

Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen

*Prof. mr. drs. M. Heemskerk**

1. Inleiding

Solidariteit was jarenlang een vanzelfsprekendheid in pensioenregelingen. Volgens de regering is het bestaansrecht van pensioenfondsen zelfs gelegen in het vermogen om solidariteit te genereren.¹ Dat uit zich in specifieke solidariteitsnormen die gelden voor de arbeidsvoorwaarde pensioen en voor (verplichtgestelde bedrijfstak)pensioenfondsen in het bijzonder. Bedrijfstakbrede solidariteit door de verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds met een uniforme premie is hét voorbeeld daarvan. Anno 2013 staat de solidariteit onder druk. Kamervragen over 'berichtgeving dat AFM meer pensioenrechten voor jongeren wil'² wisselen berichten af als 'Ouderen langs alle kanten gepakt' in de Telegraaf.³ Dreigende kortingen bij pensioenfondsen voor zo'n 5,6 miljoen mensen in 2013 en het aangekondigde nieuwe pensioencontract zorgen ervoor dat zowel jong als oud zich afvraagt of zij de pensioenrekening krijgt gepresenteerd. Het elastiek van de solidariteit dreigt te breken. In deze bijdrage identificeer ik juridische solidariteitsnormen bij arbeidsgerelateerde pensioenregelingen⁴ en verken ik de (juridische) grenzen van die solidariteit.

* Bijzonder hoogleraar Pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Nieuwegein. (m.heemskerk@jur.ru.nl). Dit artikel is eerder verschenen in WPNR (2013) 6968.

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

2 Aanhangsel *Handelingen II* 2012-2013, 1202; Speech Harman Korte tijdens Eye on Pensions, 14 januari 2013, "Eerlijker over pensioen", [http://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)

3 De Telegraaf 31 januari 2013.

4 Solidariteitsaspecten bij pensioen tussen partners en bij scheiding laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing, daarover F.M. Hoens, Postrelationele pensioensolidariteit: wat een pech, pensioenpot weg, WPNR (2013) 6960 en 6961 en G.J.B. Dietvorst, Verdeling pensioen en lijfrenten bij scheiding een fiscaal doolhof, WPNR (2013) 6958.

2. De verplichtgestelde pensioenregeling: wettelijk afgedwongen solidariteit

2.1. *Verplichte deelname aan de pensioenregeling in de bedrijfstak: bedrijfstaksolidariteit*

Het klassieke en meest pakkende voorbeeld van solidariteit bij pensioen is de verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds.⁵ Iedere werkgever en werknemer die onder de werkingssfeer van de bedrijfstak valt, moet dan verplicht deelnemen aan de pensioenregeling. Die verplichtstelling geldt in beginsel voor onbepaalde tijd. Zo'n 76% van de werknemers met een pensioenovereenkomst neemt deel aan een bedrijfstakpensioenfonds. De meest bekende bedrijfstakpensioenfonds zijn het ABP,⁶ Pensioenfonds Zorg & Welzijn, Bpf Bouw of PME/PMT (klein- en grootmetaal). Sociale partners die een belangrijke meerderheid in de bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigen kunnen de minister van SZW gezamenlijk vragen om de deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen.⁷ De aanvragende organisaties moeten representatief zijn. Bij werkgeversorganisaties aangesloten werkgevers dienen ten minste 60% van de werknemers in de bedrijfstak te vertegenwoordigen. Een meerderheid tussen de 55 en 60% kan onder voorwaarden acceptabel zijn. Tegen de verplichtstellingsaanvraag kunnen bedenkingen worden ingediend. Pas na goedkeuring van de minister is de pensioenregeling van toepassing op de gehele bedrijfstak. Het is wettelijk afgedwongen solidariteit. Zo zijn ondernemingen die in de kleinmetaal of in de grootmetaal werkzaam zijn op grond van de wet verplicht deel te nemen aan de pensioenregeling in de bedrijfstak (PMT/PME). Dat geldt dus ook indien ze geen lid zijn van de werkgeversvereniging en/of niet willen deelnemen. Onderwijsinstellingen zijn verplicht deel te nemen aan de pensioenregeling van het ABP en zorginstellingen moeten deelnemen aan het pensioenfonds Zorg en Welzijn. Dat blijkt uit art. 4 van de Wet Bpf 2000:

ARTIKEL

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.

Er zijn zeer kort samengevat twee grondgedachten voor de verplichtstelling⁸:

1. eliminatie van de concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen in de bedrijfstak;

5 E. Lutjens, *Verplichte pensioenfonds en de Pensioenwet, WPNR (2007) 6704.*

6 ABP is formeel geen bedrijfstakpensioenfonds maar wordt daaraan gelijkgesteld in art. 2 lid 2 onder b Pensioenwet.

7 Art. 2 Wet Bpf 2000.

8 Uitgebreid, zie E. Lutjens, *De wet Bpf*, Deventer: Kluwer 1999.

2. het sociale belang van eenzelfde pensioenvoorziening voor iedereen in de bedrijfstak.

Voor werkgevers is er geen onderlinge concurrentie voor de arbeidsvoorwaarde pensioen.⁹ Bovendien hoeft niet te worden onderhandeld met individuele werknemers. De economische gedachte om concurrentie tegen te gaan heeft een sociale component. Het dwingend voorschrijven van een pensioenregeling voor de gehele bedrijfstak voorkomt dat sommige werknemers (met name de kwetsbare groep) geen pensioenvoorziening treffen. De verplichtstelling biedt alle deelnemende werknemers in de bedrijfstak het voordeel van een collectieve pensioenvoorziening. Het verklaart wellicht ook waarom de pensioenwetgeving voorschrijft dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds een basispensioenregeling moet aanbieden.¹⁰ Een basispensioenregeling is een regeling waaraan iedere werknemer die aan de opnamevereisten voldoet in beginsel automatisch deelneemt.¹¹ Aan zowel de basispensioenregeling als de vrijwillige regeling stelt de wet solidariteitscriteria. Afhankelijk van het karakter van de pensioenovereenkomst gaat het om een minimale werkgeversbijdrage, een gelijke werknemersbijdrage of solidariteit bij indexatie.¹² Het is voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds niet toegestaan alleen een vrijwillige regeling aan te bieden. De mogelijkheid van opting-out voor werkgevers en/of werknemers zou leiden tot risico-selectie en concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen. De verzekeringstechnisch goede risico's nemen niet deel, waardoor de dure negatieve risico's overblijven.¹³

