot van een contributie jegens zijn wederpartij tot het doen van een of meer betalingen verbindt, waarbij hetzij deze verbintenis, hetzij de contributie hetzij beide afhankelijk zijn van een bij het sluiten van de overeenkomst voor partijen onzeker voorval.’ Meer voorbeelden zijn niet moeilijk te vinden, ook buiten de kansspelcontext. Denk aan een overeenkomst van borgtocht waarbij de borg een bereidstellingsprovisie van de gewaarborgde crediteur bedingt<sup>5</sup> of aan financiering van een collectieve schadevergoedingsprocedure waarbij een geldschiet de lopende kosten van de procedure voor zijn rekening neemt en daartegenover een percentage van het eventueel toe te wijzen bedrag voor zich bedingt.

### 3. De definitie van verzekering in het Regeringsontwerp

De algemene definitie van verzekering in het Regeringsontwerp,<sup>6</sup> die ongewijzigd is opgenomen in lid 1 van artikel 7:925 BW (hierna: de ‘basisdefinitie’) luidt als volgt:

*‘Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag*

*enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe-  
lang de overeengekomen premiebetaling zal duren.  
Zij is hetzij schadeverzekering hetzij sommenverze-  
kering.’*

De lange eerste volzin wijkt onder meer hierin af van de definitie in het Voorontwerp dat de omschrijving van het gedefinieerde begrip begint met het onbepaalde lidwoord ‘een’ in plaats van het bepaalde lidwoord ‘de’. Dit amendement wordt als volgt gemotiveerd onder verwijzing naar mijn in noot 4 vermelde bijdrage aan *NJB* 1974:

*‘Met de in dit lid gegeven omschrijving is niet beoogd een voor alle gevallen sluitende definitie te geven. De aanhef van het lid: ‘Verzekering is een overeenkomst’, maakt duidelijk dat de gegeven omschrijving in bepaalde gevallen te ruim is. De uiteindelijke grenzen kunnen door de rechtspraak worden getrokken.’<sup>7</sup>*

Deze in vergelijking met het Voorontwerp bescheiden ambitie, gecombineerd met een beroep op het gezonde verstand van de rechter als ‘grensbewaker’, lijkt prima facie zinnig. Beweerde niet ooit de Romein Iavolenus Priscus dat elke definitie in het burgerlijk recht een hachelijk waagstuk is?<sup>8</sup>

Daar komt bij, dat de aan de te ruime algemene omschrijving toegevoegde nevenbepaling<sup>9</sup> ‘Zij is hetzij schadeverzekering hetzij sommenverzekering’ enig houvast biedt aan een rechter die zich voor de taak gesteld ziet om ‘onkruid te wieden’ uit de tuin van artikel 7:925 BW, eerste volzin.

Daarmee immers lijkt een ‘geitenpaadje’ beschikbaar waarlangs een rechtstoepasser of -wetenschapper in veel gevallen met een gerust geweten tot de conclusie kan geraken dat een overeenkomst weliswaar (mogelijk) het ‘voor de verzekeringsovereenkomst kenmerkende element van onzekerheid’<sup>10</sup> heeft maar desondanks niet kwalificeert als verzekering. Wie kiest voor dat paadje behoeft in veel gevallen geen tijd te spenderen aan de (niet vlot leesbare)<sup>11</sup> eerste volzin van artikel 7:925 lid 1 BW. Het pad wordt aangewezen en met een voorbeeld verlucht in Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/1:

*‘De specifieke toevoeging dat de verzekering hetzij schade- hetzij sommenverzekering is, is meer dan louter een vaststelling. Zij beoogt mede aan te geven dat indien een overeenkomst wel voldoet aan de gegeven omschrijving in lid 1, eerste zin, maar noch aan de nadere omschrijving van het begrip ‘schadeverzekering’*

#### Auteur

1. Mr. H.D.M. Mulder was advocaat te Rotterdam, thans verbonden aan Verbrugge Terminals te Vlissingen en Terneuzen als Legal Counsel. Met dank aan de Praktijksbibliotheek te Amsterdam.

