

Houdbaarheid verplichtstelling aan het bedrijfstakpensioenfonds in een nieuw pensioencontract in geding?

TPV 2019/45

1. Inleiding

Op 5 juni jl. bood de Sociale Economische Raad (SER) aan minister Koolmees een advies “Naar een nieuw pensioenstelsel” aan.² Diezelfde dag stuurde de minister een brief aan de Tweede Kamer over het bereikte pensioenakkoord tussen het kabinet en sociale partners over onder andere vernieuwing van het pensioenstelsel.³ Zowel de SER als het kabinet spreken de wens uit de verplichtstelling aan het bedrijfstakpensioenfonds te handhaven. Dit is ook een van de doelen die bereikt moeten worden bij de uitwerking van het akkoord. Tegelijkertijd blijkt dat dit, gezien de nieuwe regelingen die worden geïntroduceerd, niet vanzelfsprekend is. Er moeten waarborgen komen en er is overleg gaande van het kabinet met de Europese Commissie. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) schrijft in de brief van 7 oktober jl. over de planning van de uitwerking van het pensioenakkoord:

“Ik zal me er maximaal voor inspannen om vooraf zo veel mogelijk zekerheid te krijgen over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de verplichtstelling binnen het nieuwe stelsel.”⁴

2. Doel van het artikel

In dit artikel onderzoeken wij vanuit juridisch perspectief de houdbaarheid van de verplichtstelling aan het bedrijfstakpensioenfonds in de beide gepresenteerde nieuwe pensioenregelingen:

- Een nieuwe premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk rente- en leeftijdsafhankelijk wordt omgezet in voorwaardelijk pensioen (hierna: “regeling met annuïteiten”). De SER noemt deze variant “het nieuwe contract met uitgebreide risicodeling”. Deze naam nemen wij niet over, omdat wij constateren dat de mate van risicodeling in het nieuwe contract minder is dan in het huidige contract onder meer door de voorgenomen “dubbele noodremmen”⁵ en het voor-

genomen gebruik van maatwerk naar leeftijd in de risicohouding.⁶

- De bestaande verbeterde premiereregeling, maar dan met leeftijdsonafhankelijke premie die wordt gestort in een persoonlijk pensioenvermogen dat volgens een life cycle wordt belegd (hierna: “regeling met potjes”). In de periode vóór pensionering wordt dit pensioenvermogen geleidelijk omgezet in voorwaardelijke annuïteiten in een risico delend uitkeringscollectief. De SER heeft het kabinet gevraagd om voldoende waarborgen voor het overeind houden van uitkeringscollectief. De SER heeft het kabinet gevraagd om voldoende waarborgen voor het overeind houden van de verplichtstelling aan het fonds in dit contract. Het kabinet gaat daartoe onderzoeken of het aanvullende instrumenten voor risicodeling kan toevoegen, bijvoorbeeld een begrensde solidariteitspremie of een mechanisme om macro-langlevensrisico gericht te delen.

Onze analyse start met een uiteenzetting van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie waaruit blijkt onder welke voorwaarden verplichtstelling gerechtvaardigd kan zijn. Daarna worden beide nieuwe regelingen getoetst aan deze voorwaarden.

3. Jurisprudentie Europese Hof van Justitie (HvJ EU)

In de artikelen 101, 102 en 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zijn bepalingen betreffende interne markt en mededinging opgenomen. Hier is het beginsel van vrije mededinging vastgelegd. Een uitzondering geldt volgens artikel 106 lid 2 VWEU voor ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang voor zover de toepassing van deze regels de hun toevertrouwde bijzondere taak verhindert.

Er is behoorlijk wat jurisprudentie over de interpretatie van deze bepalingen. Voor dit artikel maken wij gebruik van enkele overwegingen in de zaken *Brentjens*⁷ en *AG2R*⁸.

In de zaak *Brentjens* gaat het Hof allereerst na, of de collectieve afspraken over de bedrijfstakbrede pensioenregeling vallen onder het kartelverbod van artikel 101 VWEU. Het Hof komt tot het oordeel dat collectieve afspraken over een bedrijfstakbrede pensioenregeling en het verzoek om verplichte deelneming in het betreffende fonds *niet* vallen onder het kartelverbod, en merkt daartoe onder meer op:

1 Mw. mr. E. Lewin CPE is bestuursadviseur bij PGGM en mr. drs. E. Soetendal LL.M CPE is plaatsvervangend directeur bij de Pensioenfederatie.

2 Zie www.ser.nl/nl/Publicaties/naar-nieuw-pensioenstelsel.

3 *Kamerstukken II* 2018/19, 32 043, nr. 457.

4 *Kamerstukken II* 2018/19, 32 043, nr. 499, p. 3.

5 Voor een nadere toelichting voor de termen “dubbele noodremmen”, zie paragraaf 4.

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 32 043, nr. 457, p. 8.

7 HvJ EG 21 september 1999, nr. C-115/97 t/m C-117/97, *Jur.* 1999, p. I-6025 (*Brentjens*).

8 HvJ EG 3 maart 2011, nr. C-437/09, *PJ* 2011/57 (*AG2R*).

“Het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties aan de overheid de aansluiting bij het door hen opgerichte pensioenfonds verplicht te stellen, past in een in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied.” (rechtsoverweging 66)

“Het besluit van de overheid de deelneming aan een dergelijk pensioenfonds verplicht te stellen, is dus niet te beschouwen als een handeling die de totstandkoming van met artikel 85 [thans artikel 101 VWEU] van het Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt.” (rechtsoverweging 67)⁹

Vervolgens beziet het Hof of een bedrijfstakpensioenfonds moet worden aangemerkt als een “onderneming” in de zin van de mededingingsregels. Het Hof concludeert dat een bedrijfstakpensioenfonds een “onderneming” is. Er volgen daarbij enkele cruciale overwegingen:

“Dit betekent, dat een bedrijfspensioenfonds als waarom het in de hoofdgedingen gaat, een economische activiteit verricht en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreert.” (rechtsoverweging 84)

“In die omstandigheden zijn het ontbreken van winst-oogmerk, alsmede de solidariteitsaspecten waarop het Pensioenfonds en de regeringen zich hebben beroepen, niet voldoende om het bedrijfspensioenfonds zijn hoedanigheid van onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag te ontnemen.” (rechtsoverweging 85)

“Weliswaar zou door het nastreven van een sociaal doel, de eerdergenoemde solidariteitsaspecten en de beperkingen of controles op de investeringen van het bedrijfspensioenfonds de door dit fonds verrichte dienst minder concurrerend kunnen zijn dan de vergelijkbare dienstverrichting van de verzekeringsmaatschappijen, maar dergelijke voorwaarden beletten niet, dat de activiteit van het fonds als een economische activiteit is te beschouwen. Wel zouden zij het uitsluitend recht van een dergelijk orgaan om een aanvullende pensioenregeling te beheren, kunnen rechtvaardigen.” (rechtsoverweging 86)

Het Hof sorteert hier al voor op rechtvaardiging van een uitsluitend recht, hoewel een bedrijfstakpensioenfonds een onderneming is.

Daarna onderzoekt het Hof of een bedrijfstakpensioenfonds onder de uitzondering valt voor ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang omdat de bijzondere taak zonder verplichtstelling belemmerd zou worden. Het Hof komt tot de conclusie dat dit zo is. De in de regeling vervatte solidariteit en het gegeven dat zonder verplichtstelling de

kans op risicoselectie de economische levensvatbaarheid zou bedreigen, spelen daarbij een grote rol:

“De in geding zijnde aanvullende pensioenregeling nu vervult een essentiële sociale functie in het pensioenstelsel in Nederland, zulks wegens de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen.” (rechtsoverweging 105)

“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 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.” (rechtsoverweging 108)

“Dit zou te meer het geval zijn wanneer, zoals in de hoofdgedingen, de uitsluitend door het Pensioenfonds beheerde aanvullende pensioenregeling wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit, met name door de ont koppeling van premieniveau en gedekte risico’s, de verplichting alle werknemers zonder medische keuring accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waarde vastheid.” (rechtsoverweging 109)

“Dergelijke voorwaarden, waardoor de door het Pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van dit fonds de aanvullende pensioenregeling te beheren.” (rechtsoverweging 110)

“Uit het voorgaande volgt, dat indien het Pensioenfonds niet langer dat uitsluitend recht zou hebben, dit ertoe zou kunnen leiden, dat het de hem opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten en dat zijn financieel evenwicht in gevaar komt.”

In de zaak AG2R volgt het Hof dezelfde lijn. Dit was een Franse zaak over een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao voor het bakkersbedrijf op grond waarvan alle werkgevers verplicht waren om deel te nemen in een aanvullende zorgverzekering. Ook hier oordeelt het Hof dat het een cao betreft die past binnen de sociale doelstellingen van het Verdrag, en dat daardoor het kartelverbod niet aan de orde is. Hoewel AG2R een instelling van sociale zekerheid is, oordeelt het Hof dat AG2R ter zake

9 Lutjens merkt op in, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 307 dat het vaste rechtspraak is van het HvJ EU dat dergelijke overeenkomsten buiten de werkingsfeer van het mededingingsrecht vallen – het wordt wel de cao-uitzondering genoemd – en is ook neergelegd in artikel 16 Mededingingswet.

van de aanvullende zorgverzekering (mogelijk)¹⁰ een economische activiteit uitoefent, wat Verdragsrechtelijk valt onder het begrip “onderneming”. Het Hof draagt de verwijzende (Franse) rechter, die de betreffende rechtsvragen aan het Hof had voorgelegd, op om dit nader te onderzoeken. Voor het geval die rechter tot het oordeel mocht komen dat (inderdaad) sprake is van een onderneming, onderzoekt het Hof alvast, in hoeverre aan deze onderneming een exclusief recht toekomt en komt tot de conclusie dat dit zo is. Doorslaggevend hiervoor blijkt opnieuw dat AG2R zonder het exclusieve recht vanwege de in de regeling vervatte solidariteit en als gevolg van risicoselectie de taak van algemeen belang niet op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten. Relevante overwegingen zijn:

“Wat de tenuitvoerlegging van het solidariteitsbeginsel betreft, blijkt uit een algemene beoordeling van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel in de eerste plaats, dat het wordt gefinancierd door forfaitaire bijdragen waarvan het tarief dus niet evenredig is aan het verzekerde risico.” (rechtsoverweging 47)

“Bijgevolg zijn de aard van de door AG2R verstrekte prestaties en de verleende dekkingsomvang niet evenredig aan het bedrag van de betaalde bijdragen.” (rechtsoverweging 50)

“Het volstaat dat deze onderneming zonder de litigieuze uitsluitende rechten de haar opgedragen bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen nader wordt bepaald, niet kan vervullen, of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.” (rechtsoverweging 76)

“Vastgesteld moet worden dat in geval van schrapping van de overstapclausule en dus van het uitsluitende recht (...) dit orgaan (...) zich geconfronteerd zou kunnen zien met de overstap van de verzekerden met een laag risicoprofiel naar ondernemingen die hun tegen lagere bijdragen vergelijkbare of zelfs betere waarborgen bieden. In die omstandigheden zou het groeiende aandeel van de “slechte risico’s” die AG2R zou moeten dekken, leiden tot een verhoging van de kosten voor de voorzieningen, zodat dit orgaan niet langer in staat zou zijn een even goede dekking aan te bieden tegen een aanvaardbare prijs.” (rechtsoverweging 77)

“De afschaffing van een overstapclausule als die waarin is voorzien bij aanvullende overeenkomst nr. 83 zou dus ertoe kunnen leiden, dat het betrokken orgaan de hem opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten.”

