

Beëindiging doorsnee-systematiek vereist evenwichtig compenseren

In het pensioenakkoord is afgesproken dat de pensioenopbouw leeftijdsafhankelijk wordt. De gemaakte afspraken hebben consequenties voor zowel de toekomstige als de bestaande pensioenopbouw. Het akkoord neemt aan dat daarvoor compensatie wordt geboden. Is dit juridisch noodzakelijk? En hoe kan compensatie vorm krijgen?

IN HET KORT

- De gemaakte afspraken betekenen voor sommige leeftijdsgroepen een lager te verwachten pensioen.
- Compensatie van deelnemers is nodig, anders heeft het pensioenakkoord geen kans van slagen.
- Een goede en gemotiveerde stelselherziening én gerichte compensatie beperken de risico's in verband met claims.

DICK BOEIJEN

Actuaris bij PGGM

CHANTAL DE GROOT

Actuaris bij Ortec
Finance

MARK HEEMSKERK

Advocaat bij Held
en hoogleraar
aan de Radboud
Universiteit (RU)

NIELS KORTLEVE

Innovatiemanager
bij PGGM

RENÉ MAATMAN

Advocaat bij De
Brauw Blackstone
Westbroek en hoog-
leraar aan de RU

In de huidige pensioenregelingen betalen alle deelnemers eenzelfde percentage van hun inkomen aan premie, waarvoor gelijke pensioenaanspraken worden verkregen ongeacht de leeftijd. Deze zogenoemde 'doorsneesystematiek' (ofwel 'tijdsevenredige opbouw') negeert dat de inleg van jongeren veel langer rendeert. Er vindt hierdoor impliciet een waardeoverdracht plaats van jongeren naar ouderen. De doorsneesystematiek kan tot oneerlijke uitkomsten leiden nu mensen steeds vaker slechts een deel van hun werkzame leven pensioen opbouwen, bijvoorbeeld omdat ze deels als zelfstandige werken. Zij past niet goed bij een inzichtelijk en persoonlijk pensioen en de toegenomen arbeidsmobiliteit.

Het pensioenakkoord (SER, 2019) vervangt tijdsevenredige opbouw daarom door leeftijdsafhankelijke opbouw. Deze wijziging heeft effect op zowel uitkeringsregelingen (*defined benefit*) als premiereregelingen (*defined contribution*). In uitkeringsregelingen wordt de leeftijdsafhankelijke doorsnee-opbouw vervangen door een leeftijdsafhankelijke, degressieve opbouw. In premiereregelingen wordt de leeftijdsafhankelijke, progressieve premie-inleg vervangen door een leeftijdsafhankelijke premie-inleg. In beide gevallen spreken we van een overstap op *degressieve opbouw*.

Omdat deze overstap de toekomstige pensioenopbouw verandert, daalt zowel bij uitkeringsregelingen als bij premiereregelingen het pensioenperspectief van deelnemers

die nu in de opbouwfase zitten. Bij gelijkblijvende premie-inleg zullen zij in de toekomst immers minder pensioen opbouwen dan onder het huidige contract (Pensioenfederatie, 2019). Deelnemers met een leeftijd tussen veertig en vijftig jaar – de 'middengroep' – worden het hardst getroffen (figuur 1). Toekomstige deelnemers daarentegen krijgen een beter pensioenperspectief.

Bij uitkeringsregelingen komt het verslechterde pensioenperspectief voor de middengroep voort uit het feit dat de opbouw van pensioenaanspraken over de resterende loopbaan lager zal zijn dan de verwachte doorsnee-opbouw onder het huidige contract. Bij premiereregelingen is het verslechterde pensioenperspectief het resultaat van de leeftijdsafhankelijke premie. Die valt, gesommeerd over de resterende loopbaan, lager uit dan de huidige progressieve premie.