Sociale partners bepalen in de werkingsfeerbepaling wie in de bedrijfstak verplicht moet deelnemen (de solidariteitskring). Onder voorwaarden is het mogelijk om vrijstelling te vragen aan het bedrijfstakpensioenfonds.¹⁴ Een specifieke set met vrijstellingsgronden, regels en voorwaarden daarvoor is vastgelegd in het Vrijstellings- en boetebesluit. Aan de vrijstelling zijn wettelijke voorschriften verbonden.¹⁵

2.2. De doorsneepremie: solidariteit van jong met oud

De solidariteit bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds wordt volgens de wetgever¹⁶ in belangrijke mate bereikt door de wettelijk voorgeschreven doorsneepremie zoals neergelegd in art. 8 Wet Bpf 2000:

9 Zie reeds *Kamerstukken II 1947-1948*, 785, nr. 5, p. 12.

10 Art. 117 Pensioenwet.

11 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 162.

12 Art. 118, 119 en 120 Pensioenwet.

13 *Kamerstukken II 1947-1948*, 785, nr. 5, p. 12.

14 Art. 13 Wet Bpf 2000.

15 Art. 7 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

16 *Kamerstukken II 1999-2000*, 27 073, nr. 3, p. 3.

De door of voor de deelnemers verschuldigde bijdrage is voor alle deelnemers gelijk of bedraagt voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen, met dien verstande dat er voor verschillende vormen van pensioen en voor verschillende pensioenregelingen verschillende bijdragen kunnen worden vastgesteld.

De doorsneepremie is een uniforme pensioenpremie voor alle deelnemers aan de pensioenregeling die door de werkgever wordt afgedragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. De premie omvat zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage. Het resultaat van de doorsneepremie is een inkomensoverdracht van jong naar oud. De doorsneepremie wordt naar rato van de loonsom of van de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de aangesloten werkgevers. Onderscheid in bijdrage op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid is niet toegestaan.¹⁷ Hoewel de wet niet uitsluit dat het een voor iedereen gelijke pensioenpremie is, wordt de hoogte van de premie in de praktijk vrijwel altijd gekoppeld aan het (pensioengevend) salaris. De doorsneepremie is niet verplicht voor vrijwillige pensioenvoorzieningen bij het bedrijfstakpensioenfonds waar de deelnemer voor deelname kan kiezen.¹⁸

De pensioenpremie van jonge deelnemers kan langer renderen en offensiever worden belegd, zodat de pensioenwaarde groter is. Jongeren betalen actuariel gezien meer premie dan de actuariële kostprijs.¹⁹ Zij krijgen daarvoor dezelfde opbouw omdat de Pensioenwet bij uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten tijdsevenredige opbouw verplicht.²⁰ Daarmee subsidiëren jongeren ouderen (overdrachtssolidariteit). Het omslagpunt ligt bij 46 jaar.²¹ Het kostenverschil tussen een jonge deelnemer en een oudere werknemer is bij de doorsneepremie niet goed zichtbaar.²²

De pensieenkosten worden over de gehele bedrijfstak gemiddeld. Bedrijven met een jong personeelsbestand subsidiëren bedrijven met een oud personeelsbestand. De kosteneffecten van bedrijfstaksolidariteit en leeftijdssolidariteit onttrekt zich aan de waarneming van werkgevers en werknemers.

2.3. Solidariteit als rechtvaardiging voor inperking mededinging

De verplichte deelname wordt door sommigen gezien als gedwongen winkelnering en oneerlijke mededinging. Niet alle werkgevers zijn blij met de verplicht-

17 *Kamerstukken II 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 4.*

18 Art. 8 lid 2 Wet Bpf 2000.

19 Vergelijk E. Lutjens, Doorsneepremie: solidariteit of leeftijdsdiscriminatie?, *TPV 2007/24.*

20 Art. 17 Pensioenwet.

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

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

Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen

stelling. De contractsvrijheid om geen pensioenregeling te treffen of een andere pensioenregeling in plaats van de in de bedrijfstak geldende is aan banden gelegd.²³ Voor verzekeraars betekent de verplichtstelling dat een deel van de pensioenmarkt buiten bereik is. De fundamentele vraag of het 'wettelijk monopolie' van de verplichtstelling niet in strijd is met het Europese mededingingsrecht²⁴ is in 1999 in het voordeel van de verplichtstelling beslecht in de landmark cases Albany,²⁵ Brentjens²⁶ en Drijvende Bokken.²⁷ Kern van de kwestie is dat de verplichte bedrijfstakbrede pensioenregeling weliswaar inbreuk maakt op het mededingingsrecht, maar dat die inbreuk gerechtvaardigd is door de bijzondere sociale taak van algemeen belang van bedrijfstakpensioenfondsen.²⁸ Er is een sociale exceptie voor de inbreuk op de vrije mededinging. Die bijzondere sociale taak van bedrijfstakpensioenfondsen wordt mede bepaald door de solidariteit. De solidariteit is een belangrijke bouwsteen voor de juridische legitimatie van de verplichtstelling. Die gedachte is door de wetgever onderstreept:

CIT
AAT

“Het kabinet is van mening dat de bedrijfstakbrede solidariteit, die met verplichtstelling bevorderd kan worden, voldoende rechtvaardiging biedt voor het ontbreken van volledige marktwerking in de tweede pijler.”²⁹

Het Hof van Justitie benoemt in het arrest Drijvende Bokken uitdrukkelijk de 'hoge mate van solidariteit'.³⁰ Het verwijst daarvoor naar solidariteitskenmerken zoals de ont koppeling van premieniveau en gedekte risico's, de acceptatieplicht zonder keuring, de premievrije opbouw voor arbeidsongeschikten, de overname van achterstallige premies tijdens faillissement van de werkgever en de indexatie van pensioenen. Lang niet al deze kenmerken zijn overigens kenmerkend voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (zie paragraaf 4). Het Hof wijst ook op de sociale gevolgen van het wegvallen van de verplichtstelling voor de solidariteit:

CIT
AAT

“Indien het pensioenfonds niet langer het uitsluitend recht had de aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak te beheren, zouden ondernemingen met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht, gunstiger

23 B. Degelink, Contractsvrijheid bij het pensioenaanbod, *AR* 2011/44.

24 Zie art. 101 en 102 VWEU jo. 4 lid 3 VEU.

25 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, I-5751.

