

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/115947>

Please be advised that this information was generated on 2019-08-14 and may be subject to change.

# VAN PENSIOENCRISIS TOT PENSIOEN(R)EVOLUTIE



**VAN PENSIOENCRISIS TOT  
PENSIOEN(R)EVOLUTIE**

*Naar een nieuw pensioenevenwicht voor jong en oud*

REDE

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van  
bijzonder hoogleraar Pensioenrecht vanwege de Stichting Instituut GAK  
aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit  
Nijmegen op vrijdag 4 oktober 2013

door

prof. mr. drs. Mark Heemskerk

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2013

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft  
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2013 Mark Heemskerk | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-842-3

NUR 825

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# INHOUD

1	DE PENSIOENCRISIS	7
2	DE PENSIOENKLOOF TUSSEN JONG EN OUD	11
3	VAN EEN ECONOMISCH NAAR EEN JURIDISCH PENSIOENCONTRACT	25
4	NAAR EEN NIEUW PENSIOENEVENWICHT VOOR JONG EN OUD	45
5	SLOTOPMERKINGEN	57
	DANKWOORD	59
	LITERATUURLIJST	61
	RECHTSPRAAKOVERZICHT	65

Mijnheer de rector magnificus,  
Leden van het bestuur van de Stichting Instituut GAK,  
Zeer gewaardeerde aanwezigen,

# 1 DE PENSIOENCRISIS

## 1.1 INLEIDING

*Het pensioenstelsel in Nederland staat op knappen. Als er niks gebeurt, wordt ons pensioenstelsel onbetaalbaar en kunnen de volgende generaties betalen voor de huidige ouderen, maar zelffluiten naar hun pensioen: ze vinden de hond in de pensioenpot.'*

*www.g500.nl*

Dit zijn niet mijn woorden. Het is de visie van jongerenorganisatie G500 op het toekomstig pensioen. Een tegengeluid is er ook. Ouderen langs alle kanten gepakt, zo kopte de Telegraaf op 31 januari 2013. Bovenstaande berichten illustreren twee zaken: (1) er is een pensioencrisis en (2) het pensioenevenwicht tussen jong en oud dreigt te worden verstoord.

Eerst het goede nieuws: Nederlanders leven steeds langer. Wij leven zelfs keer op keer langer dan de beste actuarissen kunnen uitrekenen. Mannen hebben op 65-jarige leeftijd een levensverwachting van 18,3 jaar, vrouwen maar liefst 21,3 jaar.<sup>1</sup> Mannen die 65 jaar zijn leven vier jaar langer dan in 1950, vrouwen bijna 6 ½ jaar langer.<sup>2</sup> Die levenslange pensioenuitkering<sup>3</sup> moet betaald en gefinancierd worden. Niet alleen moet er langer pensioen worden uitgekeerd, er zijn steeds meer pensioenontvangers en steeds minder premiebetalers.

In 2010 zetten de gerenommeerde onderzoekscommissies Frijns en Goudswaard grote vraagtekens bij de toekomstbestendigheid van het pensioenstelsel.<sup>4</sup> Beide commissies drongen aan op hervorming. Het voorlopige resultaat van die pensioenhervormingen is langer doorwerken voor een lager pensioen. Jong én oud – ik laat in het midden vanaf welke leeftijd men oud is – maken zich

---

1 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 10.

2 RIVM, Nationaal Kompas Volksgezondheid 2011, RIVM 2012.

3 Artikel 15 Pensioenwet.

4 Commissie Frijns, Pensioen: onzekere zekerheid, 19 januari 2010; Commissie Goudswaard, Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, 2010; *Kamerstukken II* 2009-10, 30 413, nr. 139, bijlage.



terecht zorgen om hun pensioen. In april 2013 werd het pensioen van 5,5 miljoen mensen gekort.<sup>5</sup> De aangekondigde overstap naar een nieuw soort pensioencontract vergroot de onrust. Volgens een enquête uit mei 2013 heeft 58% van de Nederlanders geen enkel vertrouwen meer in pensioenfondsen.<sup>6</sup>

## 1.2 HET PENSIOENEVENWICHT TUSSEN JONG EN OUD WANKELT

Jong en oud delen het pensioenvermogen in goede tijden en in slechte tijden. Samen pensioen beleggen en risico's delen is voordelig voor beiden. Volgens de regering is het bestaansrecht van pensioenfondsen zelfs gelegen in het vermogen om solidariteit te genereren.<sup>7</sup> De solidariteit van de jongeren met de oudere generatie berust op de verwachting dat de volgende generatie weer solidair is met de huidige generatie.<sup>8</sup> Het is geven en nemen. Die solidariteit was jarenlang vanzelfsprekend. Nu vrezen jongeren dat zij veel meer pensioen geven dan ontvangen. Ouderen wijzen er op dat zij al premies hebben betaald en recht hebben op hun opgebouwd pensioen (verworven rechten). Zij vrezen voor aantasting van hun opgebouwd pensioen. Jongeren stellen daar tegenover dat de ouderen, in totaliteit gezien, te weinig premies hebben betaald. Zij vrezen dat er geen pensioen overblijft omdat de pensioenrekening naar hen wordt doorgeschoven. De vraag dringt zich steeds nadrukkelijker op of de pensioenlasten en -lasten eerlijk verdeeld zijn tussen jong en oud. Twee voorbeelden verduidelijken dat. Voor toekomstige generaties ligt de AOW-leeftijd ruim boven de 70 jaar. Wie geboren is in 1988 heeft een AOW-leeftijd van 71,5 jaar.<sup>9</sup> Vorige generaties met een AOW-leeftijd van 65 jaar traden vaak al uit vanaf 60 jaar. Dat betekent voor jongeren 10 jaar langer doorwerken voor een lager pensioen.

Bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen betalen jongeren procentueel dezelfde pensioenpremie als ouderen. Die verplicht-

5 Persbericht DNB 22 januari 2013, Kortingen pensioenfondsen vallen lager uit.

6 De Telegraaf 28 mei 2013, Vertrouwen in pensioenfonds nadert nulpunt. Vergelijk CBS, Vertrouwen in pensioenfondsen, 2012.

7 *Kamerstukken II* 1998-1999, nr. 26 537, nr. 1 en 2; *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 24, p. 28.

8 P. de Beer, Acht drogredenen over de strijd tussen de generaties, in: T. Notten, Een omgekeerd generatieconflict? De jeugd verdient de toekomst, Antwerpen/Apeldoorn, Garant 2006, p. 65-74.

9 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 35. De berekening is gebaseerd op huidige CBS-statistieken.

stelling geldt voor driekwart van de mensen met een pensioenregeling.<sup>10</sup> Berekeningen van het CPB tonen aan dat jongeren daarmee veel te weinig pensioen opbouwen voor hun geld.<sup>11</sup> Het omslagpunt van deze subsidie ligt ongeveer bij 46 jaar.<sup>12</sup> Die subsidie verdienen jongeren niet terug indien zij de pensioenregeling verlaten (door ontslag, baanwisseling of een overstap naar zzp'er). Het terugverdieneffect is sowieso beperkt bij een verslechtering van de pensioenregeling. Deze overdrachten trekken een zware wissel op de verhoudingen tussen jong en oud. De oude pensioenslogan was: je werkt één dag in de week voor je pensioen. Dat is door Martin Pikaart van het Alternatief voor Vakbond al omgedoopt tot: je werkt straks twee dagen in de week voor iemand anders zijn pensioen.<sup>13</sup> Het draagvlak voor het pensioenstelsel neemt af. De overheid, sociale partners en pensioenuitvoerders willen een pensioenhervorming doorvoeren. De pensioencrisis en het solidariteitsconflict vormt een recept voor maatschappelijke onrust en juridische procedures.

### 1.3 NAAR EEN NIEUW PENSIOENEVENWICHT

Enkele jongerenorganisaties willen het pensioencontract tussen jong en oud openbreken.<sup>14</sup> Ouderen hebben al aangekondigd Europa in te gaan – naar het Europese Hof van Justitie – indien hun pensioen wordt aangetast. Dat er een wijziging in het pensioenstelsel komt, is voor jong en oud duidelijk. Het moet anders. Het moet beter. Maar hoe? Het pensioen moet maatschappelijk en juridisch aanvaardbaar zijn voor jong en oud (generational fairness). Solidariteit moet meerwaarde hebben voor jong en oud. Geen eenzijdige subsidie van jong naar oud of andersom (perverse solidariteit) maar wederzijdse solidariteit op basis van welbegrepen eigenbelang.

Zijn de huidige wetgeving en pensioenregelingen klaar voor dat nieuwe evenwicht? Op deze plaats doe ik graag enkele sug-

10 Om redenen van overzicht hanteer ik het begrip pensioenregeling. Daarmee bedoel ik mede de pensioenovereenkomst, zoals artikel 1 Pensioenwet deze omschrijft.

11 J. Bonenkamp, E. Westerhout, Antwoord op enkele vragen van de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen, CPB, Den Haag, 20 januari 2010; E. Lutjens, Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?, *TPV* 2007/24.

12 D. Boeijen, C. Jansen, N. Kortleve, J. Tamerus, Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw, *TPV* 2007-3.

13 M. Pikaart, De pensioenmythe, *Business Contact* 2011.

14 Jong paars lanceert plan voor nieuw pensioenstelsel, 27 mei 2013; [www.nieuwpensioenstelsel.nl](http://www.nieuwpensioenstelsel.nl)

gesties voor een nieuw evenwicht. Nader onderzoek is wenselijk om praktische oplossingsrichtingen uit te werken, te nuanceren en bij te stellen. Ik begin met de dreigende pensioenkloof tussen jong en oud (hoofdstuk 2). Vervolgens bespreek ik de voorgestelde pensioenhervorming (hoofdstuk 3). Na enkele suggesties voor een nieuw juridisch evenwicht voor jong en oud (hoofdstuk 4) sluit ik af met enkele samenvattende opmerkingen (hoofdstuk 5). Een ding is duidelijk: pensioen wordt minder zeker, en het wordt zeker minder.

## 2 DE PENSIOENKLOOF TUSSEN JONG EN OUD

*'Oh simple thing where have you gone  
I'm getting old and I need something to rely on'*

*Keane: somewhere only we know (2007)*

### 2.1 INLEIDING

Mensen verwachten een onrealistisch hoog pensioen. De afgelopen twintig jaar heeft zich een stille pensioenevolutie voltrokken met een reeks pensioenversoberingen (zie tabel 2.1). Daardoor ontstaat een kloof tussen het pensioen van de vorige, de huidige en de toekomstige generatie. De eindloonregeling is vervangen door een middelloonregeling. De pensioenpremies zijn gestegen. In veel middelloonregelingen is de pensioenpremie gemaximeerd (CDC).<sup>15</sup> VUT en prepensioen zijn (fiscaal) afgeschaft. Indexatie van pensioen is uitzondering in plaats van regel. Korting van pensioen is realiteit. De volgende pensioenhervorming – het nieuwe pensioencontract – is al aangekondigd. Steeds meer werknemers en gepensioneerden<sup>16</sup> protesteren tegen een nieuwe pensioenwijziging.

Tabel 2.1 Pensioenversoberingen in beeld

1. Van eindloon naar middelloon
2. Afschaffing van VUT en prepensioen
3. Het premieplafond
4. Lagere premies en lagere opbouw
5. Verhoging pensioenleeftijd

---

<sup>15</sup> CDC staat voor collective defined contribution.

<sup>16</sup> Om redenen van overzicht spreek ik over gepensioneerden. Daarmee bedoel ik ook gewezen deelnemers (slapers) en pensioengerechtigden, zoals de Pensioenwet dat definieert.

## 2.2 DE VERWACHTINGSKLOOF

Meer dan de helft van de mensen denkt 70% of meer van het laatstverdiend loon als pensioen te ontvangen. Dat blijkt uit onderzoek eind 2011 van de AFM.<sup>17</sup> Slechts 12% meent dat zijn pensioen minder is dan 70% van het laatstverdiende brutosalaris. Bijna 70% van de mensen is pensioenbewusteloos. Zij zijn niet op de hoogte van het pensioeninkomen, weten niet of dit bij pensionering voldoende is en zijn niet bekend met de mogelijkheden om meer pensioen op te bouwen.<sup>18</sup> Jongeren in de leeftijdsgroep 35 tot 45 jaar hebben de hoogste verwachtingen. Bijna 70% van hen denkt dat er een pensioen van 70% eindloon klaarligt.

Het werkelijke pensioen is bijna altijd lager dan het verwachte pensioen.<sup>19</sup> De opbouwperiode van 40 jaar wordt niet gehaald door werkloosheid, eerder stoppen of tijdelijke onderbrekingen. Een mismatch tussen de fictieve AOW in de pensioenregeling (de franchise) en de werkelijke AOW betekent minder pensioen.<sup>20</sup> Een echtscheiding heeft vaak desastreuze gevolgen voor het pensioen. De verwachtingskloof bestaat doordat mensen pensioen niet begrijpen.<sup>21</sup> Veel mensen lezen de beschikbare informatie in startbrief, uniform pensioenoverzicht of [www.mijnpensioenoverzicht.nl](http://www.mijnpensioenoverzicht.nl) niet.<sup>22</sup> De verwachtingskloof voor jongeren wordt nog vele malen erger dan voor de huidige pensioengerechtigden. Uitgangspunt voor jongeren wordt waarschijnlijk een pensioen gebaseerd op 70% van het gemiddeld salaris. Hun werkelijke pensioen is waarschijnlijk lager.

---

17 AFM, Geef Nederlanders pensioeninzicht, Werken aan vertrouwen door dichten van de verwachtingskloof, AFM 2010; AFM consumentenmonitor Pensioen, Najaar 2011.

18 TNS-NIPO, Pensioenbewustmonitor, derde meting pensioenbewustzijn-meter, onderzoek in opdracht van Wijzer in Geldzaken, Amsterdam, januari 2012.

19 SER, Op weg naar pensioenbewust zijn, SER 2008, p. 25, zie reeds E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. VU Amsterdam, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1989, p. 57.

20 P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour*, VU 2008; SER, Op weg naar pensioenbewust zijn, SER 2008, p. 25; Uitgebreid over de franchise zie E.M.F. Schols-van Oppen, *De franchise in pensioenregelingen*, diss. Tilburg 2011.

21 Vergelijk ook SER, Op weg naar pensioenbewust zijn, SER 2008; Financieel inzicht van Nederlanders, CentiQ, mei 2008. Publieksonderzoek onder 4280 consumenten.

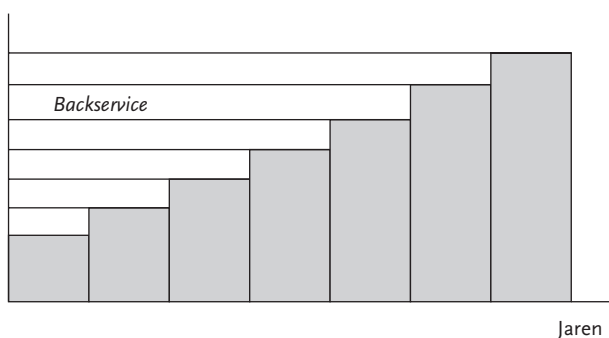
22 AFM, Geef Nederlanders pensioeninzicht, Werken aan vertrouwen door dichten van de verwachtingskloof, AFM 2010.

### 2.3 DE 70% EINDLOON MYTHE

De mythe van 70% eindloon is geïnstitutionaliseerd. Fiscaal vriendelijk pensioensparen was jarenlang mogelijk door 40 jaar lang 1,75% pensioen op te bouwen. In de wet op de Loonbelasting 1964 stond een maximumopbouwpercentage van 2% per jaar voor eindloonregelingen. Dat bood de grote groep werknemers die geen 40 jaren volmaakte ruimte om een volledig pensioen op te bouwen.<sup>23</sup> Een werknemer kreeg bij een salarisstijging met terugwerken de kracht pensioenopbouw over alle dienstjaren uit het verleden (zie figuur 2.1).

Figuur 2.1 Eindloonregeling met backservice

Pensioenopbouw



Dit fenomeen staat in slecht Engels bekend als backservice. Die backserviceverplichtingen zijn heel duur. De eindloonregeling was in de vorige eeuw de standaardpensioenregeling. Hij gold voor twee derde van de werknemers.<sup>24</sup> Zelfs in 2000 nam een meerderheid van 58,7% van de deelnemers nog deel aan een eindloonregeling.