Voor de reeds opgebouwde pensioenaanspraken en -rechten (de 'bestaande opbouw') heeft de overstap op een degressieve opbouw op zichzelf geen gevolgen. Het pensioenakkoord stelt echter bij de uitkeringsregelingen een *dubbele transitie* voor, waarbij gelijktijdig met de beëindiging van de doorsneesystematiek de nieuwe verdeelregels ook worden toegepast op de bestaande opbouw. Door dit zogenoemde '*invaren*' komen er middelen vrij om de introductie van degressieve opbouw te compenseren. Invaren voorkomt bovendien dat pensioenfondsen gelijktijdig uitvoering moeten geven aan bestaande en nieuwe opbouw. Door deze dubbele transitie zal de bestaande opbouw bij uitkeringsregelingen wel wijziging ondergaan (figuur 1).

Mogelijkheden voor compensatie

De veranderingen in de toekomstige en bestaande pensioenopbouw kunnen aanleiding geven tot compensatie. Wij gaan ervan uit dat in het verleden de rechtens juiste premie is betaald voor de bestaande opbouw, en dat het verleden dus geen aanleiding geeft tot compenseren.

De mogelijkheden om deelnemers te compenseren voor een lager toekomstig pensioenperspectief zijn beperkt (figuur 2). Wij onderscheiden impliciete en expliciete compensatie.

Impliciete compensatie

Impliciete compensatie is mogelijk bij uitkeringsregelingen als er wordt gekozen voor een dubbele transitie – waarbij er dus sprake is van invaren en de nieuwe verdeelregels van

toepassing zijn op de bestaande pensioenopbouw. De middengroep kan langs twee wegen *impliciete compensatie* worden geboden. Ten eerste krijgen de deelnemers *het vooruitzicht* van een beter pensioenresultaat. De overstap naar het nieuwe contract maakt het mogelijk om het beleggingsbeleid beter af te stemmen op de leeftijd van de deelnemers. Dat verbetert de kansen op rendement en indexatie. Ten tweede zullen onder het nieuwe contract andere stuurregels gelden voor verhogen en verlagen. Die maken het mogelijk om de opbouw sneller te verhogen, en dus om minder overschotten door te schuiven naar de toekomst. Het gevolg is een herverdeling van toekomstige deelnemers naar deelnemers en pensioengerechtigden.

Impliciete compensatie kan de middengroep echter niet volledig compenseren voor het lagere pensioenperspectief. Bij premieregelingen is impliciete compensatie überhaupt niet mogelijk. Zij kennen immers geen collectieve overschotten die via verdeelregels worden doorgeschoven naar de toekomst.

Expliciete compensatie

De getroffen deelnemers kunnen expliciet worden gecompenseerd voor het verlaagde pensioenperspectief in de vorm van extra pensioenaanspraken. Dit dient gelijktijdig met de overstap naar het nieuwe contract te gebeuren. De expliciete compensatie kan worden gefinancierd uit het pensioenfondsvermogen of door een tijdelijke premieopslag.

Financiering uit fondsvermogen kan plaatsvinden bij de vrijval van buffers. Dit komt feitelijk neer op een herverdeling van de pensioengerechtigden naar de middengroep (figuur 1). Veel fondsen met een uitkeringsregeling hebben thans een dekkinggraad die lager is dan honderd procent. Die belemmert een compensatie uit het fondsvermogen. Denkbaar is echter dat er een buffer zal ontstaan indien overeenstemming wordt bereikt over een hogere rekenrente, waarna die buffer kan worden aangewend voor de toekenning van extra aanspraken.

Een alternatief voor financiering uit het fondsvermogen is om aan alle deelnemers een premieopslag in rekening te brengen die vervolgens gericht wordt aangewend voor de middengroep. Dit is feitelijk een herverdeling van de toekomstige deelnemers (en hun werkgevers) naar de middengroep. De overgang naar degressieve opbouw biedt de mogelijkheid om dezelfde opbouw te financieren met een lagere premie dan binnen de huidige doorsneesystematiek. De nieuwe opbouw van deelnemers is immers in de eerste jaren hoger omdat de inleg langer rendeert. Door de premieverlaging tijdelijk of gedeeltelijk achterwege te laten, kan deze premiemarge worden ingezet voor gerichte compensatie.