26 HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (Brentjens), *Jur.* 1999, I-6025.

27 HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233, *PJ* 1999, 94, m.nt. De Lange (Drijvende Bokken).

28 E. Lutjens, Verplichtgestelde vrijwillige pensioenvoorzieningen en het Europese mededingingsrecht, *TPV* 2000-6.

29 *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

30 HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233, (Drijvende Bokken), r.o. 99.

Postrelationele solidariteit

verzekeringsvoorwaarden trachten te bedingen bij particuliere verzekeraars. Door het vertrek van de ‘goede’ risico’s zou het bedrijfspensioenfonds met de ‘slechte’ risico’s blijven zitten, waardoor de kosten van de werknemerspensioenen, met name voor kleine en middelgrote ondernemingen met een personeelsbestand op leeftijd, dat gevaarlijk werk verricht, zouden stijgen; aan die werknemers zou het Pensioenfonds dan niet meer tegen aanvaardbare kosten een pensioen kunnen bieden.”

Zonder verplichtstelling wordt de solidariteit uitgehold en kunnen sommige deelnemers niet tegen een aanvaardbare prijs een pensioenvoorziening treffen. In 2011 oordeelde het HvJ EU in het AG2R-arrest over de algemeenverbindendverklaring van een Franse collectieve arbeidsovereenkomst die voorzag in de verplichte aansluiting van alle ondernemingen in de bedrijfstak bij een stelsel van aanvullende vergoeding van zorgkosten, zonder mogelijkheid van vrijstelling. Die verplichtstelling was volgens het HvJ EU gerechtvaardigd, mede omdat de regeling

CIT
AAT

“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.”³¹

Er werd voor iedereen een uniforme premie van € 40 geheven, onafhankelijk van de leeftijd, de gezondheidstoestand of de bijzondere risico’s verbonden aan de functie van de werknemer. Het Hof benadrukt ook hier 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. De parallel met de verplichtstelling van deelname aan bedrijfstakpensioenregeling is evident.

Europese rechtspraak toont aan dat bedrijfstakbrede solidariteit nog steeds een in de rechtspraak aanvaarde rechtvaardiging vormt voor de inbreuk van het mededingingsrecht die de verplichtstelling meebrengt. Het toont ook aan dat bij het ontbreken van voldoende solidariteitskenmerken de verplichtstelling in gevaar komt. Vanwege de grote betekenis van de verplichtstelling in het Nederlandse pensioenstelsel is dat een groot aandachtspunt bij hervormingen in het

31 HvJ EU 3 maart 2011, *PJ* 2011, 57 (AG2R), r.o. 78.

pensioenstelsel. Discussies over een nieuw pensioencontract, het afschaffen van de doorsneepremie of degressieve pensioenopbouw moeten worden afgezet tegen (ontwikkelingen in) de Europese rechtspraak. Er moet voldoende solidariteit overblijven om de uit de verplichtstelling voortvloeiende inbreuk op het mededingsrecht te rechtvaardigen.

3. Solidariteitsverschillen tussen pensioenuitvoerders

3.1. De solidariteitskring

De mate van solidariteit is afhankelijk van de pensioenuitvoerder. Hiervóór is het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds besproken. Er zijn ook niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds en ondernemingspensioenfonds (zoals het Hoogovens pensioenfonds en het Philips pensioenfonds). Daarnaast zijn er pensioenverzekeraars zoals AEGON en Delta Lloyd en premiepensioeninstellingen die de pensioenovereenkomst van werkgever en werknemer uitvoeren.

Anders dan bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds geldt er geen verplichte deelname van werkgevers en geen verplichting om een doorsneepremie te hanteren. Overigens kunnen werkgevers die buiten de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen onder wettelijk benoemde voorwaarden er voor kiezen om zich vrijwillig aan te sluiten. Het bedrijfstakpensioenfonds moet dat statutair toestaan. De wet eist dat de werkgever (a) arbeidsvoorwaardelijk de bedrijfstakregelingen volgt, (b) in groepsverhouding staat tot een verplicht aangesloten vennootschap of (c) een historische band heeft met de bedrijfstak en daaronder viel.³²

Bij een vrijwillig bedrijfstakpensioenfonds is aansluiting facultatief. De werkgever heeft de keuze zich aan te sluiten maar is daartoe niet verplicht. Hetzelfde geldt voor een ondernemingspensioenfonds. Dat is onder meer een pensioenfonds verbonden aan een onderneming of aan een groep.³³ Veelal gaat het om de onderneming en daaraan gelieerde (concern)vennootschappen. Veel niet verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds en ondernemingspensioenfonds hanteren onverplicht een doorsneepremie. Voor pensioenverzekeraars en premiepensioeninstellingen geldt er vrijheid bij de keuze voor de pensioenuitvoerder en de pensioenregeling. De premie-overeenkomst met een leeftijdsafhankelijke pensioenpremie is daar meer gangbaar. De hoogte van de pensioenpremie stijgt met de leeftijd.

3.2. Wettelijke financiële solidariteit binnen pensioenfonds

Het pensioenfonds vormt één financieel geheel. De Pensioenwet verbiedt pensioenfonds om afgescheiden vermogens te houden voor de uitvoering van

³² Art. 121 Pensioenwet.

³³ Vergelijk art. 1 Pensioenwet voor de volledige definitie.