#### Noten

2. Bron: Diogenes Laertius (naamgenoot maar niet tijdgenoot van de cynicus), *Lives of the eminent philosophers*, vertaling Pamela Mensch, Oxford: Oxford University

Press 2018, p. 204 (Book 6-40). Zie over ‘foute’ wettelijke definities het briljante essay van prof. mr. H. Schadee (de ontwerper van Boek 8 BW) *Hamartologie. De leer van het vinden van fouten*, Kluwer, 1967, i.h.b. p. 9 over te ruime definities.

3. *Parl. Gesch.* Boek 7 Titel 17 NBW, p. 1.

4. H.D.M. Mulder, ‘Zijn loterijbazen, geldleners en haardokters verzekeraars?’, *NJB* 1974, afl. 34, p. 1095-1099.

5. Ontleend aan prof. mr. J.G.C.

Kamphuisen, ‘De betekenis van een lidwoord... en van “verzekering” in Liber amicorum prof. mr. J.H. Wansink.

6. *Parl. Gesch.* Boek 7 Titel 17 NBW, p. 2.

7. *Parl. Gesch.* Boek 7 Titel 17 NBW, p. 3.

8. Iavolenus, *Digesten* 50.17.202; vertaling

Spruit c.s. in *Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling* (Sdu) ‘Iedere definitie is in het geldend recht gevaarlijk. Weinig is er immers dat niet omvergoorpen kan worden’.

9. Plato’s leerlingen hebben op vergelijkbare

manier getracht de definitie van hun leermeester te redden met een toevoegsel: ‘tweevoeter zonder veren en met brede nagels’, zie Diogenes Laertius t.a.p.

10. MvT ad art. 7:17.1.1 RO, PG Boek 7 titel 17 NBW, p. 2.

11. Prof. mr. M.L. Mok beschuldigde in *NJB* 2002, p. 1801 e.v. de definitie van ‘tante Betje’-stijl, in reactie waarop de regering vinnig haar grammaticale competentie verdedigde. *Parl. Gesch.* Boek 7 Titel 17 NBW p. 5.

# You are invited

# PIRATE



© Shutterstock

*in art. 7:944 BW voldoet, noch aan die van het begrip 'sommenverzekering' in art. 7:964 BW, zij geen verzekering is. Zo zal een verzekering van een uitkering bij het bereiken van een bepaalde leeftijd door een huisdier noch een schadeverzekering zijn noch een sommenverzekering, die in beginsel slechts als persoonsverzekering is toegelaten, en om die reden evenmin een verzekering zijn in de zin van het BW.'*

Geen van de in de vorige paragraaf vermelde overeenkomsten die buiten de sfeer van verzekering vallen maar wel worden omvat door de definitie van dat begrip in het Voorontwerp strekt tot vergoeding van vermogensschade of betreft het leven of de gezondheid van een mens. Daarmee staat vast dat die overeenkomsten niet kwalificeren als verzekering in de zin van het samenstel van definities in het Regeringsontwerp. Dat samenstel is ongewijzigd opgenomen in de wet en vormt daarmee de ruggengraat van het thans geldende Nederlandse verzekeringsrecht.

Gemakshalve citeer ik hierna de vier subdefinities waarmee de basisdefinitie in titel 17 van Boek 7 BW wordt gecompleteerd.

**Persoonsverzekering** is de verzekering welke het leven of de gezondheid van een mens betreft. (art. 7:925 lid 2)

**Schadeverzekering** is de verzekering strekkende tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden. (art. 7:944)

**Sommenverzekering** is de verzekering waarbij het onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Zij is slechts toegestaan bij persoonsverzekering en bij verzekeringen welke daartoe bij algemene maatregel van bestuur, zo nodig binnen daarbij vast te stellen grenzen, zijn aangewezen. (art. 7:964)

**Levensverzekering** is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering met dien verstande dat ongevalverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd. (art. 7:975)

## Beleggen kent risico's, u kunt een deel van uw inleg verliezen

Volgt uit deze wettelijke definities dat het geitenpaadje altijd veilig begaanbaar is zonder dat de wandelaar rekening hoeft te houden met het gegeven dat de basisdefinitie in bepaalde gevallen te ruim is?