De kassen van de pensioenfondsen zaten overvol. Het ging zo goed dat de regering in 1988 een wetsontwerp presenteerde om belasting te heffen over vermogensoverschotten van pensioenfondsen dat pas in 2004 is ingetrokken.<sup>25</sup> Het hoge pensioenvermogen leidde tot lagere premies (zelfs premieholida's) en terugstortingen aan werkgevers. Het ging om miljarden. Oud-premier Lubbers erkende

<sup>23</sup> Kamerstukken II 1997-98, 26 020, nr. 3, p. 8, 9.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 1997-98, 2620, nr. 3, p. 3.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 1988-1989, 21 197, nr. 3 (Wet op de heffing over vermogensoverschotten van pensioenfondsen); Kamerstukken II 2003-04, 21 197, nr. 12.

op 23 december 2012 in het TV-programma Buitenhof dat dit fout is geweest.<sup>26</sup> Premieverlaging en terugstorting aan werkgevers zijn ongunstig geweest voor de huidige generatie pensioenontvangers en de volgende generatie. Toen door vergrijzing de pensioenkosten toenamen werd de eindloonfilosofie verlaten<sup>27</sup> en overgestapt op een middelloonregeling met een lager ambitieniveau.<sup>28</sup> Tegenwoordig is een eindloonregeling bijna rijp voor het pensieomuseum. In 2011 nam minder dan 1% van de werknemers deel aan een eindloonregeling en 91,2% aan een middelloonregeling.<sup>29</sup>

## 2.4 DE GEÏNDEXEERDE MIDDELLOONREGELING

Het gemiddelde salaris is bijna altijd lager dan het laatstverdiende salaris. Dat betekent minder pensioenopbouw in een middelloonregeling. Als compensatie zijn in veel gevallen de opbouwpercentages voor middelloon verhoogd.<sup>30</sup> De indexatie van de pensioenopbouw moest welvaarts vaste pensioenopbouw realiseren en verving in feite de backservice. In de praktijk was dit vrijwel altijd een verslechtering. Illustratief is de goed verstopte voetnoot van het CPB in een kabinetsnotitie met de schatting dat de kosten van een middelloonregeling op lange termijn zo'n 20% lager zijn dan de kosten van een eindloonregeling.<sup>31</sup> Minder kosten betekent meestal een lager pensioen. Een versobering van de indexatie zorgde voor kostenbesparingen.

Onvoorwaardelijke indexatie werd voorwaardelijk gemaakt. Indexatie gebeurde niet langer automatisch maar werd afhankelijk van de middelen van het pensioenfonds of het indexatiedepot bij de verzekeraar. Een deel van het 'harde' pensioen werd zacht.<sup>32</sup> Heel veel indexatiebepalingen zijn aanzienlijk verlaagd: bijvoorbeeld van loonindexatie naar prijsindexatie, een maximale indexatie of een afgeleid prijsindexcijfer (CPI-afgeleid). Over die indexatie-

26 Buitenhof 23 december 2012.

27 *Kamerstukken II* 1990-91, nr. 2, p. 38

28 *Kamerstukken II* 1990-91, nr. 2, p. 39, zie voor een eerdere denkstap in die richting ook *Kamerstukken II* 1981-82, 17 473, nr. 1-2 (nota interimmaatregel pensioenbreuk); *Kamerstukken II* 1990-91, nr. 2, p. 41; vergelijk SER, Werken aan zekerheid, p. 47, SER 1997-5.

29 *Kamerstukken II* 2012-13, 33565, nr. 3, p. 3.

30 CGB 19 mei 2006, 2006-101 en102, *PJ* 2006/84 (ABP).

31 *Kamerstukken II* 1995-96, 25 010, nr. 2, p. 31.

32 Vergelijk Commissie Goudswaard, Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, *Kamerstukken II* 30 413, nr. 139, bijlage.

wijzigingen is en wordt veel geprocedeerd.<sup>33</sup> Duidelijk zal zijn dat een minder ambitieuze indexatie minder pensioengeld kost en minder pensioen oplevert.

Bij onvolledige indexatie is de middelloonregeling minder waard dan de eindloonregeling.<sup>34</sup>

De gevolgen van niet indexeren zijn voor jongeren anders dan voor ouderen. Niet indexeren bij pensioengerechtigden vertaalt zich in uitblijvende prijscompensatie (koopkrachtverlies). Een indexatiestop van vijf jaar betekent een koopkrachtverlies van 10% voor indexatie die is gerelateerd aan de prijzen. Dat is gangbaar voor slapers en pensioengerechtigden. Jongeren zien de indexatiebeperking slechts op papier, als ze dat opmerken. De beperkte indexatie raakt hun tot dan toe opgebouwd pensioen. Bij indexatie gekoppeld op basis van loonontwikkeling, gangbaar bij werknemers, kan het koopkrachtverlies zelfs oplopen tot 15%.<sup>35</sup> De jongere hoopt op herstel van de indexatie in de toekomst, al is er (vooralsnog) geen concreet uitzicht op herstel. Uitblijvende indexatie op lange termijn raakt de jongere gedurende een langere periode. Kortom: bij de omzetting van eindloon naar middelloon is de pensioenregeling versoberd.

## 2.5 DE FISCALE AFSCHAFFING VAN VUT EN PREPENSIOEN

De eerste haarscheurtjes in het generatiecontract werden zichtbaar toen VUT en prepensioen fiscaal werd afgeschaft in 2005. Door een overgangsregeling voor mensen geboren vóór 1950 bleef VUT en prepensioen voor oudere leeftijdscohorten binnen bereik. Er ontstond een pensioenregeling voor jong (pensioenreglement 2006) en oud (pensioenreglement voor mensen geboren voor 1950).<sup>36</sup> Het niveau van de pensioenregelingen was niet gelijk. Jongeren moesten langer doorwerken dan de generatie geboren vóór 1950 om hetzelfde pensioen te halen. Zij betaalden premie voor een regeling waarvan zij zelf niet profiteerden. Dat leidde tot de oprichting van het Alternatief voor Vakbond en een groot

---

33 Een kleine greep: Hof Amsterdam 12 april 2011, *PJ* 2011, 91 (*Shell*); Hof Amsterdam 24 juni 2011, *PJ* 2011, 104 (*Unisys*); Hof Amsterdam 1 november 2011, *PJ* 2011, 152 (*ECN*); Hof Arnhem 25 januari 2005, *PJ* 2005, 31 (*Campina*); HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002, 261 (*Kemira*).

34 P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour*, VU 2008, p. 112.

35 Vergelijk AFM, Geef Nederlanders pensioeninzicht, AFM 2010.

36 M. Heemskerck, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen*, VU, 2005.



aantal rechtszaken over de vraag of de betere pensioenregeling van ouderen geen leeftijdsdiscriminatie van jongeren was.<sup>37</sup> In veel gevallen werd het leeftijdsonderscheid juridisch aanvaardbaar bevonden. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch in een door het Alternatief voor Vakbond aangespannen spraakmakende zaak dat de ABP-regeling geen leeftijdsdiscriminatie vormde.<sup>38</sup> Solidariteit van jong en oud was volgens het Hof een ondersteunend argument om geen gelijke maar een gelijkwaardige pensioenregeling te aanvaarden. Overigens waren er ook pensioenregelingen waar de balans tussen de leeftijdscohorten zo uit het lood stond dat de regeling leeftijdsdiscriminatie vormde.<sup>39</sup> Het juridisch elastiek van de pensioensolidariteit kan dus knappen. Hoe dan ook: afschaffing van VUT en prepensioen is per saldo een verslechtering van de pensioenregeling van jongeren.

## 2.6 DE BOEKHOUDKUNDIGE PENSOENREVOLUTIE (CDC)

Bij veel ondernemingen is met name om boekhoudkundige redenen<sup>40</sup> een premieplafond ingesteld zodat de pensioenverplichtingen boekhoudkundig zijn gemaximeerd. De defined benefit pensioenregeling (DB) met een vast opbouwpercentage en variabele pensioenpremies is gewijzigd in een zogenaamde CDC-regeling (collective defined contribution) met een premieplafond voor de werkgever.<sup>41</sup> Bijstortingsverplichtingen van werkgevers zijn geschrapt uit uitvoeringsovereenkomsten. De premie kan dan niet meer stijgen tenzij er nieuwe afspraken worden gemaakt. Het risico dat de premie onvoldoende is, is verlegd naar het pensioenfonds en de begunstigden. Dat is een min of meer stille pensioenrevolutie geweest die nog steeds voortduurt.<sup>42</sup> De wijziging is niet zichtbaar

37 CGB 2005-219. M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005.

38 Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2009, *PJ* 2009, 165, *RAR* 2010, 6.

39 CGB 2006-62, *PJ* 2006, 68.

40 Op grond van internationale verslaggevingsregels (IFRS) moesten ondernemingen met een defined benefit regeling hun pensioenverplichtingen waarden op de balans. De waardering op marktwaarde zorgt voor schommelingen in de winst- en verliesrekening van de werkgever. Dat vinden veel aandeelhouders onplezierig.

41 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 4. E. Lutjens, 'Collectief DC', *P&P* 2006-3; J.M.G. Frijs, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *TPV* 2006-2; E.M.F. Schols-van Oppen, De collectieve beschikbare premieregeling, in: *De CDC-regeling: stand van zaken 2008*, VVPR, SDU 2008.

42 IPE 1 juli 2013, Philips stapt over naar collectieve premieovereenkomst; IPE 2 juli 2013, Xerox onderhandelt over CDC-regeling, IPE 24 juli 2013, Ook pensioenfonds Achmea over naar CDC.

in het pensioenreglement. Het opbouwpercentage uit het pensioenreglement blijft immers gelijk. Voor juristen kan de door accountants boekhoudkundig gekwalificeerde CDC-regeling nog steeds een uitkeringsovereenkomst (DB-regeling) zijn.<sup>43</sup> Alleen de financieringsafspraken in de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds wijzigen. Dat ziet de gemiddelde werknemer of pensioengerechtigde niet.<sup>44</sup> De wijziging van de uitvoeringsovereenkomst is voor werknemers en pensioengerechtigden juridisch moeilijker aanvechtbaar. Werknemers zijn volgens het arrest DSM/Fox van de Hoge Raad uit 2004 via een derdenbeding<sup>45</sup> weliswaar partij bij de overeenkomst tussen werkgever en pensioenfonds. Zij hebben als begunstigde niet dezelfde positie als contractsluitende partijen. Deelnemers aan een pensioenregeling hebben dus niet dezelfde positie om wijzigingen tegen te houden.<sup>46</sup> Welke rechten zij precies ontlenen aan het derdenbeding is onduidelijk. Dat mag wat mij betreft wettelijk en/of contractueel worden verduidelijkt. Het Hof Arnhem oordeelde in 2008 dat gepensioneerden geen partij waren bij de uitvoeringsovereenkomst.<sup>47</sup> Hun instemming bij wijziging van de uitvoeringsovereenkomst was daarom niet vereist.<sup>48</sup> Is na wijziging van de uitvoeringsovereenkomst de premie onvoldoende, dan is de kans op korting groter. Dat raakt jong én oud. Ook het opbouwpercentage daalt. Dat betekent een structureel lager pensioen voor werknemers. Deze stille revolutie heeft er toe geleid dat het risico op korten en lagere pensioenopbouw is verschoven van de werkgever naar werknemers en gepensioneerden.<sup>49</sup>

---

43 E. Bergamin e.a., *Juridische aspecten van een CDC-regeling*, VVPR 2007; De CDC-regeling: stand van zaken 2008, VVPR 2008.

44 De deelnemersraad moet wel om advies zijn gevraagd, zie artikel 111 Pensioenwet. Bij negatief advies is er de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, zie artikel 217 Pensioenwet.

45 Vergelijk artikel 6:253 BW e.v.

46 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 293 (DSM/Fox).

47 Hof Arnhem 27 mei 2008, PJ 2008, 67 (Akzo); A.G. van Marwijk Kooy, AkzoNobel, CDC, garantie en gepensioneerden, P&P 2008-7/8.

48 Hof Arnhem 27 mei 2008, PJ 2008, 67 (Akzo), r.o. 4.28.

49 Om redenen van overzicht spreek ik over werknemers en gepensioneerden. Daarmee bedoel ik de in artikel 1 Pensioenwet gedefinieerde begrippen deelnemer, gewezen deelnemer en pensioengerechtigden.

## 2.7 HOGERE PENSIOENPREMIES

De pensioenpremies en de kostprijs voor pensioen zijn sterk gestegen.<sup>50</sup> Van 1970 tot en met 2000 was de pensioenpremie ongeveer 10% van het brutoloon.<sup>51</sup> In de periode 2004-2008 was de pensioenpremie gemiddeld bijna 16 procent van het brutoloon.<sup>52</sup> De pensioenpremies liggen daarmee op een historisch hoog niveau.

Globaal genomen betaalt de werkgever twee derde van de pensioenpremie en de werknemer een derde. Werknemers zijn in de loop der jaren meer premie gaan betalen en een hoger percentage van die premie. Om hetzelfde pensioenniveau te houden, moeten de pensioenpremies verder omhoog. Verdere verhoging van de pensioenpremies was wegens een slechtere concurrentiepositie volgens het advies van de Commissie Goudswaard uit 2010 onwenselijk. Het economisch onzichtbare plafond van de premie was bereikt. Niet voor niets gaat het Pensioenakkoord uit 2010 uit van een stabiele pensioenpremie. Het premieplafond sluit daarbij aan. De wal heeft het schip gekeerd.

### 2.7.1 LAGERE PENSIOENPREMIES?

In de zomer van 2013 aanvaardde de Tweede Kamer een wetsvoorstel dat de fiscaal toegestane pensioenopbouw verlaagt. Voor lagere pensioenopbouw is minder pensioenpremie nodig. De verlaging van de pensioenopbouw kan volgens de regering leiden tot een pensioenpremie die maximaal 22% lager is. De regering verwacht op termijn een daling van de pensioenpremies van 15%.<sup>53</sup> Een lagere premie betekent minder pensioenkosten voor werknemer en werkgever. DNB berekende dat de pensioenpremienvrijval de economie op korte termijn een oppepper zou geven indien deze vrijval beschikbaar werd gesteld voor lonen. Dat zou na 4 jaar leiden tot een verhoogde consumptie van 2,6% en een economische groei van 0,6%.<sup>54</sup>

50 Artikel 128 Pensioenwet verplicht pensioenfondsen om een kostendekkende premie vast te stellen.

51 J. Bonenkamp, E. Westerhout, Antwoord op enkele vragen van de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen, CPB, Den Haag, 20 januari 2010.

52 Commissie Goudswaard, Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, p. 18, 34.

53 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 11.

54 DNBulletin 14 mei 2013, Beperking Witteveenkader kan economie oppepper geven.

Het langetermijneffect voor werknemers is een lager pensioen. Lagere pensioenopbouw betekent niet automatisch lagere premies. Pensioenfondsen kunnen met een lagere opbouw de premie gebruiken om hun tekorten weg te werken. Er kan daarna weer geïndexeerd worden. Wat gebeurt er bij verlaging van de premies met de vrijvallende pensioenpremies? Komt dat terug, komt dat terug als loon of wordt de pensioenregeling ‘opgeplust’? Sociale partners en pensioenfondsen kunnen de onderhandelingen openen. De uitkomst van die onderhandelingen heeft generatie-effecten. Niet verlagen van de pensioenpremie benadeelt jongere generaties. Zij betalen dan dezelfde premie voor een lagere pensioenopbouw.<sup>55</sup> Meer indexatie is gunstiger voor gepensioneerden. Verbetering van de pensioenregeling is bijvoorbeeld mogelijk door verhoging van het nabestaandenpensioen.<sup>56</sup> Jongeren krijgen geen hoger pensioen voor een lagere pensioenpremie. Die zekerheid is er wel.

## 2.8 MINDER PENSIOENOPBOUW

Per 1 januari 2013 is het fiscaal toegestane maximumopbouwpercentage voor eindloonregelingen verlaagd van 2% naar 1,9% en voor middelloonregelingen van 2,25% naar 2,15%.<sup>57</sup> Als gezegd stemde de Tweede Kamer dit jaar in met een verlaging van het fiscaal toegestane opbouwpercentage voor middelloonregelingen naar 1,75% per jaar. Over loon van meer dan € 100.000 bouwt men geen fiscaal gefaciliteerd pensioen meer op. Het is een overstap van 70% eindloon in 35 jaar naar 70% middelloon in 40 jaar. Volgens de regering is dat nog een adequaat pensioen.<sup>58</sup> De Tweede Kamer aarzelde of 70% middelloon in 40 jaar haalbaar was.<sup>59</sup> De primaire reden voor die verlaging uit het Regeerakkoord is het op orde brengen van de overheidsfinanciën: bezuinigen.<sup>60</sup> Niet langer belastinguitstel voor pensioenpremies leidt tot extra belastingopbrengsten op korte termijn.<sup>61</sup> De houdbaarheid van het pensioenstelsel is een bijvangst.

55 *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 8, p. 34; *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 16, p. 3-4, 8.

56 Dat kan van risicobasis naar opbouwbasis. Het nabestaandenpensioen kan te zijner tijd worden uitgeruild voor een hoger ouderdomspensioen.

57 Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, Stb. 2012, 328.

58 *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 8, p. 30.

59 Vergelijk de motie Krol, *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 36

60 *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 11, p. 1; nr. 4, p. 5-6.

61 Vergelijk STAR, Alternatief aanpassingen Witteveenkader, 7 juni 2013.

Verlaging van de pensioenopbouw per jaar is een sluipmoorde- naar voor de hoogte van het pensioen. Mensen zien de verlaging niet op hun bankrekening. Toekomstig pensioennadeel is nauwe- lijks zichtbaar. Een verlaging van pensioenopbouw met 0,5% per jaar oogt niet groot. Gemeten over een werkende periode van 40 jaar ontvangt die persoon 20% minder pensioenopbouw. In het kielzog van het ouderdomspensioen wordt ook het nabestaanden- pensioen verlaagd. Het nabestaandenpensioen is namelijk vrijwel altijd gekoppeld aan het ouderdomspensioen.