Postrelationele solidariteit

verschillende pensioenregelingen.³⁴ Dit wordt het verbod van *ringfencing* genoemd. Daardoor is er altijd financiële solidariteit tussen de pensioenregelingen binnen één pensioenfonds.³⁵ Een tekort in de ene pensioenregeling moet worden aangevuld vanuit de totale reserves van het pensioenfonds. De ene pensioenregeling kan de andere daardoor subsidiëren. Het is niet mogelijk om de pensioenaanspraken en -rechten van de ene pensioenregeling te korten indien er voldoende vermogen is uit de andere regelingen. Werknemers, ex-werknemers en pensioengerechtigden delen de lasten en lusten. Postrelationele solidariteit is een gegeven. Het is wel mogelijk om per regeling een eigen premiestelling uit te voeren.³⁶

Er is één uitzondering op dat verbod voor pensioenfonds. Het zogenaamde multi-ondernemingspensioenfonds (multi-opf) biedt ondernemingspensioenfonds die samengaan de mogelijkheid om hun vermogens gescheiden te houden. Het multi-opf is een pensioenfonds verbonden aan meerdere ondernemingen of groepen door samenvoeging van de aan de afzonderlijke ondernemingen of groepen verbonden pensioenfonds. De financiële solidariteit binnen pensioenfonds – het verbod tot *ringfencing* – wordt daarnaast ter discussie gesteld voor de nog te introduceren algemene pensioeninstelling.

Bij pensioenverzekeraars en premiepensioeninstellingen is de verdeling van de beleggingsresultaten die met de premies worden behaald (winstdeling, overrente) onderdeel van de uit te onderhandelen voorwaarden.

3.3. De solidariteitsperiode

De solidariteitsperiode tussen pensioenfonds en verzekeraars verschilt. Werkgevers die de pensioenovereenkomst onderbrengen bij een pensioenverzekeraar, doen dat in de praktijk meestal voor een termijn van vijf jaar tegen een vooraf overeengekomen prijs.³⁷ Een uitvoeringsovereenkomst met een pensioenfonds wordt in beginsel voor onbepaalde tijd aangegaan. Bij een pensioenfonds dragen in beginsel alle belanghebbenden gedurende langere tijd in onderlinge solidariteit de financiële lusten en lasten.³⁸ Door financiële schokken gezamenlijk te dragen kunnen pensioenfonds die schokken uitsmeren over de tijd. De postrelationele periode geldt voor onbepaalde tijd. Verzekeraars hebben minder zekerheid over de omvang van hun deelnemersbestand op langere termijn en minder mogelijkheden om premies te wijzigen.

Door de slechte financiële positie van veel pensioenfonds wordt steeds vaker door werkgevers gekeken naar de mogelijkheid om het pensioenfonds te verlaten. Bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds is dat in beginsel niet mogelijk, vrijstellingsmogelijkheden en werkingssfeerperikelen daargelaten. Bij onderne-

34 Art. 123 Pensioenwet

35 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 17, p. 5.

36 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 24, p. 71.

37 Vergelijk *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 67.

38 *Kamerstukken I 2006-2007*, 30 413, nr. C, p. 12.

mingspensioenfondsen is dan de formulering van opzeggingsclausules in de uitvoeringsovereenkomst en de kosten van opzegging relevant. In een aantal uitvoeringsovereenkomsten stond bijvoorbeeld de verplichting van de werkgever om bij te storten ingeval het pensioenfonds tekorten kreeg. Werkgevers met hoge pensioenlasten wegens tekorten bij hun pensioenfonds hebben die uitvoeringsovereenkomsten massaal aangepast. Zowel de hoogte van de financiële (bijstortings)verplichtingen van de werkgever als de mogelijkheid en de kosten van opzegging heeft tot rechtszaken geleid.³⁹

Wat daar ook van zij, het aantal ondernemingspensioenfondsen is in het afgelopen decennium fors gedaald. Veel werkgevers hebben gekozen voor een verzekeraar. Het voert te ver om op deze plaats in te gaan op de effecten van zo'n overstap van pensioenfonds naar verzekeraar voor de solidariteit. Duidelijk zal zijn dat bij de overstap solidariteitseffecten zijn. Zo maakt het groot verschil of het pensioenfonds de waarde van de pensioenen overdraagt naar de verzekeraar en zichzelf liquideert (waardeoverdracht) of dat het een zogenaamd slapersfonds wordt waarbij alle oude pensioenaanspraken achterblijven en nieuwe pensioenopbouw bij de verzekeraar plaatsvindt. Het maakt ook verschil of het pensioenfonds uitvoerder blijft voor bestaande werknemers of dat zij vanaf een peildatum pensioen verwerven bij de nieuwe pensioenuitvoerder. Dat soort keuzes heeft effect op de solidariteitskring. Ook de berekening van de uitgaande en inkomende waarde van de pensioenen die worden overgedragen naar de nieuwe pensioenuitvoerder heeft effect.

3.3. Kortten bij pensioenfondsen

Een groot verschil tussen pensioenfondsen en verzekeraars is dat pensioenfondsen onder omstandigheden het pensioen⁴⁰ kunnen korten en verzekeraars niet. De ratio daarvoor is mede gelegen in de hiervoor besproken solidariteitsduur. De Pensioenwet voorziet uitdrukkelijk in de kortingsmogelijkheid als ultimum remedium. Kortten is een paardenmiddel dat alleen mag worden ingezet indien populair geformuleerd de financiële positie van het pensioenfonds daartoe aanleiding geeft, herstel binnen een redelijke termijn niet mogelijk is en alle andere reële opties om bij te sturen niet mogelijk zijn. Het is dus niet mogelijk voor een pensioenfonds om de pensioenaanspraken van een werknemer te korten indien zijn werkgever premies niet betaalt. De solidariteit binnen het pensioenfonds brengt mee dat werknemers of aanspraakgerechtigden daarvan niet direct de dupe zijn.⁴¹ Een pensioenverzekeraar kan bij premieachterstanden onder voorwaarden de verzekering premievrij maken (de pensioenopbouw stopt) op basis van wat is gefinancierd.⁴² Dat principe staat bekend als geen premie, geen recht. Het pensioenfonds moet de premieachterstand eerst uit eigen middelen aanvullen.

39 Rechtbank 's-Gravenhage 11 oktober 2012, *PJ* 2012, 211.

40 Dat geldt zowel voor pensioenaanspraken als pensioenuitkeringen, zie art. 134 Pensioenwet.

41 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 257-258.