10 Het Hof laat dit mede afhangen van omstandigheden die nog moeten worden onderzocht door de nationale rechter.

Vatten wij dit samen, dan rijst het volgende beeld:

- Een lidstaat heeft een regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied.¹¹
- Het mogelijk maken van collectieve en verplichtende afspraken over de arbeidsvoorwaarde pensioen valt binnen deze bevoegdheid en daarom buiten het kartelverbod van artikel 101 VWEU.
- Een bedrijfstakpensioenfonds neemt deel aan het economisch verkeer en is niet louter een sociale instelling, maar is te beschouwen als een onderneming. Tegelijkertijd vervult een bedrijfstakpensioenfonds een “essentiële sociale functie” en kan mede daarom worden beschouwd als een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang uitvoert in de zin van artikel 106 VWEU.
- Onder voorwaarden geldt een uitzondering op de mededingingsregels voor ondernemingen die een dienst van algemeen belang uitvoeren.
- Echter, om een exclusief recht te rechtvaardigen is het nodig dat zo’n onderneming die een dienst van algemeen economisch belang uitvoert, zonder dit exclusieve recht de dienst niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten. Dit is bijvoorbeeld het geval als zonder het exclusieve recht – als gevolg van de in de regeling vervatte solidariteit en kans op risicoselectie – de betaalbaarheid in het geding zou komen.

4. Solidariteit in de Nederlandse pensioenwetgeving

De Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) is tot stand gekomen kort nadat het HvJ EG de arresten Brentjens, Albany¹² en Drijvende Bokken¹³ in 1999 had gewezen. Bij die gelegenheid is het voorschrift een doorsneepremie te heffen ingevoerd. Het kabinet rechtvaardigt hiermee de verplichtstelling, maar baseert dit niet per se op de genoemde arresten. In de memorie van toelichting licht het kabinet dit als volgt toe:

“Door het instrument van verplichtstelling is de marktwerking in de tweede pijler niet volledig. (...) Naar de mening van het kabinet is deze beperking van de marktwerking in de tweede pijler te rechtvaardigen wanneer in de bedrijfstakpensioenfonds waarin de deelname verplichtgesteld wordt, sprake is van een grote mate van solidariteit. Deze solidariteit wordt met name bereikt door het heffen van doorsneepremies. (...) Het Europese Hof van Justitie heeft inmiddels in september 1999 uitspraak gedaan in een drietal

11 Zie ook artikel 9 VWEU. “Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de menselijke gezondheid”. Het regelen van pensioen kan beschouwd worden als het waarborgen van adequate sociale bescherming.

12 HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96, Jur.1999, p. I-575 (*Albany*).

13 HvJ EG 21 september 1999, nr. C-219/97, Jur.1999, p. I-5121 (*Maatschappij Drijvende Bokken*).

zaken (...). Het Hof heeft aangegeven dat de solidariteit in een regeling van een bedrijfstakpensioenfonds mede een rechtvaardiging vormt voor het toekennen van een uitsluitend recht aan een bedrijfstakpensioenfonds voor de uitvoering van een pensioenregeling in een bedrijfstak. Daarbij is echter niet uitdrukkelijk gesteld dat een voorwaarde van doorsneepremie noodzakelijk is. Het kabinet is echter van mening dat in dit wetsvoorstel met het vereiste van doorsneepremie voor de collectieve regeling een wezenskenmerk van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in regeling wordt vastgelegd. Dit wezenskenmerk dient naar de mening van het kabinet ook los van de Europese context te worden gewaarborgd.”¹⁴

Feitelijk is er in de Nederlandse wetgeving op dit moment veel meer solidariteit bij pensioenfondsen gewaarborgd in de zin van geen directe band tussen premie en uitkering. Daarbij valt natuurlijk te denken aan de combinatie van doorsneepremie in de Wet Bpf 2000 en tijdsevenredige opbouw in de Pensioenwet.¹⁵ Daarnaast wordt deze directe band ook doorbroken door de fiscale maximering van de indexering en de toezichteisen op het gebied van vereist eigen vermogen.

De Nederlandse wetgever heeft tot nu toe overigens niet alleen de verplichtstelling gerechtvaardigd met solidariteit tussen generaties. In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet¹⁶ staat herhaaldelijk dat continuïteit, collectiviteit en solidariteit de aard, wezenskenmerken en zelfs het bestaansrecht van pensioenfondsen uitmaken. Het kabinet verwijst daarbij naar de discussie rond de taakafbakening van pensioenfondsen en verzekeraars,¹⁷ waarbij het kabinet heeft uitgesproken dat het bestaansrecht van pensioenfondsen gelegen is in het vermogen om solidariteit te genereren. Om deze solidariteit te waarborgen, kent de Pensioenwet de marktafbakening en de productafbakening. Dus met de introductie van de nieuwe pensioenregelingen komt niet alleen de verplichtstelling in het geding, maar ook het bestaansrecht van pensioenfondsen en het onderscheid tussen pensioenfondsen en verzekeraars.