Tabel 2.2 Fiscale ruimte voor pensioenopbouw per jaar

	Oud	Wetsvoorstel	Pensioendaling
<b>Eindloonregeling</b>	2%	1,5%	20%
<b>Middelloonregeling</b>	2,25%	1,75%	20%
<b>Premieregeling</b>	staffel	lagere staffel	20%

De jongere generatie moet dus veel langer doorwerken om hetzelfde pensioen te krijgen.<sup>62</sup> Economen becijferden dat de voorgestelde wijzigingen kunnen leiden tot ruim 18% minder pensioen.<sup>63</sup> De Raad van State vroeg de regering het voorstel te heroverwegen, ook met het oog op de krakende solidariteit tussen jong en oud.<sup>64</sup>

### 2.8.1 NETTO PENSOENSPAREN ALS AANVULLING?

Het Sociaal Akkoord van 11 april 2011 bood sociale partners de gelegenheid om met een alternatief te komen. Dat mocht €250 miljoen kosten. De Stichting van de Arbeid kwam terug met een spaar- faciliteit uit het nettoloon waardoor in totaal een opbouw van 1,85% kan worden gerealiseerd. Kort gezegd gaat het om een excedent- regeling waarmee een netto-aanvulling op de 1,75% opbouw moge- lijk is die gelijkwaardig is aan de opbouw van 0,10% per jaar.<sup>65</sup> Het nettospaarbedrag is vrijgesteld van vermogensrendementsheffing in box 3. Om budgettaire redenen is niet gekozen voor een op- bouwpercentage van 1,85% maar een nettospaarfaciliteit opgetuigd

62 Vergelijk CPB, *Generatie-effecten versoering pensioenopbouw*, 1 februari 2013.

63 Z. Lekniute, E. Ponds, *Effecten verlaging opbouwpercentage aanvullende pensioenen*, ESB 18 februari 2013.

64 *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 610 nr. 4, p. 1, 5-6.

65 STAR, *Alternatief aanpassingen Witteveen kader*, 7 juni 2013, p. 4-6; *Kamerstukken II 2012-13*, 33 610, nr. 14, p. 11.

(eerst belasting heffen over de premie in plaats van de omkeerregel). Er is een grote kans dat een disproportioneel deel van de relatief lage premie-inleg opgaat aan uitvoeringskosten van pensioenuitvoerders. Gevraagd naar de generatie-effecten antwoordde de regering dat de jongste generaties het meest profiteren van de spaarfaciliteit omdat zij er het langst voordeel van hebben.<sup>66</sup> De nettospaarfaciliteit is niet eenvoudig invoerbaar. Er ontstaan twee pensioenpotten. De Pensioenwet schrijft voor dat het scheiden van vermogens binnen een pensioenfonds niet mogelijk is.<sup>67</sup> Een actuariel hoger bruto-opbouwpercentage, bijvoorbeeld 1,8% lijkt mij een beter plan, dat eenvoudiger uitvoerbaar is. Hoe dan ook bouwen jongeren minder pensioen op. Of zij daarvoor minder premie betalen moet nog worden uitonderhandeld.

## 2.9 DE HOGERE PENSIOENLEEF TIJD

### 2.9.1 DE PENSIOENLEEF TIJD BESTAAT NIET MEER

Bij inwerkingtreding van de voorloper van de AOW in 1947<sup>68</sup> was al bekend dat de vaste pensioenleeftijd van 65 jaar op lange termijn onhoudbaar was. Maar de AOW-leeftijd heeft 65 jaar lang geen onderhoudsbeurt gehad. Bij koppeling van de AOW-leeftijd aan de levensverwachting was de AOW-leeftijd nu ongeveer 70 jaar geweest. Voor de huidige 25-jarige – geboren in 1988 – is de geschatte AOW-leeftijd 71,5 jaar.<sup>69</sup> De prijs voor die gestegen levensverwachting is niet betaald. Die ‘schade’ moet nu worden gerepareerd tijdens een economische crisis. Verhoging van de AOW-leeftijd lag al geruime tijd voor de hand.<sup>70</sup> De latere ingangsdatum van het pensioen compenseert de toegenomen levensverwachting. De koppeling aan de levensverwachting leidt er toe dat verschillende generaties dezelfde uitkeringsduur hebben.

Pas in 2013 is een begin gemaakt met de verhoging van de AOW-leeftijd.<sup>71</sup> De verhoging van de AOW-leeftijd betekent voor

66 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 14, p. 12.

67 Artikel 123 Pensioenwet.

68 De Noodwet Ouderdomsvoorziening van 24 mei 1947, *Stb.* 1947, 155 was de voorloper van de AOW.

69 *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 35.

70 *Kamerstukken II* 2007-08, 31 200, nr. 3; Commissie Financiering Oudedagsvoorzieningen, *Gespiegeld in de tijd: de AOW in de toekomst*, SZW 1987, i.h.b. p. 125-131; OESO, *Economic Survey of the Netherlands*, 2008, p. 5; Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, 16 juni 2008, p. 93.

71 Wet van 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 329

werknemers dat zij vanaf 2013 later een AOW-uitkering krijgen. Bovendien gaat de AOW sinds 1 april 2012 niet meer in op de eerste dag van de maand waarop werknemers 65 worden maar op de verjaardag (Wet AOW op verjaardag).<sup>72</sup> Voor iemand geboren op de 30e of 31e van de maand betekende dat al een maand later AOW (AOW-gaatje). Dé AOW-leeftijd bestaat niet meer. De ingangsdatum is leeftijdsafhankelijk en verschilt per bouwjaar. De AOW-leeftijd wordt jaarlijks met stapjes verhoogd. In 2019 is de AOW-gerechtigde leeftijd 66 jaar en in 2023 67 jaar. Daarna is de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting. In het Regeerakkoord uit 2012 wordt de AOW-leeftijd vanaf 2015 versneld verhoogd zodat deze in 2018 66 jaar is en in 2021 67 jaar.<sup>73</sup> De jongere generatie krijgt later AOW.

### 2.9.2 DE ANDERE PENSIOENLEEF TIJD

De AOW-leeftijd is niet de leeftijd die in het pensioenreglement staat. In vrijwel alle pensioenreglementen wordt indirect aangesloten bij de fiscale pensioenrichtleeftijd uit de Wet op de Loonbelasting. Per 1 januari 2014 wordt de fiscale pensioenrichtleeftijd verhoogd naar 67 jaar en daarna gekoppeld aan de levensverwachting. In 2014 is de AOW-leeftijd 65 jaar en 2 maanden en de fiscale pensioenrichtleeftijd 67 jaar. De AOW-leeftijd is lager dan de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement. Werknemers die AOW en aanvullend pensioen gelijk willen laten ingaan kunnen hun aanvullend pensioen eerder aanvragen. De wijziging van de pensioenleeftijd in pensioenreglementen is in volle gang.

### 2.9.3 DE EINDDATUM VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

In vrijwel alle arbeidsovereenkomsten staat dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd of woorden van gelijke strekking.<sup>74</sup> Daarmee werd 65 jaar bedoeld. Door de hogere AOW-leeftijd kunnen werknemers langer doorwerken. Pensioenontslag onder de AOW-leeftijd is in beginsel verboden (vergelijk artikel 7 WGBl). Langer doorwerken is hard nodig om een hoger pensioen te verdienen. De juridische bescherming om langer door te werken klinkt mooi. De hamvraag is of werknemers kunnen doorwerken. Ten eerste is de vraag of zij in goede

72 Wet van 8 december 2011 en besluit van 8 maart 2012, *Stb.* 2012, 2 en 109.

73 Regeerakkoord Bruggen Slaan van VVD en PvdA van 29 oktober 2012.

74 Voor de juridische grondslag daarvan zie HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/10 (KLM).

gezondheid kunnen doorwerken. Ten tweede is de vraag of zij dan nog een baan hebben. Veel werkgevers zien oudere werknemers nog steeds als dure werknemers.<sup>75</sup> Of jongere werknemers van nu werkelijk in staat zijn om de pensioenversoberingen op te vangen door tot na hun 70e door te werken is twijfelachtig.

## 2.10 CONCLUSIE

De pensioenverwachtingen zijn te hoog, zeker bij jongeren. De tijden van 70% eindloon behoren tot het verleden. Het is tijd voor verwachtingsmanagement. De nieuwe realiteit voor jongeren is langer doorwerken voor een veel lager pensioen. De eindloonregeling is vervangen door een geïndexeerde middelloonregeling met een premieplafond. VUT en prepensioen zijn afgeschaft. Indexatie is uitzondering geworden. De risico's van pensioenverlaging (kortten) liggen eerder bij begunstigden nu premieverhoging of bijstorting vaak zijn weggecontracteerd. De aangekondigde verlaging van de pensioenopbouw kan het pensioen nog eens met bijna 20% verminderen. De oudere generatie heeft waarschijnlijk een betere pensioenregeling gehad dan de jongere generatie. Een pensioenkloof dreigt tussen jong en oud. Jong tegen oud<sup>76</sup> in plaats van jong en oud samen. Het moment waarop jongeren zich juridisch verzetten tegen een pensioenversobering komt steeds dichterbij.

---

75 M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, diss. VU Amsterdam, BJU 2009.

76 Vergelijk P.C.M. de Lange, *Wat is oud?*, afscheidsrede, VVPR 2009, p. 25.





### 3 VAN EEN ECONOMISCH NAAR EEN JURIDISCH PENSIOENCONTRACT

*‘Defined benefit is niet langer vol te houden.’*

*J. Tamerus, Defined ambition, diss. UvA 2011, p. 351*

#### 3.1 INLEIDING

De volgende stap in de pensioenevolutie is de opzet van een nieuw pensioencontract. Het Pensioenakkoord van 4 juni 2010<sup>77</sup> belooft een nieuw, transparant, beter en toekomstbestendig pensioencontract. Met dat nieuwe pensioencontract kan volgens diverse economen beter worden belegd en een hoger pensioen worden behaald dan met het huidige pensioencontract. De eerste belangrijke vraag is of het goed is voor jongeren en ouderen om over te stappen. Dat is een economische vraag die ik hier niet beantwoord. Dat perspectief op een hoger pensioen vereist wel dat het nieuwe pensioencontract geldt voor jong en oud. Maar in de ogen van veel jongeren én ouderen is dat nieuwe pensioencontract geen verbetering. Zij vrezen een lager en onzeker pensioen. Tussen economische pensioenhervorming en uitvoering staan wetten in de weg en juridische bezwaren. Zonder rechtsgeldige wijziging komt het nieuwe pensioencontract er niet. Werkgevers of pensioenfondsen die het nieuwe pensioencontract eenzijdig willen opleggen aan werknemers en gepensioneerden weten dat hen juridische procedures wachten. In dit hoofdstuk bespreek ik de weg van economisch pensioencontract naar juridisch pensioencontract en het effect voor jong en oud.

#### 3.2 EEN ECONOMISCH PENSIOENCONTRACT

Na de economische rapporten Frijns en Goudswaard kwam in juni 2010 het Pensioenakkoord. Een jaar later stonden de economische contouren van een nieuw pensioencontract uitgewerkt in het uitwerkingsmemorandum, het Pensioenakkoord 2.0. In 2012 kwam de wetgever met een hoofdlijnennotitie. In juli 2013

---

77 Stichting van de arbeid, Pensioenakkoord voorjaar 2010, 4 juni 2010.

volgde een consultatiedocument van het ministerie van SZW met een voorontwerp voor het nieuwe pensioencontract: de reële ambitieovereenkomst.<sup>78</sup> Kern van die pensioenregeling is een geheel voorwaardelijk pensioen dat inflatiebestendig is.<sup>79</sup> De economische gedachte is dat voor een voorwaardelijk pensioen via risicovoller beleggen een beter beleggingsresultaat kan worden behaald. Dat zorgt voor hogere pensioenen.<sup>80</sup> Het meer zekere pensioen uit de huidige pensioenregeling leidt tot conservatief beleggen en lagere pensioenen.<sup>81</sup> Het Pensioenakkoord is geen juridisch akkoord. Het bindt werknemers en gepensioneerden niet. Bovendien is het Pensioenakkoord een pensioenfondsakkoord. Het gaat niet tot nauwelijks over pensioen dat verzekerd is bij pensioenverzekeraars.

### 3.2.1 GEEN WETTELIJK VERPLICHTE OVERSTAP

De wetgever schrijft de nieuwe pensioenregeling niet dwingend voor. Zij maakt de overstap naar het reële pensioencontract mogelijk voor sociale partners. Dat is zowel praktisch als juridisch begrijpelijk.<sup>82</sup> Een wettelijk verplichte pensioenregeling zou een pensioenrevolutie zijn. Sociale partners bepalen immers de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen. Een wettelijk verplichte pensioenregeling dwingt pensioenfondsen met een acceptabele dekkingsgraad – ze zijn er gelukkig nog – over te stappen. Dat is onwenselijk. Een mooie juridische bijvangst voor de overheid is dat de aansprakelijkheid voor de overstap bij sociale partners ligt. Claims over ‘onteigening’ van pensioen via het Europese eigendomsrecht (artikel 1 EP EVRM) zijn eenvoudiger te pareren. Niet de overheid wijzigt de pensioenregeling maar sociale partners. Er lijken twee opties voor sociale partners:

- 1) een aangepaste pensioenregeling;
- 2) een nieuwe pensioenregeling.

Het pensioenfonds Zorg en Welzijn heeft al aangekondigd de reële ambitieovereenkomst te gaan invoeren in 2015.<sup>83</sup> In een pilot met

78 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169.

79 R. Maatman, R. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (red.), *Onderneming en pensioen*, Kluwer 2011.

80 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009-10, 30 413, nr. 133.

81 *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 113, p. 14.

82 M. Heemskerk, *De (on)houdbaarheid van het Pensioenakkoord*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2011.

83 *Zorg en welzijn: hoger pensioen door risicovoller beleggen*, De Volkskrant 4 december 2012.

SZW kijkt een schaduwgroep van pensioenfondsen mee of het schaaft veilig over de dam komt en of het pensioengras aan de overzijde mals en voldoende groen is.

### 3.3 EEN AANGEPASTE PENSIOENREGELING

De standaardpensioenregeling is de geïndexeerde middelloonregeling. Dat is volgens de wet een uitkeringsovereenkomst.<sup>84</sup> De hoogte van de pensioenuitkering is afgesproken. De werknemer rekent op de pensioenuitkering die op zijn uniform pensioenoverzicht staat, bijvoorbeeld €1.000 per maand. Economen noemen dat een nominaal pensioen. Volgens de huidige Pensioenwet heeft de deelnemer vanaf de pensioendatum zekerheid over de nominale hoogte van zijn uitkering, met uitzondering van eventuele indexatie of korting. ‘De gepensioneerde moet uiterlijk op de pensioendatum zekerheid hebben over de hoogte van de uitkering, uitgedrukt in euro’s.’<sup>85</sup> Het beleggingsrisico en het langlevensrisico zijn – afhankelijk van wat is afgesproken – voor de werkgever en/of de pensioenuitvoerder (zie tabel 3.1). Zij moeten er voor zorgen dat er €1.000 beschikbaar is. Het paardenmiddel korten is volgens de wet een laatste redmiddel voor uitzonderlijke gevallen.<sup>86</sup> Zoals bekend heeft dat de korting bij een aantal pensioenfondsen niet kunnen voorkomen. De nominale zekerheid is uiteindelijk schijnzekerheid en exclusief indexatie. Is de premie onvoldoende en komt er geen extra geld via hogere premies of een bijstorting van de werkgever dan moet het opbouwpercentage worden verlaagd. Dat kan door een zogenaamde gesplitste kortingsregeling op te nemen in het pensioenreglement.<sup>87</sup> Het is een aanpassingsmechanisme waarbij het toegezegde opbouwpercentage van bijvoorbeeld 1,75% uitgangspunt is dat neerwaarts wordt bijgesteld bij onvoldoende premie. Dat laat opgebouwd pensioen intact en verlaagt toekomstige pensioenopbouw.

---

84 Artikel 10 Pensioenwet.

85 *Kamerstukken II 2005-06*, 30 413, nr. 3, p. 170.

86 Artikel 134 Pensioenwet; *Kamerstukken II 2005-06*, 30 413, nr. 3, p. 90.

87 *Kamerstukken II 2006-07*, 30 413, nr. 86, p. 3; *Kamerstukken II 2007-08*, 30 655, nr. 7, p. 8-9.