42 Art. 29 Pensioenwet.

Postrelationele solidariteit

Uit een persbericht van DNB blijkt dat op 1 april 2013 zo'n 70 pensioenfondsen zullen moeten overgaan tot korting van de pensioenen.⁴³ De korting raakt naar schatting 2 miljoen actieve deelnemers, 1,1 miljoen gepensioneerden en 2,5 miljoen slapers (gewezen deelnemers). De gemiddelde korting van het aanvullend pensioen is 1,9%. Daar zitten per pensioenfonds verschillen in. Zo bedraagt de aangekondigde korting bij ABP 0,5%, bij PME 5,1% en bij PMT 6,3%.⁴⁴ Zo'n 40 pensioenfondsen moeten een voorwaardelijke korting aankondigen voor 2014.

3.4. Dekkingsgraad verhogen of verlagen: de rekenrente

Relevant voor het besluit om al dan niet te korten is met name de financiële positie van het pensioenfonds, uitgedrukt in de dekkingsgraad. Blijft de dekkingsgraad binnen de hersteltermijn en met maatregelen uit een herstelplan onvoldoende dan moet er worden gekort. Saillant is dat de financiële positie afhankelijk is van de waardering van activa en passiva van het pensioenfonds. Daar geldt een financieel toetsingskader voor, uitgewerkt in pensioenregelgeving.⁴⁵ Veel aandacht is er voor de zogenaamde rekenrente, waarmee pensioenfondsen de hoogte van de pensioenverplichtingen bepalen. Een lage marktrente leidt tot hogere verplichtingen en dus een slechtere financiële positie. Met een hogere rekenrente van bijvoorbeeld 4% in plaats van zo'n 2% stijgt de dekkingsgraad en hoeft er veel minder of niet gekort te worden. De introductie van de *ultimate forward rate* (UFR) en het nemen van een driemaandsgemiddelde zorgden voor een betere dekkingsgraad.

De rekenrente bepaalt mede de solidariteit. Met een hogere rekenrente hoeft minder snel gekort te worden. Ouderen(organisaties) bepleiten daarom een hogere rekenrente. Jongeren(organisaties) vrezen dat dit potverteren is en dat nu uitkeren niets anders is dan het doorschuiven van de pensioenrekening naar de volgende generatie.⁴⁶ De opinie in de Volkskrant getiteld 'Jongeren betalen voor ordinaire fraude met pensioen' spreekt boekdelen.⁴⁷ De rekenrente moet op grond van Europese regelgeving prudent zijn.⁴⁸ Nederland heeft wegens deze open norm de nodige ruimte om de rekenrente vast te stellen.

4. Solidariteitskenmerken in pensioenregelingen

4.1. Inleiding

Naast de bedrijfstaksolidariteit in de verplichtstelling, de doorsneepremie en de financiële solidariteit bij pensioenfondsen is er een aantal solidariteitskenmerken aan en in pensioenregelingen die los staan van wie de pensioenuitvoerder is.

43 Persbericht 22 januari 2013, Kortingen pensioenfondsen vallen lager uit.

44 Zie ook NRC 1 februari 2013, Verlaging pensioenen bij grote fondsen nu definitief.

45 Hoofdstuk 6 Pensioenwet, Besluit Financieel Toetsingskader pensioenfondsen, *Stb.* 2010, 315.

46 NRC 27 september 2012, Nieuwe rekenrente pensioen voor pensioenfondsen is te hoog.

47 *De Volkskrant* 13 januari 2012.

48 Art. 15 lid 4 Richtlijn 2003-41 EG, *PbEG* L 235/10.

4.2. Verzekeringssolidariteit

Het aanvullend pensioen van werknemers bevat drie mogelijke soorten pensioen: ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen.⁴⁹ De basisgedachte is dat bovenop het wettelijk pensioen (AOW, Anw of WIA) een aanvullende pensioenuitkering is verzekerd. Wie oud, arbeidsongeschikt is of overlijdt, heeft dan gezorgd voor een inkomensvoorziening voor zichzelf, zijn partner of zijn kinderen. Voor alle vormen van pensioen geldt kanssolidariteit die inherent is aan het verzekeren van een pensioen. De pensioenpremie wordt gebruikt om een kapitaalgedekt ouderdomspensioen op te bouwen. Het langlevensrisico tussen de deelnemers wordt gedeeld. Overlijdt de deelnemer voor de pensioendatum dan hoeft geen ouderdomspensioen te worden uitgekeerd en valt het opgebouwde pensioenkapitaal toe aan het collectief (sterftewinst).

De individuele risico's van overlijden of arbeidsongeschiktheid worden collectief gedeeld en verdisconteerd in de pensioenpremie. Die risicospreiding kan efficiënter en goedkoper zijn dan een individuele premie. Dat is verzekeringssolidariteit. In ruil voor de kans dat zijn partner een pensioen krijgt uitgekeerd bij zijn overlijden aanvaardt de deelnemer de kans dat hij achteraf voor niets premie blijkt te hebben betaald omdat hij niet is overleden (het verzekerd risico is bij hem niet ingetreden). Daarmee subsidieert hij de partner van zijn collega indien deze overlijdt zodat een nabestaandenpensioen wordt uitgekeerd. Deze verzekeringssolidariteit geldt in elke pensioenregeling.

4.3. Solidariteit met arbeidsongeschikten

Pensioenfondsen en verzekeraars kunnen de slechte risico's niet uitselcteren. Bij verplichtgestelde pensioenregelingen is deelname aan de pensioenregeling verplicht op grond van de wet. Ook verzekeraars kunnen niet selecteren aan de poort. Zo is een medische keuring bij aanvullende pensioenregelingen uitdrukkelijk verboden in de Wet op de medische keuringen (WMK).⁵⁰ De goede kansen subsidiëren de slechte kansen ex ante. Dit is wettelijk voorgeschreven solidariteit. Een tweede, facultatieve vorm van solidariteit met arbeidsongeschikten is de zogenaamde premievrijstelling bij invaliditeit (pvi). Deze faciliteit is vaak maar hoeft niet in het pensioenreglement te zijn opgenomen. Bij arbeidsongeschiktheid wordt de pensioenopbouw voortgezet zonder dat de arbeidsongeschikte premie betaalt. De arbeidsongeschiktheid heeft daardoor geen (of minder) gevolgen voor het ouderdomspensioen. Die premievrije voortzetting is een solidariteits-element dat wordt betaald (gesubsidieerd) door het collectief, bijvoorbeeld via een risico-opslag op de premie.

