



Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement

Netspar DESIGN PAPERS

*Dick Boeijen, Mark Heemskerk en  
René Maatman*

## Beëindiging van de doorsneesystematiek

Juridisch navigeren naar alternatieven



The background of the cover features a series of thin, black, curved lines that sweep across the page from the top left towards the bottom right, creating a sense of movement and depth. The lines vary in curvature and spacing, some being more parallel while others curve more sharply.

Dick Boeijen, Mark Heemskerk en René Maatman

# Beëindiging van de doorsneesystematiek

Juridisch navigeren naar alternatieven

DESIGN PAPER 35



**Netspar**

Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement

### **Colofon**

Design Papers is een uitgave van Netspar  
januari 2015

### **Editorial Board**

Rob Alessie – Rijksuniversiteit Groningen  
Roel Beetsma (Voorzitter) – Universiteit van Amsterdam  
Iwan van den Berg – AEGON Nederland  
Bart Boon – Achmea  
Thomas van Galen – Cardano Risk Management  
Kees Goudswaard – Universiteit Leiden  
Winfried Hallerbach – Robeco Nederland  
Ingeborg Hoogendijk – Ministerie van Financiën  
Martijn Hoogeweegen – Nationale Nederlanden  
Arjen Hussem – PGGM  
Alwin Oerlemans – APG  
Maarten van Rooij – De Nederlandsche Bank  
Peter Schotman – Universiteit Maastricht  
Hans Schumacher – Tilburg University  
Peter Wijn – APG

### **Design**

B-more Design  
Bladvulling, Tilburg

### **Printing**

Prisma Print, Tilburg University

### **Editorial address**

Netspar, Tilburg University  
PO Box 90153, 5000 LE Tilburg  
info@netspar.nl

No reproduction of any part of this publication may take place without permission of the authors.

# INHOUD

<i>Voorwoord</i>	7
<i>Samenvatting</i>	11
<i>1. Inleiding</i>	13
<i>2. Beëindiging doorsneesystematiek: Belemmeringen</i>	21
<i>3. Alternatieven: Wegnemen Belemmeringen</i>	36
<i>4. Overgangsproblematiek</i>	45
<i>5. Solidariteitsgehalte en Verplichtstelling</i>	60
<i>6. Conclusies</i>	66
<i>Literatuurlijst</i>	69
<i>Jurisprudentieregister</i>	71
<i>Afkortingen</i>	72



# VOORWOORD

Netspar stimuleert debat over de gevolgen van vergrijzing voor het (spaar-)gedrag van mensen, de houdbaarheid van hun pensioenen en het overheidsbeleid. Doordat veel van de babyboomers met pensioen gaan, zal het aantal 65-plussers in de komende decennia snel toenemen. Meer in het algemeen leven mensen gezonder en langer en krijgen gezinnen steeds minder kinderen. Vergrijzing staat vaak in een negatief daglicht, want het aantal 65-plussers zou wel eens kunnen verdubbelen ten opzichte van de bevolking tussen 20 en 65 jaar. Kan de werkende beroepsbevolking dan nog wel het geld opbrengen voor een groeiend aantal gepensioneerden? Moeten mensen meer uren maken tijdens hun werkzame periode en later met pensioen gaan? Of moeten de pensioenen worden gekort of de premies worden verhoogd om het collectieve pensioen betaalbaar te houden? Moeten mensen worden aangemoedigd zelf veel meer verantwoordelijkheid te nemen voor het eigen pensioen? En wat is dan nog de rol van de sociale partners in het organiseren van een collectief pensioen? Kunnen en willen mensen eigenlijk wel zelf gaan beleggen voor hun pensioen of zijn ze graag bereid dat aan pensioenfondsen over te laten? Van wie zijn de pensioengelden eigenlijk? En hoe kan een helder en eerlijk speelveld voor pensioenfondsen en verzekeraars worden gedefinieerd? Hoe kunnen collectieve doelstellingen als solidariteit en meer individuele wensen worden verzoend? Maar vooral: hoe kunnen de voordelen van langer en gezonder leven worden benut voor een meer gelukkige en welvarende samenleving?

Om allerlei redenen is er behoefte aan debat over de gevolgen van vergrijzing. We weten niet altijd precies wat de gevolgen van vergrijzing zijn. En de gevolgen die wel goed kunnen inschatten, verdienen het om bekend te worden bij een groter publiek. Belangrijker is natuurlijk dat veel van de keuzen die moeten worden gemaakt een politieke dimensie hebben en daarover is debat hard nodig. Het gaat immers om maatschappelijk zeer relevante en actuele vraagstukken waar, in de meest letterlijke zin, jong en oud mee worden geconfronteerd.

Om die redenen heeft Netspar de Design Papers ingesteld. Een Netspar Design Paper analyseert een component van pensioenproduct of een aspect van een pensioenstelsel. Te denken valt bijvoorbeeld aan het beleggingsbeleid, aan de vormgeving van de uitbetalingsfase, aan het omgaan met onzekere levensverwachting, het gebruik van de eigen woning voor de pensioenvoorziening, de communicatie met de deelnemers, het keuzemenu voor de deelnemer, governance modellen, toezichtmodellen, evenwicht tussen kapitaaldekking en omslag, een flexibele arbeidsmarkt voor ouderen en de pensioenvraag in heterogene populaties. Een Netspar Design Paper analyseert de doelstelling van een product of een aspect van het pensioenstelsel en onderzoekt mogelijkheden om de werking ervan te verbeteren. Een Netspar Design Paper richt zich vooral op specialisten in de sector die verantwoordelijk zijn voor het ontwerp van de component.

Roel Beetsma

Voorzitter van de Netspar Editorial Board





### **Affiliaties**

Dick Boeijen – PGGM

Mark Heemskerk – Radboud Universiteit Nijmegen

René Maatman – Radboud Universiteit Nijmegen

### **Dankwoord**

De auteurs danken enkele anonieme referenten (namens de EB van Netspar), Hans van der Meer, Kees Kamminga en Iwan van den Berg voor hun commentaar op eerdere versies van deze paper.

# BEËINDIGING VAN DE DOORSNEESYSTEMATIEK

## Samenvatting

De doorsneesystematiek is een solidariteitselement in pensioenregelingen. Alle deelnemers aan de pensioenregeling verkrijgen gelijke pensioenaanspraken tegen een procentueel gelijke premie, ongeacht ieders persoonlijk 'risicoprofiel' en werkelijke pensioenwaarde.

In deze paper nemen wij de beëindiging van de doorsneesystematiek als uitgangspunt. Die beëindiging leidt tot juridische en economische overgangsproblemen. Die hebben wij in deze paper geïdentificeerd en van mogelijke oplossingen voorzien.

Wij behandelen twee door het CPB aangedragen alternatieven voor de doorsneesystematiek: doorsneepremie en degressieve opbouw enerzijds en progressieve premie en doorsnee-opbouw anderzijds. Deze alternatieven vergen wijziging van de volgende wettelijke bepalingen:

- Artikel 17 Pensioenwet: de verplichting tot ten minste tijds-evenredige pensioenopbouw bij uitkerings- en kapitaalovereenkomsten dient te worden herzien bij degressieve opbouw.
- Artikel 8 Wet Bpf 2000: de verplichte doorsneepremie bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen moet worden herzien bij progressieve premies.

Een leeftijdsafhankelijke premie of een leeftijdsafhankelijke opbouw is juridisch leeftijdsonderscheid. Leeftijdsonderscheid in arbeidsvoorwaarden is verboden op grond van de WGBL, tenzij dat leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is. Die

rechtvaardiging vereist dat aan drie eisen wordt voldaan. Het onderscheid moet (i) een legitiem doel dienen, (ii) passend en (iii) noodzakelijk zijn. Wij presenteren aanknopingspunten om dat onderscheid juridisch te rechtvaardigen.

Een overstap van de doorsneesystematiek naar één van de alternatieven leidt tot onderscheid *tussen* en benadeling *van* bepaalde leeftijdscohorten. Die benadeling mag niet disproportioneel zijn om verboden leeftijdsonderscheid te voorkomen. Dit vergt dat de overstap gepaard gaat met een aanpassing van de pensioenopbouw tussen deze cohorten. Die aanpassing zou kunnen plaatsvinden binnen een pensioenfonds waardoor de gevolgen worden uitgesmeerd over de desbetreffende fondspopulatie. Het is eveneens denkbaar dat de overheid die aanpassing 'regelt' door een lagere pensioenopbouw te compenseren met AOW-aanspraken. In dat geval komt de compensatie voor rekening van alle belastingbetalers.

Solidariteit in een pensioenregeling is een vereiste om de verplichte deelneming te rechtvaardigen. Een pensioenregeling kan worden gekenmerkt door vele solidariteitselementen, *waaronder* de doorsneepremie. De verplichte deelneming aan een pensioenregeling valt te rechtvaardigen als de regeling *voldoende* solidariteitselementen bevat. Juridische zekerheid valt op voorhand niet te geven. Het oordeel is voorbehouden aan de rechter. Op basis van de Europese jurisprudentie achten wij het goed verdedigbaar dat de verplichtstelling kan worden gehandhaafd, mits het alternatief van een goede economische en juridische onderbouwing wordt voorzien. In deze paper doen wij daarvoor handreikingen.

## 1. Inleiding

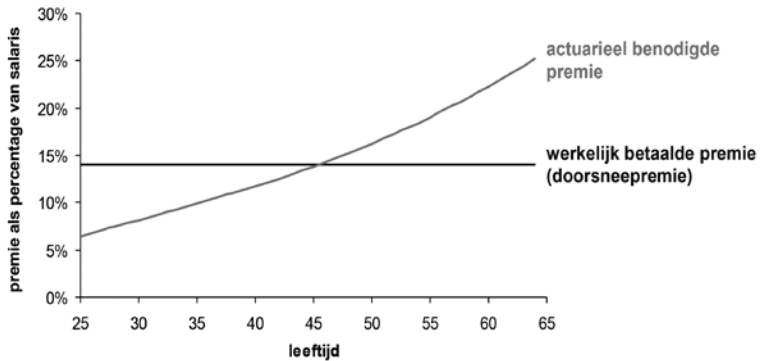
### 1.1 Achtergrond en probleemschets

De meeste pensioenregelingen in Nederland bevatten de zogenoemde doorsneesystematiek. De doorsneesystematiek is een combinatie van een doorsneepensioenpremie (als percentage van de pensioengrondslag) en een doorsnee pensioenopbouw (als percentage van de pensioengrondslag). Er is geen verband tussen de pensioenpremie en de pensioenopbouw enerzijds en individuele kenmerken zoals geslacht of leeftijd anderzijds. De doorsneepremie bestaat uit een werkgevers- en een werknemersbijdrage. De onderlinge verdeling hangt af van de premie-afspraken.

In actuarieel dan wel economisch opzicht zijn de doorsneepremie en de doorsneepensioenopbouw niet in evenwicht. Dat komt vooral door de tijds waarde van geld: de inleg van jongeren rendeert langer dan de inleg van ouderen. Met de pensioenpremie van de jongere zouden dus meer pensioenaanspraken kunnen worden ingekocht dan met de pensioenpremie voor de oudere werknemer. Of – andersom – als de pensioenopbouw voor ouderen en jongeren gelijk is, zouden jongeren daar minder premie voor hoeven betalen dan ouderen. Dat gebeurt echter niet. Voor jong en oud wordt dezelfde prijs – de doorsneepremie – betaald voor een gelijke opbouw. Dit leidt tot een economische herverdeling van jong naar oud (zie Figuur 1).

Het CPB concludeert dat het doorsneesysteem heroverweging verdient en heeft alternatieven onderzocht.<sup>1</sup> Het CPB wijst erop dat een juridische analyse voor de gevolgen van beëindiging van de doorsneesystematiek ontbreekt.

1 CPB 2013.



*Figuur 1: de hoogte van de actueel benodigde premie (afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer) en de (leeftijdsonafhankelijke) doorsneepremie.*

## 1.2 Maatschappelijke relevantie van deze paper

De doorsneesystematiek heeft tot gevolg dat jongeren te weinig pensioenaanspraken opbouwen voor hun pensioenpremie.<sup>2</sup> Het omslagpunt van deze subsidie ligt ongeveer bij 46 jaar.<sup>3</sup> Het doorsneesysteem is afgestemd op de gemiddelde deelnemer, die zijn leven lang onafgebroken bij dezelfde werkgever werkt. Vanwege de toegenomen arbeidsmobiliteit en het fenomeen van de zzp'er worden dergelijke deelnemers schaars. Daardoor wordt de herverdeling die besloten ligt in de doorsneesystematiek in toenemende mate onevenwichtig. Dat effect wordt versterkt indien pensioenregelingen 'gaandeweg de rit' een versoering ondergaan; denk aan de introductie van de middelloonregeling en de verlaging van de opbouwpercentages op grond van het Witteveenkader.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Bonenkamp en Westerhout (2010); Lutjens (2007).

<sup>3</sup> Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus (2007).

<sup>4</sup> Kamerstukken II, nrs. 33610 en 33847.

De werking van het doorsneesysteem is bovendien enigszins arbitrair. Het hangt af van de 'toevallige' werkomgeving of de doorsneesystematiek van toepassing is. Voor degene die werkt bij een werkgever (Opf) of in een sector (Bpf) met relatief veel oudere werknemers, betalen werkgever en werknemer een relatief hoge doorsneepremie. Bij een werkgever of in een sector met relatief veel jongere werknemers geldt voor dezelfde opbouw een aanzienlijk lagere doorsneepremie.

De doorsneesystematiek berust op de verwachting dat de volgende generatie solidair is met de huidige.<sup>5</sup> Die solidariteit en wederkerigheid waren jarenlang vanzelfsprekend. De huidige jongeren vrezen echter dat zij nu veel meer voor pensioen betalen dan zij straks zullen ontvangen.

Om het elastiek van de solidariteit niet verder op te rekken, is voorgesteld de doorsneepremie en/of de doorsneepensioenopbouw los te laten en zo iedere deelnemer een pensioenopbouw te geven die qua economische waarde correspondeert met de betaalde premie. Jongeren bouwen in dat geval bij een gelijke premie meer pensioen op dan ouderen. Dit wordt aangeduid als degressieve opbouw.<sup>6</sup> Het alternatief is een voor ieder gelijk opbouwpercentage waarvoor een progressieve premie is verschuldigd naarmate de leeftijd vordert.