### 3.4 HET NIEUWE PENSIOENCONTRACT: DE REËLE AMBITIEOVEREENKOMST

Het nieuwe pensioencontract begint met pensioenambitie.<sup>88</sup> De hoogte van de pensioenuitkering in de reële ambitieovereenkomst is een streven, bijvoorbeeld € 1.000 per maand.<sup>89</sup> De indexatie is inbegrepen. De premie staat vast, de uitkering niet. Het is dus geen uitkeringsovereenkomst.<sup>90</sup> De werkelijke uitkering hangt af van de levensverwachting en het rendement. Het kan € 990 zijn of € 1.010. Het voorwaardelijk maken van pensioen is een fundamentele verschuiving van risico's. Niet de werkgever of de pensioenuitvoerder draait op voor beleggings- en langlevensrisico maar de begunstigde (zie tabel 3.1). Alle pensioenen zijn voorwaardelijk.<sup>91</sup> Dat geldt ook voor opgebouwd pensioen. De pensioenuitkering van gepensioneerden kan stijgen en dalen. Een automatisch aanpassingsmechanisme voor financiële schokken (AFS) verhoogt of verlaagt het pensioen in minimaal 3 en maximaal 10 jaar.<sup>92</sup> De vaste pensioenuitkering voor gepensioneerden wordt flexibel. De pensioenuitkering kan hoger of lager zijn dan de vooraf vastgestelde ambitie.

Tabel 3.1 Risicoverdeling bij uitkeringsovereenkomst en ambitieovereenkomst

Type	Overeen- gekomen	Langlevensrisico	Beleggings- risico
<b>Uitkerings- overeenkomst</b>	Hoogte uitkering	Werkgever/ uitvoerder	Werkgever/ uitvoerder
<b>Ambitie- overeenkomst</b>	Ambitieniveau	Begunstigde	Begunstigde

88 J. Tamerus, *Defined ambition*, diss. UvA, 2011.

89 Vergelijk H.M. Kappelle, Pensioenakkoord voorjaar 2010; de streefregeling gerehabiliteerd?, *P&P* 2010-10 en I. Witte, Pensioenbegrip en pensioenkaracter, in E. Lutjens (red), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, 2013, Kluwer; H.M. Kappelle, A.L. Bovenberg, Het nieuwe pensioencontract, defined ambition of defined contribution?, *P&P* 2012-1.

90 E. Lutjens, M. Heemskerk, Het reële pensioencontract is geen uitkeringsovereenkomst, *TPV* 2012-4/5; E. Lutjens, M. Heemskerk, Het reële pensioencontract is geen uitkeringsovereenkomst (2), *TPV* 2012-6. Anders L.H. Blom, Welk karakter heeft het reële pensioencontract? *TPV* 2012-4/5; L.H. Blom, Waarom het reële pensioencontract wel een uitkeringsovereenkomst is, *TPV* 2012-6.

91 M. Heemskerk, B. de Jong, R. Maatman, Hoofdlijnen Pensioenakkoord, juridisch begrepen, Netspar 2013.

92 Een egaliseringsreserve met buffers en een separaat levensverwachtingsaanpassingsmechanisme (LAM) kunnen het nieuwe pensioencontract complementeren.

### 3.5 INVAREN VOOR EEN HOGER PENSIOEN

Een essentieel onderdeel van de overstap is het onderbrengen van bestaand pensioen van jong en oud in het nieuwe pensioencontract ('invaren'). De 'harde, onvoorwaardelijke' pensioenen worden 'zacht en voorwaardelijk'. Een aangepast beleggingsbeleid voor zachte, minder zekere pensioenen moet zorgen voor een hoger pensioen. Uitgangspunt is dat zowel jong als oud met hun hele pensioenvermogen overstappen naar het nieuwe contract. Jong en oud delen dan de risico's van het nieuwe pensioencontract, for better or for worse. Het economisch welslagen van het nieuwe pensioencontract eist dat het hele pensioenvermogen risicovoller wordt belegd. Het opgebouwde pensioen van ouderen moet daarvoor flexibel worden. Zowel jong als oud is sceptisch over de ambitieovereenkomst. Zij zijn niet overtuigd dat het nieuwe pensioencontract tot een hoger pensioen leidt dan het oude en zien het risico van een lager pensioen. Tegenstanders noemen het nieuwe pensioencontract casinopensioen. Dat is leuk gevonden maar klopt niet. De wet schrijft prudent beleggen voor.<sup>93</sup> Jong en oud dragen in de ambitieovereenkomst het risico van een lager pensioen dan de ambitie. Jongeren vrezende de hond in de pensioenpot. Ouderen verliezen hun vaste uitkeringshoogte. Die was door korten economisch al onzeker. Vrijwillig invaren is niet kansrijk. Verplicht invaren doet denken aan het met geweld duwen van een vierkant blokje (het opgebouwd pensioen van jong en oud) in een rond gat (het nieuwe pensioencontract).

#### 3.5.1 INVAREN ZONDER OPGEBOUWD PENSIOEN WERKT NIET

Het belang om opgebouwd pensioen van ouderen rechtsgeldig om te zetten naar de ambitieovereenkomst is groot. Doet 'oud' niet mee, dan loopt 'jong' meer risico op een lager pensioen. Afgescheiden vermogens in één pensioenfonds zijn bij wet verboden.<sup>94</sup> Het pensioen van ouderen kan dan alleen in uitzonderlijke gevallen worden verlaagd. De kans op een hoger pensioen is klein indien slechts het geringe pensioenvermogen van jongeren risicovol wordt belegd. Ter illustratie: de premie voor nieuwe pensioenopbouw op jaarbasis is ruim € 30 miljard. Het opgebouwd pensioen bedraagt zo'n € 1.000 miljard.<sup>95</sup> De kans om door een ander beleggingsbeleid

93 Artikel 135 Pensioenwet. Uitgebreid daarover R. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, diss. RU Nijmegen 2004.

94 Artikel 123 Pensioenwet; *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 36-37.

95 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 36.

een hoger pensioen te halen is groter met €1.000 miljard pensioenvermogen. Een blokkade om opgebouwd pensioen te wijzigen vormt zowel economisch als juridisch een belemmering voor het nieuwe pensioencontract.<sup>96</sup> De regering onderkent dat ook: ‘De nadelen van collectief invaren betreffen met name de juridische risico’s en de mogelijke herverdeling tussen verschillen groepen belanghebbenden en tussen generaties.’<sup>97</sup> Indien ouderen de nieuwe pensioenregeling kunnen blokkeren dreigt een eenzijdig solidariteitsoffer van de jongeren. Een overstap van alleen nieuwe of huidige werknemers heeft nauwelijks economische meerwaarde en is juridisch riskant. Ik voorzie juridische procedures indien alleen nieuwe werknemers worden verplicht over te stappen naar de reële ambitieovereenkomst. Bij een nieuwe pensioenregeling voor werknemers die vanaf een peildatum, bijvoorbeeld 1 januari 2014, in dienst komen is er geen direct leeftijdsonderscheid. Waarschijnlijk treden er meer jongere dan oudere werknemers in dienst. Dat kan indirect leeftijdsonderscheid vormen, zo oordeelde ook de Commissie Gelijke Behandeling.<sup>98</sup> Tonen de ‘jongeren’ aan dat zij substantieel worden benadeeld, dan moet de werkgever en de pensioenuitvoerder de wijziging objectief rechtvaardigen. Lukt dat niet dan is de nieuwe pensioenregeling ongeldig want nietig.<sup>99</sup>

### 3.6 JURIDISCHE WIJZIGINGSBELEMMERINGEN

#### 3.6.1 WIJZIGEN VAN DE PENSIOENREGELING

De overstap van de huidige pensioenregeling naar de nieuwe ambitieovereenkomst met opgebouwd pensioen vereist twee achtereenvolgende stappen:

- (1) wijzigen van de pensioenregeling van een uitkeringsovereenkomst naar een ambitieovereenkomst;<sup>100</sup>
- (2) overheveling van het opgebouwd pensioen via (verplichte) collectieve waardeoverdracht.

96 Andere woorden *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 113, p. 13.

97 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 38.

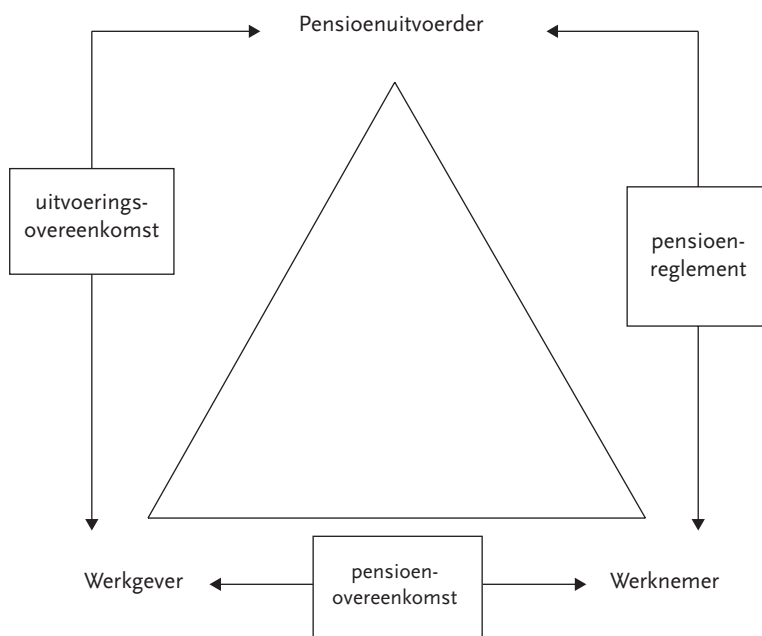
98 CGB 2011-124.

99 Artikel 13 WGBL.

100 *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 113, p. 14.

Pensioen wijzigen is complex. Er zijn drie partijen: de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder. Dit staat bekend als de pensioendriehoek. Er is niet één pensioencontract maar meerdere pensioencontracten die gewijzigd moeten worden.

Figuur 3.1 De pensioendriehoek



### 3.6.2 WIJZIGINGSBELEMMERINGEN

Zonder opgebouwd pensioen heeft de overstap naar het nieuwe pensioencontract niet veel zin. De pensioenregeling van slapers (ex-deelnemers aan de pensioenregeling) en gepensioneerden moet worden gewijzigd en hun opgebouwd pensioen overgedragen. Er zijn twee soorten juridische belemmeringen:

- A De wijziging met slapers en gepensioneerden is niet goed geregeld
- B Opgebouwd pensioen wijzigen is bijna niet mogelijk



### 3.6.2.1 Pensioen wijzigen van slapers en gepensioneerden is niet goed geregeld

Pensioen wijzigen van slapers en gepensioneerden is niet goed geregeld. Rechters worstelen met de vraag of en hoe het pensioen van ex-werknemers en andere arbeidsvoorwaarden<sup>101</sup> mag worden gewijzigd. Een standaardverweer van ex-werknemers is dat de werkgever de pensioenregeling niet mag wijzigen nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De rechtsverhouding is uitgewerkt.<sup>102</sup> Een overstap naar het reële pensioencontract is in die visie niet mogelijk. De pensioenregeling die gold op de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd mag niet worden gewijzigd. Rechtspraak hierover is (helaas) niet eenduidig.<sup>103</sup> Er zijn uitspraken waarin volgens de rechter wijziging niet mogelijk was omdat de arbeidsovereenkomst was geëindigd.<sup>104</sup> Er zijn ook uitspraken waarin werd geoordeeld dat wijziging mogelijk is nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.<sup>105</sup> Die laatste visie lijkt mij juist. Een absoluut wijzigingsverbod is te rigide. De pensioenverhouding is niet geëindigd voordat de laatste pensioenuitkering is betaald. Uitgangspunt van het algemene verbintenissenrecht is dat een overeenkomst voortduurt zolang er nog verbintenissen bestaan die hun oorsprong vinden in de overeenkomst.<sup>106</sup> Na het afronden van deze tekst oordeelde de Hoge Raad op 6 september 2013 in het ECN-arrest dat de rechtsverhouding niet is uitgewerkt, maar wordt voortgezet nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.<sup>107</sup> Die voortgezette pensioenverhouding kan dus gewijzigd worden. Als pen-

101 T. Huijg, Beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven, *TRA* 2010-6.

102 E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 464; H.P. Breuker e.a., 'De juridische aspecten van het wijzigen van de pensioenregeling', *TPV*, 1999/7; H.P. Breuker, 'Wijzigen van de pensioenregeling. Materiële aspecten', *P&P*, 2005, 7/8; T. Dimmendaal, 'Wijziging van een pensioenregeling', in: *De Nieuwe pensioenwet, Voorbesouwingen*, Amersfoort: SDU 2004. Zie ook het literatuuroverzicht van M.F. Baltussen, 'De CAO en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 90-92; *Kamerstukken II* 1992-93, 23 123, nr. 3, p. 34.

103 Hof Leeuwarden 25 september 2012, *PJ* 2012, 4; *RAR* 2012, 160, r.o. 4.9 (*Friesland Foods*); Hof Arnhem 25 oktober 2011, *PJ* 2011, 163 (*Elementis*); vergelijk J.M. van Slooten, Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, *TPV* 2012-2.

104 Hof Leeuwarden 25 september 2012, *PJ* 2012, 4; *RAR* 2012, 160 (*Friesland Foods*); Ktr. Almelo 29 juni 2011, *PJ* 2011, 115 (*Aveco De Bondt*); Hof Arnhem 25 oktober 2011, *PJ* 2011, 163 (*Elementis*); Hof Amsterdam 26 mei 2009, *PJ* 2009/130 (*Vakcentrum*).

105 Hof Amsterdam 12 juni 2012, *PJ* 2012, 129; Hof Amsterdam 31 mei 2011, *PJ* 2011, 122 (*IBM*); Hof Amsterdam 1 november 2011, *PJ* 2011, 152 (*ECN*); Hof 's-Gravenhage 18 september 2012, *LJN* BX 8419 (*Fortis*).

106 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1 2012, nr. 44.

107 HR 6 september 2013, *ECLI:NL:HR:2013:CA0566 (ECN)*.

sioen wijzigen met slapers en gepensioneerden kan, mag het nog niet. Waaraan ontlenen werkgevers de bevoegdheid om het pensioen van gepensioneerden te wijzigen? Die bevoegdheid staat niet met zoveel woorden in de wet. Slapers en pensioengerechtigden zijn een vergeten groep bij pensioenwijzigingen, zowel in wetgeving als bij pensioencontracten. Die wetgevingslacune belemmert pensioenwijzigingen en een pensioenevenwicht voor jong en oud. Ik noem drie voorbeelden:

1 *De pensioenovereenkomst is slapers en gepensioneerden vergeten*

De Pensioenwet omschrijft de pensioenovereenkomst als hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen. Dat suggereert dat ex-werknemers en gepensioneerden geen pensioenafspraken meer hebben. Waarom is de pensioenovereenkomst niet ‘al hetgeen tussen werkgever en werknemer, gewezen deelnemer of pensioengerechtigde wordt overeengekomen met betrekking tot pensioen.’? Dat maakt duidelijk dat de werkgever ook pensioenafspraken heeft met slapers en gepensioneerden – indexatie is het voor de hand liggende voorbeeld – die bovendien gewijzigd kunnen worden.

2 *Wijziging via het bedrijfstakpensioenfonds geldt alleen voor deelnemers*

Voor zo’n 76% van de werknemers met een pensioenregeling is deelname aan die pensioenregeling wettelijk verplicht. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zoals Zorg en Welzijn, ABP<sup>108</sup> en Bpf Bouw zijn deelnemers en werkgever via de wet (artikel 4 Wet Bpf 2000) gebonden aan de statuten en het pensioenreglement.

*‘De deelnemers alsmede, voorzover het werknemers betreft, hun werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na.’*

Het is verplichte solidariteit. De aanwezigheid van werknemers- en werkgeversorganisaties die een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt (minimaal 55%), is voor de wetgever voldoende basis voor de verplicht-

---

<sup>108</sup> Het ABP is via artikel 1 Pensioenwet gelijkgesteld met een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

stelling.<sup>109</sup> Een wijziging van het pensioenreglement leidt van rechtswege tot binding van werkgevers en deelnemers. So far, so good. Indien sociale partners de reële ambitieovereenkomst voor werknemers willen invoeren, is het juridisch gereedschap beschikbaar. Maar geldt dat ook voor opgebouwd pensioen? De binding van ex-werknemers en gepensioneerden staat niet in de wet. Of rechters bereid zijn daar toch ex-werknemers en gepensioneerden in te lezen lijkt mij kwestieus. Dat geeft ex-werknemers en gepensioneerden munitie om de overstap naar de reële ambitieovereenkomst te blokkeren. Aan de horizon gloort het begin van een wettelijke regeling. Het voorontwerp wetsvoorstel invoering reële ambitieovereenkomst voorziet er in dat ook slapers en gepensioneerden worden gebonden.<sup>110</sup>

*Ad 3 Geen eenzijdige wijziging met slapers en gepensioneerden*

De weerstand van jong en oud tegen de reële ambitieovereenkomst leidt tot protesten. Eenzijdige wijziging zonder instemming als instrument ligt voor de hand.<sup>111</sup> De wet faciliteert een eenzijdig wijzigingsbeding voor werkgevers in artikel 7:613 BW en in artikel 19 Pensioenwet:

‘Een werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.’

In veel pensioenreglementen of arbeidsovereenkomsten staat zo’n eenzijdig wijzigingsbeding. De werkgever moet een zwaarwichtig belang aantonen. Hij moet uitleggen waarom de overstap naar de reële ambitieovereenkomst nodig is en waarom het belang van de werknemer daarvoor moet wijken.<sup>112</sup> Uiteindelijk toetst de rechter of er een voldoende zwaarwichtig belang is. De wet zwijgt over eenzijdig-

109 Artikel 2 lid 1 en 2 onder a Wet Bpf 2000; Beleidsregels toetsingkader wet BPF 2000, *Stcrt.* 2011, 22535.

110 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169; p. 10, bijlage p. 66.