49 Art. 1 Pensioenwet.

50 Art. 4 lid 3 WMK. Een keuring mag wel plaatsvinden indien de pensioenregeling een keuzemogelijkheid biedt voor individuele deelnemers en een bestaande deelnemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een wijziging wenst in een keuzemogelijkheid voor een vrijwillige pensioenregeling.

4.4. Solidariteit met vrouwen

Vrouwen leven nog steeds langer dan mannen. Actuarieel gezien leidt dat tot een hogere premie voor vrouwen of een lagere uitkering dan voor mannen. De wet bepaalt echter dat de pensioenuitkeringen voor mannen en vrouwen gelijk moet zijn.⁵¹ Bij een uitkeringsovereenkomst (de hoogte van de uitkering is toegezegd) moet de werknemersbijdrage gelijk zijn. De werkgeversbijdrage mag actuarieel onderscheid naar geslacht (lees: een hogere premie) maken. Bij een premieovereenkomst (de hoogte van de premie is toegezegd) is de hoogte van de uitkering nog niet bekend. Daar mag óf de uitkering worden gelijkgetrokken óf de werkgeversbijdrage zo worden vastgesteld dat volgens het inzicht op het moment van vaststelling van die bijdrage sprake is van een gelijke uitkering. Ook bij uitruil van ouderdomspensioen naar partnerpensioen vice versa geldt de wettelijke verplichting om een seksneutrale uitruilvoet te hanteren.⁵²

Een ander solidariteitsaspect is de zogenaamde korting nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil. Daarbij wordt het nabestaandenpensioen gekort indien de partner veel jonger is, bijvoorbeeld 1,5% korting voor elk jaar dat het leeftijdsverschil meer dan 10 jaar is. Het argument daarvoor is dat anders een te groot beroep wordt gedaan op de solidariteit. Het nabestaandenpensioen van een jonge partner is immers duur. Volgens het College van de Rechten van de Mens – de opvolger van de Commissie Gelijke Behandeling – is die korting discriminatie van vrouwen.⁵³ Er zijn doorgaans meer mannen met een jongere vrouwelijke partner dan andersom. Het nadeel van het collectief is gering in vergelijking tot het nadeel van de individuele partner en daarom kan het collectief die solidariteit dragen, zo vat ik de lijn van het College samen. In de civiele rechtspraak werd de korting van het nabestaandenpensioen bij ABP discriminatoir bevonden door het Hof 's-Hertogenbosch.⁵⁴ De kortingsregeling bij ING kon volgens het Hof Amsterdam wel door de beugel.⁵⁵ Deze niet eenduidige uitspraken tonen aan dat beperking van de solidariteit begrensd wordt door anti-discriminatie wetgeving.

4.4. Leefijdssolidariteit in de premiestelling

De meeste pensioenfondsen hanteren een doorsneepremie. De doorsneepremie verhult als het ware de werkelijke (hogere) pensioenkosten van oudere werknemers. Die worden zichtbaar bij de premieovereenkomst. De pensioenpremie is daar leeftijdsafhankelijk want stijgt met de leeftijd.. Voor jongeren (-20) bedraagt de pensioenpremie bijvoorbeeld 6,4% en voor ouderen 32% (60-65). Er is meer premie nodig voor oudere werknemers om hetzelfde pensioen in te kopen als voor een jongere. De premie van een jongere rendeert langer en kan risicovoller

51 Art. 12a-f Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB).

52 Art. 60 lid 4, 61 lid 3 Pensioenwet.

53 CGB 2011-199, PJ 2012, 46.

54 Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, RAR 2006, 16 (ABP).

55 Hof Amsterdam 31 augustus 2006, RAR 2006, 145 (ING).

worden belegd. Volgens het College is dat onderscheid naar leeftijd voor de werknemerspremie niet toegestaan.⁵⁶ De regering en literatuur zijn kritisch over die oordelenlijn, die nog niet door de civiele rechter is getoetst.⁵⁷

5. Solidariteit onder vuur

5.1. Inleiding

Solidariteit ligt onder vuur. Zeker in tijden waarin veel mensen geconfronteerd worden met een korting is er kritiek op de verplichting om deel te nemen aan bedrijfstakpensioenregelingen. De grenzen van de solidariteit worden opgezocht. Er wordt met name meer differentiatie tussen jong en oud bepleit.⁵⁸ In deze paragraaf bespreek ik enkele solidariteitsaspecten die ter discussie staan.

5.2. Doorsneepremie en doorsnee pensioenopbouw

Met name vanuit economische en actuariële zijde is de doorsneepremie en doorsnee opbouw kritisch benaderd. Het hanteren van dezelfde pensioenopbouw voor dezelfde pensioenpremie is actuariel onjuist. Het leidt tot grote onderlinge subsidies van jong naar oud. Het omslagpunt ligt bij 46 jaar, zo hebben actuarissen becijferd.⁵⁹ Deelnemers jonger dan 46 jaar betalen voor hun pensioenopbouw meer dan actuariel noodzakelijk, deelnemers vanaf 46 jaar betalen te weinig. Zolang iedereen de hele deelnemingscyclus doorloopt, vormt dat geen probleem. Wie nu jong is, hoopt oud te worden en te kunnen rekenen op de solidariteit van de generatie na hem. Met enige welwillendheid zou het zelfs de arbeidsdeelname van ouderen kunnen bevorderen.⁶⁰ Tegelijkertijd kan het de arbeidsmobiliteit van ouderen belemmeren. Punt van zorg is dat jongeren de subsidie lang niet altijd goedmaken en dat het solidariteitsoffer niet constant is. Jongeren blijven lang niet altijd deelnemer want kunnen bijvoorbeeld als zelfstandige gaan werken, uitvallen of overstappen naar een andere pensioenregeling. Daar komt nog bij dat de pensioenregeling in de toekomst niet hetzelfde zal zijn en dat het aantal premiebetalers daalt in verhouding tot het aantal pensioenontvangers. Dat rechtvaardigt de vraag of de solidariteit niet te ver doorschiet. 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.⁶¹ Degressieve⁶² of progres-

56 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.