Helaas neen, denk bijvoorbeeld aan het 'pensioenpotje waar iedere Nederlander recht op heeft' dat iedere avond door BN'ers warm wordt aanbevolen aan het televisiekijkend publiek. Wie voor die reclame zwicht doet dat als een gewaarschuwd mens. 'Beleggen kent risico's, u kunt een deel van uw inleg verliezen', houdt Loekie de Leeuw de kijkers steevast voor. Met andere woorden: U gaat wel premie (de inleg) betalen maar er bestaat geen zekerheid tot welk bedrag te zijner tijd een uitkering zal worden gedaan. Daarmee beantwoordt het potje aan de basisdefinitie. Het potje betreft het leven van een mens en is geen schadeverzekering. Hebben we dus te maken met sommenverzekering, meer specifiek: levensverzekering?

Neen, want het potje ontbeert een essentieel element van verzekering. Dat element wordt in de openingszin van de meest gezaghebbende Nederlandse monografie over verzekeringsrecht als volgt verwoord: 'Verzekering ziet op het tegen betaling overdragen van risico's'.<sup>12</sup> Zulks in lijn met de overweging van de HR in het standaardarrest *Bike Brothers/Nieuw Rotterdam*: 'De essentie van de verzekeringsovereenkomst is dat de verzekeraar het overeengekomen risico loopt'.<sup>13</sup> De aanbieder van een pensioenpotje zal, als hij zijn werk goed doet, zijn best doen om een mooi rendement te realiseren op de hem toevertrouwde inleg. Maar pech is pech voor de klant, de aanbieder loopt geen risico. Verzekering daarentegen heeft een 'beschermende strekking': de verzekeraar verbindt zich tot het dragen van een financieel risico waaraan de verzekerde/begunstigde zonder de verzekering zou zijn blootgesteld.<sup>14</sup> Dat essentiële element ontbreekt in pensioenpotjes van het soort waartegen Loekie waarschuwt.

# Als opbeurende ‘uitluider’ spreekt FNV de verwachting uit ‘dat de nieuwe regeling voor iedereen een beter pensioen oplevert, omdat pensioenfondsen minder reserves in kas hoeven te houden’

Zie voor een wat complexer maar niet wezenlijk verschillend voorbeeld van groot maatschappelijk en financieel belang de volgende paragrafen.

## 4. Invaren

De titel boven deze paragraaf is geen wettelijk begrip maar een maritieme metafoor voor een wettelijke ingreep in de rechtspositie van miljoenen mensen die een pensioen opbouwen bij of reeds genieten uit<sup>15</sup> een pensioenfonds. De wettelijke basis voor die ingreep is de met ingang van 1 juli 2023 in werking getreden Wet toekomst pensioenen (Wtp),<sup>16</sup> welke wet is geïncorporeerd in de Pensioenwet (PW).

### Casus:

Na vijfenveertig dienstjaren bij de gemeente G geniet Dirk sinds kort van zijn ABP-pensioen. Onlangs ontving hij een oproep van de FNV om samen met ‘alle actieve, gewezen en gepensioneerde deelnemers met een pensioenregeling van ABP’ zijn stem uit te brengen over een binnen de Pensioenkamer van het ABP bereikt onderhandelingsresultaat inzake ‘de hoofdlijnen van de nieuwe ABP-pensioenregeling’. Op de FNV-website waarnaar de oproep verwijst treft hij een heldere omschrijving aan van de uitkeringsregeling waarop zijn pensioen is gebaseerd (‘In zo’n regeling worden afspraken gemaakt over de hoogte die jouw pensioen kan bereiken.’) Natuurlijk, in uitzonderlijke situaties (te lage dekkingsgraad) kan op het pensioen worden gekort, dat weet Dirk. Maar het bestaan van die (door FNV keurig vermelde) noodklep heeft hem nooit echt zorgen gebaad. Zo’n spreekwoordelijke uitzondering op de regel doet immers niet af aan het *uitgangspunt* van een levenslang gegarandeerd pensioen in euro’s per maand, zeker niet bij een solide fonds als het ABP. De nieuwe regeling waarover FNV haar achterban informeert interesseert Dirk bij eerste lezing dan ook maar matig. Dat is een zogenaamde ‘premieregeling’, door FNV omschreven als ‘een regeling waarin afspraken zijn gemaakt over de hoogte van de premie, niet over de hoogte van de pensioenen’. Die nieuwe regeling wordt als volgt afgezet tegen het ‘ancien régime’ (uitkeringsregeling):