5. Uitgangspunten Pensioenakkoord

De SER en kabinet hebben een aantal belangrijke doelen geformuleerd waaraan de uitwerking van beide nieuwe regelingen getoetst zal worden. In dit kader zijn relevant dat het pensioen transparant en persoonlijk moet zijn en dat er sprake moet zijn van evenwicht tussen generaties. Met dit laatste lijkt bedoeld te worden: geen overdrachten, geen discussies. Concreet betekent dit:

- Op het gebied van premiesolidariteit:
 - afschaffen van het doorsneesysteem;
 - naar een kostendekkende premie (dus geen premiedemping meer);
 - in de regeling met annuïteiten naar een rente- en leeftijdsafhankelijke aangroei van aanspraken, dus geen forfaitaire “degressieve opbouwstaffel”.
- Op het gebied van risicodeling tussen generaties:
 - beperken overdrachten en doorschuiven;
 - beperken collectieve tekorten: in de “regeling met annuïteiten” twee “noodremmen”. De eerste “noodrem” ziet op de situatie dat de dekkingsgraad vijf jaar achtereen onder de 100% ligt. Dan moet een onvoorwaardelijke korting worden doorgevoerd die leidt tot een herstel naar een dekkingsgraad van 100%. De tweede “noodrem” betreft de situatie bij een dekkingsgraad onder de 90%. In dat geval moet een onvoorwaardelijke korting worden doorgevoerd die leidt tot een herstel naar een dekkingsgraad van 90%. Beide kortingen mogen over tien jaar worden gespreid. In beide gevallen gaat het om een onvoorwaardelijke en gesloten korting: toekomstige deelnemers delen daarin niet mee. Deze “noodremmen” zijn volgens het kabinet nodig omdat het de open methode, waarbij schokken ook worden gedeeld met toekomstige toetreders, wil begrenzen;¹⁸
 - sneller/slimmer toedelen van rendementen, mogelijk jaarlijks naar een dekkingsgraad van 100%;
 - minder collectieve buffers;
 - inkoop en waardering op markttrente inclusief toepassing van ultimate forward rate (UFR).

Er worden dus veel maatregelen voorgesteld om de band tussen premie en uitkering juist zo groot mogelijk te maken. Zo schrijft het kabinet bijvoorbeeld:

“Om te voorkomen dat tussen generaties kan worden geschoven met pensioenvermogens, wordt voorts geborgd dat de opgebouwde aanspraken alleen kunnen variëren met objectief waarneembare resultaten op financiële markten (zoals gerealiseerde rendementen) en ontwikkelingen in de levensverwachting.”¹⁹

Een gevolg van het gekozen uitgangspunt is dat de rechtvaardiging van de verplichtstelling minder gemakkelijk kan rusten op een van de elementen die altijd in de jurisprudentie aanwezig was, te weten het ontbreken van de rechtstreekse band tussen premie en uitkering. Niet alleen heeft het kabinet het voornemen om de doorsneesystematiek af te schaffen, maar ook om de risicodeling tussen generaties via collectieve tekorten en buffers sterk te verminderen, met als doel het pensioen robuuster en persoonlijker te maken.

In de volgende paragraaf toetsen wij in hoeverre er solidariteit tussen generaties in de beide nieuwe regelingen voorkomt die tot verplichtstelling aan het fonds noodzaakt.

¹⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3.

¹⁵ Voor beroepspensioenfondsen is dit geregeld in de Wet verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling.

¹⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3.

¹⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 537, nr. 1 en 2.

¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 32 043, nr. 459, p. 6.

¹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 32 043, nr. 459, p. 6.

6. Toetsing van de beide nieuwe regelingen aan de mate van solidariteit tussen generaties

6.1 Onzekerheid over de nieuwe regelingen

Het is op dit moment lastig de nieuwe regelingen te toetsen, omdat ze nog niet zijn uitgekristalliseerd.

- In de “regeling met annuïteiten” is sprake van spreiding van toedeling van de veranderingen in de financiële positie van het fonds. De SER gaat uitvoerig in op de voor- en nadelen van open en gesloten spreiding. Bovendien moeten risico’s toegedeeld worden volgens een (impliciet) lifecycle patroon, bijvoorbeeld door de spreidingstermijn naar leeftijd te differentiëren. De kabinetsbrief zegt duidelijk dat de spreiding van toedeling beperkt zal worden bij te langdurige of te diepe collectieve tekorten en bevestigt dat er een lifecycle patroon voorgeschreven zal worden, bijvoorbeeld door leeftijdsafhankelijke toedeling van rendementen. De stuurgroep voor de uitwerking van het pensioenakkoord zal hierin dus nog de nodige keuzes moeten maken.
- De “regeling met potjes”, voortaan met leeftijdsonafhankelijke premie, is duidelijker, maar ook hier zijn losse eindjes. Wellicht wordt een premiebuffer mogelijk of het delen van de stijging van de levensverwachting of er komt ook bij bedrijfstakpensioenfondsen een keuze tussen een vaste of een variabele uitkering.

6.2 Toetsing van de nieuwe regelingen aan solidariteitsprincipe

Met al deze beperkingen doen wij een eerste poging om de solidariteit in beide regelingen in beeld te brengen. Daarbij wordt met “risicodeling tussen generaties” bedoeld dat er sprake is van risicodeling tussen het huidig collectief van (voormalige) deelnemers en pensioengerechtigden enerzijds en toekomstige deelnemers anderzijds.

6.2.1 Risicodeling binnen generaties

Beide nieuwe regelingen kennen in ieder geval risicodeling binnen generaties. Wij hebben laten zien dat de Europese jurisprudentie een uitzondering maakt op de mededingingsregels voor ondernemingen die een dienst van algemeen belang uitoefenen, *mits* deze onderneming zonder deze uitzondering de dienst niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten. Daarom hebben wij in tabel 1 een onderscheid gemaakt tussen risicodeling binnen generaties en risicodeling tussen generaties. De drie genoemde vormen van risicodeling binnen generaties worden sinds jaar en dag feitelijk ook zonder verplichtstelling in de vrije markt door verzekeraars gerealiseerd. Deze vormen van solidariteit hebben de verplichtstelling kennelijk niet nodig. Hetzelfde geldt voor het accepteren van werknemers zonder medische keuring. Wij gaan er daarom van uit, dat deze vormen van risicodeling binnen generaties de verplichtstelling bij een bedrijfstakpensioenfonds als zodanig *niet* kunnen rechtvaardigen.