De kwetsbaarheid van het doorsneesysteem en de zoektocht naar alternatieven zijn geagendeerd in de Nationale Pensioendialoog van staatssecretaris Klijnsma.<sup>7</sup>

5 De Beer (2006).

6 Aanhangsel Handelingen II 2012–2013, 1202. Zie ook Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus (2007); Commissie Goudswaard (2010); Bovenberg en Boon (2010); Bovenberg en Jansweijer (2005); Frijns (2013).

7 Kamerstukken II, 2013/14, 32043, nr. 204 en 223.

### 1.3 Blokkade voor pensioeninnovaties

Het doorsneesysteem is kwetsbaar vanwege de inflexibiliteit ervan. Zo zijn de ingewikkelde VTN-systematiek en de veel bekritiseerde overgangsregelingen direct of indirect aan het doorsneesysteem te wijten.<sup>8</sup> Iedere versobering betekent dat vooral het leeftijdscohort 40 – 50 in de tweede helft van zijn carrière aanzienlijk minder retoursubsidie krijgt dan het in de jonge jaren heeft betaald. Het doorsneesysteem leidt ertoe dat iedere wijziging in de pensioenregeling of het pensioenbeleid tot onbedoelde herverdeling leidt.

Het ontbreken van actuarieel evenwicht tussen de waarde van ingelegde premies en de pensioenopbouw vormt tevens een hindernis voor pensioeninnovaties. Denk bijvoorbeeld aan de keuze om een deel van de pensioenpremie aan te wenden voor de aflossing van hypotheekschuld, 'in ruil' voor een lagere pensioenopbouw. In het doorsneesysteem zou deze keuze aan jongeren met een eigen huis de mogelijkheid bieden de subsidies aan ouderen te ontduiken. Als ouderen hiervan gebruik maken, zijn zij 'een dief van hun eigen portemonnee', omdat ze dan minder subsidie van de jongeren ontvangen.

Het doorsneesysteem leidt ook elders tot hoofdbreken, bijvoorbeeld bij de aftopping van het pensioen boven 100.000 euro. Welke financiële compensatie moet de werkgever bieden aan werknemers voor wie niet langer premie wordt betaald? Heeft de werknemer die 150.000 euro verdient recht op compensatie van de premie over 50.000 euro of op compensatie over de economische waarde van zijn pensioenopbouw?

8 VTN staat voor verzekeringstechnisch nadeel. Wanneer het ene (relatief oude) fonds aansluit bij een ander (relatief jong) fonds, zal het laatste fonds een compensatie willen voor het feit dat het met deze aansluiting gemiddeld ouder wordt en dus een hogere doorsneepremie kent. Door dit verzekerings-technisch nadeel wordt het samengaan van pensioenfondsen bemoeilijkt.



#### **1.4 Werkgeverssolidariteit**

In de discussies rond de totstandkoming van deze paper werd ons tegengeworpen dat de huidige doorsneesystematiek geen overdrachten tussen deelnemers meebrengt. Die redenering gaat uit van werkgeverssolidariteit vanwege een leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage en een gelijke werknemersbijdrage zonder werknemerssolidariteit. Vervolgens wordt de conclusie getrokken dat er daarom geen sprake kan zijn van overdrachten tussen werknemers c.q. deelnemers, hooguit (binnen een bedrijfstak-pensioenfonds) tussen werkgevers.<sup>9</sup>

Die redenering lijkt ons niet juist. Wij beschouwen zowel de toegekende pensioenaanspraak als de daarvoor betaalde premie als onderdeel van de beloning van de werkgever aan de werknemer. Vanuit die optiek is sprake van overdrachten van jongere naar oudere werknemers c.q. deelnemers.

#### **1.5 Probleemstelling**

Afschaffing van het doorsneesysteem leidt tot complexe juridische en economische overgangsproblemen. Met deze paper willen wij oplossingen voor deze overgangsproblematiek aandragen en zo de analyse van het CPB aanvullen.

In deze Netspar-paper staat de volgende vraag centraal:

*Wat zijn de juridische belemmeringen om de doorsnee-systematiek te beëindigen en met welke juridische maatregelen kunnen deze belemmeringen worden weggenomen of verminderd?*

Wij geven geen waardeoordeel over de beëindiging van de doorsneesystematiek maar nemen die beëindiging tot uitgangspunt. Wij schetsen een route om te komen tot

<sup>9</sup> Vgl. AG (2013), p. 8.

beëindiging van de doorsneesystematiek. Bijzondere aandachtspunten zijn de juridische houdbaarheid van de verplichtstelling – die wij hier niet ter discussie stellen – en het verbod van leeftijdsdiscriminatie. De verplichtstelling vormt een inbreuk op het Europese mededingingsrecht. Die inbreuk behoeft een juridische rechtvaardiging. Wij verdedigen dat de overstap naar een andere methodiek kan samengaan met behoud van de verplichtstelling. Zij zal in overeenstemming moeten zijn met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (“WGBL”).<sup>10</sup> Wij verkennen de wegen die daartoe open staan.

Niet alle mogelijke juridische belemmeringen of alternatieven kunnen in deze paper worden beschreven. Wij richten ons op de juridische belemmeringen en mogelijkheden om over te stappen op de twee meest prominente alternatieven voor de doorsneesystematiek: degressieve opbouw of progressieve premie. Dit zijn alternatieven die het probleem van de ‘tijdswaardeherverdeling’ oplossen; die resulteren in een actuariële relatie tussen premie en pensioenopbouw.<sup>11</sup> Andere aspecten van de doorsneesystematiek (bijvoorbeeld dat voor mannen en vrouwen dezelfde sterftetafels worden gebruikt, wat eveneens resulteert in herverdeling) laten wij buiten beschouwing. Wij merken verder op dat deze paper zich richt op alternatieven voor de doorsneesystematiek binnen het kader van een *uitkeringsovereenkomst*. De premieovereenkomst als alternatief voor de uitvoeringsovereenkomst laten wij daarom buiten beschouwing.

De gevolgen voor werkgelegenheid en arbeidsmarkt vallen buiten het bestek van onze paper en stippen wij slechts aan voor zover deze juridische betekenis hebben. Wij gaan niet in op de

<sup>10</sup> Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs, Staatsblad 2004, 30.

<sup>11</sup> Vgl. AG (2013, p. 4.

vereiste wijziging door sociale partners van de pensioenregeling bij beëindiging van de doorsneesystematiek of een scenario waarin sociale partners in verplichte bedrijfstakpensioenfondsen een nieuw pensioenfonds oprichten en hun bestaande pensioen-aanspraken en –rechten achterlaten. Evenmin gaan wij in op de positie van zelfstandigen zonder personeel. Vereiste wijzigingen in fiscale wetgeving stippen wij slechts aan voor zover relevant voor dit onderzoek.

Het debat rond de doorsneesystematiek concentreert zich op bedrijfstakpensioenfondsen met een uitkeringsovereenkomst. De achtergrond daarvan is dat de doorsneesystematiek wettelijk is voorgeschreven voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioen-fondsen. Dit impliceert dat circa 70 procent van het in Nederland opgebouwde pensioenvermogen dient ter nakoming van pensioenaanspraken en –rechten die volgens de doorsneesyste-matiek zijn opgebouwd.<sup>12</sup> Voor andere pensioenuitvoerders speelt de doorsneesystematiek geen rol van betekenis. Bij een overstap naar een andere pensioenuitvoerder kan het overigens wel relevant zijn of deze al dan niet de doorsneesystematiek hanteert.

In deze paper bedoelen wij met verplichtstelling de zogenoemde “grote verplichtstelling” die geldt voor ‘verplicht-gestelde’ bedrijfstakpensioenfondsen op grond van de Wet Bpf 2000. De ‘kleine verplichtstelling’ (de verplichting om deel te nemen aan een door de werkgever aangeboden pensioen-regeling) komt in deze paper niet aan de orde.

## **1.6 Opbouw paper**

Wij inventariseren in hoofdstuk 2 de belemmeringen voor de beëindiging van de doorsneesystematiek. De alternatieven voor het doorsneesysteem komen aan de orde in hoofdstuk 3. Een

<sup>12</sup> Vgl. [www.statistics.dnb.nl](http://www.statistics.dnb.nl)

overstap op progressieve premie of degressieve pensioenopbouw leidt tot overgangsproblematiek. Die bespreken wij in hoofdstuk 4. Ten slotte beantwoorden wij de vraag of de verplichtstelling nog langer houdbaar is, als het doorsneesysteem wordt losgelaten (hoofdstuk 5). Hoofdstuk 6 bevat onze conclusies.

## 2. Beëindiging doorsneesystematiek: Belemmeringen

### 2.1 Inleiding

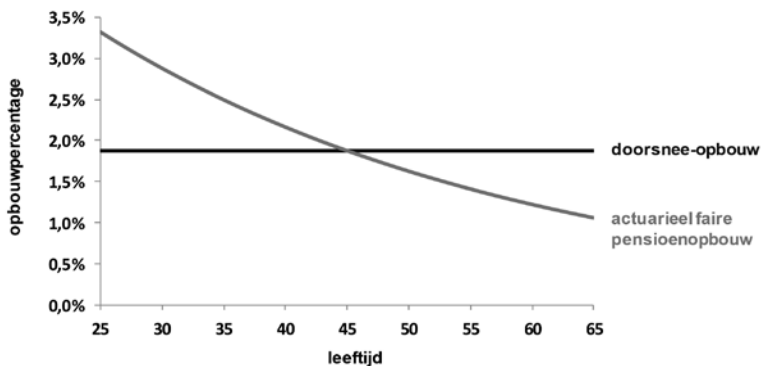
In dit hoofdstuk inventariseren wij diverse belemmeringen voor de beëindiging van de doorsneesystematiek. In paragraaf 2.2 noemen wij eerst de alternatieven degressieve opbouw en progressieve premies. Paragraaf 2.3 toont hoe de doorsneesystematiek is verankerd in de huidige wetgeving. Het loslaten van de doorsneesystematiek en de invoering van een van de alternatieven leidt tot leeftijdsonderscheid in pensioenopbouw. In paragraaf 2.4 bespreken wij of dat onderscheid stand houdt bij toetsing aan het Europeesrechtelijk verbod van leeftijdsdiscriminatie. Tot slot zetten wij uiteen dat een overstap gevolgen heeft voor de zogeheten verplichtstelling (paragraaf 2.5).

### 2.2 Alternatieven

De actuariële onevenwichtigheid in het doorsneesysteem kan langs twee wegen worden weggenomen:

- Via een progressieve premie: de leeftijdsonafhankelijke doorsneepensioenopbouw blijft behouden, maar de premie wordt leeftijdsafhankelijk. Voor iedere deelnemer betaalt de werkgever actuarieel faire (juiste) premie. Dat betekent dat voor jongeren een lage premie wordt betaald en voor ouderen een hoge.<sup>13</sup> Zie de roze lijn in Figuur 1.
- Via een degressieve opbouw: de leeftijdsonafhankelijke doorsneepremie blijft behouden, maar de pensioenopbouw wordt leeftijdsafhankelijk. Iedere deelnemer krijgt economisch gezien een actuarieel faire pensioenopbouw. Dat betekent dat jongeren een hoge pensioenopbouw krijgen en ouderen een lage. Zie Figuur 2.

<sup>13</sup> Vgl. Kamminga en Van den Berg (2014).



*Figuur 2: de hoogte van de degressieve pensioenopbouw (afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer) en de (leeftijds- onafhankelijke) doorsneepensioenopbouw.*

## 2.3 Doorsneesystematiek wettelijk verplicht

### 2.3.1 Leeftijdsonafhankelijke doorsneepremie wettelijk verplicht

De doorsneepremie is een uniforme pensioenpremie voor alle deelnemers aan een pensioenregeling. De doorsneepremie is wettelijk verplicht voor de collectieve basispensioenregeling die wordt uitgevoerd door 'verplichtgestelde' bedrijfstakpensioenfondsen.<sup>14</sup> De doorsneepremie is gangbaar (maar niet verplicht) bij ondernemingspensioenfondsen op basis van een uitkeringsovereenkomst. Circa driekwart van de werknemers die pensioen opbouwen, nemen deel aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Voor hen geldt de doorsneepremie. Artikel 8 lid 1 Wet

<sup>14</sup> Dat zijn bedrijfstakpensioenfondsen waaraan één of meer groepen personen die in een bedrijfstak werkzaam zijn, verplicht moeten deelnemen op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, Stb. 628 ("Wet Bpf 2000").

Bpf 2000 bepaalt dat onderscheid in bijdrage op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid niet is toegestaan:

*“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 bevat zowel de werkgevers- als de werknemerspremie. Zij wordt door de werkgever afgedragen aan de pensioenuitvoerder. De doorsneepremie wordt naar rato van de loonsom of van de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de bij een bedrijfstakpensioenfonds aangesloten werkgevers.<sup>15</sup> De verplichte doorsneepremie geldt niet voor de werknemerspremie in vrijwillige pensioenvoorzieningen.<sup>16</sup>

### *2.3.2 Doorsneeopbouw wettelijk verplicht*

De gebruikelijke pensioenregeling – vooral bij verplichtgestelde pensioenfonds – is de geïndexeerde middelloonregeling. De middelloonregeling is een uitkeringsovereenkomst. Kenmerkend voor de uitkeringsovereenkomst is dat de hoogte van de pensioenuitkering vooraf is vastgesteld. De hoogte van de pensioenuitkering is gerelateerd aan het pensioengevend gemiddeld salaris en het aantal dienstjaren. Voor uitkeringsovereenkomsten en kapitaalovereenkomsten verplicht artikel 17 Pensioenwet tot ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw:

<sup>15</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 3-4.

<sup>16</sup> Artikel 8 lid 2 Wet Bpf 2000.

*“De verwerving van pensioenaanspraken in het kader van een uitkeringsovereenkomst of een kapitaalovereenkomst vindt gedurende de deelneming ten minste evenredig in de tijd plaats.”*

De verplichting tot tijdsevenredige pensioenopbouw geldt niet voor premie-overeenkomsten. Bij premieovereenkomsten is fiscaal tijdsevenredige pensioenopbouw vereist.<sup>17</sup>

In de praktijk is bij middelloon- en eindloonregelingen een gelijk opbouwpercentage gangbaar. Dat is een doorsnee-pensioenopbouwpercentage per jaar dat leeftijdsonafhankelijk is. Bij pensioenregelingen waarin het te bereiken pensioen wordt berekend met een bepaald opbouwpercentage per pensioenjaar moet het percentage tijdens de opbouwperiode in principe ten minste gelijk blijven.<sup>18</sup> Of iemand 25, 48 of 57 jaar oud is, maakt dus niet uit: de pensioenopbouw is in dat jaar bijvoorbeeld 1,8 procent van het pensioengevend salaris. De wet eist ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw om uitstelfinanciering te voorkomen. De *wettekst* suggereert ruimte voor degressieve opbouw. Volgens de wetsgeschiedenis is een opbouw in de eerste tien jaar van 1,75 procent en in de tien jaar daarna van 1,5 procent niet toegestaan.<sup>19</sup> Dat betekent dat degressieve opbouw niet mogelijk is zonder verduidelijking c.q. wijziging van artikel 17 Pensioenwet.