*Straks stapt het ABP net als alle pensioenfondsen, over naar de zogenaamde Premiereregeling. Daarin zijn afspraken gemaakt over de hoogte van de premie, niet over de hoogte van de pensioenen. De hoogte van de pensioenen hangt directer af van de beleggingen dan nu het geval is. Het is dan duidelijker dat pensioenfondsen geen garanties kunnen geven over de hoogte van het uiteindelijke pensioen.*

Als opbeurende ‘uitluider’ spreekt FNV de verwachting uit ‘dat de nieuwe regeling voor iedereen een beter pensioen

oplevert, omdat pensioenfondsen minder reserves in kas hoeven te houden’. Dirk denkt, dat lezend: ‘Beetje gek, minder reserves, een mager varken helpt de boer niet door de winter.’ Maar de zon straalt te mooi om verder te lezen en Dirk brengt zijn afscheidscadeau, een werphen-gel, in gereedheid.

Vraag: Zou Dirk er goed aan hebben gedaan nog even door te lezen?

Antwoord: Ja, want dan zou de volgende passage over ‘invaren’ hem wakker hebben geschud, zie vet gedrukt:

*‘Invaren betekent dat het huidige pensioenvermogen ingebracht wordt in de nieuwe pensioenregeling. Ofwel het collectief omzetten van de bestaande pensioenen en pensioenaanspraken naar de nieuwe regeling waarbij in de nieuwe wet is opgenomen dat er geen individueel bezwaarrecht mogelijk is.’*

Naast het heldere ‘Jip en Janneke’ waarvoor FNV een compliment verdient volstaat een korte aanvulling (zie de volgende paragraaf) om aan niet in het nieuwe pensioenrecht ingevoerde lezers duidelijk te maken welke overgangsrechtelijke dwangbuis sinds 1 juli 2023 ligt te wachten op Dirk en in beginsel alle gepensioneerde en nog niet gepensioneerde deelnemers in een pensioenfonds.

## 5. Overgangsrecht Wet toekomst pensioenen

‘Invaren’ is als gezegd niet een wettelijk begrip,<sup>17</sup> maar de aldus aangeduide ingreep in verkregen pensioenrechten en -aanspraken vergt wel een rechtshandeling die voor de inwerkingtreding van de Wtp al was geregeld in de PW, een zogenaamde ‘collectieve waardeoverdracht’. De variant die aan de orde is bij invaren laat zich op het voetspoor van de artikelen 1 en 83 lid 1 sub c PW ontleiden in twee elementen, namelijk (1) een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten waarbij een pensioenfonds als uitvoerder is betrokken en, in verband daarmee, (2) actuariële omrekening van de tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten naar andere aanspraken en rechten jegens hetzelfde pensioenfonds. Per definitie betekent dus ‘ingevaren worden’ voor de ‘passagiers op de Wtp-boot’ dat zij na aankomst in de bestemmingshaven van boord gaan met andersoortige pensioenaanspraken of -rechten dan die welke zij bij inscheping jegens het pensioenfonds hadden.

<sup>12</sup> Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019, nr.1.

<sup>13</sup> HR 11 april 1997, NJ 1998/111.

<sup>14</sup> Dat geldt ook voor levensverzekering, aldus met overtuigende argumentatie

Kalkman, *Levensverzekering*, 3<sup>e</sup> druk 2013

Kluwer, serie *Recht en Praktijk*, nr. 1.3 ‘Ver-

zekerbaar belang’.

<sup>15</sup> Respectievelijk ‘aanspraakgerechtigden’ en ‘pensioengerechtigden’, zie art. 1 Pensioenwet.

<sup>16</sup> Stb. 2023, 216.

<sup>17</sup> Aldus ook prof. dr. E. Lutjens, *TPV*

2020/20, p. 5.