Tabel 1

	Risicodeling binnen generaties	
	Regeling met annuïteiten	Regeling met potjes
Individueel langlevenrisico (de een leeft langer dan de ander)	ja, levenslange uitkering	ja, levenslange uitkering
Arbeidsongeschiktheid	ja	ja
Nabestaanden	ja, uniformeren	ja, uniformeren
	Risicodeling tussen generaties	
Beleggingsrisico	ja, beperktere meerwaarde dan nu door noodremmen	nee
Renterisico	ja	nee
Inflatierisico	nee	nee
Collectief langlevenrisico (De gemiddelde levensverwachting voor allen wordt langer)	ja	wordt onderzocht
Genoeg is genoeg; collectieve overschotten	collectieve overschotten mogelijk	premiebuffer wordt onderzocht
Collectieve tekorten	begrensd door twee noodremmen	nee
Doelsturing	nee	nee

6.2.2 Regeling met annuïteiten

Voor de “regeling met annuïteiten” geldt dat de rechtvaardiging die voortvloeit uit collectieve buffers en collectieve tekorten het krachtigst is als:

- met dit instrument zo veel mogelijk risico’s gedeeld worden (aandelenrisico, renterisico, langlevenrisico, inflatierisico);
- voor het creëren van collectieve buffers het principe van “genoeg is genoeg” wordt toegepast, dat wil zeggen een (voormalige) deelnemer of pensioengerechtigde krijgt geen indexeringen meer als de reglementaire ambitie van opbouw plus voorwaardelijke indexering gehaald is en alle door verlagingen of achterwege gebleven indexeringen opgelopen achterstanden zijn ingehaald;
- bij het gebruiken van buffers voor indexering sprake is van gerichte sturing gekoppeld aan een pensioen-doelstelling, dus gekoppeld aan prijs- of looninflatie;
- collectieve tekorten zo min mogelijk worden beperkt door “noodremmen”.

Wanneer daaraan wordt voldaan:

- wordt de welvaartswinst het grootst;
- is sprake van een optimale verhoging indexeringskwaliteit;
- is sprake van optimale demping van schokken;
- is de maatschappelijke doelstelling het meest duidelijk; en
- is het discontinuïteitsrisico²⁰ het grootst, dus voldoet het meest aan het criterium dat dit zonder verplichtstelling niet gerealiseerd kan worden.

Lifecycle principe en verplichtstelling

De eerdergenoemde brief van het kabinet over het pensioenakkoord beschrijft het voornemen om wettelijk te borgen dat in alle contracten beleggingsrisico's worden genomen volgens een (impliciet) lifecycle patroon met een risicohouding per cohort. Voor de "regeling met annuïteiten" wordt als voorbeeld de mogelijkheid genoemd dat bij een uniform beleggingsbeleid rendementen leeftijdsafhankelijk worden toebedeeld. Volgens het kabinet wordt de volatiliteit van de dekkingsgraad en het discontinuïteitsrisico hiermee beperkt en zullen de "noodremmen" minder snel nodig zijn. Dit suggereert dat de toedeling zo gebeurt, dat de dekkingsgraad aan het eind van de toedeling steeds weer (nabij) 100% is. Er zouden dan weinig of geen collectieve overschotten en tekorten zijn. Als hiervoor gekozen zou worden, zou het selectierisico aanzienlijk kleiner worden. De regeling zou dan in beginsel ook zonder verplichtstelling in de markt te realiseren zijn.

Recent heeft De Nederlandsche Bank (DNB) het rapport "De toegevoegde waarde van maatwerk in risicotoedeling binnen pensioenfondsen" uitgebracht.²¹ DNB laat zien dat er met maatwerk welvaartswinsten kunnen worden behaald:

Tabel 2

Maatwerkvariant	Welvaartseffect		
	Huidige regeling	Nieuwe "regeling met annuïteiten"	Nieuwe "regeling met potjes"
3-2-1 verdeelregel	-/- 0,5%	-/- 1,1%	0,6%
Uniforme aanpassing in het te bereiken pensioen	0,4%	3,1%	6,1%
Optimalisatie lifecycle	0,3%	2,9%	4,5%

De welvaartswinst in het huidige contract is volgens DNB met name gering omdat er al sprake is van impliciete leef-

tijdsdifferentiatie in het toedelen van beleggingsrisico door de gebruikte hersteltermijnen en indexeringsstafels. Deze welvaartswinst in het huidig contract wordt in het rapport van DNB vermoedelijk nog onderschat doordat de premie en de beleggingsmix constant worden gehouden en de buffer ("afroempot") in de analyse buiten beschouwing blijft. In de analyse van de WRR 2000²² van de welvaartswinst van risicodeling tussen generaties waren juist deze twee elementen (te weten 1) de buffer, die de mogelijkheid geeft om risico te nemen met vermogen waar geen aanspraken tegenover staan, en 2) de mogelijkheid om de premie te verhogen en te verlagen afhankelijk van het economisch tij) de belangrijkste bronnen van de gevonden welvaartswinst. Als de welvaartswinst van impliciete risicodeling in het huidig contract daadwerkelijk onderschat zou worden, zou de toch al geringe extra winst van expliciet maatwerk mogelijk nog verder afnemen. Het blijft voor nu bij een vermoeden. Interessant is dat het rapport van DNB laat zien dat na het opbouwen van een buffer neerwaartse 'jaar-op-jaar'-aanpassingen binnen de huidige regeling uitzonderlijk worden.