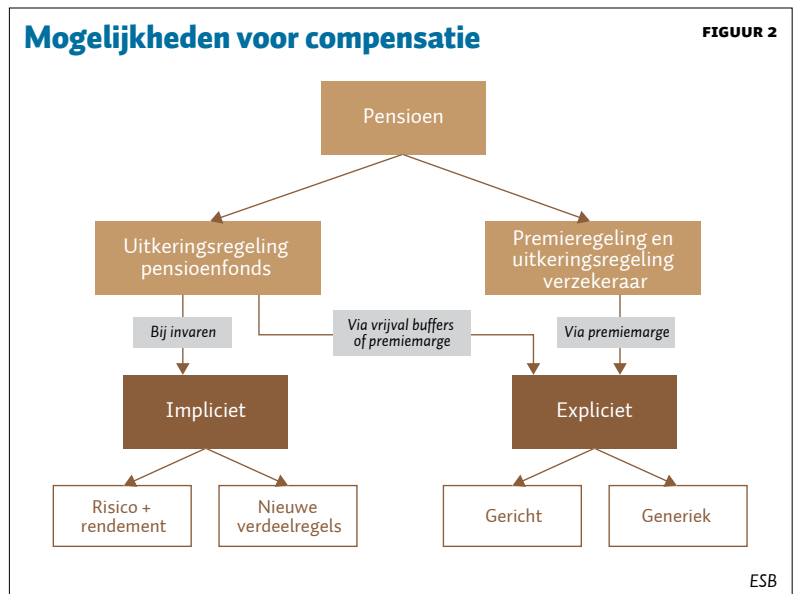
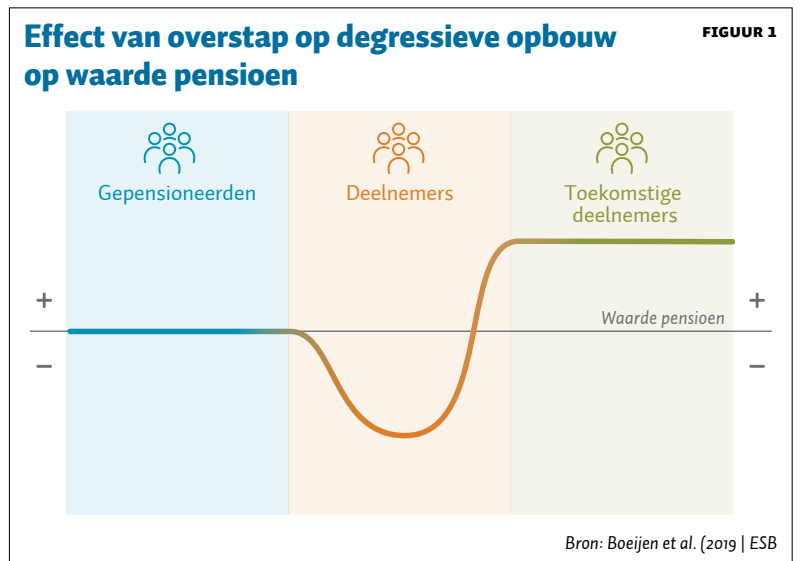
Bij premieregelingen is alleen de premieopslag als financieringsbron beschikbaar. Hetzelfde geldt voor uitkeringsregelingen die door verzekeraars worden uitgevoerd. Deze regelingen kennen immers geen onverdeeld ‘fondsvermogen’. Hier moet de werkgever bereid worden gevonden om de premieopslag te voldoen aan de pensioenuitvoerder. Een geheel of gedeeltelijk verhaal op werknemers zal onderdeel zijn van het arbeidsvoorwaardenoverleg. Bij pensioenregelingen die werkgevers hebben ondergebracht bij verzekeraars zal dit lastig zijn omdat de hoogte van de premie onderdeel is van de uitvoeringsovereenkomst.

