

Van pensioencrisis tot pensioen(r)evolutie

Naar een nieuw pensioenevenwicht voor jong en oud¹

Mark Heemskerk

‘Het pensioenstelsel in Nederland staat op knappen. Als er niets gebeurt, wordt ons pensioenstelsel onbetaalbaar en kunnen de volgende generaties betalen voor de huidige ouderen, maar zelf fluiten naar hun pensioen: ze vinden de hond in de pensioenpot’

1 De pensioencrisis

1.1 Inleiding

Dit is de visie van jongerenorganisatie G500 op het pensioenstelsel. Er is ook een ander geluid. Zo kopte *De Telegraaf* begin 2013: *Ouderen langs alle kanten gepakt*. In april 2013 werd het pensioen van 5,5 miljoen mensen gekort. Deze berichten tonen twee dingen aan: (1) er is een pensioencrisis en (2) het pensioenevenwicht tussen jong en oud dreigt te worden verstoord.

Eerst het goede nieuws: Nederlanders leven steeds langer. Wij leven zelfs keer op keer langer dan de beste actuarissen kunnen uitrekenen. Mannen hebben op 65-jarige leeftijd een levensverwachting van 83,3 jaar, vrouwen zelfs 86,3 jaar.² De levenslange pensioenuitkering³ moet betaald worden voor steeds meer ouderen door steeds minder jongeren.

Het pensioenstelsel kraakt. Het voorlopige resultaat van de aangekondigde pensioenhervormingen is langer doorwerken voor een lager pensioen. Jong én oud maken zich zorgen om hun pensioen. En dat is terecht. Aangekondigde pensioenhervormingen en kortingen vergroten de onrust. Begin oktober 2013 kondigde staatssecretaris Klijnsma een nieuwe koerswijziging aan, na drie jaar een ander pad te hebben bewandeld. ABP en Zorg en Welzijn waren *not amused*. Volgens een enquête uit mei 2013 heeft inmiddels 58% van de Nederlanders geen enkel vertrouwen meer in pensioenfondsen.⁴

¹ Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. advocaten te Nieuwegein. Deze tekst is een bewerking van de tekst die hij op 4 oktober 2013 uitsprak bij zijn inaugurele rede.

² *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 10; RIVM, Nationaal Kompas Volksgezondheid 2011, RIVM 2012.

³ Artikel 15 Pensioenwet.

⁴ *De Telegraaf* 28 mei 2013, Vertrouwen in pensioenfonds nadert nulpunt. Vergelijk CBS, Vertrouwen in pensioenfondsen, 2012.

1.2 Het pensioenevenwicht tussen jong en oud wankelt

Kortom, het pensioenevenwicht tussen jong en oud wankelt. Jong en oud delen het pensioenvermogen, in goede tijden en in slechte tijden. Samen pensioen beleggen en risico's delen is voordelig voor allebei. De solidariteit van jongeren met ouderen is gebaseerd op de verwachting dat de volgende generatie weer solidair is met de huidige generatie.⁵ Het is geven en nemen. Deze solidariteit was jarenlang vanzelfsprekend. Nu vrezen jongeren dat er geen pensioen overblijft omdat de pensioenrekening wordt doorgeschoven. Ouderen wijzen er op dat zij al premies hebben betaald en verworven rechten hebben. Ik geef twee voorbeelden van frictie tussen jong en oud.

1. De pensioenleeftijd

De AOW-leeftijd van vorige generaties was 65 jaar. Zij traden vaak uit vanaf 60 jaar via VUT of prepensioen. De AOW-leeftijd voor de volgende generatie ligt ruim boven de 70 jaar. Wie geboren is in 1988 heeft een AOW-leeftijd van 71,5 jaar.⁶ Dat betekent 10 jaar langer doorwerken, en dat voor een lager pensioen.

De gelijke pensioenopbouw

Bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen betalen jongeren procentueel dezelfde pensioenpremie als ouderen.⁷ Deze verplichtstelling geldt voor driekwart van de mensen met een pensioenregeling. Cijfers van het Centraal Planbureau tonen aan dat jongeren daarmee veel te weinig pensioen opbouwen voor hun ingelegde premie.⁸ Hun premie wordt langer belegd en is meer waard. Zij subsidiëren tot ongeveer 46 jaar hun oudere collega's.⁹ Die subsidie verdienen jongeren niet terug als zij de pensioenregeling verlaten, bijvoorbeeld door ontslag, wisseling van werkgever of door voor zichzelf te beginnen. Ze verdienen het zelfs niet terug als zij blijven. De oude pensioenslogan was: je werkt één dag in de week voor je pensioen. Een enkeling heeft dat al omgedoopt tot: je werkt straks twee dagen in de week voor iemand anders zijn pensioen.

1.3 Naar een nieuw pensioenevenwicht

De pensioencrisis en het solidariteitsconflict zijn een recept voor maatschappelijke onrust en juridische procedures. Jongerenorganisaties willen het pensioencontract tussen jong en oud openbreken.¹⁰ Ouderen hebben al aangekondigd Europa in te gaan – naar het Europese Hof van Justitie – als hun pensioen wordt gewijzigd. Dat er een wijziging in het pensioenstelsel komt, is voor jong en oud duidelijk. Het moet anders. Het moet beter. Maar hoe dan? Het pensioen moet maatschappelijk en

⁵ De Beer (2006).

⁶ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 610, nr. 8, p. 35. De berekening is gebaseerd op huidige CBS-statistieken.

⁷ Om redenen van overzicht hanteer ik het begrip pensioenregeling. Daarmee bedoel ik mede de pensioenovereenkomst, zoals artikel 1 Pensioenwet deze omschrijft.