Helder is dat leeftijdsdifferentiatie in het toedelen van beleggingsrisico welvaartswinst oplevert. In de huidige regeling is sprake van uniform beleggen en impliciete risicotoedeling. Dit gaat gepaard met collectieve buffers en tekorten en overdrachten en daarmee met risicoselectie en discontinuïteitsrisico. Om dit te kunnen realiseren is verplichtstelling dus onontbeerlijk. Ook voor de mogelijkheid een buffer op te bouwen die verlagingen uitzonderlijk maakt, is verplichtstelling noodzakelijk; er kan dan enige tijd niet geïndexeerd worden. Naarmate in een nieuwe regeling deze leeftijdsdifferentiatie expliciet en zonder overdrachten en daarmee zonder risicoselectie en zonder discontinuïteitsrisico plaatsvindt, is de noodzaak van de verplichtstelling voor dit instrumentarium minder eenduidig. Dit geldt zowel voor lifecycle beleggen als voor uniform beleggen en leeftijdsafhankelijk toedelen van positieve en negatieve rendementen.

6.2.3 Regeling met potjes

Voor de "regeling met potjes" spelen vragen op drie gebieden:

- de rol van de premiebuffer;
- eventueel delen van het macro langlevensrisico;
- de rol van het shoprecht.

Premiebuffer

Een gedachte is dat aan de "regeling met potjes" een premiebuffer toegevoegd kan worden met als oogmerk de pensioenuitkomsten te stabiliseren en welvaartswinst te genereren.

Het ligt aan de vormgeving van de premiebuffer of hier sprake is van solidariteit die verplichtstelling kan rechtvaardigen. Als de premiebuffer volgens een vast stramien wordt ingehouden en gebruikt en aan de deelnemer die deze heeft opgebouwd zelf ten goede komt, kan een ver-

20 Omdat deelnemers verplicht zijn aangesloten bij een pensioenfonds, manifesteert dit discontinuïteitsrisico zich momenteel niet in de praktijk. En ook al zou dat wel zo zijn, dan is het vanuit gedragseconomisch perspectief de vraag of mensen daadwerkelijk wel een keuze zullen maken, omdat het pensioenbewustzijn in Nederland over het algemeen laag is, zie bijvoorbeeld H. Prast en A. van Soest (2014) 'Pensioenbewustzijn', *Netspar Panel Paper*, 37.

21 Zie www.dnb.nl/binaries/OS_Maatwerk_2019_tcm46-385451.pdf.

22 C.G.E. Boender e.a., 'Intergenerationele solidariteit en individualiteit in de tweede pensioenpijler: een scenario-analyse', *WRR*, Den Haag, september 2000.

zekeraar dit ook. Als de premiebuffer wordt ingezet in bepaalde situaties voor bepaalde groepen die tekortkomen en de premie van de een bij het pensioen van de ander terecht kan komen, en er dus geen eigendomsrecht is op de buffer en de buffer niet gedeeltelijk meegaat bij waardeoverdracht, dan is het een collectief financieringsinstrument dat solidariteit genereert en dan is daar verplichtstelling voor nodig.

Macro langlevens

Een andere gedachte is dat aan de “regeling met potjes” een arrangement toegevoegd kan worden, waardoor het risico dat de hele populatie van een pensioenfonds gemiddeld langer gaat leven (“macro langlevens”) collectief gedeeld wordt. In de Netspar nieuwsbrief “langer zullen we delen” van mei 2018²³ staan drie mogelijkheden voor het delen van macro langlevens:

- *uniform delen*: in dat geval nemen ouderen een deel van het risico over van jongeren. Dit lijkt op het eerste gezicht niet per se nastrevenswaardig, gezien het gegeven dat juist de ouderen geen handelingsperspectief meer hebben om het risico op te vangen en het doel van pensioen is om het inkomen van ouderen te beschermen;
- *delen onder pensioengerechtigden*: in dat geval nemen de langst gepensioneerden een deel van het risico over van de recent gepensioneerden. Dit is een vraagstuk van pensioengerechtigden onderling en vraagt dus geen verplichtstelling in de actieve fase;
- *jong en oud delen in drie groepen*: de actieven nemen het risico over van de alleroudsten, terwijl een middengroep het eigen risico draagt. De grenzen tussen de drie groepen kunnen fondsafhankelijk bepaald worden. Dit is het model dat in de Netspar nieuwsbrief wordt aanbevolen. Ook hier is de vraag of er sprake is van een nastrevenswaardig sociaal of economisch maatschappelijk belang waarvoor draagvlak bestaat.

Gezien de onduidelijkheid over het belang dat met deze arrangementen gediend wordt, is het de vraag of het wenselijk is (alleen) voor dit arrangement een verplichtstelling in stand te houden.

Shoprecht

Op 1 september 2016 is de Wet verbeterde premieregeling in werking getreden. In deze wet is onder andere geregeld dat deelnemers in premieregelingen bij pensionering kunnen kiezen tussen een vaste en een variabele uitkering. De pensioenuitvoerder is niet verplicht om zelf beide varianten aan te bieden. Als een pensioenuitvoerder de door de deelnemer gewenste uitkeringsvariant – vast of variabel – niet aanbiedt, heeft de deelnemer de mogelijkheid om deze op pensioendatum bij een andere uitvoerder aan te kopen. Dit laatste wordt shoprecht genoemd. Het is niet duidelijk of na introductie van de nieuwe regelingen er nog sprake zal zijn van een keuze tussen een vaste en een variabele uitkering, of dat er alleen nog variabele uitkeringen zullen zijn. Voor het vervolg gaan we ervan uit, dat een dergelijke keuze blijft bestaan.