De introductie van degressieve opbouw vraagt om beëindiging van de doorsneeopbouw, althans verduidelijking van de wetgever dat dit mogelijk is. Dat vereist wijziging van artikel 17 Pensioenwet. Een hoger opbouwpercentage voor jongeren

17 Art. 18a lid 3 Wet LB.

18 Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 186.

19 Kamerstukken II 2005/06, 30413, p. 186.



(2 procent) dan voor ouderen (1 procent) kan niet zonder meer worden aangemerkt als *ten minste* tijdsevenredige opbouw.<sup>20</sup>

## 2.4 Leeftijdscriminatie

### 2.4.1 *Het risico van leeftijdscriminatie*

Stel dat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen in de collectieve basisregeling een leeftijdsafhankelijke pensioenpremie moeten hanteren. Dan zal die leeftijdsafhankelijke premie de toets aan de WGBL moeten doorstaan. Datzelfde geldt voor de introductie van een leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw (degressieve opbouw). Op grond van de WGBL is leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarden – waaronder pensioen<sup>21</sup> – verboden, tenzij een uitzondering van toepassing is, of het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is. De wet is gebaseerd op de Europese richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (de '**Richtlijn**').<sup>22</sup> De Richtlijn geeft invulling aan het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat als algemeen recht van de Unie wordt beschouwd.<sup>23</sup> Het verbod van discriminatie, met name op grond van leeftijd, is bovendien neergelegd in artikel 21 EU-Handvest. Vanaf 1 december 2009 heeft dat Handvest dezelfde juridische status als de EU-Verdragen en is het juridisch bindend.<sup>24</sup>

Het verbod geldt zowel voor sociale partners en lidstaten. Zo blijkt uit het Mangold-arrest van het HvJ dat de Duitse wetgever

20 Lutjens (2007); Van der Poel (2013), p. 97. Zie ook Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 186; nr. 17, p. 36; Kamerstukken II 1998-99, 26415, nr. 3, p. 31-32.

21 HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 336 (Barber).

22 Richtlijn 2000/78/EG van de Europese Raad van 27 november 2000, PbEG 2000, L 303.

23 HvJ EU 19 januari 2010, JAR 2010, 53 (Kucukdeveci).

24 Artikel 6 lid 1 VWEU.

in strijd met het gelijkebehandelingsrecht handelde door het mogelijk te maken met 52-plussers een onbepaald aantal malen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan.<sup>25</sup>

#### *2.4.2 De actuariële pensioenuitzonderingen*

Artikel 8 WGBL bevat een drietal uitzonderingen op het verbod van leeftijdsonderscheid voor aanvullende pensioenen.<sup>26</sup> Die uitzonderingen zijn gebaseerd op artikel 6 lid 2 van de Richtlijn. Is een uitzondering van toepassing, dan is er geen verboden leeftijdsonderscheid. Zij bieden aan lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat de vaststelling van toetredingsleeftijden en pensioengerechtigde leeftijden in onder meer aanvullende pensioenvoorzieningen en het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen in het kader van die voorzieningen, geen verboden leeftijdsonderscheid vormen. Vooral de actuariële uitzondering lijkt perspectief te bieden voor een leeftijdsafhankelijke premie of pensioenopbouw.

Sinds het Experian-arrest van het HvJ EG van 26 september 2013 is het echter twijfelachtig of die actuariële uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioen verenigbaar is met het Europees recht.<sup>27</sup> Dat arrest ging over de werkgevers- en werknemersbijdragen voor pensioen in een Deense pensioenregeling. Die bijdragen stegen met de leeftijd, kort gezegd op grond van actuariële overwegingen. Na veel tekstueel gepeuter concludeert het Hof, vrij vertaald, dat de actuariële uitzondering geen zelfstandige uitzondering is, maar tekstueel is gerelateerd aan de pensioengerechtigde leeftijd en toetredingsleeftijd. Daarbij knoopt het Hof aan bij jurisprudentie waaruit blijkt dat

25 HvJ 22 december 2005, JAR 2005, 219 (Mangold).

26 Artikel 8 lid 2 en 3 WGBL.

27 HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013, 284, PJ 2013, 176; Van der Poel (2013a).

uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling zeer restrictief moeten worden uitgelegd.<sup>28</sup> Dat zou betekenen dat een beroep op de in de WGBL vastgelegde actuariële uitzonderingsgrond niet zonder meer opgaat. Bij implementatie van degressieve opbouw of progressieve premies, moet de wetgever daarvoor een juridische, met argumenten onderbouwde analyse geven waarom er geen strijd is met leeftijdsdiscriminatiewetgeving. Dat verkleint de kans dat degressieve opbouw of progressieve premies in strijd zijn met (Europees) recht.

#### 2.4.3 Geen leeftijdsonderscheid?

Er mag geen ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid in de arbeidsvoorwaarden worden gemaakt. Uit de wetsgeschiedenis van de WGBL blijkt dat voor het begrip arbeidsvoorwaarden moet worden aangesloten bij het beloningsbegrip uit het Europees Verdrag van de EU:

*“het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.”<sup>29</sup>*

Sinds het Experian-arrest lijkt het duidelijk dat zowel de werknemers- als werkgeversbijdrage onder het beloningsbegrip vallen.<sup>30</sup> In actuariel opzicht leidt een leeftijdsafhankelijke premie of pensioenopbouw juist niet tot leeftijdsonderscheid. Of, omgekeerd, in actuariel dan wel economisch opzicht leidt de combinatie van doorsneepremie en doorsneeopbouw juist

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

29 Artikel 157 lid 2 VWEU.

30 HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013, 284, PJ 2013, 176, r.o. 30. Voor een andere benadering zie AG (2013).

wél tot leeftijdsonderscheid. Immers, een 35-jarige en 55-jarige met hetzelfde salaris betalen dezelfde premie (zeg: 3.000 euro) en krijgen daarvoor dezelfde pensioenopbouw, op basis van het doorsneeopbouwpercentage. Zodra die 3.000 euro betaald is, is de zojuist verworven aanspraak van de 35-jarige nog slechts 2.000 euro waard, terwijl de aanspraak voor de 55-jarige plots een waarde heeft van 4.000 euro. Beide deelnemers hebben dezelfde premie betaald, maar verwerven daar – in termen van actuariële dan wel economische waarde – een verschillende aanspraak voor. Het opbouwpercentage is weliswaar gelijk voor jong en oud, maar de werkelijke waarde van de pensioenopbouw verschilt aanzienlijk. Het *lijkt* gelijke behandeling, maar is het niet. De alternatieven daarentegen die op het eerste gezicht ongelijke behandeling lijken te zijn (een leeftijdsafhankelijke premie dan wel een leeftijdsafhankelijk opbouwpercentage) leiden in actuariel c.q. economisch opzicht wél tot gelijke behandeling.

De crux is dus hoe gelijke behandeling gedefinieerd wordt: moet het per se gaan om gelijke premie- en opbouwpercentages voor iedere leeftijd, zoals in het doorsneesysteem? Of moet het gaan om een gelijk evenwicht tussen premie en opbouw, zodat iedere deelnemer, ongeacht zijn leeftijd, dezelfde waar (pensioenaanspraak) voor zijn geld krijgt, zoals bij de alternatieven het geval is? Welk gelijkheidsbegrip hanteren wij: optische gelijkheid of actuariel-economische gelijkheid?

Verdedigbaar is dat de pensioenbeloning – de pensioen-aanspraken – die aan personen van verschillende leeftijd wordt toegekend dezelfde is, hoewel voor beiden een ongelijke pensioenpremie wordt betaald. De pensioenaanspraken moeten in die lezing als pensioenbeloning op de pensioendatum worden aangemerkt.

Dat neemt niet weg dat door de verschillende pensioenpremie er een gevolgongelijkheid in de beloning optreedt. Bij een gelijke pensioenopbouw en een leeftijdsafhankelijke (werknemers) bijdrage zal de netto beloning – ook op het loonstrookje – voor de jongere werknemer hoger zijn dan voor de oudere werknemer.<sup>31</sup> Uit het Experian-arrest leiden wij af dat zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage kwalificeren als beloning en daarom een objectieve rechtvaardiging vergen.

Bij een degressieve pensioenopbouw is de pensioenpremie gelijk maar is er een verschil in de hoogte van het opbouwpercentage. Ook dat beloningsverschil moet objectief gerechtvaardigd worden.

#### 2.4.4 De objectieve rechtvaardiging

Het directe leeftijds onderscheid van de leeftijdsafhankelijke premie of –pensioenopbouw vereist dus een objectieve rechtvaardiging. Gegeven dit onderscheid rust op de lidstaat of sociale partners en pensioenuitvoerders de bewijslast dat niet in strijd met de WGBL en de Richtlijn wordt gehandeld.<sup>32</sup> Het risico voor de lidstaat Nederland op leeftijdsdiscriminatie oogt kleiner als hij de leeftijdsafhankelijke premie of pensioenopbouw faciliteert en niet dwingend voorschrijft. In dat geval zijn het de *sociale partners* die kiezen voor leeftijdsafhankelijk pensioen en zullen zij én de pensioenuitvoerder dat objectief moeten rechtvaardigen. Artikel 7 lid 1 sub c WGBL bepaalt dat het verbod van onderscheid niet geldt als het onderscheid: "anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn." Is er geen objectieve

<sup>31</sup> Lutjens en Heemskerk (2005).

<sup>32</sup> Artikel 12 WGBL.

rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid dan is de afspraak nietig (art. 13 WGBL).

#### *2.4.5 Overgangsproblematiek*

Invoering van de leeftijdsafhankelijke premie of pensioenopbouw kan eveneens leiden tot indirect leeftijdsonderscheid. Als vanaf 1 januari 2016 leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw zou worden ingevoerd, heeft dat voor de toekomstige pensioenopbouw (en financiering) grote gevolgen. Daarbij wordt geen direct onderscheid naar leeftijd gemaakt – anders dan de leeftijdsafhankelijke pensioenpremie/opbouw – doordat dezelfde pensioenregeling geldt vanaf de peildatum. Het effect kan zijn dat de pensioenopbouw voordelig of nadelig uitpakt voor leeftijdsgroepen. De 45-jarige deelnemer voor wie jarenlang actuariel meer premie is betaald dan zijn actuariële opbouw, ziet bij introductie van degressieve pensioenopbouw een veel lagere pensioenaanspraak. Zijn arbeidsvoorwaarde pensioen ondergaat wijziging. Bij introductie van degressieve opbouw 'verdient' hij dat niet meer terug. Om te voorkomen dat deze leeftijdsgroep een dubbel solidariteitsoffer moet brengen, is maatwerk (compensatie) noodzakelijk.<sup>33</sup> Bij de overgang dreigt anders leeftijdsdiscriminatie; ondanks het neutrale criterium – wijziging vanaf een bepaalde peildatum – kan sprake zijn van indirect leeftijdsonderscheid. Door invoering van een leeftijdsafhankelijke pensioenpremie of degressieve pensioenopbouw kan in overwegende mate een leeftijdscategorie worden benadeeld. Ook dat onderscheid moet objectief worden gerechtvaardigd. De CPB-rapportage maakt duidelijk dat er grote verschillen zijn tussen leeftijdscohorten. Compensatie lijkt bovendien wenselijk met het oog op de zogeheten invaarproblematiek. De 45-jarige

<sup>33</sup> Vos en Pikaart (2007), p. 31.

aan wie de voordelen van de doorsneesystematiek bij wet worden ontnomen (het perspectief van een voortgaande pensioenopbouw beneden 'kostprijs'), kan stellen dat de Staat inbreuk maakt op het eigendomsrecht zoals gewaarborgd door art. 1 Eerste Protocol EVRM (EP EVRM). De houdbaarheid van deze stelling is twijfelachtig – men zou ook kunnen redeneren dat het hier slechts gaat om een teleurgestelde verwachting. *Als de rechter zou aannemen dat hier sprake is van een inbreuk, kan deze gerechtvaardigd zijn – en dus geoorloofd – als de inbreuk bij wet is voorzien, een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is.*<sup>34</sup>

#### *2.4.6 Belang vaststellen indirect leeftijdsonderscheid?*

Is sprake van een wettelijke discriminatiegrond – leeftijdsonderscheid – dan handelt de werkgever of pensioenuitvoerder in strijd met de wet, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Voor niet-wettelijk onderscheid geldt een andere juridische maatstaf. Op grond van het Parallel Entry-arrest van de Hoge Raad is een overeengekomen onderscheid in de arbeidsvoorwaarden dat niet is gebaseerd op een wettelijke discriminatiegrond slechts ontoelaatbaar wanneer het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>35</sup> Ineloquent uitgedrukt is er meer juridische ruimte om ongelijk te behandelen als er geen wettelijke discriminatiegrond is.

#### *2.4.7 Vaststellen van indirect leeftijdsonderscheid*

Uit jurisprudentie van het HvJ EG inzake onderscheid naar geslacht blijkt dat statistieken bepalen of sprake is van indirect onderscheid. Wanneer uit beschikbare statistische gegevens blijkt

<sup>34</sup> Nader hierover Maatman (2014) en (2014a).