Een evenwichtige compensatie bespoedigt de rechtsgeldige invoering van de degressieve opbouw, en beperkt de kans op succes van eventuele juridische acties tegen de veranderingen in de toekomstige en bestaande pensioenopbouw.

Toekomstige opbouw

De introductie van de degressieve pensioenopbouw heeft tot gevolg dat het toekomstige pensioenresultaat van de huidige deelnemer lager zal zijn dan hij verwachtte op grond van zijn pensioencontract en het geldende wettelijk kader. Dit zal aanleiding geven tot juridische acties tegen de Staat, de werkgever(s), sociale partners en/of de pensioenuitvoerders.

Tabel 1 geeft een overzicht van de meest waarschijnlijke juridische acties van deelnemers. Die kunnen zijn gericht op het belemmeren van (de introductie van) degressieve opbouw, of op het compensatie verkrijgen voor het lagere pensioenperspectief. De vraag of de verplichtstelling na de stelselherziening in strijd is met het mededingingsrecht laten wij buiten beschouwing. Het antwoord daarop is mede afhankelijk van de exacte inrichting van het nieuwe pensioenstelsel.



Rechtsgeldige wijziging

Degressieve opbouw vereist ingrijpen door de wetgever en rechtsgeldige wijziging van de pensioenregeling. Zonder die besluitvorming is de overstap onmogelijk. Wij gaan ervan uit dat de wetgever de overgang naar degressieve pensioenopbouw slechts faciliteert. Het is aan de werkgever(s), sociale partners en pensioenuitvoerders om rechtsgeldig de degressieve opbouw te introduceren. Verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen dienen hun reglementen te wijzigen bij bestuursbesluiten. Deelnemers zijn daaraan gebonden.

Bij andere pensioenuitvoerders is de wijziging naar degressieve pensioenopbouw moeilijker. Daar moet de werkgever de pensioenregeling in overleg met zijn werknemers wijzigen. Te verwachten valt dat veel werknemers niet instemmen, zeker niet werknemers uit de middengroep. De ondernemingsraad heeft bij wijziging van de pensioenregeling een wettelijk instemmingsrecht. Het onthouden van instemming is eveneens een praktische belemmering voor een werkgever om degressieve opbouw in te voeren. Eenzijdige wijziging is volgens de wet alleen mogelijk wanneer de werkgever een voldoende zwaarwichtig belang heeft om de pensioenregeling te wijzigen, waarvoor het belang van de werknemer moet wijken. Voor werkgevers zal het zonder compensatie lastig zijn om ten eerste een voldoende zwaarwichtig belang aan te tonen richting getroffen werknemers en om ten tweede de instemming van de ondernemingsraad te verkrijgen.

Zonder gerichte compensatie is er een reële kans dat de besluitvorming over degressieve pensioenopbouw stagneert. De ondernemingsraad – of individuele werknemers met een lager te verwachten pensioen – zal niet instemmen en gaat de wijziging aanvechten. Gerichtte compensatie verkleint het risico dat die claims slagen. Voor pensioenfondsen geldt dat de compensatie het eenvoudiger maakt om in en buiten rechte te verdedigen dat het besluit tot degressieve pensioenopbouw voldoet aan de wettelijke eis van evenwichtige belangenafweging. De Staat kan het maatschappelijk draagvlak voor het pensioenakkoord bevorderen door onverplicht te compenseren, bijvoorbeeld met fiscale tegemoetkomingen (Barkhuysen et al., 2012).