111 De negatieve optie ex artikel 3:37 BW (wie zwijgt, stemt toe) op pensioenfondsniveau zou een kolossale mailingoperatie en registratie meebrengen.

112 Vergelijk *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 118, p. 41, 43.

dige wijziging van pensioen met ex-werknemers en gepensioneerden. Dat geeft gepensioneerden een argument om de overstap naar de reële ambitieovereenkomst te blokkeren. Met enige moeite is bepleitbaar dat een eenzijdig wijzigingsbeding dat destijds met de werknemer was overeengekomen nog steeds geldt, ook al is betrokkene niet langer werknemer maar gepensioneerde. Een welwillende interpretatie van het ECN-arrest biedt juridische ruimte om de wijzigingsbevoegdheid jegens werknemers ook toe te passen jegens ex-werknemers.<sup>113</sup> Deze dynamische uitleg<sup>114</sup> is juridisch bruikbaar maar bepaald niet waterdicht.<sup>115</sup> De werkgever moet bovendien nog steeds zijn zwaarwichtig belang aantonen om opgebouwd vast pensioen te wijzigen in flexibel pensioen. Zonder eenzijdig wijzigingsbeding moet de werkgever terugvallen op een redelijk voorstel om het pensioen te wijzigen waarop de ex-werknemer of gepensioneerde in redelijkheid moet ingaan.<sup>116</sup> Dat goed ex-werknemerschap is creatief maar grotendeels onontgonnen juridisch terrein.<sup>117</sup>

Het lijkt wenselijk om de positie van slapers en gepensioneerden bij pensioen wettelijk te verankeren. Dat heeft de wetgever inmiddels ook gezien. Het voorontwerp van SZW uit juli 2013 doet een eerste voorzichtige poging om de juridische blokkade om het pensioen van slapers en gepensioneerden te wijzigen op te heffen.<sup>118</sup> Een collectieve wijziging werkt in dat voorstel door in het pensioen van slapers en gepensioneerden. Meestal zijn slapers en gepensioneerden niet betrokken bij zo'n collectieve wijziging. Daarom moet de werkgever een zwaarwichtig belang hebben, net als bij werknemers. Ik juich een wettelijke regeling toe. Het voorstel is een aanzet die moet worden uitgediept. Naast de al genoemde suggesties om slapers en gepensioneerden onderdeel te maken van de pensioenovereenkomst en hen een positie te geven bij wijziging van verplichtgestelde pensioenregelingen verdient de maatstaf voor wijziging – het zwaarwichtig belang – doordenking. De belangenafweging van een pensioenwijziging is voor werknemers anders

---

113 HR 6 september 2013, r.o. 5.2 (ECN).

114 J.M. van Slooten, 'Uitgewerkte rechtsverhouding' als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, *TPV* 2012/16

115 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, *TPV* 2012, 42.

116 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998, 199 (*Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, *JAR* 2008, 204 (*Stoof/Mammoet*).

117 Een uitzondering vormt Hof Amsterdam 10 mei 2007, *RAR* 2007, 147, r.o. 4-7.

118 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 56-57.

dan voor pensioengerechtigden. Het gaat niet om gelijke gevallen. Pensioengerechtigden hebben in de uitkeringsfase nauwelijks mogelijkheden om pensioenversoberingen op te vangen. Werknemers in de opbouwfase kunnen bijsturen. Moet de werkgever voor eenzijdige wijziging met een werknemer een goede reden hebben, voor wijziging van het pensioen van een gepensioneerde moet een hele goede reden zijn. Goed dat het geregeld wordt, maar regel het goed. De pensioendriehoek moet driedimensionaal worden door slapers en gepensioneerden hun rechtmatige zijde van de driehoek te geven.

3.6.2.2 Opgebouwd pensioen wijzigen is bijna niet mogelijk  
Werkgevers en pensioenfondsen die opgebouwd pensioen willen wijzigen (invaren), belanden in een juridisch mijnenveld. Artikel 20 Pensioenwet bevat een wijzigingsverbod voor opgebouwd pensioen met strikte uitzonderingen, namelijk korten en waardeoverdracht:

*‘In geval van een wijziging van een pensioenovereenkomst worden de voor de aanspraakgerechtigden tot het tijdstip van wijziging opgebouwde pensioenaanspraken niet gewijzigd, behoudens het bepaalde in de artikelen 76, 78, 83 en 134.’*

Opgebouwd pensioen<sup>119</sup> mag in beginsel niet worden gewijzigd. Dat belemmert een overstap naar het reële pensioencontract. De juridische uitweg voor het wijzigen van opgebouwd pensioen is collectieve waardeoverdracht (artikel 83) naar de ambitieovereenkomst.<sup>120</sup> Die oplossing heeft de wetgever ook gezien. Een volgende hindernis is het recht van betrokkenen om de waardeoverdracht te blokkeren (het vetorecht).<sup>121</sup> Er vallen veel bezwaren te verwachten. De regering gaat het vetorecht schrappen, mede uit solidari-

119 De wet heeft het over aanspraken en niet over pensioenrechten (pensioenuitkering). Die omissie wordt in het conceptwetsvoorstel hersteld, Kamerstukken II 2012-13, 32 043, nr. 169.

120 M. Heemskerk, *De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord, Naar een nieuw pensioencontract*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2011; T. Barkhuysen en T. Huijg, Al of niet verplicht invaren van bestaande pensioenrechten, *TPV* 2012/2; E. Lewin, ‘Vier beginselen uit de Pensioenwet: hoe varen we verder?’, *VA* 2012-1; E. Lutjens, ‘Juridische obstakels bij nieuw pensioencontract’, *TPV* 2011/7; *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, 113, p. 13-14; E. Lutjens, Opties voor invaren, *TPV* 2013, 14. Waardeoverdracht via de liquidatieroute is niet mogelijk omdat artikel 84 Pensioenwet niet als uitzondering is benoemd. Artikel 134 is het kortingsartikel.

121 Artikel 83 lid 2 onder a Pensioenwet.

teitsoverwegingen.<sup>122</sup> Belanghebbenden kunnen niet meer protesteren tegen het overhevelen van hun opgebouwd pensioen. Na een rechtsgeldige wijziging van de pensioenregeling gevolgd door waardeoverdracht wordt het opgebouwd pensioen flexibel. Ouderen nemen dan samen met jongeren deel aan de nieuwe pensioenregeling.

Het wijzigingsverbod voor opgebouwd pensioen beschermt werknemers maar met name gepensioneerden tegen pensioenverslechtingen. Het belemmert ook solidariteit van oud naar jong bij een scheefgroei. Het wijzigingsverbod biedt weinig flexibiliteit om in tijden van pensioenverslechtingen van ouderen een solidariteitsbijdrage te vragen.<sup>123</sup> Om de balans tussen oud en jong binnen de pensioenregeling te herstellen kan het wijzigingsverbod worden heroverwogen. Het is niet de bedoeling het mes te zetten in het pensioen van ouderen. Uiteraard moet er een waarborg blijven voor pensioenversobering jegens ouderen. Die waarborg kan gestalte krijgen in de vorm van een belangenafweging bij eenzijdige pensioenwijziging waarbij rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van ouderen. Vervanging van het wijzigingsverbod door een strenge toets bij wijziging biedt ruimte voor een solidariteitsbijdrage van ouderen. Tegelijkertijd blijft er een waarborg zodat die pensioenversobering jegens ouderen alleen toelaatbaar is bij klemmende redenen.

### 3.6.3 DE PENSIOENFONDSROUTE

Zolang de wetgeving niet is aangepast, blijft pensioen wijzigen met slapers en gepensioneerden uiterst moeizaam.<sup>124</sup> Er is een route 'buitenom'. Niet de werkgever maar het pensioenfondsbestuur wijzigt het pensioenreglement dan rechtsgeldig. In dat geval hoeft de werkgever geen zwaarwichtig belang aan te tonen. Dat vond althans

122 Kamerstukken II 2012-13, 32 043, nr. 169; Kamerstukken II 2011-12, 32 043, nr. 113, bijlage 2, p. 5, 54; Kamerstukken II 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 38.

123 Conclusie A.G. Timmerman, 26 april 2013, overweging 3.26, ECLI:NL:PHR:2013:CA0566 (ECN).

124 H.P. Breuker, Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken, *TPV* 2013-1; M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, Pensioen wijzigen met slapers en pensioengerechtigden: moeilijk maar niet onmogelijk, *TPV* 2013-1; H.P. Breuker, De uitgewerkte rechtsverhouding is met de komst van de PW niet meer relevant, *TPV* 2013-1.

Hof Amsterdam in een zaak waarin de vereniging van gepensioneerden van Delta Lloyd protesteerde tegen een indexatieverlaging:

*‘Het hof overweegt allereerst dat artikel 7:613 BW te dezen toepassing mist, omdat deze bepaling niet ziet op besluiten van een pensioenfonds, waar het hier om gaat, maar op besluiten van een werkgever, en de desbetreffende bevoegdheid niet enkel kan worden beschouwd – zoals de Vereniging c.s. hebben aangevoerd – als een door de werkgever aan het Pensioenfonds overgedragen bevoegdheid die het fonds niet meer of andere rechten verschaft dan de werkgever had.’<sup>125</sup>*

Mij is bekend dat de Hoge Raad zich buigt over deze zaak. Indien men het Hof volgt, resteert een marginale toets omdat het pensioenfondsbestuur wettelijk verplicht is een evenwichtige belang-enafweging te maken.<sup>126</sup> Het pensioenfondsbestuur bestaat vaak mede uit werknemersvertegenwoordigers. Biedt dat voldoende arbeidsrechtelijke pensioenbescherming of is deze route omzeiling van de zwaarwichtig belang toets?<sup>127</sup> In 2010 vond de rechtbank Rotterdam de pensioenfondsroute niet toelaatbaar:

*‘De pensioentoezegging is dus leidend. Via het pensioenreglement kan niet een wijzigingsbeding ten aanzien van pensioentoezegging, zonder instemming van de individuele werknemer, worden geïmporteerd in de arbeidsovereenkomst.(...) Het is eveneens strijdig met de partijautonomie van werkgever en werknemer. (...) Het zou deze partijautonomie ondermijnen indien door een pensioenreglement de rechten van de werknemer achteraf verkort zouden worden door een reglement van later datum dat als het ware over zijn hoofd heen door anderen, te weten Deelnemersraad, Ondernemingsraad, werkgever en bestuur pensioenfonds, is afgesproken.’<sup>128</sup>*

125 Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012, 119 (*Delta Lloyd*).

126 Artikel 105 lid 2 Pensioenwet.

127 M. Heemskerck, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, TPV 2012, 42; E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en commentaar, 2013, p. 415.

128 Rechtbank Rotterdam 9 april 2010, PJ 2010, 137 (*Marsh*), r.o. 6.8. Kritisch daarover E. Lutjens, Pensioenwet, Analyse en Commentaar 2013, p. 414.

Voor het standpunt dat de werkgever niet meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft – de zogenaamde nemo-plus regel<sup>129</sup> – valt wat te zeggen.<sup>130</sup> De werkgever heeft voor wijziging een zwaarwichtig belang nodig. Waarom het pensioenfondsbestuur dan niet? Deze pensioenfondsroute maakt wijzigen met werknemers, slapers en gepensioneerden mogelijk zonder zwaarwichtig belang. Dat is wenselijk voor werkgevers en pensioenfondsen en minder gunstig voor werknemers en gepensioneerden. De onaanvaardbaarheids-toets ex artikel 6:248 BW, de evenwichtige belangenbehartiging uit de Pensioenwet en misbruik van recht door het pensioenfondsbestuur ex artikel 3:13 BW resteren maar bieden werknemers en gepensioneerden minder bescherming tegen pensioenwijzigingen dan toetsing van een zwaarwichtig belang.

### 3.7 GENERATIE-EFFECT BIJ WAARDEOVERDRACHT

#### 3.7.1 VOOR EN NADELEN VERDEELD OVER DE GENERATIES

Wat gebeurt er nadat het opgebouwde pensioen onderdeel uitmaakt van de nieuwe pensioenregeling? Het pensioenvermogen ondergaat geen verandering. De bedoeling is dat jong en oud een hoger pensioen krijgen in het nieuwe pensioencontract. De verdeling van middelen van het pensioenfonds over de verschillende generaties kan wijzigen. Gepensioneerden en werknemers kunnen relatief beter of slechter af zijn. Het voordeel van de een is het nadeel van de ander. Het CPB heeft becijferd dat de overstap naar de reële ambitie-overeenkomst bij een gemiddeld pensioenfonds een licht voordeel oplevert voor generaties met veel opgebouwd pensioen (ouderen).<sup>131</sup> Jongeren gaan er in de basisvariant iets op achteruit, zo erkent ook de regering.<sup>132</sup> In specifieke gevallen kan dat anders uitpakken omdat de generatie-effecten per pensioenfonds verschillen. Een aantal indicatoren bepaalt de mate waarin jong of oud er op vooruitgaat of achteruitgaat. Een lage dekkingsgraad is ongunstig voor jongeren. Een egalisatiereserve, de indexatiemaatstaf en de aanpassingsmechanismen zijn medebepalend. Leidt het invaren van €1.000 miljard op korte termijn tot snellere indexatie dan is

129 *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

130 Daar kan tegenin worden gebracht dat geen sprake is van een overdracht maar van een afspraak dat een andere norm van toepassing is.

131 CPB, *Generatie-effecten Pensioenakkoord*, 30 mei 2012, p. 3. Vergelijk E. Ponds, Z. Lekniute, *Pensioenakkoord en Effecten voor Generaties*, Netspar 2011, 66.

132 *Kamerstukken II 2012-13*, 32 043, nr. 169, p. 40.



sprake van een verschuiving van geld van jong naar oud. Er is immers geen geld bijgekomen maar verschoven. Om disproportionele (generatie-)effecten te voorkomen heeft de wetgever waarborgen aangekondigd aan besluitvorming van pensioenfondsen. De regering schrijft voor dat pensioenfondsen de generatie-effecten vooraf in beeld brengen. DNB moet vooraf om toestemming worden gevraagd<sup>133</sup> en toetst de procedure en de belangenafweging.<sup>134</sup> De aangekondigde handleiding plus checklist is welkom.<sup>135</sup>

### 3.7.2 HET GENERATIE-EFFECT VAN DE REKENRENTE

De hoogte van de dekkingsgraad van pensioenfondsen hangt mede af van de rekenrente. Een hoge rekenrente leidt tot een hogere dekkingsgraad. Dat is gunstig voor ouderen. Korting is dan minder snel noodzakelijk. De kans op indexatie stijgt. Een lage rekenrente is gunstiger voor jongeren. Er blijft meer pensioengeld in kas en er is minder premie nodig. Er is dus een belangentegenstelling. De rekenrente voor pensioenfondsen (UFR)<sup>136</sup> is op 30 september 2012 verhoogd naar 4,2%.<sup>137</sup> Ter illustratie van het belang: een ongeschreven vuistregel is dat een verhoging van de rekenrente met 1% leidt tot een stijging van de dekkingsgraad met 15%. Jongeren zien de verhoogde rekenrente als potverteren en het doorschuiven van de lasten naar de volgende generatie. ‘Rekentrucs bieden geen oplossing voor pensioentekort’ en ‘Jongeren betalen voor ordinare fraude met pensioen’, zo stond in de Volkskrant.<sup>138</sup> Zonder een waardeoordeel te geven – de rekenrente voorspellen is turen in een glazen bol – wijs ik er op dat het CPB en het Actuarieel Genootschap aangeven dat een realistisch gekozen niveau in de huidige situatie eerder onder dan boven de 4% ligt.<sup>139</sup> De rekenrente moet op grond van Europese regelgeving prudent zijn.<sup>140</sup> Nederland heeft door deze open norm veel ruimte om de rekenrente vast te

133 Artikel 83 Pensioenwet. DNB verleent niet daadwerkelijk toestemming maar kan binnen drie maanden een verbod opleggen.

134 *Kamerstukken II 2011-12*, 32 043, nr. 113, bijlage 2, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II 2011-12*, 32 043, nr. 118, p. 44.

135 *Kamerstukken II 2011-12*, 32 043, nr. 118, p. 44-45.

136 Ultimate Forward Rate.

137 De impact van andere disconteringsvoeten en aannames zoals inflatieverwachting en risicopremies laat ik buiten beschouwing.

138 De Volkskrant 4 augustus 2012; De Volkskrant 13 januari 2012

139 CPB notitie 24 september 2012, Aanpassing toezicht pensioenfondsen (septemberpakket), p. 4.

140 Artikel 15 lid 4 Richtlijn 2003-41 EG, *Pb EG L 235/10*.

stellen, zolang het maar prudent is. Achteraf is pas duidelijk of de rekenrente juist is geweest. De (on)juistheid van de rekenrente wakkert het solidariteitsconflict tussen jong en oud aan. De discussie over de rekenrente doet mij denken aan een waardevolle les uit mijn studie economie: cijfers liegen niet maar pas op want leugenaars cijferen wel.