⁸ Bonenkamp en Westerhout (2010) en Lutjens (2007).

⁹ Boeijen et al. (2007).

¹⁰ Jong Paars lanceert plan voor nieuw pensioenstelsel, 27 mei 2013; www.nieuwpensioenstelsel.nl

juridisch aanvaardbaar zijn voor jong en oud (*generational fairness*). Solidariteit moet meerwaarde hebben. Geen eenzijdige subsidie van jong naar oud of andersom maar wederzijdse solidariteit op basis van welbegrepen eigenbelang.

Zijn de huidige wetgeving en pensioenregelingen daar klaar voor? Ik denk het niet. Daarom doe ik enkele suggesties voor een nieuw evenwicht. Ik presenteer geen volledig uitgewerkt alternatief pensioenstelsel dat morgen kan worden ingevoerd. Wel hoop ik oplossingsrichtingen aan te reiken die kunnen worden uitgewerkt.

Ik begin met de dreigende pensioenkloof tussen jong en oud. Vervolgens bespreek ik de voorgestelde pensioenhervorming. Daarna doe ik enkele suggesties voor een nieuw evenwicht tussen jong en oud. Een ding staat vast: pensioen wordt minder zeker, en het wordt zeker minder.

2 De pensioenkloof tussen jong en oud

2.1 De verwachtingskloof

Meer dan de helft van de mensen denkt 70% of meer van het laatstverdiende loon als pensioen te ontvangen. Dat blijkt uit onderzoek van de AFM.¹¹ Bijna 70% van de mensen is pensioenanalfaabeet. Zij hebben geen idee hoe hoog hun pensioen is en weten niet of hun pensioen voldoende is.¹² Jongeren van 35 tot 45 jaar hebben de hoogste verwachtingen. Bijna 70% van hen denkt dat er een pensioen van 70% eindloon klaarligt. Zij gaan van een koude kermis thuiskomen. Hun maximaal pensioen is straks gebaseerd op 70% van het *gemiddeld* salaris. Hun werkelijke pensioen is waarschijnlijk veel lager.¹³

2.2 De 70% eindloonmythe

Een pensioen van 70% van het eindloon is een hardnekkige mythe. Veel ouderen hadden in de vorige eeuw een eindloonregeling. Zelfs in 2000 nog 60%. Wie 40 jaar lang 1,75% pensioen opbouwt, komt uit op een pensioen van 70% van zijn laatstverdiende loon. Dat haalt bijna niemand. In de eindloonregeling kreeg een werknemer bij een salarisstijging met terugwerkende kracht pensioenopbouw over alle dienstjaren uit het verleden. Deze zogenaamde *backservice* was heel duur. Maar de kassen van de pensioenfondsen zaten overvol. Het ging zo goed dat de regering in 1988 een wetsontwerp presenteerde om belasting te heffen over vermogenoverschotten van pensioenfondsen.¹⁴ Het waren andere tijden. Premies gingen omlaag en pensioengeld werd teruggestort aan werkgevers. Het ging om miljarden.

¹¹ AFM (2010, 2011).

¹² TNS-NIPO (2012).

¹³ SER (2008). Zie reeds Lutjens (1989).

¹⁴ *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 197, nr. 3 (Wet op de heffing over vermogenoverschotten van pensioenfondsen); *Kamerstukken II* 2003-04, 21 197, nr. 12.

Dat pensioengeld komt nooit meer terug om de huidige pensioenkassen bij te vullen nu het nodig is.

2.3 De pensioenevolutie

Van eindloon naar middelloon. In 2011 had minder dan 1% van de werknemers nog een eindloonregeling; 91% had een middelloonregeling.¹⁵ Een pensioen gebaseerd op het gemiddelde salaris klinkt minder aantrekkelijk dan een pensioen op basis van het laatstverdiende salaris. En dat is het ook. Weliswaar werden de opbouwpercentages vaak verhoogd. De dure *backservice* werd vervangen door indexatie. Bij onvolledige indexatie is de middelloonregeling minder waard dan de eindloonregeling.¹⁶ U weet dat pensioen tegenwoordig nauwelijks wordt geïndexeerd. Dat is een uitholling van pensioen. De pensioenuitkering blijft gelijk maar de prijzen stijgen. Over de wijziging van onvoorwaardelijke indexatie naar voorwaardelijke indexatie en verlaging van loonindexatie naar prijsindexatie wordt nog steeds veel geprocedeerd. Kortom: bij de omzetting van eindloon naar middelloon is de pensioenregeling versoberd.

Fiscale afschaffing VUT en prepensioen. Het volgende stapje in de pensioenevolutie is de fiscale afschaffing van VUT en prepensioen in 2005. Door een overgangsregeling voor mensen geboren vóór 1950 bleef VUT en prepensioen voor ouderen mogelijk. Er ontstond een pensioenregeling voor jong en een voor oud. Jongeren moesten langer doorwerken om hetzelfde pensioen te halen als ouderen. Zij betaalden vaak premie voor een VUT-regeling, waarvan zij zelf niet profiteerden. Dat leidde tot verschillende rechtszaken over de vraag of de betere pensioenregeling van ouderen geen discriminatie van jongeren was. In veel gevallen was het leeftijds onderscheid juridisch aanvaardbaar. Zo oordeelde het Hof Den Bosch dat de ABP-regeling geen leeftijdsdiscriminatie vormde.¹⁷ Solidariteit van jong en oud was een ondersteunend argument om geen gelijke maar een gelijkwaardige pensioenregeling te aanvaarden. Maar er waren ook pensioenregelingen waar het verschil tussen jong en oud te groot werd en leeftijdsdiscriminatie opleverde.¹⁸ Het juridisch elastiek van de pensioensolidariteit kan dus knappen.