De vraag is wat een dergelijk keuzerecht tussen een vaste en een variabele uitkering in de “regeling met potjes” zou betekenen voor de verplichtstelling.

Om te beginnen met de keuze tussen een vaste en een variabele uitkering die beide door dezelfde pensioenuitvoerder worden aangeboden waar de deelnemer tot aan pensionering deelnam. In dat geval kunnen er geen risico's in de vorm van collectieve buffers en collectieve tekorten gedeeld worden tussen de gepensioneerden en de actieve deelnemers. Immers, op het moment van pensionering zal er verschil bestaan in buffervorming tussen het gepensioneerdencollectief met vaste en met variabele uitkering. Er is dan een moment van selectierisico.

Nog duidelijker is dat shoprecht naar een andere uitvoerder en verplichtstelling lastig samen gaan. Shoprecht doorkruist de continuïteit en de solidariteit tussen generaties. Het behouden van de verplichtstelling impliceert dat er bij pensionering geen keuzerecht en ook geen shoprecht is, anders kan de verplichtstelling zijn werk niet doen.

Waar een verplichtgestelde regeling de vorm van een “regeling met potjes” krijgt, lijkt een premieregeling met een variabele uitkering de meest voor de hand liggende optie. Juist de mogelijkheid om risico's te delen tussen generaties die de verplichtstelling schept, maakt het mogelijk om risico's te nemen die anders wellicht niet wenselijk zouden zijn.

Er ontstaat zo wel een verschil tussen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds en enerzijds en alle andere pensioenuitvoerders anderzijds als verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds uitsluitend de variabele uitkering (mogelijk) uitvoeren en geen keuzerecht of shoprecht kennen.

Onderzocht wordt of ook in de “regeling met annuïteiten” een onderscheid tussen vaste en variabele uitkering wenselijk is. Als hiervoor wordt gekozen, maakt dit element de solidariteit tussen generaties die de verplichtstelling kan helpen rechtvaardigen ook in de “regeling met annuïteiten” nog lastiger.

7. Rechtvaardiging anders dan door solidariteit tussen generaties

Op grond van Europese jurisprudentie is een uitzondering op de mededingingsregels voor ondernemingen mogelijk. Er zijn daarbij steeds twee voorwaarden aan de orde:

1. Zo'n uitzondering is mogelijk voor een onderneming die een dienst van algemeen belang uitvoert. Volgens het Hof vervult een bedrijfstakpensioenfonds een essentiële sociale functie, omdat de AOW een minimumkarakter heeft.
2. Zonder deze uitzondering kan de onderneming de dienst niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden uitvoeren.

Het is voor de Minister van SZW en sociale partners zinvol zich af te vragen, of er met de komst van de nieuwe regelingen naast de besproken vormen van solidariteit tussen generaties nog andere redenen kunnen zijn op grond waarvan bedrijfstakpensioenfonds, waarbij sprake is van een verplichtstelling aan het fonds, aan deze voorwaarden voldoen. Wij bespreken een aantal mogelijke belangen, zonder daar nu een waardeoordeel aan te koppelen.

23 Zie www.netspar.nl/assets/uploads/D20180525_NB13_Delen_Langlevensrisico.pdf.

1. *Het bestrijden van witte vlekken, zonder het rigoureuze middel van pensioenplicht*

Een vraag is of de verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen hiervoor voldoende doeltreffend is. Uit de Verzamelbrief Pensioenonderwerpen van 19 november 2018 blijkt dat 13% van de werknemers eind 2016 geen pensioen opbouwde.²⁴

2. *Het gemakkelijker maken van financiële keuzes voor de consument gezien beperkte rationaliteit en "doevermogen"*²⁵

Vraag is of hiervoor een verplichtstelling bij een bedrijfstakpensioenfonds nodig is. Een plicht voor werkgevers om een pensioenvoorziening voor hun werknemers te treffen, zou bijvoorbeeld hiervoor kunnen volstaan.

3. *Continuïteit voor het bevorderen van investeren in illiquide beleggingscategorieën met pensioenwaarde en maatschappelijke waarde voor de lange termijn*

Dit lijkt ons een interessante kandidaat om de verplichtstelling aan het fonds mee te rechtvaardigen. Als een bedrijfstakpensioenfonds een "duiventil" is, kan dit mogelijk niet gerealiseerd worden. Of dit werkelijk zo is, vergt nader onderzoek naar beleggingsbeleid van pensioenfondsen zonder verplichtstelling in het buitenland, bijvoorbeeld Australië.

4. *Het treffen van een bedrijfstakbrede voorziening, die concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen verhindert, zorgt voor voldoende draagvlak en bevordert arbeidsmobiliteit*

Dit bevestigt dat een pensioenfonds een dienst van algemeen belang uitvoert, maar de vraag komt op of hiervoor een verplichtstelling aan het fonds noodzakelijk is. Hiervoor kan wellicht met een verplichtstelling op de regeling worden volstaan.

5. *Collectieve uitvoering voor lage uitvoeringskosten en gemak voor werkgevers*

Net zoals bij punt 4 is hier de vraag of in dit geval een verplichtstelling aan het fonds noodzakelijk is. Ook hiervoor kan wellicht met een verplichtstelling op de regeling worden volstaan.

6. *Het principe van geen premie, wel recht*

Dit is weer een interessante kandidaat. Ook hier ontbreekt de directe relatie tussen premie en uitkering. Dit element wordt zelfs genoemd in het eerder geciteerde arrest AG2R:

[Wat de tenuitvoerlegging van het solidariteitsbeginsel betreft] "In de tweede plaats worden de prestaties in bepaalde gevallen verstrekt zonder dat de verschuldigde bijdragen zijn betaald." (rechtsoverweging 51)

Tegelijkertijd is onze ervaring uit de praktijk dat bedrijfstakpensioenfondsen het principe van geen premie, wel recht als een risico zien en via een strakke handhaving van de verplichtstelling hun best doen

om te voorkomen dat er vaak op dit principe beroep kan worden gedaan door deelnemers.