Juridische acties

Een rechtsgeldige wijziging naar degressieve pensioenopbouw maakt een vordering van een toekomstige andere pensioenopbouw vrij kansloos. Er is dan namelijk geen wanprestatie, onrechtmatige daad of schending van gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van een pensioenuitkering van een

bepaalde hoogte. Weinig kansrijk is eveneens een claim op grond van het Europees eigendomsrecht. Goed verdedigbaar is dat een *voorzicht* omtrent pensioen geen vermogensbestanddeel is, en daarom geen eigendomsbescherming geniet (Van der Poel, 2018). Uiteindelijk komt het aan op het oordeel van het Europees Hof van Justitie. Dat geldt ook voor de wettelijk vereiste objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid dat inherent is aan de introductie van degressieve pensioenopbouw.

De risico's die samenhangen met de 'heffing' en aanwending van de premieopslag achten wij niet problematisch, aangezien veel verdergaande solidariteitsbetalingen in het huidige stelsel gebruikelijk zijn en niet op bezwaren stuit(t)en. Het pensioenfonds zal aannemelijk moeten maken dat de expliciete compensatie passend is als onderdeel van een evenwichtige belangenafweging. De compensatie is mogelijk in strijd met bestaand indexatiebeleid. Te verwachten valt dat veel begunstigten zullen protesteren tegen toedeling van pensioenfondsvermogen (vrijgevallen buffers) aan de middengroep. Ze zijn (in economische zin) mede-eigenaar van die buffers en zien hun eigendomsprenties verloren gaan. De compensatie gaat ten laste van hun indexatiepotentieel. Zowel de wetgeving als de fondsdocumenten behoeven op dit punt herziening.

Bestaande opbouw

Met de invoering van de doorsneesystematiek stelt het pensioenakkoord voor om de nieuwe spelregels ook op de bestaande opbouw toe te passen. Als de opgebouwde rechten wijziging ondergaan en een meer voorwaardelijk karakter krijgen, is er sprake van 'invaren'. Dit kan langs de contractuele weg (sociale partners) of via prudentieel ingrijpen (wetswijziging). Invaren zal aanleiding geven tot juridische claims; het leidt tot invaar risico ('invaarproblematiek'): ongenoegen, protesten en juridische procedures.

Contractueel invaren houdt in dat het opgebouwde pensioen van begunstigten wijziging ondergaat en wordt ingebracht in de nieuwe pensioenregeling. Begunstigten hebben bij deze collectieve waardeoverdracht een individueel vetorecht. Een veto belemmert de waardeoverdracht. Bij een deel van de begunstigten kunnen bezwaren worden weggenomen door compensatie te bieden. Er zullen echter ongetwijfeld bezwaarmakers resteren die juridische acties ondernemen tegen werkgevers, sociale partners en pensioenuitvoerders.

Onder 'prudentieel invaren' verstaan wij de wijziging van de verdeelregels van pensioen door de wetgever. Als de Staat invaren bewerkstelligt of faciliteert, zullen begunstigten een beroep doen op de eigendomsbescherming in Europese verdragen. Invaren zal worden beschouwd als regulering van eigendom. De rechter gaat ervan uit dat de Staat in de uitoefening van zijn wetgevende macht beleidsvrijheid heeft (*margin of appreciation*). Er zal wél sprake moeten zijn van een *fair balance* (evenredigheid tussen doel en middelen), en een individu mag ook niet disproportioneel worden getroffen (*excessive burden*). Uit jurisprudentie blijkt dat het Europees Hof bereid is reducties van pensioenaanspraken tot wel vijftig procent te accepteren.