CDC-regeling als stille pensioenrevolutie. Veel minder bekend is de stille pensioenrevolutie. Bij veel ondernemingen is om boekhoudkundige redenen (*IFRS accounting*) een maximale pensioenpremie voor de werkgever afgesproken. De pensioenverplichtingen op de balans worden dan beperkt. Dat vinden de Raad van Bestuur en de aandeelhouder wel zo prettig. In veel overeenkomsten tussen werkgevers en pensioenfondsen stond een bijstortingsverplichting van werkgevers als het pensioenfonds geld tekort kwam. Die bijstortingsverplichtingen zijn geschrapt.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2012-13, 33565, nr. 3, p. 3.

¹⁶ Bakker (2008)

¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2009, *PJ* 2009, 165, *RAR* 2010, 6.

¹⁸ CGB 2006-62, *PJ* 2006, 68.

Het risico dat de premie onvoldoende is, is daarmee verlegd van de werkgever naar het pensioenfonds en de begunstigen. Is na wijziging van de uitvoeringsovereenkomst de premie onvoldoende, dan leidt dat linksom (korting) of rechtsom (lagere pensioenopbouw) tot een lager pensioen. Deze stille pensioenrevolutie is nog in volle gang, bijvoorbeeld bij het Philips Pensioenfonds. De wijziging is niet zichtbaar in het pensioenreglement. Het opbouwpercentage uit het pensioenreglement blijft gelijk. De financieringsafspraken in de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenfonds wijzigen wel. Maar dat ziet de gemiddelde werknemer of gepensioneerde niet. Werknemers en gepensioneerden kunnen de voor hen ongunstiger financiële afspraken moeilijk bestrijden. Weliswaar zijn werknemers volgens het arrest DSM/Fox van de Hoge Raad uit 2004 via een derdenbeding partij bij de uitvoeringsovereenkomst.¹⁹ Zij hebben als derden evenwel niet dezelfde positie als de werkgever en het pensioenfonds om wijzigingen tegen te houden. Volgens het Hof Arnhem zijn gepensioneerden zelfs geen partij bij de overeenkomst, zo blijkt uit het Akzo-arrest.²⁰ Hun instemming met de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst was daarom niet vereist. Eigenlijk is onduidelijk welke rechten werknemers en gepensioneerden precies ontleen aan het derdenbeding. Dat grijze gebied moet wat mij betreft wettelijk en contractueel worden verduidelijkt, bijvoorbeeld door de wijzigingsbevoegdheid wettelijk te normeren of contractueel te verduidelijken.

Verlaging pensioenopbouw. Een bijzonder actueel aandachtspunt is de verlaging van de pensioenopbouw en de hoogte van de pensioenpremies. Om hetzelfde pensioen te halen moet de pensioenpremie eigenlijk omhoog. Maar dat is slecht voor de concurrentiepositie, stelt de Commissie Goudswaard in 2010. Het Pensioenakkoord gaat uit van een stabiele pensioenpremie.

De Eerste Kamer stemde op 8 oktober 2013 niet in met een wetsvoorstel waarin de fiscaal toegestane pensioenopbouw voor middelloonregelingen drastisch wordt verlaagd: van 2,25% naar 1,75% per jaar. Het is een overstap van 70% eindloon in 35 jaar naar 70% middelloon in 40 jaar. Verlaging van de pensioenopbouw is een sluipmoordenaar. Mensen zien toekomstig pensioennadeel niet op hun bankrekening. Een verlaging van pensioenopbouw met 0,5% per jaar oogt niet groot. Gemeten over een periode van 40 jaar is dat een pensioendaling van zo'n 20%. Vergelijk het met een loonsverlaging van 20% en het effect is duidelijk. De jongere generatie moet veel langer doorwerken om hetzelfde pensioen te krijgen.

De belangrijkste reden voor deze verlaging van de pensioenopbouw is de 3%-norm voor het financieringstekort: extra belastingopbrengsten op korte termijn omdat loon direct wordt belast en pensioenopbouw niet. Het pensioenstelsel en de disbalans tussen jong en oud is bijzaak.

De regering verwacht dat de pensioenpremie 15% daalt. DNB (2013) becijferde op korte termijn een economische groei van 0,6%. Het langetermijneffect voor

¹⁹ HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 293 (*DSM/Fox*).

²⁰ Hof Arnhem 27 mei 2008, *PJ* 2008, 67 (*Akzo*); A.G. van Marwijk Kooy, *AkzoNobel*, CDC, garantie en gepensioneerden, *P&P* 2008-7/8.

werknemers is een lager pensioen van zo'n 20 procent. Lagere pensioenopbouw betekent niet automatisch lagere premies. Want niet de overheid, maar sociale partners en pensioenfondsen beslissen over pensioenpremies. Bij lagere opbouw dreigt het mysterie van het verdwenen pensioengeld te ontstaan. Blijft het pensioen, wordt het loon of een kostenbesparing voor werkgevers? Sociale partners en pensioenfondsen kunnen de onderhandelingen openen. Minder pensioenopbouw voor dezelfde premie benadeelt jongere generaties. Meer indexatie is gunstiger voor gepensioneerden. Via de achterdeur komt het wetsvoorstel na een coalitieakkoord in 2014 terug met een iets hoger opbouwpercentage. Een ding is zeker: jongeren krijgen geen hoger pensioen voor een lagere pensioenpremie.