<sup>35</sup> HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68, r.o. 3.3 (Parallel Entry). De toetsingsnorm is het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW, de arbeidsrechtelijke pendant van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW.

dat significant meer vrouwelijke werknemers dan mannelijke werknemers worden getroffen, moet worden aangenomen dat sprake is van indirect onderscheid.<sup>36</sup> Het Hof Leeuwarden sloot zich in 2009 aan bij die statistische methode.<sup>37</sup> Bij leeftijdsonderscheid is er op dat terrein weinig jurisprudentie. Wel heeft de Commissie Gelijke Behandeling – de voorloper van het huidige College voor de Rechten van de Mens – geoordeeld dat bij invoering van een nieuwe pensioenregeling indirect leeftijdsonderscheid kan ontstaan voor overwegend jongere werknemers die nieuw in dienst treden na de peildatum.<sup>38</sup>

Het College stelt aan de hand van de zogenaamde correlatietoets en vervolgens de chikwadraattoets vast of er sprake is van indirect onderscheid. De correlatietoets ( $\phi$ -toets) stelt vast of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Vervolgens berekent de chikwadraattoets of de samenhang significant en niet toevallig is. Op verzoek van het College heeft een statistisch deskundige bevestigd dat genoemde toetsen adequaat waren om het indirect onderscheid te bepalen.<sup>39</sup>

Voor werkgevers en pensioenuitvoerders is daarnaast van belang welke cijfers bepalend zijn (1) voor de vraag of er voldoende causaal verband is tussen de regeling en de benadeling en (2) de impact (significantie). Lange tijd leken de cijfers van het deelnemersbestand van de individuele werkgever bepalend, al greep het College bij gebrek aan gegevens terug op gegevens van CBS.<sup>40</sup> Meer recent oordeelde het College dat een

36 HvJ EU 27 oktober 1993, JAR 1993, 248, r.o. 19 (Enderby); HvJ EU 6 december 2007, JAR 2008, 19 (Voss/Berlin).

37 Hof Leeuwarden 27 januari 2009, PJ 2009, 51.

38 CGB 2011-124.

39 CGB 2009-78, overweging 3.11 e.v.

40 CGB 2002-189, CGB 2004-2, CGB 2009-78.



pensioenverzekeraar ondanks het ontbreken van de correlatie niet had aangetoond dat geen onderscheid werd gemaakt.<sup>41</sup>

## 2.5 Einde verplichtstelling?

Het loslaten van de combinatie van doorsneepremie en doorsneepbouw kan de verplichtstelling in gevaar brengen.<sup>42</sup> Er zijn – samengevat – twee grondgedachten voor de verplichtstelling:

- eliminatie van concurrentie op de arbeidsvoorwaarde pensioen in de bedrijfstak;
- het sociale belang van eenzelfde pensioenvoorziening voor iedereen in de bedrijfstak.<sup>43</sup>

De doorsneesystematiek vormt een belangrijke sociale rechtvaardiging om het pensioen verplicht voor te schrijven in de bedrijfstak. Deze verplichte deelname wordt door sommigen gezien als gedwongen winkelnering en oneerlijke mededinging. De contractsvrijheid om géén of een andere pensioenregeling te treffen in plaats van de in de bedrijfstak geldende, is aan banden gelegd.<sup>44</sup> Voor verzekeraars betekent de verplichtstelling dat een deel van de pensioenmarkt buiten bereik is. De fundamentele vraag of het 'wettelijk monopolie' van de verplichtstelling in strijd is met het Europese mededingingsrecht<sup>45</sup> is in 1999 in het voordeel van de verplichtstelling beslecht in de *landmark cases* Albany,<sup>46</sup> Brentjens<sup>47</sup> en Drijvende Bokken.<sup>48</sup> Het HvJ EU

41 CGB 2012-6, PJ 2012/80, overweging 3.21 (Stichting pensioenfonds Océ).

42 Lutjens (2007).

43 Lutjens (1999); Lutjens (2007a).

44 Degelink (2011).

45 Zie artikel 101 en 102 VWEU jo. 4 lid 3 VEU.

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

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

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

heeft de verplichtstelling van pensioenregelingen voor een gehele bedrijfstak aangemerkt als een toegestane inbreuk op het Europese mededingingsrecht, vanwege de sociale functie van pensioenfondsen en de bedrijfstakbrede solidariteit.<sup>49</sup> Er is een sociale exceptie voor de inbreuk op de vrije mededinging. De solidariteit is een belangrijke bouwsteen voor de juridische legitimatie van de verplichtstelling.<sup>50</sup> Die gedachte is door de wetgever onderstreept:

*“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.”<sup>51</sup>*

Het HvH benoemt in het arrest Drijvende Bokken uitdrukkelijk de 'hoge mate van solidariteit'.<sup>52</sup> Het verwijst daarvoor naar solidariteitskenmerken zoals de ontkoppeling 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. Het Hof wijst ook op de sociale gevolgen indien de verplichtstelling zou wegvallen:

*“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*

<sup>49</sup> Artikel 101 VWEU.

<sup>50</sup> HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233 (Drijvende Bokken), r.o. 99; Kamerstukken II 1999-2000, 27073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

<sup>51</sup> Kamerstukken II 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

<sup>52</sup> HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233, (Drijvende Bokken), r.o. 99.

*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."*

Zonder verplichtstelling wordt de solidariteit uitgehold en zijn sommige deelnemers niet in staat tegen een aanvaardbare prijs een pensioenvoorziening te treffen.

Wij nemen in deze paper als uitgangspunt dat het wenselijk is de verplichtstelling te continueren. Deze verplichtstelling is gebaseerd op de aanwezigheid van solidariteitskenmerken, waaronder het doorsneesysteem. De beëindiging van de doorsneesystematiek is daarom niet zonder risico's.<sup>53</sup> Wij komen daarop terug in hoofdstuk 5.

<sup>53</sup> Vgl. Lutjens (2007).

### **3. Alternatieven: wegnemen belemmeringen**

#### **3.1 Inleiding**

In de bestaande doorsneesystematiek ontbreekt het actuarieel evenwicht tussen de ingelegde premie en de verkregen pensioenopbouw. Dit is een bron van onvrede. De alternatieven voor het doorsneessysteem (progressieve premie en degressieve pensioenopbouw) vereisen de in paragraaf 3.2 vermelde wetswijzigingen. Elk van de alternatieven gaat gepaard met leeftijdsonderscheid. Wij bespreken in de paragrafen 3.3 tot en met 3.5 of dat onderscheid juridisch gerechtvaardigd kan zijn. Daarvoor zien wij aanknopingspunten. Uiteindelijk zal de rechter daarover moeten beslissen. Recente rechtspraak duidt erop dat de rechter de introductie van een andere premie- en opbouwssystematiek met een groot maatschappelijk draagvlak terughoudend zal toetsen (paragraaf 3.6). De transitie van doorsneesystematiek naar degressieve opbouw of progressieve premies resulteert in indirect leeftijdsonderscheid. De vraag of dat onderscheid kan worden gerechtvaardigd, bespreken wij in hoofdstuk 4.

#### **3.2 Juridische oplossing**

De introductie van de alternatieven voor de doorsneesystematiek vereist wetswijziging. Die wetswijziging omvat twee aspecten: de doorsneepremie en de doorsneeopbouw.

##### *3.2.1 Beëindiging verplichte doorsneepremie*

Het loslaten van de verplichte doorsneepremie is vereist in een scenario van een progressieve premie en doorsneeopbouw. De premie is dan gerelateerd aan de leeftijd. Voor de collectieve basisregeling van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen schrijft de Wet Bpf 2000 dwingend de leeftijdsnaf-

hankelijke pensioenpremie voor. Technisch-juridisch is het eenvoudig om de bedrijfstakpensioenfondsen niet langer te verplichten tot toepassing van de doorsneepremie.<sup>54</sup> Wij merken op dat voorafgaand aan de introductie van de Wet Bpf 2000 de doorsneepremie weliswaar gangbaar was, maar niet wettelijk verplicht.<sup>55</sup>

### 3.2.2 *Beëindiging verplichte doorsneeopbouw*

Introductie van degressieve pensioenopbouw is niet mogelijk zonder wijziging of verduidelijking van de Pensioenwet. Artikel 17 Pensioenwet verplicht tot ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw bij uitkerings- en kapitaalovereenkomsten. Ook hier oogt de juridische oplossing eenvoudig: schrappen van deze eis.

## 3.3 De rechtvaardiging voor leeftijdsafhankelijk pensioen

Een leeftijdsafhankelijk pensioen behoeft een objectieve rechtvaardiging. De bewijslast dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie rust op de lidstaat en op sociale partners. Op grond van vaste jurisprudentie van het HvJ EU kunnen pensioenuitvoerders eveneens rechtstreeks aangesproken worden op naleving van de gelijkebehandelingswetgeving.<sup>56</sup>

De objectieve rechtvaardiging verloopt volgens een vast stramien: de objectieve rechtvaardigingstoets.<sup>57</sup> Zij houdt vrij vertaald in dat er een goede reden moet zijn voor het leeftijdsonderscheid. Sociale partners en/of pensioenuitvoerders moeten

<sup>54</sup> Wij realiseren ons dat de beëindiging van deze verplichting ook een rol speelt in de discussie over taakafbakening en mededinging.

<sup>55</sup> Kamerstukken II 1998-1999, 26 537, nr. 1, p. SER, Wijziging Wet Bpf, Den Haag, SER 1999, p. 20

<sup>56</sup> HvJ EG 9 oktober 2001, PJ 2001, 101 (Menauer); zie reeds 1996-86, CGB 2004-90.

<sup>57</sup> Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 5, p. 15; HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, NJ 1982, 419 (Jenkins v. Kingsgate); HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, Jur. p. 1607 (Bilka/ Weber).

aantonen dat het doel voor het leeftijdsonderscheid legitiem is, dat het leeftijdsonderscheid passend is (doelmatig) en noodzakelijk (proportioneel). Dat is een standaardoverweging in de jurisprudentie. Slechts wanneer aan alle drie de criteria is voldaan, is het leeftijdsonderscheid verenigbaar met de WGBL.

De juridische toetsing wordt ingekleurd door de Richtlijn:

*“Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”<sup>58</sup>*

De Richtlijn benoemt als voorbeelden van legitieme doelstellingen beroepsopleiding, werkgelegenheid- en arbeidsmarktbeleid. Dit laat onverlet dat sociale partners en/of pensioenuitvoerders moeten aantonen dat de leeftijdsafhankelijke premie passend is (doelmatig) en noodzakelijk (proportioneel). Een stevige onderbouwing van de wetgever waarom degressieve opbouw of progressieve premie in zijn ogen legitiem, passend en noodzakelijk is, vergroot de kansen op ‘discriminatieproof’ pensioen aanzienlijk.

### **3.4 Progressieve premie: legitiem, passend en noodzakelijk?**

Een progressieve premie is een leeftijdsafhankelijke premie. Die premie is gebruikelijk bij premieovereenkomsten. De ingelegde premie van een oudere deelnemer kan korter renderen, waardoor hij minder pensioenkracht heeft dan een jongere deelnemer. Om

<sup>58</sup> Artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78.

hetzelfde pensioenresultaat te behalen, dient een oudere meer premie in te leggen dan een jongere.<sup>59</sup>

### 3.4.1 Legitiem?

De fiscale wetgeving houdt voor premieovereenkomsten rekening met actuariële leeftijdsverschillen in het Staffelbesluit door voor verschillende leeftijdsklassen verschillende premiepercentages te hanteren.<sup>60</sup> Het College volgt steevast de lijn dat het hanteren van staffels uit het Staffelbesluit valt onder de actuariële uitzondering mits de rekenrente niet lager is dan 3 procent.<sup>61</sup> Daarbij merken wij op dat die oordelen dateren van vóór het Experian-arrest. Merkwaardig genoeg zijn er geen rechterlijke uitspraken over de vraag of een leeftijdsafhankelijke premie verenigbaar is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Wel zijn er enkele juridisch niet bindende oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling ('CGB'), thans 'College voor de Rechten van de Mens'), waarin de leeftijdsafhankelijke *werknemersbijdrage* in strijd werd geacht met de WGBL.<sup>62</sup> Het College heeft moeite met de verplichte leeftijdsafhankelijke pensioenpremie, kennelijk omdat er dan geen eigen keuze van de werknemer voor het lagere nettoloon aan ten grondslag ligt. De regering heeft in de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet aangegeven wel een rechtvaardiging te zien voor een leeftijdsafhankelijke premie.<sup>63</sup> Als gezegd moet sinds het Experian-arrest ook de werkgeversbijdrage objectief gerechtvaardigd worden.

59 Lutjens (2007); Lutjens en Heemskerk (2005).

60 Besluit van 12 februari 2013, Stcrt. 2013, 4432.

61 CGB 2006-140, PJ 2006/95, overweging 3.14; CGB 2005-6 en 2005-7, PJ 2005/ 37 en 38; vergelijk CGB 2007-146.

62 CGB 2004-51, 2004-174.

63 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 92; zie ook de brief van SZW van 21 april 2005, Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XV, nr. 82.

Een legitiem doel voor het verschil in pensioenpremie (en daarmee netto-beloning) kan zijn gelegen in de bescherming van de werknemer om een adequaat pensioenniveau te bereiken als onderdeel van het arbeidsmarktbeleid. Gelijktijdig wordt de scheve solidariteit tussen jong en oud die het gevolg is van de doorsneesystematiek gecorrigeerd. Een adequaat pensioenniveau bereikt de oudere werknemer bij de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage slechts wanneer hij een hogere premie inlegt dan de jongere werknemer. Aangezien de voor hem ingelegde premie minder lang rendeert, vereist een gelijke pensioenopbouw een hogere premie. De premie stijgt bovendien omdat de risico's in verband met overlijden, arbeidsongeschiktheid en ernstige ziekte toenemen naarmate de leeftijd van werknemers voortschrijdt. Die doelstelling (opbouw van een redelijk pensioen op latere leeftijd) past binnen het kader van een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. In het Experian-arrest oordeelde het Hof dit legitiem omdat rekening wordt gehouden met het totaalbelang van de werknemers van Experian door in te zetten op het bereiken van een redelijk pensioen voor eenieder vanaf de pensioendatum. Uit de wetsgeschiedenis van de WGBL volgt dat een premieverschil is toegestaan wanneer daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt.<sup>64</sup> De progressieve premie bevordert de arbeidsmobiliteit, al kunnen de hogere premiekosten nadelig zijn voor de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers.<sup>65</sup> Deze argumenten bieden aanknopingspunten voor een objectieve rechtvaardiging, die uitgewerkt en onderbouwd moet worden, bijvoorbeeld in de parlementaire behandeling.

<sup>64</sup> Kamerstukken I 2003/04, 28 170, nr. C, p. 2-3.

<sup>65</sup> Bonenkamp, Cox en Lever (2014).



### 3.4.2 *Passend?*

De progressieve premie kan worden beschouwd als een passend middel; zij draagt bij aan de verkrijging van een adequaat pensioen. Zij voorkomt scheefgroei in solidariteit tussen jong oud en jong.