### 3.7.3 LEEFTIJDSDISCRIMINATIE ALS BELEMNERING OF BESCHERMING

Het verbod van leeftijdsdiscriminatie kan een door de werkgever of het pensioenfonds gewenste overstap belemmeren. Bij significante benadeling van jongeren of ouderen kan de overstap naar het nieuwe pensioencontract nietig zijn wegens leeftijdsdiscriminatie.<sup>141</sup> Het generatie-effect verschilt per pensioenregeling en hangt af van gemaakte keuzes in het pensioencontract. Kan jong of oud significant nadeel aantonen dan moeten werkgever en pensioenuitvoerder aantonen dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie.<sup>142</sup> Zij moeten het leeftijdsonderscheid rechtvaardigen volgens een strikt stappenplan van de wettelijk voorgeschreven objectieve rechtvaardigingstoets.<sup>143</sup> Zij moeten aangeven waarom zij een goede reden (objectieve rechtvaardiging) hadden voor de overstap en de gekozen inrichting van de pensioenregeling toelichten. Ook andere scenario's zoals handhaving van de bestaande pensioenregeling of beperkt overstappen komen doorgaans aan de orde. Om meer rechtszekerheid en comfort te krijgen over dat risico kan een werkgever of pensioenuitvoerder de vraag of sprake is van (verboden) onderscheid vooraf voorleggen aan het College voor de Rechten van de Mens, de rechtsopvolger van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).<sup>144</sup> Bij de afschaffing van VUT en prepensioen is van deze mogelijkheid veelvuldig gebruik gemaakt.<sup>145</sup> Leeftijdsdiscriminatie kan werknemers en gepensioneerden beschermen tegen een pensioenwijziging.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 113, bijlage 2, p. 7.

<sup>142</sup> Artikel 12 WGBL. HvJ EG 9 oktober 2001, *PJ* 2001, 101 (*Menauer*).

<sup>143</sup> Artikel 7 lid 1 sub c WGBL.

<sup>144</sup> *Kamerstukken II* 2011-12, 32 043, nr. 118, p. 46.

<sup>145</sup> CGB 2005-219 (*ABP*) is het meest sprekende voorbeeld daarvan.

### 3.7.4 PENSOENONTEIGENING

De kans op een juridische blokkade wegens schending van het Europese eigendomsrecht<sup>146</sup> lijkt mij klein. Niet de overheid neemt het besluit maar sociale partners en pensioenfondsen.<sup>147</sup> Het Europese eigendomsrecht richt zich tot lidstaten. Bovendien hebben lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid. Kort door de bocht is het afschaffen van pensioen voor de gehele populatie of een specifiek deel daarvan een ontoelaatbare schending van het eigendomsrecht.<sup>148</sup> Het beperkt korten van pensioen is dat niet, zo blijkt uit jurisprudentie van het EHRM.<sup>149</sup> Zo bezien kan de belemmering van het Europese eigendomsrecht om over te stappen naar een reële ambitieovereenkomst juridisch onder controle worden gebracht.

## 3.8 CONCLUSIE

Het is een ongemakkelijke waarheid: pensioen is onzeker. De vraag is of het nieuwe pensioencontract beter is dan de bestaande pensioenregeling. Is overstappen een goed idee? De bestaande pensioenregeling biedt juridisch meer zekerheid. Die zekerheid is economisch een schijnzekerheid. Een indexatiestop betekent dat er geen koopkrachtbehoud is. Een pensioenverlaging door kortingen is eveneens mogelijk, zeker bij een premieplafond. Het nieuwe pensioencontract moet door een ander beleggingsbeleid leiden tot een hoger pensioen. Het risico op een hoger of lager pensioen verschuift van werkgever en pensioenfonds naar deelnemer en gepensioneerde. Het is een uitruil tussen de kans op een hoger pensioen en expliciete aanvaarding van risico's. Ouderen vrezen pensioenonzekerheid en willen hun vaste pensioenuitkering. Jongeren vrezen dat de overgang voor hen nadelig is of dat alleen zij de risico's dragen. Beiden zijn risicomijdend. Een overstap naar het reële pensioencontract zonder de ouderen is voor jongeren ongunstig omdat zij dan de risico's van het nieuwe pensioencontract alleen dragen.

Het ontbreken van juridisch gereedschap om pensioenregelingen met ex-werknemers en gepensioneerden te wijzigen

---

<sup>146</sup> Artikel 1 EP EVRM.

<sup>147</sup> Bepleitbaar is dat de overheid als werkgever en het ABP op één lijn te stellen is met de overheid.

<sup>148</sup> EHRM 12 oktober 2004, *EHC* 2004, 127 (*Asmundsson*).

<sup>149</sup> EHRM 31 mei 2011, *RSV* 2013, 1; EHRM 19 juni 2012, *EHC* 2012, 190; EHRM 25 oktober 2011, *EHC* 2012, 22; EHRM 22 september 2005, *AB* 2006, 1 (*Goudswaard-van der Lans*); EHRM 20 juni 2002, *EHC* 2002, 67 (*Azinas*).

belemmert de overstap naar de reële ambitieovereenkomst. De tweedimensionale pensioendriehoek werknemer, werkgever en pensioenuitvoerder moet driedimensionaal worden door slapers en pensioengerechtigden te integreren.

De vervolgvraag is wie er per saldo beter af is in het nieuwe pensioencontract. Zoals het een goed jurist betaamt luidt het antwoord: dat hangt er van af, onder meer van de specificaties van het pensioenfonds en de inrichting van de nieuwe pensioenregeling. Macroeconomische cijfers indiceren dat in een gemiddeld pensioenfonds de kans van een subsidie van jong naar oud groter is dan andersom. Dat betekent een verslechtering van de solidariteitsverhoudingen in het nadeel van jongeren. Aanpassing van de modaliteiten in het pensioencontract kunnen de solidariteit beïnvloeden. Bij substantieel nadeel moeten de werkgever en pensioenfonds dat nadeel rechtvaardigen. De weg naar een nieuw pensioencontract is vol juridische beren op de weg. De meeste daarvan lijken met enige moeite te temmen maar ik adviseer om voorzichtig te zijn met beren. U bent misschien bekend met het verhaal van Timothy Treadwell, beter bekend als Grizzly Man.<sup>150</sup> Dat verhaal had geen vrolijk einde. Beren kunnen bijten.

---

<sup>150</sup> Zie de documentaire van W. Herzog, *Grizzly Man*, 2005.



## 4 NAAR EEN NIEUW PENSIOENEVENWICHT VOOR JONG EN OUD

*‘Het Nederlandse pensioenstelsel, gebaseerd op solidariteit tussen de generaties, is een verworvenheid die met kracht verdedigd moet worden. Daartoe dienen tekortkomingen en misstanden urgent aangepakt te worden.’*

*Pensioenmanifest Nederlandse Bond voor Pensioenbelangen (2009)*

### 4.1 INLEIDING

Jongeren vinden een goed pensioen voor hun ouders en grootouders belangrijk. Andersom gunnen ouderen hun kinderen en kleinkinderen ook een goed pensioen.<sup>151</sup> De versoering van de pensioenregeling voor jongeren is een economisch probleem zonder juridische oplossing. De aanvaardbare solidariteit tussen jong en oud nadert nu de grens.<sup>152</sup> Over een nieuw juridisch evenwicht tussen jong en oud kunnen afspraken gemaakt worden. Ik doe enkele suggesties voor wettelijke en contractuele maatregelen die juridische belemmeringen voor een nieuw pensioenevenwicht tussen jong en oud kunnen wegnemen.

### 4.2 SOLIDARITEITSWIJZIGING IN HET PENSIOENFONDS KENT BEPERKINGEN

Financiële solidariteit is verplicht binnen het pensioenfonds. Alle belanghebbenden, van jong tot oud, delen gedurende langere tijd in onderlinge solidariteit de financiële lusten en lasten, zo staat in de wetsgeschiedenis.<sup>153</sup> De wet verbiedt een vermogensschot tussen pensioenregelingen in één pensioenfonds.<sup>154</sup> Een afgescheiden vermogen per generatie is dus niet toegestaan. Een onderscheid tussen werknemers en gepensioneerden is maar beperkt mogelijk.

---

<sup>151</sup> Pensioen voor jong en oud, uitgangspunten die vertegenwoordigers van ouderen en jongeren delen, 28 mei 2013.

<sup>152</sup> M. Heemskerk, Op zoek naar de grenzen van de solidariteit, *WPNR* 2013, 6968.

<sup>153</sup> *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 413, nr. C, p. 12.

<sup>154</sup> Artikel 123 Pensioenwet. De wet bevat een uitzondering voor multi-ondernemingspensioenfondsen.

Een andere pensioenregeling voor jong en oud kan toelaatbaar zijn. Hét voorbeeld daarvan is de pensioenregeling voor mensen geboren vóór 1950 die VUT en prepensioen behielden. Een tweede voorbeeld is een andere indexatie voor werknemers dan voor gepensioneerden. Nu er op dit moment nauwelijks wordt geïndexeerd, is dat instrument weinig zinvol.<sup>155</sup> Het maken van leeftijdsonderscheid om het evenwicht tussen jongeren en ouderen te herstellen<sup>156</sup> kent juridische grenzen. Een treffend voorbeeld is korten. Dat is een vorm van solidariteit: samen de pijn nemen. Er is geen wettelijk voorgeschreven methode van korten.<sup>157</sup> Mag de korting voor gepensioneerden of jongeren hoger zijn of moet er gelijk gekort worden? Ik probeer mij voor te stellen wat er gebeurt als het ABP besluit de uitkering van gepensioneerden te korten met 2% en de opbouw van jongeren met 1% of andersom. Dat zie ik het ABP of een ander pensioenfonds niet snel doen. Zo'n ongelijke korting is niet alleen maatschappelijk maar ook juridisch riskant. De Pensioenwet verplicht het pensioenfondsbestuur tot evenwichtige belangenafweging van alle stakeholders.<sup>158</sup> Het pensioenfondsbestuur moet bovendien het leeftijdsonderscheid van de korting uitleggen en de vraag beantwoorden waarom niet gekozen is voor een gelijke korting.<sup>159</sup> Door iedereen te korten met een gelijk percentage, lijkt geen sprake van onderscheid naar leeftijd. Met enige moeite is denkbaar dat pensioengerechtigden claimen meer nadeel te onderkennen van de korting. Zij ontvangen een lagere pensioenuitkering op hun bankrekening waar 'jongeren' de korting van de pensioenaanspraken nog kunnen goedmaken.<sup>160</sup> Een gelijke korting lijkt mij zowel maatschappelijk als juridisch makkelijker uit te leggen aan jong en oud. De mogelijkheden om binnen een pensioenfonds onderscheid te maken tussen jong en oud zijn beperkt.

---

155 Een wijziging in de financiering of neerwaartse bijstelling van de indexatie-ambitie van gepensioneerden of werknemers kan wel een bijdrage leveren.

156 E. Ponds, *Naar meer jong en oud in collectieve pensioenen*, oratie Tilburg 2008.

157 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 17, p. 85.

158 Artikel 105 lid 2 Pensioenwet.

159 Over het stappenplan van de objectieve rechtvaardigingstoets, zie M. Heemskerck, diss. VU, BJU 2009.

160 J.A. Gielink, L.J.P. van der Meij, M.W. Minnaard, E.M.F. Schols, M.C.J. Witteman, Juridische aspecten van korten van pensioenen, *TPV* 2011-8; I.H. Vermeeren-Keijzers, W.C.M. Donner-Broersma, Is het maken van onderscheid bij het korten van pensioen geoorloofd?, *AR* 2013-7.

### 4.3 DE SOLIDARITEIT UIT HET PENSIOENFONDS VERLATEN

De verplichte solidariteit in een pensioenfonds wordt verbroken door het pensioenfonds te verlaten en over te stappen naar een andere pensioenuitvoerder, zoals een verzekeraar (of een ander pensioenfonds). Werkgevers doen dat meestal uit kostenoverwegingen, niet om het evenwicht tussen jong en oud te bevorderen. Het inwisselen van een pensioenfonds voor een verzekeraar betekent meer zekerheid (en de prijs die daarbij hoort) en een andere solidariteit. Door de slechte financiële positie van veel pensioenfonds kijken veel werkgevers naar een exit-scenario om het pensioenfonds te verlaten. Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is een exit in beginsel niet mogelijk.<sup>161</sup> Bij ondernemingspensioenfonds kan de werkgever de uitvoeringsovereenkomst met het pensioenfonds in principe opzeggen. Afhankelijk van de redactie van de overeenkomst gaat het dan om de opzegtermijn en de prijs die de werkgever moet betalen aan het pensioenfonds. Daarover wordt volop geprocedeerd.<sup>162</sup> Het gevolg van de exit is dat de solidariteitskring wordt gesloten. Er zijn twee varianten: (1) een gesloten pensioenfonds en (2) liquidatie van het pensioenfonds.

#### 4.3.1 HET GESLOTEN PENSIOENFONDS

Het opgebouwde pensioen blijft bij het pensioenfonds tenzij waardeoverdracht naar de nieuwe pensioenuitvoerder plaatsvindt.<sup>163</sup> Het pensioenfonds gaat dan dicht voor nieuwe pensioenopbouw of voor nieuwe deelnemers. Meestal is er dan een overstap vanaf een peildatum naar een nieuwe pensioenuitvoerder zoals een verzekeraar of premiepensioeninstelling. Een recent voorbeeld van een gesloten pensioenfonds is dat van Shell. De eindloonregeling bleef alleen open voor bestaande werknemers. Werknemers die vanaf 1 juli 2013 in dienst treden, nemen deel aan een nieuw tweede pensioenfonds van Shell in een premieovereenkomst. De nieuwe werknemers vormen een nieuwe solidariteitsgroep met veel minder pensioenvermogen om te beleggen.

---

<sup>161</sup> Vrijstellingsmogelijkheden, zoals uitgewerkt in het Vrijstellings- en boetebesluit en werkingssfeerperikelen laat ik hier verder buiten beschouwing.

<sup>162</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 11 oktober 2012, *PJ* 2012, 211.

<sup>163</sup> Vergelijk artikel 84 Pensioenwet.



#### 4.3.2 DE LIQUIDATIE VAN HET PENSOENFONDS

De afgelopen jaren is een aanzienlijk aantal ondernemingspensioenfondsen geliquideerd.<sup>164</sup> Het opgebouwd pensioen is daarbij overgedragen aan de pensioenuitvoerder, vaak een verzekeraar. De pensioenaanspraken van de begunstigden kunnen daardoor wijzigen. De indexatie bij een verzekeraar is bijna altijd anders gefinancierd dan bij het pensioenfonds. Vaak kan met de inkoop-som van het pensioenfonds een minder hoog pensioen worden ingekocht bij de verzekeraar omdat deze niet mag korten en meer zekerheid biedt, namelijk 99,5% in plaats van 97,5% bij het pensioenfonds dat kan korten. De keuze voor een nieuwe pensioenuitvoerder – vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds, een verzekeraar of een premiepensioeninstelling – is van invloed op de solidariteit. Zonder volledig te zijn noem ik indexatieafspraken, de rekenrente bij de verzekeraar en de premies en tarieven. Het verlaten van het pensioenfonds leidt tot een andere solidariteit. Of dat een betere solidariteit is voor jong en oud valt vooraf niet te zeggen. Dat hangt ook af van de voorwaarden van de overstap en de inhoud van de nieuwe pensioenregeling.

#### 4.3.3 EEN LEEFTIJDsafHANKELIJKE PREMIE IN DE NIEUWE PENSOENREGELING

Is het pensioenfonds gesloten en wordt de middelloonregeling rechtsgeldig ingewisseld voor een premieovereenkomst dan is dat een verschuiving van de solidariteit. De solidariteit of subsidie van de doorsneepremie bij middelloonregelingen – ik kom daar zo op terug – verdwijnt. De leeftijdsafhankelijke pensioenpremie verschijnt. De pensioenpremie van de 25-jarige is bijvoorbeeld 6% en van de 50-jarige 30%. Met die premie kopen zij eenzelfde pensioen in. De pensioenpremie van de jongere is veel meer waard want kan langer renderen en risicovoller belegd worden. De leeftijdsafhankelijke werknemerspremie is volgens het College voor de Rechten van de Mens leeftijdsdiscriminatie.<sup>165</sup> In de literatuur hebben Lutjens en ik een rechtvaardiging voor een leeftijdsafhankelijke werknemerspremie aangedragen.<sup>166</sup> Ook volgens de regering is er

<sup>164</sup> Verzet tegen de afwikkeling van de liquidatie door schuldeisers is mogelijk op grond van artikel 2:23b lid 5 BW.

<sup>165</sup> CGB 2004-51, *PJ* 2004, 88; CGB2004-174, *PJ* 2005, 21, CGB 2005-138, *PJ* 2005, 113; CGB 2007-219, *PJ* 2008, 54; CGB 2009-89, *PJ* 2009, 185.