De pensioenleeftijd. In oktober 2013 presenteerde het demografisch instituut NIDI dat de pensioenleeftijd voor de volgende generatie mogelijk 75 jaar wordt. De AOW-leeftijd had nu ongeveer 70 jaar moeten zijn in plaats van 65 jaar en 1 maand. Dat scheelt 5 jaar AOW. De AOW-leeftijd heeft 65 jaar lang geen onderhoudsbeurt gehad. De prijs voor die gestegen levensverwachting is nooit betaald. Die 'schade' moet nu worden gerepareerd tijdens een economische crisis. De jongere generatie krijgt veel later AOW en moet dus langer doorwerken.

In 2014 is de AOW-leeftijd 65 jaar en 2 maanden.²¹ De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement sluit vrijwel altijd aan bij de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar. De ene pensioenleeftijd is de andere niet. Langer doorwerken is hard nodig om een hoger pensioen te verdienen. In vrijwel alle arbeidsovereenkomsten staat dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd of bij 65 jaar. Pensioenontslag onder de AOW-leeftijd is in principe verboden.²² Die juridische bescherming om langer door te werken klinkt mooi. Maar werkt het ook? Ten eerste is de vraag of werknemers in goede gezondheid kunnen doorwerken. Ten tweede is onzeker of zij dan nog een baan hebben. Veel werkgevers zien oudere werknemers als dure werknemers. Of jongere werknemers van nu werkelijk in staat zijn om de pensioenversoberingen op te vangen door tot hun 75^e door te werken is twijfelachtig.

2.4 Conclusie

Het is tijd voor verwachtingsmanagement. De pensioenverwachtingen zijn te hoog, zeker bij jongeren. Door de versobering van eindloon naar middelloon, afschaffing van VUT en prepensioen, maximering van de pensioenpremie en verlaging van pensioenopbouw dreigt een pensioenkloof tussen jong en oud. Jong tegen oud in plaats van jong en oud samen. Wat zijn de plannen om dat op te lossen?

²¹ Wet van 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 329

²² Artikel 7 WGBL.

3 Van een economisch pensioencontract naar een juridisch pensioencontract

3.1 Een economisch pensioencontract

De volgende stap in de pensioenevolutie is een nieuw pensioencontract: de reële ambitieovereenkomst. Door de vaste pensioenuitkering los te laten kunnen pensioenfondsen risicovoller beleggen en meer pensioengeld genereren. Maar tussen economische pensioenhervorming en implementatie staan wetten in de weg en juridische bezwaren. Veel jongeren én ouderen willen het nieuwe pensioencontract niet. Zij vrezen een casinopensioen. Werkgevers of pensioenfondsen die het nieuwe pensioencontract invoeren tegen de wil van werknemers en gepensioneerden weten dat juridische procedures wachten. De protestbrieven waarin pensioenfondsbestuurders aansprakelijk worden gesteld staan al jaren op internet.

3.2 Van het bestaande contract naar een nieuw contract?

Sociale partners kunnen hun bestaande pensioenregeling aanpassen of overstappen naar de nieuwe pensioenregeling.

De bestaande geïndexeerde middelloonregeling gaat uit van een vaste pensioenuitkering, bijvoorbeeld €1000,- per maand. Maar dat pensioen is niet waardevast omdat er tegenwoordig nauwelijks nog wordt geïndexeerd. Voor 5,5 miljoen mensen is het pensioen zelfs gekort in 2013, gemiddeld met een half procent. De €1000 kan €995 zijn geworden. Het is een ongemakkelijke waarheid: het huidige pensioen *is* al onzeker. Wie denkt dat er bij voortzetting van de huidige pensioenregeling niets verandert, wacht een onaangename verrassing. De wetgever gaat het financiële toetsingskader voor bestaande en nieuwe pensioenregelingen aanscherpen.

In het nieuwe pensioencontract is de premie bekend maar de uitkering niet. De pensioenambitie is bijvoorbeeld €1000,- per maand. Het werkelijke pensioen hangt af van de levensverwachting en het rendement. Het kan € 990,- worden of € 1010,-. Ook de pensioenuitkering van gepensioneerden kan stijgen en dalen. De term casinopensioen is goed gevonden, maar klopt niet. De wet eist dat pensioengeld verstandig wordt belegd.²³ Wel verschuiven de risico's expliciet van de werkgever en het pensioenfonds naar werknemers en gepensioneerden.

Geen wettelijk verplichte overstap. De Stichting van de Arbeid opperde dat de overheid de nieuwe pensioenregeling verplicht zou maken. Dat doet de overheid niet. En dat is logisch. Een wettelijk verplichte pensioenregeling zou een pensioenevolutie zijn. Niet de overheid bepaalt de inhoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen maar sociale partners. Een zeer welkome juridische bijvangst voor de overheid is dat het aansprakelijkheidsrisico klein is. Aangekondigde claims van werknemers en gepensioneerden over 'onteigening' van opgebouwd pensioen via het Europese

²³ Artikel 135 Pensioenwet.

eigendomsrecht zijn eenvoudiger te pareren. Bovendien hebben lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid om eigendom te reguleren. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt in één zin samengevat dat afschaffing van pensioen niet mag, maar een fikse korting nog wel.