57 E. Lutjens, M. Heemskerk, *Leeftijdonderscheid bij werknemerspremies, actuariel toegestaan of verboden verschil beloning?*, *TPV* 2005-3; *Kamerstukken II* 2005-06, 30 413, nr. 17, p. 92-93.

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

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

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

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

62 Een sterke tweede pijler, *Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*, 27 januari 2010 (Commissie Goudswaard).

Postrelationele solidariteit

sieve pensioenopbouw betekent dat de pensioenopbouw lager of juist hoger wordt naarmate de leeftijd toeneemt. Progressieve opbouw vereist aanpassing van de wetgeving.⁶³ Art. 17 van de Pensioenwet schrijft namelijk ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw voor, behalve bij premieovereenkomsten. Degressieve opbouw is niet noodzakelijkerwijs in strijd met die bepaling aangezien sprake is van *ten minste* evenredige opbouw. Het leeftijdsonderscheid dat het gevolg is van degressieve of progressieve opbouw is alleen toegestaan indien er een objectieve rechtvaardiging is voor dat onderscheid tussen jong en oud (art. 7 WGBL). Wijziging van de tijdsevenredige opbouw vergt de nodige onderbouwing.

Een lastiger dilemma is het loslaten van de doorsneepremie. Dat roept namelijk de vraag op of er nog voldoende solidariteit overblijft om de verplichte deelname aan bedrijfstakpensioenregelingen te rechtvaardigen zonder dat sprake is van oneerlijke mededinging (zie paragraaf 2.3). Vermeldenswaardig is dat de regering een onderzoek heeft ingesteld naar de doorsneepremie. De resultaten daarvan zouden in mei 2013 moeten verschijnen.⁶⁴

5.3. Korten: evenwichtig en uniform of differentiëren?

In paragraaf 3.3 beschreef ik dat de systematiek van korten bij pensioenfondsen gezien kan worden als een vorm van solidariteit. Er is geen wettelijk voorgeschreven methode van korten.⁶⁵ De toepassing van die korting kan leiden tot een ander solidariteitsvraag: mag of moet de korting op uniforme wijze voor alle stakeholders (deelnemers, slapers en pensioengerechtigden) plaatsvinden? Juridisch relevant is de in de Pensioenwet opgenomen verplichting voor het pensioenfondsbestuur tot evenwichtige belangenafweging van aanspraakgerechtigden en de werkgever⁶⁶ en het verbod van leeftijdsdiscriminatie zoals neergelegd in de WGBL. Een korting doorvoeren terwijl er nog een contractuele verplichting van de werkgever is om bij te storten lijkt niet evenwichtig.⁶⁷ Leeftijdsonderscheid is alleen toegestaan indien daarvoor een goede reden (objectieve rechtvaardiging in de zin van art. 7 lid 1 sub c WGBL) bestaat.

Het oogt risicovol om te differentiëren naar leeftijd bij de korting. Bij een lagere (of hogere) korting voor pensioengerechtigden dan voor actieven is waarschijnlijk sprake van indirect leeftijdsonderscheid. Doorgaans zijn pensioengerechtigden ouder dan actieven (werknemers). Het pensioenfondsbestuur moet het verschil in korting dan objectief rechtvaardigen. Daarbij moet het verschil in korting worden uitgelegd evenals het antwoord op de vraag waarom niet gekozen is voor

63 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 3, p. 186, *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 415, nr. 3, p. 31-32.

64 Aanhangsel *Handelingen II 2012-2013*, 1102.

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

66 Art. 105 lid 2 Pensioenwet.

67 Vergelijk Ondernemingskamer Hof Amsterdam 24 juni 2011, *PJ 2011*, 104 (pensioenfonds Unisys).

een gelijke korting.⁶⁸ De ongelijke korting (ongelijke behandeling) moet dan gerechtvaardigd worden. Zonder objectieve rechtvaardiging is de korting nietig op grond van art. 13 WGBL. Er had gelijk behandeld moeten worden en dat is niet gebeurd. De reparatie van de ongelijke behandeling is nog niet eenvoudig. Toepassing van de laagste korting voor iedereen (gelijke behandeling) lost het financiële tekort niet geheel op zodat een nieuwe hogere korting dreigt. 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 ondervinden van de korting omdat zij direct minder pensioen krijgen uitgekeerd op hun bankrekening en 'jongeren' de korting van de pensioenaanspraken nog kunnen goedmaken.⁶⁹ Het argument van ouderen is dat de gelijke korting indirect leeftijds onderscheid vormt door gelijke behandeling van ongelijke gevallen. De ongelijkheid bestaat er in die visie uit dat zij de korting direct in de portemonnee voelen en dat zij de korting anders dan jongeren niet meer kunnen herstellen. Toch lijkt een gelijke korting aan de hand van de WGBL makkelijker uit te leggen, ook in termen van intergenerationele solidariteit waarbij iedereen in gelijke mate inlevert.

5.4. Solidariteit bij wijziging pensioenregeling

5.4.1. Inleiding

Een wijziging van de pensioenregeling kan een solidariteitsverschil betekenen. Door de wijziging kan de ene leeftijdsgroep beter of slechter af zijn. Een klassiek voorbeeld uit de rechtspraak is de afschaffing van fiscale faciliteiten voor VUT en prepensioen. Daar werd fiscaal overgangsrecht getroffen waardoor bij personen geboren vóór 1950 VUT en prepensioen kon worden gehandhaafd. Daardoor ontstonden vaak twee pensioenregelingen: een voor mensen geboren voor 1950 en een voor mensen geboren na 1950. Die pensioenregelingen waren, alleen al door de fiscale verschillen, niet gelijk en ook het niveau van de pensioenregelingen was niet gelijk. Dat direct leeftijds onderscheid moet objectief gerechtvaardigd worden.⁷⁰ Solidariteit van jong en oud is daarbij een ondersteunend argument om niet een gelijke maar een gelijkwaardige pensioenregeling te vormen. In veel gevallen werd het leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd geacht. Zo oordeelde bijvoorbeeld het Hof's-Hertogenbosch in de door het Alternatief voor Vakbond aangespannen spraakmakende zaak dat de ABP-regelingen geen leeftijdsdiscriminatie vormde.⁷¹ Overigens waren er ook pensioenregelingen waar de balans tussen de leeftijdscohorten zo uit het lood stond dat de regeling leef-

68 *Over het stappenplan van de objectieve rechtvaardigingstoets*, zie M. Heemskerk, diss. VU, BJU 2009.