<sup>166</sup> E. Lutjens, M. Heemskerk, Leefijdonderscheid bij werknemerspremies, actuariel toegestaan of verboden verschil beloning?, *TPV* 2005-3.

een rechtvaardiging voor dat leeftijdsonderscheid.<sup>167</sup> Merkwaardig genoeg is er nog geen rechterlijke uitspraak voor deze fundamentele vraag of jongeren een lagere werknemersbijdrage mogen betalen. Veel verzekeraars laten werkgevers een vrijwaringsverklaring tekenen. Een leeftijdsafhankelijke premie zorgt er voor dat jongeren minder pensioenpremie betalen dan ouderen.

#### 4.4 WETTELIJKE SOLIDARITEITSMATREGELEN

##### 4.4.1 DE DOORSNEEPREMIE

De meerderheid van de pensioenregelingen bevat een wettelijk voorgeschreven eenzijdige subsidie van jong naar oud. Iemand die van zijn 25e tot zijn 45e bij de universiteit werkt en pensioen opbouwt bij het ABP subsidieert 20 jaar lang zijn oudere collega's. De 25-jarige betaalt bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds namelijk op grond van de wet (procentueel) dezelfde premie als zijn 60-jarige collega en krijgt daarvoor dezelfde pensioenopbouw.<sup>168</sup> De oudere krijgt veel meer pensioenopbouw dan zijn premie waard is. Om hetzelfde pensioen in te kopen moet de oudere vier keer zoveel premie betalen als de jongere.<sup>169</sup> De 25-jarige krijgt veel minder pensioenopbouw dan de economische waarde van zijn pensioenpremie.<sup>170</sup> Het resultaat van de cocktail van doorsneepremie en bij wet verplichte uniforme opbouw<sup>171</sup> is dat een deelnemer tot ongeveer 46 jaar zijn oudere collega's subsidieert.<sup>172</sup> De gelijke pensioenopbouw van jongeren en ouderen is gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Die solidariteit kost de jongere tienduizenden euro's. Gaat de 45-jarige universiteitsmedewerker voor zichzelf beginnen of wordt hij advocaat dan verdient hij zijn solidariteit niet meer terug. Zelfs als hij blijft werken aan de universiteit en bij het ABP onderdak blijft vinden, betaalt hij een hogere premie dan de vorige generatie omdat er steeds meer pensioenontvangers zijn en steeds minder premiebetalers. Deze effecten rechtvaardigen

167 *Kamerstukken II* 2005-06, 30 413, nr. 17, p. 92-93.

168 Artikel 8 Wet Bpf 2000.

169 T.A.H. Boeijen, C. Jansen, C.E. Kortleve, J.H. Tamerus, *Leeftijdssolidariteit in de doorsneepremie*, in: S.G. van der Lecq, O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer 2006, p. 149.

170 Vergelijk E. Lutjens, *Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?*, *TPV* 2007/24; *Kamerstukken II* 25 010 nr. 2 p. 55.

171 Artikel 17 Pensioenwet.

172 D. Boeijen, C. Jansen, N. Kortleve, J. Tamerus, *Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw*, *TPV* 2007-3.

de vraag of de solidariteit niet te ver doorschiet.<sup>173</sup> Om het elastiek van de solidariteit niet verder op te rekken is wel voorgesteld om de doorsneepremie en/of de doorsnee pensioenopbouw los te laten en jongeren de economische waarde van hun pensioenopbouw te geven.<sup>174</sup> Dat kan nu niet omdat de wet dat verbiedt. Die juridische muur moet eerst geslecht.

#### 4.4.2 DEGRESSIEVE PENSIOENOPBOUW

Bij degressieve pensioenopbouw bouwt de jongere meer pensioen op dan de oudere.<sup>175</sup> Artikel 17 van de Pensioenwet staat dat niet toe bij uitkeringsovereenkomsten zoals middelloonregelingen.<sup>176</sup> Volgens het conceptwetsvoorstel geldt dat ook voor de reële ambitieovereenkomst.<sup>177</sup> De wet eist ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw om uitstelfinanciering te voorkomen. Een hoger opbouwpercentage voor jongeren (2%) dan voor ouderen (1%) *ten minste* tijdsevenredige opbouw noemen is teveel gevraagd van juristen die de wetsgeschiedenis lezen.<sup>178</sup> De juridische oplossing is hier niet moeilijk: wijzig de Pensioenwet door verschillende pensioenopbouw voor jong en oud mogelijk te maken. Met die wetswijziging is de weg naar degressieve opbouw nog niet vrij.

De hogere pensioenopbouw voor jongeren mag ouderen niet discrimineren. De wet die leeftijdsdiscriminatie verbiedt kent twee uitwegen. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden.<sup>179</sup> Indien de hogere pensioenopbouw voor jongeren is gebaseerd op actuariële berekeningen biedt

173 *Aanhangsel Handelingen II* 2012-2013, 1202; Speech Harman Korte tijdens Eye on Pensioens, 14 januari 2013, "Eerlijker over pensioen", [www.afm.nl/~media/Files/pensioen/2013/Eerlijk%20over%20pensioen%20\(2\).ashx](http://www.afm.nl/~media/Files/pensioen/2013/Eerlijk%20over%20pensioen%20(2).ashx).

174 D. Boeijen, C. Jansen, N. Kortleve, J. Tamerus, Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw, *TPV* 2007-3; Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, 27 januari 2010 (Commissie Goudswaard); A.L. Bovenberg, B. Boon, *Now is the time: Overstap naar degressieve pensioenopbouw is nu mogelijk en wenselijk*, NEA paper 36, 2010; A.L. Bovenberg, R. Jansweijer, Doorsneepremie bedreigt pensioenstelsel, *FD* 1 juli 2005.

175 *Aanhangsel Handelingen II* 2012-2013, 1202. A.L. Bovenberg, B. Boon, *Now is the time: Overstap naar degressieve pensioenopbouw is nu mogelijk en wenselijk*, NEA paper 36, 2010.

176 De eis geldt ook voor kapitaalovereenkomsten, zie artikel 17 Pensioenwet.

177 *Kamerstukken II* 2012-13, 32 043, nr. 169, p. 56.

178 E. Lutjens, Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?, *TPV* 2007, 24. M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, *VU* 2013, p. 97.

179 Artikel 8 lid 3 WGBL; vergelijk artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG.

dat juridisch perspectief om degressieve opbouw te aanvaarden. Ik haast mij op te merken dat het HvJ EG uitzonderingen op gelijke behandelingsvoorschriften niet snel accepteert.<sup>180</sup> De tweede uitweg om leeftijdsdiscriminatie te bestrijden is het leeftijdsonderscheid juridisch te rechtvaardigen, bijvoorbeeld aan de hand van arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsargumenten. Een betere aansluiting bij gewijzigde arbeidspatronen zodat jongeren die uittreden of zzp'ers niet een te groot solidariteitsoffer betalen is een oplossingsrichting die denkacrobatiek vergt en uitgediept moet worden.

#### 4.4.3 DE VERPLICHTSTELLING IN GEVAAR?

Het loslaten van de combinatie van doorsneepremie en doorsneepbouw kan de verplichtstelling in gevaar brengen. Dat vloeit voort uit het feit dat de doorsneepremie gezien wordt als de sociale rechtvaardiging om het pensioen verplicht voor te schrijven in de bedrijfstak. Het HvJ EU heeft de verplichtstelling van pensioenregelingen voor de hele bedrijfstak als inbreuk op het Europese mededingingsrecht aanvaard wegens de sociale functie van pensioenfondsen en de bedrijfstakbrede solidariteit.<sup>181</sup> De solidariteit is een belangrijke bouwsteen voor de juridische legitimatie van de verplichtstelling.<sup>182</sup> Zie ik het goed, dan biedt de jurisprudentie van het HvJ EG juridische ruimte om het heilige huisje van de doorsneepremie en doorsneepremie te heroverwegen. Het AG2R-arrest van het HvJ EU uit 2011<sup>183</sup> ging over een verplichte zorgkostenverzekering in een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstakcao in Frankrijk. Dat verplichte karakter was volgens het HvJ EU gerechtvaardigd, mede omdat de regeling:

*‘wordt gekenmerkt door een hoge graad van solidariteit als gevolg van met name het forfaitaire karakter van de bijdragen en de verplichting om alle risico’s te aanvaarden.’<sup>184</sup>*

<sup>180</sup> HvJ EG 4 juni 2002, C-164-00, *PJ* 2002, 99, r.o. 29 (*Beckmann*); HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, *PJ* 2004, 71 (*Martin*).

<sup>181</sup> HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*), *Jur.* 1999, I-5751; HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (*Brentjens*), *Jur.* 1999, I-6025; HvJ EU 21 september 1999, *NJ* 2000, 233, *PJ* 1999, 94, m.nt. De Lange (Drijvende Bokken).

<sup>182</sup> HvJ EU 21 september 1999, *NJ* 2000, 233 (Drijvende Bokken), r.o. 99; *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

<sup>183</sup> HvJ EU 3 maart 2011, *PJ* 2011, 57 (AG2R).

<sup>184</sup> HvJ EU 3 maart 2011, *PJ* 2011, 57 (AG2R), r.o. 78.

Het Hof benadrukte dat zonder het verplichtend karakter verzekeren met een laag risicoprofiel zouden overstappen naar een andere uitvoerder, waardoor de ‘slechte’ risico’s zouden overblijven. Dat zou de verplichtstelling economisch onmogelijk maken aangezien het orgaan door de hogere kosten niet langer een goede dekking tegen een aanvaardbare prijs kon aanbieden. Betekenis kwam ook toe aan het feit dat de verhouding tussen premieniveau en de dekking (uitkering) niet evenredig waren en dat in sommige gevallen prestaties werden verricht zonder dat premies daarvoor waren betaald. Als aantoonbaar is dat het loslaten van de combinatie gelijke pensioenopbouw voor gelijke pensioenpremie juist bijdraagt aan herstel van solidariteit, lijkt mij dat een bruikbaar argument. Gelet op het grote belang van de verplichtstelling voor het Nederlandse pensioenstelsel is voorzichtigheid begrijpelijk. Er moet voldoende solidariteit overblijven om de uit de verplichtstelling voortvloeiende inbreuk op het mededingingsrecht te rechtvaardigen.<sup>185</sup> De verplichtstelling is de hypotheekrente aftrek van het Nederlandse pensioengebouw. Bij een overstap naar degressieve pensioenopbouw ontstaat voor een bepaalde groep deelnemers nadeel. Degene die dan 45 jaar is, heeft lange tijd meebetaald aan de pensioenopbouw van zijn oudere collega’s. Bij introductie van degressieve opbouw verdient hij dat niet meer terug. Om deze groep niet het dubbele solidariteitsoffer te laten betalen lijkt maatwerk wenselijk.<sup>186</sup> Bij de overgang dreigt anders leeftijdsdiscriminatie.

#### 4.5 DE VERPLICHTSTELLING TER DISCUSSIE

Het bekendste voorbeeld van solidariteit bij pensioen is de verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds.<sup>187</sup> Het is wettelijk afgedwongen solidariteit die door de meerderheid in de bedrijfstak is opgelegd aan de minderheid. Iedere werkgever en werknemer – ook zij die geen lid zijn van een vakbond – die onder de werkingssfeer van de bedrijfstak valt, neemt verplicht deel aan de pensioenregeling. In tijden van pensioenkortingen is verzet tegen de ‘verplichte winkelnering’ begrijpelijk. De belangen zijn groot – denk aan de pensioenpot van € 1.000 miljard – en over de afbake-

<sup>185</sup> E. Lutjens, Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?, TPV 2007, 24.

<sup>186</sup> M.L. Vos, M. Pikaart, Jongeren met pensioen: intergenerationele solidariteit anno 21e eeuw, NEA 2007, p. 31.

<sup>187</sup> E. Lutjens, Verplichte pensioenfondsen en de Pensioenwet, WPNR 2007, 6704.

ning tussen verzekeraars en pensioenfondsen kan een boekenkast worden gevuld.<sup>188</sup> Op deze plaats beperk ik mij tot enkele opmerkingen over alternatieven.<sup>189</sup>

#### 4.5.1 AFSCHAFFING VAN DE VERPLICHTSTELLING?

Afschaffing van de verplichtstelling is het meest vergaande alternatief. Is dat erg? Ik ben geen voorstander van afschaffing. De mogelijkheid om op verzoek van een meerderheid in de bedrijfstak het pensioen ook voor de minderheid te verplichten heeft meerwaarde. In mijn ogen zijn heel veel werknemers beter af met verplicht pensioensparen dan zonder. Het risico van de afschaffing van een verplichte pensioenregeling is dat grote groepen werknemers geen of een slechtere pensioenregeling krijgen. Ten eerste zouden er werknemers zijn die zonder verplichtstelling geen pensioen opbouwen. De werkgever kiest er bijvoorbeeld voor om geen pensioenregeling in te voeren. Dat geeft hem een concurrentievoordeel. Ten tweede zijn er werkgevers die hun pensioenregeling goedkoper elders kunnen onderbrengen. Zij verlaten het pensioenfonds. Dat leidt tot hogere premies voor de achterblijvers en een leegloop van het pensioenfonds, dat achterblijft met de populatie die een dure pensioenregeling heeft.

#### 4.5.2 VAN VERPLICHTSTELLING NAAR ALGEMENE SPAARPLICHT?

Op 27 mei 2013 presenteerden de jonge socialisten, jonge democraten en jonge liberalen in het TV programma Buitenhof een 10 puntenplan voor een nieuw pensioenstelsel. Punt 1 was het omzetten van de verplichtstelling naar een algemene spaarplicht. De spaarplicht waarborgt dat alle belastingplichtigen voldoende sparen voor hun oude dag. De door de overheid vastgestelde pensioenpremie gaat in dit plan naar een persoonlijke pensioenrekening. Werknemers en zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) mogen zelf kiezen waar zij hun pensioen onderbrengen. De pensioenuitvoerder kan collectief beleggen. Het is individueel pensioensparen. De overheid gaat in de voorstellen naast de AOW een pensioenplicht opleggen, ook aan zzp'ers en de hoogte daarvan bepalen. Dat lijkt

---

<sup>188</sup> Centraal Planbureau, Solidariteit, Keuzevrijheid en marktwerking, De toekomst van de Nederlandse markt voor oudedagsvoorzieningen, Den Haag, 2000.

<sup>189</sup> Kamerstukken II 2000-01, 26 537, nr. 4. Zie ook M.J.C.M. van der Poel, De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen, VU 2013, p. 159.

mij geen goed plan. Wij hebben al een staatspensioen. Dat is de AOW. De arbeidsvoorwaarde pensioen is van sociale partners.

#### 4.5.3 KIES UW PENSIOENUITVOERDER

Dat een werknemer kan kiezen of hij zijn pensioen onderbrengt bij ABP of bij Nationale-Nederlanden klinkt sympathiek. Wie is er tegen keuzevrijheid? Toch aarzel ik. Keuzevrijheid is geen doel. Leidt de keuzemogelijkheid tot een hoger pensioen? Dat vraagt om vergelijking van uitvoeringskosten en beleggingsresultaten. Ik betwijfel of alle werknemers in staat zijn de juiste keuze te maken. Uit het eerder aangehaald onderzoek van TNS-NIPO blijkt dat de meerderheid pensioen helemaal niet begrijpt.<sup>190</sup> Zouden zij dan wel een goede keuze maken voor een pensioenuitvoerder? Een analyse van de voor- en nadelen van afschaffing van de verplichtstelling en de alternatieve voorstellen, liefst met generatie-effecten, moet duidelijkheid brengen voordat de overstap wordt gemaakt. Het is onvermijdelijk en goed om de discussie over de voor en nadelen van de verplichtstelling aan te gaan. De verplichtstelling moet zijn meerwaarde blijven aantonen. Maar dat geldt ook voor alternatieven. Onderzoek alle dingen, maar behoud het goede.

## 4.6 AFGESCHIEDEN VERMOGENS (RINGFENCING)

Waarom geen pensioenrekening per pensioengeneratie? De wet verbiedt pensioenfondsen om afgescheiden vermogens aan te houden, een specifieke uitzondering daargelaten.<sup>191</sup> Een tekort in de ene pensioenregeling moet worden aangevuld vanuit de totale reserves van het pensioenfonds. De ene pensioenregeling moet de andere subsidiëren (kruissubsidie). Die solidariteitseis belemmert splitsing van pensioenvermogen voor verschillende generaties.<sup>192</sup> De belangrijkste genoemde reden voor het verbod is dat solidariteit nodig is voor de verplichtstelling en de taakafbakening met verzekeraars.<sup>193</sup> Blijft er zonder het verbod op ringfencing onvoldoende solidariteit over om de verplichtstelling te handhaven? Dan zou de wetgever kunnen overwegen om de generatierekening mogelijk te

<sup>190</sup> TNS-NIPO, Pensioenbewustmonitor, derde meting pensioenbewustzijn-meter, onderzoek in opdracht van Wijzer in Geldzaken, Amsterdam, januari 2012.

<sup>191</sup> Artikel 123 Pensioenwet.

<sup>192</sup> Uitgebreid over ringfencing, R. Maatman, A. Steneker, Ringfencing van pensioenvermogens, NEA paper 20, juni 2009.