3.3 Rechtsgeldige wijziging als belemmering

Een serieuzer juridisch bezwaar is dat de pensioenregeling rechtsgeldig moet worden gewijzigd, ook van gepensioneerden. Kunnen werknemers en gepensioneerden de wijziging naar de nieuwe pensioenregeling juridisch blokkeren dan wordt het nieuwe pensioencontract een fiasco. De kans op een hoger pensioen is er alleen als met het hele opgebouwde pensioenvermogen van jong en oud – in totaal meer dan €1.000 miljard - wordt belegd. Doet ‘oud’ niet mee, dan loopt ‘jong’ meer risico op een lager pensioen. Dan dreigt een beleggingsspagaat en een eenzijdig solidariteitsoffer van de jongeren. Tonen de ‘jongeren’ aan dat zij substantieel worden benadeeld, dan dreigt leeftijdsdiscriminatie en een ongeldige nieuwe pensioenregeling.

Het opgebouwde pensioenvermogen van de oude pensioenregeling moet dus worden overgeheveld naar de nieuwe pensioenregeling en flexibel worden. Dat staat bekend als invaren. De juridische risico's van dit invaren brengen de overstap naar de reële ambitieovereenkomst in gevaar. De Pensioenwet bepaalt dat opgebouwd pensioen in beginsel niet mag worden gewijzigd.²⁴ In de kleine lettertjes staat dat opgebouwd pensioen wel mag worden gewijzigd bij collectieve waardeoverdracht. In de huidige Pensioenwet kunnen belanghebbenden die waardeoverdracht blokkeren.²⁵ De regering heeft aangekondigd dat vetorecht te schrappen. Vraagt de werkgever het pensioenfonds om waardeoverdracht, dan kan niemand daar meer tegen protesteren.

In oktober 2013 kondigde staatssecretaris Klijnsma een tussenvariant aan: ‘De meerwaarde van dit contract is ook dat men niet hoeft in te varen in een nieuw contract. Dat was juridisch gezien een dingetje. Als iemand dan naar de rechter stapt, dan heb je een heel gedoe.’ U bent vast net zo nieuwsgierig als ik hoe dat nieuwe plan er precies uitziet. Er circuleren al volop economische varianten maar er is nog geen juridische variant. Klijnsma zei ook dat de discussie over pensioenen nog niet over is.

3.4 Juridische gereedschapskist is leeg

Het juridisch gereedschap om het pensioen van werknemers, voormalig werknemers en gepensioneerden te wijzigen is ontzettend belangrijk voor een goed evenwicht. Hier is evenwel niet goed over nagedacht. In werkelijkheid is die gereedschapskist bijna leeg. Pas vorige maand sloeg de Hoge Raad een eerste piketpaaltje in het ECN-arrest, na jaren van tegenstrijdige rechtspraak. De Hoge Raad oordeelde dat het niet onmogelijk is om het pensioen van voormalige werknemers te wij-

²⁴ Artikel 20 Pensioenwet

²⁵ Artikel 83 Pensioenwet.

zigen nadat hun arbeidsovereenkomst is geëindigd.²⁶ Maar als pensioen wijzigen met voormalig werknemers en gepensioneerden niet onmogelijk is, wanneer is het dan wel mogelijk? Voormalig werknemers en pensioengerechtigden zijn een vergeeten groep bij pensioenwijzigingen, zowel in wetgeving als bij pensioencontracten. Dat is raar. Ik geef drie voorbeelden:

1. De pensioenovereenkomst is slapers en gepensioneerden vergeten.
De Pensioenwet omschrijft de pensioenovereenkomst als hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.²⁷ Dat suggereert dat ex-werknemers en gepensioneerden geen pensioenafspraken meer hebben of kunnen maken.
2. Wijziging via het bedrijfstakpensioenfonds geldt alleen voor deelnemers.
Bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds zijn deelnemers en werkgever via de wet gebonden aan de statuten en het pensioenreglement.²⁸ De bevoegdheid van werkgevers om het pensioen met ex-werknemers te wijzigen staat niet in de wet.
3. Geen eenzijdige wijziging met slapers en gepensioneerden.
De wet maakt het voor werkgevers mogelijk om de arbeidsvoorwaarde van werknemers eenzijdig te wijzigen.²⁹ De werkgever moet voor die wijziging een goede reden hebben, voldoende zwaarwichtig belang, waarvoor het belang van de werknemer moet wijken. Zelfs bij de specifieke regeling in de Pensioenwet voor eenzijdige pensioenwijziging staat geen woord over voormalig werknemers en gepensioneerden.³⁰ Het staat ook niet in de vele arbeidsovereenkomsten en pensioenreglementen die ik zie. En dus kunnen juristen doen wat ze het liefste doen: interpreteren. Versie 1: er staat niet dat wijzigen jegens gepensioneerden niet mag, dus het mag wel. Versie 2: er staat nergens dat eenzijdig wijzigen met gepensioneerden mag dus het mag niet. Het in te nemen standpunt hangt natuurlijk af van wie men bijstaat, de werkgever of de gepensioneerde. De positie van slapers en gepensioneerden moet beter worden geregeld.

3.5 Een nieuw juridisch evenwicht?

Het voorontwerp van het ministerie van Sociale Zaken uit juli 2013 bevat een eerste voorzichtige poging om een pensioenwijziging met voormalig werknemers en gepensioneerden een wettelijke basis te geven. Goed dat het geregeld wordt, maar regel het wel goed. In de huidige opzet lijkt het of werknemersvertegenwoordigers gepensioneerden kunnen binden zonder dat gepensioneerden betrokken zijn bij zo'n collectieve wijziging. Dat klinkt onevenwichtig. Miskend wordt ook dat de belangenafweging van een pensioenwijziging voor werknemers anders is dan voor pensioengerechtigden. Het gaat niet om gelijke gevallen. Pensioengerechtigden met een uitkering kunnen pensioenversoberingen nauwelijks opvangen. Moet de werk-

²⁶ HR 6 september 2013, JAR 2013, 249.