Onder de PW zoals die gold tot 1 juli 2023 zou het niet mogelijk zijn geweest een deelnemer in een pensioenfonds tegen diens wil in te varen. Die had daar namelijk een stokje voor kunnen steken met een beroep op de artikelen 20 en 83 PW. Eerstgenoemd artikel beschermt zowel (gepensioneerde) 'pensioengerechtigden' als (nog niet gepensioneerde) 'aanspraakgerechtigden' tegen een wijziging 'buiten hen om' van de pensioenovereenkomst of daarmee gelijkgestelde rechtsbetrekking<sup>18</sup> die aan de basis ligt van de juridische driehoeksverhouding<sup>19</sup> tussen (ex)werkgever, pensioenuitvoerder en (ex)werknemer. Het artikel maakt weliswaar een uitzondering voor collectieve waardeoverdrachten maar op grond van lid 2 sub a van artikel 83 PW kon een deelnemer onder het oude recht bezwaar maken tegen de waardeoverdracht met als gevolg dat de waarde van zijn/haar individuele pensioenrecht of pensioenaanspraak buiten de collectieve waardeoverdracht bleef.<sup>20</sup>

Maar hier grijpt het in artikel 220i PW geregelde 'overgangsrecht Wtp' drastisch in door onmiddellijke werking (vanaf 1 juli 2023) toe te kennen aan een aantal bepalingen van de Wtp (als geïncorporeerd in de PW), waaronder de artikelen 150 l en 150 m (nieuw) PW. Eerstgenoemd artikel regelt de wijze waarop in het kader van invaren 'door pensioenfonds wordt omgegaan met opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten' en verklaart (in lid 5) laatstgenoemd artikel *in afwijking van de artikelen 20 en 83* van toepassing op de uit te voeren 'collectieve waardeoverdracht'. Het zal de lezer niet verbazen dat artikel 150 m geen soelaas biedt aan individuele deelnemers in een pensioenfonds die liever niet meevaren.

## In plaats daarvan koos de wetgever voor de meest drastische tegenpool van eerbiedigende werking, namelijk het ontnemen van verkregen rechten

Voilà de overgangsrechtelijke dwangbuis die onze wetgever heeft geweven voor zowel pensioengerechtigden als aanspraakgerechtigden die 'worden bediend door' een pensioenfonds en uit dien hoofde nu nog in meerderheid een pensioen in de vorm van een 'uitkeringsregeling' met 'defined benefit' (simpel gezegd: je ontvangt vanaf de pensioendatum een vast bedrag per maand) genieten of hopen te gaan genieten. Geen sprake dus van eerbiedigende werking ten opzichte van pensioenovereenkomsten die al bestonden voor 1 juli 2023. In plaats daarvan koos de wetgever voor de meest drastische tegenpool van eerbiedigende werking, namelijk het ontnemen van verkregen rechten, en dat niet alleen voor de toekomst maar met actuariële omrekening<sup>21</sup> van in het verleden opgebouwde aanspraken en rechten met uitzicht op een levenslang

pensioen met nominale zekerheid naar een 'pensioenpotje' zonder die zekerheid.<sup>22</sup>

Terug naar Dirk. Het ABP zal hem te zijner tijd informeren over het met behulp van rekenmeesters vastgestelde ambitieniveau voor het variabele pensioen dat hij zal gaan genieten. Maar die ambitie is net zomin een garantie als het mooie rendement op de inleg dat wordt voorgespiegeld aan investeerders in een pensioenpotje.

### 6. Nogmaals: wat is verzekering wel en wat echt niet

Het pensioenrecht als geregeld in de PW wordt gekenmerkt door een juridische driehoeksverhouding. Aan de basis ligt een pensioenovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer, in artikel 1 PW gedefinieerd als 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen'. De staande zijden representeren respectievelijk een door de werkgever zelf gesloten of hem collectief bindende uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds<sup>23</sup> en een door dat fonds opgesteld pensioenreglement. Het is aan het fonds om de werknemer (deelnemer in het fonds) te informeren over het aldus samengestelde geheel (de 'pensioenregeling').

Volgens prof. dr. E. Lutjens 'vertoont de uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds alle elementen die de overeenkomst als verzekeringsovereenkomst karakteriseren'.<sup>24</sup> Ik volg hem daarin wat betreft uitkeringsregelingen<sup>25</sup> maar in de uitvoeringsovereenkomst die deel uitmaakt van een premieregeling zonder nominaal vastgestelde uitkering ontbreekt hetzelfde essentiële element – de 'beschermende strekking' door risico-overdracht – als bij het in paragraaf 3 besproken pensioenpotje: pech is pech voor de deelnemer, niet voor het fonds. Zo'n regeling zou daarom eigenlijk niet 'premieregeling' mogen heten (wat immers verzekering suggereert) maar zou ter juiste voorlichting van 'consumenten' beter het etiket 'spaarregeling met beleggingsrisico' kunnen dragen.