### 3.4.3 *Noodzakelijk?*

Het is een lastig te beantwoorden vraag of de leeftijdsafhankelijke pensioenpremie noodzakelijk en proportioneel is. Is er een alternatief waarbij geen of minder leeftijdsonderscheid wordt gemaakt? Is de leeftijdsafhankelijke pensioenpremie een proportioneel middel? De leeftijdsafhankelijke premie heeft grote effecten op bestaande rechtsverhoudingen; zij maakt inbreuk op gerechtvaardigde levende verwachtingen. Van de werknemer voor wie tot zijn 45e actuarieel een te hoge premie is betaald wordt bij invoering van een leeftijdsafhankelijke premie een extra solidariteitsoffer gevraagd. Dat maakt compensatie wenselijk. Zonder compensatie is de kans reëel dat invoering van de leeftijdsafhankelijke premie leidt tot disproportionele verschillen tussen generaties.

## 3.5 **Degressieve opbouw: legitiem, passend en noodzakelijk?**

### 3.5.1 *Legitiem?*

Het bereiken van een adequaat pensioen met een gelijke premie en bevordering van arbeidsmobiliteit kan een legitiem doel zijn. De doorsneepremie bewerkstelligt een gelijke netto-beloning, ongeacht de leeftijd. De degressieve opbouw leidt tot een – in relatie tot de pensioenpremie – actuarieel juiste pensioenbouw en bevordert de arbeidsmobiliteit. Zij corrigeert de herverdelende solidariteit die het gevolg is van doorsneepremie en doorsnee-

opbouw en is daarmee bevorderlijk voor een solidariteitsevenwicht. De combinatie van doorsneepremie en degressieve opbouw draagt bij aan een meer symmetrische verdeling van goede en kwade kansen tussen generaties.<sup>66</sup> Zij faciliteert de arbeidsmobiliteit en het ontstaan van flexibele arbeidsrelaties. Mogelijk nadeel voor jongeren die later instromen, is dat zij de hoogste pensioenopbouw missen en dan normaliter het laagste pensioengevend salaris hebben. Uitgangspunt lijkt ons dat de pensioenaanspraken er per saldo niet op achteruit moeten gaan.

Ouderen kunnen zich op het standpunt stellen dat de combinatie leidt tot een ongelijke beloning, aangezien hun pensioenopbouw minder is dan de opbouw van jongeren. Dit beroep snijdt echter geen hout omdat hun pensioenopbouw de juiste reflectie vormt van de prijs die zij voor hun opbouw betalen. In termen van economische waarde krijgt de oudere waar voor zijn geld.

### 3.5.2 *Passend?*

De combinatie van doorsneepremie en degressieve opbouw kan, afhankelijk van de uitwerking, worden beschouwd als een passend middel. Een nadeel is dat zij niet bijdraagt aan het verkrijgen van een adequaat pensioen op latere leeftijd, waar het pensioengevend salaris normaliter het hoogst is. Degene die op latere leeftijd aanvangt met pensioenopbouw, heeft op jongere leeftijd andere mogelijkheden kunnen benutten tot vermogensvorming.

<sup>66</sup> Vgl. Van Ewijk en Teulings (2007), p. 9. Zij spreken over een "fundamentele asymmetrie": de onzekerheid dat een volgende generatie het sociaal (?) contract beëindigt. De kans daarop is groot als zij een last uit het verleden te dragen krijgt of als zij voordeel kan putten uit contractbeëindiging.

### 3.5.3 *Noodzakelijk?*

Is de doorsneepremie en degressieve opbouw noodzakelijk en proportioneel? Als de economische werkelijkheid moet prevaleren, is er het alternatief van de leeftijdsafhankelijke premie. Aan dit alternatief kleven echter nadelen. Het is een proportioneel middel om recht te doen aan het economische beginsel dat een kostprijs moet worden betaald voor de gerealiseerde pensioenbouw door diegene die daarvan profiteert. Gelijktijdig moet er voor worden gewaakt dat de doorsneepremie en degressieve opbouw leiden tot disproportionele schade voor de generatie voor wie jarenlang teveel premie is betaald voor zijn pensioenopbouw. Dit vereist dat er compensatie wordt geboden. Wij komen daarop terug in hoofdstuk 4.

### 3.6 **Het gewicht van collectieve afspraken**

Uit het arrest Royal Copenhagen<sup>67</sup> van het Hof van Justitie EG en meer recente rechtspraak<sup>68</sup> volgt dat het collectief karakter en een groot maatschappelijk draagvlak van een afspraak met betrekking tot ouderdomspensioen kan leiden tot een terughoudende (marginale) toetsing, ook als er sprake is van onderscheid op basis van leeftijd. Wel gelden de voorwaarden dat de betrokken maatregel, hoewel gebaseerd op de leeftijd, in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid, en dat de ingezette middelen passend en noodzakelijk zijn. College en rechter zijn evenwel niet gehouden tot marginale toetsing.<sup>69</sup>

67 HvJ EU 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Royal Copenhagen).

68 HvJ EG 22 december 2005, JAR 2005, 289 (Mangold), HvJ EU 16 oktober 2007, NJ 2008, 38 (Palacios).

69 HR 13 juli 2012, NJ 2012, 527 (KLM); HvJ EU 12 oktober 2010, NJ 2011, 2 (Rosenblatt); HvJ EU 16 oktober 2007, NJ 2008, 38 (Palacios)

De beschermingsgedachte wordt ondersteund door het argument dat het uitruilen van een hogere premie nu voor een hoger pensioen later mee mag wegen. Bij 'premiegelijkheid' krijgen oudere werknemers een lagere pensioenwaarde. Bij 'premieverschil' nu ontstaat gelijke pensioenwaarde later. Dat lijkt te passen in het beloningsbegrip van artikel 157 lid 2 EU-Verdrag. De pensioenwaarde wordt dan uitgelegd als beloningsonderdeel: een voordeel in geld dat de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt. Zo dit argument de ongelijke beloning al niet wegneemt, lijkt het ons een objectieve rechtvaardiging sneller aanvaardbaar te maken.<sup>70</sup> Bij introductie van degressieve opbouw of progressieve premies is een onderbouwing tijdens de parlementaire behandeling van belang om de objectieve rechtvaardiging vorm te geven.

<sup>70</sup> Heemskerk (2013), p. 482 e.v.

## **4. Overgangsproblematiek**

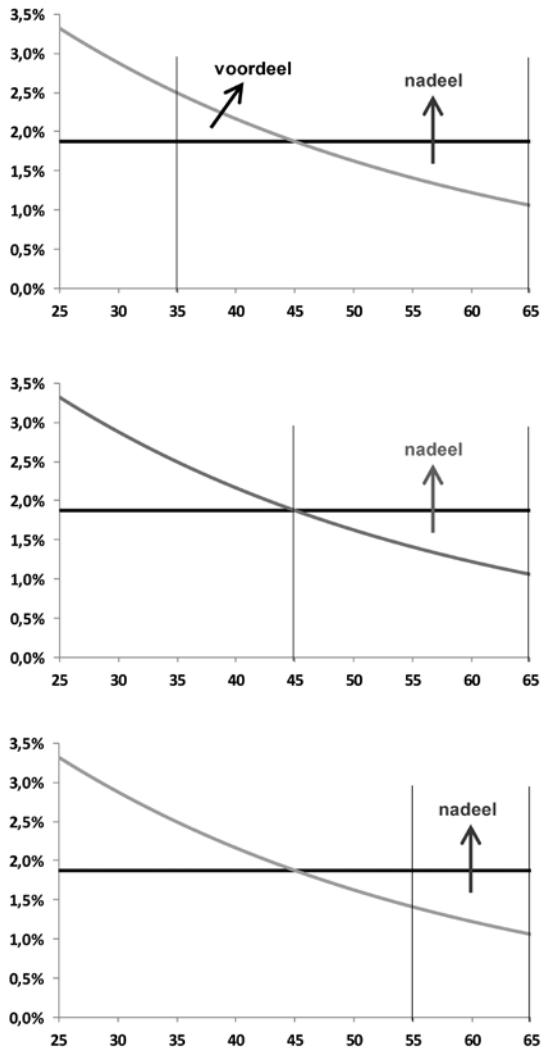
### **4.1 Inleiding**

Leeftijdsafhankelijke pensioenpremie of leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw leidt tot aanpassingen in toekomstige pensioenpremies en/of pensioenaanspraken. Die hebben impact op verscheidene leeftijdscohorten. Om te voorkomen dat die tot indirecte leeftijdsdiscriminatie leidt, kan er compensatie worden geboden. In dit hoofdstuk behandelen we allereerst de aandachtspunten en oplossingsrichtingen bij een overstap op degressieve opbouw (paragrafen 4.2 t/m 4.8). Deze zijn in grote lijnen dezelfde als bij een overstap op progressieve premie. Er zijn echter enkele specifieke verschillen die wij bespreken in paragraaf 4.9. Compensatie kan leiden tot fiscaal bovenmatige opbouw (Witteveenkader). De fiscale problematiek laten wij echter buiten beschouwing.

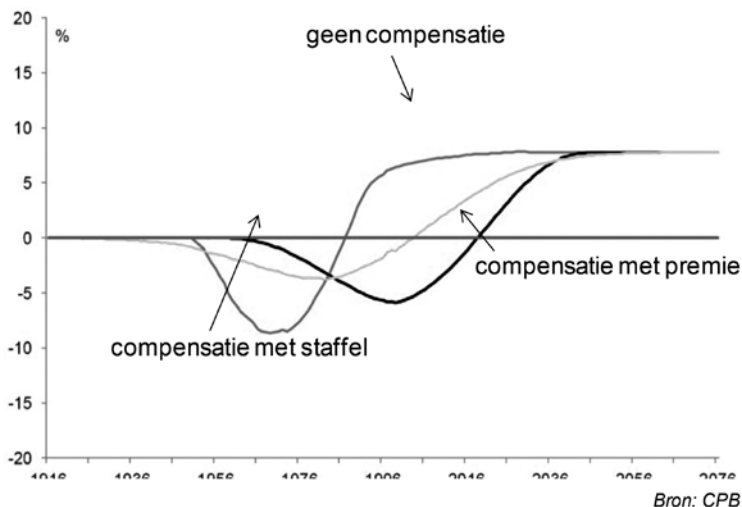
### **4.2 Impact op de verschillende leeftijdscohorten**

#### *4.2.1 Zittende deelnemers ondervinden nadeel*

Denkbaar is dat een pensioenregeling 'van de ene op de andere dag' wordt gewijzigd, waarbij wordt overgestapt van de huidige doorsneesystematiek op een systeem met degressieve opbouw. In dat geval ondervinden alle werknemers die op het moment van overgang deelnemen, nadeel. Na de overstap bouwen zij minder pensioenaanspraken op dan waarmee (en waarop) zij onder het huidige doorsneesysteem konden rekenen. Dat geldt voor alle zittende deelnemers, jong en oud, maar de impact is het grootst voor de deelnemers die een leeftijd op of rond 45 jaar hebben. Zie figuur 3.



*Figuur 3: alle zittende deelnemers ondervinden per saldo nadeel van een abrupte overgang van het doorsneesysteem op een systeem met degressieve pensioenopbouw. Deze figuur toont de impact voor een 35-jarige, een 45-jarige en een 55-jarige.*



*Figuur 4: de totale impact (uitgedrukt in percentage misgelopen pensioenopbouw) van een abrupte overgang van het doorsnee-systeem op een systeem met degressieve pensioenopbouw.*

#### 4.2.2 Nieuwe toetreders ondervinden voordeel

Als we overstappen van het huidige doorsneesysteem naar een systeem met degressieve opbouw, dan bouwen de nieuwe toetreders bij gelijkblijvende premie zo'n 8 procent meer op tijdens hun werkzame leven.<sup>71</sup> De nieuwe toetreders hebben dus profijt van een overgang op degressieve pensioenopbouw. Zie de blauwe lijn ('geen compensatie') in figuur 4. Deze lijn laat tevens zien wat we in de vorige paragraaf hebben getoond: namelijk dat de zittende generaties, met een geboortjaar tussen grofweg 1950 en 1985, per saldo financieel nadeel ondervinden van de overstap op degressieve opbouw.

71 CPB 2013.

### 4.2.3 *Impliciete schuld*

Het CPB noemt de totale som van al dit financiële nadeel “de impliciete schuld in het doorsneesysteem” en becijfert deze voor alle Nederlandse pensioenfondsen tezamen op circa EUR 100 miljard. Bij een overgang op degressieve opbouw lijkt het billijk om de deelnemers die financieel nadeel ondervinden een compensatie te geven. Die compensatie kan worden gefinancierd via extra premie (zie figuur 4, rode lijn, ‘compensatie met premie’), door een korting op toekomstige indexering (zie figuur 4, groene lijn, ‘compensatie met staffel’) of door een combinatie van beide. Afhankelijk van deze keuzes zal de impliciete schuld worden verdeeld over de huidige en toekomstige generaties.

## 4.3 **Compensatie**

De beëindiging van de doorsneesystematiek en de introductie van degressieve opbouw leiden ertoe dat de ene generatie meer pensioen opbouwt dan de andere. Als dat indirect leeftijdsonderscheid tot gevolg heeft – ontstaan door invoering vanaf een bepaalde peildatum – is een objectieve rechtvaardiging vereist. Het bieden van een gelijkwaardig adequaat pensioen met versterking van solidariteit lijkt ons een legitiem doel. Dat doel is mogelijk niet passend zonder compensatie die ontstaat door de overgangsproblematiek. Daardoor ontstaan immers grote solidariteitsverschillen. Die verschillen mogen evenmin disproportioneel zijn om strijdigheid met het verbod van leeftijdsdiscriminatie te voorkomen.

Om het risico van leeftijdsdiscriminatie te verkleinen, is een vorm van pensioencompensatie wenselijk. Bij uitblijven daarvan kan een oudere werknemer zich op het standpunt stellen dat hij wordt gediscrimineerd. Hij kan redeneren dat hij onevenredig nadeel ondervindt aangezien de door hem gekoesterde gerecht-



vaardigde verwachting niet wordt gehonoreerd, hoewel er een alternatief is (compensatie) waarbij hij minder nadeel ondervindt.

#### **4.4 Hoe bepalen we de compensatie voor de zittende actieven?**

De compensatie voor de actieve deelnemers kan bestaan uit extra pensioenaanspraken, toe te kennen op of na het moment van de overstap op het nieuwe systeem. Hieronder wordt beschreven hoe de hoogte van die compensatie bepaald kan worden. In theorie kunnen we langs twee lijnen redeneren:

- Retrospectieve methode: we kijken voor iedere huidige actieve terug en bepalen hoeveel extra pensioenaanspraken hij in het verleden, vanaf het begin van zijn werkzame leven, zou hebben opgebouwd als hij geen doorsneeopbouw, maar degressieve opbouw had gekregen. Die extra pensioenaanspraken krijgt hij nu alsnog, ter compensatie van de overstap.
- Prospectieve methode: we kijken voor iedere huidige actieve vooruit en bepalen hoeveel extra rechten hij zou opbouwen als de overstap naar degressieve opbouw niet zou worden gemaakt, maar er tot het einde van zijn werkzame leven sprake zou blijven van doorsneeopbouw. Die extra rechten krijgt hij nu, ter compensatie van de overstap.