²⁷ Artikel 1 Pensioenwet.

²⁸ Artikel 4 Wet Bpf 2000.

²⁹ Artikel 7:613 BW.

³⁰ Artikel 19 Pensioenwet.

gever voor eenzijdige wijziging met een werknemer een goede reden hebben, voor wijziging van het pensioen van een gepensioneerde moet een hele goede reden zijn. Het huidige wijzigingsverbod uit de Pensioenwet voor opgebouwd pensioen beschermt met name gepensioneerden tegen pensioenverslechtingen. Het bijna absolute wijzigingsverbod is rigide en belemmert solidariteit van oud naar jong bij een scheefgroei. Waarom wordt dat wijzigingsverbod niet vervangen door een strenge wijzigingstoets die rekening houdt met de bijzondere positie van ouderen? Op die manier is er meer flexibiliteit maar blijft er een stevige waarborg tegen pensioenversoberingen.

3.6 De pensioenfondsroute

Totdat er een wettelijke regeling is, bestaat er een route buitenom. Bij deze pensioenfondsroute wijzigt niet de werkgever het pensioenreglement maar het pensioenfondsbestuur. Die bevoegdheid staat soms in het pensioenreglement of in de statuten van het pensioenfonds. Volgens het Hof Amsterdam mag het pensioenfondsbestuur het pensioenreglement wijzigen zonder een zwaarwichtig belang aan te tonen. Het pensioenfondsbestuur besluit dan over en namens werknemers en gepensioneerden. Er resteert dan een marginale toets: het fondsbestuur mag geen misbruik maken van haar wijzigingsbevoegdheid en de wijziging mag niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Deze route omzeilt de zwaarwichtig belang toets die geldt voor eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde pensioen door werkgevers. Het pensioenreglement kan worden gewijzigd zonder dat de werknemer en gepensioneerde kan protesteren. Eind dit jaar liet de Hoge Raad het arrest van het Hof in stand.³¹

Zowel aan de voorkant – wijziging van de pensioenregeling via het pensioenfonds – als aan de achterkant – de waardeoverdracht zonder vetorecht – kan de individuele werknemer en gepensioneerde buitenspel komen te staan. Zijn handtekening voor de nieuwe pensioenregeling hoeft niet te worden gevraagd. Dat biedt juridisch perspectief voor een paternalistisch besluit van werkgever en pensioenuitvoerder om over te stappen naar het nieuwe pensioencontract. Sociale partners en pensioenfonds weten welke pensioenregeling goed voor u is en beslissen voor u. Dat gaat ver voor wie uitgaat van wilsovereenstemming en bescherming van de werknemer en gepensioneerde als zwakkere partij.

3.7 Conclusie

De ambitie van het nieuwe pensioencontract is een meer toekomstbestendig pensioen. Het draagt niet echt bij aan een beter evenwicht tussen jong en oud. Sterker nog: bij een gemiddeld pensioenfonds is de overstap relatief gezien gunstiger voor ouderen dan voor jongeren, zo heeft het CPB becijferd.³² De verdeling kan per pensioenfonds anders. De Nederlandse Bank gaat generatie-effecten vooraf toetsen. Kan jong of oud significant nadeel aantonen dan moeten werkgever en pensioen-

³¹ HR 8 november 2013, JAR 2013, 300.

³² CPB (2012). Vergelijk Ponds en Lekniute (2011).

uitvoerder bewijzen dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Werkgevers en pensioenfondsen kunnen vooraf vragen aan het College voor de Rechten van de Mens of sprake is van discriminatie of niet. Het oordeel wordt anoniem gepubliceerd op de website. Maar een oordeel over een niet nader omschreven pensioenfonds in de sector overheid en onderwijs is niet echt anoniem.

Duidelijk is dat er juridische beren op de weg zijn naar een nieuw of aangepast pensioencontract en een nieuw evenwicht. De meeste daarvan lijken – met enige moeite – te temmen.

4 Naar een nieuw pensioenevenwicht voor jong en oud

4.1 Inleiding

Hoe komen wij tot een goed pensioenevenwicht? De pensioenhervorming brengt geen nieuw evenwicht. Sterker nog: een van de risico's van de huidige pensioenhervorming is een conflict tussen jong en oud in plaats van een oplossing voor jong én oud. De versobering van de pensioenregeling voor jongeren is een economisch probleem. Daarvoor bestaat geen juridische oplossing. Maar over een nieuw juridisch evenwicht tussen jong en oud kunnen afspraken worden gemaakt. Hierna volgen enkele suggesties.

4.2 De doorsneepremie

Om hetzelfde pensioen in te kopen moet de oudere eigenlijk circa vier keer zoveel premie betalen als de jongere.³³ De pensioenpremie van jongeren is veel meer waard omdat daarmee langer en risicovoller belegd kan worden. De wet schrijft bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen een gelijke premie voor.³⁴ Deze doorsneepremie is een subsidie van jonge werknemers aan oudere werknemers. Het resultaat van de cocktail van doorsneepremie en bij wet verplichte uniforme opbouw³⁵ is dat een deelnemer tot ongeveer 46 jaar zijn oudere collega's subsidieert. Gelijke opbouw en gelijke premie is dus gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Een willekeurig voorbeeld. Iemand die van zijn 25^e tot zijn 45^e bij de rechtenfaculteit werkt en pensioen opbouwt bij het ABP subsidieert 20 jaar lang zijn oudere collega's. De 25-jarige betaalt namelijk (procentueel) dezelfde premie als zijn 60-jarige collega. Daarvoor krijgt hij dezelfde pensioenopbouw. De 25-jarige krijgt veel minder pensioenopbouw dan de economische waarde van zijn pensioenpremie. De oudere krijgt veel meer pensioenopbouw dan zijn premie waard is. Die doorgesloten solidariteit kost de jongere tienduizenden euro's die hij niet meer terugverdient. Zeker niet als hij voor zichzelf begint of advocaat wordt, maar ook niet als hij blijft werken aan de universiteit. Dat klinkt niet als een goed evenwicht tussen jong en oud.