Prof. Lutjens echter beschouwt ook een uitvoeringsovereenkomst in de vorm van een premieovereenkomst zonder nominaal vastgestelde uitkering als een verzekeringsovereenkomst. Dat standpunt baseert hij op lid 1 van artikel 7:925 BW, waarin hij een definitie van 'de' [sic!] verzekeringsovereenkomst leest.<sup>26</sup> Daarop voortbordurend redeneert hij als volgt:

*'Blijkens deze kenmerken vereist het begrip verzekering niet dat risico-overdracht naar de verzekeraar plaatsvindt. Met het begrip verzekering is daarom niet onverenigbaar dat in de fase voor ingang van het pensioen risico's bij de deelnemer liggen, zoals in een premieovereenkomst, noch dat in de uitkeringsfase de hoogte van de uitkering fluctueert op basis van bijvoorbeeld beleggingsresultaten, zolang maar de vereiste onzekerheid invulling krijgt. Dat is reeds het geval wanneer onzekerheid bestaat of een uitkering moet worden gedaan. De onzekerheid over het bedrag aan uitkering, zoals bij een variabele uitkering, is eveneens binnen het begrip verzekering mogelijk. Een beleggingsverzekering waarbij het beleggingsrisico bij de verzekeringnemer ligt, kan daarom eveneens een rechtsgeldige verzekeringsovereenkomst zijn.'*

Maar die redenering gaat naar mijn mening mank. Prof. Lutjens gaat immers voorbij aan de specifieke betekenis die in het licht van de wetsgeschiedenis moet worden toegekend aan het onbepaalde lidwoord waarmee de wettelijke basisdefinitie van ‘verzekering’ wordt ingeleid. Als hiervoor besproken heeft de wetgever daarmee aangegeven dat die omschrijving niet is bedoeld als een ‘voor alle gevallen sluitende’ definitie. De basisdefinitie is een (te ruime) ‘halve’ definitie: zij omvat *alle* verzekeringsovereenkomsten maar niet *alleen* verzekeringsovereenkomsten. Om die reden heeft de wetgever het aan de rechtspraak overgelaten om ‘de uiteindelijke grenzen’ van het begrip verzekering te trekken. Met *Bike Brothers/Nieuw Rotterdam* en gezaghebbende schrijvers over verzekeringsrecht<sup>27</sup> als baken is het niet aannemelijk dat de rechtspraak bereid zal zijn een overeenkomst die weliswaar gekenmerkt wordt door een of meer van de in artikel 7:925 lid 1 genoemde onzekerheden maar niet strekt tot overdracht van risico – anders gezegd: een kansovereenkomst zonder beschermende strekking – aan te merken als een verzekeringsovereenkomst.

De relevantie van dit verschil van mening is gelegen in de kwetsbaarheid van de invaar-operatie voor rechterlijke toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: EP) en artikel 17 Handvest Grondrechten EU (hierna: Handvest). Ik zal daarom mijn discussie met prof. Lutjens nog even voortzetten aan de hand van zijn grondige analyse van deze problematiek in *TPV 2020/20* ‘Invaren pensioen: de betekenis van eigendomsrecht – invaren is niet juridisch onhoudbaar’.

Beide genoemde bepalingen strekken tot bescherming van het eigendomsrecht. Prof. Lutjens stelt voorop<sup>28</sup> dat het aanvullend pensioen waarop uit hoofde van de arbeidsovereenkomst een aanspraak of recht bestaat onder het eigendomsrecht valt in de ruime betekenis die aan dat begrip wordt toegekend in de rechtspraak van het EHRM, die op grond van artikel 52 lid 3 Handvest ook richtinggevend is voor de interpretatie van artikel 17 Handvest. Hij omschrijft<sup>29</sup> het ‘invaren’ van uitkeringsovereenkomsten in het nieuwe stelsel als de omzetting van een ‘vastgestelde uitkering’ naar een ‘niet vooraf vastgestelde uitkering die ook na ingang variabel kan zijn’. Die ingreep kwalificeert hij als inmenging in de eigendom.