In de praktijk is de retrospectieve methode om twee redenen lastig toe te passen. Ten eerste is het voor veel pensioenuitvoerders nagenoeg ondoenlijk om met terugwerkende kracht te reconstrueren hoeveel rechten iedere deelnemer zou hebben opgebouwd als in het verleden sprake zou zijn geweest van een systeem met degressieve opbouw. Ten tweede druist het in tegen de gedachte achter de verschillende regelingswijzigingen uit het

verleden en de versoberingen van het Witteveenkader. We gaan daarom uit van de prospectieve methode.

#### **4.5 Prospectieve methode**

We bepalen in eerste instantie het maximale compensatiebedrag; wij gaan ervan uit dat iedere deelnemer een 'extra' pensioen-aanspraak wordt toegekend die gelijk is aan het maximale verschil tussen de situatie waarin hij tot de pensioendatum opbouwt onder (i) het doorsneesysteem en (ii) onder een systeem met degressieve opbouw, ongeacht de vraag of hij in de toekomst daadwerkelijk doorwerkt tot aan zijn pensioendatum. Figuur 3 illustreert hoe dat uitpakt voor een 35-jarige, een 45-jarige en een 55-jarige.

De 35-jarige heeft in de eerste jaren voordeel van de overstap op degressieve opbouw: het degressieve opbouwpercentage is tot ongeveer zijn 45e immers hoger dan het doorsneeopbouwpercentage. Van zijn 45e tot aan de pensioendatum heeft hij nadeel van de overstap, omdat het degressieve opbouwpercentage dan lager is dan het doorsneeopbouwpercentage. Het nadeel, de misgelopen rechten, is groter dan het voordeel, de extra rechten. Het maximale compensatierecht is gelijk aan het verschil tussen het nadeel en het voordeel.

Voor de 45-jarige en de 55-jarige zien we dat zij qua pensioenopbouw alleen maar nadeel hebben van de overstap op degressieve opbouw. Voor hen is de compensatie dus gelijk aan de grootte van het nadeel.

We zien dat in principe iedere actieve deelnemer recht heeft op een compensatie. Iedere actieve deelnemer merkt in zijn toekomstige opbouw dat het doorsneesysteem wordt vervangen door degressieve opbouw. De impact is het grootst voor de deelnemers rond leeftijd 45. De impact is het kleinst

voor deelnemers rond leeftijd 25 en deelnemers die bijna met pensioen gaan. De deelnemers rond leeftijd 45 zullen dus de meeste compensatie ontvangen. De deelnemers rond leeftijd 25 en de deelnemers die bijna met pensioen gaan, de minste.

Als we iedere actieve deelnemer binnen de pensioenfondsen met een doorsneesysteem op deze wijze compenseren, krijgt iedere deelnemer na overstap op degressieve opbouw dezelfde pensioenaanspraken als hij maximaal onder het doorsneesysteem zou hebben gekregen. De huidige actieve deelnemers ondervinden dan qua pensioenaanspraken geen nadeel van de overstap.

Hieronder bespreken we drie vragen die samenhangen met deze manier van compenseren:

- a) Is het nodig iedere deelnemer volledig te compenseren? Er zijn immers deelnemers die niet door zullen werken tot aan hun pensioendatum.
- b) Alleen de huidige actieve deelnemers krijgen compensatie; is dat terecht?
- c) Hoe/door wie wordt het bedrag gefinancierd dat met de compensatie is gemoeid?

#### **4.6 Ad (a): Is het nodig iedere deelnemer volledig te compenseren?**

Niet alle deelnemers zullen tot aan hun pensioenleeftijd blijven werken. De een zal op vrijwillige basis eerder uittreden, een ander wordt werkloos; sommigen gaan werken bij een werkgever die geen pensioenvoorziening biedt. Er zijn regels nodig om de schade van eenieder vast te stellen en te bepalen welke compensatie billijk is. Er moet worden gewaakt voor overcompensatie. Hier kunnen we op drie manieren mee omgaan:

- (i) De compensatie wordt niet in zijn geheel toegekend op het moment van overstap, maar wordt in porties toegekend. Ieder jaar dat de deelnemer nog in dienst is, krijgt hij een deel, zodat hij alleen datgene gecompenseerd krijgt wat hij ook daadwerkelijk zou missen.
- (ii) Er wordt, op basis van waarnemingen uit het verleden, een inschatting gemaakt van de kans dat een gemiddelde deelnemer eerder dan zijn pensioenleeftijd uittreedt. Het feitelijk op het moment van overstap toe te kennen compensatierecht wordt berekend als het maximale compensatierecht, gecorrigeerd voor die bewuste kans. Met andere woorden: iedere deelnemer krijgt, ongeacht zijn individuele toekomstige loopbaan, een neerwaartse correctie op de maximale compensatie die correspondeert met de verwachte toekomstige loopbaan van de gemiddelde deelnemer.
- (iii) We accepteren simpelweg dat er deelnemers zijn die overgecompenseerd worden.

Optie (i) heeft als nadeel dat de transitielast een lange periode zal gaan bestrijken. Immers, de huidige 25-plusser zal maximaal nog tot aan zijn pensioendatum porties compensatie ontvangen. Voor deelnemers jonger dan 45 jaar [zeg: leeftijd 35] betekent dit bovendien dat er een langlopende administratie moet worden bijgehouden. Zo'n deelnemer krijgt immers de eerste 10 jaren degressieve opbouw méér opbouw en heeft dus voordeel. Vanaf zijn 45e gaat hij juist minder opbouwen en lijdt hij dus nadeel. Na nog eens ongeveer 10 jaren komt het punt waarop het voordeel en nadeel aan elkaar gelijk zijn. Pas vanaf dat moment gaat deze deelnemer jaarlijks tot aan pensioendatum zijn compensatierecht krijgen.

Optie (ii) heeft als nadeel dat er zowel deelnemers zijn die overgecompenseerd worden (namelijk diegenen die eerder uittreden dan de gemiddelde deelnemer) als deelnemers die ondergecompenseerd worden (namelijk diegenen die later uittreden dan de gemiddelde deelnemer). Dat kan tot onvrede leiden, met alle (juridische) risico's van dien.

Optie (iii) heeft als nadeel dat hij duurder is dan strikt noodzakelijk. Voor alle Nederlandse pensioenfondsen tezamen komt deze optie neer op een compensatielast van circa 100 miljard euro.

#### **4.7 Ad (b): Is het terecht dat alleen de huidige actieven compensatie krijgen?**

Er zijn (zeer waarschijnlijk) mensen die in het verleden werknemer zijn geweest en pensioen hebben opgebouwd onder het doorsneesysteem en dat laatste nu (tijdelijk) niet doen, bijvoorbeeld omdat zij (tijdelijk) niet werken of elders werken en bij hun nieuwe werkgever geen pensioen opbouwen. Als deze deelnemers na de overstap op degressieve opbouw herintreden en pensioen op gaan bouwen volgens het degressieve opbouwsysteem, ondervinden zij net zo goed nadeel van de overstap op degressieve opbouw.

Deze groep mensen zou in aanmerking komen voor compensatie. Dat wordt administratief een langlopende aangelegenheid: het zou betekenen dat pensioenuitvoerders de komende 40 jaar voor iedere persoon die na de overstap op degressieve opbouw in dienst treedt, moet nagaan of hij op basis van zijn eerdere werkzame leven wel of geen recht heeft op compensatie. Een tweede groep die aandacht verdient zijn de deelnemers in een premieovereenkomst. Deze bouwen volgens de huidige regelgeving pensioen op via een progressieve premiestaffel.

Stel dat alle fondsen met een uitkeringsovereenkomst van het doorsneesysteem overstappen op een systeem met degressieve opbouw in combinatie met een leeftijdsonafhankelijke premie.<sup>72</sup> In dat geval zullen fondsen die een premieovereenkomst uitvoeren dat ook moeten doen. Gebeurt dat niet, dan krijgen we in de toekomst alsnog onevenwichtigheden als deelnemers overstappen van een uitkeringsovereenkomst naar een premieovereenkomst of andersom. In dat geval blijven we zitten met het arbeidsmarktprobleem dat we met de overstap op degressieve opbouw juist wilden oplossen.

Maar als de fondsen die een premieovereenkomst uitvoeren, overstappen van een progressieve premie op een leeftijdsonafhankelijke premie, benadelen we de huidige actieve deelnemers in die fondsen eveneens. Neem als voorbeeld een 45-jarige. Die zou in de tweede helft van zijn carrière zijn pensioenkapitaal opbouwen via een steeds hoger wordende premie. Maar door de overstap op een leeftijdsonafhankelijke premie legt hij in de tweede helft van zijn carrière aanzienlijk minder premie in, waardoor zijn kapitaal minder hard groeit en zijn uiteindelijke pensioen lager uitvalt.

In de discussie over het loslaten van het doorsneesysteem ligt de focus eenzijdig op de uitkeringsovereenkomst. Als we nadenken over beëindiging van de doorsneesystematiek moeten we echter niet uit het oog verliezen dat voor deelnemers in een premieovereenkomst een vergelijkbaar overgangsprobleem speelt.

#### **4.8 Ad (c): Hoe wordt het compensatiebedrag gefinancierd?**

De compensatie wordt dus gerelateerd aan de pensioenaanspraak. De vraag is wie de compensatie zou moeten financieren.

<sup>72</sup> Eventueel noodzakelijke wijzigingen in de fiscale pensioenwetgeving laten wij hier buiten beschouwing, evenals budgettaire gevolgen.

We zien twee mogelijkheden:

- De betreffende pensioenfondsen zelf en sociale partners;
- De overheid c.q. de (toekomstige) belastingbetaler.

We bespreken beide opties en hun consequenties in de volgende sub-paragrafen.

#### *4.8.1 De pensioenfondsen c.q. de sociale partners financieren de compensatie.*

In dat geval zullen er knopen doorgehakt moeten worden op de reeds genoemde punten:

- (1) Is er sprake van het toekennen van een volledig compensatierecht ineens, op het moment van de overstap en zo ja, is er dan sprake van maximale compensatie of wordt er rekening gehouden met de kans op eerder uittreden? Of is er sprake van een geleidelijke toekenning van het compensatierecht? Dit is dus een afweging tussen een zeer korte transitieperiode met een forse en onmiddellijke stijging van de pensioenverplichtingen [landelijk circa 10 procent] enerzijds en een lange en administratief intensieve transitieperiode [zo'n 40 jaar] met een geleidelijk in de tijd verspreide stijging van de pensioenverplichtingen anderzijds.
- (2) Hoe om te gaan met nieuwe toetreders? Als onder 1 is gekozen voor toekenning ineens, dan gaat het issue van de herintreders na het moment van overstap op degressieve opbouw zoals hiervoor reeds beschreven, spelen. De korte transitieperiode wordt dan alsnog een lange. Als onder 1 is gekozen voor geleidelijke toekenning, dan is zonder meer sprake van een lange transitieperiode.

- (3) Hoe wordt de compensatie gefinancierd? De compensatierechten hebben tot gevolg dat de verplichtingen van het fonds stijgen; daardoor daalt de dekkingsgraad. Als onder 1 is gekozen voor toekenning *ineens*, bedraagt de onmiddellijke dekkingsgraadval circa 10 procent. Dat betekent dat de indexatievooruitzichten de komende jaren verder verslechteren en de kans op nominale kortingen toeneemt. Dit kan deels worden opgevangen via de premievrijval aan werkgevers- en werknemerszijde. Volgens het CPB zijn de premiekosten onder degressieve opbouw ongeveer 8 procent lager dan onder het doorsneesysteem. Als de feitelijke premie niet wordt aangepast valt er dus ieder jaar zo'n 8 procent van de ingelegde premie vrij. Die kan worden gebruikt om de dekkingsgraadval van circa 10 procent te verlichten. We weten echter dat het premie-instrument vanwege vergrijzing en bestandsrijping bot is. Daarmee kunnen we op korte termijn de dekkingsgraadpijn niet verlichten. Als onder 1 is gekozen voor *geleidelijke* toekenning, zal de dekkingsgraad ieder jaar marginaal afnemen. In dat geval is de impact op de indexering op korte termijn minder groot, maar de dekkingsgraaddalingen werken wel gedurende lange tijd (maximaal 40 jaar] door.
- (4) Onder punt 3 worden alleen fondsen met een uitkeringsovereenkomst beschouwd. Binnen deze fondsen is het mogelijk om de kosten van de compensatie over het gehele (toekomstige) collectief van deelnemers te verdelen, via verminderde indexering en een hogere dan kostendekkende premie. Voor de uitvoerders van een premieovereenkomst is dit een nauwelijks begaanbare weg. Toch zullen we voor deze fondsen ook een oplossing moeten vinden.



We merken op dat de hierboven beschreven knopen bij voorkeur op centraal niveau worden doorgehakt, zodat alle fondsen in Nederland op dezelfde manier handelen. Gebeurt dat niet en hanteren de verschillende fondsen ieder een eigen 'compensatie-route', dan kunnen er alsnog onevenwichtigheden optreden op het moment dat een deelnemer van baan wisselt en overstapt op een nieuw pensioenfonds.

#### *4.8.2 De overheid financiert de compensatie.*

Denkbaar is dat de overheid de compensatie op zich neemt. Hij kan aan diegenen die de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet hebben bereikt, de komende jaren extra arbeidsgerelateerde pensioenaanspraken toekennen binnen de eerste pijler.<sup>73</sup> De hoogte van de extra aanspraak zou gelijk moeten zijn aan de pensioenaanspraken die de deelnemer in de tweede pijler misloopt vanwege de overstap op degressieve opbouw.

Deze route kent uiteraard dezelfde lange transitiehorizon en dezelfde administratieve lasten als hierboven beschreven. Voordeel van deze route is dat de dekkingsgraden van de fondsen op peil blijven, dat de centrale regie automatisch geregeld is en dat er meteen een oplossing wordt geboden voor de beschreven problematiek rond de premieovereenkomst. Nadeel is dat de kosten bij alle belastingbetalers komen te liggen – ook bij diegenen die nu geen pensioen opbouwen volgens het doorsnee-systeem. Bovendien verschuift de greep op de arbeidsvoorwaarde pensioen van sociale partners naar de overheid. Dit roept vragen op rond bevoegdheden en verantwoordelijkheden, zoals een mogelijke inbreuk op de vrijheid van collectieve onderhandelingen zoals vastgelegd in ILO-verdrag 98.