³³ Boeijen et al. (2006).

³⁴ Artikel 8 Wet Bpf 2000.

³⁵ Artikel 17 Pensioenwet.

4.3 Leeftijdsafhankelijke premie of opbouw?

Hoe kan de balans worden hersteld? Een leeftijdsafhankelijke premie of een leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw kan leiden tot een nieuw evenwicht. Bij leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw blijft de premie voor jong en oud gelijk maar bouwt de jongere meer pensioen op dan de oudere, omdat de waarde van zijn pensioenpremie groter is. De huidige Pensioenwet verbiedt dat, want eist tijdsevenredige pensioenopbouw bij uitkeringsovereenkomsten. De juridische oplossing lijkt niet moeilijk: wijzig de Pensioenwet door verschillende pensioenopbouw voor jong en oud mogelijk te maken. Maar met die wetswijziging is de weg naar leeftijdsafhankelijke opbouw nog niet vrij. Ongelijke pensioenopbouw of een ongelijke premie is verdacht, want de hogere pensioenopbouw voor jongeren of lagere premie mag ouderen niet discrimineren. Hoe kan de juridische muur worden geslecht? De wet die leeftijdsdiscriminatie verbiedt, kent een uitzondering. Is de hogere pensioenopbouw voor jongeren gebaseerd op actuariële berekeningen dan is het leeftijdsonderscheid misschien toegestaan.³⁶ Werkt die actuariële oplossing niet³⁷ dan kan het leeftijdsonderscheid nog steeds objectief gerechtvaardigd zijn. Een denkrichting is om aan de hand van arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsargumenten te betogen dat het leeftijdsonderscheid zorgt voor een betere aansluiting bij gewijzigde arbeidspatronen zodat jongeren die uittreden of zzp'ers niet een te groot solidariteitsoffer betalen.

Een alternatief voor leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw met een gelijke premie is een leeftijdsafhankelijke premie. De doorsneepremie verdwijnt en leeftijdsonderscheid verschijnt. De pensioenpremie voor jongeren wordt veel lager dan de pensioenpremie voor ouderen, de opbouw is gelijk. De wet moet dan worden gewijzigd en het leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd, net als bij de leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw. Ook hier ligt een economische onderbouwing voor de hand waarom de pensioenpremie van jongeren lager kan zijn.

Bij een overstap naar een leeftijdsafhankelijke premie of pensioenopbouw ontstaat voor een bepaalde groep deelnemers nadeel. Degene die dan 45 jaar is, heeft lange tijd meebetaald aan de pensioenopbouw van zijn oudere collega's. Bij introductie van leeftijdsafhankelijke opbouw verdient hij dat niet meer terug. Om deze groep niet het dubbele solidariteitsoffer te laten betalen is maatwerk vereist. Anders dreigt alsnog leeftijdsdiscriminatie.

4.4 De verplichtstelling in gevaar?

Een extra aandachtspunt bij het delicate evenwicht is dat het loslaten van de combinatie van doorsneepremie en doorsnee-opbouw die de verplichtstelling in gevaar kan brengen. De verplichte deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds is wettelijk afgedwongen solidariteit die door de meerderheid in de bedrijfstak is opgelegd aan de minderheid. Iedere werkgever en werknemer in de zorgsector neemt verplicht deel aan de pensioenregeling van Zorg en Welzijn, ook als zij dat niet willen. De

³⁶ Artikel 8 lid 3 WGBL.

³⁷ HvJ EU 26 september 2013, JAR 2013, 284 (Experian).

doorsneepremie wordt gezien als een belangrijke sociale rechtvaardiging om het pensioen verplicht voor te schrijven in de bedrijfstak. Het Hof van Justitie (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 bedrijfstak-brede solidariteit.³⁸ De solidariteit is dus een belangrijke bouwsteen voor de juridische legitimatie van de verplichtstelling.³⁹ Het komt mij voor dat het AG2R arrest van het HvJ EG uit 2011 juridische ruimte biedt om de doorsneepremie en doorsneeopbouw te heroverwegen. Het AG2R-arrest 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.’*⁴⁰

Als aantoonbaar is dat het loslaten van de combinatie gelijke pensioenopbouw voor gelijke pensioenpremie juist bijdraagt aan herstel van solidariteit tussen jong en oud, lijkt mij dat een bruikbaar argument. Gelet op het grote belang van de verplichtstelling voor het Nederlandse pensioenstelsel is voorzichtigheid geboden. Er moet voldoende solidariteit overblijven om de inbreuk op het mededingingsrecht te rechtvaardigen. De verplichtstelling is de hypotheekrenteaftrek van het Nederlandse pensioengebouw.

4.5 De maatschappelijke en juridische legitimatie voor de verplichtstelling

In tijden van pensioenkortingen is verzet tegen de verplichtstelling begrijpelijk. De financiële en maatschappelijke belangen zijn groot. Een aantal organisaties heeft opgeroepen om de verplichtstelling af te schaffen of mensen zelf te laten kiezen waar ze hun pensioengeld beleggen.