Tot zover volg ik prof. Lutjens, ook wat betreft zijn stelling dat van de twee in artikel 1 EP en artikel 17 Hand-

vest genoemde vormen van inmenging in de eigendom ‘het ontnemen van eigendom een veel ingrijpender inbreuk op het eigendomsrecht is dan het regelen van het gebruik’ en om die reden slechts kan plaatsvinden tegen tijdige en billijke vergoeding van het daardoor veroorzaakte verlies.<sup>30</sup> Maar ik opponeer tegen zijn stelling<sup>31</sup> dat het ‘gelet op de beschrijving van hetgeen gebeurt bij invaren wel duidelijk is dat de eigendom (de aanspraak of het recht op pensioen) niet wordt ontnomen’ maar dat (slechts) ‘de opgebouwde aanspraken en rechten bij een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst onder nieuwe andere regels worden gebracht’. Die formule versluiert, zo wil het mij voorkomen, de waarheid, en doet daarmee geen recht aan onze ‘maatmens’ Dirk.

## Die formule versluiert, zo wil het mij voorkomen, de waarheid

Dirks waarheid is dat de appel die hij nu nog heeft hem wordt ontnomen en dat hij daarvoor een peer terugkrijgt. De appel is een voldragen overeenkomst van levensverzekering uit hoofde waarvan Dirk titularis is van een voor de duur van zijn leven – althans dat dacht hij – verworven recht van lijfrente. De peer is een spaarregeling met beleggingsrisico. En de ‘swap’ heeft terugwerkende kracht in die zin dat ooit betaalde premies voor een levensverzekering achteraf geacht worden de inleg te zijn geweest voor een – gesofistikeerd<sup>32</sup> – pensioenpotje. Maar als jij mijn appel afpakt blijft die ontneming een ontneming en wordt niet een ‘regulering van het gebruik van mijn appel’ doordat jij mij een peer opdringt.

### 7. De gulden regel

Een goede wetgever die met ‘iets nieuws’ komt gaat voorzichtig om met verkregen rechten. Die gulden regel stond hoog in het vaandel bij de invoering van de Boeken 3-10 van het thans geldende BW. Onmiddellijk volgend op de in artikel 68a Overgangswet nieuw BW geformuleerde hoofdregel dat de nieuwe wet onmiddellijke werking heeft, bepaalt artikel 69 onder meer dat die onmiddellijke

18. Tussen Dirk en G is sprake van een gelijkgestelde rechtsbetrekking: zie art. 2 lid 2 sub b PW.

19. Zie ook hierna, par. 6.

20. Kwanten/Kuiper in: *T&C Pensioenrecht*, art. 83 PW, aantekening 3.

21. = ‘omtoveren’ voor alle niet-actuariële geschoolde burgers, dat is zacht gezegd een indrukwekkende meerderheid.

22. Zie voor een ‘ouderwets’ standpunt mr. B.C. de Die, AA 1991, 40, 10, p. 108: ‘Of men een verkregen recht heeft ... hangt niet af van de wet van vandaag maar van die van gisteren.’

23. Zogenaamde ‘verzekerde regelingen’

blijven hier buiten beschouwing.

24. Asser/Lutjens 7-XI 2023, nr. 262.

25. Bij die regelingen heeft de uitvoeringsovereenkomst het karakter van een levensverzekering met het fonds als verzekeraar en de deelnemer als verzekerd lijf, tevens begunstigde ingeval van verwezenlijking van het lang-leven-risico.

26. Zie Asser/Lutjens 7-XI 2023 nr. 258, alwaar ook de hierna samengevatte redenering.

27. Zie met name ook Mijnsen & Engel, *Verzekering* (Mon. BW nr. B 88) 2021 i.h.b. nr. 2.3. Voor dit artikel behoeft geen partij te worden gekozen in de daar behandelde

controverse over de vraag of ‘risico lopen’ de hoofdverbintenis van een verzekeraar is (zo Mijnsen e.a. in navolging van Van der Feltz, VA 1975, p. 18) of het economische gevolg van een voorwaardelijke verbintenis (zo Wansink e.a.). Beide standpunten veronderstellen immers de overdracht van risico. Voor de opvatting van Mijnsen c.s. pleit mijns inziens dat de instandhouding van een adequaat ‘beschermend vermogen’ kan worden gezien als een civielrechtelijke verbintenis van een verzekeraar jegens iedere verzekerde, waaraan niet afdoet dat de nakoming daarvan is onderworpen aan

publiekrechtelijk geregeld toezicht.