73 Zie bijvoorbeeld Bovenberg (2014).

#### 4.9 Progressieve premie

Progressieve premie is een alternatief voor de overstap op degressieve opbouw. Dit alternatief heeft dezelfde impact op de leeftijdscohorten (zie de blauwe lijn, "geen compensatie" in figuur 4). Voor deelnemers die 45 jaar oud zijn, geldt vanaf de overstap immers een hogere premie. Zij ondervinden hinder van de overstap. Voor een 55-jarige geldt hetzelfde, zij het in mindere mate; hij heeft immers minder lang 'last' van die hogere premie. Een 35-jarige betaalt de eerste 10 jaren juist een lagere premie dan onder het doorsneesysteem, maar zal vanaf leeftijd 45 tot pensioenigingang een hogere premie betalen. Per saldo betaalt deze 35-jarige over zijn gehele resterende werkzame leven onder het systeem van progressieve premie meer premie dan onder het doorsneesysteem. Daarbij gaan wij er van uit dat de werkgeversbijdrage en de werknemersbijdrage beide ten goede komen aan de pensioenopbouw van de werknemer.

Voor een overstap op progressieve premie gelden derhalve vergelijkbare overgangsproblemen als voor de overstap op degressieve opbouw. Voor jongeren is teveel premie betaald in het licht van de (actuariële) aanspraken die zij verkrijgen. De compensatie zal echter niet bestaan uit extra pensioen-aanspraken, maar uit premieteruggave. Daarmee lijkt een compensatie ineens praktisch onmogelijk. Dat zou immers betekenen dat een 45-jarige bij de overstap op het nieuwe systeem tienduizenden euro's ontvangt, ter compensatie van de hogere toekomstige premielasten. Dat lijkt maatschappelijk onwenselijk en past niet bij de filosofie achter verplicht pensioensparen, namelijk de financiële bijziendheid van de gemiddelde mens. Bij een overstap op progressieve premie zal dus eveneens sprake zijn van een lang transitietraject.

De overstap op progressieve premie betekent dat in de uitkeringsovereenkomst en de premieovereenkomst volgens dezelfde systematiek pensioen wordt opgebouwd. Dit heeft als voordeel dat er voor de premieovereenkomst waarschijnlijk amper aanvullende maatregelen nodig zijn. Bij een overstap op degressieve opbouw is dat wel het geval.<sup>74</sup>

Bij een overstap op progressieve premie vormt de in paragraaf 4.8.2 beschreven route van compensatie via de eerste pijler geen passende oplossingsrichting. Het gaat bij overstap op progressieve premie immers niet om het compenseren van misgelopen aanspraken, maar om het compenseren van de hogere premiepercentages.

#### **4.10 Resumerend**

Het is duidelijk dat de compensatie leidt tot hoofdbrekens. Dat is temeer het geval als we een volledige compensatie willen toekennen die op het niveau van de individuele aanspraakgerechtigde 'mathematisch' juist is. Het valt niet uit te sluiten dat we daarmee de deur openen naar mogelijk oeverloze discussies over berekeningsmethodieken en geschillenbeslechting. Dan komt de vraag op of ook hier geldt dat 'het betere' de vijand van 'het goede' is. Tegen die achtergrond moeten wij misschien de voorkeur geven aan eenvoudig toepasbare 'communicabele' vuistregels die leiden tot een voor eenieder *grasso modo* aanvaardbaar resultaat. Als we daarvoor kiezen zou ook de retrospectieve methode (alsnog) acceptabel kunnen zijn. Dit lijkt ons een onderwerp voor het vervolg van het debat.

<sup>74</sup> Zie paragraaf 4.8.1.

## 5. Solidariteitsgehalte en Verplichtstelling

### 5.1 Inleiding

Wij gaan er in deze paper vanuit dat het wenselijk is de verplichtstelling te handhaven. De verplichtstelling levert een aantal voordelen op. Zij bewerkstelligt een hoge participatiegraad en een pensioenverzekering is voor nagenoeg eenieder beschikbaar tegen aantrekkelijke financiële voorwaarden. Zij stelt een pensioenfonds in staat om zijn rol als lange-termijnbelegger te vervullen.<sup>75</sup> Die verplichte deelneming voorkomt verschillende vormen van marktfalen zoals *adverse selection* in de markt voor levensverzekeringen.<sup>76</sup> Daarnaast heeft ook de risicodeling tussen generaties te gelden als een voordeel.

In dit hoofdstuk bespreken wij de vraag welke solidariteitskenmerken de verplichtstelling kunnen rechtvaardigen. Wij analyseren de mogelijkheden om de doorsneesystematiek te beëindigen zonder dat de verplichtstelling in strijd komt met het Europees mededingingsrecht.

### 5.2 Verplichtstelling

#### 5.2.1 Kabinetsstandpunt

In het verleden heeft het kabinet aangevoerd dat de verplichtstelling verdedigbaar is omdat de sociale functie voorop staat en er dus een stevige mate van solidariteit wordt gegeneerd. Om risico's te vermijden, acht het kabinet het noodzakelijk om bij de

<sup>75</sup> Het pensioenfonds kan beleggen in illiquide assets, kan conjuncturele tegenslagen overbruggen en het kan fungeren als risiconemer in tijden van financiële crises, hetgeen ten goede komt aan systeemstabiliteit.

<sup>76</sup> Degene die iets te verbergen heeft en daarom baat denkt te hebben bij een verzekering, verzekert zich. Degene die zich niet bewust is van enig risico, verzekert zich niet. Het gevolg daarvan is dat de verzekeraar vooral wordt opgescheept met 'slechte' risico's.

collectieve basisregeling van verplichtgestelde bedrijfspensioenfondsen in ieder geval de voorwaarde van de doorsneepremie te hanteren:<sup>77</sup>

*“Naar de mening van het kabinet is deze beperking van de marktwerking in de tweede pijler te rechtvaardigen wanneer in de bedrijfstakpensioenfondsen 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 kabinet acht de verplichtstelling verdedigbaar indien wettelijk wordt vastgelegd dat bij de vaststelling van de bijdrage in de collectieve regeling(en) van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds sprake moet zijn van een doorsneepremie.”<sup>78</sup>*

### 5.2.2 Jurisprudentie en mededinging

Het HvJ EU heeft de verplichtstelling van pensioenregelingen voor de hele bedrijfstak als inbreuk op het Europese mededingingsrecht aanvaard wegens de sociale functie van pensioenfondsen en de bedrijfstakbrede solidariteit.<sup>79</sup> Belangrijk daarbij was de hoge mate van solidariteit, die mede tot uitdrukking kwam in de doorsneepremie, en de sociale functie die verplichte bedrijfstakpensioenfondsen vervullen (zie hoofdstuk 3).

Dat doet de vraag rijzen of de verplichtstelling nog te verenigen valt met het Europees mededingingsrecht wanneer de doorsneesystematiek wordt losgelaten.<sup>80</sup> Het loslaten van de combinatie

77 Kamerstukken II 1998–1999, 26537, nr. 1, p. 5; brief van staatssecretaris Hoogervorst van SZW van 10 mei 1999.

78 Kamerstukken II 2000–01, 27073, nr. 3, p. 3.

79 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (Albany), Jur. 1999, I-5751; HvJ EG 21 september 1999, C-115/97, C-116/97 en C-117/97 (Brentjens), Jur. 1999, I-6025; HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233, PJ 1999, 94, m.nt. De Lange (Drijvende Bokken); Kamerstukken II 1999–2000, 27 073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

80 Van der Poel (2013).

van doorsneepremie en doorsneeopbouw kan de verplichtstelling in gevaar brengen. Daarbij merken wij op dat bij degressieve opbouw de doorsneepremie gehandhaafd kan blijven. Het HvJ EU heeft het in genoemde arresten niet uitgesproken over de doorsneesystematiek waarbij doorsneepremie gekoppeld is aan doorsneeopbouw maar zich beperkt tot de doorsneepremie als één van de solidariteitselementen. Daarnaast is een aantal andere solidariteitselementen genoemd, zoals de acceptatieplicht zonder keuring, pvi, ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico's. Recente jurisprudentie van het HvJ EG biedt mogelijk ruimte om de noodzaak van de doorsneepremie en doorsneeopbouw te heroverwegen. Het AG2R-arrest van het HvJ EU uit 2011<sup>81</sup> ging over een verplichte zorgkostenverzekering in een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao in Frankrijk. Dat verplichte karakter was volgens het HvJ EU gerechtvaardigd, mede omdat de regeling:

*“wordt gekenmerkt door een hoge graad van solidariteit als gevolg van met name het forfaitaire karakter van de bijdragen en de verplichting om alle risico's te aanvaarden”<sup>82</sup>*

Het Hof benadrukt dat zonder het verplichtend karakter verzekerden 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. Voorts werd betekenis toegekend aan het gegeven dat de verhouding tussen premieniveau en de dekking (uitkering) niet

81 HvJ EU 3 maart 2011, PJ 2011, 57 (AG2R).

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

evenredig waren en dat in sommige gevallen prestaties werden verricht zonder dat daarvoor premies waren betaald.

### **5.3 Beëindiging doorsneesystematiek: waarborgen solidariteit**

De beëindiging van de doorsneesystematiek betekent een wijziging in de solidariteitsverhoudingen. Bij degressieve opbouw blijft de doorsneepremie bestaan. Bovendien lijkt het ons gelet op de jurisprudentie van het HvJ EU verdedigbaar dat het loslaten van de combinatie (gelijke pensioenopbouw en gelijke pensioenpremie) juist *bijdraagt* aan het behoud van de sociale functie van het pensioenstelsel, de toekomstbestendigheid daarvan en de solidariteitsverhoudingen, mits goed onderbouwd.<sup>83</sup> Omgekeerd lijkt het ons moeilijk voorstelbaar dat het streven naar een economische verhouding tussen pensioenpremie en opbouw zou worden belemmerd met een beroep op solidariteit. De pensioenpremie dan wel de pensioenopbouw wordt juist leeftijdsafhankelijk gemaakt om het elastiek van de solidariteit niet te laten breken.<sup>84</sup> Vanzelfsprekend dient dat in de parlementaire behandeling goed te worden onderbouwd.

### **5.4 De solidariteitselementen**

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de inbreuk op het Europese mededingingsrecht mede is gerechtvaardigd door de hoge mate van solidariteit. Dat betekent dat bij wijziging van de doorsneesystematiek het goed is om die hoge solidariteitsgraad economisch en juridisch te onderbouwen. Zonder uitvoerig daarop in te gaan, maken wij onderscheid tussen verplichte en vrijwillige solidariteitselementen, uitgaande van een pensioenre-

<sup>83</sup> Heemskerk (2013a).

<sup>84</sup> Vgl. Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus (2006).

geling waarin een ouderdoms-, partner- en arbeidsongeschiktheidspensioen is verzekerd.

#### 5.4.1 *Verplichte solidariteitselementen*

- (a) Langlevenrisico wordt gedeeld, zowel micro als macro;
- (b) Kortlevenrisico wordt gedeeld;
- (c) Arbeidsongeschiktheidsrisico wordt gedeeld;
- (d) Acceptatieplicht;
  - Geen onderscheid man/vrouw;
  - Geen onderscheid hoog/laag opgeleid;
  - Geen onderscheid gezond/ongezond.

#### 5.4.2 *Vrijwillige solidariteitselementen*

- (a) De mogelijkheid tot premievrije opbouw van ouderdoms- pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid;
- (b) De mogelijkheid tot voortzetting van pensioenopbouw in geval van faillissement van de werkgever;
- (c) De mogelijkheid tot collectieve buffervorming;
- (d) de mogelijkheid om een pensioenregeling te brengen onder het verbod op ringfencing van artikel 123 PW. Daarmee vormt zij één financieel geheel met de andere regelingen die een pensioenfonds uitvoert.<sup>85</sup>
- (e) De mogelijkheid tot het intergenerationeel delen (uitsmeren) van financiële schokken (zowel positieve als negatieve) om de tegenstelling tussen pech- en gelukgeneraties te dempen.
- (f) De mogelijkheid tot het delen van risico's die niet op de markt verhandelbaar zijn (macro langlevens, inflatie).

<sup>85</sup> Dit kenmerk kan naar ons inzien niet als een essentiale worden beschouwd. Ware dat wel het geval, dan zou een pensioenfonds dat één pensioenregeling uitvoert gebrekkig zijn vanuit solidariteitsoptiek. Overigens menen wij dat het verbod op ringfencing ook om andere redenen moet worden afgeschaft, vgl. Maatman (2014a).



### **5.5 Alternatieven voldoen aan solidariteitsessentialia**

Er blijven ook na het loslaten van de doorsneepremie dan wel doorsneeopbouw voldoende solidariteitselementen in de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De door ons voorgestelde systemen van progressieve premie respectievelijk doorsneepremie en degressieve opbouw worden gekenmerkt door de hierboven genoemde solidariteitsessentialia. Wij achten het goed verdedigbaar dat deelneming aan een pensioenregeling die door deze solidariteitsessentialia wordt gekenmerkt, door de wetgever verplicht wordt gesteld.<sup>86</sup>

<sup>86</sup> In gelijke zin Van Gelder en Lewin (2013). De regering is eveneens van mening dat zonder de doorsneepremie in een pensioenregeling voldoende solidariteitskenmerken resteren om de verplichtstelling te rechtvaardigen, Kamerstukken II, 2013/14, 33863, nr. 30 en Handelingen II, 3 juli 2014, p. 102–11–4.

## 6. Conclusies

### 6.1 Belemmering wettelijke verplichte doorsneesystematiek: wijzig de wet

De huidige wetgeving bevat juridische belemmeringen om de doorsneesystematiek te beëindigen. Voor verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen is de doorsneepremie wettelijk voorgeschreven.<sup>87</sup> Bij uitkeringsovereenkomsten is doorsneeopbouw (althans ten minste tijdsevenredige pensioenopbouw) wettelijk verplicht.<sup>88</sup> Alternatieven voor beëindiging van de doorsneesystematiek zijn (i) progressieve pensioenpremies (leeftijdsafhankelijke pensioenpremies) en (ii) degressieve pensioenopbouw (leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw). De juridische belemmeringen voor introductie van deze alternatieven kunnen relatief eenvoudig worden weggenomen door wetswijziging.