Is afschaffing van de verplichtstelling erg? Ik ben vooralsnog geen voorstander van afschaffing. De mogelijkheid om op verzoek van een meerderheid in de bedrijfstak het pensioen ook voor de minderheid te verplichten heeft meerwaarde. In mijn ogen zijn heel veel werknemers beter af met verplicht pensioensparen dan zonder. Het risico van de afschaffing van een verplichte pensioenregeling is dat grote groepen werknemers geen of een slechtere pensioenregeling krijgen. Een werkgever kiest er bijvoorbeeld voor om geen pensioenregeling in te voeren. Dat geeft hem een concurrentievoordeel. Ten tweede zijn er werkgevers die hun pensioenregeling goedkoper elders kunnen onderbrengen. Zij verlaten het pensioen-

³⁸ 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).

³⁹ HvJ EU 21 september 1999, NJ 2000, 233 (Drijvende Bokken), r.o. 99; *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 1, vergelijk nr. 6, p. 4.

⁴⁰ HvJ EU 3 maart 2011, PJ 2011, 57 (AG2R), r.o. 78.

fonds. Dat leidt tot hogere premies voor de achterblijvers en een leegloop van het pensioenfonds, dat achterblijft met de populatie die een dure pensioenregeling heeft. Is een *exit* van jongeren wel voordelig voor hen? Jongeren hebben minder pensioenvermogen om mee te beleggen. Samen beleggen biedt voordelen voor jong en oud. Jongeren profiteren van het premievolume van ouderen. Ouderen profiteren van de mogelijkheid om risicovoller te beleggen met pensioengeld van jongeren. Die solidariteit lijkt gunstig voor beide partijen.

4.6 Keuzevrijheid voor een pensioenuitvoerder?

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

Het voorstel om de werknemer zelf te laten kiezen waar hij zijn pensioen onderbrengt klinkt sympathiek. Wie is er tegen keuzevrijheid? Toch aarzel ik. Keuzevrijheid is geen doel. Het doel is een hoger pensioen. De keuze vraagt om pensioen- en beleggingsexpertise. Ik maak mij zorgen of de 70% pensioenanalphabeten een verstandige keuze maakt.

Een analyse van de voor- en nadelen van afschaffing van de verplichtstelling en de alternatieve voorstellen, liefst met generatie-effecten, moet duidelijkheid brengen voordat de overstap wordt gemaakt. Het is onvermijdelijk en goed om de discussie over de voor- en nadelen van de verplichtstelling aan te gaan. De verplichtstelling moet zijn meerwaarde blijven aantonen. Maar dat geldt ook voor alternatieven. Onderzoek alle dingen, maar behoud het goede.

5 Conclusie

Nederland had en heeft een prachtig pensioenstelsel dat internationaal goed staat aangeschreven. Wij waren zelfs jarenlang wereldkampioen pensioen.⁴¹ Dat is geen reden om achterover te leunen. Pensioen is het belangrijkste financieel product.⁴² Pensioen wordt minder zeker en zeker minder, met name voor jongeren. De belangtegenstelling tussen jong en oud is een serieus aandachtspunt, maar geen reden

⁴¹ Mercer Global Pension Index 2011.

⁴² Maatman (2006).

voor blinde pensioenpaniek of pensioenrevolutie. De onevenwichtigheden moeten in balans worden gebracht. Bovenstaande suggesties zijn hopelijk het begin van een discussie over hoe dat zou kunnen. Met elkaar een solidair pensioen is beter dan een solitair pensioen. In de woorden van Jacobse en Van Es: Samen voor ons eigen met de miljoenen van onze pensioenen.

Auteur

Mark Heemskerk (e-mail: m.heemskerk@jur.ru.nl) is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. advocaten te Nieuwegein (mark.heemskerk@ofblomadvocaten.nl).

Literatuur

- AFM, 2010, Geef Nederlanders pensioeninzicht, Werken aan vertrouwen door dichten van de verwachtingskloof.
- AFM, 2011, Consumentenmonitor Pensioen.
- Bakker, P., 2008, Ouderdomspensioen op zijn retour, Rapport VU Expertisecentrum Pensioenrecht.
- Beer, P. de, 2006, Acht drogredenen over de strijd tussen de generaties, in: T. Notten (ed.), *Een omgekeerd generatieconflict? De jeugd verdient de toekomst*, Antwerpen/Apeldoorn, Garant.
- Boeijen, T.A.H., C. Jansen, C.E. Kortleve en J.H. Tamerus, 2006, Leeftijdssolidariteit in de doorsneepremie, in: S.G. van der Lecq, O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer.
- Boeijen, D., C. Jansen, N. Kortleve en J. Tamerus, 2007, Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, vol. 3, 79-83.
- Bonenkamp en E. Westerhout, 2010, Antwoord op enkele vragen van de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen, CPB, Den Haag.
- CPB, 2012, Generatie-effecten Pensioenakkoord.
- Lutjens, E., 1989, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, dissertatie VU Amsterdam.
- Lutjens, E., 2007, Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie? Drieluik 'doorsneesyteem' (2). *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken*, vol. 3: 84-89.
- Maatman, R.H., 2006, *Het belangrijkste financiële product*, Kluwer.
- Ponds, E., en Z. Lekniute, 2011, Pensioenakkoord en effecten voor generaties, Netspar Discussion Paper 08/2011-066.
- SER, 2008, Op weg naar pensioenbewustzijn.
- TNS-NIPO, 2012, Pensioenbewustmonitor, derde meting pensioenbewustzijn-meter, onderzoek in opdracht van Wijzer in Geldzaken.