<sup>193</sup> Kamerstukken II 2007-08, 30 413, nr. 106, p. 9.

maken door het wettelijk verbod te schrappen. De regering kiest er in het conceptwetsvoorstel invoering reële ambitieovereenkomst voor om het verbod op ringfencing te handhaven. Het nadeel van een vermogensschot is dat ouderen minder indexatiekansen hebben omdat hun opgebouwde rechten risicovrij moeten worden belegd. Dat gaat ten koste van de indexatie. Jongeren hebben minder pensioenvermogen om mee te beleggen. Samen beleggen biedt voordelen voor jong en oud. Jongeren profiteren van het premievolume van ouderen. Ouderen profiteren van de mogelijkheid om risicovoller te beleggen met pensioengeld van jongeren. Die solidariteit lijkt gunstig voor beide partijen.

#### **4.7 HET COMBICONTRACT ALS DERDE WEG**

Als alternatief voor aanpassing van het bestaande nominale pensioencontract en het reële pensioencontract is het combicontract als derde weg voorgesteld.<sup>194</sup> Daarin is er een vast basispensioen ('hard' pensioen) met daarboven een flexibel zacht pensioen dat risicovoller kan worden belegd. Dat vertaalt zich bijvoorbeeld in een opbouwpercentage van 1% opbouw per jaar en daarboven een ambitieniveau van 0,75% dat flexibel is. Er is minder zekerheid dan de huidige pensioenregeling maar meer kans op een hoger pensioen. Het geeft ook minder onzekerheid dan het reële contract maar meer economische kans op een lager pensioen.<sup>195</sup> Kortom: het is de pensioenpolder in optima forma. Er zijn onder economen voor en tegenstanders. Hoogleraar en oud DNB directielid Lex Hoogduin noemt het combicontract een slecht idee.<sup>196</sup> Zijn collega Theo Kocken prijst het combicontract en noemt als succesvol voorbeeld het huisartsenpensioenfonds.<sup>197</sup> Het is net een Amerikaanse rechtbankserie waarbij expert witness A vol verve het standpunt verdedigt dat expert witness B vervolgens verwerpt. Komt deze variant er, dan mag de jury beslissen. Een derde weg, al dan niet via het combicontract, kan pensioenfondsen meer ruimte bieden voor maatwerk.

194 Commissie Goudswaard, Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen, 2010, p. 81-82.

195 CPB, Risicoverdeling bij hervorming van het aanvullend pensioen, 15 april 2011.

196 IPE 12 juli 2013, Hoogduin: 'Combicontract slecht idee.'

197 IPE 21 juni 2013, 83 procent pensioensector voor combicontract.



## 4.8 CONCLUSIE

De mogelijkheden om een nieuw evenwicht binnen het pensioenfonds te creëren voor pensioenfondsers zijn momenteel beperkt. De opgelegde financiële solidariteit tussen jong en oud kan doorbroken worden door het pensioenfonds te verlaten. Een overstap naar een verzekeraar leidt tot een andere solidariteit. Dat is niet noodzakelijkerwijs een beter evenwicht. Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsers is een exit niet mogelijk. Die wettelijk afgedwongen solidariteit moet zichzelf rechtvaardigen. Dat geldt ook voor alternatieven die worden aangedragen om de verplichtstelling af te schaffen. De voor- en nadelen van de verplichtstelling en alternatieven moeten worden gewogen. Jongeren en ouderen hebben een groot belang om samen te beleggen omdat dat voor beiden voordelig is. De huidige subsidie van jonge werknemers naar oudere werknemers door gelijke opbouw en gelijke premie is gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Een leeftijdsafhankelijke premie of een leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw kan leiden tot een nieuw evenwicht. In deze rede heb ik enkele voorstellen gedaan bestaande juridische belemmeringen te onderzoeken en weg te nemen.

## 5 SLOTOPMERKINGEN

Nederland had en heeft een prachtig pensioenstelsel dat internationaal voortreffelijk staat aangeschreven. Wij waren zelfs jarenlang wereldkampioen pensioen.<sup>198</sup> Dat is geen reden om achterover te leunen. Pensioen is het belangrijkste financieel product.<sup>199</sup> Vrijwel iedere Nederlander heeft het en legt maandelijks een fors bedrag opzij voor zijn pensioen. Na pensionering is hij tot zijn dood afhankelijk van pensioen om in zijn levensonderhoud te voorzien. Ik zei het al eerder: het pensioen wordt minder zeker en zeker minder voor jongeren. De belangentegenstelling tussen jong en oud is een serieus aandachtspunt maar geen reden voor blinde pensioenpaniek<sup>200</sup> of pensioenrevolutie. De onevenwichtigheden moeten in balans worden gebracht. In deze rede heb ik enkele suggesties gedaan voor een nieuw pensioenevenwicht voor jong en oud. Met elkaar een solidair pensioen is beter dan een solitair pensioen. In de woorden van de heren Jacobse en Van Es: Samen voor ons eigen met de miljoenen van onze pensioenen.

---

198 Mercer Global Pension Index 2011.

199 R.H. Maatman, Het belangrijkste financiële product, Kluwer, *Onderneming en Recht* 35, 2006, p. 22.

200 De Telegraaf 6 april 2013, Voorkom blinde pensioenpaniek.



## DANKWOORD

Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik om een aantal mensen en instellingen bedanken. Het is natuurlijk onmogelijk om iedereen te bedanken, laat staan om dat in de juiste volgorde te doen. In het besef velen tekort te doen noem ik toch enkelen. Veel dank gaat uit naar de Stichting Instituut Gak en de Radboud Universiteit. Niet alleen heeft de Stichting Instituut Gak deze leerstoel ingesteld. Zij stelt mij bovendien in de gelegenheid om verder onderzoek te laten doen naar de solidariteitsgrenzen tussen jong en oud. De Radboud universiteit, waar wij vanmiddag te gast zijn, bedank ik voor het in mij gestelde vertrouwen. Ik ben trots deze leerstoel te mogen bezetten en doe er alles aan dat vertrouwen waar te maken.

Het team van de sectie Sociaal recht van mijn collega Leonard Verburg met Ceciel, Femke, Miriam, Alexander, Fiorina, Niels en Aniek heeft mij een warm welkom gegeven en in hun midden opgenomen. Ik verheug mij op verdere prettige samenwerking. Met collega's Rene Maatman en Bas de Jong publiceerde ik begin dit jaar al een mooie paper over het nieuwe pensioencontract. Dat smaakt naar meer. Wij broeden op mooie plannen.

Mijn promotoren Leen van den Heuvel en Erik Lutjens blijf ik voor altijd schatplichtig voor de academische en wetenschappelijke vorming die zij mij hebben gegeven. De band tussen promotor en promovendus is sterk en blijft sterk.

Mijn collega's van ons prachtige nichekantoor Onno F. Blom advocaten zeg ik: sparren over mooie zaken en oplossingen in de praktijk brengen is een plezier. En plezier hebben wij op kantoor zeker. Onno, Tim, Sabine, Jeroen, Marjolein, Mirjam, Merel en Marloes: jullie zijn niet veilig voor mijn gooi en smijtwerk.

Studenten van de Radboud Universiteit hoop ik te laten zien dat pensioenrecht niet alleen nuttig en nodig is maar bovenal leuk. Er is een grote behoefte aan frisse juridische pensioenkennis over grote maatschappelijke pensioenvraagstukken. Pensioen heeft de toekomst.

Last but not least. Ik ben heel blij dat mijn ouders, mijn broer Erik, mijn zus Monique, aanhang, vrienden, familie en kennissen dit moment met mij mogen delen. Mijn familie is mijn steun en toeverlaat. Hoeveel Suzanna en onze kinderen Abe, Lisa en Naomi voor mij betekenen en hoe onbedaarlijk hard Suzanna en ik moeten lachen om hun streken vertel ik hen bij een andere gelegenheid. Ik heb gezegd.



## LITERATUURLIJST

- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012
- P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour*, VU 2008
- M.F. Baltussen, 'De CAO en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?', in A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer, Kluwer 2011
- T. Barkhuysen en T. Huijg, Al of niet verplicht invaren van bestaande pensioenrechten, *TPV* 2012/2
- P. de Beer, Acht drogredenen over de strijd tussen de generaties, in: T. Notten, *Een omgekeerd generatieconflict? De jeugd verdient de toekomst*, Antwerpen/Apeldoorn, Garant 2006
- L.H. Blom, Welk karakter heeft het reële pensioencontract? *TPV* 2012-4/5
- L.H. Blom, Waarom het reële pensioencontract wel een uitkeringsovereenkomst is, *TPV* 2012-6
- D. Boeijen, C. Jansen, N. Kortleve, J. Tamerus, Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw, *TPV* 2007-3
- J. Bonenkamp, E. Westerhout, *Antwoord op enkele vragen van de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen*, CPB, Den Haag, 20 januari 2010
- A.L. Bovenberg, B. Boon, *Now is the time: Overstap naar degressieve pensioenopbouw is nu mogelijk en wenselijk*, NEA paper 36, 2010
- H.P. Breuker, Geen wijziging opgebouwd pensioen en onvoorwaardelijke aanspraken, *TPV* 2013-1
- H.P. Breuker, De uitgewerkte rechtsverhouding is met de komst van de PW niet meer relevant, *TPV* 2013-1
- H.P. Breuker, 'Wijzigen van de pensioenregeling. Materiële aspecten', *P&P*, 2005, 7/8
- H.P. Breuker e.a., 'De juridische aspecten van het wijzigen van de pensioenregeling', *TPV*, 1999/7
- T. Dimmendaal, 'Wijziging van een pensioenregeling', in: *De Nieuwe pensioenwet, Voorbeschouwingen*, Amersfoort, SDU 2004
- J.M.G. Frijns, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *TPV* 2006-2
- J.A. Gielink, L.J.P. van der Meij, M.W. Minnaard, E.M.F. Schols, M.C.J. Witteman, Juridische aspecten van korten van pensioenen, *TPV* 2011-8
- M. Heemskerk, B. de Jong, R. Maatman, *Hoofdpijnen Pensioenakkoord, juridisch begrepen*, Netspar 2013

- M. Heemskerk, Op zoek naar de grenzen van de solidariteit, *WPNR* 2013, 6968
- M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, Pensioen wijzigen met slapers en pensioengerechtigden: moeilijk maar niet onmogelijk, *TPV* 2013-1
- M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop, I. Witte, Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek, *TPV* 2012, 42
- M. Heemskerk, *De (on)houdbaarheid van het Pensioenakkoord*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht, 2011
- M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, diss. VU Amsterdam, Boom Juridische uitgevers 2009
- M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen*, VU, 2005
- T. Huijg, Beëindigen van een ziektekostenbijdrage aan postactieven, *TRA* 2010-6
- H.M. Kappelle, A.L. Bovenberg, Het nieuwe pensioencontract, defined ambition of defined contribution?, *P&P* 2012-1
- H.M. Kappelle, Pensioenakkoord voorjaar 2010; de streefregeling gerehabiliteerd?, *P&P* 2010-10
- P.C.M. de Lange, Wat is oud?, afscheidsrede, *VVPR* 2009,
- S.G. van der Lecq, O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer 2006
- Z. Lekniute, E. Ponds, Effecten verlaging opbouwpercentage aanvullende pensioenen, *ESB* 18 februari 2013
- E. Lewin, 'Vier beginselen uit de Pensioenwet: hoe varen we verder?', *VA* 2012-1
- E. Lutjens (red), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Kluwer 2013
- E. Lutjens, Opties voor invaren, *TPV* 2013, 14
- E. Lutjens, M. Heemskerk, Het reële pensioencontract is geen uitkeringsovereenkomst (2), *TPV* 2012-6
- E. Lutjens, M. Heemskerk, Het reële pensioencontract is geen uitkeringsovereenkomst, *TPV* 2012-4/5
- E. Lutjens, 'Juridische obstakels bij nieuw pensioencontract', *TPV* 2011/7
- E. Lutjens, Verplichte pensioenfondsen en de Pensioenwet, *WPNR* 2007, 6704
- E. Lutjens, Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?, *TPV* 2007/24
- E. Lutjens, 'Collectief DC', *P&P* 2006-3
- E. Lutjens, M. Heemskerk, Leeftijdsonderscheid bij werknemerspremies, actueel toegestaan of verboden verschil beloning?, *TPV* 2005-3
- E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, diss. VU Amsterdam, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1989

- R. Maatman, R. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (red.), *Onderneming en pensioen*, Kluwer 2011
- R. Maatman, A. Steneker, Ringfencing van pensioenvermogens, *NEA paper* 20, juni 2009
- R. Maatman, *Het belangrijkste financiële product*, oratie Nijmegen 2006
- R. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder*, diss. RU Nijmegen 2004
- A.G. van Marwijk Kooy, AkzoNobel, CDC, garantie en gepensioneerden, *P&P* 2008-7/8
- M. Pikaart, De pensioenmythe, *Business Contact* 2011
- M.J.C.M. van der Poel, *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen*, VU 2013
- E. Ponds, Z. Lekniute, *Pensioenakkoord en Effecten voor Generaties*, Netspar 2011, 66
- E. Ponds, *Naar meer jong en oud in collectieve pensioenen*, oratie Tilburg 2008
- E.M.F. Schols-van Oppen, *De franchise in pensioenregelingen*, diss. Tilburg 2011
- E.M.F. Schols-van Oppen, De collectieve beschikbare premiereregeling, in: De CDC-regeling: stand van zaken 2008, *VVPR*, SDU 2008
- J.M. van Slooten, Uitgewerkte rechtsverhouding als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk, *TPV* 2012-2
- J. Tamerus, *Defined ambition*, diss. UvA, 2011
- I.H. Vermeeren-Keijzers, W.C.M. Donner-Broersma, Is het maken van onderscheid bij het korten van pensioen geoorloofd?, *AR* 2013-7
- M.L. Vos, M. Pikaart, Jongeren met pensioen: intergenerationale solidariteit anno 21e eeuw, *NEA* 2007.





# RECHTSPRAAKOVERZICHT

## *Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)*

EHRM 19 juni 2012, EHRC 2012, 190  
EHRM 25 oktober 2011, EHRC 2012, 22  
EHRM 31 mei 2011, RSV 2013, 1  
EHRM 22 september 2005, AB 2006, 1 (Goudswaard-van der Lans)  
EHRM 12 oktober 2004, EHRC 2004, 127 (Asmundsson)  
EHRM 20 juni 2002, EHRC 2002, 67 (Azinas)

## *Hof van Justitie Europese Unie (HvJ EU)*

HvJ EU 3 maart 2011, PJ 2011, 57 (AG2R)  
HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, PJ 2004, 71 (Martin)  
HvJ EG 4 juni 2002, C-164-00, PJ 2002, 99 (Beckmann)  
HvJ EG 9 oktober 2001, PJ 2001, 101 (Menauer)  
HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, I-5751;  
HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Jur.* 1999, I-6025 (Brentjens)  
HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233, PJ 1999, 94 (Drijvende Bokken)

## *Hoge Raad (HR)*

HR 6 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0566 (ECN)  
HR 13 juli 2012, JAR 2012/10 (KLM)  
HR 11 juli 2008, JAR 2008, 204 (Stoof/Mammoet)  
HR 20 februari 2004, NJ 2005, 293 (DSM/Fox)  
HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 261 (Kemira)  
HR 26 juni 1998, JAR 1998, 199 (Taxi Hofman)

## *Hof*

Hof Leeuwarden 25 september 2012, PJ 2012, 4; RAR 2012, 160 (Friesland Foods)  
Hof 's-Gravenhage 18 september 2012, LJN BX 8419 (Fortis)  
Hof Amsterdam 12 juni 2012, PJ 2012, 119 (Delta Lloyd)  
Hof Amsterdam 1 november 2011, PJ 2011, 152 (ECN)  
Hof Arnhem 25 oktober 2011, PJ 2011, 163 (Elementis)  
Hof Amsterdam 24 juni 2011, PJ 2011, 104 (Unisys)

Hof Amsterdam 31 mei 2011, PJ 2011, 122 (IBM)  
Hof Amsterdam 12 april 2011, PJ 2011, 91 (Shell)  
Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2009, PJ 2009, 165, RAR 2010, 6  
Hof Amsterdam 26 mei 2009, PJ 2009, 130 (Vakcentrum)  
Hof Arnhem 27 mei 2008, PJ 2008, 67 (Akzo)  
Hof Amsterdam 10 mei 2007, RAR 2007, 147  
Hof Arnhem 25 januari 2005, PJ 2005, 31 (Campina)

### *Rechtbank*

Rechtbank 's-Gravenhage 11 oktober 2012, PJ 2012, 211  
Rechtbank Rotterdam 9 april 2010, PJ 2010, 137 (Marsh)

### *Kantonrechter*

Ktr. Almelo 29 juni 2011, PJ 2011, 115 (Aveco De Bondt)

### *College Gelijke Behandeling (CGB)<sup>201</sup>*

CGB 2011-124  
CGB 2009-89, PJ 2009, 185  
CGB 2007-219, PJ 2008, 54  
CGB 2006-101 en 102, PJ 2006/84 (ABP)  
CGB 2006-62, PJ 2006, 68  
CGB 2005-219  
CGB 2005-138, PJ 2005, 113  
CGB 2004-174, PJ 2005, 21  
CGB 2004-51, PJ 2004, 88

---

<sup>201</sup> Vanaf oktober 2012 is het College Gelijke Behandeling opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens (CRVM).