28. t.a.p. par. 3 aanhef.

29. t.a.p. par. 4.1, uitgaande van de status quo van de pensioendiscussie in 2020 maar in overeenstemming met de Wtp als inmiddels ingevoerd.

30. Zie art. 17 lid 2 Handvest.

31. t.a.p. par. 4.4.

32. Onder meer door een ‘gewogen’ spreiding van risico, afhankelijk van de nog te doorlopen opbouwperiode. Maar ook een gemitigeerde peer is geen appel.

## Maak van ‘invaren’ een avontuurlijke reis voor wie durft te wagen om te winnen, niet een rollercoaster voor bezorgde passagiers in een overgangsrechtelijke dwangbuis

werking niet tot gevolg heeft ‘dat iemand het vermogensrecht verliest dat hij onder het tevoren geldende recht had verkregen’.

Hoe zou dat voor het ‘klassieke’ overgangsrecht nieuw BW gecodificeerde beginsel hebben gewerkt als de wetgever zich daaraan met betrekking tot de Wtp had geconformeerd? Ik doe een poging, mijn analyse beperkend tot uitkeringsregelingen die worden uitgevoerd door pensioenfondsen.

Laten we beginnen met Dirk. Als gezegd is hij recht-hebbende op een onder de gelding van het ‘oude’ pensioenrecht verkregen lijfrente. Dat recht moet worden gerespecteerd. Dus als Dirk ‘alles bij het oude wil laten’ krijgt hij zijn zin, met alle voordelen maar ook alle nadelen van dien. Het ABP zou dat voor gepensioneerden die het vaste pensioen willen behouden (‘risicomijders’) kunnen organiseren ongeveer op de manier zoals Jozef dat deed in zijn rol als onderkoning van Egypte: een graanreserve aanhouden in vette jaren om daarvan te eten in magere jaren.<sup>33</sup> In ons geval zou een vergelijkbare reserve kunnen worden gevormd door de risicomijders ‘administratief te laten meelopen’ in het nieuwe stelsel. Afhankelijk van variabelen zoals behaalde beleggingsresultaten en de renteontwikkeling kan de fictieve uitkering volgens het nieuwe stelsel hoger zijn dan de werkelijke uitkering (een ‘plus’), maar het omgekeerde (een ‘min’) is ook denkbaar. Plussen te doteren aan de solidariteitsreserve,<sup>34</sup> minnen te compenseren ten laste daarvan. Als het optimisme van

FNV ‘dat de nieuwe regeling voor iedereen een beter pensioen oplevert’ gegrond is, behoeft bij toepassing van deze methodiek niet gevreesd te worden voor ‘lege graanschuren’. Maar ook als we de prognose van FNV met een korreltje zout nemen lijkt het aannemelijk dat een regeling als hier in grote lijnen geschetst op zijn minst voor een belangrijk deel ‘zichzelf financiert’. De essentiële sluitsteen – een garantie namens het fonds dat de gepensioneerde kan blijven rekenen op het toegezegde ‘vaste’ pensioen – zou daarom, althans voor een solide fonds, geen ernstig probleem moeten zijn.

Wat gepensioneerden betreft lijkt er dus een voor de hand liggende en uitvoerbare optie te zijn waarmee een blamerende en kostbare ‘zeperd’ in Straatsburg of Luxemburg kan worden voorkomen: respecteer een oud beginsel van overgangsrecht en maak van ‘invaren’ een avontuurlijke reis voor wie durft te wagen om te winnen, niet een rollercoaster voor bezorgde passagiers in een overgangsrechtelijke dwangbuis.

Een analoge optie voor nog niet gepensioneerden lijkt niet moeilijk te bedenken. Deze zou betrekking moeten hebben op de reeds gerealiseerde opbouwwaarde van de pensioenaanspraken. Het bestek van dit artikel laat niet toe daar dieper op in te gaan. •

<sup>33</sup>. Genesis 41, verzen 35 en 36.

<sup>34</sup>. Of een speciale reserve als wordt geopteerd voor een ‘variabele premiereregeling’.