69 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.

70 CGB 2005-219. M. Heemskerk, *Leeftijds onderscheid bij pensioen*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005.

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

Postrelationele solidariteit

tijdsdiscriminatie vormde.⁷² In de belangenafweging van de proportionaliteitstoets – een standaardonderdeel bij de objectieve rechtvaardigingstoets – kan het elastiek van de solidariteit dus knappen.

5.4.2. *Wijziging indexatie jegens slapers en pensioengerechtigden*

De verbintenissen uit de pensioenovereenkomst stoppen niet bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst.⁷³ Sterker nog: ouderdomspensioen is bedoeld als inkomensvoorziening voor de oude dag na het einde van het werkzaam leven. In tijden van pensioenversoberingen is de vraag legitiem of een deel van de toenemende pensioenlasten ook door slapers en pensioengerechtigden mogen worden gedragen. Uitgangspunt van de Pensioenwet is dat opgebouwd pensioen niet kan worden gewijzigd behalve bij korten of interne waardeoverdracht.⁷⁴ Er bestaat dus relatieve zekerheid over de hoogte van het opgebouwde pensioen. Wijzigen jegens slapers en pensioengerechtigden is dus zeer beperkt mogelijk. Voorwaardelijke indexatie – gericht op koopkrachtbehoud van de uitkering en aanspraken – is geen opgebouwd pensioen en valt niet onder dat aantastverbod. In de wetgeschiedenis betoogden ouderenorganisaties nog dat de indexatie onwizigbaar was voor gepensioneerden. De wetgever ging daar niet in mee:

CIT
AAT

“Indien gepensioneerden daarbij per definitie ontzien zouden moeten worden, ontwricht dat de solidariteit tussen jong en oud. Gezien de scheefgroei van de verhouding tussen deelnemers enerzijds en gepensioneerden anderzijds (vergrijzing) zou dat een steeds grotere last leggen op de deelnemers die tot onaanvaardbaar hoge premies leidt.”⁷⁵

Die wijziging moet dan wel rechtsgeldig tot stand worden gebracht, bijvoorbeeld via een wijzigingsbeding.⁷⁶ De postrelationele solidariteit van oud met jong kan daarbij als argument worden ingezet voor die wijziging.

5.4.3. *De generatiediscussie bij het nieuwe pensioencontract*

Het kan niemand zijn ontgaan dat naar aanleiding van discussies en rapportages over de financiële onhoudbaarheid van het aanvullend pensioen sociale partners een Pensioenakkoord zijn overeengekomen. De wetgever heeft in een hoofdlijnennotitie⁷⁷ aangekondigd het mogelijk te maken voor pensioenfondsen en

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

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

74 Art. 20 Pensioenwet.

75 *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 413, nr. C, p. 48, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 34.

76 M. Heemskerk, S.H. Kuiper, E. Schop, I. Witte, M. van der Poel, ‘Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek’, *TPV* 2012-6; J.M. van Slooten, ‘Uitgewerkte rechtsverhouding’ als arbeids- en/of pensioenrechtelijk leerstuk’, *TPV* 2012-2.

77 *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 043, nr. 113 en bijlagen.

Op zoek naar de grenzen van de solidariteit in het aanvullend pensioen

werkgevers om over te stappen naar een nieuw pensioencontract, waarbij alle pensioenen voorwaardelijk zijn. De hoogte van het pensioen wordt afhankelijk van de levensverwachting en het rendement. Daarbij is het de bedoeling om ook opgebouwde pensioenen voorwaardelijk te maken, zodat iedereen overstapt naar het nieuwe contract. Zowel jongeren als ouderen delen dan de risico's van het nieuwe pensioencontract, for better or for worse. Zonder die postrelationele solidariteit zouden jongeren voorwaardelijke aanspraken krijgen en ouderen onvoorwaardelijke aanspraken houden. Daarmee zouden jongeren meer risico's lopen. Het verbod van ringfencing staat immers niet toe dat er gescheiden vermogens worden bijgehouden. Bij een eventuele wijziging naar het nieuwe pensioencontract zullen oud en jong de generatie-effecten scherp bekijken. Verwacht een van beide groepen slechter af te zijn, dan valt te verwachten dat zij onder meer een beroep doen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Zowel jong als oud hebben al procedures aangekondigd.

6. Conclusie

Solidariteit is van grote juridische betekenis voor het Nederlandse pensioenstelsel. Zonder voldoende solidariteit komt de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling die voor 76% van de werknemers geldt in gevaar. De solidariteit rechtvaardigt de inbreuk op het Europese mededingingsrecht. De mate van solidariteit hangt af van de pensioenuitvoerder en de inhoud van de pensioenregeling. Bij verzekeraars is de solidariteitsgraad lager dan bij pensioenfondsen, waar (postrelationele) solidariteit een gegeven is.

Solidariteit ligt onder vuur. Door inkomensoverdrachten van jong naar oud staat de solidariteit op scherp. In tijden waarin het pensioen wordt versoberd – een hogere pensioenleeftijd, verlaging van de pensioenopbouw en mogelijk voorwaardelijke pensioenen – zijn er protesten tegen pensioenwijzigingen, discussies over rekenrente, kortingen en doorsneepremie. Het verbod van leeftijdsdiscriminatie geeft zowel jong als oud een juridisch instrument om een te groot beroep op de solidariteit te beteugelen. De grenzen van de (postrelationele)solidariteit worden opgezocht. De komende jaren moet de ooit zo vanzelfsprekende solidariteit bij pensioenregelingen maatschappelijk en juridisch gerechtvaardigd worden om te voorkomen dat het solidariteitscontract wordt opgezegd.