Rechtspraak wijst uit dat claims op grond van schending van het eigendomsrecht zelden leiden tot overheids-

Mogelijke juridische acties pensioendeelnemers

TABEL 1

Juridische actie	Juridische grondslag
Gerechtvaardigde verwachtingen deelnemers	art. 3:33–35 BW
Niet-nakoming pensioenovereenkomst wanprestatie	art. 3:296 BW art. 6:74 BW
Onrechtmatige daad	art. 6:162 BW
Schending eigendomsrecht	art. 1 EP EVRM 17 Handvest EU
Leeftijdscriminatie	WGBL ¹ 21 Handvest EU

¹ Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid

ESB



aansprakelijkheid. Het aansprakelijkheidsrisico achten wij gering en beheersbaar, mits de Staat de wijziging van het wettelijk kader van een goede motivering voorziet. Hij moet onderbouwen dat de aanpassingen bijdragen aan de houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel en het individuele pensioenresultaat. Proportionaliteit en doelmatigheid van de wijzigingen zijn relevant, alsmede een fiscaal overgangsregime en flankerende maatregelen om te voorkomen dat individuen van doen krijgen met buitengewone lasten. Compenseren helpt het invaarrisico terug te dringen en versterkt het draagvlak van het pensioenakkoord.

Prudentieel invaren heeft onze voorkeur. De Staat kan het invaarrisico makkelijker absorberen dan werkgevers, sociale partners en pensioenuitvoerders. De Staat heeft een groter uithoudingsvermogen als het op procederen aankomt. Bovendien behoort de Staat die maatregelen te treffen die nodig zijn om het pensioenstelsel toekomstbestendig te maken. Het is inherent aan de overheidstaak dat dit gepaard gaat met de aanvaarding van enig aansprakelijkheidsrisico.

Conclusie

Het pensioenakkoord gaat ervan uit dat de doorsneesystematiek wordt vervangen door leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw. Dat heeft voor sommige leeftijdsgroepen een lager pensioenvooruitzicht tot gevolg. Zij kunnen worden gecompenseerd door middel van een premieopslag of door een herverdeling van het pensioenfondsvermogen.

Het spreekt voor zich dat wetgever, sociale partners en pensioenuitvoerders geldend recht moeten volgen om te komen tot wijziging van pensioenregelingen. Zonder compensatie heeft het pensioenakkoord geen kans van slagen. Mét compensatie is het claimrisico in verband met het

pensioenakkoord gering, mits de wetgever in samenspraak met sociale partners de stelselherziening goed motiveert, de voor- en nadelen evenwichtig onderbouwt en leeftijdsonderscheid objectief rechtvaardigt.

Gerichte compensatie is vereist als onderdeel van flankerend overheidsbeleid, zodat de stelselherziening als geheel evenwichtig is en maatschappelijk draagvlak heeft. Compensatie kan voorkomen dat individuele deelnemers disproportioneel worden getroffen door de stelselwijziging en/of de wijziging van hun pensioenregelingen. Daaronder rekenen wij ook de wijziging van de bestaande pensioenopbouw ('invaren'). De wetgever is beter dan sociale partners in staat om het invaarrisico te absorberen. Compensatie reduceert het invaarrisico en versterkt het draagvlak van het pensioenakkoord. Bepaalde werkgevers zullen (tijdelijk) compensatie willen bieden aan de middengroep, en ook aan jonge deelnemers om hun bezwaren tegen leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw weg te nemen. Door gericht te compenseren, kan het pensioenfondsbestuur bepaalde cohorten of individuen ontzien en uitdrukking geven aan een evenwichtige belangenafweging.

Literatuur

Barkhuysen, T., W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (2012) *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*. Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer.

Boeijen, D., C. de Groot, M. Heemskerk et al. (2019) *Compensatie bij afschaffing doorsneesystematiek*. Netspar Design Paper 2019, te verschijnen.

Pensioenfederatie (2019) *Transitie-effecten: fondsspecifieke analyses*. Notitie, 11 juni, te vinden op pensioenfederatie.nl.

Poel, M.J.C.M. van der (2018) *Het eigendomsrecht op aanvullend pensioen*. *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, 2018/29.

SER (2019) *Naar een nieuw pensioenstelsel*. SER Advies, 19/05.