### 6.2 Einde doorsneesystematiek is niet einde verplichtstelling

Beëindiging van de doorsneesystematiek leidt tot de vraag of de inbreuk die de verplichtstelling maakt op het Europese mededingingsrecht nog kan worden gerechtvaardigd. Als beëindiging van de doorsneesystematiek zou leiden tot het oordeel dat de verplichtstelling in strijd is met Europees recht, zou dat een ongewenst resultaat zijn. Juridische zekerheid dat beëindiging van de doorsneesystematiek niet in strijd is met Europees recht, valt op voorhand niet te geven. Dat oordeel is voorbehouden aan de rechter. Op basis van de Europese jurisprudentie, achten wij het goed verdedigbaar dat de verplichtstelling kan worden gehandhaafd, mits de introductie van de alternatieven van een

<sup>87</sup> Artikel 8 Wet Bpf 2000.

<sup>88</sup> Artikel 17 Pensioenwet.

goede economische en juridische onderbouwing wordt voorzien. Vanzelfsprekend moet die onderbouwing, bijvoorbeeld tijdens de parlementaire behandeling, ook overigens zorgvuldig en nauwkeurig zijn en aansluiten bij juridische criteria die bekend zijn uit regelgeving en jurisprudentie.

### **6.3 Het dubbele discriminatiegevaar beheersen**

Beëindiging van de doorsneesystematiek leidt tot een dubbel discriminatiegevaar:

- (i) Introductie van leeftijdsafhankelijke pensioenpremies of leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw is direct leeftijdsonderscheid; en
- (ii) door de overstap van doorsneesystematiek naar leeftijdsafhankelijke pensioenpremie of –opbouw kunnen bepaalde leeftijdsgroepen overwegende mate worden benadeeld (indirect leeftijdsonderscheid).

Beide vormen van leeftijdsonderscheid moeten objectief worden gerechtvaardigd. Economisch gezien oogt de combinatie van leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw en leeftijdsafhankelijke pensioenpremie als discriminatie. Het leeftijdsonderscheid van degressieve opbouw of progressieve premie moet objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel dat passend en noodzakelijk is. Die toets geldt zowel voor de overheid – indien de leeftijdsafhankelijkheid voortvloeit uit arbeidsrechtelijke wetgeving – als voor sociale partners die leeftijdsonderscheid maken. De doelstelling (werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid) kan bijdragen aan die rechtvaardiging. Voor de overwegende benadeling van leeftijdscohorten binnen pensioenfondsen – de beoordeling per pensioenfonds – geldt dat de transitie juridisch beter verdedigbaar is indien de

verschillen tussen de leeftijdscohorten niet disproportioneel zijn. Compensatie voor de benadeling die de overstap van doorsnee-systematiek meebrengt, draagt bij aan vermindering van dat juridisch risico.

## Literatuurlijst

AG (2013)

Koninklijk Actuarieel Genootschap, "Doorsneesystematiek Veranderen of behouden?", *www.ag-ai.nl*

De Beer (2006)

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

Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus (2006).

T.A.H. Boeijen, C. Jansen, C.E. Kortleve en J.H. Tamerus, Leeftijdssolidariteit in de doorsneepremie, in: Steenbeek / Van der Lecq (red), Deventer 2006.

Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus (2007)

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

Bonenkamp en Westerhout (2010)

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

Bonenkamp, Cox en Lever (2014)

J. Bonenkamp, R. Cox, M. Lever, Het dilemma van de doorsneesystematiek, PM 2014/3.

Bovenberg en Jansweijer (2005)

A.L. Bovenberg en R. Jansweijer, Doorsneepremie bedreigt pensioenstelsel, FD 1 juli 2005.

Bovenberg en Boon (2010)

A.L. Bovenberg en B. Boon, Now is the time: Overstap naar degressieve pensioenopbouw is nu mogelijk en wenselijk, NEA paper 36, 2010.

Bovenberg (2014)

A.L. Bovenberg, Toekomstbestendig pensioenstelsel vraagt extra AOW-opbouw, Me Judice, 23 mei 2014.

CPB 2013

Eindrapportage Voor- en nadelen van de doorsneesystematiek, CPB Notitie | 28 oktober 2013

Commissie Goudswaard (2010)

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

Degelink (2011)

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

Frijns (2013)

J.M. G. Frijns in *www.ipe.com/nederland*, 21 juni 2013.

Heemskerk (2013)

M. Heemskerk, Gelijke behandeling en pensioen, in: E. Lutjens (red.), Pensioenwet: analyse en commentaar, p. 482 e.v., Deventer 2013.

Heemskerk (2013a)

M. Heemskerk, Van pensioen crisis tot pensioen(r)evolutie?, oratie, Nijmegen 2013.

Kamminga en Van den Berg (2014)

K. Kamminga en I. van den Berg, "Progressieve premies zijn beter dan degressieve opbouw", *www.pensioenpro.fd.nl*, 23 oktober 2014.

Lutjens (1999)

E. Lutjens, De wet Bpf, Kluwer 1999.

Lutjens en Heemskerk (2005)

E. Lutjens, M. Heemskerk, Leeftijdonderscheid bij werknemerspremies, actuariael toegestaan of verboden verschil in beloning?, TPV 2005/3.

Lutjens (2007)

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

Lutjens (2007a)

E. Lutjens, Verplichte pensioenfondsen en de Pensioenwet, WPNR 2007, 6704.

Maatman (2014)

R.H. Maatman, Invaren, invaarproblematiek en tussenvariant, TPV 2014/17.

Maatman (2014a)

Het FTK en de Nationale Pensioendialoog. Of: hoe alles met elkaar samenhangt, Ondernemingsrecht 2014/138.

Van der Poel (2013)

M.J.C.M. van der Poel, De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen, VU 2013.

Van der Poel (2013a)

M. van der Poel, Leeftijdonderscheid bij pensioenpremies en pensioenaanspraak aan banden gelegd, TPV 2013, 50.

Van Ewijk en Teulings (2007)

C. van Ewijk en C. Teulings, Efficiëntie en continuïteit in pensioenen: het FTK nader bezien, CPB 2007.

Van Gelder en Lewin (2013)

M.F. van Gelder en E.H.E. Lewin, Solidariteit bij pensioenfondsen: een ijzersterk concept!, PM maart 2013.

Vos en Pikaart (2007)

M.L. Vos en M. Pikaart, Jongeren met pensioen: intergenerationale solidariteit anno 21e eeuw, NEA 2007, p. 31.

## Jurisprudentieregister

HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, NJ 1982, 419 (Jenkins v. Kingsgate).

HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, Jur. p. 1607 (Bilka/Weber).

HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 336 (Barber).

HvJ EU 27 oktober 1993, JAR 1993, 248, r.o. 19 (Enderby).

HvJ EU 31 mei 1995, NJ 1996, 67 (Royal Copenhagen).

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

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

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

HvJ EG 9 oktober 2001, PJ 2001, 101 (Menauer).

HvJ EG 4 juni 2002, C-164-00, PJ 2002, 99, r.o. 29 (Beckmann).

HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, PJ 2004, 71 (Martin).

HvJ 22 december 2005, JAR 2005, 219 (Mangold).

HvJ EU 16 oktober 2007, NJ 2008, 38 (Palacios).

HvJ EU 6 december 2007, JAR 2008, 19 (Voss/Berlin).

HvJ EU 19 januari 2010, JAR 2010, 53 (Kucukdeveci).

HvJ EU 12 oktober 2010, NJ 2011, 2 (Rosenblatt).

HvJ EU 3 maart 2011, PJ 2011, 57 (AG2R).

HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013, 284, PJ 2013, 176.

HR 30 januari 2004, JAR 2004, 68, r.o. 3.3 (Parallel Entry).

HR 13 juli 2012, NJ 2012, 527 (KLM).

Hof Leeuwarden 27 januari 2009, PJ 2009, 51.

CGB 2002-189.

CGB 2004-2.

CGB 2004-51.

CGB 2004-90.

CGB 2004-174.

CGB 2005-6.

CGB 2006-140.

CGB 2005-7.

CGB 2007-146.

CGB 2009-78.

CGB 2011-124.

CGB 2012-6.

## Afkortingen

Bpf	Bedrijfstakpensioenfonds
CGB	Commissie gelijke behandeling
EP	Eerste Protocol
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
HvJ	Hof van Justitie
Opf	Ondernemingspensioenfonds
WWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VTN	Verzekeringstechnisch nadeel
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid





# OVERZICHT UITGAVEN IN DE DESIGN PAPER SERIE

- 1 Naar een nieuw pensioencontract (2011)  
Lans Bovenberg en Casper van Ewijk
- 2 Langlevenrisico in collectieve pensioencontracten (2011)  
Anja De Waegenaere, Alexander Paulis en Job Stigter
- 3 Bouwstenen voor nieuwe pensioencontracten en uitdagingen voor het toezicht daarop (2011)  
Theo Nijman en Lans Bovenberg
- 4 European supervision of pension funds: purpose, scope and design (2011)  
Niels Kortleve, Wilfried Mulder and Antoon Pelsser
- 5 Regulating pensions: Why the European Union matters (2011)  
Ton van den Brink, Hans van Meerten and Sybe de Vries
- 6 The design of European supervision of pension funds (2012)  
Dirk Broeders, Niels Kortleve, Antoon Pelsser and Jan-Willem Wijckmans
- 7 Hoe gevoelig is de uittredeleeftijd voor veranderingen in het pensioenstelsel? (2012)  
Didier Fouarge, Andries de Grip en Raymond Montizaan
- 8 De inkomensverdeling en levensverwachting van ouderen (2012)  
MARIKE KNOEF, ROB ALESSIE en ADRIAAN KALWIJ
- 9 Marktconsistente waardering van zachte pensioenrechten (2012)  
Theo Nijman en Bas Werker
- 10 De RAM in het nieuwe pensioenakkoord (2012)  
Frank de Jong en Peter Schotman
- 11 The longevity risk of the Dutch Actuarial Association's projection model (2012)  
Frederik Peters, Wilma Nusselder and Johan Mackenbach
- 12 Het koppelen van pensioenleeftijd en pensioenaanspraken aan de levensverwachting (2012)  
Anja De Waegenaere, Bertrand Melenberg en Tim Boonen
- 13 Impliciete en expliciete leeftijdsdifferentiatie in pensioencontracten (2013)  
Roel Mehlkopf, Jan Bonenkamp, Casper van Ewijk, Harry ter Rele en Ed Westerhout
- 14 Hoofdlijnen Pensioenakkoord, juridisch begrepen (2013)  
Mark Heemskerk, Bas de Jong en René Maatman
- 15 Different people, different choices: The influence of visual stimuli in communication on pension choice (2013)  
Elisabeth Brügggen, Ingrid Rohde and Mijke van den Broeke
- 16 Herverdeling door pensioenregelingen (2013)  
Jan Bonenkamp, Wilma Nusselder, Johan Mackenbach, Frederik Peters en Harry ter Rele
- 17 Guarantees and habit formation in pension schemes: A critical analysis of the floor-leverage rule (2013)  
Frank de Jong and Yang Zhou

- 18 The holistic balance sheet as a building block in pension fund supervision (2013)  
Erwin Fransen, Niels Kortleve, Hans Schumacher, Hans Staring and Jan-Willem Wijckmans
- 19 Collective pension schemes and individual choice (2013)  
Jules van Binsbergen, Dirk Broeders, Myrthe de Jong and Ralph Koijen
- 20 Building a distribution builder: Design considerations for financial investment and pension decisions (2013)  
Bas Donkers, Carlos Lourenço, Daniel Goldstein and Benedict Dellaert
- 21 Escalerende garantietoezeggingen: een alternatief voor het StAr RAM-contract (2013)  
Servaas van Bilsen, Roger Laeven en Theo Nijman
- 22 A reporting standard for defined contribution pension plans (2013)  
Kees de Vaan, Daniele Fano, Heriolt Mens and Giovanna Nicodano
- 23 Op naar actieve pensioenconsumenten: Inhoudelijke kenmerken en randvoorwaarden van effectieve pensioencommunicatie (2013)  
Niels Kortleve, Guido Verbaal en Charlotte Kuiper
- 24 Naar een nieuw deelnemergericht UPO (2013)  
Charlotte Kuiper, Arthur van Soest en Cees Dert
- 25 Measuring retirement savings adequacy; developing a multi-pillar approach in the Netherlands (2013)  
MARIKE KNOEF, JIM BEEN, ROB ALESSIE, KOEN CAMINADA, KEES GOUDSWAARD, and ADRIAAN KALWIJ
- 26 Illiquiditeit voor pensioenfondsen en verzekeraars: Rendement versus risico (2014)  
Joost Driessen
- 27 De doorsneesystematiek in aanvullende pensioenregelingen: effecten, alternatieven en transitiepaden (2014)  
Jan Bonenkamp, RYANNE COX en MARCEL LEVER
- 28 EIOPA: bevoegdheden en rechtsbescherming (2014)  
Ivor Witte
- 29 Een institutionele beleggersblik op de Nederlandse woningmarkt (2013)  
Dirk Brounen en Ronald Mahieu
- 30 Verzekeraar en het reële pensioencontract (2014)  
Jolanda van den Brink, Erik Lutjens en Ivor Witte
- 31 Pensioen, consumptiebehoeften en ouderenzorg (2014)  
MARIKE KNOEF, ARJEN HUSSEM, ARJAN SOEDE en JOCHEM DE BRESSER
- 32 Habit formation: implications for pension plans (2014)  
Frank de Jong and Yang Zhou
- 33 Het Algemeen pensioenfonds en de taakafbakening (2014)  
Ivor Witte
- 34 Intergenerational Risk Trading (2014)  
Jiajia Cui and Eduard Ponds
- 35 Beëindiging van de doorsneesystematiek: juridisch navigeren naar alternatieven (2015)  
Dick Boeijen, Mark Heemsker en René Maatman

## Beëindiging van de doorsneesystematiek

De doorsneesystematiek is een solidariteitselement in pensioenregelingen. Alle deelnemers aan de pensioenregeling verkrijgen gelijke pensioenaanspraken tegen een procentueel gelijke premie, ongeacht ieders persoonlijk 'risicoprofiel' en de economische waarde van de pensioenaanspraken.

In deze paper nemen Dick Boeijen (PGGM), Mark Heemskerk (RUN) en René Maatman (RUN) de beëindiging van de doorsneesystematiek als uitgangspunt. Zij identificeren juridische en economische overgangsproblemen die samenhangen met die beëindiging en dragen oplossingen aan.