8. Voorlopige conclusie

De beide nieuwe regelingen moeten nog vorm krijgen. Beide bieden desgewenst mogelijkheden voor solidariteit tussen generaties. Bij de "regeling met annuïteiten" lijkt dit gemakkelijker. Als deze solidariteit tussen generaties een duidelijk maatschappelijk belang dient en in de vrije markt niet kan worden gerealiseerd, rechtvaardigt deze een verplichtstelling.

In de rechtvaardiging van de verplichtstelling in de Europese jurisprudentie tot nu toe heeft solidariteit feitelijk altijd een rol gespeeld, dat wil zeggen het ontbreken van een rechtstreekse relatie tussen premie en pensioen. Het Pensioenakkoord beoogt echter deze rechtstreekse relatie juist wel te leggen. Dat betekent dat dit element zwakker wordt. De meest veilige route om de verplichtstelling aan het fonds te behouden, is om de solidariteit tussen generaties in de regelingen te behouden.

Wat in onze analyse namelijk ook zichtbaar wordt, is dat niet alle vormen van solidariteit even geschikt zijn om de verplichtstelling aan een bedrijfstakpensioenfonds mee te rechtvaardigen. Riscodeling *binnen generaties*, zoals het bieden van een levenslange uitkering, het verzekeren van arbeidsongeschiktheid en nabestaandenpensioen, het accepteren van alle werknemers zonder medische keuring, wordt ook zonder verplichtstelling in de vrije markt gerealiseerd. Het gaat om de riscodeling *tussen generaties*. Het belang van riscodeling tussen generaties voor de verplichtstelling komt ook naar voren in het artikel van Maatman en Den Breems in het vorige nummer van *TPV*. Zij schrijven:

"De verplichtstelling maakt dat wij beleggings- en verzekeringsrisico's kunnen delen met volgende generaties. Het verdienvermogen van huidige en toekomstige actieven ('menselijk kapitaal') wordt benut als waarborg voor het nakomen van pensioenverplichtingen. Zonder een wettelijke verplichting tot deelneming lukt dit niet."

Maatman en Den Breems gaan zelfs zo ver, dat zij beëindiging van de verplichtstelling gelijkstellen aan intergenerationale contractbreuk.²⁶ Wij denken echter, dat het verbreken van de riscodeling tussen generaties zelf desgewenst beschouwd kan worden als intergenerationale contractbreuk. Bij uitvoering van het pensioenakkoord ervaart de huidige generatie werkenden dat twee lang bestaande vormen van riscodeling tussen generaties ineens doorbroken worden:

1. Het doorsneesysteem;
2. Het pensioenfinancieringssysteem met collectieve buffers en tekorten. Dit laatste wordt in de "regeling met potjes" geheel doorbroken, tenzij gekozen wordt voor een premiebuffer, afhankelijk van de gekozen

²⁴ Kamerstukken II 2018/19, 32 043, nr. 427, p. 1.

²⁵ Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid', *WRR*, 'april 2017.

²⁶ Prof. mr. R.H. Maatman en mr. J. den Breems, 'Verplichtstelling houdbaar bij uitvoering pensioenakkoord', *TPV* 2019/41, p. 43.

vorm. In de “regeling met annuïteiten” wordt dit systeem sterk begrensd, onder andere door de eerdergenoemde “noodremmen”.

Deze generatie ziet daarbij het pensioenperspectief verminderen.²⁷ De door Maatman en Den Breems genoemde “intergenerationele contractbreuk” is in onze ogen niet het *gevolg* van het beëindigen van de verplichtstelling, maar juist de *oorzaak* ervan. Ook dit bevestigt ons in de gedachte dat het bestaan van solidariteit tussen generaties in de pensioenregelingen de meest veilige weg is om de verplichtstelling te behouden.

Wij zien echter ook, dat solidariteit tussen generaties niet de enige route hoeft te zijn voor rechtvaardiging van de verplichtstelling. De jurisprudentie stelt meer algemene voorwaarden. In dit artikel hebben wij kort enkele andere elementen genoemd die verplichtstelling wellicht ook kunnen rechtvaardigen, met als belangrijkste kandidaat beleggen voor de lange termijn. De beoordeling blijft onzeker, omdat in de genoemde arresten altijd sprake was van solidariteit in de vorm van ontbreken van rechtstreekse band premie en uitkering. Een andere onzekerheid is dat andere doelen dan solidariteit tussen generaties ook op andere manieren gerealiseerd kunnen worden. Het ligt voor de hand dat de houdbaarheid van de verplichtstelling aan het fonds na totstandkoming van de nieuwe regelingen bij de rechter beproefd zal worden. Dit is dus een route waarbij het doel uit het pensioenakkoord om de verplichtstelling aan het fonds te behouden in onze ogen onzeker is.

Ten slotte nog dit. De houdbaarheid van de verplichtstelling is niet uitsluitend juridisch bepaald. Ook als een verplichtstelling juridisch houdbaar is, kan het draagvlak hiervoor eroderen. Een plotselinge overgang naar een nieuwe pensioenregeling waarin het verwachte nominale pensioen bij dezelfde premie van het ene jaar op het andere ineens zowel lager als volatieler is, met in ongunstige scenario's een groter risico voor deelnemers, kan druk zetten op dit draagvlak. Zeker als van tevoren een andere indruk is gewekt.

27 Zie ons artikel in *TPV* 2019/35, ‘Financiering van afschaffen doorsneesystematiek: een gordiaanse knoop?’, p. 17, figuur 1.